



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**  
PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA

N.º 1952/2018 – LJ/PGR  
Único: 384947/2018

Excelentíssimo Senhor Ministro Presidente do Supremo Tribunal Federal,

A **Procuradora-Geral da República**, no uso de suas atribuições constitucionais, com fundamento no art. 4º, caput e parágrafo 7º da Lei n. 8437/92 e no art. 297 do Regimento Interno do STF (RISTF), requer

**PEDIDO DE SUSPENSÃO DE LIMINAR**

em face da decisão proferida na Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 54, que deferiu medida liminar para *“determinar a suspensão de execução de pena cuja decisão a encerrá-la ainda não haja transitado em julgado, bem assim a libertação daqueles que tenham sido presos, ante exame de apelação, reservando-se o recolhimento aos casos verdadeiramente enquadráveis no artigo 312 do mencionado diploma processual”*, por ela representar grave lesão à ordem pública e à segurança.

**I – Breve resumo dos fatos**

O Partido Comunista do Brasil (PCdoB) ajuizou a **Ação Declaratória de Constitucionalidade** (ADC) n. 54, visando, em linhas gerais, à declaração de constitucionalidade do **art. 283 do Código de Processo Penal (CPP)**, segundo o qual *“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”*.

O requerente sustenta, nos termos do art. 14 da Lei n. 9.868/99, a existência de *“controvérsia judicial relevante”* sobre o artigo 283 do CPP, desde o julgamento, em 17 de fevereiro de 2016, do *Habeas Corpus* n. 126.292, em que o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu a compatibilidade com a Constituição Federal do início do cumprimento da pena de prisão já após a condenação criminal em segunda instância<sup>1</sup>, sem, contudo, afastar a constitucionalidade do art. 283 do CPP, em violação à cláusula de reserva de Plenário inscrita no art. 97 da Constituição<sup>2</sup>. Esta norma excluiria, no entender do requerente, a possibilidade de se executar penas de prisão antes do trânsito em julgado da respectiva condenação.

Com base nestes fundamentos, o PCdoB deduz os seguintes pedidos na ADC n. 54:

*“1. seja recebida e conhecida a presente ação e concedida medida cautelar, nos termos do art. 21, da Lei n° 9.868, de 1999, a fim de:*

*1.1) impedir e tornar sem efeito qualquer decisão que importe em execução provisória de pena privativa de liberdade sem a existência de decisão condenatória transitada em julgado;*

*1.2) subsidiariamente, impedir e tornar sem efeito qualquer decisão que importe em execução provisória de pena privativa de liberdade antes da existência de decisão condenatória transitada em julgado de forma automática, sem fundamentação a indicar a presença dos requisitos previstos no artigo 312 do CPP;*

*1.3) Em suma, lato sensu, tornar sem efeito (bloquear, ex nunc e ex tunc) qualquer decisão de prisão após condenação em segunda instância decretada sob o fundamento de que é obrigatória a execução antecipada da pena – suspendendo-se, igualmente, a súmula 122 do TRF4, por afronta à decisão do STF no HC*

<sup>1</sup>A chamada “execução provisória da pena”.

<sup>2</sup>E, ainda, em violação à Súmula Vinculante n. 10, do STF.

*126.292 e nas liminares das ADC 43 e 44, uma vez que somente dois votos apontaram para a automaticidade da prisão;*

*2) Após regular processamento, seja confirmada a liminar acima requerida e ainda, no mérito, seja declarada a constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, com eficácia erga omnes e efeito vinculante, nos termos do art. 102, § 2º, da Constituição;*

*3) Subsidiariamente, em caso de eventual pronunciamento de inconstitucionalidade do art. 283, ou de sua interpretação conforme, que seja declarada a necessidade de atendimento e fundamentação da execução provisória da pena à luz dos fundamentos e pressupostos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal, e, ainda, que eventual decisão somente produza efeitos ex nunc, abrangendo apenas as decisões condenatórias relativas a fatos ocorridos a partir do julgamento da presente ação;*

