

ANOTAÇÕES PARA O VOTO

MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO

(Texto base para voto oral. Voto escrito em elaboração)

AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE 43 DISTRITO FEDERAL

RELATOR	:MIN. MARCO AURÉLIO
REQTE.(S)	: PARTIDO ECOLÓGICO NACIONAL - PEN
ADV.(A/S)	: PAULO FERNANDO MELO DA COSTA E OUTRO(A/S)
ADV.(A/S)	: HERACLES MARCONI GOES SILVA
ADV.(A/S)	: LUCIO ADOLFO DA SILVA
ADV.(A/S)	: LUIS SÉRGIO MONTEIRO TERRA E OUTRO(S)
ADV.(A/S)	: MARCO VINÍCIUS PEREIRA DE CARVALHO
INTDO.(A/S)	: PRESIDENTE DA REPÚBLICA
ADV.(A/S)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
INTDO.(A/S)	: PRESIDENTE DA CÂMARA DOS DEPUTADOS
INTDO.(A/S)	: PRESIDENTE DO SENADO FEDERAL
AM. CURIAE.	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PROC.(A/S)(ES)	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
AM. CURIAE.	: INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA
ADV.(A/S)	: AUGUSTO DE ARRUDA BOTELHO NETO
AM. CURIAE.	: INSTITUTO BRASILEIRO DE CIENCIAS CRIMINAIS - IBCCRIM
ADV.(A/S)	: THIAGO BOTTINO DO AMARAL
AM. CURIAE.	: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
PROC.(A/S)(ES)	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL
AM. CURIAE.	: INSTITUTO IBERO AMERICANO DE DIREITO PÚBLICO - CAPÍTULO BRASILEIRO - IADP
ADV.(A/S)	: FREDERICO GUILHERME DIAS SANCHES
ADV.(A/S)	: VANESSA PALOMANES SANCHES
AM. CURIAE.	: INSTITUTO DOS ADVOGADOS DE SAO PAULO - IASP
ADV.(A/S)	: JOSÉ HORÁCIO HALFELD REZENDE RIBEIRO
AM. CURIAE.	: ASSOCIACAO DOS ADVOGADOS DE SAO PAULO
ADV.(A/S)	: LEONARDO SICA
AM. CURIAE.	: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DOS ADVOGADOS CRIMINALISTAS - ABRACRIM
ADV.(A/S)	: ALEXANDRE SALOMÃO
AM. CURIAE.	: INSTITUTO DE GARANTIAS PENAIAS - IGP
ADV.(A/S)	: ANTONIO CARLOS DE ALMEIDA CASTRO

VOTO:

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO:

Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL E PENAL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA OU DA NÃO CULPABILIDADE. POSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO DA PENA APÓS JULGAMENTO DE SEGUNDO GRAU. INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO DO ART. 283 DO CPP.

1. Como já decidido pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal em três oportunidades no ano de 2016 – sendo uma delas em recurso extraordinário com repercussão geral –, a execução da pena após a decisão condenatória em segundo grau de jurisdição não ofende o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade (CF/1988, art. 5º, LVII).

2. A prisão, nessas circunstâncias, justifica-se pela conjugação de três fundamentos jurídicos:

(i) a ordem constitucional brasileira não exige trânsito em julgado para a decretação de prisão. O que se exige é ordem escrita e fundamentada da autoridade competente (CF/1988, art. 5º, LVII e LXI);

(ii) a presunção de inocência é um princípio, e não uma regra absoluta, que se aplique na modalidade tudo ou nada. Por ser um princípio, precisa ser ponderada com outros princípios e valores constitucionais. Ponderar é atribuir pesos a diferentes normas. Na medida em que o processo avança e se chega à condenação em 2º grau, o interesse social na efetividade mínima do sistema penal adquire maior peso que a presunção de inocência ;

(iii) depois da condenação em 2º grau, quando já não há mais dúvida acerca da autoria e da materialidade delitiva, nem cabe mais discutir fatos e provas, a execução da pena é uma exigência de ordem pública para a preservação da credibilidade da justiça.

3. Há, ainda, fundamentos de ordem pragmática que reforçam a opção pela linha interpretativa aqui adotada. De fato, a possibilidade de execução da pena após a condenação em segundo grau:

(i) permite tornar o sistema de justiça criminal mais funcional e equilibrado, na medida em que coíbe a infundável interposição de recursos protelatórios e favorece a valorização da jurisdição criminal ordinária;

(ii) diminui o grau de seletividade do sistema punitivo brasileiro, tornando-o mais republicano e igualitário, bem como reduz os incentivos à criminalidade de colarinho branco, decorrente do mínimo risco de cumprimento efetivo da pena;

(iii) promove a quebra do paradigma de impunidade no sistema criminal, ao evitar que a necessidade de aguardar o trânsito em julgado do recurso extraordinário e do recurso especial impeça a aplicação da pena (pela prescrição) ou cause enorme distanciamento temporal entre a prática do delito e a punição, sendo certo que tais recursos têm ínfimo índice de acolhimento;

4. Os fatos e os números obtidos a partir de pesquisa empírica idônea devem ser utilizados na construção de solução que produza as melhores consequências para a sociedade. Sendo assim, não é possível desconsiderar que:

(i) no Supremo Tribunal Federal, de um total de 25.707 recursos extraordinários julgados em matéria penal, somente em 1,12% deles houve decisão favorável ao réu, sendo que em apenas 0,035% dos casos ocorreu a absolvição;

(ii) no Superior Tribunal de Justiça, de um total de 68.944 decisões proferidas em recursos especiais ou em agravos em recursos especiais, o percentual de absolvição não passou de 0,62%;

(iii) num intervalo de 2 anos, quase mil casos prescreveram no âmbito do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

5. Além disso, de acordo com dados do Departamento Penitenciário, os índices de crescimento do nível de encarceramento sofreram redução após a decisão do Supremo Tribunal Federal que permitiu a execução da decisão condenatória após o 2º grau;

6. Por esse conjunto de razões, deve ser mantida a linha adotada por este Tribunal, em virada jurisprudencial que contribui para desfazer a exacerbada disfuncionalidade do sistema penal brasileiro;

7. Interpretação conforme a Constituição ao art. 283 do CPP, com a redação dada pela Lei nº 12.403/2011, para se excluir a possibilidade de que o texto do dispositivo seja interpretado no sentido de obstar a execução provisória da pena depois da decisão condenatória de segundo grau e antes do trânsito em julgado.

8. Reafirmação da seguinte tese: *“A execução de decisão penal condenatória proferida em segundo grau de jurisdição, ainda que sujeita a recurso especial ou extraordinário, não viola o princípio constitucional da presunção de inocência ou não-culpabilidade.”*

Parte I

TEXTO, CONTEXTO E EVOLUÇÃO DO TEMA

I. A HIPÓTESE

1. Trata-se de três Ações Declaratórias de Constitucionalidade que têm como pano de fundo o princípio da presunção de inocência ou da não-culpabilidade, inscrito no art. 5º, LVII da Constituição Federal, e a possibilidade ou não de se executar a decisão condenatória criminal após o 2º grau de jurisdição, frequentemente referido como 2ª instância. O dispositivo constitucional tem a seguinte dicção:

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

2. O objeto específico das ações é o pedido de declaração de constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, que contém a seguinte previsão:

“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.”

3. Segundo os autores, esse dispositivo concretiza a cláusula constitucional da presunção de inocência e impediria, no seu entender, a execução de decisão condenatória antes do trânsito em julgado. A superação do teor de tal regra exigiria que esse Supremo Tribunal Federal declarasse previamente a sua inconstitucionalidade, observada a reserva de Plenário prevista no art. 97 da Constituição.

