



COMUNICADO À SOCIEDADE

Sobre a Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade 54 Distrito Federal, em que há liminar, determinando a suspensão de execução de pena cuja decisão a encerrá-la ainda não haja transitado em julgado e a libertação daqueles que tenham sido presos, ante exame de apelação, com reserva de recolhimento aos casos enquadráveis no artigo 312 do Código de Processo Penal, os integrantes da Associação Ministério Público Pró-Sociedade vêm a público esclarecer:

O Supremo Tribunal Federal (STF) é o órgão de cúpula do Poder Judiciário, cabendo, sobretudo, a guarda da Constituição, conforme definido no art. 102 da Constituição Federal brasileira de 1988.

É composto por onze Ministros, e, dentre suas atribuições está a de julgar a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, a arguição de descumprimento de preceito fundamental decorrente da própria Constituição e a extradição solicitada por Estado estrangeiro. Na matéria criminal, vale destacar a competência para julgar, originariamente, nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República, entre outros (art. 102, inc. I, a e b, da CF/1988).

Em grau recursal, o STF é competente para julgar, em recurso ordinário, o habeas corpus, o mandado de segurança, o habeas data e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão, e, em recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida contrariar dispositivo da Constituição.

Com a Emenda Constitucional 45/2004, introduziu-se ao STF a competência para aprovar, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, súmula com efeito



vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, distrital, estadual e municipal (art. 103-A da CF/1988). Essa alteração constitucional visa garantir segurança jurídica e resguardar o princípio da igualdade de tratamento. Significa dizer que, se o Pleno do STF é o órgão máximo, o que ele decide tem que ser aplicado, sob pena de violação explícita da ordem jurídica pelos Ministros e/ou Turma dessa Corte.

Nesse contexto institucional, fixada a uniformização da jurisprudência pelo STF, nenhum tribunal, nem mesmo a mais alta Corte, seja por Ministros individualmente, seja por suas Turmas isoladas, pode alegar que “a decisão vale apenas para o processo em questão”, a pretexto de afastar a aplicação da jurisprudência uniformizada do Plenário, sob pena de se degradar inescusavelmente a ordem Constitucional, cuja preservação depende, por exemplo, do cumprimento dos artigos 926 e 927 do Código de Processo Civil:

Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

§ 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

§ 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;



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

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

*V - a **orientação do plenário ou do órgão especial** aos quais estiverem vinculados. [sem grifo no original]*

Nesse sentido, os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente, ou seja, os tribunais não devem permitir divergências internas sobre questões jurídicas idênticas, porque desembargadores e ministros integram um sistema.

“a orientação divergente decorrente de turmas e câmaras, dentro de um mesmo tribunal – no mesmo momento histórico e a respeito da aplicação de uma mesma lei – representa grave inconveniente, gerador da incerteza do direito, que é o inverso do que se objetiva com o comando contido numa lei, nascida para ter um só entendimento. (Comentários ao Código de Processo Civil/ Arruda Alvim, Araken de Assis, Eduardo Arruda Alvim. – 1. Ed. – Rio de Janeiro: GZ Ed., 2012, p. 742)

Com efeito, o STF, em sede de **julgamento de repercussão geral**, no REx no 964.246, de relatoria do Ministro Teori Zavascki, reafirmou a sua jurisprudência 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.

Portanto, o dever de estabilidade está adstrito coerentemente com dever de respeito aos precedentes já firmados e a obrigatoriedade de fundamentação para comprovar a distinção da decisão, sob pena de flagrante violação da segurança, valor fundamental da ordem jurídica. A quebra da unidade do direito, sem adequada fundamentação, resulta ativismo judicial pernicioso e arbitrário, principalmente quando desembargadores ou ministros vencidos, não aplicam as decisões firmadas pelo Plenário.

Verifica-se, no entanto, quebra da ordem jurídica, seja por Ministros, individualmente, seja pelo colegiado da 2ª Turma do STF, ao concederem liberdade a presidiários condenados em 2ª Instância de Justiça, contrariando o posicionamento firme do Plenário da Suprema Corte sobre essa questão.

