

05/10/2016

PLENÁRIO

**MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DECLARATÓRIA DE  
CONSTITUCIONALIDADE 44 DISTRITO FEDERAL**

**RELATOR** : **MIN. MARCO AURÉLIO**  
**REQTE.(S)** : CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS  
ADVOGADOS DO BRASIL - CFOAB  
**ADV.(A/S)** : LENIO LUIZ STRECK E OUTRO(A/S)  
**INTDO.(A/S)** : PRESIDENTE DA REPÚBLICA  
**ADV.(A/S)** : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO  
**INTDO.(A/S)** : PRESIDENTE DA CÂMARA DOS DEPUTADOS  
**ADV.(A/S)** : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO  
**INTDO.(A/S)** : PRESIDENTE DO SENADO FEDERAL  
**ADV.(A/S)** : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO  
**AM. CURIAE.** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO  
PAULO  
**PROC.(A/S)(ES)** : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE SÃO  
PAULO  
**AM. CURIAE.** : INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA  
**ADV.(A/S)** : AUGUSTO DE ARRUDA BOTELHO NETO E  
OUTRO(S)  
**AM. CURIAE.** : INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS -  
IBCCRIM  
**ADV.(A/S)** : THIAGO BOTTINO DO AMARAL  
**AM. CURIAE.** : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL  
**PROC.(A/S)(ES)** : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL  
**AM. CURIAE.** : INSTITUTO IBERO AMERICANO DE DIREITO  
PÚBLICO - CAPÍTULO BRASILEIRO - IADP  
**ADV.(A/S)** : FREDERICO GUILHERME DIAS SANCHES E  
OUTRO(A/S)  
**AM. CURIAE.** : INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS - IAB  
**ADV.(A/S)** : TÉCIO LINS E SILVA  
**AM. CURIAE.** : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DOS ADVOGADOS  
CRIMINALISTAS - ABRACRIM  
**ADV.(A/S)** : ALEXANDRE SALOMÃO E OUTRO(A/S)  
**AM. CURIAE.** : ASSOCIACAO DOS ADVOGADOS DE SAO PAULO  
**ADV.(A/S)** : DANIEL NUNES VIEIRA PINHEIRO DE CASTRO

**ADC 44 MC / DF**

**ADV.(A/S)** :LEONARDO SICA  
**AM. CURIAE.** :INSTITUTO DOS ADVOGADOS DE SÃO PAULO  
**ADV.(A/S)** :JOSÉ HORÁCIO HALFELD REZENDE RIBEIRO  
**AM. CURIAE.** :DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO  
DE JANEIRO  
**PROC.(A/S)(ES)** :DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO  
DE JANEIRO

**Ementa:** MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE. ART. 283 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. EXECUÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE APÓS O ESGOTAMENTO DO PRONUNCIAMENTO JUDICIAL EM SEGUNDO GRAU. COMPATIBILIDADE COM O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. ALTERAÇÃO DE ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DO HC 126.292. EFEITO MERAMENTE DEVOLUTIVO DOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS E ESPECIAL. REGRA ESPECIAL ASSOCIADA À DISPOSIÇÃO GERAL DO ART. 283 DO CPP QUE CONDICIONA A EFICÁCIA DOS PROVIMENTOS JURISDICIONAIS CONDENATÓRIOS AO TRÂNSITO EM JULGADO. IRRETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS GRAVOSA. INAPLICABILIDADE AOS PRECEDENTES JUDICIAIS. CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 283 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. MEDIDA CAUTELAR INDEFERIDA.

1. No julgamento do *Habeas Corpus* 126.292/SP, a composição plenária do Supremo Tribunal Federal retomou orientação antes predominante na Corte e assentou a tese segundo a qual “*A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, 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. No âmbito criminal, a possibilidade de atribuição de efeito suspensivo aos recursos extraordinário e especial detém caráter excepcional (art. 995 e art. 1.029, § 5º, ambos do CPC c/c art. 3º e 637 do

**ADC 44 MC / DF**

CPP), normativa compatível com a regra do art. 5º, LVII, da Constituição da República. Efetivamente, o acesso individual às instâncias extraordinárias visa a propiciar a esta Suprema Corte e ao Superior Tribunal de Justiça exercer seus papéis de estabilizadores, uniformizadores e pacificadores da interpretação das normas constitucionais e do direito infraconstitucional.

3. Inexiste antinomia entre a especial regra que confere eficácia imediata aos acórdãos somente atacáveis pela via dos recursos excepcionais e a disposição geral que exige o trânsito em julgado como pressuposto para a produção de efeitos da prisão decorrente de sentença condenatória a que alude o art. 283 do CPP.

4. O retorno à compreensão emanada anteriormente pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido de conferir efeito paralisante a **absolutamente todas** decisões colegiadas prolatadas em segundo grau de jurisdição, investindo os Tribunais Superiores em terceiro e quarto graus, revela-se inapropriado com as competências atribuídas constitucionalmente às Cortes de cúpula.

5. A irretroatividade figura como matéria atrelada à aplicação da **lei penal** no tempo, ato normativo idôneo a inovar a ordem jurídica, descabendo atribuir ultratividade a compreensões jurisprudenciais cujo objeto não tenha reflexo na compreensão da ilicitude das condutas. Na espécie, o debate cinge-se ao plano processual, sem reflexo, direto, na **existência ou intensidade do direito de punir**, mas, tão somente, no **momento de punir**.

6. Declaração de constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, com interpretação conforme à Constituição, assentando que é coerente com a Constituição o principiar de execução criminal quando houver condenação assentada em segundo grau de jurisdição, salvo atribuição expressa de efeito suspensivo ao recurso cabível.

7. Medida cautelar indeferida.

**ACÓRDÃO**

**ADC 44 MC / DF**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência da Ministra Cármen Lúcia, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em indeferir a cautelar, vencidos os Ministros Marco Aurélio (Relator), Rosa Weber, Ricardo Lewandowski, Celso de Mello, e, em parte, o Ministro Dias Toffoli.

Brasília, 5 de outubro de 2016.

**Ministro EDSON FACHIN**  
**Redator para o acórdão**

01/09/2016

PLENÁRIO

**MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DECLARATÓRIA DE  
CONSTITUCIONALIDADE 44 DISTRITO FEDERAL**

**RELATOR** : **MIN. MARCO AURÉLIO**  
**REQTE.(S)** : CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS  
ADVOGADOS DO BRASIL - CFOAB  
**ADV.(A/S)** : LENIO LUIZ STRECK E OUTRO(A/S)  
**INTDO.(A/S)** : PRESIDENTE DA REPÚBLICA  
**ADV.(A/S)** : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO  
**AM. CURIAE.** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO  
PAULO  
**PROC.(A/S)(ES)** : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE SÃO  
PAULO  
**AM. CURIAE.** : INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA  
**ADV.(A/S)** : AUGUSTO DE ARRUDA BOTELHO NETO E  
OUTRO(S)  
**AM. CURIAE.** : INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS -  
IBCCRIM  
**ADV.(A/S)** : THIAGO BOTTINO DO AMARAL  
**AM. CURIAE.** : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO  
**PROC.(A/S)(ES)** : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL  
**AM. CURIAE.** : INSTITUTO IBERO AMERICANO DE DIREITO  
PÚBLICO - CAPÍTULO BRASILEIRO - IADP  
**ADV.(A/S)** : FREDERICO GUILHERME DIAS SANCHES E  
OUTRO(A/S)  
**AM. CURIAE.** : INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS - IAB  
**ADV.(A/S)** : TÉCIO LINS E SILVA  
**AM. CURIAE.** : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DOS ADVOGADOS  
CRIMINALISTAS - ABRACRIM  
**ADV.(A/S)** : ALEXANDRE SALOMÃO E OUTRO(A/S)  
**AM. CURIAE.** : ASSOCIACAO DOS ADVOGADOS DE SAO PAULO  
**ADV.(A/S)** : DANIEL NUNES VIEIRA PINHEIRO DE CASTRO  
**ADV.(A/S)** : LEONARDO SICA  
**AM. CURIAE.** : INSTITUTO DOS ADVOGADOS DE SÃO PAULO  
**ADV.(A/S)** : JOSÉ HORÁCIO HALFELD REZENDE RIBEIRO  
**AM. CURIAE.** : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO

**ADC 44 MC / DF**

**PROC.(A/S)(ES)** DE JANEIRO  
:DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO  
DE JANEIRO

## RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Adoto, como relatório, as informações prestadas pelo assessor Dr. Lucas Faber de Almeida Rosa:

O Partido Ecológico Nacional – PEN ajuizou ação declaratória de constitucionalidade, com pedido de liminar, buscando seja assentada a harmonia do artigo 283 do Código de Processo Penal com a Carta Federal. Eis o teor do dispositivo:

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

Discorre sobre a legitimidade ativa e pertinência da ação. Aponta a existência de controvérsia constitucional relevante sobre a validade do preceito, ocorrida após o julgamento do *habeas corpus* nº 126.292, relator o ministro Teori Zavascki, Pleno. Reporta-se a alteração no entendimento sobre a questão atinente à possibilidade de execução provisória, no âmbito penal, de acórdão condenatório em grau de apelação. Diz da necessidade de o Supremo pronunciar-se sobre a constitucionalidade da norma. Destaca que a decisão proferida no referido *habeas* não possui efeito vinculante nem firma regra geral sobre o tema, mas vem repercutindo no sistema judicial brasileiro. Salienta a surpresa causada pelo precedente, porquanto carente de prévio debate com entidades e profissionais atuantes na esfera do Direito criminal. Ainda no

**ADC 44 MC / DF**

tocante ao cabimento, pleiteia, sucessivamente, o recebimento da ação como arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Quanto ao mérito, alega que o artigo 283 do Código de Processo Penal revela o alcance do princípio constitucional da não culpabilidade. Sublinha haver o próprio Supremo admitido a plausibilidade da tese positivada pelo dispositivo quando apreciou o *habeas corpus* nº 84.078, relator o ministro Eros Grau, Pleno, acórdão publicado no Diário da Justiça em 26 de fevereiro de 2010. Segundo narra, a redação atual do preceito conforma o princípio da não culpabilidade dentro da moldura normativa preconizada pelo artigo 5º, inciso LVII, da Lei Maior. Argui a liberdade de atuação do legislador, observados os limites da Carta da República, a ensejar a deferência do Poder Judiciário. Assevera a presunção de constitucionalidade reforçada de normas tutelares da liberdade.

Conforme argumenta, a detenção, para fins de cumprimento antecipado da pena, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, consubstancia caso de prisão não previsto na legislação brasileira. Articula com a impossibilidade de criação de custódia mediante decisão aditiva, destacando ser inviável, no tocante ao Direito Penal, o exercício do poder normativo pelo Judiciário.

Alude ter este Tribunal, na apreciação da medida cautelar na arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 347, da relatoria de Vossa Excelência, consignado o estado de coisas inconstitucional no sistema carcerário brasileiro. Consoante assinala, o pronunciamento no *habeas corpus* nº 126.292 agravará a condição das unidades carcerárias. Sustenta, caso não seja assentada a compatibilidade do artigo 283 do Código de Processo Penal com a Lei Básica da República, dever o dispositivo ser declarado ainda constitucional, enquanto perdurar o estado de coisas inconstitucional. Refere-se ao

**ADC 44 MC / DF**

juízo de julgamento da ação direta de inconstitucionalidade nº 2.415, relator o ministro Carlos Ayres Britto, acórdão publicado no Diário da Justiça em 28 de setembro de 2012. Aduz, sucessivamente, que, em situações de constrição provisória, não de ser adotadas medidas alternativas à segregação, até que suplantada a situação atual das penitenciárias.

Anota que eventual reconhecimento da inconstitucionalidade do preceito não pode retroagir, sob pena de violação ao princípio da irretroatividade de norma penal mais severa, prescrito no artigo 5º, inciso XL, do Diploma Maior. Defende a observância desse dispositivo inclusive no tocante a norma processual penal, tendo em conta resultar a aludida alteração jurisprudencial em privação da liberdade.

Salienta a inadequação de equiparar-se as funções constitucionais exercidas pelo Supremo e pelo Superior Tribunal de Justiça, considerada a temática criminal. Pondera que o pronunciamento de reprovação penal consubstancia atividade de interpretação do Direito federal. Aponta que, consoante a teoria do delito consolidada em Estados democráticos, extrai-se a culpabilidade de entendimento normativo, e não da constatação empírica. Segundo expõe, o Superior Tribunal de Justiça examina matérias relevantes para a afirmação da culpa e definição das consequências jurídico-penais, tais como a licitude da prova, a correta dosimetria da reprimenda e a tipicidade da conduta. Reporta-se à indispensabilidade de aplicação isonômica do Direito Penal, concretizada, com previsibilidade, pela atuação uniformizadora do Superior Tribunal de Justiça. Afirma que, enquanto os processos em curso no Supremo foram objetivados, as atribuições do Superior Tribunal de Justiça permanecem plenamente compatíveis com o perfil institucional de Tribunal de Cassação, resultando na necessidade de condicionar a execução antecipada da pena ao crivo do Superior.



**ADC 44 MC / DF**

Sob o ângulo do risco, argui que, na esteira do precedente firmado no *habeas corpus* nº 126.292, magistrados têm determinado a execução provisória da pena de prisão antes do trânsito em julgado de decisão condenatória proferida em segunda instância.

Requer, liminarmente, não sejam deflagradas novas execuções provisórias de sanção de prisão até o julgamento final deste processo, bem assim sejam suspensas as que já estiverem em curso, libertando-se os cidadãos recolhidos sem a preclusão maior do ato condenatório. Sucessivamente, busca seja determinada, mediante interpretação conforme à Constituição Federal, a aplicação analógica de medidas alternativas à segregação de acusados com pronunciamento condenatório não transitado em julgado, aludindo ao artigo 319 do Código de Processo Penal. Pede, caso não acolhidos os pleitos anteriores, o condicionamento da execução provisória da reprimenda à apreciação do recurso especial pelo Superior Tribunal de Justiça.

Postula, em definitivo, a declaração de constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal. Sucessivamente, que o preceito seja assentado compatível com a Carta Federal enquanto perdurar o estado de coisas inconstitucional no sistema carcerário brasileiro ou até a apreciação definitiva da arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 347. Ainda de forma sucessiva, pretende a realização de interpretação conforme à Constituição para substituir-se a prisão, antes da preclusão maior, pelas medidas alternativas prescritas no artigo 319 do Código de Processo Penal, durante o tempo em que permanecer o estado de coisas inconstitucional. Requer, sucessivamente, que eventual reconhecimento de inconstitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal alcance apenas decisões condenatórias relativas a fatos posteriores ao exame desta ação ou ao do *habeas corpus* nº 126.292, bem assim que a execução antecipada da pena seja

**ADC 44 MC / DF**

condicionada à análise do recurso especial pelo Superior Tribunal de Justiça.

Ante a coincidência de objetos, Vossa Excelência determinou o apensamento, a este processo, do revelador da ação declaratória de constitucionalidade nº 44, para julgamento conjunto.

Nesta última, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil busca, igualmente, seja assentada a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal. Argumenta que, para o cabimento da ação declaratória de constitucionalidade, surge necessário aferir-se a controvérsia judicial relevante com base em critério qualitativo. Diz da configuração do requisito presente o entendimento adotado pelo Supremo na apreciação do *habeas corpus* nº 126.292. Sustenta que o preceito controvertido permanece válido, devendo ser aplicado pelos Tribunais estaduais e federais, porquanto não afastado expressamente pelo Pleno no exame do referido *habeas*. Alega mostrarem-se nulos os pronunciamentos judiciais que, sem a declaração de inconstitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal, implicam a execução provisória de decisão condenatória, ante a inobservância do artigo 97 do Texto Maior. Destaca a necessidade de o Supremo consignar, em sede de controle concentrado, a conformidade ou não do dispositivo com a Lei Fundamental.

Assevera a validade da norma penal, com alicerce na tese da constitucionalidade espelhada, segundo a qual se reconhece a compatibilidade de dispositivo infraconstitucional no que reproduz a ordem da Carta Federal. Consoante aduz, o preceito em jogo não apenas é compatível com a Lei Maior, mas também replica o texto. Enfatiza que este Tribunal, ao analisar o *habeas corpus* nº 126.292, esvaziou o artigo 5º, inciso LVII, do Diploma Básico, efetuando mutilação inconstitucional.

**ADC 44 MC / DF**

Postula, liminarmente, a suspensão da execução antecipada da pena de todos os casos nos quais os órgãos fracionários de segunda instância, com alicerce no acórdão do *habeas corpus* nº 126.292, ignoram o disposto no artigo 283 do Código de Processo Penal, violando a cláusula de reserva de plenário. No mérito, requer a declaração de constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal.

Em 23 de maio de 2016, Vossa Excelência determinou o apensamento do processo revelador da ação declaratória de constitucionalidade nº 44 ao da registrada sob o nº 43.

Em junho seguinte, Vossa Excelência deferiu a intervenção, como terceiros interessados, das Defensorias Públicas dos Estados de São Paulo e do Rio de Janeiro, do Instituto de Defesa do Direito de Defesa Márcio Thomaz Bastos, do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, da Defensoria Pública da União, do Instituto Ibero Americano de Direito Público – Capítulo Brasileiro, da Associação dos Advogados de São Paulo, do Instituto dos Advogados de São Paulo, da Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas e do Instituto dos Advogados Brasileiros.

No mesmo mês, Vossa Excelência não acolheu o pedido de ingresso da Associação dos Juízes Federais do Brasil, considerada a necessidade de resguardar a imparcialidade dos magistrados representados pela entidade.

Os processos estão conclusos no Gabinete.

É o relatório.

01/09/2016

PLENÁRIO

**MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DECLARATÓRIA DE  
CONSTITUCIONALIDADE 44 DISTRITO FEDERAL**

PROPOSTA

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE)** - Eu queria fazer uma proposta ao egrégio Plenário. Nós temos uma certa dificuldade aqui de controlar o tempo de três minutos, porque nosso relógio só marca a partir de cinco minutos. E o tema realmente é muito importante, a argumentação precisa ser aprofundada. Eu creio que seria justo e adequado que nós concedêssemos - como nós concedemos agora ao Doutor Zortéa - o prazo de cinco minutos para cada representante dos *amici curiae*.

**O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR)** – Vossa Excelência tem o endosso do Relator.

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE)** - Eu agradeço a intervenção pronta do Senhor Relator nesse sentido e, tendo o endosso do Relator, creio que não há dúvidas por parte do Plenário em concedermos cinco minutos a todos.

01/09/2016

PLENÁRIO

**MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DECLARATÓRIA DE  
CONSTITUCIONALIDADE 44 DISTRITO FEDERAL**

**V O T O**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Trago estes processos para exame do pedido de liminar, acionando o artigo 21 da Lei nº 9.868/1999, presentes a urgência e a relevância das causas de pedir lançadas nas iniciais e o risco decorrente da persistência do estado de insegurança em torno da constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal.

Ante o disposto na lei de regência da ação declaratória de constitucionalidade, é impróprio implementar a medida acauteladora por meio de decisão monocrática, considerada a competência do Pleno para deferimento de liminar, exigida a maioria absoluta – seis votos.

Os autores das ações declaratórias de constitucionalidade ora apreciadas – partido político com representação no Congresso Nacional (artigo 103, inciso VIII, da Lei Fundamental), o Partido Ecológico Nacional, e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (inciso VII do referido preceito) – sustentam a adequação da via eleita, porquanto configurada controvérsia judicial relevante sobre ato normativo federal.