II. ALGUMAS CONSIDERAÇÕES PRÉVIAS SOBRE OS ARGUMENTOS EM DEBATE

4. Estiveram na tribuna ilustres advogados, defendendo com maestria o seu ponto de observação e o interesse dos seus clientes. Ninguém nessa vida tem o monopólio da verdade ou da virtude. Por isso mesmo, todas as opiniões merecem respeito e consideração. As sustentações orais e a posição esposada por ilustres vozes que defendem a volta da jurisprudência anterior se baseiam em três argumentos principais:

- (i) a suposta textualidade do art. 5º, LVII da Constituição;
- (ii) o suposto impacto sobre os níveis de encarceramento; e
- (iii) o suposto impacto sobre os réus pobres.

5. Uma frase que gosto de pronunciar, e que virou um certo lugar comum, é a de que as pessoas têm direito à sua própria opinião, mas não aos próprios fatos. Pois então: para bem e para mal, nenhum dos três fundamentos referidos acima resiste ao teste da realidade: nem o da textualidade, nem o do encarceramento, nem o do interesse dos pobres. São ideias que não correspondem aos fatos, diria Cazuza.

6. Não é difícil demonstrar o ponto.

1. Não se trata de mera interpretação gramatical ou literal de textos

7. É uma ilusão, quando não puro equívoco, a crença de que estamos lidando aqui com a tarefa singela de atribuir significados a textos normativos. Já vai longe o tempo das teorias superadas que acreditavam que interpretar é uma atividade meramente exegética, abstrata e mecânica de atribuição de sentido às palavras, sem que a realidade e o intérprete façam diferença. Não é de interpretação literal ou gramatical que se trata aqui.

8. A realidade é parte da normatividade do Direito. Essa é uma constatação que se tornou dominante em todo o mundo. Os textos oferecem um ponto de partida para a interpretação e demarca as possibilidades de sentido da norma. Na terminologia tradicional, fornecem a moldura dentro da qual o intérprete poderá fazer escolhas legítimas. Não escolhas livres: dentro das possibilidades de sentido de uma norma, o intérprete deverá escolher a melhor. Não as de sua preferência pessoal, mas a que mais adequadamente realize os valores constitucionais e o interesse da sociedade. Observe-se que respeitar os direitos fundamentais com proporcionalidade faz parte do interesse da sociedade. Não são coisas antagônicas.

9. Confira-se, a esse propósito, a dicção expressa da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro:

“Art. 5º. Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

10. É disso que estamos cuidando aqui: identificar os fins sociais visados pela lei e as exigências do bem comum. Basicamente, determinar se deve prevalecer o interesse do indivíduo condenado em 2º grau em prolongar o processo – sabendo-se que o percentual de absolvição é de menos de 1% – ou o interesse da sociedade de que o crime não compense e que o direito penal possa desempenhar o seu grande papel: o de funcionar como prevenção geral, que consiste em dar o incentivo adequado para que as pessoas não cometam crimes pelo temor fundado de que serão efetivamente punidas se o fizerem.

11. Não é difícil demonstrar o que estou afirmando, *i.e.*, que não estamos lidando com a revelação de sentidos únicos, unívocos, para textos normativos, mas sim diante de opções razoáveis oferecidas pelo texto.

12. É que se assim não fosse, não teria ocorrido de o STF ter produzido a seguinte sequência de decisões: de 1988 até 2009, admitia a execução após a condenação em 2º grau; de 2009 a 2016, deixou de admitir; reiterou esta posição em três julgados e, agora, dispõe-se a examinar a matéria de novo. Se houvesse um sentido único e fora de qualquer dúvida, isso não aconteceria.

13. Aliás, nesse intervalo de 2009 até hoje, já houve quem tivesse sido a favor, contra, a favor e, agora, contra. Sem entrar no mérito das insondáveis razões que levam a tanta variação, é evidente que há mais de um sentido possível para as normas em questão. Trata-se, portanto, de se fazerem escolhas. Tal como eu vejo, a escolha é entre seguir padrões mundiais de devido processo legal e justiça ou optar por alternativas que não encontram similar nem entre os países menos desenvolvidos.

14. Concluindo, então, esse tópico, penso estar desfeita a crença de que se cuida aqui, tão somente, de se atribuir sentido a textos normativos vistos isoladamente, sem qualquer conexão com a realidade e o impacto que sobre ela se produzirá.

2. Ao contrário do sugerido, a possibilidade de execução da pena após a condenação em 2º grau DIMINUIU o índice de encarceramento.

15. Em algumas das excelentes sustentações orais, foi enfatizado o fato de que o senso comum muitas vezes está errado. Confirmando a assertiva, é interessante constatar que a mudança de jurisprudência com a conseqüente possibilidade de execução da condenação após o 2º grau não aumentou o nível de encarceramento. Pelo contrário, diminuiu!

16. De acordo com os dados do Departamento Penitenciário Nacional - DEPEN, em 2010 – primeiro ano após se haver proibido a execução da pena após a condenação em 2º grau – havia 496.000 presos no sistema penitenciário, 4,79% a mais do que em 2009. No ano seguinte, em 2011, havia 514.600 presos, 3,68% a mais. Em 2012, 549.800, 6,84% a mais. Em 2013, 581.500, 5,76% a mais. Em 2014, 622.200, 6,99% a mais. Em 2015, 698.600, 12,27% a mais! Em 2016, 722.923, 3,48% a mais.

17. Pois bem, em 17 de fevereiro de 2016, o STF muda a jurisprudência e passa a permitir a execução da pena após a condenação em 2º grau. Ao final de 2017, já com o impacto da nova orientação, o número de presos no sistema penitenciário é de 726.354. **Opa!** Aumento de apenas 0,47%, o menor desde 2010. Aí vamos aos números do DEPEN para 2018: são 744.216 presos. Um aumento de 2,45%, o segundo menor desde 2010.

18. Note-se bem: entre 2009 e 2016 – período em que vigorou a proibição da execução após o 2º grau –, a média de aumento anual do nível de encarceramento foi de 6,25%.

Após 2016, quando volta a possibilidade de execução após o 2º grau, essa média caiu para menos de 1/3 (um terço): 1,46%.

19. Vale dizer: com a mudança de jurisprudência, DIMINUIU expressivamente o índice percentual de aumento do encarceramento. Eu não gostaria de extrair consequências apressadas desses números. Considero, no entanto, duas possibilidades iniciais: (i) diante da inexorabilidade do encarceramento, tribunais passaram a ser mais parcimoniosos nas condenações, vale dizer, uma consequência que favoreceu os réus; e (ii) diante da inexorabilidade do cumprimento da pena, criminosos potenciais refrearam seus instintos.

20. Sejam essas as causas ou não, há um inexorável e demonstrável fato objetivo: **os índices de encarceramento diminuíram após a mudança de entendimento do STF que permitiu a execução após o esgotamento das instâncias ordinárias.**

21. Outro dado valioso: o percentual médio de prisões provisórias entre 2010 e 2016 foi de 35,6%. Em 2017 e 2018, o percentual médio foi de 32,45%. **Vale dizer: o percentual de prisões provisórias e os números absolutos das prisões provisórias diminuíram cerca de 10%.** Uma especulação possível para este fato: quando não se pode prender após a 2ª instância, aumenta o número de prisões provisórias.