*4) Ainda subsidiariamente, seja declarada a interpretação conforme a Constituição do artigo 283 do CPP, explicitando-se que somente é constitucional a interpretação da norma processual em questão caso se entenda que o teto recursal é o exaurimento da jurisdição do Superior Tribunal de Justiça, conforme os votos dos ministros Gilmar Mendes (HC 152.752/PR) e Dias Toffoli (MCs nas ADCs 43 e 44 e HC 152.752/PR), agregando-se a necessidade de fundamentação caso a caso da prisão (conforme determina o artigo 93, X, da CF), vedando-se qualquer prisão automática decorrente de condenação em segundo grau.”*

Naquela ação, foram admitidos como *amici curiae* as Defensorias Públicas dos Estados do Rio de Janeiro e de São Paulo, o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), o Instituto de Defesa do Direito de Defesa Márcio Thomaz Bastos (IDDD) e o Instituto de Garantias Penais (IGP).

Por sua vez, a Procuradoria-Geral da República apresentou parecer opinando, preliminarmente, pelo não conhecimento da ADC n. 54 e, no mérito, pela improcedência da ADC n. 54, com o reconhecimento da inconstitucionalidade parcial do art. 283 do CPP, especificamente no ponto em que veda a execução provisória da pena.

Em 21/09/2018, foram desprovidos os agravos regimentais apresentados pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público e pelo Instituto de Advocacia Racial e Ambiental, os quais buscavam ingressar no feito na qualidade de terceiros interessados.

Em 18/12/2018, a Presidência do Supremo incluiu esta Ação no calendário de julgamento, com data prevista para 10/04/2019.

Por fim, na data de hoje, em decisão publicada às 14 horas, o Ministro Marco Aurélio, relator desta ADC, proferiu decisão liminar nos seguintes termos:

*3. Convencido da urgência da apreciação do tema, aciono os artigos 10 da Lei nº 9.868/1999, 5º, § 1º, da Lei nº 9.882/1999 e 21, inciso V, do Regimento Interno e defiro a liminar para, reconhecendo a harmonia, com a Constituição Federal, do artigo 283 do Código de Processo Penal, determinar a suspensão de execução de pena cuja decisão a encerrá-la ainda não haja transitado em julgado, bem assim a libertação daqueles que tenham sido presos, ante exame de apelação, reservando-se o recolhimento aos casos verdadeiramente enquadráveis no artigo 312 do mencionado diploma processual.*

É contra essa decisão que a Procuradoria-Geral da República vem se manifestar.

## **II – A GRAVE LESÃO À ORDEM E À SEGURANÇA CAUSADA PELA LIMINAR DEFERIDA NA ADC N. 54**

O entendimento desta Suprema Corte no que se refere à constitucionalidade do início do cumprimento de pena quando ainda não transitada em julgado a respectiva condenação<sup>3</sup> mudou desde a promulgação da Constituição Federal de 1988 (CF/88), nestes termos:

(i) de 1988 até 2009, o Supremo Tribunal Federal (STF) possuía jurisprudência pacífica no sentido da compatibilidade do início de cumprimento da pena quando ainda pendentes de julgamentos recursos extremos<sup>4</sup> aos Tribunais Superiores com o princípio da presunção de não culpabilidade inscrito no art. 5º, inc. LVII da CF/88<sup>5</sup>;

<sup>3</sup> A chamada “execução provisória da pena”.

<sup>4</sup> Como se sabe, no Direito Brasileiro tais recursos ordinariamente carecem de efeito suspensivo.

<sup>5</sup> 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. Maurício Corrêa; RHC 84.846, Rel. Min. Carlos Velloso e RHC 85.024, Rel. Min. Ellen Gracie.

(ii) em 05.02.2009, no julgamento do HC n. 84078 pelo Pleno, por maioria de 7 votos a 4, este STF adotou posição oposta e passou a entender ser inconstitucional a execução provisória da pena antes do trânsito em julgado da sentença condenatória;

(iii) finalmente, em verdadeira virada jurisprudencial iniciada em fevereiro de 2016, no julgamento do HC n. 126.292/SP pelo Pleno, esta Suprema Corte acolheu posição no sentido da 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, consolidou seu novo 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.

