



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA

EXCELENTÍSSIMA SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA,
DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

Memorial
da Procuradoria-Geral da República

Tema central:

Início de execução da pena após condenação em segunda instância, mas antes do trânsito em julgado da decisão

Habeas Corpus nº 136720

Relator: Ministro **Ricardo Lewandowski**

Habeas Corpus nº 144712

Relator: Ministro **Marco Aurélio**

Habeas Corpus nº 146818

Relator: Ministro **Gilmar Mendes**

CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. ARE 964246. REPERCUSSÃO GERAL. PRECEDENTE VINCULANTE. O CASO NÃO É *DISTINGUISHING* OU *OVERRULING*. PRECEDENTE AINDA DOTADO DE CONGRUÊNCIA SOCIAL E CONSISTÊNCIA SISTÊMICA. MANUTENÇÃO DO PRECEDENTE.

1. Percebe-se a progressiva inobservância, por decisões monocráticas proferidas por Ministros do STF, do precedente oriundo do julgamento do ARE n. 964246, em que o Pleno desta Corte, em virada jurisprudencial histórica, passou a entender ser constitucional o início do cumprimento de pena quando ainda pendentes de julgamento recursos extremos aos Tribunais Superiores.

2. À luz da atual feição assumida pela ordem jurídica pátria, as decisões proferidas pelo Plenário do STF no julgamento de recursos extraordinários em que reconhecida a repercussão geral, de que é exemplo aquele oriundo do julgamento do ARE n. 964246, ostentam eficácia vinculante geral; daí que a *ratio decidendi* desse precedente deve ser obrigatoriamente observada por todas as instâncias jurisdicionais do país, a menos que se esteja diante de hipóteses que autorizem o *distinguishing* ou o *overruling*.

2. A circunstância de algumas sentenças penais condenatórias conterem o cláusula de execução apenas após o trânsito em julgado não é apta a ensejar o afastamento do precedente firmado no ARE n. 964.246/SP. É que tal cláusula carece de conteúdo decisório e não faz coisa julgada, de modo que a sua previsão em sentenças condenatórias é fato juridicamente irrelevante - que não rende azo à aplicação da técnica do *distinguishing*.

3. Se, por um lado, um sistema de precedentes vinculantes engessado e imutável estaria fadado à falência por rapidamente se tornar obsoleto, um sistema que permitisse a revisão súbita e acelerada de seus precedentes vinculantes, por outro lado, estaria fadado ao mesmo destino por, também rapidamente, revelar-se despido de credibilidade e utilidade. Não haverá sistema jurídico estável, coeso e previsível se as Cortes Superiores não se submeterem a critérios especiais – formais e materiais - para revogar os seus precedentes obrigatórios.

4. **Quanto à forma**, um precedente obrigatório somente pode ser revogado pelo mesmo órgão jurisdicional que o produziu e em decisão que comprove ser cabível o *overruling*, o que não tem sido observado pelas recentes decisões que têm afastado a aplicação do ARE n. 964.246/SP. **Quanto à substância**, o precedente deve não mais corresponder aos padrões de congruência social e de consistência sistêmica, a tal ponto que

se justifica o sacrifício dos valores que a preservação de precedentes vinculantes objetiva proteger (a estabilidade, unidade e previsibilidade do sistema jurídico correspondente) – o que não ocorre no caso do precedente ligado ao ARE n. 964.246/SP.

5. O referido precedente vinculante observa o duplo grau de jurisdição, o primado da segurança jurídica e não ofende a presunção de inocência, porque garante o percurso de todas as instâncias judiciais que examinam fatos e provas, além de questões legais. Também afasta a impunidade.

6. Como o julgamento de recursos especiais ou extraordinários não enseja reexame de provas sobre a materialidade e a autoria delitivas, ou da culpabilidade do réu, ao se possibilitar a prisão de condenado nas instâncias ordinárias, mesmo na pendente de tais recursos que não têm efeito suspensivo, dificilmente se estará levando à prisão alguém que será absolvido pelos tribunais superiores. Eventuais prisões indevidas poderão ser revistas em habeas corpus.

- Parecer pela manutenção do precedente vinculante firmado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal.

1. A Procuradora-Geral da República, no uso de suas atribuições constitucionais, vem, respeitosamente, apresentar **memorial**, pelas razões adiante expostas.

I

Definição do objeto deste memorial

I.a) O novo entendimento do STF acerca da “execução provisória da pena”.

2. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acerca da constitucionalidade do início do cumprimento da pena após condenação em segunda instância, mas antes do trânsito em julgado da condenação,¹ tem apresentado variações desde a promulgação da Constituição de 1988.

3. Nessa linha, de 1988 até 2009, o Supremo Tribunal Federal tinha jurisprudência pacífica que autorizava o início de cumprimento da pena quando ainda pendente de julgamento recurso especial

1 A chamada “execução provisória da pena”.

ou extraordinário² no Superior Tribunal de Justiça ou no Supremo Tribunal Federal, por entender que não havia ofensa ao princípio constitucional da presunção de inocência, inscrito no art. 5º, inc. LVII³.

4. Em 05.02.2009, no julgamento do HC n. 84078 pelo Pleno, por maioria de 7 votos a 4, o Supremo Tribunal Federal adotou posição oposta e passou a entender ser inconstitucional a execução provisória da pena antes do trânsito em julgado da sentença condenatória;

5. Em fevereiro de 2016, no julgamento do HC n. 126.292/SP pelo Pleno, o Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade da execução de pena privativa de liberdade ainda que pendentes de julgamento recursos extremos pelos Tribunais Superiores. Em seguida, em 05.10.16, o STF reafirmou a nova jurisprudência no julgamento de medidas cautelares nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 43 e 44. **Finalmente, em dezembro de 2016, esta Suprema Corte, no julgamento do Recurso Extraordinário com Agravo n. 964.246/SP, em que reconhecida repercussão geral do tema, restaurou seu entendimento em acórdão assim ementado:**

CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). ACÓRDÃO PENAL CONDENATÓRIO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. JURISPRUDÊNCIA REAFIRMADA.

1. Em regime de repercussão geral, fica reafirmada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que **a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal.**

2. Recurso extraordinário a que se nega provimento, com o reconhecimento da repercussão geral do tema e a reafirmação da jurisprudência sobre a matéria.

6. Os fundamentos do precedente proferido por esta Suprema Corte no julgamento do Recurso Extraordinário com Agravo n. 964.246/SP, são, resumidamente, os seguintes:

(i) O princípio da presunção de inocência estabelece, nos exatos termos do art. 5º, inc.

2 Como se sabe, no Direito Brasileiro tais recursos ordinariamente carecem de efeito suspensivo.

3 São exemplos disso os seguintes precedentes: no Plenário: HC 68.726, Rel. Min. Néri da Silveira, HC 72.061, Rel. Min. Carlos Velloso; na Primeira Turma: HC 71.723, Rel. Min. Ilmar Galvão; HC 91.675, Rel. Min. Carmen Lúcia; HC 70.662, Rel. Min. Celso de Mello; e na Segunda Turma: HC 79.814, Rel. Min. Nelson Jobim; HC 80.174, Rel. Min. Mauricio Corrêa; RHC 84.846, Rel. Min. Carlos Velloso e RHC 85.024, Rel. Min. Ellen Gracie.

LVII da Constituição/88, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença”. Admitir o início do cumprimento da pena pelo réu condenado significa que é válida a condenação pelas instâncias judiciais que analisam fatos, provas de demais aspectos legais, esgotando o duplo grau de jurisdição, pois os recursos subsequentes têm efeito devolutivo, mas não suspensivo da condenação. A presunção de inocência continua ativa e impede, por exemplo, a produção dos efeitos extrapenais (indenização do dano causado pelo crime, perda de cargo e função pública etc.) e penais secundários (reincidência, aumento do prazo da prescrição na hipótese de prática de novo crime) da condenação antes do seu trânsito em julgado.

(ii) como os recursos extraordinário e especial não permitem rediscutir fatos e provas⁴, mas, apenas, unificar e uniformizar a interpretação da Constituição e das leis, seu julgamento não altera a decisão sobre a culpa, já feita nas instâncias ordinárias, nem sobre a autoria, a materialidade delitiva e a culpabilidade do réu. Tal circunstância **(ii.a)** reforça a legitimidade da opção adotada pelo legislador ordinário de, deixando de conferir efeito suspensivo legal aos recursos extremos⁵, permitir o início do cumprimento da pena confirmada por Tribunal intermediário. O réu duplamente condenado, ou condenado por Tribunal, esgotou o duplo grau de jurisdição⁶ e; **(ii.b)** esvazia a exigência de se aguardar o julgamento dos recursos extremos para, só então, iniciar-se o cumprimento da pena imposta. Esta espera contribui para a inefetividade do direito penal, incentivando a incessante interposição de recursos pela defesa, apenas para evitar o trânsito em julgado da condenação e alcançar a prescrição da pena, o que reforça o sentimento de impunidade e descrédito na Justiça;

(iii) como a interposição de recursos extremos não interrompe a fluência do prazo prescricional, a necessidade de se aguardar o seu julgamento para, só então, iniciar o cumprimento da pena imposta pelo Tribunal, tem conduzido à ocorrência da prescrição da pretensão executória. O último marco interruptivo do prazo prescricional antes do início do cumprimento da pena é a publicação da sentença ou do acórdão recorríveis (art. 117, IV, do CP). Permitir-se o cumprimento da pena antes do trânsito em julgado afasta a prescrição executória, pois interrompe o seu fluxo (art. 117, V, do CP). Por óbvio, isso também diminui a conhecida prática de interpor recursos extremos protelatórios com o único intuito de provocar a ocorrência da prescrição,

4 Súmulas 279 do STF e 07 do STJ

5 Os recursos extraordinário e especial não possuem, em regra, efeito suspensivo, que poderá ser pleiteado nos termos do § 5º do artigo 1.029 do Código de Processo Civil.