Quadro I – Evolução da população carcerária entre 2000 e 2018 – Dados DEPEN

ANO	População carcerária	Aumento percentual (ano a ano)	Presos provisórios	Percentual
2000	232.800	-----	80.775	34,7 %
2001	233.900	0,47%	78.437	33,5 %
2002	239.300	2,3%	80.235	33,5 %
2003	308.300	28,83%	67.549	21,9 %
2004	336.400	9,11%	86.766	25,8 %
2005	361.400	7,41%	102.116	28,3 %
2006	401.200	11,01%	112.138	28,0 %
2007	422.400	10,26%	127.562	30,2 %
2008	451.400	6,86%	138.939	30,8 %
2009	473.600	4,91%	152.612	32,2 %
2010	496.300	4,79%	164.683	33,2 %
2011	514.600	3,68%	173.818	33,8 %
2012	549.800	6,84%	195.036	35,5 %

2013	581.500	5,76%	216.342	37,2 %
2014	622.200	6,99%	249.668	40,1 %
2015	698.600	12,27%	261.786	37,5 %
2016	722.923	3,48%	232.521	32,2 %
2017	726.354	0,47%	235.241	32,4 %
2018	744.216	2,45%	242.133	32,5 %

22. Em resumo: a população carcerária aumentou em sua menor proporção histórica depois que o STF retomou sua jurisprudência tradicional. Além disso, o percentual de presos provisórios diminuiu. Isso demonstra que a nova orientação do STF não agravou o problema do hiperencarceramento. Pode indicar, ainda, que: a) os Tribunais de Apelação, cientes da maior gravidade da sua decisão, que levará o acusado imediatamente à cadeia, tem sido mais cuidadosos no julgamento dos recursos; b) os juízes de primeira instância, cientes da maior efetividade da justiça criminal, diminuíram a quantidade de prisões preventivas decretadas como resposta à falta de efetividade do sistema; e c) houve o efeito de prevenção geral, com a diminuição da prática de delitos.

3. Não foram os pobres que sofreram o impacto da possibilidade de execução da pena após a condenação em 2º grau

23. Numa sociedade estratificada como a nossa, há uma clara divisão entre crimes de pobre e crimes de rico. Os crimes que mais geram ocupação de vagas no sistema penitenciário são, como a intuição e as estatísticas revelam, os crimes de pobres. Confirmam-se, a seguir, os números do sistema penitenciário fornecidos pelo Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN.

24. Os crimes que mais geram ocupação de vagas nos presídios brasileiros são:

(i) *tráfico de drogas e associação para o tráfico*: 220.086 presos;

⇒ Qual é a regra geral que o sistema aplica em relação a réus acusados de delitos associados a drogas? Prisão em flagrante e conversão em prisão preventiva, geralmente antes da decisão de 1º grau.

(ii) *roubo qualificado (CP, art. 157, § 2º)*: 109.284 presos;

⇒ Qual é a regra geral que o sistema aplica em relação a réus acusados de roubo qualificado (geralmente, assalto à mão armada)? Prisão preventiva, por se tratar de agente perigoso, mesmo antes da sentença de 1º grau.

(iii) *roubo simples* (CP, art. 157, caput): 64.106 presos;

⇒ Qual é a regra geral que o sistema aplica em relação a réus acusados de roubo simples (assalto mediante grave ameaça ou violência)? Prisão preventiva, por se tratar de agente perigoso, mesmo antes da sentença de 1º grau.

(iv) *homicídio simples e qualificado* (CP, art. 121, caput e § 2º): 66.777 presos;

⇒ Qual é a regra geral que o sistema aplica em relação a réus acusados de homicídio? Prisão preventiva, por se tratar de agente perigoso, mesmo antes da sentença de 1º grau.

(v) *crimes contra a dignidade sexual* (*estupro, estupro de vulnerável e atentado violento ao pudor* – CP, arts. 213, 214 e 217-A): 26.695 presos;

⇒ Qual é a regra geral que o sistema aplica em relação a réus acusados de crimes contra a dignidade pessoal? Prisão preventiva, por se tratar de agente perigoso, mesmo antes da sentença de 1º grau.

(vi) *latrocínio* – CP, art. 157, § 3º): 13.191.

⇒ Qual é a regra geral que o sistema aplica em relação a réus acusados do crime de latrocínio (geralmente, assalto seguido de morte)? Prisão preventiva, por se tratar de agente perigoso, mesmo antes da sentença de 1º grau.

25. Veja-se, então: nesses 6 (seis) crimes, que são os que mais lotam o sistema penitenciário, a clientela preferencial, correspondente a quase 100%, é de pessoas pobres. Em todos esses casos, os réus são presos bem antes da decisão de 2º grau.

26. Um destaque deve ser feito para o crime de *furto simples*, pelo qual há 34.330 presos no sistema penitenciário. Pelo art. 155, § 2º do Código Penal, se o réu for primário e for de pequeno valor a coisa furtada, o juiz pode (e, no geral, deve) aplicar penas restritivas de direitos em lugar da pena de prisão. Portanto, como regra, só estará preso por furto simples o réu reincidente específico. Gostaria de lembrar que eu mesmo trouxe a Plenário três casos em que sustentei que a reincidência não deveria, por si só, impedir o reconhecimento da insignificância. Minha posição não prevaleceu em nenhum dos três. Pobre não conta muito com o garantismo à brasileira.

27. Só para documentar como o sistema é duríssimo com os pobres e bem manso com os ricos, vejamos os números de condenação por crimes como corrupção passiva, corrupção ativa e peculato (desvio de dinheiro público):

(i) *corrupção passiva*: 116 presos;

(ii) *corrupção ativa*: 522 presos;

(iii) *peculato*: 1.161 presos.

28. O Conselho Nacional de Justiça divulgou que o número de presos que pode ser afetado por uma mudança da jurisprudência é de apenas 4.895. Porém, como vimos, muito maior foi o impacto da possibilidade de execução da pena, diminuindo o índice de crescimento do encarceramento no país. A imprensa divulgou alguns dos beneficiários mais notórios, condenados por corrupção ativa, passiva, peculato ou lavagem de dinheiro. Pobre não corrompe, não desvia nem lava dinheiro. Tem gente que não levanta a caneta por menos de milhão, que muda de calçada quando vê um pobre, hasteando uma bandeira que nunca defendeu.

III. DESFAZENDO UM EQUÍVOCO: O DEBATE NÃO TEM NADA A VER COM OPINIÃO PÚBLICA

29. Uma das formas que se tem encontrado para desqualificar os que defendem a manutenção da possibilidade de executar a condenação após o 2º grau é afirmar que se trata de tese para agradar a opinião pública, que constitui populismo judicial ou punitivismo. Essa é apenas uma das faces da intolerância, da inaceitação do outro, da obsessão pelas próprias convicções.

30. Na outra face da intolerância estão os que acham que os que defendem o modelo antigo têm pacto com a impunidade, querem proteger amigos ou clientes corruptos ou vivem da ganância de lucrar com o crime alheio. A crença de que quem pensa diferente só pode estar a serviço de alguma causa sórdida é uma forma primitiva de ver a vida. Gritos e ofensas não mudam opiniões e menos ainda a realidade. Na frase feliz do Bispo Desmond Tutu: “Não levante a voz. Melhore o argumento”. Portanto, é preciso partir do pressuposto de que todos estejam bem-intencionados e preocupados em fazer o melhor.

31. Pois bem: opinião pública é um conceito volátil, que muda com as nuvens. Ela não serve de fundamento para a interpretação de coisa alguma. O mesmo vale para clamor

público. Os conceitos relevantes aqui são outros: os de justiça, direitos fundamentais e interesse público. Eles precisam estar presentes em qualquer sociedade que não queira regredir ao estado de natureza.