Desse modo, a alegação de ausência de requisitos cautelares para manutenção da prisão decorrente de condenação criminal em segunda instância consubstancia pretexto argumentativo de integrantes da 2ª Turma do STF, para se esquivar do entendimento fixado pelo Plenário, fraturando a ordem jurídica. Ou se entende que a prisão decorrente da condenação em segunda Instância é prisão-pena ou ambas as prisões (preventiva e a decorrente de condenação criminal) revestem-se de natureza cautelar, embora possuam graus de intensidade diferentes em face do princípio da presunção da inocência.

Primeiramente, vale esclarecer que integrantes da 2ª Turma do STF posicionam-se atecnicamente no sentido de que a execução de pena deveria ser fundamentada no art. 312 do Código de Processo Penal (CPP), exigindo para a mesma cumprimento de requisitos da prisão preventiva, promovendo, assim, intensa confusão jurídica, porque prisão-pena (decorrente de condenação) PRESCINDE de fundamentação no art. 312 do CPP, à medida que prisão-pena NÃO é prisão processual. Certo ou errado,



o Plenário do STF entende que trata de EXECUÇÃO DE PENA. O fato de ser prisão provisória não a torna cautelar.

Corroborando o entendimento de que a execução da pena após a segunda instância prescinde de cautelaridade, confira-se trecho do voto do Ministro Rogério Schietti Machado Cruz, do STJ, no AgRg no ARESP 377.808:

"Esclareço aos agravantes que a prisão, após a condenação pela Corte de origem, não possui como fundamento a cautelaridade prevista no art. 312 do Código de Processo Penal, mas principalmente o esgotamento da apreciação do fato pelas instâncias ordinárias, o que viabiliza a execução da reprimenda, conforme recente jurisprudência das Cortes Superiores de Justiça. Portanto, a execução da pena, no caso, é efeito decorrente do acórdão condenatório e, por isso, não exige fundamentação específica no dispositivo do decisum, uma vez que encontra alicerce nos próprios argumentos que fundamentaram a condenação em segunda instância, no exaurimento do princípio da não culpabilidade e, também, na ausência de atribuição de efeito suspensivo ao recurso extraordinário (lato sensu)."
(AgRg no AREsp 377.808/MS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 12/09/2017, DJe 22/09/2017)

Portanto, a afirmação de que a execução provisória da pena seria uma prisão preventiva e, por essa razão, deveria atender aos requisitos do art. 312 do CPP, é absolutamente insustentável. Ora, prisão preventiva pode ser decretada em qualquer fase do processo, presentes o *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis*, nos termos do art. 316 do CPP. Esse entendimento jamais foi questionado pelo STF, sequer, no ano de 2009, quando firmou a jurisprudência no sentido da impossibilidade da execução



provisória da pena. É dizer: a prisão preventiva após a condenação em segunda instância sempre foi admitida, até mesmo após o HC 84.078, desde que presentes elementos que a justificassem. Trocando em miúdos: o que o *leading case* de 2009 dispôs foi que, alheia às hipóteses de prisão preventiva, a execução da pena não seria admissível.

Assim, caso o STF quisesse afirmar que a execução provisória da pena necessitasse de fundamentação cautelar, seria desnecessário despender exaustivos debates para o julgamento do HC 126.292, como também as ADCs 43 e 44. Os referidos julgamentos aconteceram justamente para que se pudesse superar o entendimento anterior e admitir a execução da pena após a segunda instância. Em nenhum momento se houve por reafirmar o que sempre pôde ser feito: decretar-se prisão preventiva antes ou após julgamento em segunda instância, diante do *fumus comissi delicti* e do *periculum libertatis*.

O que o *leading case* de 2016 estabelece é que a prisão após a condenação em segunda instância prescinde de cautelaridade, ou seja, pode ser decretada ainda que fora das hipóteses cautelares, superando o entendimento anterior.

Noutras palavras, a evasiva argumentativa de que a execução da pena após a segunda instância precisa obedecer ao art. 312 do CPP é incompatível com o que foi decidido pelo Plenário do STF no julgamento do HC 126.292 e nas ADCs 43 e 44; pois, se se tratasse de prisão preventiva, a Corte não precisaria julgar novamente a matéria, à medida que prisão preventiva sempre foi admitida, antes ou após a condenação em segunda instância, desde que subsistentes os requisitos autorizadores, isto é, *fumus comissi delicti* e *periculum libertatis*.

