

HC 152.752
ANOTAÇÕES PARA MANIFESTAÇÃO ORAL
MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO
(NÃO SE TRATA DO VOTO ESCRITO)

I. INTRODUÇÃO

1. Trata-se de *habeas corpus* preventivo impetrado em favor de Luís Inácio Lula da Silva. A questão do conhecimento ou não do *habeas corpus* já foi definida na sessão passada, tendo a minha posição nesse particular ficado vencida.

2. Como já mencionei na sessão anterior, a ninguém pode ser indiferente o fato de se tratar de um ex-Presidente da República e, mais que isso, de um presidente: a) que deixou o cargo com percentuais elevados de aprovação popular; b) que presidiu o país em período de relevante crescimento econômico e expressiva inclusão social. Não é o legado político do impetrante que está em jogo. O que vai se decidir é se se aplica a ele a jurisprudência que o Tribunal firmou por três vezes em período recente.

3. Tal fato serve apenas como mais um teste importante para a democracia brasileira e para o amadurecimento institucional do país: a capacidade de assegurar, republicanamente, que todos devem ser tratados com respeito, consideração e igualdade. O nosso papel, árduo como possa ser muitas vezes, é assegurar que a razão, a razão pública, a razão da Constituição, prevaleça sobre as paixões políticas.

1. É importante deixar claro, logo de início, que o Supremo Tribunal Federal não funciona aqui como uma quarta instância de revisão da decisão proferida pelo Tribunal Regional da 4ª Região. Não é o mérito daquela decisão, que confirmou a decisão de 1º grau do juiz Sergio Moro e agravou a pena fixada, que está em discussão. Não se cuida, portanto, de revisar provas e fatos para aferir o acerto ou desacerto do que foi decidido.

2. Trata-se, aqui, da ação constitucional de *habeas corpus*. Foi impetrado contra a decisão da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça que denegou *habeas corpus* lá impetrado contra a execução imediata da decisão penal condenatória proferida pelo TRF-4. Como em qualquer *habeas corpus*, a discussão está limitada a saber se no ato coator – i.e., a decisão do STJ – há ilegalidade ou abuso de poder.

3. É possível dar uma resposta singela: se o STJ aplicou a jurisprudência do STF, firmada inclusive em repercussão geral, não é possível falar em ilegalidade ou abuso de poder. Porém, há uma questão jurídica subjacente, da qual não é possível escapar: se é legítima ou não a prisão de alguém que tenha sido condenado em 2º grau de jurisdição a uma pena privativa de liberdade. Esta foi a questão trazida pelos advogados na impetração. Sobre ela, portanto, volto a me manifestar.

Parte I

ANTECEDENTES DA CONTROVÉRSIA

I. HISTÓRICO DA MATÉRIA

I.1. NA LEGISLAÇÃO

1. Desde a promulgação do Código de Processo Penal, em 3.10.1941, sempre se admitiu a execução da pena após o julgamento em 2º grau, nos termos expressos do art. 637, que vige desde então e até hoje, com a seguinte dicção: “Art. 637. “O recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para a execução da sentença”. Como consequência, no caso de condenação em 2º grau, o próprio acórdão já determinava a expedição do mandado de prisão, sem aguardar embargos de declaração. A Súmula 267 do STJ previa expressamente: “A interposição de recurso, sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória não obsta a expedição de mandado de prisão”.

Esse entendimento prevaleceu até 2009, quando o STF modificou sua jurisprudência no HC 84.078, rel. Min. Eros Grau. O art. 637, todavia, não chegou a ser declarado inconstitucional ou, mais propriamente, não recepcionado.

2. Aliás, na redação original do CPP se previa: “Art. 594 “O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão”¹. Esta parte do dispositivo subsistiu intacta até a Lei 11.719, de 20.06.2008. Vale dizer: por muitos anos após a vigência da Constituição de 1988, entendeu-se pacificamente ser possível a prisão **após a decisão de 1º grau**, para fins de recurso. Em 2003 o tema foi afetado ao Plenário, vindo a ser julgado em 23.10.2009 como não recepcionado.

3. Mais ainda: desde o início de vigência do Código de Processo Penal, em 1941, até a Lei 12.403, de 4.05.2011, esteve em vigor o art. 393, com a seguinte redação: “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; II - ser o nome do réu lançado no rol dos culpados....”. Vale dizer, e reiterando o afirmado: **após 13 anos de vigência da Constituição, admitia-se plenamente a prisão após a decisão de 1º grau recorrível**. Somente em 2011, com a revogação deste art. 393, é que se passou a prever, nos termos do art. 597: **A apelação de sentença condenatória terá efeito suspensivo, salvo o disposto no art. 393** [REVOGADO], a aplicação provisória de interdições de direitos e de medidas de segurança (arts. 374 e 378), e o caso de suspensão condicional de pena.”