32. Quando um cidadão de bem se sente indignado com a morte de uma criança por um tiro de fuzil; com o estupro ou a violência doméstica contra uma mulher; com o grileiro que toca fogo na floresta; ou com o desvio de milhões de reais por agentes públicos corruptos, não é de “opinião pública” que se trata. Nós estamos é diante do sentimento de justiça, que une as pessoas de bem e distingue as sociedades civilizadas das sociedades primitivas.

33. Um país que perde o senso de justiça é um país que se perdeu na história.

34. Algumas palavras a mais nesse tópico. Não se pode perder de vista que numa democracia todo poder é representativo. Ninguém exerce poder em nome próprio ou no interesse próprio. Compilando a melhor teoria constitucional desenvolvida em todo o mundo¹, cabe assentar:

a) o juiz não é um ser isolado do mundo, encastelado em uma torre de marfim, intérprete de textos abstratos e indiferente à vida lá fora. Juízes têm o dever de ter janelas para o mundo, ter olhos para a realidade e capacidade de identificar o sentimento social, passando-o, naturalmente, pelo filtro da Constituição.

⇒ Note-se bem que eu estou falando de interpretação da Constituição, e não de julgamento de processos criminais. Numa ação penal, a única coisa relevante é se há prova ou não há prova. Ninguém deve ser condenado por simpatia, antipatia ou qualquer tipo de preferência política. É importante que isso fique bem claro. A lógica de um juiz há de ser a do certo ou errado, justo ou injusto, legítimo ou ilegítimo. Jamais a do amigo ou inimigo. Fecho esse parêntesis.

b) juízes constitucionais têm uma auto-compreensão acerca de sua missão institucional, de qual o seu papel na vida do país, de qual a melhor forma de realizar os valores constitucionais. Se violência, corrupção e impunidade são as

¹ Robert Post e Reva Siegel, *Roe rage: democratic constitutionalism and backlash*. *Harvard Civil Rights Civil - Liberties Law Review* 42:373, 2007; Cass Sunstein, *A Constitution of many minds*, 2009, p. 142 e s.; Giles, Blackstone & Vining, *The Supreme Court in the American democracy: unraveling the linkages between public opinion and judicial decision making*, 2008, p. 6 e s.; e Peter Häberle. *A sociedade aberta dos intérpretes da constituição*, 2003.

mazelas do seu tempo – ao lado da desigualdade extrema, devo acrescentar –, cabe ao juiz, sim, participar do esforço coletivo de enfrentar esses males;

c) o Supremo Tribunal Federal é o intérprete final da Constituição, mas não é o dono dela nem tampouco seu intérprete único. A definição do sentido e alcance da Constituição cabe à sociedade como um todo. Com as cautelas próprias, com os filtros adequados, não se deve ter a arrogância de se achar proprietário da Constituição, com o poder de excluir a cidadania do acesso a ela.

35. Não preciso relembrar aqui o que ocorre com o prestígio e a credibilidade de um tribunal que repetida e prolongadamente frustra as demandas legítimas da cidadania.

IV. ANTECEDENTES DA CONTROVÉRSIA

1. Na legislação

36. 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”*”.

37. 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.

38. Aliás, na redação original do CPP se previa: “*Art. 594 “O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão”*”. 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.

39. 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.*”

2. Na Jurisprudência do Supremo

40. Desde a promulgação da Constituição 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*”.

41. 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.

V. RAZÕES SUBSTANTIVAS PARA A MUDANÇA DA JURISPRUDÊNCIA

42. Sustentei, nos precedentes de 2016, 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.

43. 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.

44. Em votos anteriores acerca dessa mesma matéria, eu listei uma série de casos emblemáticos que ilustravam o padrão de impunidade do modelo anterior: (i) o jornalista que matou a namorada e passados 10 anos continuava solto levando vida normal; (ii) o parlamentar que desviou muitos milhões e só foi finalmente cumprir pena 14 anos depois, às vésperas da prescrição, por uma atuação proativa do Ministro Toffoli; (iii) o do jogador de futebol que dirigindo embriagado provocou a morte de três pessoas e depois de 21 recursos a pena prescreveu; (iv) o suplente de deputado federal que contratou pistoleiros para matar a titular e tomar a sua vaga, que só foi condenado e preso 13 anos depois; (v) o caso dos assassinos da missionária Dorothy Stang, morta em 2005, e que só agora, em 2019, foram finalmente cumprir pena; (vi) o caso do Propinoduto do Rio de Janeiro, ocorrido entre 1999 e 2002, com desvio de mais de R\$ 100 milhões de reais, cuja decisão condenatória só veio a ser executada em 2018; (vii) o caso que motivou a virada jurisprudencial, em 2009: uma tentativa de homicídio praticada em 1991, que prescreveu em 2012, sem trânsito em julgado.

45. São casos ilustrativos. Basta ter um advogado que manipule o sistema para o processo durar pelo menos uma década. Os casos se multiplicam. Outro exemplo emblemático é a “Chacina de Unai”. Assassinato de 4 (quatro) servidores do Ministério do Trabalho, ocorrido em 2004. Só em 2019, ainda sem trânsito em julgado, se conseguiu prender os assassinos.

46. Por essas razões, o Tribunal modificou a sua orientação, por relevantes fundamentos jurídicos, pragmáticos e empíricos, isto é, comprováveis factualmente. O impacto positivo foi evidente. Além do desincentivo a novos crimes, pela probabilidade real da punição, foram celebrados, somente no âmbito da Operação Lava Jato, 250 acordos de colaboração premiada e de leniência, pelos quais os criminosos reconhecem os crimes, restituem dinheiros e ajudam a desbaratar esquemas criminosos. Confira-se, a propósito, o quadro abaixo:

FORO	Acordos de colaboração	Acordos de Leniência
Curitiba	48	13
Rio de Janeiro	37	3
São Paulo	10	2
TRF4	1	-
STF	136	-
Total	232	18
Total geral	250	

Parte II

AS TESES JURÍDICAS APLICÁVEIS

I. A ORDEM CONSTITUCIONAL BRASILEIRA NÃO EXIGE TRÂNSITO EM JULGADO PARA A DECRETAÇÃO DE PRISÃO. O QUE SE EXIGE É ORDEM ESCRITA DA AUTORIDADE COMPETENTE.

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

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

49. 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.

50. Aliás, justamente porque o sistema é muito ruim, perto 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. Parte do problema do excesso de prisões provisórias é que a ineficiência do sistema, que não consegue fazer o processo chegar ao fim em tempo razoável, dá ao juiz o incentivo de antecipar a realização da justiça, convencido de que se ele esperar ela não chegará. Vale dizer: procrastinar o processo é dar o incentivo errado, agravando o problema que se quer combater.

51. 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.

52. A esse propósito, como lembrou a Ministra Ellen Gracie em 2009 e foi reiterado pelo saudoso Ministro Teori Zavascki em 2016, 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. Nos exemplos citados por Teori: Inglaterra, Estados Unidos, Canadá, Alemanha, França, Portugal, Espanha e Argentina, entre quase todos. Mais que isso, os principais documentos e convenções de direitos humanos do mundo tampouco exigem o trânsito em julgado. Confira-se.

i) 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);

ii) 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);

iii) 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);

iv) 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);

v) **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);

vi) **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);

vii) **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).

II. 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.

53. 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.

54. 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.

55. 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, rótulo genérico sob o qual se abrigam valores importantes como a realização da justiça, a proteção dos direitos fundamentais, o patrimônio público e privado, a probidade administrativa.

Esse é um ponto importante: aplicar as normas penais com devido processo legal e proporcionalidade não é punitivismo, não é vingança privada, mas instrumento de proteção dos direitos fundamentais de todos contra o abuso praticado por alguns. Vítimas também têm direitos humanos, lembrou da tribuna, em sustentação memorável, o Advogado-Geral da União, Dr. André Mendonça.