Este movimento mais recente de formação e consolidação de precedentes no sentido da constitucionalidade da chamada execução provisória da pena **representou, a um só tempo, virada jurisprudencial e mudança de paradigma para a persecução penal no país.**

Ocorre que, apesar da existência de sucessivos precedentes oriundos do órgão colegiado máximo desta Suprema Corte, um inclusive formado sob a sistemática da repercussão geral (REA n. 964.246/SP), a decisão cujos efeitos se pretende suspender simplesmente os desrespeitou, simplesmente por com eles não concordar.

A decisão proferida pelo Ministro Marco Aurélio nestes autos terá o efeito de permitir a soltura, talvez irreversível, de **milhares** de presos com condenação proferida por Tribunal. Segundo dados do CNJ, tal medida liminar poderá ensejar a soltura de 169 mil presos no país<sup>6</sup>. **A afronta à segurança pública e a ordem pública são evidentes.**

Isto apesar de o Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal já ter, por diversas vezes, afirmado a constitucionalidade da execução provisória da pena após condenação em segunda instância. A liminar fere o princípio da colegialidade, a Constituição e deve **ser prontamente cassada.**

### **III - O DESRESPEITO AOS PRECEDENTES VINCULANTES DO STF PELA DECISÃO OBJETO DESTE PEDIDO DE SUSPENSÃO**

#### **A) QUAL A EXTENSÃO DOS EFEITOS VINCULANTES PRODUZIDOS PELA DECISÃO PROFERIDA NO JULGAMENTO DO ARE N. 964.246/SP?**

Este pedido tem, como ponto de partida a necessidade de precisar a **extensão dos efeitos vinculantes**<sup>7</sup> da decisão proferida no julgamento do ARE n. 964.246/SP: se têm eficácia vinculante *erga omnes* (possui força para vincular todos os órgãos jurisdicionais e a Administração Pública Direta e Indireta)<sup>8</sup>, ou *inter partes* (possui força para vincular apenas as partes das demandas nas quais foi proferido, servindo de mero reforço argumentativo e fonte de interpretação do direito para os demais órgãos jurisdicionais)<sup>9</sup>.

<sup>6</sup><https://g1.globo.com/politica/noticia/2018/12/19/169-mil-pessoas-podem-ser-beneficiadas-por-decisao-de-marco-aurelio-estima-cnj.ghm>

<sup>7</sup> 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 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).

<sup>8</sup>No 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).

<sup>9</sup> 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

Para que se responda esta questão – cujo deslinde se mostra prejudicial à análise das demais questões objeto deste memorial -, vale lembrar que, tradicionalmente, eram apontadas duas diferenças mais essenciais a apartar as decisões proferidas pela 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** - enquanto 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*), as proferidas em controle difuso via julgamento de recursos extraordinários, diversamente, enfrentariam questões jurídicas *a posteriori*, à luz das peculiaridades do específico caso concreto submetido a julgamento e em atenção aos interesses subjetivos das partes, sempre de forma incidental (*incidenter tantum*);

**2ª - a extensão dos efeitos vinculantes** - enquanto as proferidas em controle concentrado possuiriam eficácia vinculante geral, as proferidas em controle difuso possuiriam, opostamente, 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 CF/88.

Acontece que essa perspectiva tradicional tem sido progressivamente relativizada por uma nítida tendência, verificável há algum tempo no Brasil, **de aproximar a natureza e a extensão da eficácia vinculante das decisões proferidas pelo STF nas duas**

**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 eficácia<sup>2</sup>. 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 juizes. 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>).

**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"*.

Ou seja, 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 vicissitudes.

O controle difuso de constitucionalidade, nesse 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), passando a ligar-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"*<sup>10</sup> 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 precedentes<sup>11</sup>.