I.2. NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO

¹ Redação original: “Art. 594. **O réu não poderá apelar sem recolher-se á prisão**, ou prestar fiança, salvo se condenado por crime de que se livre solto”. Redação da Lei 5941/73: “**O réu não poderá apelar sem recolher-se á prisão**, ou prestar fiança, salvo se condenado por crime de que se livre solto.”

1. De 1988 até 2009 – na verdade desde 1941 – sempre se entendeu possível a execução após a condenação em 2º grau. Em julgamento realizado em 5.02.2009, porém, este entendimento foi alterado. De fato, ao apreciar o HC 84.078, sob a relatoria do Ministro Eros Grau, o Supremo Tribunal Federal, por 7 votos a 4, passou a interpretar tal dispositivo como uma regra de caráter absoluto, que impedia a execução provisória da pena com o objetivo proclamado de efetivar as garantias processuais dos réus. Conforme a ementa do julgado, a ampla defesa “*engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária*”, de modo que “*a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa*”

2. Em 2016, por três vezes, o Supremo Tribunal Federal reverteu esse entendimento: no HC 126.292, rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 17.02.2016; ao negar a cautelar nas ADCs 43 e 44, julgadas em 5.10.2016; e, por fim, em repercussão geral, NO ARE 964.246 mediante reafirmação de jurisprudência em Plenário Virtual, em 11.11.2016.

II. MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

1. Na ocasião, sustentei ter ocorrido o fenômeno da *mutação constitucional*, que significa a alteração do sentido e alcance de uma norma, tal como interpretada pela Suprema Corte, por uma de três razões: (i) mudança na realidade social, (ii) mudança na compreensão do direito ou (iii) pelos impactos negativos produzidos pelo entendimento anterior.

2. Destaco, a esse propósito, três impactos negativos do entendimento firmado a partir de 2009:

- a) Poderoso incentivo à infundável interposição de recursos protelatórios;
- b) Reforço à seletividade do sistema penal, tornando muito mais fácil prender menino com 100 gramas de maconha do que agente público ou privado que desvie 100 milhões;

c) Descrédito do sistema de justiça penal junto à sociedade, pela demora na punição e pelas frequentes prescrições, gerando enorme sensação de impunidade.

3. Por essas razões, o Tribunal modificou a sua orientação, por relevantes fundamentos jurídicos, pragmáticos e empíricos, isto é, comprováveis factualmente.

III. EXEMPLOS EMBLEMÁTICOS DA FALÊNCIA DO SISTEMA ANTERIOR

III.1. O caso do jornalista

1. Um jornalista matou a sua namorada (Sandra Gomide), pelas costas e por motivo fútil, em 20.08.2000. Julgado e condenado pelo Tribunal do Júri, continuava em liberdade passados mais de dez anos do fato, vivendo uma vida normal.

2. Devastado pela dor, corroído pela impunidade do assassino de sua filha, o pai da vítima narra: “Um dia eu liguei para a casa dele e disse: ‘Você vai morrer igual a um frango. Eu vou cortar o seu pescoço’. Eu sonhava em fazer justiça por mim mesmo. Era só pagar R\$ 5 mil a um pistoleiro. Quem tirou essa ideia da minha cabeça foram os advogados”.

3. Um sistema judicial que não funciona desperta os instintos de se realizar justiça pelas próprias mãos. Regrediríamos ao tempo da justiça privada.

III.2. O caso do Senador

1. Um ex-Senador da República foi condenado pelo desvio de R\$ 169 milhões na construção do Foro Trabalhista de São Paulo. Os fatos ocorreram em 1992. Depois da interposição de 34 recursos, a decisão finalmente transitou em julgado em 2016, quando ele veio a ser preso. Durante todo este período, mesmo já condenado, circulou livremente em carros de luxo, frequentando os melhores restaurantes e distribuindo gorjetas fartas, como um homem vitorioso.