56. Voltando à ponderação. Imagine-se uma balança com seus dois pratos. Quando a investigação começa, o princípio da presunção de inocência tem o peso máximo e a pretensão punitiva do Estado o peso mínimo. Com o recebimento da denúncia, esse 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.

57. 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 se expressa em:

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

58. 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 penal. Um sistema penal desmoralizado não serve a ninguém: nem à sociedade, nem ao Judiciário nem aos advogados.

59. Note-se, aqui, uma outra cláusula constitucional que impacta a interpretação constitucional nessa matéria e a ponderação a ser feita. Trata-se do inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição, que tem a seguinte dicção:

“LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

60. Esse dispositivo foi incluído no âmbito da Reforma do Judiciário (EC nº 45, de 2004), conduzida pelo Ministro Márcio Thomaz Bastos, nos primeiros anos do governo Lula,

impulsionada por comissão de que eu e o Ministro Luiz Edson Fachin tivemos a honra de integrar. Norma moralizadora do processo brasileiro e vetor interpretativo para as normas de direito processual. Isso significa que havendo mais de uma interpretação razoável, deve-se privilegiar a que faz o processo tramitar celeremente e não a que o faz se arrastar indefinidamente.

61. Processos devem durar 6 meses, um ano. Se for muito complexo, uma ano e meio. Nós nos acostumamos com um patamar muito ruim e desenvolvemos uma cultura de 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. Devido processo legal significa que o réu tem o direito de saber do que está sendo acusado, de apresentar defesa, de produzir provas, de ser julgado por um juiz imparcial e ter um recurso para rediscutir a decisão. Precisamos combater esse devido processo legal à brasileira, que significa o processo que não funciona, não anda, não termina e é feito para desembocar em prescrição. E quando, por milagre, ele chega ao fim, bom, aí é hora de se anular tudo. Basta ter olhos de ver para constatar o que estou afirmando.

III. 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.

62. Nos tópicos anteriores, foram apresentados fundamentos de índole estritamente constitucional que são adequados e suficientes para justificar a posição aqui defendida quanto ao momento de execução da decisão penal condenatória: (i) o direito brasileiro não exige o trânsito em julgado da decisão para que se decrete a prisão, (ii) a presunção de inocência, por ser um princípio, sujeita-se à ponderação com outros valores constitucionais, e (iii) o princípio da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente impede que o Estado tutele de forma insuficiente os direitos fundamentais protegidos pelo direito penal.

63. É possível, subsidiariamente, construir outro fundamento, de estatura infraconstitucional: com o acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, a execução provisória da pena passa a constituir, *em regra*, exigência de ordem pública,

necessária para assegurar a credibilidade do Poder Judiciário e do sistema penal. Vale dizer: ainda que não houvesse um fundamento constitucional direto para legitimar a prisão após a condenação em segundo grau – e há! –, ela se justificaria nos termos da legislação ordinária. Não é difícil demonstrar o ponto.

64. O artigo 312 do Código de Processo Penal² prevê três situações em que a decretação da prisão preventiva é justificada, havendo prova da existência do crime e indício suficiente de autoria: (i) *a conveniência da instrução criminal*, consistente na necessidade de garantir a colheita de provas, evitar a atuação indevida do acusado sobre testemunhas etc; (ii) *a garantia de aplicação da lei penal*, que busca evitar que o acusado se furte ao processo e/ou ao seu resultado, e (iii) *a garantia da ordem pública* e da ordem econômica.

65. Em relação à garantia da ordem pública, o Supremo Tribunal Federal tem entendido que ela compreende, além da necessidade de resguardar a integridade física do acusado e impedir a reiteração de práticas criminosas, a exigência de assegurar a credibilidade das instituições públicas, notadamente do Poder Judiciário³. Presentes essas hipóteses, pode o juiz decretar, em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, a prisão, desde que fundamentadamente.

66. Pois bem. No momento em que se dá a condenação do réu em segundo grau de jurisdição, estabelecem-se algumas certezas jurídicas: a materialidade do delito, sua autoria e

² CPP. Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

³ Nesse sentido, confirmam-se, exemplificativamente: (i) HC 89.238, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, j. 29.05.2007, onde se lavrou: “Com relação ao tema da garantia da ordem pública, faço menção à manifestação já conhecida desta Segunda Turma em meu voto proferido no HC 88.537/BA e recentemente sistematizado nos HC’s 89.090/GO e 89.525/GO acerca da conformação jurisprudencial do requisito dessa garantia. Nesses julgados, pude asseverar que o referido requisito legal envolve, em linhas gerais e sem qualquer pretensão de exaurir todas as possibilidades normativas de sua aplicação judicial, as seguintes circunstâncias principais: i) a necessidade de resguardar a integridade física ou psíquica do paciente ou de terceiros; ii) o objetivo de impedir a reiteração das práticas criminosas, desde que lastreado em elementos concretos expostos fundamentadamente no decreto de custódia cautelar; e iii) para assegurar a credibilidade das instituições públicas, em especial do poder judiciário, no sentido da adoção tempestiva de medidas adequadas, eficazes e fundamentadas quanto à visibilidade e transparência da implementação de políticas públicas de persecução criminal.”; e (ii) HC 83.868, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 10.06.2008, Pleno, de cuja ementa extrai-se que: “A garantia da ordem pública se revela, ainda, na necessidade de se assegurar a credibilidade das instituições públicas quanto à visibilidade e transparência de políticas públicas de persecução criminal”.

a impossibilidade de rediscussão de fatos e provas. Neste cenário, retardar infundadamente a prisão do réu condenado estaria em inerente contraste com a preservação da ordem pública, aqui entendida como a eficácia do direito penal exigida para a proteção da vida, da segurança e da integridade das pessoas e de todos os demais fins que justificam o próprio sistema criminal⁴.

67. Está em jogo aqui a credibilidade do Judiciário – inevitavelmente abalada com a demora da repreensão eficaz do delito –, sem mencionar os deveres de proteção por parte do Estado e o papel preventivo do direito penal. A afronta à ordem pública torna-se ainda mais patente ao se considerar o baixíssimo índice de provimento de recursos especiais e extraordinários, como se verá adiante.

IV. A CORRETA INTERPRETAÇÃO DO ART. 283 DO CPP À LUZ DA CONSTITUIÇÃO

68. Nas presentes ações diretas, postula-se a declaração de constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, que prevê que *“ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva”*.

69. Ambas as ações apontam uma suposta omissão do STF no julgamento do HC 126.292 quanto à validade de referido dispositivo legal, que, em seu sentido literal mais óbvio, impediria o cumprimento da pena antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. Desde logo deixo consignado que meu voto enfrentou *expressamente* a questão do art. 283 do CPC, em parágrafo específico a ele dedicado, com o seguinte teor:

“Essa ponderação de bens jurídicos não é obstaculizada pelo art. 283 do Código de Processo Penal. (...) Note-se que este dispositivo admite a *prisão temporária* e a *prisão preventiva*, que podem ser decretadas por

⁴ CF/88, art. 144. “A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da *ordem pública* e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: ...”. Vê-se, assim, que a ordem pública é, igualmente, um conceito constitucional, associado à segurança pública. O uso abusivo da repressão penal em outras épocas da vivência brasileira não deve impedir o seu uso legítimo, ponderado e eficiente em um Estado democrático.

fundamentos puramente infraconstitucionais (e.g., “quando imprescindível para as investigações do inquérito policial” – Lei nº 9.760/89 – ou “por conveniência da instrução criminal” – CPP, art. 312). Naturalmente, não serve o art. 283 do CPP para impedir a prisão *após a condenação em segundo grau* – quando já há certeza acerca da materialidade e autoria – por fundamento diretamente constitucional. Acentue-se, porque relevante: interpreta-se a legislação ordinária à luz da Constituição, e não o contrário”.