6 Segundo dados oficiais da assessoria de gestão estratégica do STF, referentes ao período de 01.01.2009 até 19.04.2016, o percentual de recursos extraordinários providos em favor do réu é irrisório, inferior a 1,5%. Mais relevante ainda: de 1.01.2009 a 19.04.2016, em 25.707 decisões de mérito proferidas em recursos criminais pelo STF (REs e agravos), as decisões absolutórias não chegam a representar 0,1% do total de decisões.

o que reforça, como já se disse, a sensação de impunidade e descrédito na Justiça;

(iv) o sistema processual penal brasileiro tem vários mecanismos processuais que permitem a correção de eventuais execuções provisórias da pena injustas ou equivocadas, como, por exemplo, medidas cautelares voltadas a conferir efeito suspensivo aos recursos extremos e *habeas corpus*. Ambos podem ser usados para pleitear o sobrestamento de execuções provisórias indevidas.

(v) finalmente, como argumento lateral, mas que não deixa de reforçar o acerto do entendimento adotado pelo STF no julgamento do ARE n. 964246/SP, vale mencionar que, conforme célebre observação feita pela Ministra Ellen Gracie no julgamento do HC n. 85.886, de 6.9.2005, *“em país nenhum do mundo, depois de observado o duplo grau de jurisdição, a execução de uma condenação fica suspensa, aguardando referendo da Corte Suprema”*. Este fundamento é confirmado por amplo estudo realizado por Luiza Cristina Fonseca Frischeisen, Mônica Nicida Garcia e Fábio Gusman. Após analisar o tratamento dado ao tema na Inglaterra, Estados Unidos, Canadá, Alemanha, França, Portugal, Espanha e Argentina, concluem que *“a quase totalidade da comunidade internacional – incluindo países pioneiros na positivação e reconhecimento dos direitos fundamentais – interpreta a presunção de inocência de modo a compatibilizá-la com a necessidade de efetividade estatal na resposta ao crime”*⁷. O uso do direito comparado conduz à seguinte pergunta: será que todos estes países desprezam a presunção de inocência, contida em seus ordenamentos jurídicos, ao admitirem a execução da pena após o duplo grau de jurisdição?

I.b) A progressiva inobservância, por decisões monocráticas, do novo entendimento desta Suprema Corte acerca da “execução provisória da pena”

7. Este movimento mais recente de formação e consolidação de precedentes favoráveis à constitucionalidade da chamada execução provisória da pena **representou, a um só tempo, uma verdadeira virada jurisprudencial e uma mudança de paradigma para a persecução penal no país**. Ocorre que, apesar da existência de sucessivos precedentes oriundos do Pleno do Supremo Tribunal Federal, seu órgão colegiado máximo, um deles, inclusive, deliberado sob a sistemática da repercussão geral (REA n. 964.246/SP), tem-se observado a sua progressiva **inobservância em decisões monocráticas** proferidas por Ministros do STF, geralmente em sede de *Habeas Corpus* impetrados com o fim de **obstar** a prisão de pacientes condenados em sentenças confirmadas por

⁷ Execução Provisória da Pena: um contraponto à decisão do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus 84.078, em Garantismo Penal Integral. Verbo Jurídico, 4ª edição, 2017, p. 451.

tribunais intermediários, quando ainda pendentes recursos extremos apresentados ao STF e STJ.

8. Exemplificam – mas não exaurem - estas situações as decisões monocráticas proferidas nos autos dos HCs n. 147.452 (Relator Ministro Celso de Mello), n. 129.663 (Relator Ministro Celso de Mello), 136.720 (Relator Ministro Ricardo Lewandowski), 137.063 (Relator Ministro Ricardo Lewandowski) e 144.712 (Relator Ministro Marco Aurélio), todos proferidos após o julgamento do REA n. 964.246/SP (em dezembro de 2016), das quais se extraem, em resumo, os seguintes fundamentos:

(i) os precedentes em que o STF passou a considerar constitucional o início do cumprimento da pena antes do respectivo trânsito em julgado não têm efeitos vinculantes e já vêm sofrendo temperamentos por parte de alguns Ministros, de modo que já se antevê a revisão deste entendimento;

(ii) nos casos em que a sentença condenatória expressamente condicionar o início da execução da pena ao seu trânsito em julgado, a eventual prisão de pacientes antes deste momento, fora das situações que ensejam prisões cautelares, ofende a coisa julgada;

(iii) decisões que determinam a prisão como efeito decorrente da confirmação da sentença condenatória por Tribunal, sem apresentar motivos individualizados, em especial quanto à necessidade da custódia do paciente, transgridem o dever de motivação imposto pelo art. 93, inc. IX da Constituição; e

(iv) a execução provisória de sentença condenatória quando ainda pendentes recursos extremos apresentados aos Tribunais Superiores viola o princípio da presunção de inocência inscrito no art. 5º, inc. LVII da CF/88, além de contribuir para a conhecida situação de superlotação carcerária existente no país (situação que, por violar direitos fundamentais dos detentos, foi reconhecida como inconstitucional pelo STF no julgamento da ADPF n. 347).

9. Vale registrar, ainda, que o Ministro Gilmar Mendes, seguindo entendimento do Ministro Dias Toffoli no julgamento do acima referido HC n. 126.292/SP, tem proferido decisões monocráticas no sentido de que a execução da pena confirmada por decisão de segundo grau deve aguardar o julgamento do recurso especial pelo STJ, mas não de recursos extraordinários, já que *“a instituição do requisito de repercussão geral dificultou a admissão do recurso extraordinário em matéria penal, que tende a tratar de tema de natureza individual e não de natureza geral – ao contrário do recurso especial, que abrange situações mais comuns de conflito de entendimento entre tribunais”*.

10. Este memorial examina, basicamente, os argumentos que têm conduzido à superação, em decisões monocráticas recentemente proferidas nesta Suprema Corte, do entendimento consagrado no julgamento do HC n. 126.292/SP, das medidas cautelares nas ADCs n. 43 e 44 e do ARE n. 964.246/SP.

11. É o que se passa a fazer a seguir.

II

II.a) Qual a extensão – *erga omnes ou inter partes* - dos efeitos vinculantes produzidos pela decisão proferida no julgamento do ARE n. 964.246/SP?

12. Como antes relatado, em dezembro de 2016 esta Suprema Corte, no julgamento do Recurso Extraordinário com Agravo n. 964.246/SP, em que reconhecida repercussão geral do tema, decidiu que o início de execução da pena após condenação em segunda instância, mas antes do trânsito em julgado da decisão, é compatível com o princípio da presunção da inocência previsto no art. 5º, inc. LVII da CF/88.

13. Um dos fundamentos que tem levado à superação, em decisões monocráticas nesta Corte, do mencionado precedente (precedente paradigma) é o de que ele é despido de eficácia vinculante geral, de modo que a sua observância não se mostra obrigatória para além das partes naquela ação. Além disto, este precedente já estaria sofrendo temperamentos no STF, em tendência de revisão de entendimento exposta no julgamento do HC 136.720/PB, iniciado em 08/08/2017, em que formou-se maioria na Segunda Turma no sentido de impedir a execução provisória da pena antes do respectivo trânsito em julgado⁸.

14. Diante deste argumento e das implicações que dele advêm, o ponto de partida lógico deste memorial é precisar a **extensão do efeito vinculante**⁹ do ARE n. 964.246/SP: se seria um

8 O julgamento desse HC, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, foi suspenso em 08.08.2017, em razão do pedido de vista apresentado pelo Ministro Edson Fachin. De todo modo, o Relator, em seu voto, concede a ordem a fim de que o paciente possa aguardar em liberdade o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, e os Ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello já anteciparam seu voto, acompanhando o entendimento do Relator.

9 Inteiramente cabível, aqui, a ressalva feita, em obra doutrinária, pelo Ministro **Luís Roberto Barroso**:

“Todas as decisões judiciais produzem efeitos vinculantes. Quando tais efeitos obrigam apenas às partes do caso concreto, afirma-se que os efeitos são vinculantes e *inter partes*; quando a orientação firmada em um julgado tem de ser observada nos demais casos futuros e idênticos, afirma-se que produzem efeitos vinculantes e gerais (*erga omnes*). Entretanto, o jargão jurídico vem utilizando a expressão efeito ou precedente vinculante para referir-se a esta segunda categoria de precedentes, cujos efeitos obrigatórios ultrapassam o caso concreto e equivalem aos efeitos dos *binding precedents* do *common law*. Trata-se de uso menos técnico, porém consolidado na

precedente com eficácia vinculante *erga omnes* (com força para vincular todos os órgãos jurisdicionais e a Administração Pública Direta e Indireta)¹⁰, ou *inter partes* (com força para vincular apenas as partes na ação em que foi proferido, servindo de mero reforço argumentativo e fonte de interpretação do direito para os demais órgãos jurisdicionais)¹¹.

15. Para responder a esta questão – cujo deslinde é prejudicial à análise das demais questões tratadas neste memorial –, vale lembrar que, tradicionalmente, eram apontadas duas diferenças essenciais para apartar as decisões da Suprema Corte, em sede de controle concentrado, daquelas proferidas em controle difuso de constitucionalidade, no julgamento de recursos extraordinários:

1ª - a própria natureza das decisões: as proferidas em controle concentrado resolveriam questões jurídicas em tese e *a priori*, de forma objetiva e geral, como o pedido principal de uma ação originária (*principaliter tantum*); e as proferidas em controle difuso, nos julgamentos de recursos extraordinários, enfrentariam questões jurídicas *a posteriori*, à luz das peculiaridades do caso concreto submetido a julgamento e em atenção aos interesses subjetivos das partes, sempre de forma incidental (*incidenter tantum*);

comunidade jurídica. Por essa razão, a menção a efeitos ou a precedentes vinculantes neste trabalho designará sempre aqueles entendimentos que firmam orientações gerais obrigatórias para o futuro. (BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro*. 7. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2015, p. 160-161 e 235-248).