2. Um sistema judicial que não funciona faz parecer que o crime compensa.

III.3. O caso do jogador de futebol

1. Em dezembro de 1995, um conhecido jogador de futebol, saindo da balada, dirigindo seu Jeep Cherokee a 120 Km por hora na Lagoa Rodrigo de Freitas, no Rio, provocou um acidente e a morte de 3 pessoas. Foi condenado em outubro de 1999 a uma pena de 4 anos e meio de prisão. Seus advogados entraram com nada menos do que 21 recursos, apenas no STJ. E outros tantos no STF. Em 2011, o Ministro Joaquim Barbosa declarou a prescrição da pena. (Eu herdei o processo, não concordei com a decisão e o processo aguarda julgamento do Plenário).

2. As famílias das três jovens vítimas do crime podem assisti-lo livre e feliz como comentarista de jogos de futebol na televisão. Um sistema judicial que não funciona faz a vítima e seus entes queridos sofrerem a dor da perda cumulada com a impunidade.

III.4. O caso do suplente de Deputado Federal

1. Suplente de Deputado Federal, foi denunciado pela morte da titular do cargo, para tomar-lhe a vaga. A acusação é de que havia contratado pistoleiros que mataram a Deputada, seu marido e outras duas vítimas, no episódio que ficou conhecido como “Chacina da Gruta”. O fato se passou em 1998. O réu aguardou em liberdade o julgamento pelo Tribunal do Júri que, em razão de recursos protelatórios, só ocorreu em 2012, mais de 13 anos depois.

2. Ele foi condenado a 103 anos e 4 meses de reclusão. Somente aí, então, se deu a prisão preventiva do réu. Ele recorreu da decisão e o processo se encontra até hoje pendente de recurso especial interposto perante o STJ (REsp 1449981/AL).

3. Aliás, duas outras conclusões podem ser extraídas deste caso:

(i) a primeira: a condenação pelo Tribunal do Júri em razão de crime doloso contra a vida deve ser executada imediatamente, como decorrência natural da competência soberana do júri conferida pelo art. 5º, XXXVIII, *d*.

(ii) em segundo lugar, confirmada a decisão de pronúncia pelo Tribunal de 2º grau, o júri pode ser realizado. Para que não haja dúvida da origem espúria do falso garantismo nessa matéria: a regra sempre fora a prisão do acusado por homicídio após a pronúncia. Foi

a Lei nº 5.941, de 22.11.1973, que mudou a disciplina que até então vigorava. A motivação jamais foi desconhecida: o regime militar aprovou a lei a toque de caixa para impedir a prisão do Delegado Sérgio Paranhos Fleury, notório torturador e protegido dos donos do poder de então, condenado por integrar um esquadrão da morte.

II.5. O caso da Missionária Dorothy Stang

1. A missionária norte-americana, naturalizada brasileira, Dorothy Stang atuava em projetos sociais na região de Anapu, no sudoeste do Pará. Foi morta aos 73 anos, em fevereiro de 2005, por pistoleiros, a mando de um fazendeiro da região. O júri realizou-se em setembro de 2013, com a condenação do fazendeiro a 30 anos de prisão.

2. Com muitas idas e vindas, passaram-se oito anos até o julgamento de primeiro grau. Vale dizer: se não tivesse sido preso preventivamente, o assassino ainda estaria aguardando em liberdade o trânsito em julgado, que não ocorreu até hoje.

3. E aqui cabe uma menção especial. O número de presos preventivamente no Brasil – isto é, pessoas que estão presas antes do trânsito em julgado da decisão – é de cerca de 40%, ao que se noticia. Uma das razões para a prisão antes do término do processo – o que, em rigor, constitui uma distorção – é, precisamente, a demora interminável para que cheguem ao fim. Para evitar a impunidade prolongada, quando não a prescrição, os juízes decretam a prisão antecipada.

II.6. O caso do Propinoduto

1. Um grupo de fiscais da Fazenda, alegadamente liderados pelo Subsecretário adjunto de Administração Tributária, Rodrigo Silveirinha Correa, entre os anos de 1999 e 2002, teria engendrado um esquema de extorsão a empresas fluminenses. A referida organização criminosa arrecadou e mandou para a Suíça US\$ 34 milhões, o equivalente a R\$ 100 milhões. O caso veio a público em 2003.

2. Os fatos criminosos, portanto, ocorreram entre 1999 e 2002;

3. A sentença condenatória de 1º grau, com a celeridade que a vida devia ter, foi publicada em 31.10.2003;

4. O acórdão do TRF da 2ª Região que confirmou a sentença condenatória foi publicado em 31.10.2007;

5. O recurso especial de um dos condenados só veio a ser julgado definitivamente, após terceiros embargos de declaração, em 18.10.2016. Isto é, 9 anos depois da decisão de 2ª grau. Prescreveram os crimes de evasão de divisas, prestação de declaração falsa à autoridade fazendária e associação criminosa. Só restou o de lavagem de dinheiro.