70. Em português simples e claro: se o dispositivo não impede a prisão antes mesmo da sentença de 1º grau, por qual razão impediria após a condenação em 2º grau?

71. Admita-se, para argumentar, sem conceder, que fosse possível a interpretação pretendida pelos autores. É certo, contudo, que ela não seria a única nem muito menos a melhor. Pela razão singela de que ela frustraria valores constitucionais como a efetividade mínima exigida do processo penal para que não incorra em proteção deficiente da sociedade e violaria frontalmente o mandamento da celeridade do processo.

72. Por esses motivos, deve-se conferir interpretação conforme a Constituição ao art. 283 do CPP, com a redação dada pela Lei nº 12.403/2011, para se excluir a possibilidade de que o texto do dispositivo seja interpretado no sentido de obstar a execução da pena depois da decisão condenatória de segundo grau e antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. Trata-se, portanto, de uma decisão interpretativa que apenas exclui uma das possibilidades de sentido da norma, afirmando-se uma interpretação alternativa, compatível com a Constituição. Como se vê, a técnica não importa em nulidade da norma.

73. Ademais, não há que se cogitar de reserva de Plenário para esta decisão, tendo em vista que o Plenário já se manifestou três vezes sobre o tema.

74. Por fim, e muito importante, cabe lembrar o texto expresso do art. 637 do Código de Processo Penal, cuja vigência e validade já foi reiterada diversas, que prevê:

“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”.

75. Na linha do voto do Ministro Teori Zavascki, no ARE 964.246, elaborado sob regime de repercussão geral, “[é] de se reafirmar que, a partir da restauração do regramento do sistema recursal tradicionalmente adotado pelo STF, por ocasião do julgamento do HC 126.292, dispositivos que sempre conferiram efeito apenas devolutivo aos recursos extraordinários (como o art. 637) são plenamente passíveis de serem invocados para determinar-se a imediata execução da reprimenda”. Em seguida, ele transcreve voto do Min. Gilmar Mendes no HC 127.708, julgado em 6.06.2016, na mesma linha.

76. Uma interpretação sistemática da Constituição impõe a conciliação entre os dispositivos, o que significa a possibilidade de execução da pena antes do trânsito em julgado.

Parte III

O DIREITO E A JUSTIÇA BASEADOS EM EVIDÊNCIAS

I. INTRODUÇÃO

77. Como já me manifestei diversas vezes, nessa bancada e em trabalhos doutrinários, a interpretação constitucional e o Brasil, de uma maneira geral, precisam de um giro empírico-pragmático. No caminho do desenvolvimento, vamos ter que nos libertar de discursos tonitroantes e da retórica vazia, descompromissada com o mundo real, que tanto caracteriza a vida nacional.

78. 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. A esse propósito, merece elogio o papel que o Conselho Nacional de Justiça vem desempenhando na coleta e publicização dos dados do sistema de justiça.

79. Já o *pragmatismo* se assenta na busca dos melhores resultados, dentro das possibilidades e limites semânticos dos textos normativos. Um dos aspectos do pragmatismo é

a atenção às consequências das decisões. Nenhum intérprete pode ser indiferente ao produto do seu trabalho.

80. 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 produz os melhores resultados para a sociedade. E, no tema aqui apreciado, não parece haver dúvida: os fatos e os números são muito óbvios para negar a evidência.

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

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

82. Em voto em processo anterior, no qual mantivemos a possibilidade de execução após a condenação criminal em 2º grau, eu trouxe dados da Assessoria de Gestão Estratégica do STF, referente ao período de 1º.01.2009 até 19.04.2016. No período, 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.

83. 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 absolvições, 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.

84. Disse eu, à época, 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

absoluções. 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.

85. Já agora, a meu pedido, a presidência do Tribunal atualizou esses dados informando o seguinte: entre os processos que transitaram em julgado entre 2009 e 2019, **97,23%** dos recursos criminais são desprovidos pelo Supremo Tribunal Federal. Significa dizer que o índice de provimento é de **2,77%**. Esse é o número geral, entre recursos da defesa e da acusação. Se se dividisse esse número por 2, ter-se-ia 1,38% para a defesa e 1,38% para a acusação. No mundo real, nós sabemos que é maior o provimento de recursos em favor da acusação. De modo que estamos falando de menos de 1% de recursos em favor da defesa. E, mesmo assim, os recursos que resultam em absolvição, segundo cálculos realizados entre 1.01.2009 e 19.04.2016, são ínfimos.

86. Exigir o trânsito em julgado significa prolongar os processos por causa de um percentual mínimo, submetendo a regra geral – que é a manutenção da condenação – à exceção.

87. Eu entendo e respeito quem tem o entendimento de que bastaria um caso de reforma de alguma condenação para justificar a exigência do trânsito em julgado. Mas, por essa lógica, deveríamos fechar todos os aeroportos, porque apesar de todos os esforços, há alguma margem, ainda que mínima, de acidentes. O mesmo vale para a indústria automobilística, para a construção civil e quase todas as atividades produtivas. Não há sistema de justiça no mundo – aliás, não há atividade humana no mundo – imune a algum grau de erro. Sendo certo que quando um tribunal superior reforma decisão de um tribunal inferior, não quer dizer necessariamente que este último é que estava errado. E se houvesse um tribunal acima do Supremo, também haveria algum percentual de reforma. E aí se teria um ciclo interminável.

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

88. Segundo pesquisa desenvolvida pela Coordenadoria de Gestão da Informação do STJ, sob a coordenação do Ministro Rogério 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. Não foi possível atualizar a pesquisa a tempo para este julgamento, mas não houve alteração relevante.

89. 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%.

90. 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.

91. Sempre lembrando que, pela via do *habeas corpus*, se podem discutir as questões com maior latitude do que no recurso especial e no extraordinário, como bem assentou o Ministro Teori em seu voto no HC 126.292.

92. Em suma: em *habeas corpus* se pode consertar qualquer vício de legalidade, com muito mais presteza e abrangência do que seria possível em recursos extraordinário ou especial, qualquer eventual ilegalidade ou abuso de poder. Observo, porém, não sem alguma surpresa, que de acordo com os dados fornecidos pela Presidência, a taxa de concessão de *habeas corpus* é bem diminuta. Segundo o documento fornecido, “[n]os últimos 10 anos, a média de HCs e RHCs não providos foi de 98,36%, enquanto a média dos providos foi de 1,64%.

IV. O TEMPO DE TRAMITAÇÃO DOS RECURSOS NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

93. Reportagem da Folha de São Paulo, dos jornalistas Flávia Faria e Guilherme Garcia, publicada em 16.10.2019, afirma que 63% dos recursos levam até um ano para transitar

em julgado no STJ. E, no STF, isso acontece em 77% dos casos. A pesquisa não é oficial nem sei exatamente como foi a metodologia. Mas vamos aceitá-la como válida, para fins de argumentação⁵.

94. A leitura *a contrario sensu* é que no STJ, 37% dos casos levam mais de um ano. E no STF, 23%. É justamente aí que mora o problema. E como bem constataram os jornalistas: “Quem tem recursos financeiros para arcar com bons advogados tem mais poder para recorrer às cortes superiores, e há, sim, casos que se desenrolam por anos, ainda que sejam a minoria”.

95. Veja-se: é nesses 37% no STJ e 23% no STF que se encontram os casos da alta criminalidade, as situações emblemáticas de réus ricos e poderosos que não deixam o processo acabar. Esses é que serão os grandes beneficiados da mudança de orientação jurisprudencial. Estes casos levam anos, muitos anos. Ninguém se iluda.