10No ensinamento doutrinário do Ministro Gilmar Ferreira Mendes o efeito vinculante é aquele: "*que tem por objetivo outorgar maior eficácia às decisões proferidas por aquela Corte Constitucional, assegurando força vinculante não apenas à parte dispositiva da decisão, mas também aos chamados fundamentos ou motivos determinantes (tragende Gründe)*"(MENDES, Gilmar Ferreira. O efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal nos processos de controle abstrato de normas).

11 Há inúmeras classificações a respeito da qualidade da eficácia dos precedentes judiciais no Brasil, sendo que, em boa parte delas, faz-se referência, pelo menos, aos dois tipos de eficácia citados neste memorial (embora não raro sob outra nomenclatura) – eficácia vinculante geral ou *erga omnes* e eficácia meramente persuasiva. A esse respeito, vale citar classificação forjada por **Patrícia Perrone Campos Mello** e **Luís Roberto Barroso** :

“Diante das considerações acima, pode-se afirmar que os precedentes judiciais, no direito brasileiro, produzem três espécies de eficácia². Há, primeiramente, os *precedentes com eficácia meramente persuasiva*. Esta é a eficácia que tradicionalmente se atribuía às decisões judiciais em nosso ordenamento, em razão de sua própria raiz romano-germânica. Os julgados com esta eficácia produzem efeitos restritos às partes e aos feitos em que são afirmados, são relevantes para a interpretação do direito, para a argumentação e para o convencimento dos magistrados; podem inspirar o legislador; e sua reiteração dá ensejo à produção da jurisprudência consolidada dos tribunais. São, contudo, fonte mediata ou secundária do direito. Há, no outro polo, os *precedentes normativos* em sentido forte, correspondentes aos julgados e entendimentos que devem ser obrigatoriamente observados pelas demais instâncias e cujo desrespeito enseja reclamação. Nos países do *common law*, um instrumento como a reclamação é prescindível para que a eficácia normativa se torne efetiva. O respeito aos *binding precedents* é pressuposto e tradição do sistema. A experiência mostrou, contudo, que não é isso o que ocorre no Brasil. O cabimento de reclamação é essencial, em nosso sistema, para a efetividade do respeito ao precedente. Não há, aqui, tradição neste sentido. Ao contrário, há mesmo alguma resistência em aceitar a ampliação dos precedentes vinculantes, por se considerar que estes interferem indevidamente na independência e no livre convencimento dos juízes. E a correção das decisões que violam os precedentes judiciais pelo sistema recursal tradicional pode levar muitos anos. Consequentemente, só é possível falar em eficácia normativa forte, por ora, para aqueles casos em que é cabível a reclamação.

Há, ainda, em nosso sistema, um conjunto de julgados que produzem uma *eficácia intermediária*”. (Trabalhando com uma nova lógica: A ascensão dos precedentes no direito brasileiro. Encontrado em <https://www.conjur.com.br/dl/artigo-trabalhando-logica-ascensao.pdf>).

2ª - a extensão dos efeitos vinculantes: as decisões proferidas em controle concentrado teriam eficácia vinculante geral; e as proferidas em controle difuso teriam eficácia vinculante *inter partes*, que somente passaria a se estender a terceiros caso a lei reconhecida como inconstitucional tivesse a sua eficácia suspensa por Resolução editada pelo Senado Federal, nos termos do art. 52, inc. X da Constituição.

16. Acontece que esta perspectiva tradicional tem sido alterada, há algum tempo no Brasil, por decisões que **aproximam a natureza e a extensão da eficácia vinculante das decisões proferidas pelo STF nas duas modalidades de controle de constitucionalidade das leis**, naquilo que, na feliz expressão do Ministro Gilmar Ferreira Mendes, revela-se como uma tendência de *"dessubjetivação das formas processuais, especialmente daquelas aplicáveis ao modelo de controle incidental, antes dotadas de ampla feição subjetiva, com simples eficácia inter partes"*.

17. Deste modo, as decisões do STF no julgamento de recursos extraordinários, em sede de controle difuso de constitucionalidade, sempre que oriundas do seu órgão Plenário, têm assumido um caráter objetivo, já que desprendido do caso concreto e de suas peculiaridades. O controle difuso de constitucionalidade, neste passo, quando exercido pelo Pleno da Suprema Corte, abandona a marca que tradicionalmente o vinculava ao chamado "controle concreto" (pois feito à luz das peculiaridades do caso concreto), assemelhando-se -- tanto quanto o exercido na modalidade concentrada-- ao "controle abstrato", em que a questão jurídica levada à apreciação é analisada em tese, ainda que de forma incidental. Mais uma vez, nas palavras do Ministro **Gilmar Mendes**, citadas por **Fredie Didier**, *"o recurso extraordinário deixa de ter caráter meramente subjetivo ou de defesa de interesses das partes, para assumir, de forma decisiva, a função de defesa da ordem constitucional objetiva. (...) A função do Supremo nos recursos extraordinário - ao menos de modo imediato - não é a de resolver litígios de fulano ou beltrano, nem a de revisar todos os pronunciamentos das Cortes inferiores. O processo entre as partes, trazido à Corte via recurso extraordinário, deve ser visto apenas como pressuposto para uma atividade jurisdicional que transcende os interesses subjetivos"*¹² E, com isso, esta Suprema Corte, ao assumir de modo pleno a função de intérprete máximo e final da Constituição, passa a contribuir decisivamente para a unidade, previsibilidade e estabilidade da ordem jurídica pátria – valores indiscutivelmente associados a qualquer sistema jurídico que valorize a autoridade de seus precedentes¹³.

12DIDIER JR., Fredie. Transformações do Recurso Extraordinário. In: Processo e Constituição. Estudos em homenagem a professor José Carlos Barbosa Moreira. Luiz Fux, Nelson Nery Júnior, Teresa Arruda Alvim Wambier (coordenadores). São Paulo: RT, 2006. Pág. 122.

13À Constituição compete um papel unificador do direito no Estado Constitucional. Ao Supremo, nessa quadra, outra tarefa não poderia restar que não contribuir para a unidade do direito no Estado Constitucional brasileiro, estabilizando-

18. Esse caráter objetivo das decisões do Plenário do STF, em sede de controle difuso de constitucionalidade, atingiu o seu apogeu com a criação do instituto da **repercussão geral** e a sua previsão como requisito de admissibilidade dos recursos extraordinários (*ex vi* do art. 102, §3º da Constituição, incluído pela Emenda Constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004). Em razão disto, apenas os recursos que tratem de questões constitucionais relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa, são apreciados pelo Supremo Tribunal Federal, dando origem a precedentes que resolvem questões jurídicas em tese.

19. Portanto, não há dúvida de que, no cenário jurídico atual, não mais existe o critério que tradicionalmente distinguia as decisões do Supremo no controle concentrado de constitucionalidade e no controle difuso, a saber, a natureza - objetiva ou subjetiva - de cada uma delas. Resta saber, todavia, se a segunda diferença tradicional entre estas duas modalidades de decisão – qual seja, a extensão *erga omnes* ou *inter partes* da eficácia vinculante delas emanada -- ainda persiste. **Adianta-se que a resposta é negativa, e por mais de um motivo.**

20. **Primeiramente**, a feição objetiva e definitiva assumida pelas decisões do Pleno do STF no julgamento de recursos extraordinários com repercussão geral, em nada difere da que marca as decisões em controle concentrado, e é suficiente para que se confira à sua eficácia o caráter vinculante *erga omnes*. Nas palavras de **Luís Guilherme Marinoni**, *“como a questão constitucional com repercussão geral necessariamente tem relevante importância à sociedade e ao Estado, a decisão que a enfrenta, por mera consequência, assume outro status. Não há como conciliar a técnica de seleção de casos com a ausência de efeito vinculante, já que isso seria o mesmo que supor que a Suprema Corte se prestaria a selecionar questões constitucionais caracterizadas pela relevância e pela transcendência e, ainda assim, estas poderiam ser tratadas de maneira diferente pelos tribunais e juízes inferiores. A ausência de efeito vinculante constituiria mais uma afronta à Constituição Federal, desta vez à norma do art. 102, § 3.º, que deu ao Supremo Tribunal Federal a incumbência de atribuir – à luz do instituto da repercussão geral – unidade ao direito mediante a afirmação da Constituição. Quer dizer, em suma, que o instituto da repercussão geral, ao frisar a importância das questões constitucionais com relevância e transcendência e, por consequência, demonstrar a importância do Supremo Tribunal Federal para garantir a unidade do direito, deu nova ênfase à imprescindibilidade de se ter as decisões da Suprema Corte como* o e desenvolvendo-o unitariamente em seu cotidiano (cf. Marinoni, Luiz Guilherme; Mitidiero, Daniel. Repercussão geral... cit., item 1.1). V. Zagrebelsky, Gustavo. Op. cit., p. 47-49; Neves, Antônio Castanheira. Op. cit., p. 656.

precedentes constitucionais dotados de eficácia vinculante”¹⁴.

21. Além disso, são praticamente idênticos os procedimentos que antecedem as decisões do Pleno do STF nos modelos concentrado e difuso, pelo que não há razão substancial para diferenciar os efeitos das decisões tomadas em cada um deles. Neste sentido, ensina, mais uma vez, o Ministro **Gilmar Ferreira Mendes** que “*a natureza idêntica do controle de constitucionalidade, quanto às suas finalidades e aos procedimentos comuns dominantes para os modelos difuso e concentrado, não mais parece legitimar a distinção quanto aos efeitos das decisões proferidas no controle direto e no controle incidental*”¹⁵.