6. O julgamento na 1ª Turma, quando cassamos a liminar dada pelo Ministro Marco Aurélio em *habeas corpus* e mandamos executar imediatamente a pena, se deu em 20.02.2018. E o processo no STF ainda não está perto do fim, porque falta o julgamento do recurso extraordinário.

7. Eis o sistema: fatos ocorridos entre 1999 e 2002, em 2018 ainda não foram julgados. Não há como punir a criminalidade do “colarinho branco” com este modelo.

III.7. O primeiro beneficiário da mudança de jurisprudência em 2009

1. O jornal *O Globo* de ontem, 3.04.2018, em matéria da jornalista Cleide Carvalho, expôs a história do fazendeiro que foi o pivô da virada da jurisprudência em 2009. Em 1991, o fazendeiro disparou cinco tiros de pistola contra um jovem de 25 anos, por ciúmes, por motivo fútil. Foi julgado uma primeira vez pelo tribunal de júri, o julgamento foi anulado e em março de 2001, em novo júri, foi condenado à pena de sete anos e seis meses.

2. Deixando de lado a pena risível para um homicídio, o fato é que em 2001, dez anos depois dos tiros, o Tribunal de Justiça determinou o cumprimento da pena. A partir

daí, como é rotina para quem pode pagar um advogado para impedir a justiça, ele recorreu para o Superior Tribunal de Justiça. Depois de passar por três Ministros, o recurso especial foi rejeitado em 2009, pela Ministra Maria Thereza Moura, uma juíza notável, que nos faria boa companhia aqui.

3. Como de praxe, vieram os sucessivos embargos de declaração, depois os embargos de divergência. Enfim, em outubro de 2012 deu-se a extinção da punibilidade pela prescrição.

⇒ Eu respeito todos os pontos de vista. Mas não é este o país que eu gostaria de deixar para os meus filhos. Um paraíso para homicidas, estupradores e corruptos. Eu me recuso a participar sem reagir de um sistema de justiça que não funciona, salvo para prender menino pobre.

⇒ Voltaremos ao modelo antigo, cheio de incentivos à corrupção. O fenômeno vem em processo acumulativo desde muito longe e se disseminou, nos últimos tempos, em níveis espantosos e endêmicos. Não foram falhas pontuais, individuais. Foi um fenômeno generalizado, sistêmico e plural, que envolveu empresas estatais, empresas privadas, agentes públicos, agentes privados, partidos políticos, membros do Executivo e do Legislativo. Havia esquemas profissionais de arrecadação e distribuição de dinheiros desviados mediante superfaturamento e outros esquemas. Tornou-se o modo natural de se fazerem negócios e de se fazer política no país. Ela é fruto de um pacto oligárquico celebrado entre boa parte da classe política, do empresariado e da burocracia estatal para saque do Estado brasileiro.

⇒ A Nova Ordem que se está pretendendo criar atingiu pessoas que sempre se imaginaram imunes e impunes. Para combatê-la, uma enorme *Operação Abafa* foi deflagrada em várias frentes. Entre os representantes da Velha Ordem, há duas categorias bem visíveis: (i) a dos que não querem ser punidos pelos malfeitos cometidos ao longo de muitos anos; e (ii) um lote pior, que é o dos que não querem ficar honestos nem daqui para frente.

⇒ A volta ao modelo anterior irá retirar a eficácia do modelo de combate à corrupção que tem sido adotado. O risco da efetiva punição deu incentivos à colaboração premiada, essencial para o desvendamento dos crimes de corrupção associados à lavagem. Sem alguém que conheça o esquema por dentro, não há como desbaratá-lo. Na 13ª Vara Federal de Curitiba já houve mais de 114 decisões condenatórias. Na Operação Lava Jato, mais de 70 decisões já foram proferidas em 2º grau.

Parte II

AS TESES JURÍDICAS APLICÁVEIS

1. A ordem constitucional brasileira não exige trânsito em julgado para a decretação de prisão. O que se exige é ordem escrita da autoridade competente.

1. Confira-se a dicção do art. 5º, inciso LVII da Constituição: “*Ninguém será considerado **culpado** até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória*”.