Esse caráter objetivo dos acórdãos proferidos, pelo Plenário do STF, em sede de controle difuso de constitucionalidade talvez tenha atingido o seu ponto máximo com a criação do instituto da **repercussão geral** e a sua previsão como requisito de

<sup>10</sup>DIDIER 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.

<sup>11</sup>À 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-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, António Castanheira. Op. cit., p. 656.



admissibilidade dos recursos extraordinários (*ex vi* do art. 102, §3º da CF/88, incluído pela Emenda Constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004).

É que, em razão disso, apenas aqueles recursos que tratem de questões constitucionais relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa, vão à apreciação da Suprema Corte, dando origem a precedentes que resolvem questões jurídicas em tese.

Assim, não há dúvidas, portanto, que, diante da realidade jurídica atualmente existente no país, aquela primeira diferença tradicionalmente apontada como apta a diferenciar as decisões proferidas pela Suprema Corte em sede de controle concentrado de constitucionalidade das proferidas em sede de controle difuso, qual seja, a natureza - objetiva ou subjetiva - de cada uma delas, já não existe mais. Resta saber, todavia, se a segunda diferença apontada como existente entre essas duas decisões, qual seja, a extensão – *erga omnes* ou *inter partes* - da eficácia vinculante delas emanada, ainda persiste, ou não, atualmente. **Adianta-se que a resposta é negativa, e por mais de um motivo.**

**Primeiramente**, é certo que a feição objetiva e definitiva assumida pelas decisões proferidas pelo Pleno STF no julgamento de recursos extraordinários com repercussão geral, que em nada difere daquela que marca as decisões proferidas em controle concentrado, já 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 precedentes constitucionais dotados de eficácia vinculante”<sup>12</sup>.*

**Além disso**, são praticamente idênticos os procedimentos que antecedem as decisões proferidas pelo Pleno do STF, nos modelos concentrado e difuso, não havendo qualquer razão substancial para diferenciar os efeitos das decisões tomadas em cada um deles. Nesse 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*<sup>13</sup>”.

**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 proferidos pelo Pleno do STF em sede de recursos extraordinários com repercussão geral**<sup>14</sup>. É o que se extrai da leitura

<sup>12</sup> Marinoni, Luiz Guilherme, Mitidiero. E-book Precedentes Obrigatórios.

<sup>13</sup> Voto proferido pelo Ministro no julgamento da Reclamação n. 4.335-5/AC

<sup>14</sup> 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\\_ALGUMAS\\_CONSIDERACOES\\_SOB\\_A\\_OTICA\\_DO\\_NOVO\\_CPC](https://www.researchgate.net/publication/267708506_PRECEDENTE_JUDICIAL_COMO_FONTE_DO_DIREITO_ALGUMAS_CONSIDERACOES_SOB_A_OTICA_DO_NOVO_CPC))

conjugada dos artigos 489, inc. VI<sup>15</sup>, 927, inc. III<sup>16</sup> e 988, §5º, inc. II<sup>17</sup> do Novo Código de Processo Civil (CPC). **Assim, atualmente, a *ratio decidendi* desses 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<sup>18</sup>.**

Feitas essas considerações de natureza mais teórica, já é possível, respondendo à questão que inaugurou esse tópico, concluir que o precedente, formado pelo STF quando do julgamento do ARE n. 964.246/SP, possui, sim, eficácia vinculante *erga omnes* (geral), ao contrário do que afirmado nas 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 e oriundo do Plenário do STF.

Acrescento que o fato de o precedente oriundo do ARE n. 964.246/SP ter eficácia vinculante geral produz duas consequências que, mais imediatamente, interessam a esta peça. A **primeira** é a de que a sua *ratio decidendi* obriga a todos os órgãos jurisdicionais

<sup>15</sup>Art. 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.

<sup>16</sup>Art. 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;

<sup>17</sup>Art. 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.

<sup>18</sup>“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).