No tocante ao artigo 14, inciso III, da Lei nº 9.868/1999, a versar a inadmissibilidade da ação declaratória quando ausente controvérsia judicial relevante sobre o tema, está atendida a condição. Atentem para a função desempenhada pela ação declaratória no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade, tendo em vista o objetivo do sistema de guarda da Lei Maior, qual seja, afastar dúvida quanto à higidez de certa norma.

Fixadas essas balizas, consigno que tal pressuposto de admissibilidade não deve ser meramente quantitativo, alcançando também situações cujo aspecto qualitativo impõe a intervenção

**ADC 44 MC / DF**

jurisdicional.

Se a finalidade da ação é revelar a integridade do preceito normativo, há de analisar-se a profundidade e a importância da atuação deste Tribunal para a solução de controvérsia de envergadura maior.

No caso, o acórdão formalizado no exame do *habeas corpus* nº 126.292, relator ministro Teori Zavascki, Tribunal Pleno, constituiu reviravolta na óptica até então consolidada no Supremo e, conseqüentemente, no sistema de precedentes brasileiro. A fissura causada pelo pronunciamento em processo subjetivo não pode ser ignorada, pois repercute na liberdade de milhões de indivíduos.

A partir da decisão do Supremo na referida impetração, surgiram ópticas diversas sobre o alcance do princípio constitucional da não culpabilidade, com o qual se teve, nesses 27 anos de vigência da Constituição Federal, harmônico o artigo 283 do Código de Processo Penal.

Vejo, a mais não poder, a necessidade de apreciação da matéria em processo objetivo, com ampla cognição, efeitos vinculantes e eficácia geral. A ação declaratória de constitucionalidade mostra-se adequada ao postulado nas petições iniciais.

Observem a organicidade do Direito, levando em conta o preconizado no artigo 5º, inciso LVII, da Lei Maior – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. A literalidade do preceito não deixa margem para dúvidas: a culpa é pressuposto da reprimenda, e a constatação ocorre apenas com a preclusão maior.

O dispositivo não abre campo a controvérsias semânticas. A Carta Federal consagrou a excepcionalidade da custódia no sistema penal brasileiro, sobretudo no tocante à supressão da liberdade anterior ao trânsito em julgado da decisão condenatória. A regra é apurar para, em execução de título judicial condenatório precluso na via da recorribilidade, prender.

A exceção corre à conta de situações individualizadas nas quais se possa concluir pela incidência do disposto no artigo 312 do Código de

## **ADC 44 MC / DF**

Processo Penal.

O abandono do sentido unívoco do texto constitucional gera perplexidades, presente a situação veiculada nestas ações: pretende-se a declaração de constitucionalidade de dispositivo que reproduz o prescrito na Carta Federal. Não vivêssemos tempos estranhos, o pleito soaria teratológico; mas, infelizmente, a pertinência do requerido na inicial surge inafastável.

Ao editar o dispositivo em jogo, o Poder Legislativo, mediante a Lei nº 12.403/2011, limitou-se a concretizar, no campo do processo, garantia explícita da Lei Maior, adequando-se à compreensão então assentada pelo próprio Supremo.

Evidencia-se a repercussão negativa do entendimento assentado na apreciação do *habeas corpus* nº 126.292: reverteu-se a compreensão da garantia que embasou a própria reforma do Código de Processo Penal. Revela-se quadro lamentável, no qual o legislador alinhou-se ao Diploma Básico, enquanto este Tribunal dele afastou-se.

Descabe, em face da univocidade do preceito, manejar argumentos metajurídicos, a servirem à subversão de garantia constitucional cujos contornos não deveriam ser ponderados, mas, sim, assegurados pelo Supremo, enquanto última trincheira da cidadania. Consoante fiz ver ao analisar o *habeas corpus* nº 126.292:

O preceito, a meu ver, não permite interpretações. Há uma máxima, em termos de noção de interpretação, de hermenêutica, segundo a qual, onde o texto é claro e preciso, cessa a interpretação, sob pena de se reescrever a norma jurídica, e, no caso, o preceito constitucional. Há de vingar o princípio da autocontenção. Já disse, nesta bancada, que, quando avançamos, extravasamos os limites que são próprios ao Judiciário, como que se lança um bumerangue e este pode retornar e vir à nossa testa. Considerado o campo patrimonial, a execução provisória pode inclusive ser afastada, quando o recurso é recebido não só no efeito devolutivo, como também no suspensivo. Pressuposto da execução provisória é a

**ADC 44 MC / DF**

possibilidade de retorno ao estágio anterior, uma vez reformado o título.

Indaga-se: perdida a liberdade, vindo o título condenatório e provisório – porque ainda sujeito a modificação por meio de recurso – a ser alterado, transmudando-se condenação em absolvição, a liberdade será devolvida ao cidadão? Àquele que surge como inocente? A resposta, Presidente, é negativa.

Caminha-se – e houve sugestão de alguém, grande Juiz que ocupou essa cadeira – para verdadeira promulgação de emenda constitucional. Tenho dúvidas se seria possível até mesmo uma emenda, ante a limitação do artigo 60 da Carta de 1988 quanto aos direitos e garantias individuais. O ministro Cezar Peluso cogitou para, de certa forma, esvaziar um pouco a morosidade da Justiça, da execução após o crivo revisional, formalizado por Tribunal – geralmente de Justiça ou Regional Federal – no julgamento de apelação. Mas essa ideia não prosperou no Legislativo. O Legislativo não avançou. Porém, hoje, no Supremo, será proclamado que a cláusula reveladora do princípio da não culpabilidade não encerra garantia, porque, antes do trânsito em julgado da decisão condenatória, é possível colocar o réu no xilindró, pouco importando que, posteriormente, o título condenatório venha a ser reformado.

O passo, Presidente, é demasiadamente largo e levará – já afirmou o ministro Gilmar Mendes – a um acréscimo considerável de impetrações, de habeas corpus, muito embora também seja dado constatar que o esvaziamento dessa ação nobre, no que vinga a autodefesa, considerada a grande avalanche de processos, e se busca uma base, seja qual for, para o não conhecimento da ação – nomenclatura, esta, que se refere a recursos –, considerados os pressupostos de recorribilidade.

Peço vênia para me manter fiel a essa linha de pensar sobre o alcance da Carta de 1988 e emprestar algum significado ao princípio da não culpabilidade. Qual é esse significado, senão evitar que se execute, invertendo-se a ordem natural das coisas – que direciona a apurar para, selada a culpa, prender –,



**ADC 44 MC / DF**

uma pena, a qual não é, ainda, definitiva. E, mais, não se articule com a via afunilada, para ter-se a reversão, levando em conta a recorribilidade extraordinária, porque é possível caminhar-se, como se caminha no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal, para o provimento do recurso especial ou do recurso extraordinário.

Tampouco merece prosperar a distinção entre as situações de inocência e não culpa. A execução da pena fixada mediante a sentença condenatória pressupõe a configuração do crime, ou seja, a verificação da tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade. É dizer, o implemento da sanção não deve ocorrer enquanto não assentada a prática do delito. Raciocínio em sentido contrário implica negar os avanços do constitucionalismo próprio ao Estado Democrático de Direito. Nas palavras de Gustavo Henrique Badaró (*Processo penal*. 3ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 57):

Não há diferença de conteúdo entre presunção de inocência e presunção de não culpabilidade. As expressões “inocente” e “não culpável” constituem somente variantes semânticas de um idêntico conteúdo. É inútil e contraproducente a tentativa de apartar ambas as ideias – se é que isto é possível –, devendo ser reconhecida a equivalência de tais fórmulas. Procurar distingui-las é uma tentativa inútil do ponto de vista processual. Buscar tal diferenciação apenas serve para demonstrar posturas reacionárias e um esforço vão de retorno a um processo penal voltado exclusivamente para a defesa social, que não pode ser admitido em um Estado Democrático de Direito.

O princípio da não culpabilidade é garantia vinculada, pela Lei Maior, ao trânsito em julgado, de modo que a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal não comporta questionamentos. O preceito consiste em reprodução de cláusula pétrea cujo núcleo essencial nem mesmo o poder constituinte derivado está autorizado a

**ADC 44 MC / DF**

restringir.

Essa determinação constitucional não surge desprovida de fundamento. Coloca-se a preclusão maior como marco seguro para a severa limitação da liberdade, ante a possibilidade de reversão ou atenuação da condenação nas instâncias superiores.

O problema adquire envergadura maior quando considerada a superlotação dos presídios, destacada pelo Pleno ao apreciar a medida liminar pleiteada na arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 347, de minha relatoria, acórdão publicado no Diário da Justiça eletrônico em 19 de fevereiro de 2016. Naquela oportunidade, constatou-se o exorbitante número de cidadãos recolhidos provisoriamente, a salientar a malversação do instituto da custódia cautelar e, conseqüentemente, a inobservância do princípio da não culpabilidade. Inverte-se a ordem natural para prender e, depois, investigar. Conduz-se o processo criminal em automatismo incompatível com a seriedade do direito de ir e vir dos cidadãos.

Daí se extrai a importância do marco do trânsito em julgado: em cenário de profundo desrespeito ao princípio da não culpabilidade, sobretudo quando versada constrição cautelar, descabe antecipar, com contornos definitivos – execução da pena –, a supressão da liberdade. Deve-se buscar a solução consagrada pelo legislador nos artigos 312 e 319 do Código de Processo Penal, em consonância com a Carta da República e presente outra garantia constitucional – a do inciso LXVI do artigo 5º: “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”.

A via de acesso a este Tribunal, para salvaguarda da liberdade, tem se estreitado sem respaldo constitucional. Em vez de incisivo na tutela de princípio tão caro ao Estado Democrático de Direito, o Supremo vem viabilizando a livre condução do processo persecutório por instâncias inferiores.

O quadro reforça ser imprescindível a adoção de postura fidedigna e rigorosa na conformação dos casos autorizadores da custódia antes da preclusão maior da sentença condenatória. Não se pode antecipar a culpa

**ADC 44 MC / DF**

para além dos limites expressos na Lei Maior, quando o próprio processo criminal é afastado do controle do Supremo. Em resumo, suprime-se, simultaneamente, a garantia de recorrer, solto, às instâncias superiores e o direito de vê-la tutelada, a qualquer tempo, por este Tribunal.

A harmonia do artigo 283 do Código de Processo Penal com a Constituição Federal é completa, considerados os contornos do princípio da não culpabilidade.

Sob a óptica do perigo da demora, não há que se tergiversar em face da iminência de prisão ou efetivo recolhimento de milhares de indivíduos – e nem todos são acusados de haver cometido os denominados crimes do colarinho branco –, antes da preclusão maior da sentença condenatória. O direito de ir e vir não fica submetido a esta ou aquela fase processual. Se essa temática não for urgente, desconheço outra que o seja. Salta aos olhos a presença dos requisitos para o deferimento da medida acauteladora.

Ante o quadro, implemento a liminar pleiteada na ação declaratória de constitucionalidade nº 43 para, reconhecendo a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal, determinar a suspensão de execução provisória 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 enquadráveis no artigo 312 do mencionado diploma processual.

Consequentemente, defiro a medida acauteladora em extensão maior do que o requerido na ação declaratória de constitucionalidade nº 44, na qual somente se busca a suspensão da execução antecipada da pena quando determinada por órgãos fracionários de segunda instância, com base no acórdão do *habeas corpus* nº 126.292, ignorando o disposto no artigo 283 do Código de Processo Penal.

O pronunciamento abrange também o pedido sucessivo, formulado na ação declaratória de constitucionalidade nº 43, no sentido de aplicar, analogicamente ao prescrito no artigo 319 do Código de Processo Penal, medidas alternativas à custódia quanto a acusado cuja decisão condenatória não tenha alcançado a preclusão maior. É que se pretende,

**ADC 44 MC / DF**

em última análise, realinhar a sistemática da segregação ao disposto na literalidade do artigo 5º, inciso LVII, da Lei Maior.

Explico: o manejo de providências diversas da custódia pressupõe a impossibilidade de recolher-se indivíduo antes do trânsito em julgado do pronunciamento, situação na qual cabe ao magistrado, cautelarmente, impor a preventiva ou outras medidas veiculadas na norma processual. O pedido subsidiário apenas evidencia que, antes do exaurimento dos mecanismos recursais, surge imprópria a prisão do réu, salvo se configurados os requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal. Essa sistemática é suficientemente restaurada com o reconhecimento da constitucionalidade do preceito em jogo, cujas balizas direcionam à excepcionalidade da constrição.

Passo a apreciar o requerimento liminar formulado na ação declaratória de constitucionalidade nº 43, concernente ao condicionamento da execução provisória da reprimenda ao julgamento do recurso especial pelo Superior Tribunal de Justiça.

Ao analisar o *habeas corpus* nº 126.292, a maioria então formada destacou o baixo grau de reforma das sentenças penais condenatórias nos Tribunais Superiores como fundamento para a execução antecipada. Observou que a condenação dos réus em segundo grau de jurisdição estabelece certezas jurídicas suficientes à superação do óbice da não culpabilidade. Embora argumentos metajurídicos não me seduzam para a transposição do texto constitucional, é necessário atentar para o perfil institucional do Superior Tribunal de Justiça, considerada a reviravolta do entendimento do Supremo sobre o tema.

Os desdobramentos normativos decorrentes do advento da Carta de 1988 gradativamente colaram aos processos judiciais em trâmite neste Tribunal contornos e consequências de processos objetivos, inclusive no tocante às ações de índole subjetiva. Conferiu-se ao Supremo faceta típica de Tribunal Constitucional, dificultando o acesso do jurisdicionado.

O Superior Tribunal de Justiça consolidou função uniformizadora relativamente à legislação federal, espaço prioritário de aplicação do Direito Penal. Percebam serem os Códigos Penal e de Processo Penal leis

## **ADC 44 MC / DF**

federais. Cumpre-lhe examinar a correta interpretação da lei penal, sob o ângulo da configuração dos substratos do delito, sendo admissível o recurso especial por simples divergência jurisprudencial.

Ao assim atuar, o Superior funciona como verdadeiro Tribunal de Cassação apesar de lhe serem vedadas incursões fático-probatórias. É que o Direito Penal não se limita à análise de fatos, abrangendo também normas essenciais para a configuração da culpa.

A evolução da teoria do crime aponta para o abandono do causalismo, a revelar o equívoco daqueles que equivalem o Direito Penal ao exame do fato, sobretudo no tocante à culpabilidade.

Observem algumas decisões do Superior Tribunal de Justiça em matéria penal. Consolidou-se, por exemplo, a tese de que o aumento da pena-base em virtude das circunstâncias judiciais desfavoráveis depende de fundamentação concreta e específica que extrapole os elementos vinculados ao tipo. Com alicerce nesse entendimento, tem-se a diminuição da reprimenda em inúmeros processos nos quais verificado o que se assenta como dupla punição.

Naquele Tribunal também se assentou que a caracterização da continuidade delitiva exige o preenchimento de requisitos de ordem objetiva e subjetiva (recurso ordinário em *habeas corpus* nº 43.601/DF, relatora ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, acórdão publicado no Diário da Justiça eletrônico em 18 de junho de 2014).

O Superior proclamou ser indispensável, no delito de corrupção passiva, o nexo de causalidade entre a conduta objeto de imputação e a prática de ato funcional de competência do servidor (*habeas corpus* nº 123.234/SP, relatora ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, acórdão veiculado no Diário da Justiça em 2 de agosto de 2010). O tipo penal foi interpretado não apenas sob o ângulo das circunstâncias fáticas do caso, mas também ante o próprio significado da norma em jogo.

Mesmo em situações mais próximas da tênue linha entre revolvimento do arcabouço fático e reavaliação da prova, o Superior Tribunal tem avançado para fazer cumprir a legislação pertinente, como ocorreu nos casos de desproporcionalidade da pena-base.

**ADC 44 MC / DF**

São muitos os exemplos de pronunciamentos do Superior a revelarem a influência determinante em inúmeras oportunidades, considerado o regime do recurso especial e a interpretação do Direito Penal, sendo equivocada diminuir o papel exercido pelo Tribunal nesse campo. Tal como ao Supremo compete a guarda da Constituição Federal, cabe ao Superior Tribunal a palavra final sobre a vasta quantidade de controvérsias alusivas à disciplina criminal.

Consectário lógico dessa estrutura é o alto grau de reversão das sentenças penais condenatórias no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. Conforme se extrai do Relatório Estatístico do referido Tribunal, a taxa média de sucesso dos recursos especiais em matéria criminal variou, no período de 2008 a 2015, entre 29,30% e 49,31%.

Dados apresentados pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo apontam que, em fevereiro de 2015, 54% dos recursos especiais interpostos pelo Órgão foram ao menos parcialmente providos pelo Superior. Em março seguinte, a taxa de êxito alcançou 65%. Os mesmos índices são verificados no tocante ao *habeas corpus*, na razão de 48% em 2015 e de 49% até abril de 2016.

Para além da argumentação metajurídica – usualmente retórica –, esses dados demonstram o espaço de atuação reservado ao Superior Tribunal como intérprete definitivo da legislação federal. Percebam a função desempenhada no Direito Penal, considerado o papel institucional a ele conferido pela Carta Federal. Não há como aproximá-lo daquele hoje atribuído ao Supremo. É responsável pela unidade do Direito Penal, e de outros ramos, no território nacional. O papel é, acima de tudo, uniformizador, a fim de que, ante os mesmos fatos, a mesma norma jurídica, não prevaleçam decisões conflitantes dos 27 Tribunais de Justiça e dos 5 Regionais Federais.

Se este Pleno suplanta, no controle objetivo de constitucionalidade, o que não acredito, a literalidade do artigo 5º, inciso LVII, da Lei Maior, admitindo a gradação da formação da culpa para fins de incidência da garantia em jogo, é necessário admitir que a certeza jurídica não ocorre em segunda instância, mas, sim, perante o Superior Tribunal de Justiça.

**ADC 44 MC / DF**

Caso vencido na extensão maior do voto, defiro a liminar para, reconhecendo a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal, determinar a suspensão de execução provisória de réu cuja culpa esteja sendo questionada no Superior Tribunal de Justiça, bem assim a libertação daqueles presos com alicerce em fundamentação diversa.

É como voto.