2. Já o inciso LXI prevê que “*ninguém será **preso** senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente*”.

3. O pressuposto para a decretação da prisão no direito brasileiro não é o esgotamento de qualquer possibilidade de recurso em face da decisão condenatória, mas a **ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente**. A regra, portanto, é a reserva de jurisdição para decretação da prisão, e não o trânsito em julgado. Tanto assim é que o sistema admite as prisões processuais – preventiva e temporária –, bem como prisões para fins de extradição, expulsão e deportação. Todas elas sem que se exija trânsito em julgado.

4. Aliás, justamente porque o sistema é muito ruim, cerca de 40% dos presos do país são presos provisórios. Muitos, sobretudo os pobres, já estão presos desde antes da sentença de primeira instância. São presos em flagrante e lá ficam.

⇒ Com todas as vênias de quem pensa diferente, considero uma leitura simplesmente equivocada da Constituição interpretar essas normas como significando que somente se pode prender alguém após a condenação em 2ª instância.

5. A esse propósito, como lembrou a Ministra Ellen Gracie em 2009, foi reiterado pelo saudoso Ministro Teori Zavascki em 2016, lembrado por mim e repetido pelo Ministro Gilmar Mendes aqui em plenário no mesmo julgamento, praticamente nenhum país civilizado do mundo exige isso. Em diversos países a execução da condenação se dá após o 1º grau e no restante se dá em 2º grau. Mais que isso, os principais documentos e convenções de direitos humanos do mundo tampouco exigem o trânsito em julgado. Confira-se.

Declaração Universal dos Direitos Humanos (Art. 11º - 1. Toda a pessoa acusada de um ato delituoso presume-se inocente até que a sua culpabilidade fique legalmente provada no decurso de um processo público em que todas as garantias necessárias de defesa lhe sejam asseguradas);

Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (Art. 6º - Direito a um processo equitativo - 2. Qualquer pessoa acusada de uma infracção presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada);

Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (Art. 48 - Presunção de inocência e direitos de defesa - 1. Todo o arguido se presume inocente enquanto não tiver sido legalmente provada a sua culpa);

Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos (Art. 7.º - 1. Toda a pessoa tem direito a que a sua causa seja apreciada. Esse direito compreende: b) O direito de presunção de inocência, até que a sua culpabilidade seja estabelecida por um tribunal competente);

Declaração Islâmica dos Direitos Humanos (V – Direito a Julgamento Justo - Ninguém será considerado culpado de ofensa e sujeito à punição, exceto após a prova de sua culpa perante um tribunal jurídico independente);

Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (Art.14 - §2. Toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa);

Convenção Americana Sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (Art. 8º - Garantias judiciais - 2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa).

2. A presunção de inocência é um princípio, e não uma regra absoluta, que se aplique na modalidade tudo ou nada. Por ser um princípio, ela precisa ser ponderada com outros princípios e valores constitucionais.

1. As normas jurídicas se dividem em duas grandes categorias: regras e princípios:

a) *Regras* estabelecem condutas a serem observadas, são comandos definitivos, aplicáveis na modalidade “tudo ou nada”. Uma regra ou é cumprida ou é violada. Ex. Se a regra é “não roubarás” e o indivíduo roubar, a regra está violada;

b) *Princípios*, ao contrário das regras, não descrevem condutas, mas apontam para estados ideais a serem alcançados, como justiça, dignidade humana, eficiência. São mandados de otimização dirigidos ao intérprete, que deve aplicá-los na maior extensão possível, levando em conta outros princípios e a realidade fática.

2. Princípios, portanto, devem ser aplicados, em muitas situações, em harmonia, em concordância prática ou em ponderação com outros princípios e mandamentos constitucionais. Ponderar significa atribuir pesos, fazer concessões recíprocas e, no limite, realizar escolhas sobre qual princípio vai prevalecer numa situação concreta.

3. Quais os princípios em jogo na presente discussão? De um lado, o princípio da inocência ou da não culpabilidade; de outro lado, o da efetividade mínima do sistema penal, que abriga valores importantes como a realização da justiça, a proteção dos direitos fundamentais, o patrimônio público e privado, a probidade administrativa.

4. Quando a investigação começa, o princípio da presunção de inocência tem o seu peso máximo. Com o recebimento da denúncia, este peso diminui. Com a sentença condenatória de 1º grau, diminui ainda mais. Quando da condenação em 2º grau, o equilíbrio se inverte: os outros valores protegidos pelo sistema penal passam a ter mais peso do que a presunção de inocência e, portanto, devem prevalecer.

5. A ponderação é feita com o auxílio do princípio instrumental da proporcionalidade, ou a máxima da proporcionalidade, como preferem alguns. Simplificando uma longa história, a proporcionalidade, aplicada em matéria penal significa:

- a) proibição do excesso; e
- b) vedação à proteção deficiente.