96. Não é difícil ilustrar o argumento. Veja-se o caso da Operação Lava Jato:

Dados: 74 pessoas foram condenadas em segunda instância em processos da Lava Jato no Paraná, segundo o Ministério Público Federal (dentre elas, João Vaccari Neto, José Dirceu, Eduardo Cunha, Delubio Soares, Sergio Cabral, Gim Argello, José Carlos Bumlai, Renato Duque e André Vargas). Destes 36 fizeram acordos de colaboração premiada. Em relação aos 38 restantes, que contestam as condenações, só 8 (oito) transitaram em julgado até essa data, tendo sido a primeira apelação julgada no TRF4 em 22/09/2015.

Constatação: passados 4 (quatro) anos desde a primeira confirmação de condenação, a maioria esmagadora ainda não transitou em julgado. Não se tenha qualquer dúvida: quando se trata de criminalidade do colarinho branco, a média é bem superior a um ano.

V. OS NÚMEROS DO TEMPO DE TRAMITAÇÃO NOS TRIBUNAIS SUPERIORES NÃO LEVAM EM CONTA O TEMPO QUE OS PROCESSOS LEVAM, NO TRIBUNAL DE ORIGEM, ENTRE A DECISÃO DE 2º GRAU E A EFETIVA CHEGADA DOS RECURSOS ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIO NO STJ E NO STF

⁵ <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/10/maioria-dos-recursos-apos-2a-instancia-e-julgada-em-ate-1-ano-no-stj-e-no-supremo.shtml>.

97. A impossibilidade de execução da decisão criminal condenatória de 2º grau traz ainda um novo fator de atraso: o tempo que se leva, no tribunal de origem – Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal – para processamento do recurso especial e do recurso extraordinário. Não tive tempo de fazer uma pesquisa abrangente, mas há dados do Conselho da Justiça Federal devidamente publicados que revelam o seguinte: inspeção realizada no Tribunal Regional da 1ª Região – com sede aqui em Brasília – revelou que o Tribunal, em 2015, levava entre 1 e 2 anos apenas para proceder ao juízo de admissibilidade⁶.

98. Com um acréscimo importante: esse prazo compreende apenas o intervalo entre o processo ir concluso ao órgão responsável pelo exame de admissibilidade e a própria decisão, não incluindo a tramitação anterior, desde a interposição do recurso, passando pelas contrarrazões até o deslocamento do processo ao órgão interno responsável. Tampouco inclui a remessa e a chegada no tribunal *ad quem*.

99. Não obstante ser a estatística mais recente, há fortes indícios de que o prazo estimado em 2015 pode ter crescido no âmbito do TRF1. No relatório de 2017, consta que o número de processos conclusos na Presidência e Vice-Presidência, para exame de admissibilidade de recursos especiais e extraordinários, cujo acervo era de 15.319 em julho de 2015, aumentou para 22.710 em fevereiro de 2017, um incremento de 48%. É provável, portanto, que estejamos falando de um prazo que vai de 2 a 3 anos para o processo subir.

100. Há um outro problema grave aqui: a prescrição foi interrompida pela última vez quando da publicação da sentença condenatória de 1º grau. A 1ª Turma deste Tribunal tem entendido, inclusive com o meu voto, que o acórdão condenatório de 2º grau volta a interromper a prescrição. Mas essa não é a posição da 2ª Turma, nem tampouco do Superior Tribunal de Justiça. Também esse fato dá um incentivo à procrastinação do processo, com recursos sucessivos e descabidos, que fazem parte da rotina dos processos criminais no país e particularmente neste tribunal. Isso leva a mais um ponto.

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

⁶ Dados disponíveis em <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/corregedoria-geral-da-justica-federal/inspecoes>.

101. 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.

102. 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.

103. 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.

104. 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

I. UMA EPIDEMIA DE VIOLÊNCIA E CORRUPÇÃO

105. O Brasil vive uma epidemia de violência e de corrupção. Nós nos tornamos o país mais violento do mundo, com mais de 60 mil mortes por homicídio ao ano. É número superior ao da guerra da Síria. O Brasil também vive uma epidemia de corrupção. Todos nós assistimos ao que aconteceu aqui. De acordo com a Transparência Internacional, organização reconhecida globalmente, o Índice da Percepção da Corrupção no país tem piorado dramaticamente. Entre 180 países, nós ficamos na metade considerada mais corrupta: em 2015, ocupávamos a 69ª posição; em 2016, pioramos para a 79ª; em 2017, caímos para 96ª; e, em 2018, o Brasil ocupa a 105ª posição, na percepção da corrupção por parte da população.

106. Esse é o contexto brasileiro. Esses são os números da nossa vergonha. O que justificaria, diante desse quadro, o Supremo Tribunal Federal – revertendo entendimento anterior que produziu resultados relevantes – adotar mais uma decisão que viria dificultar o enfrentamento dessa situação dramática? Respeitando todas as posições, de que lado da história nós estamos?

II. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A SOCIEDADE BRASILEIRA

107. Eu tenho grande apreço pelas instituições. Inclusive pela instituição em que eu trabalho, que é o Supremo Tribunal Federal. Não tenho nenhuma ambição na vida que não seja fazer um país melhor e maior. Considero que instituições políticas e econômicas inclusivas, eficientes e responsivas à sociedade estão na origem da prosperidade das nações, fazendo coro ao que escreveram Daron Acemoglu e James Robinson em *Por que as Nações Fracassam*.

108. Porque acredito nas instituições e tenho apreço pela instituição em que trabalho, preocupo-me com sua imagem e com a percepção que a sociedade tem do Supremo Tribunal Federal. E a sociedade questiona, porque não consegue compreender, o conjunto de decisões do Supremo que, a seu ver, dificultam o combate à corrupção. Algumas delas incluem as seguintes:

(i) diversas ações foram retiradas da competência da 13^a Vara Federal de Curitiba, que havia quebrado o paradigma de ineficiência e impunidade em relação à criminalidade do colarinho branco;

(ii) transferiu-se a competência para o julgamento de crimes comuns, sobretudo de colarinho branco, conexos com os eleitorais, para a Justiça Eleitoral, no momento em que a Justiça Federal vinha funcionando com crescente eficiência.

(iii) considerou-se inconstitucional a condução coercitiva que vigorava há quase oitenta anos, com a finalidade de impedir a destruição de provas e a combinação de versões;

(iv) entendeu-se que o parlamentar que utilize o mandato para prática de crimes, documentadamente comprovados – gravado e filmado –, não podiam ser afastados do mandato por decisão do Supremo, ficando a matéria submetida à Casa Legislativa, de onde praticados os crimes;

(v) mais de cinquenta *habeas corpus* foram concedidos apenas no Rio de Janeiro, um Estado-membro devastado pela corrupção, praticada com inimaginável desfaçatez.

(vi) entendeu-se por invalidar, retroativamente, processos já sentenciados porque o réu colaborador e o réu não-colaborador apresentaram alegações finais simultaneamente, aliás, como determinava a lei;

(vii) suspensão de todos os processos criminais baseados em compartilhamento de dados do COAF sobre movimentações suspeitas de dinheiro.

109. E, agora, reformaremos a decisão que produziu o impacto mais importante no enfrentamento da criminalidade do colarinho branco no Brasil. Será isso mesmo? A sociedade não entende. E confesso que eu tampouco.