Nada 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. Essa finalidade fica muito clara não só com a leitura dos incs. III e IV do caput do art. 988 do CPC/2015, mas também com a dos seus §§ 4.º e 5.º, inc. II, que expressamente destinam a reclamação ao 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, CPC/2015, fale em “acórdão” oriundo de julgamento de “recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida” e em “acórdão proferido em julgamento de recurso extraordinário ou especial repetitivos”, é certo que 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”.

do país, de modo que, segundo se extrai diretamente do art. 489, §1º do CPC, **será 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**, que de certo modo está contida na primeira, é a de que a sua não observância somente pode se dar de modo legítimo em situações especiais, mediante o uso de técnicas que **ou** levem à constatação de que o precedente obrigatório não deve ser aplicado a um caso específico por que este apresenta peculiaridades capazes de o distinguir do caso paradigma (técnica conhecida como *distinguishing*), **ou, então**, demonstrem que, à luz de determinados requisitos formais e materiais, está-se diante de hipótese que autoriza a revogação do precedente (técnica conhecida como *overruling*).

A decisão monocrática ora em comento, proferida pelo Ministro Marco Aurélio nos autos da ADC n. 54, não trouxe hipóteses fáticas que autorizam o distinguish com a situação fática tratada no precedente vinculante oriundo do julgamento do ARE n. 964.246/SP.

Do mesmo modo, não se está diante de hipótese de *overruling*. É o que será demonstrado no tópico seguinte.

## **B) ESTÁ-SE DIANTE DE HIPÓTESE EM QUE CABÍVEL O *OVERRULING*?**

### **B.1 – REQUISITOS FORMAIS E PRESSUPOSTOS MATERIAIS INDISPENSÁVEIS À APLICAÇÃO DO INSTITUTO**

A revogação de precedentes vinculantes, de que é exemplo o oriundo do julgamento do ARE n. 964246/SP, somente pode se dar legitimamente por meio do *overruling*, técnica “*através da qual um precedente perde a sua força vinculante e é substituído por outro precedente*”<sup>19</sup>. A aplicação dessa técnica, por sua vez, deve observar requisitos **formais** (quanto ao modo de realização - o “como”) e pressupostos **materiais** (quanto às hipótese de cabimento – o “quando”) especiais.

Tais requisitos e pressupostos, embora não estejam positivados em norma expressa, derivam da própria lógica do **sistema de precedentes vinculantes** recentemente adotado no Brasil, voltado a conferir **estabilidade, unidade e previsibilidade** ao sistema jurídico pátrio. De fato, **não haverá sistema estável, coeso e previsível se as Cortes Superiores**

<sup>19</sup>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.

**não se submeterem a critérios especiais para revogar os seus precedentes**, sendo, aliás, justamente esta submissão a critérios diferenciados para revogação que caracteriza a eficácia vinculante geral de que se revestem determinados julgados; do contrário, estar-se-ia diante de precedente comum, com eficácia meramente persuasiva (ou, o que é pior, de sistema de precedentes vinculantes despido de credibilidade e, assim, efetividade e utilidade).

Nessa linha, no que tange aos **requisitos formais** necessários à revogação de precedente vinculante, registre-se que o primeiro deles é quase intuitivo e prescinde de maiores explicações: somente o órgão jurisdicional que produziu o precedente possui atribuição para revogá-lo. Vale dizer, *“a competência para a superação do precedente judicial é do órgão jurisdicional prolator do precedente judicial<sup>20</sup>”*, o que parece ser essencial para se preservar o caráter efetivamente vinculante do precedente e, assim, permitir a consecução das finalidades acima mencionadas.

Além disso, ainda no que tange aos requisitos **formais**, tem-se que a revogação de precedente vinculante exige que o órgão jurisdicional que a realiza se desincumba, mediante decisão motivada, do elevado ônus argumentativo necessário a comprovar estar-se diante, no caso, de hipótese em que cabível o *overruling* (demonstrando-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<sup>21</sup>”*. 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”*.

Já no que tange aos **pressupostos materiais** que devem estar presentes para que seja o caso de se proceder ao *overruling*, é certo que a doutrina apresenta certa divergência a respeito ao tema, e a jurisprudência do STF ainda se mostra praticamente silente sobre o assunto dada a escassez de casos de revogação de precedentes em seu histórico.