Por outro lado, ainda que se caracterizasse a prisão decorrente de condenação em segunda instância como cautelar, o requisito da prisão preventiva estaria presente indubitavelmente. Sobre esse segundo raciocínio, vejamos.



Medidas restritivas de liberdade, antes do trânsito em julgado de sentença condenatória, resultam de provimento jurisdicional em que há demonstração plausível de existência do direito de punir (*jus puniendi*), identificado pelas normas processuais penais com a prova da materialidade e indícios suficientes de autoria, e a concreta verificação do perigo da insatisfação do direito em face da demora da prestação jurisdicional (*periculum libertatis*). Para o decreto de prisão preventiva, exige-se como requisitos: a garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal.

Considerando que o direito processual penal realiza-se como instrumento acessório do direito material (penal) marcado por alterações dogmáticas nesse novo milênio e a consequente necessidade de repercussão do direito material às normas processuais, é possível alargar o campo de incidência do requisito “garantia da ordem pública” à macrocriminalidade para a aplicação da prisão preventiva, porque os agentes da criminalidade moderna são, em regra, detentores de residência fixa e bons antecedentes. A tutela dos indivíduos, como instrumento social de pacificação de justiça, deve preocupar-se em atingir as aspirações axiológicas da sociedade, valores que a sociedade considera que necessariamente devem ser protegidos, ou seja, deve ser adequada.

É indiscutível que os meios de controle da “criminalidade moderna”, que se caracterizam em verdadeira “empresa delituosa”, devem diferenciar-se dos crimes de massa. Destarte, evidenciando-se a inoperância dos instrumentos postos pelo Direito Penal Clássico de combate à “criminalidade moderna”, que se orientam pelo dano, pela ofensa efetiva ao bem jurídico, pelo concreto, pelo tipo fechado, pela repressão e pelo bem jurídico individual, em vez do perigo, do risco, do abstrato, do tipo aberto, da prevenção (através de um Direito Penal *prima ratio*) e do bem jurídico coletivo, torna-se imperioso redefinir políticas criminais que distingam e deem tratamento diferenciado aos



dois tipos de criminalidades acima expostos, cancelando, quando imprescindível e dentro dos limites legais e razoáveis, mecanismos eficazes de ação do Estado.

Verifica-se que a nova criminalidade tem garantia da impunidade, graças aos benefícios do desenvolvimento tecnológico; do poder econômico e político; utilizando-se de sofisticados instrumentos e novos meios de ação (novos sistemas de transferência e pagamento de valores monetário, fraudes em licitação, caixa dois etc), alcançando as novas descobertas da ciência antes mesmo das atividades de investigação policial. Ademais, tiram proveito, em igualdade com qualquer pessoa, dos escudos protetivos dos sistemas processuais do Estado de Direito. O mais grave é o enfraquecimento da própria democracia, vez que, ao adquirir poder de controle econômico e político, o crime organizado passa a ocupar posições ostensivas de autoridades do Estado.

Nessa linha, Poder Judiciário deve utilizar-se dos parâmetros da necessidade, adequação e proporcionalidade de aplicação da prisão processual, para que a escolha da medida se amolde à demanda apresentada; sacrifício do indivíduo necessário, adequado e proporcional ao benefício revertido para a sociedade ou para o desenrolar do processo, e a motivação da decisão, que demonstre as razões e provas aptas a sustentar a medida constritiva de liberdade. Torna incidente, desse modo, o princípio da ponderação dos interesses, a fim de solucionar o conflito entre o direito à liberdade, oriundo da presunção de inocência, e o direito à restrição da liberdade de locomoção para garantia da efetividade do processo e paz social (*ius libertatis x ius puniendi*).

Nessa ordem de raciocínio, a condenação proferida em segundo grau de jurisdição encerra a tramitação ordinária do processo penal, ensejando, em regra, a execução imediata da sanção penal, exigência de ordem pública (conf. voto do Min. Luís Roberto Barroso na ADC 43), entendida como eficácia do direito penal necessária para a proteção da vida, da segurança e da integridade das pessoas e dos demais valores que



justificam o próprio sistema de justiça criminal. É intuitivo que, desde o cometimento de crime, sendo o criminoso condenado em segundo grau de jurisdição, todavia, sem que inicie o cumprimento da pena, antes da passagem de décadas de tramitação processual nos tribunais superiores, tanto o condenado quanto a sociedade perdem a confiança na tutela estatal dos delitos.