22. Finalmente, atento à mencionada tendência de progressiva valorização da autoridade dos precedentes no Brasil e de aproximação da ordem jurídica pátria (de tradição romano germânica, ligada à *civil law*) à *common law*, **o legislador ordinário**, ao editar a Lei n. 13.105/2015 (Novo Código de Processo Civil), **recentemente positivou o caráter vinculante erga omnes dos precedentes do Pleno do STF em sede de recursos extraordinários com repercussão geral**¹⁶. É o

14 Marinoni, Luiz Guilherme, Mitidiero. E-book, Precedentes Obrigatórios.

15 Voto proferido pelo Ministro no julgamento da Reclamação n. 4.335-5/AC

16 Esse novo sistema de precedentes resulta de progressiva tendência de aproximar a ordem jurídica pátria, de tradição romano germânica, à *common law*. Conforme ensina **Haroldo Lourenço**, “no Brasil sempre se afirmou que a lei é fonte primária do direito, com fundamento do positivismo jurídico. A partir de tais influências construiu-se um sistema todo escrito, conhecido como *civil law*, como o dos países herdeiros da família romano-germânica (basicamente todo o continente europeu). Adota-se a *civil law*, ainda, na Itália, na França, na Alemanha, na Espanha e em Portugal, assim como em toda América Latina colonizada por portugueses e espanhóis. A influência de tais doutrinas é facilmente perceptível no Brasil, onde há muita influência, por exemplo, da doutrina italiana de Liebman, Chiovenda e Carnelutti, principalmente em nossa teoria geral do processo. Há, contudo, nos países de origem anglo-saxônica uma visão muito bem desenvolvida dos precedentes judiciais, o denominado sistema do *common law*, informado pela teoria do *stare decisis*, termo de origem latina (*stare decisis et non quieta movere*) que significa mantenha-se a decisão e não se moleste o que foi decidido. Tal teoria também é denominada de *doctrine of binding precedent*, que teve início na Inglaterra, nas primeiras décadas do século XIX, tendo sido devidamente reconhecida em 1898, no caso *London Tramways Company v. London Country Council*, oportunidade em que a Câmara dos Lordes inglesa não só tratou do efeito auto-vinculante do precedente, como também estabeleceu a sua eficácia vinculativa externa a todos os juízos de grau inferior, denominada de eficácia vertical do precedente”. (https://www.researchgate.net/publication/267708506_PRECEDENTE_JUDICIAL_COMO_FONTE_DO_DIREITO_A_LGUMAS_CONSIDERACOES_SOB_A_OTICA_DO_NOVO_CPC)

que se extrai da leitura conjugada dos artigos 489, inc. VI¹⁷, 927, inc. III¹⁸ e 988, §5º, inc. II¹⁹ do Novo Código de Processo Civil (CPC). **Assim, atualmente, a *ratio decidendi* destes precedentes deve ser obrigatoriamente observada por todas as instâncias jurisdicionais do país, e o seu desrespeito por qualquer delas enseja o cabimento de Reclamação Constitucional**²⁰.

23. Feitas estas considerações de índole mais teórica, já é possível, respondendo a questão que inaugurou este tópico, concluir que o precedente do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do ARE n. 964.246/SP, tem inequívoca eficácia vinculante *erga omnes* (geral), ao contrário, *data venia*, das decisões monocráticas que, nos últimos meses, têm deixado de segui-lo. A eficácia vinculante geral da *ratio decidendi* contida no julgamento do (Agravo em) Recurso Extraordinário n. 964.246/S decorre diretamente do fato de se tratar de precedente formado em sede de repercussão geral, oriundo do Plenário do Supremo Tribunal Federal.

24. O precedente contido no ARE n. 964.246/SP tem eficácia vinculante geral que produz duas consequências de interesse deste memorial:

- **a primeira** é a de que a sua *ratio decidendi* obriga a todos os órgãos jurisdicionais do país.

17Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

18Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: (...).

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

19Art. 988. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para: (...).

§ 5º É inadmissível a reclamação: (...).

II – proposta para garantir a observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos, quando não esgotadas as instâncias ordinárias.

20“Cabimento. Cabe reclamação sempre que se vislumbrar a usurpação de competência de tribunal, a violação de autoridade de decisão, a ofensa à autoridade de precedentes das Cortes Supremas (desde que esgotadas as instâncias ordinárias, art. 988, § 5.º, II, CPC/2015) e de jurisprudência vinculante. A opção legislativa a respeito do seu cabimento tem uma clara vinculação, portanto, não só com a prestação da tutela dos direitos em sua dimensão particular, isto é, para busca de uma decisão de mérito justa e efetiva para o litígio (arts. 6.º e 988, I e II, CPC/2015), mas também com a promoção da unidade do direito, isto é, com a tutela dos direitos em sua dimensão geral (arts. 926 e 988, III e IV, CPC/2015).

Não obstante, até que as Cortes Supremas, as Cortes de Justiça e os juízes de primeiro grau assimilem uma efetiva cultura do precedente judicial, é imprescindível que se admita a reclamação com função de outorga de eficácia de precedente. E foi com esse objetivo deliberado que o novo Código ampliou as hipóteses de cabimento da reclamação. Esta finalidade está clara nos incisos III e IV do art. 988 do CPC/2015, e também nos §§ 4.º e 5.º, inc. II, que admitem a reclamação no controle da aplicação indevida de precedentes e da ausência de sua aplicação, desde que devidamente esgotadas as instâncias ordinárias.

A propósito, embora o art. 988, § 5.º, inc. II do CPC/2015 trate de “acórdão” oriundo de julgamento de “recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida” e em “acórdão proferido em julgamento de recurso extraordinário ou especial repetitivos”, a reclamação tutela todo e qualquer precedente constitucional e federal, pouco importando a forma repetitiva. A restrição que interessa aí diz respeito à necessidade de esgotamento da instância ordinária para o cabimento da reclamação”.

Deste modo, segundo o art. 489, §1º do CPC, é **nula** qualquer decisão que, apreciando questão jurídica idêntica, “*deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento*”;

- **a segunda**, de certo modo contida na primeira, é a de que a sua inobservância só é possível em um caso específico que apresente peculiaridades capazes de o distinguir do caso paradigma (técnica conhecida como *distinguishing*); **ou, então**, à luz de determinados requisitos formais e materiais que autorizem a revogação do precedente (técnica conhecida como *overruling*).

25. Portanto, é preciso verificar se as decisões monocráticas que têm deixado de observar o precedente vinculante contido no ARE n. 964.246/SP dizem respeito a casos de *distinguishing*, ou de *overruling*. É o que analisaremos a seguir.

II.b) Está-se diante de hipóteses em que é cabível o *distinguishing*?

26. A cláusula da sentença condenatória que expressamente condicione o início de sua execução ao respectivo trânsito em julgado tem afastado o uso do referido precedente no Supremo Tribunal Federal. A eventual prisão de pacientes antes disto, se ausentes motivos para a prisão cautelar, representaria ofensa à coisa julgada,²¹ dizem algumas decisões monocráticas. Este fundamento tem justificado a não aplicação do precedente do ARE n. 964.246/SP a tais situações, caracterizadas por um fato relevante (a coisa julgada) distinto dos considerados na decisão paradigma.

27. Todavia, a inobservância de um dado precedente vinculante, com fundamento em *distinguishing*, depende de haver **fatos relevantes** subjacentes ao novo caso, que sejam diversos dos subjacentes no paradigma. Na lição de **Patrícia Perrone Campos Mello**, “*uma nova causa pode apresentar fatos diferentes, mas juridicamente irrelevantes, circunstância em que se afirmará a identidade entre as duas ações e na qual, por consequência, a decisão da nova demanda deverá observar o entendimento proferido no caso anterior. Um novo caso pode, contudo, envolver situação de fato sutilmente diferente, porém a diferença pode ser relevante do ponto de vista*

²¹Embora, por óbvio, este argumento não esteja sempre presente já que nem todas as sentenças condenatórias que fundamentam execuções provisórias de penas trazem previsão expressa neste sentido. É certo que tem se observado ser tal fato bastante comum, quase de praxe, em sentenças proferidas **antes de dezembro de 2016** (data do julgamento do ARE n. 964.246/SP, em que o STF definiu, sob a sistemática da repercussão geral, ser constitucional a execução provisória de sentença penal condenatória).

jurídico. Há diferença juridicamente relevante quando a nova situação de fato atrair o debate sobre regras ou sobre princípios que não se aplicavam à situação anterior”²².

28. Ocorre que a circunstância de uma dada sentença penal condenatória conter o **comando** de sua execução depender do trânsito em julgado não é apta a afastar o precedente oriundo do ARE n. 964.246/SP, por um motivo singular: esta cláusula não faz coisa julgada, de modo que é fato juridicamente irrelevante, que não enseja o *distinguishing*.

29. No direito, coisa julgada é “*a indiscutibilidade que se agrega àquilo que ficou decidido no dispositivo da sentença de mérito de que não caiba mais recurso*”²³. Isto significa que a coisa julgada material e formal incide apenas sobre as decisões acerca das questões suscitadas pelas partes – que integram a chamada lide processual²⁴, ou “mérito” da demanda – e efetivamente resolvidas pelo Juízo na conclusão da decisão (dispositivo)²⁵. A *contrario sensu*, tudo o que está fora do dispositivo também está fora, conseqüentemente, dos limites objetivos da coisa julgada²⁶.

30. Logo, **não** fazem coisa julgada material ou formal, no ordenamento jurídico pátrio, justamente por não resolverem a lide processual e, assim, não ostentarem caráter decisório sobre o pedido, os chamados **despachos de mero expediente**, que têm conteúdo ordinatório e se destinam a impulsionar o processo. Ora, é exatamente o que ocorre com os comandos constantes de sentenças penais condenatórias que determinam a expedição da respectiva carta de execução apenas “*após o respectivo trânsito em julgado*”.