De todo modo, embora haja uma ampla gama de entendimentos doutrinários sobre o tema, todos eles caminham, ao menos em sua substância, para um mesmo sentido: apontam

<sup>20</sup> Jesus, Priscilla Silva. TEORIA DO PRECEDENTE JUDICIAL E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

<sup>21</sup>Marinoni, Luiz Guilherme, Mitidiero. E-book, Precedentes Obrigatórios.

que, para que seja cabível a sua revogação, o precedente obrigatório deve, nas palavras de Melvin Eisenberg<sup>22</sup>, não mais corresponder aos padrões **(i) de congruência social**<sup>23</sup>, ou seja, revelar-se errado, injusto, obsoleto, agredindo o sentimento de justiça do cidadão comum, e **(ii) de consistência sistêmica**<sup>24</sup>, 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*<sup>25</sup>.

Somando-se a isso, a incongruência e inconsistência devem ser robustas o suficiente a ponto de justificar o sacrifício dos valores que a preservação de precedentes vinculantes visa a proteger, 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.**

Aqui, pela sua precisão e adequação ao objeto deste memorial, vale mencionar os ensinamentos de Luiz Guilherme Marinoni a respeito do 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

<sup>22</sup>Eisenberg, Melvin Aron. The nature of the common law. Cambridge: Harvard University Press. 1998, p. 104.

<sup>23</sup>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 Guilherme, Mitidiero. E-book, Precedentes Obrigatórios).

<sup>24</sup>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).

<sup>25</sup> “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 <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/jus/article/viewFile/3596/2842>)

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”.

E continua Marinoni, agora a respeito dos valores - previsibilidade e unidade – que um sistema que respeita a autoridade de seus precedentes almeja proteger:

“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 brasileira<sup>26</sup>”.

**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 permitisse a revisão açedada e acelerada de seus precedente, por outro lado, estaria 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 à sociedade que o contem.

**B.2- A DECISÃO MONOCRÁTICA PROFERIDA NOS AUTOS DA ADC 54, QUE DEIXOU DE OBSERVAR O ACÓRDÃO ORIUNDO DO JULGAMENTO DO ARE N. 964.246/SP, NÃO SATISFAZ O REQUISITOS/PRESSUPOSTOS FORMAIS E MATERIAIS DO OVERRULING**

<sup>26</sup>(Marinoni, Luiz Guilherme, Mitidiero. E-book, Precedentes Obrigatórios)

A análise da decisão monocrática proferida nos autos da ADC 54, que deixou de observar o precedente vinculante plasmado no julgamento do ARE n. 964.246/SP, permite que se conclua que isto tem se dado sem que estejam presentes os requisitos formais e pressupostos materiais próprios ao *overruling*.

No que pertine à forma, vê-se que o precedente vinculante oriundo do ARE n. 964246/SP, tendo sido proferido pelo Pleno do STF, somente pode ser superado por esse mesmo órgão, e não pelas suas Turmas, e, muito menos, por decisões monocráticas, como ocorreu no caso. Note-se que tal prática – inobservância monocrática de precedentes do Pleno - transmite a indesejada mensagem de que os Ministros desta Suprema Corte podem, a qualquer momento, “rebelar-se” contra precedentes vinculantes emitidos pelo Pleno.

A mensagem é indesejada por que ela coloca em xeque a consecução das finalidades maiores que o sistema de precedentes vinculantes deseja alcançar, e o *“resultado disso, como não poderia ser diferente, é o descaso dos juizes 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 juizes de primeiro grau e tribunais ordinários possam livremente delas discordar ou nem sequer considerá-las.”*<sup>27</sup>

Além disso, a referida decisão monocrática proferida pelo Ministro Marco Aurélio não se desincumbiu do ônus argumentativo necessário a comprovar a presença dos pressupostos materiais autorizadores da revogação do precedente vinculante oriundo do ARE n. 964246/SP. Para tanto, tal decisão monocrática deveria, pelo menos, demonstrar que o precedente vinculante em comento carece de congruência social (é errado, injusto, obsoleto, agredi o sentimento de justiça do cidadão comum), e de consistência sistêmica, o que não foi feito. Vale dizer, não basta que a decisão que deseje superar precedente vinculante manifeste a sua discordância quanto a ele, como fez o Ministro Marco Aurélio; é necessário que sejam lançados argumentos específicos voltados a demonstrar que o precedente em foco já não representa o que a sociedade atual entende por justo e correto.