Nesse sentido, também o Ministro Gilmar Mendes, integrante da 2ª Turma do STF, em recentíssimo precedente, entendeu que crime grave pode ensejar execução provisória da condenação após julgamento em segunda instância, com base na garantia da ordem pública, sobretudo quando não há nenhuma perspectiva de cumprimento da pena, se se aguardar o encerramento de todos os recursos imagináveis nos tribunais superiores, conforme se verifica no caso abaixo referente ao crime de homicídio. Confira-se:

"(...) A própria credibilidade das instituições em geral, e da justiça em particular, fica abalada se o condenado por crime grave não é chamado a cumprir sua pena em tempo razoável.

Em suma, a garantia da ordem pública autoriza a prisão, em casos graves, após o esgotamento das vias ordinárias.

Dito isto, tenho que o caso dos autos não comporta concessão da ordem.

Consoante relatado, o paciente foi condenado por crime grave (homicídio doloso), fato ocorrido no ano de 2003, ou seja, há mais de 14 anos. A condenação restou mantida em sede de julgamento de apelação pelo Tribunal de origem.

Registro que o recurso especial ainda não foi analisado na origem.



Assim, está-se diante de um caso de condenação por crime de homicídio, confirmada pela segunda instância e sem qualquer previsão de cumprimento da reprimenda acaso se aguarde o julgamento do recurso especial. Demonstra-se, com isso, a necessidade da prisão, para a garantia da ordem pública. (...)” (HC 147957, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, julgado em 23/11/2017, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-268 DIVULG 24/11/2017 PUBLIC 27/11/2017)’

Por outro lado, é preciso frisar, os Ministros, individualmente, ou as Turmas não são prisioneiros atávicos de jurisprudências do Plenário do STF que sejam insustentáveis social, normativa e axiologicamente. Se o órgão fracionário do Tribunal pretende deixar de aplicar súmula ou jurisprudência uniformizada, em acatamento ao devido processo legal, deve propor a adequada revisão, nos termos do art. 11, III, do RISTF:

Art. 11. A Turma remeterá o feito ao julgamento do Plenário independente de acórdão e de nova pauta:

III – quando algum Ministro propuser revisão da jurisprudência compendiada na Súmula.

A importância dada à jurisprudência é tamanha, que o Relator pode decidir monocraticamente causas já pacificadas por entendimento sumulado ou por jurisprudência dominante do Plenário, nos termos do art. 21, §1º, do RISTF:

§ 1. Poderá o(a) Relator(a) negar seguimento a pedido ou recurso manifestamente inadmissível, improcedente ou contrário à jurisprudência



dominante ou a Súmula do Tribunal, deles não conhecer em caso de incompetência manifesta, encaminhando os autos ao órgão que reputa competente, bem como cassar ou reformar, liminarmente, acórdão contrário à orientação firmada nos termos do art. 543-B do Código de Processo Civil.

Diante do não acatamento por integrantes da 2ª Turma de súmula ou jurisprudência do Plenário do STF, que vêm reiteradamente descumprindo as decisões plenárias, relativamente ao início da execução da pena a partir da condenação em segunda instância, e, com isso, frustram os justos anseios da sociedade por eficiente atuação do Estado contra corrupção e a impunidade, resta às partes processuais, inclusive, o Ministério Público, utilizarem-se do instrumento processual “reclamação” (ação que visa garantir a observância das decisões do órgão ou a preservação de sua competência).

Ante o exposto, os integrantes **da Associação Ministério Público Pró-Sociedade** expressam à sociedade seu entendimento jurídico de que, por força da Constituição, da legislação processual e do seu Regimento Interno, os Ministros e as Turmas do STF devem obrigatoriamente cumprir as deliberações do Plenário do Tribunal, que estabelecem a execução da pena a partir da condenação em segunda instância; ao tempo em que alertam para o fato de que o desrespeito às decisões do referido colegiado quebra a ordem jurídica e ameaça gravemente o Estado de Direito, sobretudo mesmo quando já se encontrava pautada no Supremo Federal a citada matéria, colocando a liminar de hoje, em risco a sociedade ante a iminência de liberação de aproximadamente 150 mil presos em execução provisória no Brasil.

Associação MP Pró-Sociedade