III. O BRASIL E A COMUNIDADE INTERNACIONAL

110. Há décadas o Brasil tenta furar o cerco da renda média e se tornar verdadeiramente desenvolvido. Ser desenvolvido significa melhor educação, melhor saúde, melhores salários, melhor qualidade de vida para a população. Não é um objetivo desimportante. O clube das nações desenvolvidas é a OCDE – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico.

111. Pois também me preocupa a percepção que o mundo desenvolvido tem do Brasil. Essa não é uma questão supérflua. As sociedades capitalistas vivem da segurança jurídica, da confiança nas instituições e nos atores públicos e privados. É isso que determina o nível de investimento e o volume de negócios de um país. E, conseqüentemente, seu nível de emprego e perspectivas de desenvolvimento. Pois a percepção internacional do Brasil pela OCDE, que, como disse, representa os países desenvolvidos e em cujos quadros o Brasil deseja ingressar, não é boa. Ainda esses dias a imprensa noticiou:

O GLOBO

“BARRAR PRISÃO APÓS SEGUNDA INSTÂNCIA ‘SERÁ SINAL MUITO RUIM’ PARA O MUNDO, DIZ CHEFE ANTICORRUPÇÃO DA OCDE

Uma eventual mudança na decisão do Supremo Tribunal Federal (STF), de 2016, que prevê o início do cumprimento da pena de prisão após condenação em segunda instância, levantaria dúvidas sobre a luta anticorrupção no Brasil, sobre o sentido da operação Lava Jato e seria visto com "sinal muito ruim" para a comunidade internacional.

É o que afirma o esloveno Drago Kos, presidente do grupo de trabalho sobre corrupção da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE).

Ele comanda os estudos que monitoram o cumprimento da Convenção da OCDE sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, ratificada pelo Brasil em 2000.

O Brasil é país parceiro da OCDE e negocia sua adesão ao grupo, que tem 34 países-membros.

Segundo ele, uma mudança de posição no STF sobre o cumprimento de pena após segunda instância "será um sinal muito ruim para a comunidade internacional".

"O nível de impunidade no Brasil irá certamente aumentar, o que vai causar vários problemas para o país".⁷

UOL

“PREOCUPADA COM A CAPACIDADE DO BRASIL DE INVESTIGAR CORRUPÇÃO, OCDE ENVIA MISSÃO AO PAÍS

Segundo a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), "a capacidade das autoridades públicas brasileiras de investigar e processar a corrupção de funcionários públicos estrangeiros está seriamente ameaçada". É o que diz o Grupo de Trabalho sobre Suborno da instituição que promove políticas para melhorar o bem-estar econômico e social da população em todo o mundo.

Uma missão da OCDE desembarcará em Brasília ainda em novembro para se reunir com funcionários do alto escalão, a fim de reforçar a mensagem de que a competência das autoridades governamentais de investigar e de processar envolvidos em casos de suborno estrangeiro deve ser preservada. Segundo a entidade, somente assim o Brasil estará comprometido com as obrigações que o país assumiu na Convenção da OCDE sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais”.⁸

VÓRTEX

“DECISÕES DO SUPREMO CAUSARAM DESGASTES COM GRUPO DA OCDE

Na reunião em que o Grupo Anticorrupção da Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) decidiu enviar ao Brasil uma missão para acompanhar retrocessos no combate à corrupção, nesta quinta-feira (10), o Supremo Tribunal Federal se transformou no pivô dos problemas apontados à delegação brasileira.

Segundo fontes presentes no encontro ouvidas pelo **Vortex**, as decisões do Supremo que foram alvos de questionamentos são:

- Paralisação de todas as investigações em curso no país que envolvam dados globais sigilosos compartilhados pelo ex-Conselho

⁷ <https://g1.globo.com/mundo/noticia/barrar-prisao-apos-2-instancia-sera-sinal-muito-ruim-para-o-mundo-diz-chefe-anticorruptao-da-ocde.ghtml>.

⁸ <https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/rfi/2019/10/21/preocupada-com-a-capacidade-do-brasil-de-investigar-corrupcao-ocde-envia-missao-ao-pais.htm>.

de Controle de Atividades Financeiras com Receita sem autorização da Justiça

- Paralisação de procedimentos investigatórios instaurados na Receita Federal que atingiram autoridades, inclusive ministros do STF e familiares, além de afastamento de auditores fiscais
- Abertura de inquérito de ofício para apurar ataques a ministros e fake news sem participação do MPF
- Entendimento de que delatados precisam se manifestar depois de delatores antes da sentença do juiz, em face das consequências que a decisão pode gerar”.⁹

112. Ninguém respeita país que blinda corruptos. Voltar atrás nessa matéria representará um retrocesso capaz de afetar o ritmo de desenvolvimento do Brasil. Evidentemente, nem eu nem ninguém nesse tribunal é pautado por qualquer pessoa ou organização, seja do Brasil ou do exterior. Mas no mundo globalizado, nenhum país pode ser uma ilha. Menos ainda uma ilha de impunidade. Na frase inspirada de Vinicius de Moraes, “bastar-se a si mesmo é a maior solidão”.

113. No Brasil, tal como eu vejo – essa é a minha pré-compreensão sobre esse tema –, nós precisamos substituir o pacto oligárquico de apropriação privada do Estado e dos recursos públicos por um pacto de integridade, fundado em duas regras: a) no espaço público, não desviar dinheiro; b) no espaço privado, não passar os outros para trás.

114. A integridade vem antes da ideologia, antes das escolhas políticas. A democracia tem espaço para liberais, progressistas e conservadores. Mas não para a desonestidade. Esta é uma questão prévia. A busca por integridade não tem a ver com direita, esquerda, centro ou qualquer lugar do espectro político. Nem tampouco com moralismo. Tem a ver com civilização, progresso, humanismo.

⁹https://vortex.media/justica/4774/decisoes-do-supremo-causaram-desgastes-com-grupo-da-ocde/?utm_source=Vortex+Media&utm_campaign=d6a289b8cc-EMAIL_CAMPAIGN_2019_10_14_12_48_COPY_02&utm_medium=email&utm_term=0_2c3b68a513-d6a289b8cc-397977649&mc_cid=d6a289b8cc&mc_eid=72ca6d4159

115. E, portanto, quando eu interpreto a Constituição e estabeleço limites legítimos para direitos fundamentais, devido processo legal e para legítimas pretensões do sistema de defesa da sociedade, eu me preocupo em dar os incentivos certos para as pessoas. É preciso mudar paradigmas no Brasil e superar tempos passados no Brasil. Nós queremos mudar essa história, em que o crime compensa, os bandidos perseguem os mocinhos e o mal vence no final. E restabelecer, nas pessoas em geral, a crença de que vale a pena ser honesto, agir de boa-fé. E restabelecer a primazia dos bons sobre os espertos.

116. É assim que eu interpreto a Constituição, porque acho que esses são os valores que estão nela inscritos. E, portanto, acho que o Supremo em boa hora mudou para melhor a jurisprudência. Nós começamos a melhorar o país. O cometimento de crimes passou a oferecer mais riscos. Diminuímos os incentivos para o desvio de dinheiro e acho, do fundo do coração, que não tem pobre nessa história. Nós estamos falando da alta criminalidade, dos desvios graúdos de dinheiros públicos. E não gostaria de voltar atrás nessa matéria.

117. Portanto, tal como votara na cautelar, voto também aqui no sentido de interpretar conforme a Constituição o art. 283 do Código de Processo Penal –estou julgando parcialmente procedente a ação – para excluir a interpretação que impeça a possibilidade de execução de condenação criminal depois do segundo grau, porque acho que essa é a interpretação mais adequada da Constituição. Peço desculpas por ter me alongado, Presidente e caros colegas, mas considero que este é um ponto decisivo na mudança do Brasil. Muito obrigado.