**PLENÁRIO**

**EXTRATO DE ATA**

**MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE 44**

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

**RELATOR : MIN. MARCO AURÉLIO**

REQTE.(S) : CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - CFOAB

ADV.(A/S) : LENIO LUIZ STRECK (14439/RS) E OUTRO(A/S)

INTDO.(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA

ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

AM. CURIAE. : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROC.(A/S) (ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

AM. CURIAE. : INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA

ADV.(A/S) : AUGUSTO DE ARRUDA BOTELHO NETO E OUTRO(S) (SP206575/)

AM. CURIAE. : INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS - IBCCRIM

ADV.(A/S) : THIAGO BOTTINO DO AMARAL (102312/RJ)

AM. CURIAE. : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

PROC.(A/S) (ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

AM. CURIAE. : INSTITUTO IBERO AMERICANO DE DIREITO PÚBLICO - CAPÍTULO BRASILEIRO - IADP

ADV.(A/S) : FREDERICO GUILHERME DIAS SANCHES (RJ128604/) E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS - IAB

ADV.(A/S) : TÉCIO LINS E SILVA (016165/RJ)

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DOS ADVOGADOS CRIMINALISTAS - ABRACRIM

ADV.(A/S) : ALEXANDRE SALOMÃO (35252/PR) E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO DOS ADVOGADOS DE SÃO PAULO - AASP

ADV.(A/S) : DANIEL NUNES VIEIRA PINHEIRO DE CASTRO (223677/SP)

ADV.(A/S) : LEONARDO SICA (146104/SP)

AM. CURIAE. : INSTITUTO DOS ADVOGADOS DE SÃO PAULO

ADV.(A/S) : JOSÉ HORÁCIO HALFELD REZENDE RIBEIRO (131193/SP)

AM. CURIAE. : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROC.(A/S) (ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

**Decisão:** Após o voto do Ministro Marco Aurélio (Relator), deferindo a cautelar, o julgamento foi suspenso. Falaram: pelo requerente Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - CFOAB, o Dr. Juliano Breda; pelo *amicus curiae* Defensoria Pública da União, o Dr. Gustavo Zortéa; pelo *amicus curiae* Defensoria Pública do Estado de São Paulo, o Dr. Rafael Muneratti; pelo *amicus curiae* Instituto Brasileiro De Ciências Criminais - IBCCRIM, o Dr. Thiago Bottino; pelo *amicus curiae* Associação dos Advogados de São Paulo - AASP, o Dr. Leonardo Sica; pelo *amicus curiae* Instituto de Defesa do Direito de Defesa, o Dr. Fábio Tofic Simantob; pelo *amicus curiae* Instituto dos Advogados de São Paulo, o Dr. José Horácio Ribeiro; pelo *amicus curiae* Associação



Brasileira dos Advogados Criminalistas - ABRACRIM, o Dr. Elias Mattar Assad; pelo *amicus curiae* Instituto Ibero Americano de Direito Público Capítulo Brasileiro - IADP, a Dra. Vanessa Palomanes; pelo *amicus curiae* Instituto dos Advogados Brasileiros - IAB, o Dr. Técio Lins e Silva, e, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros, Procurador-Geral da República. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 01.09.2016.

Presidência do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber, Teori Zavascki, Roberto Barroso e Edson Fachin.

Procurador-Geral da República, Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros.

p/ Maria Sílvia Marques dos Santos  
Assessora-Chefe do Plenário

05/10/2016

PLENÁRIO

**MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DECLARATÓRIA DE  
CONSTITUCIONALIDADE 44 DISTRITO FEDERAL**

**VOTO ADC 43 e 44**

O Senhor Ministro **Edson Fachin**: Vinte e oito anos completa a Constituição da República, o que é motivo de gáudio para a sociedade brasileira.

Nossa compromissória Constituição, como se sabe, foi produzida num democrático ambiente de dissensos, o que nos legou um texto eclético, onde coabitam concepções ideológicas, avanços civilizatórios e desafios hermenêuticos. Sob suas luzes se alcançam soluções e se instalam controvérsias.

No âmbito da política criminal, por exemplo, há quem veja nos aparelhos repressores do Estado a panaceia para qualquer infração à lei, cuja solução é a violência estatal própria da prisão. Outros, diversamente, ao oposto, por pior que seja o crime cometido, pregam a extinção da pena privativa de liberdade, representativa de uma violência que julgam sempre irracional, desnecessária e ineficaz.

Aspectos relevantes dessas concepções intentam encontrar igual guarida no texto constitucional. Por essa razão, a partir da Constituição da República, de um lado, há textos que se traduzem na exaltação mais completa da tutela da liberdade e, de outro, textos que impõem ao Estado um determinado rigor criminal.

Não se pode, de qualquer forma, como preconizado pelo eminente Ministro Eros Roberto Grau em obra doutrinária, perder de vista que *“não se interpreta o direito em tiras, aos pedaços.//A interpretação de qualquer texto de direito impõe ao intérprete, em qualquer circunstância, o caminhar pelo percurso que se projeta a partir dele – do texto – até a Constituição. (...) // A interpretação do direito – lembre-se – desenrola-se no âmbito de três distintos contextos: o linguístico, o sistêmico e o funcional [Wróblewski 1985:38 e ss.]. No contexto linguístico é discernida a semântica dos enunciados normativos. Mas o significado normativo de cada texto*

**ADC 44 MC / DF**

*somente é detectável no momento em que se o toma como inserido no contexto do sistema, para após afirmar-se, plenamente, no contexto funcional.”* (GRAU, Eros Roberto. **Porque tenho medo dos juízes – a interpretação/aplicação do direito e os princípios**. 7 ed. São Paulo : Malheiros. 2016. p. 86).

Nessa linha, registro minha concepção sobre a tutela dos direitos fundamentais, a qual pode albergar a defesa de bens jurídicos fundamentais cuja proteção o Estado também provê pela via do direito penal.

Em sustentação oral, ao principiar-se desse julgamento, exprimi-se com sinceridade aquilo que, em verdade, pode ser o desejo de todos: o fim da pena privativa de liberdade.

Todos nos irmanamos na utopia de que um dia viveremos numa sociedade livre de toda e qualquer violência, até mesmo da violência institucional representada pela pena privativa de liberdade. A Constituição, quer se queira ou não à luz das concepções que cada um sustenta, escolheu o direito penal como um de seus instrumentos de proteção de direitos humanos. Deslegitimar o direito penal como um todo, com a devida vênua, não encontra guarida na Constituição. Há inúmeros dispositivos constitucionais que invocam expressamente a proteção penal.

O art. 5º, incisos XLI, XLII, XLIII e XLIV, da Constituição são exemplos de imposição expressa de punição à qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais, ao racismo, tortura, tráfico de drogas, terrorismo, crimes hediondos, ação de grupos armados. O art. 7º, X, da Constituição impõe ao legislador, em mora desde 1988, que tipifique a retenção dolosa do salário dos trabalhadores. O art. 225, § 3º, da Constituição determina a tipificação de condutas lesivas ao meio ambiente.

Esta Suprema Corte, por mais de uma vez, invocou o princípio da proteção deficiente para declarar a inconstitucionalidade de normas que, de alguma forma, embaraçavam a proteção penal a interesses fundamentais previstos na Constituição.

Recentemente, no julgamento do *Habeas Corpus* 123.971,

**ADC 44 MC / DF**

Relator Min. Teori Zavascki, teve lugar o princípio da proteção penal deficiente para afastar a aplicação do art. 225 do Código Penal, na sua redação originária, que condicionava a propositura de ação penal contra o autor de crime de estupro praticado contra criança ou adolescente à iniciativa de seu representante legal.

Pioneiramente, o eminente Ministro Gilmar Mendes, no julgamento do RE 418.376/MS, em voto vista fundado na doutrina de Lênio Streck e Ingo Sarlet, assentou que *“A proibição de proteção insuficiente adquire importância na aplicação dos direitos fundamentais de proteção, ou seja, na perspectiva do dever de proteção, que se consubstancia naqueles casos em que o Estado não pode abrir mão da proteção do direito penal para garantir a proteção de um direito fundamental”*. Registro que não há desconhecimento de posicionamentos teóricos e práticos em sentido diverso sobre a matéria aqui vertida, inclusive da ilustre doutrina citada e o faço por lealdade ao dissenso e ao reconhecimento da relevância do procedimento argumentativo dialógico.

Não se olvide, ademais, que a República Federativa do Brasil tem sido questionada em organismos internacionais de tutela dos direitos humanos em razão da ineficiência do seu sistema de proteção penal a direitos humanos básicos.

O caso mais notório, julgado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em 04 de abril de 2001, teve como autora Maria da Penha Fernandes, vítima de tentativas de homicídio por parte de seu marido, que tentou eletrocutá-la, no ápice de uma série de agressões sofridas durante toda sua vida matrimonial. O Ministério Público ofereceu denúncia contra o agressor em 28.09.1984, porém passados dezessete anos da data dos fatos, sem que o Poder Judiciário brasileiro tivesse proferido uma sentença definitiva sobre o caso que se aproximava da prescrição, a Comissão condenou o Brasil, por reconhecer a ineficiência da proteção penal à vítima, a uma série de medidas que resultaram, por exemplo, na hoje conhecida Lei nº 11.340/2006 (Comissão Interamericana de Direitos Humanos, Caso 12.051, Relatório 54/01, Maria da Penha Maia Fernandes v. Brasil, 2001, disponível em



**ADC 44 MC / DF**

[//www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_202\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_202_esp.pdf)[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_202\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_202_esp.pdf)[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_202\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_202_esp.pdf)[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_202\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_202_esp.pdf)[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_202\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_202_esp.pdf)[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_202\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_202_esp.pdf)[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_202\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_202_esp.pdf), acesso em 06.09.2016).

A morosidade judicial em apresentar soluções a casos criminais que decorrem de intensa violação a direitos humanos levou à condenação do Brasil, pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, em 04 de julho de 2006, no caso Ximenes Lopes versus Brasil. Damião Ximenes Lopes era deficiente mental e foi vítima de maus tratos em uma casa de repouso no Município de Sobral/CE, os quais foram causa de sua morte. Na condenação, dentre outras razões, a Corte considerou violados os direitos e garantias judiciais à proteção judicial em razão da ineficiência em investigar e punir os responsáveis pelos maus tratos e óbito da vítima. Considerou-se que após 06 (seis) anos não havia sequer sentença de primeiro grau. (CORTE IDH. 2006. Caso Ximenes Lopes vs . Brasil. Série C. Sentença de 04 de julho de 2006. Mérito, Reparações e Custas. Disponível em:

[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_149\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_por.pdf) . Último acesso em: 3 de outubro de 2016).

A deficiência da proteção penal a vítimas de violações graves a direitos humanos foi decisiva na acusação que o Brasil sofreu perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, no caso que



**ADC 44 MC / DF**

*sejam compreendidos como produtos dos processos sociais de lutas por dignidade, identifica-se no conceito de exigibilidade uma condição de duplo efeitos essencial para os direitos humanos: de um lado, a delegação de legitimidade política e jurídica para a sociedade exigir a efetivação de seus direitos, e de outro, a noção imperativa de respeito e promoção ativa e contínua destes direitos por parte do Estado (GEDIEL, GORSDORE, ESCRIVÃO FILHO et. all, 2012)” (Para um debate teórico-conceitual e político sobre os direitos humanos. Belo Horizonte : De Plácido. 2016, p. 64)*

Outra questão, Senhora Presidente, que se me afigura importante destacar, é que, ao contrário do que se aventou da tribuna e em memoriais, creio não ter tido este Supremo Tribunal Federal em conta, em 17 de fevereiro próximo passado, ao julgar o *Habeas Corpus* 126.292/SP, as preocupações legítimas da sociedade com a baixa eficácia do sistema punitivo quanto à denominada criminalidade do “colarinho branco”.

Essas não foram e não são a essência desse entendimento. Estou convicto que o enfrentamento do crime, qualquer que seja, se faz dentro das balizas constitucionais. Cabe ao Poder Judiciário assegurar que os órgãos de persecução se comportem de acordo com a Constituição e as leis. Abuso de poder, especialmente do Poder Judiciário, cumpre coibir onde e quando houver.

Digo isso porque não soa adequada a decisão desta Corte que valha apenas para uma determinada modalidade de crime, como se chega a sugerir.

A interpretação do princípio da presunção de inocência deve ser uniforme a todos os cidadãos, qualquer que tenha sido o crime que cometeram ou estejam sendo acusados de cometer.

Importante destacar que a decisão de reverter a compreensão adotada em 2009 já vinha se renunciando antes mesmo de qualquer situação decorrente dos acontecimentos mais recentes ligados à corrupção e lavagem de dinheiro.

Exemplo disso é o conteúdo da entrevista do eminente Ministro Gilmar Mendes à Folha de São Paulo, em 27 de junho de 2013, quando Sua Excelência afastou a necessidade de uma PEC para a





ADC 44 MC / DF

[uol.shtmlleia-a-transcricao-da-entrevista-de-gilmar-mendes-a-folha-e-ao-2016-03-03](http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ul.shtml?leia-a-transcricao-da-entrevista-de-gilmar-mendes-a-folha-e-ao-2016-03-03)  
[uol.shtmlleia-a-transcricao-da-entrevista-de-gilmar-mendes-a-folha-e-ao-2016-03-03](http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ul.shtml?leia-a-transcricao-da-entrevista-de-gilmar-mendes-a-folha-e-ao-2016-03-03)  
[uol.shtmlleia-a-transcricao-da-entrevista-de-gilmar-mendes-a-folha-e-ao-2016-03-03](http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ul.shtml?leia-a-transcricao-da-entrevista-de-gilmar-mendes-a-folha-e-ao-2016-03-03)  
[uol.shtml](http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ul.shtml). Último acesso: 03/10/2016).

Sua Excelência, em artigo doutrinário, igualmente defendeu a tese segundo a qual “os recursos extraordinários têm sua fundamentação vinculada a questões federais (recurso especial) e constitucionais (recurso extraordinário) e, por força da lei (art. 673 do CPP) e mesmo da tradição, não têm efeito suspensivo. A análise das questões federais e constitucionais em recursos extraordinários, ainda que decorra da provocação da parte recorrente, serve preponderantemente não ao interesse do postulante, mas ao interesse coletivo no desenvolvimento e aperfeiçoamento da jurisprudência. (...) Nesse estágio, é compatível com a presunção de não culpabilidade determinar o cumprimento das penas, ainda que pendentes recursos”. (MENDES, Gilmar Ferreira. **A presunção de não culpabilidade**. In Marco Aurélio Mello – Ciência. Ribeirão Preto : Migalhas, 2015, pp. 39-40).

Esta Suprema Corte retomou um entendimento que vigorou desde a promulgação da Constituição em 1988 até 2009, por quase vinte e um anos portanto, segundo o qual o efeito meramente devolutivo dos recursos especial e extraordinário não colide com o princípio constitucional da presunção de inocência, previsto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal. Como se vê, vinte e um dos vinte e oito anos registrou essa compreensão. Foram mais de duas décadas e sob a égide da CRFB, tempo no qual as portas do STF, para proteger a liberdade, jamais se fecharam por esse motivo. E ao fazê-lo em fevereiro último apreciou processo pautado pela Presidência do Tribunal no âmbito de seus regulares afazeres.

Sendo assim, Senhora Presidente, peço vênica ao eminente Relator para, uma vez mais, reafirmar o voto que proferi em 17 de fevereiro próximo passado, quando esta Corte, ao julgar o *Habeas Corpus* 126.292/SP, assentou a tese segundo a qual “A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da

**ADC 44 MC / DF**

*presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal.”.*

Nessa linha, reitero *in totum* o voto que proferi naquela assentada, consignando que não considero a decisão proferida por este egrégio Plenário contrastante com o texto do art. 283 do Código de Processo Penal.

Com a devida vênia de quem eventualmente conceba de forma diversa, considero haver um agigantamento dos afazeres deste Supremo Tribunal Federal que decorre da própria forma como esta Corte interpreta determinadas regras constitucionais. Não faço aqui apologia daquilo que se costuma denominar de jurisprudência defensiva. Quero, todavia, dizer que, dentro daquele espaço que a Constituição outorga ao intérprete uma margem de conformação que não extrapola os limites da moldura textual, as melhores alternativas hermenêuticas quiçá são, em princípio, as que conduzem a reservar a esta Suprema Corte primordialmente a tutela da ordem jurídica constitucional, em detrimento de uma inalcançável missão de solver casos concretos.

Por essa razão, interpreto a regra do art. 5º, LVII, da Constituição da República, segundo a qual *“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”*, entendendo necessário concebê-la em conexão a outros princípios e regras constitucionais que, levados em consideração com igual ênfase, não permitem a conclusão segundo a qual apenas após esgotadas as instâncias extraordinárias é que se pode iniciar a execução da pena privativa de liberdade.

Quando do julgamento do HC 126.292/SP, ainda estava em vigor o art. 27, § 2º, da Lei 8.038/90, segundo o qual *“os recursos extraordinário e especial serão recebidos no efeito devolutivo”*. A essa regra somava-se aquela do art. 637 do CPP segundo a qual *“o recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para a execução da sentença”*.

Com a revogação expressa do artigo 27, § 2º, da Lei

**ADC 44 MC / DF**

8.038/90, após a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil, as regras desse diploma passaram a regulamentar os recursos especial e extraordinário também no âmbito do processo penal, em razão do que dispõe o art. 3º do CPP. Sendo assim, daquilo que se depreende do art. 995 c/c o art. 1.029, § 5º, ambos do CPC, **permanece sendo excepcional a possibilidade de atribuição de efeito suspensivo aos recursos especial e extraordinário na seara criminal.**

A regra geral continua a ser o recebimento desses recursos excepcionais no efeito meramente devolutivo. E é evidente que tal possibilidade de persiste especialmente para atribuir-se efeito suspensivo diante de teratologia ou abuso de poder.

Como se sabe, as decisões jurisdicionais não impugnáveis por recursos dotados de efeito suspensivo possuem eficácia imediata.

Essa a razão pela qual, após esgotadas as instâncias ordinárias, a condenação criminal poderá provisoriamente surtir o imediato efeito do encarceramento, uma vez que o acesso às instâncias extraordinárias se dá por meio de recursos que são ordinariamente dotados de efeito meramente devolutivo.

A regra do art. 283 do CPP, com sua atual redação, com a devida vênia de quem entende de outra forma, não conduz a resultado diverso.

Referido artigo dispõe que *“ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva”*.

Essa redação foi dada pela Lei 12.403/2011, a qual alterou dispositivos *“relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares”*.

Não depreendo da regra acima transcrita, a vedação a toda e qualquer prisão exceto aquelas ali expressamente previstas. Tem-se sustentado que, à exceção da prisão em flagrante, prisão temporária, prisão preventiva e prisão decorrente de sentença condenatória transitada

**ADC 44 MC / DF**

em julgado, todas as demais formas de prisão restaram revogadas pela norma do referido art. 283 do CPP, tendo em vista o critério temporal de solução de antinomias previsto no art. 2º, § 1º, da Lei 4.657/1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).

Inicialmente, consigno que não depreendo entre a regra do art. 283 do CPP e a regra que dispõe ser apenas devolutivo o efeito dos recursos excepcionais (art. 637 do CPP c/c a dos arts. 995 e 1.029, § 5º, ambos do CPC) antinomia que desafie solução pelo critério temporal.

Se assim o fosse, a conclusão seria, hoje, singelamente, pela prevalência da regra que dispõe ser mesmo meramente devolutivo o efeito dos recursos ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal, haja vista que os arts. 995 e 1.029, § 5º, ambos do CPC, têm vigência posterior à regra do art. 283 do CPP.

Impende lembrar, ao contrário, o disposto no art. 2º, § 2º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Lei 4.657/1942), segundo o qual regra posterior que dispõe sobre questão especial não revoga as disposições especiais já existentes. Em outras palavras, não há verdadeira antinomia entre o que dispõe o art. 283 do CPP e a regra que confere eficácia imediata aos acórdãos proferidos por Tribunais de Apelação.

Não é adequada a interpretação segundo a qual o art. 283 do CPP varreu do mundo jurídico toda forma de prisão que não aquelas ali expressamente previstas, quais sejam, a prisão em flagrante, a prisão temporária, a prisão preventiva e prisão decorrente de sentença condenatória transitada em julgado.