31. Tal cláusula é frequente em sentenças proferidas **antes de dezembro de 2016** (data do julgamento do ARE n. 964.246/SP), típicas da praxe forense²⁷, sem conteúdo decisório passível de se revestir da imutabilidade própria da coisa julgada. Ao contrário, tal cláusula encerra apenas ordem dirigida à Secretaria da Vara ou do Tribunal, constituindo uma orientação procedimental após

22 O Supremo e os precedentes constitucionais: como fica a sua eficácia após o Novo Código de Processo Civil. Encontrado em <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/jus/article/viewFile/3596/2842>.

23 Marinoni, Luiz Guilherme, Mitidiero, Daniel. E-book, Código de Processo Civil Comentado.

24 Lide processual é o conflito, efetivo ou virtual, de pedidos contrapostos.

25 “*Apenas as questões efetivamente afirmadas pelas partes e que compõem a lide processual é que constituem objeto dos limites objetivos da coisa julgada*”. (Marinoni, Luiz Guilherme, Mitidiero, Daniel. E-book, Código de Processo Civil Comentado).

26 Este entendimento, além de ser pacífico no âmbito doutrinário e jurisprudencial, decorre da interpretação conjunta dos artigos 489, inc. III, 502, 503, 504,

27 Depósito de dados da experiência: a palavra praxe corresponde ao grego - epraxo, significando aquilo que tem sido sempre praticado; a palavra prática refere-se ao próprio exercício de atividade, isto é, não só ao que já tem sido praticado, como ao que presentemente praticamos, como o que ainda vamos praticar. (<http://www.dicionarioinformal.com.br/praxe+forense/>).

o trânsito em julgado da sentença (ou acórdão) condenatória. Trata-se, portanto, de cláusula com característica de despacho de mero expediente, que vem sendo inserida no texto da sentença penal condenatória, e que, por sua natureza intrínseca, não é abrangida pelos limites objetivos da coisa julgada penal.

32. Por isso, **não há diferença** nos fatos que embasaram o precedente firmado no ARE n. 964246/SP e nos que embasaram sentença com cláusula de início da execução provisória após o trânsito em julgado **que seja relevante o suficiente para ensejar o uso do *distinguishing*** e, conseqüentemente, o afastamento do referido precedente.

33. O dever de fundamentação, contido no artigo 93-IX da Constituição, é outro fundamento que tem sido usado para afastar a decisão vinculante firmada no ARE n. 964.246/SP. Indica que as decisões que autorizam a prisão após condenação pelo Tribunal precisariam apresentar motivos individualizados, em especial quanto à necessidade da custódia cautelar do paciente. Todavia, tal particularidade, que justificaria o *distinguishing* e o afastamento do ARE n. 964.246/SP, termina por lhe negar a própria essência.

34. Com efeito, antes de o Plenário do Supremo Tribunal Federal ter tomado a decisão vinculante no ARE n. 964.246/SP, o início do cumprimento da pena, com a prisão do réu, dependia do trânsito em julgado da condenação para todas as partes. Fora dessa hipótese, ou seja, antes do trânsito em julgado da condenação, eventuais prisões de réus somente poderiam ser decretadas por razões cautelares, sob determinados requisitos legais.

35. A decisão vinculante veio, justamente, permitir a prisão de réus em decorrência da condenação e antes de seu trânsito em julgado, independentemente dos requisitos que autorizam a prisão cautelar. Assim, a essência deste precedente vinculante, ou seja, aquilo que ele traz de novo para a persecução penal, é permitir o início do cumprimento da pena após o duplo grau de jurisdição, ou seja, após a decisão do Tribunal, ainda que pendentes de julgamento recursos extremos. É preciso dizer que tais recursos extremos não têm efeito suspensivo, mas apenas devolutivo. Significa que não impedem os efeitos dos acórdãos condenatórios por eles impugnados (já que eles são despidos de efeito suspensivo). Logo, o citado precedente vinculante significa que a execução da condenação confirmada pelo Tribunal intermediário, com a prisão do réu, pode ser iniciada como efeito imediato do acórdão condenatório.

36. Pelo novo entendimento do STF, a prisão antes do trânsito em julgado da condenação independe da presença dos requisitos que autorizam a prisão cautelar, pois resulta da própria condenação por Tribunal, ainda que venha a ser impugnada por recurso extremo, sem efeito suspensivo.

37. Nesta linha de raciocínio, a inobservância do precedente vinculante firmado no ARE n. 964.246/SP, sob o fundamento de ofensa ao dever constitucional de motivação viola, *data venia*, o precedente, pois não se trata de hipótese que autoriza o *distinguishing*.

38. Não sendo caso de *distinguishing*, é imperioso, por lei, aplicar o precedente vinculante firmado no ARE n. 964246/SP aos casos penais similares, a menos que se esteja diante hipótese de “superação do precedente” (*overruling*). Não é, todavia, o que ocorre no presente caso, conforme restará demonstrado adiante.

II.c) Está-se diante de hipótese em que cabível o *overruling*?

II.c.1 – Requisitos formais e pressupostos materiais indispensáveis à aplicação do instituto

39. A revogação de precedentes vinculantes, de que é exemplo o oriundo do julgamento do ARE n. 964246/SP, só pode ocorrer em situação que autoriza o *overruling*, ou seja, da técnica “*através da qual um precedente perde a sua força vinculante e é substituído por outro precedente*”²⁸. A aplicação desta técnica jurídica subordina-se a requisitos **formais** (quanto ao modo de realização - o “como”) e pressupostos **materiais** (quanto às hipótese de cabimento – o “quando”) especiais.

40. Tais requisitos e pressupostos não constam de lei. Derivam, todavia, da própria lógica do **sistema de precedentes vinculantes** recentemente adotado no Brasil. Tais mecanismos são adotados para dar **estabilidade, unidade e previsibilidade** ao sistema jurídico pátrio. Não o contrário. De fato, **não haverá sistema estável, coeso e previsível se as Cortes Superiores não adotarem critérios específicos para revogar seus próprios precedentes**. A estrita observância de critérios claros para revogação do precedente vinculante é essencial para a estabilidade, unidade e previsibilidade da prestação jurisdicional e caracteriza a eficácia vinculante geral de que se revestem determinados julgados. Do contrário, bastaria o precedente comum, de eficácia persuasiva. A se deteriorar o uso do novo modelo, restará um sistema de precedentes vinculantes despido de

²⁸ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Curso de Direito Processual Civil. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2013, v.2, p.456.

credibilidade e, assim, efetividade e utilidade.

41. Entre os **requisitos formais** necessários para revogação de precedente vinculante distingue-se, como primeiro entre seus pares, a dispensar maiores explicações, a competência específica: somente o órgão jurisdicional que o produziu poderá revogá-lo. Vale dizer, “*a competência para a superação do precedente judicial é do órgão jurisdicional prolator do precedente judicial*”²⁹, o que parece ser essencial para se preservar o caráter efetivamente vinculante do precedente e, assim, permitir a consecução das finalidades acima mencionadas.

42. Além disso, entre os requisitos **formais**, consta a fundamentação. A revogação de precedente vinculante exige fundamentação específica pelo órgão jurisdicional que o editou. Ele deve desincumbir-se, com adequado e elevado ônus argumentativo, a demonstração de se tratar de situação de *overruling* (demostrando-se a presença dos pressupostos materiais da revogação, adiante tratados). Ou seja, “*sempre que um juiz ou tribunal for se afastar de seu próprio precedente, este deve ser levado em consideração, de modo que a questão do afastamento do precedente seja expressamente tematizada*”³⁰. Para tanto, segundo o art. 927, §2º do CPC, “*a alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese*”.

43. A doutrina diverge acerca dos **pressupostos materiais** necessários para revogar o precedente vinculante, mediante *overruling*. A jurisprudência do STF ainda é praticamente silente sobre o assunto, dada a escassez de casos de revogação de precedentes em seu histórico.

44. De todo modo, embora seja ampla a gama de entendimentos doutrinários sobre o tema, todos eles caminham em substância para um mesmo sentido: para que seja cabível a revogação, o precedente obrigatório deve, nas palavras de Melvin Eisenberg³¹, não mais corresponder aos padrões:

(i) de **congruência social**³², ou seja, revelar-se errado, injusto, obsoleto, agredindo o

29 Jesus, Priscilla Silva. TEORIA DO PRECEDENTE JUDICIAL E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

30 Marinoni, Luiz Guilherme, Mitidiero. E-book, Precedentes Obrigatórios.

31 Eisenberg, Melvin Aron. The nature of the common law. Cambridge: Harvard University Press. 1998, p. 104.

32 Um precedente deixa de corresponder aos padrões de congruência social quando passa a negar proposições morais, políticas e de experiência. (...).

É possível dizer que as proposições morais determinam uma conduta como certa ou errada a partir do consenso moral geral da comunidade, as proposições políticas caracterizam uma situação como boa ou má em face do bem-estar geral e as proposições de experiência dizem respeito ao modo como o mundo funciona, sendo que a maior classe dessas últimas proposições descreve as tendências de condutas seguidas por subgrupos sociais (Marinoni, Luiz

sentimento de justiça do cidadão comum, e

(ii) de **consistência sistêmica**³³, o que ocorre quando os seus fundamentos se mostrarem incompatíveis com os fundamentos afirmados em outros precedentes do mesmo tribunal ou de Tribunais Superiores. Estes são os pressupostos materiais básicos para o *overruling*³⁴.