6. Um sistema em que os processos se eternizam, gerando longa demora até a punição adequada, prescrição e impunidade constitui evidente proteção deficiente dos valores constitucionais abrigados na efetividade mínima exigível do sistema pena. Um sistema penal desmoralizado não serve a ninguém: nem à sociedade, nem ao Judiciário nem aos advogados.

⇒ Processos devem durar 6 meses, um ano. Se for muito complexo, um ano e meio. Nós nos acostumamos com um patamar muito ruim e desenvolvemos uma cultura da procrastinação que oscila entre o absurdo e o ridículo. O processo penal brasileiro produz cenas de terceiro mundismo explícito. As palavras no Brasil vão perdendo o sentido. Entre nós, a ideia de *devido processo legal* passou a ser a do processo que não termina nunca. E a de *garantismo* significa que ninguém deve ser punido jamais, não importa o que tenha feito.

3. Depois da condenação em 2º grau, quando já não há mais dúvida acerca da autoria e da materialidade do crime, a execução da pena é uma exigência de ordem pública, para preservação da credibilidade da justiça.

1. Um dos fundamentos para a prisão preventiva, nos termos do art. 312 do CPP, é a “garantia da ordem pública”. A credibilidade e respeitabilidade da justiça, por evidente, integram o conceito de ordem pública, que ficaria violada pela falta de efetividade do processo penal. A demora na aplicação das sanções proporcionais em razão da prática de crimes abala o sentimento de justiça da sociedade e compromete a percepção que a cidadania tem de suas instituições judiciais. Punir alguém muitos anos depois do fato, não realiza os principais papéis do direito penal, de prevenção geral, prevenção específica, retribuição e ressocialização.

2. Mais que isso: a prisão após a condenação em 2º grau é decorrência natural e imperativa da condenação. Permitir discricionariedade judicial aqui é reeditar a seletividade

do sistema. Poderosos e bem assistidos conseguirão aguardar soltos até a prescrição. Os comuns irão presos.

⇒ O poder, em geral, e o Poder Judiciário, em particular, existe para fazer o bem e para promover justiça, e não para proteger os amigos e perseguir os inimigos.

Parte III

O DIREITO E A JUSTIÇA BASEADOS EM EVIDÊNCIAS

1. O direito público, em geral, e o direito constitucional, em particular, experimentou, em todo o mundo, nas últimas décadas, duas importantes mudanças de paradigmas. A primeira delas foi a vitória do constitucionalismo democrático como a ideologia vitoriosa do século XX. Seu marco mundial é a reconstitucionalização da Europa após o segundo pós-guerra e, no Brasil, foi a promulgação da Constituição de 1988. Este chamado *giro constitucional-democrático* repercutiu sobre a limitação do poder, a participação política, a centralidade dos direitos fundamentais e a ascensão institucional das cortes constitucionais.

2. A segunda mudança de paradigma encontra-se ainda em fase de desenvolvimento no Brasil, enfrentando ideias antigas e arraigadas. Trata-se do *giro empírico-pragmático*, que procura nos libertar de discursos tonitroantes e da retórica vazia, descompromissada do mundo real. O *empirismo* significa a valorização da experiência como fonte de conhecimento e legitimação das escolhas públicas. Daí a demanda crescente por pesquisas, dados e informações como elementos essenciais para a tomada de decisões.

3. A pesquisa empírica é a grande novidade da prática jurídica contemporânea, sendo de grande valia o trabalho desenvolvido pelo Conselho Nacional de Justiça e pela Fundação Getúlio Vargas do Rio na produção e divulgação dos números do Poder Judiciário e do Supremo Tribunal Federal. Na passagem clássica de Oliver Wendel Holmes

Jr., que foi juiz da Suprema Corte americana entre 1902 e 1932, “a vida do direito não é lógica, mas experiência”. Na interpretação precisa de Gustavo Binenbojm:

“Holmes estava a dizer que o direito é muito melhor explicado como resultado das necessidades de cada povo, da moral prevalecente em cada tempo e lugar, das injunções da política de cada nação, do que pelos axiomas e silogismos teóricos contidos em algum manual – como um livro de matemática. O direito responde de forma adaptativa, mas nem sempre lógica, às imposições da experiência”².