É indisputável que as demais prisões reguladas por outros ramos do direito, como é o caso da prisão civil por inadimplemento voluntário e inescusável de pensão alimentícia e a prisão administrativa decorrente de transgressão militar, permanecem com suas regulamentações intactas, a despeito da posterior entrada em vigor do disposto no art. 283 do CPP.

Vale dizer, fosse correta a afirmação segundo a qual depois da entrada em vigor da regra do art. 283 do CPP, toda e qualquer

**ADC 44 MC / DF**

modalidade de prisão não contemplada expressamente no referido dispositivo estaria revogada, ter-se-ia de admitir que as demais modalidades de prisão civil e administrativa teriam sido igualmente extintas.

Ainda que se possa objetar ter o art. 283 do CPP tratado exclusivamente do fenômeno da prisão penal e processual penal, não haveria a propalada incompatibilidade entre a regra do art. 283 do CPP e aquela que atribui efeito meramente devolutivo aos recursos excepcionais.

Como dito, houvesse incompatibilidade a ser sanada pelo critério temporal (segundo o qual regra posterior revoga regra anterior com ela incompatível), prevaleceria a regra do efeito meramente devolutivo dos recursos especial e extraordinário, dada a vigência posterior dos arts. 995 e 1.029, § 5º, ambos do CPC.

Da forma como concebo referidas normas, no que diz respeito à condenação, o disposto no art. 283 do CPP impõe, **como regra**, o trânsito em julgado do título judicial. Vale dizer, sentenças de Juízos de primeiro grau, acórdãos não unânimes (ainda passíveis de impugnação por meio dos embargos infringentes) de Tribunais locais, **como regra**, não podem produzir seus efeitos antes do trânsito em julgado, ou seja, antes de decorridos os prazos preclusivos.

Nessa linha, recentemente, neguei seguimento monocraticamente à Reclamação 23.535, por meio da qual o Ministério Público pretendia efeito imediato a condenação não unânime proferida por Tribunal local, dentre outras razões, porque em tais casos ainda é cabível o recurso de embargos infringentes, dotado de efeito suspensivo. Eis aí exemplo de limite.

A disposição geral que exige o trânsito em julgado da condenação para produção de efeitos não é incompatível com a **especial regra** que confere efeito imediato aos acórdãos somente atacáveis pela via dos recursos excepcionais, os quais não são ordinariamente dotados de efeito suspensivo.

A excepcionalidade do efeito suspensivo a ser conferido

**ADC 44 MC / DF**

aos recursos extraordinário e especial, como assentado por esta Suprema Corte quando do julgamento do HC 126.292/SP, não é incompatível com a regra do art. 5º, LVII, da Constituição da República.

Ao contrário, prevaleceu o entendimento segundo o qual às Cortes Superiores foi conferida competência recursal pela Constituição da República visando a tutelar o direito objetivo. Sendo assim, a atribuição de efeitos ordinariamente devolutivos a esses recursos, que são excepcionais até pela denominação que lhes emprega a Constituição (especial e extraordinário), está em absoluta conformidade com o sistema constitucional visto como um todo.

Nesse aspecto, repiso o que assentei naquela oportunidade, quando considerei que o acesso via recurso ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça se dá em caráter de excepcionalidade. A própria definição constitucional da quantidade de magistrados com assento nessas Cortes repele qualquer interpretação que queria delas fazer instâncias revisoras universais, o que vai de encontro à pretensão sucessiva de firmar o STJ como locus de início da execução da pena. Não se pode nem deve, contudo, relegar a segundo plano a possibilidade do STF e do STJ, em suas respectivas searas, e na forma devida, atribuírem também efeito suspensivo ao recurso cabível interposto.

A finalidade que a Constituição persegue não é outorgar uma terceira ou quarta chance para a revisão de um pronunciamento jurisdicional com o qual o sucumbente não se conforma e considera injusto.

O acesso individual às instâncias extraordinárias visa a propiciar a esta Suprema Corte e ao Superior Tribunal de Justiça exercer seus papéis de estabilizadores, uniformizadores e pacificadores da interpretação das normas constitucionais e do direito infraconstitucional.

Tanto é assim que o art. 102, §3º, da Constituição Federal, exige demonstração de repercussão geral das questões constitucionais debatidas no recurso extraordinário. Ou seja, ao recorrente cabe demonstrar que, no julgamento de seu caso concreto, malferiu-se um

**ADC 44 MC / DF**

preceito constitucional e que há, necessariamente, a transcendência e relevância da tese jurídica a ser afirmada pelo Supremo Tribunal Federal.

A própria Constituição é que alça o Supremo Tribunal Federal primordialmente a serviço da ordem jurídica constitucional e igualmente eleva o Superior Tribunal de Justiça primordialmente a serviço da ordem jurídica. Isso resta claro do texto do art. 105, III, da CF, quando se observa as hipóteses de cabimento do recurso especial, todas direta ou indiretamente vinculadas à tutela da ordem jurídica infraconstitucional.

Nem mesmo o excessivo apego à literalidade da regra do art. 5º, LVII, da Constituição da República, a qual, nessa concepção, imporá sempre o *“trânsito em julgado”*, seria capaz de conduzir a solução diversa.

A opção legislativa de dar eficácia à sentença condenatória tão logo confirmada em segundo grau de jurisdição, e não mais sujeita a recurso com efeito suspensivo, está consentânea com a razão constitucional da própria existência dos recursos às instâncias extraordinárias.

Se pudéssemos dar à regra do art. 5º, LVII, da CF, caráter absoluto, teríamos de admitir, no limite, que a execução da pena privativa de liberdade só poderia operar-se quando o réu se conformasse com sua sorte e deixasse de opor novos embargos declaratórios.

Saltam aos olhos, portanto, os limites e as possibilidades que se podem dar à dicção do art. 5º, LVII, da Constituição da República, ao mencionar *“trânsito em julgado”*.

Do contrário, estar-se-ia a admitir que a Constituição erigiu em caráter absoluto uma presunção de inépcia das instâncias ordinárias. Afinal, se a presunção de inocência não cede nem mesmo depois de um Juízo monocrático ter afirmado a culpa de um acusado, após devido processo legal, com a subsequente confirmação por parte de experientes julgadores de segundo grau, soberanos na avaliação dos fatos e integrantes de instância à qual não se opõem limites à devolutividade recursal, reflexamente estaríamos a afirmar que a Constituição erigiu uma



**ADC 44 MC / DF**

presunção absoluta de desconfiança às decisões provenientes das instâncias ordinárias.

Não desconsidero, embora em homenagem à grande maioria da magistratura brasileira deva ressaltar que isto é excepcional, a existência de teratológicas decisões jurisdicionais, mesmo em segundo grau de jurisdição.

Aqui abro um parêntese para homenagear o empenho dos *amici curiae* que vêm à tribuna sustentar uma preocupação que é de todos.

Recebi memoriais, com números e dados estatísticos, apontando uma taxa de sucesso considerável, especialmente por parte das Defensorias Públicas da União, do Estado de São Paulo e do Estado do Rio de Janeiro, perante os Tribunais Superiores.

A despeito de maiores explicações sobre a metodologia aplicada na obtenção dos dados, considero-os importantes, mas não posso deixar de expressar algumas observações e dúvidas a respeito deles, principalmente porque elencados sem maiores detalhamentos naquilo que poderia ser útil ao julgamento da presente causa.

Por exemplo, observo, sobre dados apresentados nas iniciais, fundados em pesquisas da Fundação Getúlio Vargas – FGV, que essa mesma instituição, a respeito de previsões catastróficas sobre futura superpopulação carcerária que adviria com a aplicação do entendimento que ora agasalho, afirmou:

“As críticas que seguiram a mudança jurisprudencial decidida pelo plenário do Supremo frequentemente aludiram a um caos no sistema prisional resultando dos novos mandados de prisão a serem expedidos. Segundo o último Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias produzido pelo Ministério da Justiça, existem atualmente 622.202 presos no país. A 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



**ADC 44 MC / DF**

conhece ou julga improcedente o recurso, isso significa dizer que o instrumento manejado não foi o responsável direto pelo sucesso, que poderia ter sido obtido com o *habeas corpus*.

Ainda assim, Senhora Presidente, percebe-se que de todo o universo de assistidos pela Defensoria Pública do Rio de Janeiro, em números absolutos, 155 tiveram sua situação de injustiça revertida num Tribunal Superior.

É mesmo sagrado o direito de liberdade dos cidadãos.

É um dado, ainda que potencializado pelo discurso estatístico, importante, que deveria ser e deve ser objeto da preocupação desta Suprema Corte, ainda que fosse um único indivíduo vítima da injustiça.

Reconheço que há uma certa recalcitrância por parte de alguns Tribunais de Apelação em seguir entendimentos pacificados no âmbito das Cortes Superiores.

Entretanto, a solução proposta, de retornar ao entendimento anterior, que conferia efeito paralisante a **absolutamente todas** decisões colegiadas de segunda instância, transformando as Cortes Superiores em terceiro e quarto graus de jurisdição, não é a solução adequada e não se coaduna, ao meu ver, com as competências atribuídas pela Constituição às Cortes Superiores.

Quiçá devamos aprofundar os mecanismos de conferir efeito vinculante às decisões pacíficas das Cortes Superiores, o que é consentâneo com o papel uniformizador do Direito a elas atribuído pela Constituição.

Ainda assim, para sanar as situações de teratologia, como se sabe, há instrumentos processuais eficazes, tais como as medidas cautelares para conferir efeito suspensivo a recursos especiais e extraordinários, bem como o *habeas corpus*, que a despeito de interpretação mais restritiva sobre seu cabimento, em casos de teratologia, é concedido de ofício por esta Suprema Corte.

Como dito, o art. 283 do CPP, **em regra**, exige o trânsito em julgado para a eficácia dos provimentos jurisdicionais condenatórios em

**ADC 44 MC / DF**

geral. As regras dos arts. 637 do CPP c/c a dos arts. 995 e 1.029, § 5º, ambos do CPC, ao atribuir efeito meramente devolutivo aos recursos extraordinário e especial, excepcionam a regra geral do art. 283 do CPP, permitindo o início da execução quando o provimento condenatório for proferido por Tribunal de Apelação.

A afirmação da vigência e constitucionalidade do art. 283 do CPP, portanto, na minha ótica, em nada macula a conclusão a que chegou esta Suprema Corte quando do julgamento do HC 126.292/SP, razão pela qual mantenho meu entendimento naquele julgamento exposto.

Da mesma forma, não assiste razão ao argumento de irretroatividade do entendimento jurisprudencial prejudicial.

A irretroatividade figura como matéria atrelada à aplicação da **lei** no tempo, ato normativo idôneo a inovar a ordem jurídica. Não se nota, na espécie, sucessão de leis, de modo que a ofensa constitucional não se perfaz, descabendo atribuir ultratividade a atos interpretativos que, bem por isso, não se confundem com produções normativas submetidas ao Princípio da Legalidade.

Assim, não reconheço aplicabilidade dos preceitos constitucionais que regem a incidência benéfica retroativa da norma penal ao acusado e a irretroatividade da regra mais grave ao acusado (art. 5º, XL, da CRFB) aos precedentes jurisprudenciais.

Entendo que tais regras se aplicam apenas às leis penais, mas não à jurisprudência. Nesse sentido:

**I. Jurisprudência: inaplicabilidade às suas alterações do princípio da irretroatividade penal:** validade da condenação de ex-prefeito, denunciado por peculato, pelo crime do art. 1º, I, do DI 201/67, conforme a jurisprudência atual do STF (HC 70.671).

**II. Exame de corpo de delito:** substantivada a imputação do desvio de recursos públicos na contratação e parcial pagamento de obras superfaturadas, a realidade desse superfaturamento integrava o corpo de delito e, por conseguinte, deveria ter sido objeto de exame pericial por dois

**ADC 44 MC / DF**

expertos oficiais (CPrPen., art. 159, cf. L. 8.862/94): não pode, contudo, a defesa alegar nulidade da perícia feita por perito único e não integrante da instituição oficial de criminalística, se, ciente de sua designação, sem protesto, ofereceu quesitos e discutiu as conclusões do laudo: dever de lealdade consagrado no art. 565 CPrPenal.(HC 75793, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 31/03/1998, DJ 08-05-1998 PP-00003 EMENT VOL-01909-01 PP-00184)

Não desconheço, igualmente, entendimentos doutrinários que, fundados no princípio da segurança jurídica, sustentam que os entendimentos jurisprudenciais consolidados em favor do réu, quando alterados, devem ter vigência meramente prospectiva.

Entretanto, tais posicionamentos visam a assegurar que a prática de uma determinada conduta, considerada na data do fato pela jurisprudência majoritária como atípica, possa ser objeto de punição por parte do Estado, em razão de uma guinada *in pejus* do entendimento jurisprudencial consolidado no momento em que o ato foi praticado.

Nessas situações, faz sentido afirmar a impossibilidade de retroatividade *in pejus* das alterações jurisprudenciais. Afinal, o cidadão quando pratica uma conduta, pode nutrir em sua consciência a ideia de que ela não é criminosa em razão de esse ser o entendimento dominante nos tribunais. Tanto é assim que se sustenta a irretroatividade da jurisprudência nesses casos, com fundamento na existência de erro de proibição, à luz do art. 21 do Código Penal.

Nessa direção, cito Eugenio Raúl Zaffaroni, Nilo Batista, Alejandro Alagia e Alejandro Slokar:

**“Quando uma ação, que até certo momento era considerada lícita, passa a ser tratada como ilícita em razão de um novo critério interpretativo, ela não pode ser imputada ao agente, porque isso equivaleria a pretender que os cidadãos devessem abster-se não apenas daquilo que a jurisprudência considera legalmente proibido mas também daquilo passível de vir a ser julgado proibido (ou seja, do “proibível”) em**

**ADC 44 MC / DF**

virtude de possíveis e inovadores critérios interpretativos. **Não se trata de uma questão de legalidade nem de tipicidade, mas sim de culpabilidade, que deve ser apresentada como erro de proibição invencível.** (Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal – Rio de Janeiro: Revan. 2003, p. 223, *grifei*)

Todavia, o que se tem no caso concreto é situação diversa. Aqui, se está a cogitar da impossibilidade de retroatividade do entendimento jurisprudencial que alterou o marco do início da execução penal.

Pode-se sustentar validamente que alguém tem o direito subjetivo de não ser punido por um fato praticado, se no momento em que o pratica, o entendimento jurisprudencial é no sentido de que não configura crime.

Situação diversa é sustentar que alguém tem o direito subjetivo de só estar sujeito à eficácia de uma decisão condenatória a partir de um determinado momento processual. Como a regra constitucional do inciso LV, do art. 5º, dita apenas que *“a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”*, entendo que a extensão dela aos entendimentos jurisprudenciais estaria permitida apenas às hipóteses em que o entendimento jurisprudencial se refere à configuração do fato como ilícito, mas não nas hipóteses como a presente.

No caso dos autos inexistente alteração no plano normativo-penal do comportamento ideal guiado pelo ordenamento jurídico, de modo que a legalidade se mostra plenamente respeitada.

Ainda, a irretroatividade da lei penal é tema afeto a normas que disciplinam uma relação jurídica material. Em clássica obra, asseverou Francisco de Assis Toledo:

“A Constituição Federal, ao estabelecer o princípio da anterioridade da lei, em matéria penal, diz expressamente que tal princípio se aplica ao crime e à pena (art. 5º, XXXIX). O Código Penal, nos art. 1º. e 2º., tem igualmente endereço certo

**ADC 44 MC / DF**

ao “crime” e à “pena”. Nada impede, pois, tratamento **diferenciado em relação às normas de processo e de execução**, não abrangidas pelos mencionados preceitos.” (Princípios básicos de direito penal – 5. ed. - São Paulo: Saraiva. 1994, p. 39, grifei)

Na espécie, o debate cinge-se ao plano processual, sem reflexo, direto, na **existência ou intensidade do direito de punir**, mas, tão somente, no **momento de punir**.

Por essa mesma razão, não depreendo contradição entre a relevante declaração do estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário brasileiro (ADPF 347) com a decisão deste Tribunal permitindo o início da execução da pena após esgotadas as instâncias ordinárias.

A situação carcerária, qualquer que seja o momento em que a punição deva se efetivar, há de seguir os parâmetros daquela decisão.

Com a devida vênia dos que pensam o contrário, o correto reconhecimento de um estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário não pode ser o fundamento da interpretação das regras penais e processuais penais.

A correta compreensão das normas penais e processuais penais indicam a existência ou inexistência do poder-dever de o Estado punir, ou, como no presente caso, o momento em que corretamente essa punição deva se iniciar.

Na ADPF 347, este Supremo Tribunal Federal, em nenhum momento entabulou soluções para o sistema carcerário coartando as hipóteses em que ao Estado é legítima a imposição de sanções criminais. Esta Suprema Corte tratou de reconhecer e impor ao Estado uma série de obrigações que se afiguram necessárias à humanização do sistema carcerário, ou seja, estabelecendo requisitos a serem observados para uma punição consentânea com os predicados do Estado de Direito. Havia e ainda há um sistema carcerário no Brasil em afronta aos direitos humanos.

Reitero toda vênia ao e. Relator, reconhecendo do voto de

**ADC 44 MC / DF**

Sua Excelência balizas de entendimento que suscita respeito e reconhecimento. Nada obstante, outra se me afigura a solução à hipótese, sem destoar da proteção à liberdade, às garantias constitucionais e ao princípio da inocência.

Posto isso, voto por declarar a constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, com interpretação conforme à Constituição, que afasta aquela conferida pelos autores nas iniciais dos presentes feitos segundo à qual referida norma impediria o início da execução da pena tão logo esgotadas as instâncias ordinárias, assentando que é coerente com a Constituição o principiar de execução criminal quando houver condenação confirmada em segundo grau, salvo atribuição expressa de efeito suspensivo ao recurso cabível.

De consequência, indefiro a cautelar requerida.



05/10/2016

PLENÁRIO

**MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DECLARATÓRIA DE  
CONSTITUCIONALIDADE 44 DISTRITO FEDERAL****ANTECIPAÇÃO AO VOTO**

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO** - Presidente, volta a este Plenário a discussão acerca do sentido e do alcance do princípio da presunção de inocência. Devo dizer que eu ouvi com grande atenção o voto do eminente Ministro Marco Aurélio, proferido em algumas sessões passadas, com a coerência, a densidade e a reflexão crítica que é própria das manifestações de Sua Excelência. E ouvi, agora, também um voto primoroso do eminente Ministro Luiz Edson Fachin, que escutei também com prazer e proveito.

Eu vou juntar, Presidente, um voto escrito analítico, que dividi em três partes e do qual pretendo fazer um resumo aqui nesta sessão. A primeira parte do meu voto, eu denominei "Contextualizando o Debate". Gostaria de começar assinalando alguns exemplos que demonstram que o sistema penal brasileiro não funciona. Alguns são exemplos conhecidos, mas com algumas facetas que eu gostaria de destacar.

Há o caso, amplamente divulgado, do conhecido jornalista que matou a sua namorada com um tiro pelas costas e, dez anos depois do julgamento pelo Tribunal do Júri, ainda estava em liberdade, frequentando, de certa forma, os mesmos ambientes que o pai da moça. Eu resgatei uma declaração do pai da moça, em que ele diz o seguinte: "Um dia eu liguei para a casa dele - do autor do delito - e disse: 'Você vai morrer igual a um frango. Eu vou cortar seu pescoço.' E continua o pai da vítima: "Eu sonhava em fazer justiça por mim mesmo. Era só pagar cinco mil reais a um pistoleiro. Quem tirou essa ideia da minha cabeça foram os advogados". Portanto, eu considero que o sistema que nós tínhamos, Presidente, não era garantista, era um sistema grosseiramente injusto, que remetia às pessoas a tentação da justiça privada, da vingança privada, da justiça pelas próprias mãos.