45. Mas não basta. Somando-se a estes dois fatores, a incongruência e inconsistência devem ser robustas o suficiente, a ponto de justificar o sacrifício dos valores que a preservação de precedentes vinculantes protejam, ou seja, a **estabilidade, unidade e previsibilidade** do sistema jurídico correspondente. Trata-se, aqui, de ponderar se os benefícios possivelmente decorrentes da eventual revogação do precedente obrigatório superam os custos que isso causará à estabilidade, unidade e previsibilidade do sistema, **em um processo de ponderação que deve ser iluminado por cautela e parcimônia, já que o uso indiscriminado ou precipitado do poder de revogar pode gerar dúvida sobre a real força vinculante dos precedentes, e, assim, provocar o descrédito do sistema jurídico.**

46. Neste ponto, por sua precisão e adequação ao tema deste memorial, menciono a doutrina de Luiz Guilherme Marinoni sobre o atentado à estabilidade da ordem jurídica causado pela alteração indiscriminada de precedentes obrigatórios:

“Em outra perspectiva, a segurança jurídica reflete a necessidade de a ordem jurídica ser estável. Esta deve ter um mínimo de continuidade. Pouco adiantaria ter legislação estável e, ao mesmo tempo, frenética alternância das decisões judiciais. Para dizer o mínimo, as decisões judiciais devem ter estabilidade porque constituem atos de poder. Ora, os atos de poder geram responsabilidade àquele que os instituiu. Assim, as decisões não podem ser livremente desconsideradas pelo próprio Poder Judiciário”.

47. Marinoni também se refere aos valores - previsibilidade e unidade – que um sistema que respeita a autoridade de seus precedentes almeja proteger:

Guilherme, Mitidiero. E-book, Precedentes Obrigatórios.

33 De outra parte, o precedente não tem consistência sistêmica quando deixa de guardar coerência com outras decisões. Isso ocorre quando a Corte decide mediante distinções inconsistentes, chegando a resultados compatíveis com o do precedente, mas fundados em proposições sociais incongruentes. (Marinoni, Luiz Guilherme, Mitidiero. E-book, Precedentes Obrigatórios).

34 “A superação de precedentes geralmente ocorre quando estes são socialmente incongruentes (e, portanto, não refletem a compreensão social sobre o que é justo), ou, ainda, quando são sistemicamente inconsistentes (porque conflita com outras normas, com outras decisões do órgão vinculante ou, ainda, com outras decisões reiteradamente proferidas pelas instâncias inferiores)”. (Mello, Patrícia Perrone campos. O Supremo e os precedentes constitucionais: como fica a sua eficácia após o Novo Código de Processo Civil. Encontrado em <http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/jus/article/viewFile/3596/2842>)

“A previsibilidade constitui razão para seguir precedentes. Interessante notar, ainda, que a previsibilidade é relacionada aos atos do Judiciário, isto é, às decisões, mas garante a confiabilidade do cidadão nos seus próprios direitos. Um sistema incapaz de garantir a previsibilidade não permite que o cidadão tome consciência dos seus direitos, impedindo a concretização da cidadania. (...).

O sistema jurídico brasileiro, em tal dimensão, afigura-se completamente privado de efetividade, pois indubitavelmente não tem sido capaz de permitir previsões e qualificações jurídicas unívocas. Não obstante as normas constitucionais que preveem as funções do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal – respectivamente, de uniformizar a interpretação da lei federal e de “afirmar” o sentido das normas constitucionais –, torna-se estarrecedor perceber que a própria missão de garantir a unidade do direito federal, atribuída e imposta pela Constituição ao Superior Tribunal de Justiça, é completamente desconsiderada na prática jurisprudencial brasileira³⁵⁷.

48. Em suma, se, por um lado, um sistema de precedentes vinculantes engessado e imutável estaria fadado à falência por rapidamente se tornar obsoleto, um sistema que permite a revisão súbita e acelerada de seus precedente, por outro lado, está fadado ao mesmo destino por, também rapidamente, revelar-se despido de credibilidade e utilidade. O (difícil) equilíbrio entre a necessidade de se atualizar (diante de novos sentimentos sociais) e a capacidade de se manter (mesmo diante das oscilações de humor e opinião que marcam a realidade de qualquer corpo social, dinâmico por natureza) é o que parece fazer de um sistema de precedentes vinculantes um elemento realmente benéfico ao sistema de administração de justiça e à sociedade que o adota.

II.c.2- As decisões monocráticas que têm deixado de observar o acórdão oriundo do julgamento do ARE n. 964.246/SP satisfazem os requisitos/pressupostos formais e materiais do *overruling*?

49. A análise das mais recentes decisões monocráticas que têm deixado de observar o precedente vinculante firmado no ARE n. 964.246/SP permite que se conclua que não foram observados os requisitos formais e pressupostos materiais próprios do *overruling*.

50. Quanto aos requisitos formais, vê-se que o precedente vinculante firmado no ARE n. 964246/SP, tendo sido proferido pelo Pleno do STF, somente pode ser revogado por este mesmo órgão, e não por suas Turmas ou por decisões monocráticas, como tem ocorrido. Note-se que tal prática – inobservância monocrática de precedentes do Pleno - transmite a mensagem de que membros do Supremo Tribunal Federal podem, a qualquer momento, descumprir os precedentes vinculantes decididos pelo Pleno.

35 (Marinoni, Luiz Guilherme, Mitidiero. E-book, Precedentes Obrigatórios)

51. A principal mensagem do sistema de precedentes vinculantes deixa de ser enviada aos jurisdicionados, e o *“resultado disso, como não poderia ser diferente, é o descaso dos juízes de primeiro grau de jurisdição e dos Tribunais Estaduais e Regionais Federais em relação às decisões tomadas pelas Cortes Supremas. Isso configura um atentado contra a essência do direito e contra a efetividade do sistema jurídico. Como é óbvio, também porque a segurança jurídica é direito fundamental e subprincípio concretizador do princípio do Estado de Direito, tais decisões não podem ser ignoradas, admitindo-se a sua fácil e constante alteração no âmbito da Corte e permitindo-se que os juízes de primeiro grau e tribunais ordinários possam livremente delas discordar ou nem sequer considerá-las.”*³⁶

52. As decisões monocráticas precisariam conter fundamentação sobre a presença dos pressupostos materiais autorizadores da revogação do precedente vinculante firmado no ARE n. 964246/SP. Ou poderiam demonstrar que tal precedente carece de congruência social (é errado, injusto, obsoleto, agride o sentimento de justiça do cidadão comum) e de consistência sistêmica, o que não tem sido feito. No sistema de precedentes vinculantes, não basta que a decisão que pretenda superar o precedente vinculante manifeste sua discordância quanto a ele. É necessário que adote fundamentos específicos para demonstrar que o precedente em foco já não representa o que a sociedade atual entende por justo e correto.

53. O fato é que os pressupostos materiais para o *overruling* do precedente vinculante oriundo do julgamento do ARE n. 964246/SP não estão presentes.

54. O entendimento de que *“a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal”*, consolidado em julgamento **ocorrido há menos de um ano**, foi o resultado maduro de um longo debate travado no Supremo Tribunal Federal. Por sua importância, esta decisão reverberou em toda a sociedade civil à época em que editada. E a revogação deste importante precedente, menos de um ano após a sua formação, vai de encontro à necessidade de se garantir um sistema jurídico **estável e previsível** – duas finalidades importantes do sistema de autoridade de precedentes.

55. Como já exposto, o sistema de respeito aos precedentes vinculantes, comprometido com os valores da estabilidade, coerência e previsibilidade do direito, não admite que precedentes sejam alterados ou revogados em função de fatores como a mudança da composição do Tribunal, que nada

36 (Marinoni, Luiz Guilherme, Mitidiero. E-book, Precedentes Obrigatórios).

dizem sobre a justiça ou a adequação do precedente (ou, em outros termos, sobre a sua congruência social e consistência sistêmica).

56. Não há como sustentar que, menos de um ano após a formação do precedente no ARE n. 964246/SP, este deixou de ostentar congruência social e consistência sistêmica. Ora, **estes dois fatores não são alteráveis de súbito; pois constroem-se ao longo do tempo, pois expressam coerência e estabilidade.**

57. O citado precedente vinculante traduz a expectativa de celeridade, segurança jurídica, e fundamentação que se exige de toda decisão judicial. Não favorece impunidade e evita o erro judicial, pois o duplo grau de jurisdição é o critério constitucional usado para afastar dubiedades e incertezas superáveis pela revisão judicial da decisão condenatória. Sobre este ponto, consta do voto do Ministro Luiz Fux, no julgamento do HC n. 126292/SP:

“E, como hoje, efetivamente, essa presunção de inocência não corresponde mais àquilo que se denomina de sentimento constitucional, eu colho da obra da professora Patrícia Perrone Campos Mello, sobre precedentes, que, às vezes, é fundamental o abandono dos precedentes em virtude da incongruência sistêmica ou social. E, aqui, cito um trecho que eu também repisei no voto da "Ficha Limpa", quando se alegava presunção de inocência irradiando-se para o campo eleitoral. Aqui, eu trago um texto muito interessante dessa eminente doutrinadora da nossa Universidade. Então afirma ela:

“[...] A incongruência social alude a uma relação de incompatibilidade entre as normas jurídicas e os standards sociais; corresponde a um vínculo negativo entre as decisões judiciais e as expectativas dos cidadãos.”

Por outro lado, Konrad Hesse, na sua obra sobre "A Força Normativa da Constituição", com tradução escoreita do eminente Ministro Gilmar Mendes, na obra da Fabris Editor, afirmou:

"[...] Quanto mais o conteúdo de uma Constituição lograr corresponder à natureza singular do presente, tanto mais seguro há de ser o desenvolvimento de sua força normativa."

58. A ampla e disseminada percepção de impunidade, que gerava certa sensação de desconforto social e descrédito na Justiça, foi superada no julgamento do ARE n. 964246/SP (e dos processos que o precederam), traduzido e avaliado por esta Suprema Corte à luz da Constituição de 1988. O Supremo Tribunal Federal decidiu, em julgamento histórico, que o princípio da presunção da inocência é compatível com o início do cumprimento da pena de prisão antes do trânsito em julgado da respectiva condenação.