4. Já a *virada pragmática* se assenta na busca dos melhores resultados, dentro das possibilidades e limites semânticos dos textos normativos. Conforme uma sistematização de amplo curso, o pragmatismo filosófico apresenta três características essenciais³. A primeira é o *antifundacionalismo*, no sentido de não buscar um fundamento último, de ordem moral, para justificar uma decisão. A segunda é o *contextualismo*, a significar que a realidade concreta em que situada a questão a ser decidida tem peso destacado na determinação da solução adequada. E, por fim, e muito particularmente, o *consequencialismo*, na medida em que o resultado prático de uma decisão deve ser o elemento decisivo de sua prolação. Cabe ao juiz produzir a decisão que traga as melhores consequências possíveis para a sociedade como um todo.

⇒ Existem, por certo, muitas complexidades e incontáveis sutilezas que não poderão ser exploradas aqui. Posto de uma forma simples: não estando em jogo valores ou direitos fundamentais, será legítimo – quando não exigível – que o intérprete construa como solução mais adequada a que produza as melhores consequências para a sociedade. Evidentemente, eu não estou falando de prender A, B ou C. Estamos discutindo qual tese

² Gustavo Binenbojm, *Transformações do poder de polícia: aspectos político-jurídicos, econômicos e institucionais*. Mimeografado. Tese de titularidade defendida na Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2016, p. 41.

³ Thamy Pogrebinschi, *Pragmatismo: teoria social e política*, 2005, p. 26-62.

produz os melhores resultados para a sociedade. Eu não tenho dúvida. Os fatos e os números são muito óbvios para negar a evidência.

À luz dessas premissas teóricas e filosóficas, cabe examinar as estatísticas relevantes na matéria.

I. OS RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS EM MATÉRIA PENAL NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

1. Segundo os dados da Assessoria de Gestão Estratégica do STF, referente ao período de 1º.01.2009 até 19.04.2016, foram apresentados 25.707 recursos extraordinários ou agravos em recursos extraordinários em matéria criminal. Desse total, o percentual de recursos acolhidos foi de 2,93%, abrangendo tanto os recursos providos em favor da defesa quanto da acusação.

2. Quando se vai verificar o percentual de recursos extraordinários acolhidos em favor dos réus, o número cai para 1,12%. Quando se vai examinar o percentual de *absoluções*, ele é de irrisórios 0,035% dos casos. Vale dizer: em mais de 25 mil recursos extraordinários, houve tão somente 9 (nove) casos de absolvição. Os outros casos de provimento se referiam à substituição da pena privativa de liberdade por medida alternativa (o que é relevante, pois afeta a liberdade), mudança de regime, progressão de regime, dosimetria e prescrição. Ao tema da prescrição se voltará mais adiante.

3. Veja-se, então, em resumo: aguardar-se o trânsito em julgado do recurso extraordinário produz impacto de 1,12% em favor da defesa, sendo que apenas 0,035% de absolvições. Subordinar todo o sistema de justiça a índices deprimentes de morosidade e ineficiência para produzir este resultado é uma opção que não passa em nenhum teste de razoabilidade ou de racionalidade.

⇒ Eu entendo e respeito quem tem o entendimento de que bastaria um caso de reforma para justificar a exigência do trânsito em julgado. Mas por essa lógica, deveríamos fechar todos os aeroportos, porque apesar de todos os esforços, há uma margem mínima de acidentes. O mesmo vale para a indústria automobilística, para a construção civil

e quase todas as atividades produtivas. Viver envolve riscos. E tornar a vida infinitamente pior não é capaz de eliminá-los.

II. OS RECURSOS ESPECIAIS EM MATÉRIA PENAL NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1. Segundo pesquisa desenvolvida pela Coordenadoria de Gestão da Informação do STJ, sob a coordenação do Ministro Rogerio Schietti, os números em relação aos recursos especiais perante o Superior Tribunal de Justiça também infirmam a necessidade de se tornar a mudar a jurisprudência firmada nessa matéria. A pesquisa foi realizada, a meu pedido, entre 1º.09.2015 a 31.08.2017, envolvendo as decisões das duas Turmas Criminais do Tribunal (a 5ª e a 6ª). Foram pesquisadas 68.944 decisões proferidas em recursos especiais ou em agravos em recurso especial.

2. Pois bem: o percentual de absolvição em todos estes processos foi de **0,62%**. Em 1,02% dos casos, houve substituição da pena restritiva de liberdade por pena restritiva de direitos. Os outros percentuais foram: prescrição – 0,76%; diminuição da pena – 6,44%; diminuição da pena de multa – 2,32%; e alteração de regime prisional – 4,57%.