**ADC 44 MC / DF**

Há um segundo exemplo. Um conhecido empresário condenado por um desvio de quase 170 milhões, que frequentava regularmente os ambientes, num carro de luxo, bebendo vinhos de alto custo e distribuindo gorjetas fartas, passando a ideia de ser um homem vitorioso. Isso porque, passados anos da sua condenação - o episódio se deu em 1992 -, a decisão só transitou em julgado em 2016, depois de 34 recursos. Desse modo, nós tínhamos um sistema que não era garantista, mas um sistema que fazia a sociedade acreditar que o crime compensa, porque as pessoas se beneficiam dele e tráfegam impunemente por longo período.

E apenas para mencionar, o terceiro exemplo dos muitos que cito no meu voto: um suplente de deputado federal encomendou a morte da titular do cargo a um pistoleiro, que foi além da conta e matou a deputada, o marido e duas outras vítimas. Em seguida, ele assumiu o mandato parlamentar no lugar da vítima e esteve em liberdade até o seu julgamento. O fato foi em 1998; e o julgamento só ocorreu mais de 13 anos depois, em 2012. Portanto, nós tínhamos um sistema de justiça que não era garantista. Era um sistema de justiça em qualquer tipo de barbárie, qualquer tipo de comportamento primitivo, de alguma forma, beneficiava o infrator.

Este último caso, para fazer um parêntese, ainda remete a duas reflexões importantes. Primeiro, no caso de julgamento pelo Tribunal do júri, como o júri é soberano, se houver condenação, a meu ver, a execução da pena deve ser imediata. Segundo, a ideia de que se deva aguardar o trânsito em julgado da decisão de pronúncia faz com que passem cinco, oito, dez anos até o julgamento pelo júri - fecho o parêntesis.

Portanto, Presidente, os casos de mau funcionamento da justiça e de frustração do sentimento de justiça que qualquer pessoa traz dentro de si se multiplicam. No dia de fevereiro em que julgamos o *habeas corpus* da relatoria do Ministro Teori, no qual se alterou a jurisprudência, estava na pauta um *habeas corpus* da relatoria da Ministra Rosa Weber: homicídio qualificado cometido em 1991. Em 2016, depois de todo tipo de recurso que alguém possa imaginar, a decisão ainda não havia transitado em julgado, embora o réu tivesse sido condenado pelo Tribunal do Júri em

**ADC 44 MC / DF**

1995. Punir em 2016 um crime cometido em 1991 não atende a nenhuma demanda de justiça da sociedade brasileira.

Quem quiser ler essa história, não nos números frios de um processo, mas humanizada, há uma matéria primorosa publicada na Revista Época pelo jornalista Vinícius Gorczeski; e a gente verifica que, quando você coloca nomes, sentimentos, inconformismos, o sistema parece ainda pior do que verdadeiramente é.

Dessa forma, assento o meu voto sobre a primeira premissa de que o sistema de justiça brasileiro – como era – frustra, na maior medida possível, o sentimento de justiça e o senso comum de qualquer pessoa que tenha esses valores em conta.

Gostaria de dizer, ainda nesta primeira parte, que não acho que, em um país com as circunstâncias do Brasil, o Direito Penal deva ser protagonista de coisa alguma, menos ainda com o excesso de tipificações e com exacerbação de penas. O direito penal deve ser moderado; sério, mas moderado. Faz-se um país é com educação de qualidade, distribuição de renda e debate público democrático. Porém, eu gostaria de destacar que, em qualquer sociedade civilizada, o bem e a ética precisam de algum tipo de incentivo e o direito penal desempenha este papel em alguma medida. Penso que, pelo fato de o direito penal no Brasil não conseguir punir em nenhuma medida um determinado tipo de criminalidade, isso funcionou como um incentivo amplo para uma delinquência generalizada em setores diversos da sociedade brasileira.

Eu, como todos os meus Pares e como toda a sociedade brasileira, vejo com desgosto e espanto que, em qualquer espaço da vida brasileira e da administração pública brasileira que se destampe, existem coisas erradas, e muito erradas, acontecendo: nas licitações, nas contratações, nas nomeações. E tudo isso em razão da absoluta falta de poder dissuasório do direito penal, que não ameaça ninguém neste país que ganhe mais do que quatro salários mínimos.

Eu, aqui, penso, tal como o Ministro Luiz Edson Fachin, que, evidentemente, o direito penal também não deve discriminar entre ricos e pobres e que a riqueza justa deve ser admirada. Apenas nós temos um

**ADC 44 MC / DF**

sistema penosamente inigualitário, em que a gente só consegue prender jovens por pequenos tráficos de entorpecente.

Portanto, há um papel que o direito penal precisa desempenhar numa sociedade civilizada e democrática, que é o papel de prevenção geral. As pessoas tomam decisões na vida medindo incentivos e riscos. Se os incentivos forem grandes – o ganho, fácil e farto – e os riscos forem pequenos – absoluta impunidade – isso funciona como um elemento motivador da criminalidade. Por isso, nós chegamos à situação em que chegamos. É preciso restituir ao direito penal este papel mínimo de prevenção geral, seja para a criminalidade de colarinho branco, seja para a criminalidade violenta, seja para qualquer tipo de criminalidade.

Eu gostaria de fazer ainda duas últimas observações antes de demonstrar por que acho que é constitucional a posição que o Supremo adotou no Habeas Corpus 126.292 e de enfrentar os argumentos relativos ao art. 283 do CPP, esgrimidos sobretudo na Ação Declaratória de Constitucionalidade 43, com maestria e grande proficiência técnica e que, portanto, merecem ser enfrentados com seriedade.

Primeiro, sempre que houver um tribunal acima de outro, haverá algum grau de reforma. As pessoas simplesmente veem a vida de pontos de observação diferentes, de modo que aqui não é uma questão de justiça, é uma questão de competência: quem é que vai dar a última palavra ou a palavra que pode ser executada.

Segundo, eu preciso dizer e compartilhar com todos, juízes e advogados, um certo espanto que senti em geral com um tratamento de imenso desprezo e desprestígio aos tribunais de justiça estaduais e aos tribunais regionais federais, que são tratados como absolutamente incapazes de produzir justiça e julgamentos com o mínimo grau de qualidade. Quer dizer, ou esses tribunais funcionam muito mal, e nós precisamos voltar a nossa atenção para aprimorá-los; ou a crítica é excessiva, injusta e merece ser revista. Mas o nível de desimportância que se quer atribuir aos tribunais estaduais e regionais federais me parece incompatível com a dignidade que a justiça deve ter em todas as suas instâncias.

**ADC 44 MC / DF**

Passo, Presidente, à segunda parte do meu voto, em que discuto um pouco por que considero acertada a virada jurisprudencial que o Tribunal patrocinou.

Como todos sabemos, como foi pontuado no voto excepcional do Ministro Luiz Edson Fachin – e gostaria de dizer, porque o comentário é verdadeiro, que o voto do Ministro Marco Aurélio foi igualmente excepcional, apenas numa perspectiva diferente – desde o início de vigência da Constituição de 1988 até 2009, vigorou sem maior perplexidade o entendimento de que era possível a execução depois da decisão de segundo grau.

Depois, veio a virada jurisprudencial no acórdão do eminente e estimado Ministro Eros Grau, no Habeas Corpus 84.078, de 2009, entendendo que o princípio da ampla defesa significava o esgotamento de todas as instâncias. E depois veio a virada jurisprudencial de fevereiro deste ano, permitindo a execução depois do segundo grau.

Na vida, nem sempre é possível e, menos ainda, conveniente dizer que uma decisão estava errada e a outra decisão estava certa. A percepção social dos fatos e a realidade, às vezes, se apresentam de modo diferente ao longo do tempo. Mas a verdade é que a decisão de 2009 produziu três consequências extremamente negativas, que são constatáveis a olho nu.

A primeira dessas consequências foi que, ao estabelecer que somente após o trânsito em julgado era possível a execução penal, concedeu-se um incentivo desmedido à interposição sucessiva de recursos, ainda que procrastinatórios. Isso porque o compromisso do advogado é com o interesse de seu cliente, que lhe cabe legitimamente patrocinar dentro dos limites da lei e da ética. Enquanto o advogado entendia ter recursos para manter o seu cliente fora da prisão, ele exercia esse direito previsto na legislação – e acho que ninguém pode criticar ou condenar isso. Porém, ao somente permitir a execução depois do trânsito em julgado, isso é um estímulo para que não se deixe transitar em julgado, o que transformou o nosso sistema de justiça e o nosso sistema recursal nesse modelo caótico, que gera constrangimento a qualquer pessoa que tenha que explicar que um determinado caso teve 25 recursos só no Superior Tribunal de Justiça.

**ADC 44 MC / DF**

Quer dizer, 25 recursos no mesmo tribunal, todos descabidos, todos não conhecidos, sem que houvesse um mecanismo previsto para início do cumprimento da decisão, não é um modelo apenas ruim; mas também próximo ao ridículo.

Em segundo lugar, esse é um modelo que acentuou a seletividade do sistema penal, porque qualquer pessoa que tivesse dinheiro para pagar um advogado pra interpor esses 25 recursos no STJ e depois outras dezenas aqui no Supremo poderia impedir a sua prisão. Mas quem é que tem dinheiro para contratar os advogados que sabem esses caminhos?

Eu admiro profundamente o trabalho da Defensoria Pública - e a manifestação é verdadeira e sincera -, mas me impressiono menos com as estatísticas, até porque a Defensoria Pública recorre muito menos do que advocacia privada, porque, como regra geral, não faz esse tipo de recorribilidade procrastinatória, vazia, que muitas vezes, compreensivelmente - não é uma crítica à advocacia -, verifica-se na advocacia privada. Portanto, a Defensoria Pública tem estatística elevadas de ganhos, primeiro, pela competência técnica com que atua e, segundo, porque recorre nos casos em que verdadeiramente se deveria recorrer para discutir uma tese ou uma questão relevante. Dessa forma, a estatística não me impressiona. É claro que o fato de uma pessoa nesta vida ir presa injustamente me impressiona e me constrange, mas não há sistema penal no mundo, trágica e infelizmente, que não tenha alguma margem de erro; e nós não fugimos a essa regra. Portanto, o segundo componente negativo foi a seletividade.

O terceiro foi o agravamento do descrédito da sociedade no sistema de justiça. E se a sociedade desacreditar do sistema de justiça, dá-se um incentivo à criminalidade. A sensação de que nada vai acontecer é um estímulo para que as pessoas façam coisas erras. Eu dizia, ontem, na Turma: alguém acha que, em outros países do mundo, as pessoas pagam tributo com minúcia e preocupação porque elas são bacanas ou generosas? Não é verdade! Elas pagam porque vão presas se sonegarem. Já nós, nessa matéria, em meio a outras, temos o sistema mais leniente que se possa imaginar, em que se pode pagar o tributo sonegado depois

**ADC 44 MC / DF**

do trânsito em julgado. É uma aposta sem chance de perder. O sistema é péssimo e, de novo, para favorecer o andar de cima.

Um sistema de justiça desacreditado pela sociedade aumenta a criminalidade. O CNJ divulgou que somente nos anos de 2010 e 2011 a justiça brasileira deixou prescrever 2.918 ações envolvendo crimes de corrupção e lavagem de dinheiro. Prescreve porque não se consegue dar início à execução! Portanto, Presidente, um sistema de justiça desmoralizado não serve, evidentemente, para o Judiciário, não serve para a sociedade, não serve para ninguém e não serve tampouco para a advocacia tal como eu a entendo.

Sendo assim, a mudança da jurisprudência do Supremo se deu dentro de um contexto em que a decisão anterior, defensável que seja – e era, do ponto de vista técnico –, produziu uma tal quantidade de consequências negativas para a sociedade brasileira, que foi preciso revisita-la e repensa-la.

Por que penso que a decisão que o Supremo produziu no Habeas Corpus 126.293 era a decisão correta? Passando aos fundamentos jurídicos, em primeiro lugar, porque, com a devida vênia de quem pensa diferentemente, a Constituição brasileira não condiciona a prisão ao trânsito em julgado de decisão. Pelo contrário! A norma da Constituição brasileira que cuida da prisão é o artigo 5º, inciso LXI, que tem a seguinte dicção: "LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, (...)" Portanto, no direito brasileiro, o fundamento para a prisão é ordem escrita e fundamentada da autoridade, e não trânsito em julgado. Tanto é, que tem prisão temporária e prisão preventiva.

O artigo 5º, inciso LVII, que cuida do princípio da presunção da inocência ou da não culpabilidade, diz assim: "LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;" Não diz que ninguém será preso, diz que ninguém será considerado culpado. Portanto, a culpabilidade é uma categoria diversa da possibilidade de se prender alguém, e a certeza jurídica acerca da culpabilidade de alguém só se estabelece depois do trânsito em julgado.

**ADC 44 MC / DF**

Mas a possibilidade de prisão depende apenas da ordem escrita e fundamentada da autoridade. Portanto, a primeira observação que me parece própria fazer é que há equívoco na afirmação peremptória de que não se pode prender ninguém antes do trânsito em julgado com base na Constituição.

O segundo fundamento que eu acho que legitima a decisão proferida pelo Supremo é o de que o princípio da presunção de inocência, como o nome sugere, é um princípio e não uma regra. A característica dos princípios é que eles podem ser ponderados com outros princípios, com outros valores constitucionais que têm a mesma estatura da presunção de inocência.

Os ilustres oradores que se manifestaram hoje na celebração que, em boa hora, a eminente Presidente convocou sobre os 28 anos da Constituição de 88, desde o nosso querido Decano até o eminente Presidente da República, passando pelo Doutor Rodrigo Janot e pelo Doutor Claudio Lamachia, destacavam essa característica da Constituição brasileira, que é uma Constituição democrática e compromissória. Ela abriga valores contrapostos, valores que entram em tensão. Uma das maiores tensões que existe numa democracia é justamente o direito de liberdade em contraste com a pretensão punitiva do Estado. E, portanto, é preciso ter esses dois valores numa balança.

Por ser um princípio, e não uma regra, a presunção de inocência é ponderada e ponderável com outros valores do sistema, como a efetividade do sistema penal. Mas a efetividade do sistema penal não é um valor em si. A efetividade do sistema penal é o valor ou o instrumento que protege a vida das pessoas para não serem assassinadas, é a que protege a integridade física das pessoas para não serem agredidas, é a que protege a integridade patrimonial das pessoas para não serem roubadas. Portanto, falar em efetividade do sistema punitivo não é falar numa abstração que envolva um Poder do Estado; é falar de um conjunto de direitos fundamentais que precisa ser protegido pelo Estado, como a vida, a integridade, a propriedade e a moralidade administrativa. Portanto, o princípio da presunção da inocência é ponderado com esses



**ADC 44 MC / DF**

princípios.

Ponderar é atribuir pesos a valores diferentes, de acordo com circunstâncias e fatos. Quando o processo começa, o princípio da presunção da inocência tem peso máximo, elevadíssimo. Mas, depois de uma condenação em primeiro grau, esse peso diminui. Na sequência, depois da condenação em segundo grau, esse peso diminui mais ainda, e aumenta o peso do interesse do sistema em aplicar e fazer valer a norma penal.

Portanto, o segundo fundamento constitucional que legitima a prisão nesses casos é que se faz uma ponderação e, depois da condenação em segundo grau, o peso da presunção da inocência ou não culpabilidade fica muito mais leve, menos relevante em contraste com o peso do interesse estatal em que os culpados cumpram pena em tempo razoável. Isso porque o sistema brasileiro, ou permite a prescrição, que desmoraliza a Justiça; ou permite que a pena seja cumprida dez, quinze, vinte, trinta anos depois do episódio. Pode até ser que seja injusto, porque a pessoa que está sendo encarcerada já não é nem mais a mesma passados trinta anos daquele episódio.

E o terceiro fundamento, Presidente, é que depois da condenação em segundo grau, quando já há a certeza quanto à autoria e quanto à materialidade - ou seja, o crime foi cometido e o autor é "este" -, porque as instâncias extraordinárias não discutem mais provas e fatos, o início do cumprimento da pena é uma exigência constitucional em nome da ordem pública, sob pena de descrédito e desmoralização do sistema de justiça.

Por fim, na terceira e última parte do meu voto, eu enfrento os argumentos específicos das Ações Diretas de Constitucionalidade n. 43 e 44, que envolvem a discussão, já averbada pelo Ministro Luiz Edson Fachin e, anteriormente, pelo Ministro Marco Aurélio, do art. 283 do Código de Processo Penal, que tem a seguinte dicção:

"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

**ADC 44 MC / DF**

prisão preventiva."

Gostaria de chamar a atenção, de plano, que o artigo permite expressamente (i) a prisão depois do trânsito em julgado, (ii) a prisão temporária e (iii) a prisão preventiva. Acho que é muito importante destacar esses pontos.

**O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR)** – Sem a preclusão maior, ela seria preventiva? Um outro aspecto, Ministro: Vossa Excelência aludiu à sentença condenatória confirmada. No voto, quanto ao afastamento da necessidade do trânsito em julgado, Vossa Excelência assenta ser indispensável ter-se duas condenações, ou seja, dois pronunciamentos condenatórios?

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO** - Bem, eu vou chegar a esse ponto, Ministro Marco Aurélio. Considero muito importante Vossa Excelência tê-lo suscitado.

A Ação Declaratória de Constitucionalidade 43 não diz que a Constituição proíbe a prisão antes do trânsito em julgado. Ela, a meu ver, em uma construção engenhosa, sustenta que, apesar de a Constituição não dizer que é inconstitucional, ao aprovar o art. 283 do Código de Processo Penal, o legislador fez uma escolha que seria a da exigência do trânsito em julgado e que, portanto, deveria haver deferência para com a escolha feita pelo legislador. Essa é a tese básica da ADC 43.

A tese básica da ADC 44 é a de que o art. 283 do Código de Processo Penal se limita a reproduzir o que diz o art. 5º, inciso LVII e LXI, da Constituição, de modo que, declará-lo inconstitucional implicaria declarar a inconstitucionalidade das próprias normas da Constituição originária. Naturalmente, se a lei estiver dizendo, literalmente, a mesma coisa que diz a Constituição, se se declara a lei inconstitucional, por extensão, estar-se-ia declarando a Constituição. Só que não é fato. Penso que este argumento, com todas as vênias, é mais fácil de descartar, porque o art. 5º, inciso LVII, diz que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado, e o inciso LXI diz que ninguém será preso sem

**ADC 44 MC / DF**

ordem escrita e fundamentada de autoridade. São duas coisas completamente diferentes. Dizer que, da conjugação desses dois artigos, resulte a proibição da prisão antes do trânsito em julgado e dizer que isso é reprodução literal da Constituição é, com todo respeito, um exercício de ficção, não é o que acontece.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Mas o requerente, Ministro, potencializa a necessidade de se ter ato judicial revelador da preventiva. Concordamos; estou de acordo com Vossa Excelência. É possível a prisão, mas a provisória, a preventiva.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Eu vou chegar exatamente a esse ponto.