59. Os fundamentos do precedente proferido por esta Suprema Corte, que devem ser mantidos não apenas por que continuam congruentes socialmente e consistentes sistemicamente, mas também por que refletem a melhor posição jurídica a respeito do tema, são os seguintes – conforme já referido em momento anterior deste memorial:

(i) O princípio da presunção de inocência estabelece, nos exatos termos do art. 5º, inc. LVII da Constituição/88, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença”. Admitir o início do cumprimento da pena pelo réu condenado significa que é válida a condenação pelas instâncias judiciais que analisam fatos, provas de demais aspectos legais, esgotando o duplo grau de jurisdição, pois os recursos subsequentes têm efeito devolutivo, mas não suspensivo da condenação. A presunção de inocência continua ativa e impede, por exemplo, a produção dos efeitos extrapenais (indenização do dano causado pelo crime, perda de cargo e função pública etc.) e penais secundários (reincidência, aumento do prazo da prescrição na hipótese de prática de novo crime) da condenação antes do seu trânsito em julgado.

(ii) como os recursos extraordinário e especial não permitem rediscutir fatos e provas³⁷, mas, apenas, unificar e uniformizar a interpretação da Constituição e das leis, seu julgamento não altera a decisão sobre a culpa, já feita nas instâncias ordinárias, nem sobre a autoria, a materialidade delitiva e a culpabilidade do réu. Tal circunstância **(ii.a)** reforça a legitimidade da opção adotada pelo legislador ordinário de, deixando de conferir efeito suspensivo legal aos recursos extremos³⁸, permitir o início do cumprimento da pena confirmada por Tribunal intermediário. O réu duplamente condenado, ou condenado por Tribunal, esgotou o duplo grau de jurisdição³⁹ e; **(ii.b)** esvazia a exigência de se aguardar o julgamento dos recursos extremos para, só então, iniciar-se o cumprimento da pena imposta. Esta espera contribui para a inefetividade do direito penal, incentivando a incessante interposição de recursos pela defesa, apenas para evitar o trânsito em julgado da condenação e alcançar a prescrição da pena, o que reforça o sentimento de impunidade e descrédito na Justiça;

(iii) como a interposição de recursos extremos não interrompe a fluência do prazo prescricional, a necessidade de se aguardar o seu julgamento para, só então, iniciar o cumprimento da pena imposta pelo Tribunal, tem conduzido à ocorrência da prescrição da

37 Súmulas 279 do STF e 07 do STJ

38 Os recursos extraordinário e especial não possuem, em regra, efeito suspensivo, que poderá ser pleiteado nos termos do § 5º do artigo 1.029 do Código de Processo Civil.

39 Segundo dados oficiais da assessoria de gestão estratégica do STF, referentes ao período de 01.01.2009 até 19.04.2016, o percentual de recursos extraordinários providos em favor do réu é irrisório, inferior a 1,5% Mais relevante ainda: de 1.01.2009 a 19.04.2016, em 25.707 decisões de mérito proferidas em recursos criminais pelo STF (REs e agravos), as decisões absolutórias não chegam a representar 0,1% do total de decisões.

pretensão executória. O último marco interruptivo do prazo prescricional antes do início do cumprimento da pena é a publicação da sentença ou do acórdão recorríveis (art. 117, IV, do CP). Permitir-se o cumprimento da pena antes do trânsito em julgado afasta a prescrição executória, pois interrompe o seu fluxo (art. 117, V, do CP). Por óbvio, isso também diminui a conhecida prática de interpor recursos extremos protelatórios com o único intuito de provocar a ocorrência da prescrição, o que reforça, como já se disse, a sensação de impunidade e descrédito na Justiça;

(iv) o sistema processual penal brasileiro tem vários mecanismos processuais que permitem a correção de eventuais execuções provisórias da pena injustas ou equivocadas, como, por exemplo, medidas cautelares voltadas a conferir efeito suspensivo aos recursos extremos e habeas corpus. Ambos podem ser usados para pleitear o sobrestamento de execuções provisórias indevidas.

(v) finalmente, como argumento lateral, mas que não deixa de reforçar o acerto do entendimento adotado pelo STF no julgamento do ARE n. 964246/SP, vale mencionar que, conforme célebre observação feita pela Ministra Ellen Gracie no julgamento do HC n. 85.886, de 6.9.2005, *“em país nenhum do mundo, depois de observado o duplo grau de jurisdição, a execução de uma condenação fica suspensa, aguardando referendo da Corte Suprema”*. Este fundamento é confirmado por amplo estudo realizado por Luiza Cristina Fonseca Frischeisen, Mônica Nicida Garcia e Fábio Gusman. Após analisar o tratamento dado ao tema na Inglaterra, Estados Unidos, Canadá, Alemanha, França, Portugal, Espanha e Argentina, concluem que *“a quase totalidade da comunidade internacional – incluindo países pioneiros na positivação e reconhecimento dos direitos fundamentais – interpreta a presunção de inocência de modo a compatibilizá-la com a necessidade de efetividade estatal na resposta ao crime”⁴⁰*. O uso do direito comparado conduz à seguinte pergunta: será que todos estes países desprezam a presunção de inocência, contida em seus ordenamentos jurídicos, ao admitirem a execução da pena após o duplo grau de jurisdição?

60. Estes fundamentos recomendam a manutenção do precedente vinculante firmado no ARE n. 964246/SP.

61. Revogá-lo, mesmo diante de todos os argumentos jurídicos e pragmáticos que o sustentam, representaria **triplo retrocesso: para o sistema de precedentes** incorporado ao direito brasileiro que, ao se ver diante de julgado vinculante revogado menos de um ano após a sua edição, perderia

40 Execução Provisória da Pena: um contraponto à decisão do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus 84.078, em Garantismo Penal Integral. Verbo Jurídico, 4ª edição, 2017, p. 451.

estabilidade e teria sua seriedade posta a descrédito; **para a persecução penal no país**, que voltaria ao cenário do passado e teria sua efetividade ameaçada por processos penais infundáveis, recursos protelatórios e penas prescritas; e **para a própria credibilidade da sociedade na Justiça, com restauração da percepção de impunidade que vigorava em momento anterior ao julgamento do ARE n. 964246/SP.**

III

III.d) Outros argumentos e alguns números

III.d.1 Exigência de a execução provisória da pena aguardar o julgamento de recurso pelo STF

62. Como relatado, o Ministro Gilmar Mendes, seguindo entendimento vencido do Ministro Dias Toffoli no julgamento do HC n. 126.292/SP, tem proferido decisões monocráticas no sentido de que a execução da pena confirmada por decisão de segundo grau deve aguardar o julgamento do recurso especial pelo STJ, mas não de recursos extraordinários. Este entendimento se funda no pressuposto de que *“a instituição do requisito de repercussão geral dificultou a admissão do recurso extraordinário em matéria penal, que tende a tratar de tema de natureza individual e não de natureza geral – ao contrário do recurso especial, que abrange situações mais comuns de conflito de entendimento entre tribunais”*.

63. Este respeitável entendimento não se coaduna com o sistema de precedente vinculante, porque equivale a **revogar parcialmente** o julgamento do ARE n. 964246/SP (*overruling* parcial), o que encontra os mesmos óbices expostos anteriormente, referentes à inexistência dos requisitos formais e materiais necessários para tanto.

64. O entendimento de que o início do cumprimento da pena somente pode ocorrer após o esgotamento da via recursal aberta quando da interposição de recurso especial ao STJ – e não após a prolação de acórdão condenatório por Tribunal de 2ª instância, como definido no julgamento do ARE n. 964246/SP – acarretará, caso sufragado por esta Suprema Corte, os mesmos problemas que levaram à superação do antigo entendimento jurisprudencial acerca do tema: a interposição de recursos especiais incabíveis (e de outros expedientes processuais passíveis de serem manejados em seu bojo), voltados a alongar o processo e a forçar a ocorrência da prescrição punitiva ou executória. No desenho do sistema recursal em vigor no Brasil, a ação penal só termina quando o réu se “conforma” com a sua condenação e deixa de contra ela interpor recursos.

65. Ocorre que, tal qual se dá com recursos extraordinários, recursos especiais também têm

âmbito de cognição restrito à matéria de direito, não possibilitando a rediscussão de fatos e provas⁴¹. E, na mesma linha do que ocorre com recursos extraordinários em matéria penal e agravos interpostos em seu bojo (os quais geram decisões absolutórias em menos de 0,1% dos casos, e são providos em favor do réu em menos de 1,5% deles)⁴², os recursos especiais também têm mostrado pouca potencialidade de alterar a situação do réu condenado nas instâncias ordinárias.

66. Neste sentido, colhe-se do voto do Ministro Luis Roberto Barroso no julgamento das medidas cautelares nas ADCs 43 e 44, que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) deu provimento a apenas 10,29% dos recursos especiais criminais interpostos em favor do réu no período de 01.01.2009 até 20.06.2016 ⁴³. Como o julgamento de recursos especiais não enseja, a rigor, a redefinição da materialidade e da autoria delitivas, ou da culpabilidade do réu condenado pelas instâncias ordinárias, conclui-se que boa parte desse percentual de provimento de recursos especiais leva, apenas, à redefinição do tamanho da pena ou do seu regime de cumprimento.

67. Ou seja, ao se possibilitar a prisão do réu condenado nas instâncias ordinárias, mesmo que pendente recurso especial, não se levará à prisão alguém que será absolvido depois, quando do julgamento de tal recurso pelo STJ.