3. Veja-se, então: a soma dos percentuais de absolvição e de substituição da pena é de 1,64%, revelando o baixo número de decisões reformadas que produzem impacto sobre a liberdade dos condenados. Diante desses dados, é ilógico, com todas as vênias de quem pensa diferentemente, moldar o sistema em função da exceção, e não da regra.

⇒ Eu bem sei que no julgamento de *habeas corpus*, tanto no STJ quanto no STF o percentual de reforma é superior a estes que eu estou aqui descrevendo. Considero que este argumento é a favor de se manter o sistema com a possibilidade de execução após o 2º grau. Precisamente porque o *habeas corpus*, que não se está restringindo aqui, funciona como válvula de escape para que os tribunais superiores consertem, com muita mais presteza do que seria possível em recursos extraordinário ou especial, qualquer eventual ilegalidade ou abuso de poder.

III. SEM A EXECUÇÃO APÓS A CONDENAÇÃO EM 2º GRAU, O SISTEMA INDUZ À PRESCRIÇÃO

1. De acordo com os números do Superior Tribunal de Justiça, no período de dois anos pesquisado, 830 ações penais desaguaram em extinção da punibilidade por prescrição.

2. Pesquisa artesanal que pedi que fosse feita no meu gabinete, via sistema de “e-decisão”, apurou pelo menos 116 casos de reconhecimento de prescrição, no julgamento de recursos extraordinários e agravos em recurso extraordinário.

3. Vale dizer: num intervalo de 2 anos, quase mil casos prescreveram, depois de haverem movimentado por muitos anos o sistema de justiça. Não é preciso ser muito sagaz para constatar que os grandes beneficiários da prescrição são aqueles que têm dinheiro para manipular o sistema com recursos procrastinatórios sem fim.

4. Tudo sem mencionar o absurdo de se interpretar o art. 112 do Código Penal, de modo a permitir que o prazo de prescrição da pretensão punitiva flua mesmo que a decisão não possa ser executada.

CONCLUSÃO

Por todas essas razões, defendo a manutenção da linha adotada por este Tribunal, em virada jurisprudencial que contribui para desfazer a exacerbada disfuncionalidade do sistema penal brasileiro. Reitero que não estou me manifestando sobre a culpabilidade ou inocência do impetrante do *habeas corpus*. Não li a decisão de 1º grau nem tampouco a decisão de 2º grau. Li apenas a decisão da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça. E nela não vejo qualquer ilegalidade ou abuso de poder.

Por essas razões, denego a ordem.

ANEXO

UMA SOLUÇÃO ALTERNATIVA MENOS RUIM DO QUE A QUE SE ESTÁ ALVITRANDO

1. PRIMEIRA DECISÃO DO STJ

1. Por todas as razões que expus até aqui, penso que devemos manter a jurisprudência que por três vezes firmamos em 2016. Porém, se for o caso de alterá-la para a posição que o Ministro Dias Toffoli sustentou no julgamento da ADC , no sentido de a condenação somente ser executada após a decisão do Superior Tribunal de Justiça, trago a sugestão a seguir.

2. Os processos no Superior Tribunal de Justiça podem levar muitos anos, às vezes quase uma década, como o exemplo acima do Propinoduto. Porém, a primeira decisão do STJ, monocrática ou colegiada, geralmente é a que prevalece na quase totalidade dos casos. E esta decisão é tomada em prazo relativamente célere.

3. A pesquisa solicitada por mim e coordenada pelo Ministro Rogério Schietti trouxe as seguintes informações relevantes:

a) a primeira decisão terminativa proferida pelo STJ em *recursos especiais* costuma se dar no prazo de 202 dias, isso é pouco menos de 7 meses;

b) a primeira decisão terminativa proferida pelo STJ em *agravos em recursos especiais* costuma se dar no prazo de 153 dias, isso é pouco mais de 5 meses.

4. Portanto, embora haja uma demora no trânsito entre o Tribunal de origem e o STJ, se se aguardar a primeira decisão terminativa, o risco de procrastinação é controlado.

5. Com uma informação importante, em pesquisa complementar feita pelo Ministro Schietti: o percentual de provimento de agravo contra esta primeira decisão é irrisório. Em relação aos *recursos especiais*, em 30.082 decisões, a percentagem de reforma foi de 0,31%. E no tocante aos *agravos em recurso especial*, em 52.327 decisões, a

porcentagem de reforma foi de 0,21%. Vale dizer: é a primeira decisão terminativa que prevalece em mais de 99% dos casos.