Agora, a tese da Ação de Declaração de Constitucionalidade 43 é outra. E aí é preciso admitir que é razoável suspeitar, pelo menos, que uma das leituras possíveis do art. 283 é que a prisão fica limitada às hipóteses de: 1) trânsito em julgado da condenação; 2) prisão temporária; 3) prisão preventiva. Esta é uma interpretação possível e razoável, mas não é a melhor. E eu espero ser capaz de demonstrar isso.

Eu penso que há duas linhas de fundamentação que legitimam a decisão que o Supremo tomou no HC 126.292, da relatoria do Ministro Teori Zavascki. A primeira delas envolve uma interpretação conforme a Constituição desse art. 283; e, aqui, pela razão que eu dissera anteriormente ao explicitar o meu voto no *habeas corpus*. É que, ao se fazer uma ponderação, eu penso que impedir a prisão antes do trânsito em julgado é uma ponderação inadequada porque impede a efetivação da norma penal que protege o direito à vida, o direito de propriedade, a integridade física e moral das pessoas, a moralidade administrativa. Portanto, eu acho que não só pode como deve poder prender depois da condenação em segundo grau e - de novo, não vou reproduzir o argumento - a demora leva ao descrédito da justiça.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Ministro,

**ADC 44 MC / DF**

Vossa Excelência me permite, por gentileza, o aparte?

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO** - Sempre. Com muito prazer, Ministro Lewandowski.

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI** - Eu, estando na Presidência, no recesso de julho, deferi uma medida liminar no HC 135.752, proveniente da Paraíba, em que invoquei exatamente os mesmos dispositivos constitucionais que Vossa Excelência, só que dei uma interpretação contrária àquela que Vossa Excelência está dando agora. Eu invoquei o art. 5º, inciso LXI, exatamente aquele que diz que "ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente". Invoquei também, naquela ocasião, para deferir a liminar, o art. 5º, inciso XLVI, segundo o qual a pena terá que ser necessariamente individualizada. E, também, fundamentei a minha medida cautelar no art. 93, inciso IX, da Constituição, que diz que todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade.

O que nós temos visto, sobretudo, depois daquela decisão que nós tomamos, não vinculante nesse HC muito discutido, que agora estamos finalizando, no tocante à conclusão que tomamos naquela assentada de forma provisória? O que se vê é que os tribunais - isto eu, também, infelizmente, presenciei durante a minha passagem no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e também no Tribunal de Alçada Criminal -, em geral, eles negam provimento ao recurso numa apelação criminal e determinam a expedição do mandado de prisão, sem qualquer justificção.

**O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR)** - Sem qualquer fundamentação, sob o ângulo preventivo.

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI** -

**ADC 44 MC / DF**

Exatamente.

Com todo respeito, ainda que o Tribunal evolua no sentido de entender possível a prisão após a decisão em segundo grau, eu penso que é absolutamente inadmissível, diante dos artigos que Vossa Excelência agora invocou, que essa prisão se dê sem qualquer fundamentação, sem qualquer individualização, porque a Constituição, inclusive, prevê a sanção de nulidade de qualquer decisão que não esteja fundamentada. E é muito importante que ela o seja, se nós evoluirmos no sentido contrário da jurisprudência prevalente até o momento no Supremo Tribunal Federal, é muito importante que haja essa fundamentação para que se mande alguém para a prisão, até para que essa decisão possa ser contrastada perante os tribunais superiores. Não é possível simplesmente bater o carimbo e mandar: expeça-se o mandado de prisão.

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX** - Eu queria, se Vossa Excelência me permite, uma pequena intervenção.

No meu modo de ver, a ordem escrita e fundamentada é exatamente o acórdão condenatório que vai ser efetivado *a posteriori*.

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO** - Eu vou enfrentar exatamente essa questão.

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI** - E a individualização? Bater carimbo e dizer "nego provimento, expeça-se o mandado de prisão"? É isso que ocorre. Noventa e nove por cento das decisões são assim.

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO** - A minha leitura do art. 283, portanto, não é a de proibição da prisão preventiva, porque acho que o que se exige é ordem fundamentada, e não trânsito em julgado - e vou enfrentar o argumento suscitado pelo eminente e estimado Ministro Ricardo Lewandowski.

Além disso, eu entendo que é preciso destacar o fato de que o

**ADC 44 MC / DF**

próprio art. 283 prevê a prisão temporária e a prisão preventiva. Além disso, eu acho que é imprecisa a tese de que o Supremo teria criado uma nova hipótese de prisão sem reserva legal, porque o art. 637 do Código de Processo Penal continua em vigor e tem dicção inequívoca: "Art. 637 - O recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para a execução da sentença." Então, está no Código de Processo Penal que não há efeito suspensivo e os autos baixarão para execução da sentença.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Redação anterior à Carta de 1988.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Esta redação é anterior à Carta de 1988, mas não houve revogação. E a redação superveniente do art. 283 poderia ter revogado o dispositivo, mas não o fez. Além disso, houve reiteração da norma pelo Código de Processo Civil, aqui aplicado por extensão. Portanto, quando o Supremo Tribunal Federal confere interpretação conforme a Constituição ao art. 283, na linha proposta pelo Ministro Fachin, está harmonizando o art. 283 com o art. 637, que diz que o recurso extraordinário e o recurso especial não têm efeito suspensivo.

E, aqui, rebato também o argumento igualmente engenhoso de que teria havido uma declaração de inconstitucionalidade, pelo Supremo, sem reserva de plenário, do art. 283. Em primeiro lugar, entendo que não houve declaração de inconstitucionalidade. O que o Supremo está fazendo é afirmando a interpretação que parece mais adequada à luz da Constituição, o que é diferente de declaração de inconstitucionalidade. Além do que, como a decisão no *habeas corpus* foi proferida pelo Plenário do Supremo, essa questão da reserva de Plenário também estaria inteiramente superada.

Portanto, Presidente, a primeira linha de fundamentação é a de que o art. 283 deve ser interpretado conforme a Constituição, na linha que

**ADC 44 MC / DF**

votei no *habeas corpus* e que aqui se manifestou o Ministro Fachin. A melhor interpretação do dispositivo – porque é aquela que realiza os mandamentos constitucionais – é a que permite a execução da condenação criminal depois da decisão em segundo grau. Esse é o primeiro fundamento.

O segundo fundamento é que o art. 283 permite a prisão temporária e a prisão preventiva. A prisão temporária é muitas vezes decretada antes de qualquer juízo - qualquer juízo! - sobre a autoria e materialidade. A prisão preventiva pode ser decretada antes que haja qualquer julgamento, seja de primeiro ou de segundo grau. Portanto, prender depois da condenação em segundo grau é menos do que prender preventivamente, é menos do que prender temporariamente. Eu acho que está perfeitamente dentro dos limites de sentido do art. 283 prender após a condenação em segundo grau, porque o juiz pode, no início do processo, determinar a prisão temporária e prorrogá-la. O juiz pode, antes de qualquer sentença, determinar a prisão preventiva, e pessoas ficam presas, muitas vezes, por anos.

Quarenta por cento da população carcerária está presa provisoriamente, e está presa provisoriamente porque o sistema funciona mal, e os juízes, convencidos de que o processo não vai acabar, acabam mantendo a prisão preventiva longamente, porque aquela vai ser a única punição.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – É o critério de plantão, não é a ordem jurídica!

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO** - Portanto, quando o art. 283 prevê a prisão temporária e a prisão preventiva, eu acho que ele implicitamente legitima a prisão depois do segundo grau.

Porém, há um último argumento: a prisão preventiva tem como um dos seus fundamentos a preservação da ordem pública. O Supremo, por jurisprudência torrencial, entende que um dos fundamentos de preservação da ordem pública é a credibilidade da Justiça. E, portanto, eu

**ADC 44 MC / DF**

considero que a execução da decisão de segundo grau está associada a...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Sinceramente, não conheço essa jurisprudência. Não conheço!

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - É porque Vossa Excelência não leu o meu voto no Habeas Corpus 126.296, porque eu a cito.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Vossa Excelência referiu-se a garantismo a partir da punição a ferro e fogo. É uma nova espécie de garantismo!

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - A jurisprudência do Supremo é pacífica, com inúmeros precedentes, ao entender que a credibilidade da justiça é um fundamento de ordem pública. E evidentemente que é. Se a Justiça não for um componente da ordem pública numa sociedade civilizada, o que será ordem pública? A justiça talvez seja o sentimento mais inato da condição humana.

Qualquer pessoa que veja uma situação de injustiça, qualquer pessoa que veja um pai ter que conviver na mesma tribuna do Jockey Club ou na mesma arquibancada do Maracanã com o assassino de sua filha, entende o que que é ordem pública. Assassino condenado esperando dez, quinze, vinte anos em liberdade! Eu não consigo imaginar nada mais sintomaticamente revelador de ordem pública do que uma situação como essa.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Ainda bem que não é apenas a autoestima! Ainda bem!

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Se a prisão preventiva tem como um dos seus requisitos a ordem pública, eu considero que executar a decisão condenatória de segundo grau é



**ADC 44 MC / DF**

componente de ordem pública. Portanto, é possível também dar-se a interpretação de que o art. 283 do CPP legitima a prisão preventiva depois da condenação de segundo grau.

E aqui, Ministro Lewandowski, enfrentando especificamente a questão que Vossa Excelência suscitou e respeitando o ponto de vista de Vossa Excelência, eu acho que a condenação em segundo grau é, por si, a justificação da prisão preventiva. Porque, se nós formos admitir que a condenação em segundo grau não é, por si, legitimação da prisão preventiva, nós vamos, de novo, reforçar a seletividade do sistema. Quem tem advogado, quem tem domicílio, quem tem todas as benesses que a vida ofereceu, terá o benefício de aguardar em liberdade, como sempre foi. Se o sistema não fosse ruim e não fosse usado abusivamente, se o Superior Tribunal de Justiça decidisse em três meses, eu, talvez, não tivesse dificuldade. Mas ele decide em cinco anos, três anos! Portanto, o sistema ficou desmoralizado por esta circunstância.

Presidente, eu estou rejeitando os pedidos cautelares no sentido de se impedir a execução das penas depois do segundo grau, por esse conjunto de fundamentos, com ênfase na interpretação conforme a Constituição do art. 283 e na possibilidade oferecida pelo próprio art. 283 de prisão depois do segundo grau, por essas duas interpretações que fiz.

E rebato, Presidente, em dois minutos, os pedidos subsidiários.

Considero ser impossível excepcionar do nosso precedente a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça. Este é um dos pedidos alternativos: que a execução provisória não precise aguardar a decisão final do Supremo, mas que tenha que aguardar a do Superior Tribunal de Justiça.

Eu penso que o Superior Tribunal de Justiça é uma instância extraordinária, tal como é o Supremo Tribunal Federal. Para que caiba recurso especial, é preciso que a causa esteja decidida. É o que diz a Constituição. Se a causa está decidida, eu acho que é possível já dar-se execução. Além disso, esses recursos excepcionais, tanto o recurso especial quanto o recurso extraordinário, por força do art. 637, não têm efeito suspensivo.

**ADC 44 MC / DF**

Desse modo, estou rejeitando esse pedido, igualmente bem formulado, primeiro, porque entendo que o sistema precisa valorizar o juiz de primeiro grau e, sobretudo, os Tribunais de segundo grau e Tribunais Regionais Federais. Segundo, porque o STF e o STJ não podem funcionar como Tribunais de revisão de todos os casos.

Por fim, Presidente, eu estou igualmente rejeitando o pedido de modulação dos efeitos temporais. O argumento bem lançado é o de que nós mudamos a jurisprudência, a jurisprudência afeta o sistema punitivo e ela, portanto, deveria ter efeitos prospectivos. Eu preciso dizer que o que o sistema constitucional impede em matéria penal é a punição sem prévia lei e a punição sem prévia pena definida em lei. Nós não estamos nem punindo sem lei, nem punindo sem prévia pena. Essa é, na verdade, a interpretação de uma norma de Direito Processual Penal. As normas de processo penal, por força do próprio Código de Processo Penal, art. 2º, têm aplicabilidade imediata, aplicando-se desde logo. E essa não é uma norma mista, é uma norma tipicamente processual.

E aqui, Presidente, com todas as vênias, também não é possível o réu dizer que ele cometeu o crime na esperança de que o sistema, muito ruim, nunca fosse pegá-lo e que, portanto, ele achava que nunca seria preso.

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES** - É curioso esse argumento, ministro Barroso, porque - Vossa Excelência já o disse bem - praticamente, a metade da população carcerária brasileira está recolhida a esses cárceres em caráter provisório e ninguém se incomodou até aqui com isso, quer dizer, com as más condições das prisões de caráter provisório. Nunca se ouviu a OAB, por exemplo, levantando voz contra isso e tudo mais.

**O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR)** - E, necessariamente, em regime fechado.

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES** - Isso. Em regime fechado. Até então, o discurso do crime hediondo era o discurso

**ADC 44 MC / DF**

simbólico mais forte. A toda hora, anunciava-se mais uma pena, mais um crime de caráter hediondo e nunca se incomodou com isso. Veja, a verdadeira punição ocorria, exatamente, com a aplicação da prisão provisória. Veja que os discursos, de alguma forma aqui, têm alguma impossibilidade. Agora, diz-se: "poxa, mas vai se acelerar a execução nesse sistema?" É o mesmo sistema. Veja, nós temos 360 mil vagas para 700 mil presos. Quer dizer, só a enunciação desse número já fala, *per se*, que temos um absurdo, quer dizer, presos em delegacia, um amontoado de presos em delegacia. Tanto é que já decidimos dois casos relevantes: a questão da coisa julgada inconstitucional - tem determinação para que o CNJ proceda a esse levantamento; e a do regime semiaberto, que é preciso que haja um cadastro de presos. Em suma, essa é uma área que restou abandonada. É o tema, talvez, mais desafiador, em termos de direitos humanos.

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO** - E agora, talvez, com o sistema ficando mais igualitário, esta preocupação entre no radar da sociedade, do Poder Legislativo, das elites pensantes: de como nós vamos enfrentar esse problema do sistema penitenciário.

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES** - Mas insisto exatamente nesse aspecto. *Per se*, já temos isso, quer dizer, a rigor, metade da população carcerária brasileira, hoje, está recolhida e, muitas vezes, como se tem verificado, o crime é de bagatela. Trinta por cento dos *habeas corpus* que concedemos - e temos esse levantamento na Segunda Turma e acredito que não é muito diferente na Primeira -, concedemos trinta por cento dos *habeas corpus*. E uma boa parte deles diz respeito a crime de bagatela; indivíduo que furtou um chocolate, uma barra de sabão e coisa desse gênero; muitas vezes, respondendo já com prisão provisória.

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX** - Ministro Gilmar, mas já sob o influxo dessa virada jurisprudencial, as Turmas têm se preocupado em adotar essas outras medidas substitutivas que advieram exatamente para

**ADC 44 MC / DF**

esvaziar o sistema penitenciário dessas pessoas com prisão ainda não submetida ao crivo judicial.

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES** – Isto. Em verdade, estão desenvolvidas, inclusive, no Pacto Republicano, as medidas alternativas à prisão. Foram aprovadas, inclusive, em minha gestão no CNJ. Mas o que estou dizendo é, exatamente, que temos, hoje, uma população carcerária de quase 700 mil presos, estamos ganhando mais uma Copa do Mundo, que não queremos ganhar e metade dessa população é de presos provisórios, que vão para presídios; e, muitos deles, estão em delegacias porque não há vagas adequadas. E esse tema não é visitado. Ministério Público não vai a presídio, juiz não vai a presídio.

Quando cheguei ao CNJ, encontrei vários juízes da execução que nunca tinham ido a um presídio. Essa é a realidade brasileira. Esse tema ficou totalmente esquecido. Então, quando se trata de discurso agora de que "ah, vamos precipitar a execução a partir do segundo grau", parece estranho porque não estamos olhando já a metade dessa população carcerária, que é presa provisoriamente, alguns que, inclusive, poderiam ter ficado isentos da prisão, por tornozeleiras, por qualquer mecanismo alternativo, hoje, do art. 312 do CPP. Em suma, é só para tentar ressaltar aquilo que Vossa Excelência já tinha destacado.

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO** - Agradeço a contribuição. E eu estou de pleno acordo.

Presidente, eu vou concluir, sempre lembrando que há tribunais - e a preocupação do Ministro Lewandowski, aqui, eu gostaria de enfrentar - que recalcitrantemente descumprem as linhas jurisprudenciais firmadas pelo Supremo. Portanto, em relação a isso, eu acho que nós devemos ser generosos nos *habeas corpus* e talvez firmar algumas súmulas vinculantes.

Ontem, mesmo, nós soltamos um réu na Primeira Turma em caso de pequena quantidade de droga, com aplicação de pena de um ano e três meses, que estava preso em regime fechado, em clara inobservância da

**ADC 44 MC / DF**

jurisprudência do Supremo. Portanto, eu entendo que teremos que enfrentar os tribunais recalcitrantes, com súmulas vinculantes e com generosidade nos *habeas corpus*.

Portanto, Presidente, o dispositivo do meu voto - a tese eu vou enunciar - coincide com o do Ministro Fachin, de se dar interpretação conforme a Constituição ao art. 283, para excluir a interpretação que impeça a execução da pena criminal após a condenação em segundo grau.

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) -** Ministro, Vossa Excelência, portanto, está indeferimento a cautelar?

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO -** Indeferindo a cautelar, indeferindo os dois pedidos alternativos e fundando a minha decisão na seguinte tese: é legítima a execução provisória da pena após a decisão condenatória de segundo grau e antes do trânsito em julgado, para garantir a efetividade do direito penal e dos bens jurídicos constitucionais por ele tutelados, devendo-se conferir interpretação conforme a Constituição ao art. 283 do Código de Processo Penal, para excluir interpretação diversa.

**O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) -** Vossa Excelência me permite?

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO -** Sempre. Com muito gosto.

**O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) -** Houve alusão, em seu voto, às situações jurídicas em que há a condenação no Juízo e confirmação. Vossa Excelência não avançaria pelo menos para cogitar dessa hipótese?

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO -** Ministro Marco Aurélio, a minha resposta é não.

**ADC 44 MC / DF**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Porque, de início, não há nada que garanta que a decisão de segundo grau seja mais acertada do que a de primeiro.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Em linha de princípio, a resposta talvez fosse diversa, porque, se é um tribunal de revisão, supõe-se, em tese, que ele tenha melhor capacidade de rever, porque, senão, não estaria legitimada nem a nossa função aqui no Supremo.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Embora não haja o olho no olho que há no juízo.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Um dos critérios que utilizo no julgamento de *habeas corpus*, na Turma, é verificar se primeiro grau e segundo grau são convergentes, porque, se primeiro grau e segundo não forem convergentes, aquilo precisa ser olhado com mais atenção.

De modo que eu concordaria com Vossa Excelência que, havendo divergência, sobretudo porque o advogado, eventualmente, pode ser surpreendido com algum fundamento na condenação de segundo grau, recaímos na generosidade na questão do *habeas corpus* ou, eventualmente, na concessão de cautelar no Especial para sustar-se a execução provisória. Assim, não mudo a minha proposição jurídica, mas não considero irrelevante a observação feita pelo Ministro Marco Aurélio.