Registre-se que os pressupostos materiais necessários ao *overruling* do precedente vinculante oriundo do julgamento do ARE n. 964246/SP também não estão presentes.

<sup>27</sup>(Marinoni, Luiz Guilherme, Mitidiero. E-book, Precedentes Obrigatórios).



No presente caso, 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 1 ano**, foi o resultado maduro de um longo debate travado no âmbito da Suprema Corte, que, inclusive, pela sua importância, reverberou em toda a sociedade civil à época em que proclamado. E a revogação desse importante precedente pouco mais de um ano após a sua formação vai de encontro à necessidade de se garantir um sistema jurídico **estável e previsível** - algumas das finalidades subjacentes à ideia de respeito à autoridade de precedentes.

Lembre-se, aqui, que, conforme exposto anteriormente, um sistema sério e maduro de respeito aos seus precedentes vinculantes, comprometido com os valores da estabilidade, coerência e previsibilidade do Direito, não pode permitir que tais precedentes sejam alterados ou revogados de modo indiscriminado ou precipitado, em função de fatores que, tais como a mudança da composição do Tribunal ou a insatisfação de setores parciais da sociedade, nada dizem sobre a justiça ou a adequação do precedente (ou, em outros termos, sobre a sua congruência social e consistência sistêmica).

Ademais, não há como sustentar que, pouco mais de um ano após a formação do precedente do ARE n. 964246/SP, este deixou de ostentar congruência social e consistência sistêmica. Ora, **esses dois conceitos não são alteráveis ao sabor do vento; antes, trata-se de ideias que se constroem ao longo do tempo, sendo este, o tempo, na mesma medida necessário para desconstruí-los.**

A verdade é que o entendimento contido neste recente precedente **era e continua sendo o eco** de um sentimento, compartilhado pela sociedade civil e por atores da esfera jurídica, **de que a exigência** de se aguardar o trânsito em julgado da sentença penal condenatória (com o julgamento definitivo de eventuais recursos extraordinário e especial) para, só então, autorizar-se o recolhimento à prisão do réu condenado, **é injusta e errada**, basicamente por favorecer a impunidade no país. Sobre esse ponto, vale transcrever trecho do voto apresentado pelo Ministro Luiz Fux quando do julgamento do HC n. 126292/SP:

“E, como hoje, efetivamente, essa presunção de inocência não corresponde mais aquilo 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 escoreta 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."

Esse sentimento de injustiça, que gerava certa sensação de desconforto social e descrédito na Justiça, foi, quando do 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, a fim de se perquirir se se tratava de anseio passível de receber a proteção do Direito. Como resultado desta avaliação, o STF decidiu, em julgamento histórico que refletiu os anseios da comunidade social, ser compatível com o princípio da presunção da inocência o início do cumprimento da pena de prisão antes do trânsito em julgado da respectiva condenação.

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, resumidamente, os seguintes:

**(i) O princípio da presunção de inocência estabelece, nos exatos termos do art. 5º, inc. LVII da CF/88, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença”. Ocorre que o que vem a ser “tratar alguém como sendo culpado” é algo que deve ser definido pelo legislador. Não parece que se permitir o início do cumprimento da pena do réu condenado em todas as instâncias jurisdicionais ordinárias equivalha, necessariamente, a considerá-lo “culpado”. Na verdade, o início do cumprimento da pena, nessas hipóteses, significa, apenas, que, para o legislador, após condenação por parte das**