68. O máximo que poderá acontecer, e ainda assim muito raramente (o que se deduz diante do baixo percentual de provimento de recursos especiais pelo STJ), é que a prisão atinja alguém que, posteriormente, tenha sua pena reduzida no julgamento do recurso especial, alterando-se, assim, o regime de cumprimento de pena, ou possibilitando-se, assim, a imposição de pena restritiva de direitos, a provocar a revogação da custódia provisória. Esta remota possibilidade, todavia, não deve levar à revogação, total ou parcial, do precedente oriundo do julgamento do ARE n. 964246/SP, e por mais de um motivo.

69. Em primeiro lugar, por que situações como a acima narrada podem ser enfrentadas na alargada via do *habeas corpus*, a ser impetrado contra a decisão que autorizar a execução provisória da pena, ocasião em que ao impetrante caberá demonstrar a plausibilidade de que sua pena seja reduzida (a ponto de alterar o regime de cumprimento da sua pena) no julgamento do recurso especial por ele interposto; o mesmo poderá ser feito em sede de medida cautelar no recurso

41 Súmula 07 do STJ

42 Segundo dados oficiais da assessoria de gestão estratégica do STF, referentes ao período de 01.01.2009 até 19.04.2016.

43 Dados fornecidos pela assessoria do Ministro Presidente do STJ, extraídos das seguintes fontes: SJD, SOJ, Gabinetes de Ministros e STI. Foram computados os AREsp e REsp providos em favor do réu e DP no período de 01/01/2009 até 20/06/2016 por classe de feito.

especial.

70. Em segundo lugar, por que possibilidades remotas e extraordinárias como a acima narrada – sempre analisáveis via *habeas corpus* ou cautelares, repita-se - não justificam que, sob o pretexto de evitá-las, enfraqueça-se todo o sistema de persecução penal no país, com inúmeros prejuízos à efetividade da Justiça, e, inclusive à confiança que a população nela deposita. Vale dizer: o remédio, na tentativa de curar o paciente, não pode ser forte a ponte de matá-lo.

71. Aqui, é oportuno transcrever as lúcidas palavras do Ministro Luis Roberto Barroso, externadas em voto ofertado quando do julgamento das medidas cautelares nas ADCs 43 e 44:

“Não se ignora que em relação a algumas unidades da federação verificam-se taxas mais elevadas de sucesso nesses recursos, especialmente os interpostos perante o STJ. Também não se ignora que, como o sistema prisional é integrado majoritariamente pela parcela mais vulnerável da população, que estes acabem sendo de alguma forma atingidos. Porém, entendo que o problema decorre especialmente do fato de que Tribunais em algumas unidades da federação se mantêm recalcitrantes em cumprir a jurisprudência pacífica dos tribunais superiores (algumas vezes, até mesmo súmulas vinculantes). A situação é especialmente dramática em ilícitos relacionados às drogas, já que são responsáveis por 28% da população prisional.

Nesse cenário, penso que, em princípio, a questão não deve se resolver com prejuízo à funcionalidade do sistema penal (excluindo-se a possibilidade de prisão após a condenação em segundo grau), mas com ajustes pontuais que atinjam a própria causa do problema e que permitam maior grau de observância à jurisprudência dos tribunais superiores. É possível, por exemplo, pensar em medidas que favoreçam o cumprimento das decisões do STJ e do STF, como a edição de súmulas vinculantes em matéria penal nos casos em que se verificar maior índice de descumprimento de precedentes dos tribunais. Outra opção seria determinar ao CNJ a realização de mutirões carcerários com maior frequência nessas unidades federativas. Assim é possível até mesmo restabelecer-se o prestígio e a autoridade das instâncias ordinárias, algo que se perdeu no Brasil a partir do momento em que o juiz de primeiro grau e o Tribunal de Justiça passaram a ser instâncias de passagem, aguardando-se que os recursos subam para o Superior Tribunal de Justiça e, depois, para o Supremo Tribunal Federal. Ainda assim, para evitar prejuízos aos réus, especialmente aqueles hipossuficientes, recomenda-se, nos casos em que se verificar tal índice de provimento desproporcional, a adoção, nos tribunais superiores, de jurisprudência mais permissiva quanto ao cabimento de *habeas corpus* que permita a célere correção de eventual abuso ou erro das decisões de segundo grau.”

III.d.2 O impacto da execução provisória da pena na situação carcerária do país: primeiras

impressões

72. Outro argumento que tem sido utilizado para fundamentar a inobservância do precedente vinculante firmado no ARE n. 964.246/SP é de que a execução provisória da pena, além de violar o princípio da presunção de inocência, contribui para a superlotação carcerária existente no país, situação que, por violar direitos fundamentais dos detentos, foi reconhecida como inconstitucional pelo STF no julgamento da ADPF n. 347.

73. Quanto ao argumento de que a execução provisória da pena viola a presunção constitucional de inocência, não se tecerá maiores comentários, por não ser este o objeto deste memorial. Por ora, faz-se referência, apenas, aos inúmeros fundamentos que sustentaram e ainda sustentam o precedente vinculante ora em comento, e que foram referidos em tópico anterior deste parecer, e que demonstram à exaustão a compatibilidade da execução provisória da pena com a CF/88.

74. Por outro lado, o argumento de que tal execução provisória agravará a situação de superlotação carcerária existente no Brasil merece, aqui, breves comentários.

75. Com efeito, estudo empírico recentemente realizado por HARTMANN et.al demonstra que *“expedição de mandado de prisão de réus condenados em segunda instância a pena igual ou maior a 8 anos e com recurso tramitando no STF e STJ significaria um aumento de 0,6% no número de apenados no sistema prisional. Longe, portanto, de previsões catastróficas propaladas pelos críticos do novo entendimento do Supremo sobre a execução da pena após condenação em segunda instância⁴⁴”*.

76. Sobre o tema, a Subprocuradora Geral da República Luíza Cristina Fonseca Frischeisen produziu a Nota Técnica n. 1/2017⁴⁵, cujos principais trechos aqui transcrevo:

(...) a partir dos dados obtidos nos acórdãos do STF e do STJ, verifica-se que o impacto da execução provisória da pena no sistema carcerário é muito baixo.

11. A atuação perante o Superior Tribunal de Justiça corrobora os dados obtidos pela pesquisa. O que se observa é que a maioria dos réus respondem ao processo presos, em especial aqueles de menor escolaridade e menor condição econômica, que cometem delitos de tráfico, roubo, homicídio e furto.

44 HARTMANN, Ivan A.; KELLER, Clara Iglesias; VASCONCELOS, Guilherme; NUNES, José Luiz; CARNEIRO, Letícia; CHAVES, Luciano; BARRETO, Matheus; CHADA, Daniel; ARAÚJO, Felipe; TEIXEIRA, Fernando. O Impacto no Sistema Prisional Brasileiro da Mudança de Entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre Execução da Pena antes do Trânsito em Julgado no HC 126.292/SP: Um estudo empírico quantitativo. Disponível em: . Acesso em: 26 out. 2017.

45 Em anexo a este memorial.

12. Os dados da Reunião Especial de Jurisdição do Conselho Nacional de Justiça, de 2017, demonstram que 66% dos presos já estão condenados, enquanto 34% estão em prisão provisória.

13. Esse relatório também aponta que 29% dos presos provisórios respondem a ações penais pelo delito de tráfico de drogas.

14. Como cediço, o tráfico é o delito que mais demanda o Poder Judiciário, como demonstra o Relatório Justiça em Números de 2017, do Conselho Nacional de Justiça. **Desse modo, tendo em vista a quantidade de presos provisórios pelo mesmo delito, pode-se inferir que não ocorreu um aumento significativo no número de pessoas encarceradas em razão da execução provisória da pena, pois estes já se encontravam detidos.**

15. Por outro lado, a execução provisória da pena alcança outros delitos, nos quais, em geral, os réus respondem em liberdade e, posteriormente, é reconhecida a prescrição. Tais fatos podem ser explicados por se tratar de acusados que dispõem de melhores condições financeiras e, conseqüentemente, possuem assistência jurídica individualizada e bem capacitada.

(...)

18. De fato, a prática demonstra que, especialmente nos processos originários de São Paulo, de onde provém a maior parte dos recursos para o STJ, é frequente que os acusados por tráfico respondam ao processo presos, mesmo para pequenas quantidades de entorpecentes apreendidos. Ressaltam-se os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça, que demonstram a situação narrada: HC 417.520/SP, HC 399.325/SP, 394.754/SP, HC 390.156/SP, HC 388.736/SP.

19. Quantitativamente, de acordo com os dados do Sistema Único, utilizado pelo Ministério Público Federal, São Paulo é o estado com mais processos criminais no STJ, como demonstra o mapa abaixo, relativo aos anos de 2015, 2016 e 2017:

(...).

20. Já em relação aos assuntos dos processos, os dados do Sistema Único demonstram que os delitos mais frequentes para análise das Turmas Criminais do Superior Tribunal de Justiça são, respectivamente, tráfico de drogas, roubo e homicídio.

21. Desse modo, se o objetivo é a redução da população carcerária, não é a mudança de entendimento sobre a execução provisória que amenizará o problema, mas uma sensibilização de Magistrados e Desembargadores para que observem a jurisprudência dos Tribunais Superiores e evitem a imposição de regimes mais gravosos e prisões preventivas desnecessárias, em especial para

os casos de tráfico de drogas em pequenas quantidades de réus primários.

77. Percebe-se, portanto, já existirem dados empíricos que demonstram o baixo impacto do precedente vinculante firmado no ARE n. 964.246/SP sobre a situação carcerária do país, cuja superlotação parece decorrer de outros motivos.

IV

Conclusão

78. Pelo exposto, a Procuradora-Geral da República pede a estrita observância do precedente vinculante firmado no Recurso Extraordinário n. 964.246/SP, sob repercussão geral.

Brasília, 07 de novembro de 2017.

Raquel Elias Ferreira Dodge
Procuradora-Geral da República