05/10/2016

PLENÁRIO

**MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DECLARATÓRIA DE  
CONSTITUCIONALIDADE 44 DISTRITO FEDERAL**

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO:**

**EMENTA:** DIREITO CONSTITUCIONAL E PENAL. MEDIDA CAUTELAR EM AÇÕES DECLARATÓRIAS DE CONSTITUCIONALIDADE. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA OU DA NÃO CULPABILIDADE. ARTIGO 283 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. EXECUÇÃO DA PENA APÓS JULGAMENTO DE SEGUNDO GRAU. INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO. INDEFERIMENTO DOS PEDIDOS DE MEDIDA CAUTELAR.

1. A interpretação que interdita a prisão quando já há condenação em segundo grau confere proteção deficiente a bens jurídicos tutelados pelo direito penal muito caros à ordem constitucional de 1988, como a vida, a segurança e a integridade física e moral das pessoas (CF/1988, arts. 5º, *caput* e LXXVIII e 144). O enorme distanciamento no tempo entre fato, condenação e efetivo cumprimento da pena (que em muitos casos conduz à prescrição) impede que o direito penal seja sério, eficaz e capaz de prevenir os crimes e dar satisfação à sociedade. Desse modo, muito embora uma das leituras possíveis do art. 283 do Código de Processo Penal (com redação dada pela Lei nº 12.403/2011) limite a prisão às hipóteses de trânsito em julgado, prisão temporária ou prisão preventiva, deve-se conferir ao preceito interpretação que o torne compatível com a exigência constitucional de efetividade e credibilidade do sistema de justiça criminal.

2. O reconhecimento da legitimidade da prisão após a decisão condenatória de segundo grau não viola o princípio da reserva legal, uma vez que não se trata de criação, pelo STF, de nova modalidade de prisão sem previsão em lei, mas de modalidade extraída do art. 637 do CPP: a prisão como efeito da condenação enquanto pendentes os recursos especial e extraordinário. Não tendo o recurso especial (REsp) e o recurso extraordinário (RE) efeito suspensivo, tem-se como decorrência

**ADC 44 MC / DF**

lógica a possibilidade de se dar início à execução penal.

3. Como argumento adicional, seria até mesmo possível extrair a previsão legal para a prisão após sentença condenatória de segundo grau do próprio art. 283 do CPP – questionado nessas ADCs –, na parte em que autoriza a prisão preventiva no curso do processo. Com o esgotamento das instâncias ordinárias, a execução da pena passa a constituir exigência de ordem pública (art. 312, CPP), necessária para assegurar a credibilidade do Poder Judiciário e do sistema penal. Nessa hipótese, dispensa-se motivação específica pelo magistrado da necessidade de “garantia da ordem pública” e do não cabimento de medidas cautelares alternativas.

4. O baixo índice de provimento dos recursos de natureza extraordinária em favor do réu, tanto no STF (inferior a 1,5%) quanto no STJ (de 10,3%), conforme dados dos próprios Tribunais, apenas torna mais patente a afronta à efetividade da justiça criminal e à ordem pública decorrente da necessidade de se aguardar o julgamento de RE e REsp. Eventual taxa mais elevada de sucesso nesses recursos verificada em algumas unidades da federação, que se mantêm recalcitrantes em cumprir a jurisprudência pacífica dos tribunais superiores (por exemplo, em ilícitos relacionados a drogas), não deve se resolver, em princípio, com prejuízo à funcionalidade do sistema penal, mas com ajustes pontuais que permitam maior grau de observância à jurisprudência dos tribunais superiores.

5. Em relação aos pedidos subsidiários, entendo que: (i) não é o caso de excepcionar o STJ da aplicação do entendimento ora manifestado, pois, embora as funções exercidas por um e outro tribunal nas causas criminais não sejam idênticas, ambas as instâncias são consideradas extraordinárias e não há direito ao triplo ou quádruplo grau de jurisdição; e (ii) não é cabível a pretendida modulação dos efeitos temporais do entendimento do STF no HC 126.292, uma vez que a alteração jurisprudencial, além de versar sobre matéria processual penal (sem configurar norma de natureza mista), não cria novo crime ou nova sanção penal, nem gera qualquer prejuízo à segurança jurídica, à boa-fé



**ADC 44 MC / DF**

ou à confiança dos réus.

6. Interpretação conforme a Constituição ao art. 283 do CPP, com a redação dada pela Lei nº 12.403/2011, para se excluir a possibilidade de que o texto do dispositivo seja interpretado no sentido de obstar a execução provisória da pena depois da decisão condenatória de segundo grau e antes do trânsito em julgado. Indeferimento dos pedidos de medida cautelar formulados nas ADCs 43 e 44, por ausência de plausibilidade jurídica.

**VOTO**

**I. A HIPÓTESE: DESCRIÇÃO ANALÍTICA DO OBJETO DAS DUAS AÇÕES**

1. Trata-se de ações declaratórias de constitucionalidade, propostas pelo Partido Ecológico Nacional - PEN e pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados - OAB, postulando a declaração da constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal (CPP), com redação dada pela Lei nº 12.403/2011, que prevê:

“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.”

2. Nas ações, os requerentes apontam controvérsia constitucional relevante acerca da constitucionalidade do art. 283 da Lei nº 12.990/2014 instaurada em razão da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no HC 126.292, de relatoria do Min. Teori Zavascki. Afirmam os requerentes que, ao julgar tal habeas corpus, o STF alterou seu entendimento anterior e afirmou a legitimidade da execução provisória da pena de prisão, antes do trânsito em julgado da sentença

**ADC 44 MC / DF**

penal condenatória, mas deixou de se pronunciar sobre a questão à luz do art. 283 do CPP.

3. Na ADC 43, o requerente principia por narrar a evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria. Observa que, nos autos do HC 70.363 (j. em 08.06.1993), o Tribunal afirmou que a presunção de inocência não impediria a prisão antes do trânsito em julgado, mantendo entendimento que havia se consolidado à luz da Constituição de 1969. Em 2009, nos autos do HC 84.078, a Corte reuiu seu entendimento, assentando que a prisão antes do trânsito em julgado somente poderia ser decretada a título cautelar. Por fim, nos autos do HC 126.292, o Tribunal voltou ao entendimento anterior. Todavia, na visão do requerente, o Tribunal, em sua última virada jurisprudencial, não atentou para o fato de que a Lei nº 12.403/2011 alterou o teor do art. 283 do CPP e passou a vedar expressamente a prisão antes do trânsito, vedação legal que não existia à época da decisão do HC 70.363. Assim, ainda que o art. 5º, incs. LVII e LXI, da CF/1988 pudesse suscitar mais de uma interpretação, há atualmente – e não havia antes – dispositivo expresse, resultante de ponderação efetuada pelo Legislador, no sentido de vedar tal expediente.

4. O Partido Ecológico Nacional pretende, então, que o STF reconheça a legitimidade constitucional de recente opção do legislador de condicionar o início do cumprimento da pena de prisão ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória. O argumento principal da ação é o de que o art. 283 do CPP concretiza interpretação constitucional legítima, compatível com a moldura que a Constituição de 1988 conferiu à matéria, produzida com base no princípio da livre conformação do legislador, e que inclusive já foi endossada pelo Supremo nos autos do HC 84.078. E se assim é, deve o STF, no tema, ser deferente ao que decidiram os representantes do povo, por meio de lei, após amplo debate da questão. Para os requerentes, o Supremo não pode afastar a aplicação do art. 283 do CPP sem declarar a sua inconstitucionalidade. Porém,

**ADC 44 MC / DF**

defendem que, ainda que o artigo seja declarado inconstitucional, a criação e a regulamentação de modalidades de prisão se sujeitam à reserva legal absoluta, de acordo com a Constituição, constituindo verdadeira cláusula de “reserva de poder” em favor do Legislativo, que impede que o Supremo disponha sobre tais matérias por meio de sentença aditiva (CF/1988, art. 5º, XXXIX, XL e XLIV).

5. O requerente traz, ainda, três argumentos subsidiários. Em primeiro lugar, aponta que o STF reconheceu a existência de um estado de coisas inconstitucional no âmbito do sistema carcerário brasileiro (ADPF 347), ante a ocorrência de violação massiva de direitos fundamentais dos detentos. Desse modo, o incremento de presos provisórios em situação já colapsada agravaria as violações de direitos humanos já reconhecidas pelo STF, além de sujeitar novos indivíduos – alguns deles injustamente – a ingressarem indevidamente em sistema carcerário que se sabe gravemente comprometido. Nesse sentido, assinala que a taxa média de concessão da ordem de *habeas corpus* no Superior Tribunal de Justiça, após o julgamento nas instâncias ordinárias, é de 27,86%.

6. Em segundo lugar, aduz que, nos autos do HC 126.292, o STF produziu interpretação mais gravosa da matéria e mudou anterior entendimento jurisprudencial já consolidado no próprio Tribunal. Assim, sustenta que, como se veda à lei retroagir para prejudicar o réu (CF/1988, art. 5º, XXXIX e XV), o mesmo preceito deve ser observado quanto a eventuais alterações jurisprudenciais mais gravosas, às quais se devem conferir tão-somente efeitos futuros, em respeito aos princípios da segurança jurídica, da boa-fé e da confiança dos jurisdicionados. Afirma que esse entendimento foi expressamente manifestado pelo Ministro Barroso, nos autos da AP 606-QO, e, ainda, em parecer proferido sobre matéria tributária quando atuava como advogado. O requerente sustenta que o princípio da irretroatividade das normas penais também é aplicável ao processo penal, sobretudo no tocante a alterações mais gravosas aos

**ADC 44 MC / DF**

réus que impactem o direito material, como é o caso da privação da liberdade.

7. Em terceiro lugar, defende o equívoco, à luz da ordem constitucional brasileira, de se equiparar as funções exercidas pelo STF e pelo STJ nas causas criminais. E isso por três razões: (i) toda sentença criminal condenatória necessariamente interpreta a lei federal, ao passo que, apenas excepcionalmente, enfrenta com autonomia questão constitucional; (ii) o juízo positivo de culpabilidade exigido para a condenação criminal é típico juízo jurídico de reprovabilidade, não bastando, para a afirmação da culpa, a formulação de juízo fático; e (iii) enquanto as funções do STF passaram por significativa transformação a partir da objetivação do controle difuso de constitucionalidade, as funções do STJ continuam plenamente compatíveis com a de um Tribunal Superior de recursos.

8. Aponta, por fim, que o novo entendimento proferido pelo STF penaliza especialmente a parcela mais vulnerável da população. O julgamento das instâncias ordinárias não esgota o juízo de culpabilidade ou o exame da repercussão jurídica de fatos e provas. A jurisprudência do STJ em matéria penal demonstra que esse tribunal pode: (i) decretar a atipicidade dos fatos e/ou alterar sua qualificação jurídica; (ii) alterar a dosimetria da pena, o regime prisional, a substituição de pena privativa da liberdade por restritiva de direitos; e (iii) declarar a ilicitude das provas. Nesse sentido, registra que o índice de sucesso da defensoria pública do Estado de São Paulo, em HCs e RHCs, tendo por objeto decisões do Tribunal de Justiça, chega a 62%. Aponta também que a taxa média de sucesso, nos recursos especiais, no STJ, tem variado, nos últimos anos, entre 29,30% (2015) e 49,31% (2008).

9. Com base em tais fundamentos, o requerente pede, em sede cautelar, que: (i) “Não sejam deflagradas novas execuções provisórias de penas de prisão e sejam suspensas as que já estiverem em

**ADC 44 MC / DF**

curso, libertando-se, até que a presente ação seja julgada, as pessoas que ora se encontram encarceradas, sem que a respectiva decisão condenatória tenha transitado em julgado”; (ii) “subsidiariamente, caso essa Corte indefira o pedido anterior, requer-se seja realizada, em caráter cautelar, interpretação conforme a Constituição do artigo 283 do Código de Processo Penal, a fim de determinar, enquanto não se julgar o mérito da presente ação, a aplicação, por analogia, das medidas alternativas à prisão previstas no art. 319 do CPP em substituição ao encarceramento provisório decorrente da condenação em segunda instância”; e (iii) “por fim - se os pedidos cautelares formulados nos itens a e b não forem acolhidos - requer-se seja realizada interpretação conforme a Constituição do artigo 637 do CPP, restringindo, enquanto não for julgado o mérito desta ação, a não produção do efeito suspensivo aos recursos extraordinários, e condicionando a aplicação da pena à análise da causa criminal pelo STJ quando houver a interposição de recurso especial”.

10. A Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro solicitou a sua admissão no feito, como *amicus curiae*, sustentando que, em pesquisa por amostragem realizada em seu acervo de habeas corpus e de recursos junto aos tribunais superiores, constatou, no período de março de 2014 a abril de 2016, uma taxa de êxito de 37,5% (trinta e sete e meio por cento). Os feitos versavam sobre absolvição, redução da pena, atenuação do regime ou substituição por pena restritiva de direitos. Alega, por isso, a Defensoria que a mudança de entendimento gera graves prejuízos para os hipossuficientes.

11. Requereram, ainda, ingresso no feito, como *amici curiae*: o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCRIM, a Defensoria Pública da União, o Instituto de Defesa do Direito de Defesa Márcio Thomaz Bastos – IDD, o Instituto Íbero Americano de Direito Penal – IADP, a Associação dos Advogados de São Paulo – AASP, o Instituto dos Advogados de São Paulo – IASP, a Associação Brasileira dos Advogados Criminais – ABACRIM e o Instituto da Advocacia Racial e Ambiental.

**ADC 44 MC / DF**

12. Já nos autos da ADC 44, afirma-se que a decisão proferida no HC 126.292, ao permitir que os tribunais executem a pena antes do trânsito em julgado, autoriza, por via transversa, que determinem a prisão e afastem a aplicação do art. 283 do CPP, sem submeter a questão ao princípio da reserva de plenário. Por essa razão, a decisão do STF violaria o art. 97 da Constituição<sup>1</sup> e a Súmula Vinculante nº 10<sup>2</sup>. A OAB alega, ainda, que o dispositivo cuja declaração de constitucionalidade se requer simplesmente reproduz o teor do art. 5º, incs. LVII e LXI, CF/1988<sup>3</sup>, de forma que declará-lo inconstitucional implicaria declarar a inconstitucionalidade de norma constitucional originária, possibilidade que o próprio Supremo já afastou, nos autos da ADI 815 e da ADI 997. Por fim, aduz que a interpretação conferida pelo STF aos aludidos dispositivos constitucionais fere a literalidade dos seus textos e vale-se do “álibi” da efetividade processual, com o propósito de instituir “*verdadeira política judiciária que deverá orientar a atuação dos tribunais nos casos futuros, incluindo os processos da operação lava-jato*”.

13. Com base nesses fundamentos, o requerente pede, em sede cautelar, a “suspensão da execução antecipada da pena de todos os casos em que os órgãos fracionários de Segunda Instância, com base no HC 126.292/SP, simplesmente ignoraram o disposto do artigo 283 do Código de Processo Penal”.

---

1 CF/1988, art. 97: “Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público”.

2 Súmula Vinculante nº 10: “Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta a sua incidência no todo ou em parte”.

3 CF/1988, art. 5º: “LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” e “LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”.

**ADC 44 MC / DF**

14. A Defensoria Pública do Estado de São Paulo requereu seu ingresso nos autos, como *amicus curiae*, salientando que atualmente 64% dos recursos especiais e agravos em recursos especial interpostos pela instituição contra decisões do Tribunal de Justiça de São Paulo são providos pelo STJ. Requereram ingresso nos autos, também como *amici curiae*, as instituições que solicitaram ingresso nos autos da ADC 43 e o Instituto dos Advogados Brasileiros – IAB.

15. O voto que se segue é estruturado em três partes. Na *primeira parte*, procuro contextualizar o debate, indicando exemplos emblemáticos de como o sistema punitivo brasileiro funciona extremamente mal e qual o papel do direito penal nas circunstâncias brasileiras. Na *segunda parte*, descrevo a oscilação da jurisprudência do STF na matéria até fixar-se, no julgamento do HC 126.292 (Rel. Min. Teori Zavascki, j. em 17.02.2016), o entendimento atual no sentido de que a Constituição Federal admite a execução da pena após a condenação em 2o grau, e aponto, muito resumidamente, os fundamentos que me levaram a adotar essa posição naquele julgado. Já na *terceira parte*, analiso os pedidos cautelares formulados, em especial o pedido para que se reconheça a legitimidade da opção do legislador de condicionar o início do cumprimento da pena de prisão ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

**Parte I**

*CONTEXTUALIZANDO O DEBATE*

**II. ALGUNS EXEMPLOS QUE DEMONSTRAM QUE O SISTEMA NÃO FUNCIONA**

16. O sistema penal brasileiro não tem funcionado adequadamente. A possibilidade de os réus aguardarem o trânsito em julgado dos recursos especial e extraordinário em liberdade para apenas

## **ADC 44 MC / DF**

então iniciar a execução da pena enfraquece demasiadamente a tutela dos bens jurídicos resguardados pelo direito penal e a própria confiança da sociedade na Justiça criminal. Ao autorizar-se que a punição penal seja retardada por anos e mesmo décadas, cria-se um sentimento social de ineficácia da lei penal e permite-se que a morosidade processual possa conduzir à prescrição dos delitos. Alguns exemplos emblemáticos auxiliam na compreensão do ponto.

### **II.1. Caso Pimenta Neves**

17. Um jornalista matou a sua namorada (Sandra Gomide), pelas costas e por motivo fútil, em 20.08.2000. Julgado e condenado pelo Tribunal do Júri, continuava em liberdade passados mais de dez anos do fato, vivendo uma vida normal. Devastado pela dor, corroído pela impunidade do assassino de sua filha, o pai da vítima narra: “Um dia eu liguei para a casa dele e disse: ‘Você vai morrer igual a um frango. Eu vou cortar o seu pescoço’. Eu sonhava em fazer justiça por mim mesmo. Era só pagar R\$ 5 mil a um pistoleiro. Quem tirou essa ideia da minha cabeça foram os advogados”. **O sistema que tínhamos não era garantista. Ele era grosseiramente injusto e estimulava as pessoas a voltarem ao tempo da vingança privada e quererem fazer justiça com as próprias mãos.**

### **II.2. O caso Luís Estêvão**

18. Um ex-Senador da República foi condenado pelo desvio de R\$ 169 milhões na construção do Foro Trabalhista de São Paulo. Os fatos ocorreram em 1992. Depois da interposição de 34 recursos, a decisão finalmente transitou em julgado em 2016, quando ele veio a ser preso. Durante todo este período, mesmo já condenado, circulou livremente em carros de luxo, frequentando os melhores restaurantes e distribuindo gorjetas fartas, como um homem vitorioso. **O sistema que tínhamos não era garantista. Ele era grosseiramente injusto e difundia a impressão de que neste país o crime compensa.**



## **ADC 44 MC / DF**

### **II.3. O caso Edmundo**

19. Em dezembro de 1995, um conhecido jogador de futebol, saindo da balada, dirigindo seu carro a 120 Km por hora na Lagoa Rodrigo de Freitas, no Rio, provocou um acidente e a morte de 3 pessoas. Foi condenado em outubro de 1999 a uma pena de 4 anos e meio de prisão. Seus advogados entraram com nada menos do que 21 recursos, apenas no STJ. E outros tantos no STF. Em 2011, o Ministro Joaquim Barbosa declarou a prescrição da pena. O processo ainda aguarda julgamento do Plenário. As famílias das três jovens vítimas do crime podem assisti-lo livre e feliz como comentarista de jogos de futebol na televisão. **O sistema que tínhamos não era garantista. Ele era um golaço da impunidade.**

### **II.4. O caso Pedro Talvane**

20. Suplente de Deputado Federal foi denunciado pela morte da titular do cargo, para tomar-lhe a vaga. A acusação é de que havia contratado pistoleiros que mataram a Deputada, seu marido e outras duas vítimas, no episódio que ficou conhecido como “Chacina da Gruta”. O fato se passou em 1998. O réu aguardou em liberdade o julgamento pelo Tribunal do Júri que, em razão de recursos protelatórios, só ocorreu em 2012, mais de 13 anos depois. Ele foi condenado a 103 anos e 4 meses de reclusão. Somente aí, então, se deu a prisão preventiva do réu. Ele recorreu da decisão e o processo se encontra pendente de recurso especial interposto perante o STJ (REsp 1449981/AL). **O sistema que tínhamos não era garantista. Ele era grosseiramente injusto e funcionava como estímulo aos comportamentos mais bárbaros, ao primitivismo puro e simples.**

21. Aliás, duas outras conclusões podem ser extraídas deste caso: (i) a primeira: a condenação pelo Tribunal do Júri em razão de crime

**ADC 44 MC / DF**

doloso contra a vida deve ser executada imediatamente, como decorrência natural da competência soberana do júri conferida pelo art. 5º, XXXVIII, *d*; (ii) a segunda: confirmada a decisão de pronúncia pelo Tribunal de 2º grau, o júri pode ser realizado. Para que não haja dúvida da origem espúria do falso garantismo nessa matéria: a regra sempre fora a prisão do acusado por homicídio após a pronúncia. Foi a Lei nº 5.941, de 22.11.1973, que mudou a disciplina que até então vigorava. A motivação jamais foi desconhecida: o regime militar aprovou a lei a toque de caixa para impedir a prisão do Delegado Sérgio Paranhos Fleury, notório torturador e protegido dos donos do poder de então, condenado por integrar um esquadrão da morte.