únicas instâncias capazes de analisar fatos e provas, mostra-se adequada e necessária a prisão do réu, como forma de se conferir efetividade ao Direito Penal, cuja aplicação é monopólio do Estado. Isso, todavia, não esvazia a presunção de inocência (não ser tratado como culpado) até o trânsito em julgado. Tal presunção 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 se prestam a rediscutir fatos e provas<sup>28</sup>, mas, apenas, a unificar e uniformizar a interpretação do Direito Constitucional e Infraconstitucional, conclui-se que o julgamento destes em nada alterará a situação definida pelas instâncias ordinárias a respeito da autoria, materialidade delitiva e 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 extremos<sup>29</sup>, permitir o início do cumprimento da pena confirmada por Tribunal de Segundo Grau. É que o réu duplamente condenado, ou condenado por Tribunal, possui chances ínfimas, se não praticamente nulas, de ser absolvido posteriormente pelos Tribunais Superiores, o que minora a possibilidade de se estar diante de prisão provisória de réu inocente<sup>30</sup> e; **(ii.b)** torna esvaziada de utilidade prática a exigência de se aguardar o julgamento dos recursos extremos para, só então, iniciar-se o cumprimento da pena imposta. Esta espera, sob o pretexto de conferir concretude ao princípio da presunção da inocência, termina por ser apenas mais um elemento a contribuir para a inefetividade do Direito Penal, incentivando a interposição de recursos protelatórios pela defesa e, assim, reforçando 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 que, só então, possa se iniciar o cumprimento da pena imposta pelo Tribunal tem conduzido à ocorrência massiva da prescrição da pretensão executória** – Lembre-se que o último marco interruptivo do prazo prescricional antes do início do cumprimento da pena é a

<sup>28</sup> Súmulas 279 do STF e 07 do STJ

<sup>29</sup> 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.

<sup>30</sup> 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.

publicação da sentença ou do acórdão recorríveis (art. 117, IV, do CP). Permitir-se o cumprimento da pena antes do trânsito em julgado afastaria a ocorrência da prescrição executória, pois interromperia o seu fluxo (art. 117, V, do CP). Por óbvio, isso também diminuiria a conhecida prática de se 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 possui 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 Elien Gracie quando do 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”*. Esse comentário é confirmado por amplo estudo realizado por Luiza Cristina Fonseca Frischeisen, Mônica Nicida Garcia e Fábio Gusman, em que os autores, após analisar o tratamento dado ao tema por países como a 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<sup>31</sup>”*. Ora, ainda que esse argumento comparativo tenha, como dito, caráter mais lateral, ele não deixa de conduzir à seguinte pergunta retórica: será que todos esses países que, mesmo tendo a presunção de inocência como princípio constitucional explícito ou implícito, admitem a execução provisória da pena, o fazem de modo autoritário e em afronta à Constituição?

Todos esses argumentos continuam válidos e presentes nos dias atuais, e conferem ao precedente vinculante formado no julgamento do ARE n. 964246/SP as condições necessárias para ser mantido.

<sup>31</sup>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.

Revogá-lo ou desrespeitá-lo, mesmo diante de todos os argumentos jurídicos e pragmáticos que o sustentam, representaria **triplo retrocesso: para o sistema de precedentes** incorporado ao sistema jurídico pátrio, que, ao se ver diante de julgado vinculante revogado menos de um ano após a sua edição, perderia em estabilidade e teria sua seriedade posta em xeque; **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 massivamente prescritas; e **para a própria credibilidade da sociedade na Justiça**, como resultado da restauração da sensação de impunidade que vigorava em momento anterior ao julgamento do ARE n. 964246/SP.

#### IV. CONCLUSÃO

Pelo exposto, para o fim de evitar grave lesão à ordem e à segurança, requeiro, na forma do art. 4º da Lei 8.437/92, a suspensão da medida liminar proferida na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 54, até o seu julgamento pelo Plenário, restabelecendo a decisão do Supremo Tribunal Federal com efeitos vinculantes erga omnes decorrentes da repercussão geral.

Brasília, 19 de dezembro de 2018.

**Raquel Elias Ferreira Dodge**  
Procuradora-Geral da República