**II.5. Caso da Missionária Dorothy Stang**

22. A missionária norte-americana, naturalizada brasileira, Dorothy Stang atuava em projetos sociais na região de Anapu, no sudoeste do Pará. Foi morta aos 73 anos, em fevereiro de 2005, por pistoleiros, a mando de um fazendeiro da região. O júri realizou-se em setembro de 2013, com a condenação de Vitalmiro Bastos de Moura a 30 anos de prisão. Com muitas idas e vindas, passaram-se oito anos até o julgamento de primeiro grau. Vale dizer: se não tivesse sido preso preventivamente, o assassino ainda estaria aguardando em liberdade o trânsito em julgado, que não ocorreu até hoje. **Isso não é garantismo. É a desmoralização do país perante a comunidade internacional, que acompanha o caso com interesse.**

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

**ADC 44 MC / DF**

24. Há incontáveis casos em que coisas semelhantes se passaram. Porque esta é a regra. Apenas a título exemplificativo, no mesmo dia em que nós julgamos o HC 126.292, mudando a jurisprudência nesta matéria, estava na pauta um RE de relatoria da Ministra Rosa Weber. O caso envolvia um homicídio qualificado cometido em 1991. Depois de recursos infundáveis contra a sentença de pronúncia, o réu foi condenado pelo Tribunal do Júri em 1995. Em 2016, a pena ainda não havia sido cumprida, pela interposição sucessiva de recursos descabidos. Quem quiser ler esta história, humanizada, com os nomes dos personagens e das famílias devastadas, pode ler a história publicada pelo jornalista Vinícius Gorczeski, na Revista Época. **Quando se colocam nomes, sentimentos, sofrimentos, inconformismo, o absurdo do sistema fica mais visível.**

25. E mais: em todos esses casos, a infundável interposição de recursos protelatórios não é capaz de efetivar a justiça. Conforme explicitado no meu voto no HC 126.292, o percentual de recursos extraordinários providos em favor do réu é irrisório, inferior a 1,5%<sup>4</sup>. 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<sup>5</sup>. No Superior Tribunal de Justiça, de acordo com dados do

---

4 Segundo dados oficiais da assessoria de gestão estratégica do STF, referentes ao período de 01.01.2009 até 19.04.2016, o percentual médio de recursos criminais providos (tanto em favor do réu, quanto do MP) é de 2,93%. Já a estimativa dos recursos providos apenas em favor do réu aponta um percentual menor, de 1,12%. Como explicitado no texto, os casos de absolvição são raríssimos. No geral, as decisões favoráveis ao réu consistiram em: provimento dos recursos para remover o óbice à progressão de regime, remover o óbice à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, remover o óbice à concessão de regime menos severo que o fechado no caso de tráfico, reconhecimento de prescrição e refazimento de dosimetria.

5 Em verdade, foram identificadas apenas nove decisões absolutórias, representando 0,035% do total de decisões (ARE 857130, ARE 857.130, ARE 675.223, RE 602.561, RE 583.523,

## **ADC 44 MC / DF**

projeto *Supremo em Números*, da Fundação Getúlio Vargas, a média de provimento de recursos especiais (tanto os admitidos na origem como os que são processados via agravo de instrumento) é de 9,1% em favor dos réus. Não há estatística acerca de qual percentual resultou efetivamente em absolvição, mas tal como ocorre no STF, ele deve ser bastante baixo. A maior parte dos provimentos de recurso diz respeito ao regime de pena e à dosimetria.

### III. FATORES IMPORTANTES NA CONSTRUÇÃO DE UM PAÍS E O PAPEL DO DIREITO PENAL

26. A Constituição brasileira, no seu Preâmbulo, elegeu como valores supremos da sociedade brasileira os direitos individuais, a liberdade, a segurança, a igualdade e a justiça. A construção do país idealizado pelos constituintes de 1988 exige: (i) *educação de qualidade* desde a pré-escola, para permitir que as pessoas tenham igualdade de oportunidades e possam fazer escolhas esclarecidas na vida; (ii) *distribuição adequada de riquezas, poder e bem estar*, para que as pessoas possam ser verdadeiramente livres e iguais, e se sentirem integrantes de uma comunidade política que as trata com respeito e consideração; e (iii) *debate público democrático e de qualidade*, no qual a livre circulação de ideias e de opiniões permita a busca das melhores soluções para as necessidades e angústias da coletividade.

27. Dentro desta perspectiva, o direito penal está longe de figurar no topo da lista dos instrumentos mais importantes para realizar o ideário constitucional de fraternidade, pluralismo e tolerância. Talvez por isso mesmo, ele tenha sido largamente negligenciado no Brasil desde a redemocratização. A verdade, porém, é que no atual estágio da condição humana o bem nem sempre consegue se impor por si próprio. A ética, o

---

RE 755.565, RE 924.885, RE 878.671, RE 607.173, AI 580.458). Deve-se considerar a possibilidade de alguma margem de erro, por se tratar de pesquisa artesanal. Ainda assim, não há risco de impacto relevante quer sobre os números absolutos quer sobre o percentual de absolvições.

**ADC 44 MC / DF**

ideal de vida boa precisa de um impulso externo também. Entre nós, no entanto, a ausência de um direito penal minimamente efetivo e igualitário funcionou como um estímulo a diversos tipos de criminalidade. Criamos um país no qual o crime frequentemente compensa. Isso vale, particularmente, para a chamada criminalidade de colarinho branco, universo no qual se situa o fenômeno da corrupção.

28. Por ter uma história marcada pelo autoritarismo, quando não pela truculência, crescemos no Brasil, por justas razões, com grande desconfiança em relação à repressão estatal. Ainda assim, não é possível imaginar uma sociedade democrática, justa e de pessoas livres e iguais sem o respeito a determinados valores e bens jurídicos. Em toda sociedade democrática, o direito penal tem um papel importante a desempenhar. O mais destacado deles é o que a doutrina denomina de *prevenção geral*: as pessoas na vida tomam decisões baseadas em incentivos e riscos. Se há incentivos para a conduta ilícita – como o ganho fácil e farto – e não há grandes riscos de punição, a sociedade experimenta índices elevados de criminalidade.

29. Em passagem que se tornou clássica, Cesare Beccaria assentou que é a certeza da punição, mais do que a intensidade da pena, o grande fator de prevenção da criminalidade. Não é necessário o excesso de tipificações nem tampouco a exacerbação desmedida da pena. O sistema punitivo pode e deve ser moderado. Mas tem que ser sério.

30. Antes de demonstrar a constitucionalidade da orientação adotada pelo Supremo Tribunal Federal no HC 126.292 e de explicitar como o art. 283 deve ser interpretado para que possa subsistir validamente, duas observações são oportunas:

a) sempre que houver um tribunal acima de outro, com poder de revisão, haverá reforma. A questão, portanto, é de competência, e não de justiça; e

b) o tratamento de desprezo e desprestígio que tem sido

**ADC 44 MC / DF**

dado aos tribunais estaduais e aos tribunais regionais federais, como instâncias incapazes de aplicar o direito com competência e seriedade, é preocupante. Ou estes tribunais funcionam muito mal e precisamos voltar nossa atenção para eles; ou a crítica é injusta e deve ser revista. Em qualquer caso, a solução não é o modelo de processos que não terminam nunca.

**Parte II***A CONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO DA CONDENAÇÃO PENAL  
APÓS A DECISÃO DE SEGUNDO GRAU***IV. A OSCILAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO STF NA MATÉRIA**

31. A Constituição Federal proclama, em seu art. 5º, LVII, que *“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”*. O dispositivo consagra o princípio da presunção de inocência, ou – em expressão mais técnica – o princípio da presunção de não culpabilidade<sup>6</sup>. Desde a promulgação da Carta de 1988 até 2009, vigeu nesta Corte o entendimento de que essa norma não impedia a execução da pena após a confirmação da sentença condenatória em segundo grau de jurisdição, ainda que pendentes de julgamento os recursos extraordinário (RE) e especial (REsp)<sup>7</sup>. Em linhas gerais, isso se dava pelo fato de que tais recursos não desfrutam de efeito suspensivo nem se prestam a rever condenações (a realizar a justiça do caso concreto), mas tão somente a reconhecer eventual inconstitucionalidade ou ilegalidade dos julgados de instâncias inferiores, sem qualquer

---

6 Sobre o tema, v. Anthair Edgard de Azevedo Valente e Gonçalves, Inciso LVII do art. 5º da CF: uma presunção à brasileira, mimeografado, 2009.

7 Veja-se, nesse sentido, os seguintes julgados: (i) no Plenário: HC 68.726, Rel. Min. Néri da Silveira, HC 72.061, Rel. Min. Carlos Velloso; (ii) 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 (iii) 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. Confirmam-se, ainda, as Súmulas 716 e 717.

**ADC 44 MC / DF**

reexame de fatos e provas.

32. Em julgamento realizado em 5.02.2009, porém, este entendimento foi alterado em favor de uma leitura mais literal do art. 5º, LVII. De fato, ao apreciar o HC 84.078, sob a relatoria do Ministro Eros Grau, o Supremo Tribunal Federal, por 7 votos a 4, passou a interpretar tal dispositivo como uma regra de caráter absoluto, que impedia a execução provisória da pena com o objetivo proclamado de efetivar as garantias processuais dos réus. Conforme a ementa do julgado, a ampla defesa “engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária”, de modo que “a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa”<sup>8</sup>. Esta é a orientação que vigorou até o julgamento do HC 126.292.

33. No HC 126.292 (Rel. Min. Teori Zavascki, j. em 17.02.2016), o Supremo Tribunal Federal, também pela maioria de 7 votos, entendeu que a Constituição admite a prisão do condenado após a decisão em segundo grau – vale dizer, após a condenação por Tribunal de Justiça ou por Tribunal Regional Federal –, independentemente do trânsito em julgado da decisão, isto é, enquanto ainda cabíveis recursos especial e extraordinário. Ficaram vencidos na ocasião os Ministros Rosa Weber, Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski.

34. Em meu voto, defendi a ocorrência de uma *mutação constitucional*, isto é, de uma transformação, por mecanismo informal, do sentido e do alcance do princípio constitucional da presunção de inocência, apesar da ausência de modificação do seu texto. Na matéria, tinha havido uma primeira mutação constitucional em 2009, quando o STF alterou seu entendimento original sobre o momento a partir do qual era legítimo o início da execução da pena. Encaminhou-se, porém, para

---

8 Votaram com a maioria os Ministros Eros Grau, Celso de Mello, Marco Aurélio, Cezar Peluso, Ayres Britto, Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes. Votaram vencidos, pela manutenção da orientação anterior, Menezes Direito, Joaquim Barbosa, Cármen Lúcia e Ellen Gracie.

## ADC 44 MC / DF

nova mudança sob o impacto traumático da própria realidade que se criou após a primeira mudança de orientação.

35. Com efeito, destaquei que a impossibilidade de execução da pena após o julgamento final pelas instâncias ordinárias produziu três consequências muito negativas para o sistema de justiça criminal. Em *primeiro lugar*, funcionou como um poderoso incentivo à infundável interposição de recursos protelatórios. Tais impugnações movimentam a máquina do Poder Judiciário, com considerável gasto de tempo e de recursos escassos, sem real proveito para a efetivação da justiça ou para o respeito às garantias processuais penais dos réus. No mundo real, o percentual de recursos extraordinários providos em favor do réu é irrisório, inferior a 1,5%<sup>9</sup>. 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<sup>10</sup>.

36. Em *segundo lugar*, reforçou a seletividade do sistema penal. A ampla (e quase irrestrita) possibilidade de recorrer em liberdade aproveita sobretudo aos réus abastados, com condições de contratar os

---

9 Segundo dados oficiais da assessoria de gestão estratégica do STF, referentes ao período de 01.01.2009 até 19.04.2016, o percentual médio de recursos criminais providos (tanto em favor do réu, quanto do MP) é de 2,93%. Já a estimativa dos recursos providos apenas em favor do réu aponta um percentual menor, de 1,12%. Como explicitado no texto, os casos de absolvição são raríssimos. No geral, as decisões favoráveis ao réu consistiram em: provimento dos recursos para remover o óbice à progressão de regime, remover o óbice à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, remover o óbice à concessão de regime menos severo que o fechado no caso de tráfico, reconhecimento de prescrição e refazimento de dosimetria.

10 Em verdade, foram identificadas apenas nove decisões absolutórias, representando 0,035% do total de decisões (ARE 857130, ARE 857.130, ARE 675.223, RE 602.561, RE 583.523, RE 755.565, RE 924.885, RE 878.671, RE 607.173, AI 580.458). Deve-se considerar a possibilidade de alguma margem de erro, por se tratar de pesquisa artesanal. Ainda assim, não há risco de impacto relevante quer sobre os números absolutos quer sobre o percentual de absolvições.



**ADC 44 MC / DF**

melhores advogados para defendê-los em sucessivos recursos. Em regra, os réus mais pobres não têm dinheiro (nem a Defensoria Pública tem estrutura) para bancar a procrastinação. Não por acaso, na prática, torna-se mais fácil prender um jovem de periferia que porta 100g de maconha do que um agente político ou empresário que comete uma fraude milionária.

37. Em *terceiro lugar*, o novo entendimento contribuiu significativamente para agravar o descrédito do sistema de justiça penal junto à sociedade. A necessidade de aguardar o trânsito em julgado para iniciar a execução da pena tem conduzido massivamente à prescrição da pretensão punitiva<sup>11</sup> ou ao enorme distanciamento temporal entre a prática do delito e a punição definitiva. Em ambos os casos, produz-se deletéria sensação de impunidade, o que compromete, ainda, os objetivos da pena, de prevenção especial e geral. Um sistema de justiça desmoralizado não serve ao Judiciário, à sociedade, aos réus e tampouco aos advogados.

38. A partir desses três fatores, tornou-se evidente que não se justifica no cenário atual a leitura mais conservadora e extremada do princípio da presunção de inocência, que impede a execução (ainda que provisória) da pena quando já existe pronunciamento jurisdicional de segundo grau (ou de órgão colegiado, no caso de foro por prerrogativa de função) no sentido da culpabilidade do agente. É necessário conferir ao art. 5º, LVII a interpretação mais condizente com as exigências da ordem constitucional no sentido de garantir a efetividade da lei penal, em prol dos bens jurídicos que ela visa resguardar, tais como a vida e a integridade psicofísica – todos com *status* constitucional. Ainda que o STF tenha se manifestado em sentido diverso no passado, e mesmo que não tenha havido alteração formal do texto da Constituição de 1988, o sentido

---

11 De acordo com o CNJ, somente nos anos de 2010 e 2011, a Justiça brasileira deixou prescrever 2.918 ações envolvendo crimes de corrupção e lavagem de dinheiro. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/60017-justica-condena-205-por-corrupcao-lavagem-e-improbidade-em-2012>

**ADC 44 MC / DF**

que lhe deve ser atribuído inequivocamente se alterou. Fundado nessa premissa, entendi que a Constituição Federal e o sistema penal brasileiro admitem – e justificam – a execução da pena após a condenação em segundo grau de jurisdição, ainda sem o trânsito em julgado, destacando múltiplos fundamentos que legitimam esta compreensão, resumidos a seguir.

V. FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS E LEGAIS QUE LEGITIMAM A DE EXECUÇÃO DA CONDENAÇÃO PENAL APÓS A DECISÃO DE SEGUNDO GRAU

39. No HC 126.292, concluí que a execução da pena após a decisão condenatória em segundo grau de jurisdição não ofende o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade (CF/1988, art. 5º, LVII). Ao contrário, a prisão, neste caso, justifica-se pela conjugação de três fundamentos jurídicos.

40. Em *primeiro lugar*, a Constituição brasileira não condiciona a prisão – mas, sim, a certeza jurídica acerca da culpabilidade – ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória. O pressuposto para a privação de liberdade é a ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, e não sua irrecorribilidade. Para chegar a essa conclusão, basta uma leitura sistemática dos incisos LVII e LXI do art. 5º da Carta de 1988, à luz do princípio da unidade da Constituição. Enquanto o inciso LVII define que “ninguém será considerado *culpado* até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”, logo abaixo, o inciso LXI prevê que “ninguém será *preso* senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente”. Assim, é evidente que a Constituição diferencia o regime da culpabilidade e o da prisão.

41. Em *segundo lugar*, a presunção de inocência é princípio (e não regra) e, como tal, pode ser aplicada com maior ou menor intensidade, quando ponderada com outros princípios ou bens jurídicos constitucionais colidentes. No caso específico da condenação em segundo

**ADC 44 MC / DF**

grau de jurisdição, na medida em que já houve demonstração segura da responsabilidade penal do réu e finalizou-se a apreciação de fatos e provas, o princípio da presunção de inocência adquire menor peso ao ser ponderado com o interesse constitucional na efetividade da lei penal, em prol dos objetivos e bens jurídicos tutelados pelo direito penal (CF/1988, arts. 5º, *caput* e LXXVIII e 144).

42. Em *terceiro lugar*, com o acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação esgotam-se as instâncias ordinárias e a execução da pena passa a constituir, em regra, exigência de ordem pública, entendida como a eficácia do direito penal necessária para a proteção da vida, da segurança e da integridade das pessoas e de todos os demais fins que justificam o próprio sistema criminal. É intuitivo que, quando um crime é cometido e seu autor é condenado em segundo grau de jurisdição, mas não é punido ou é punido décadas depois, tanto o condenado quanto a sociedade perdem a necessária confiança na jurisdição penal. Assim, ainda que não houvesse fundamento constitucional direto para legitimar a prisão após a condenação em segundo grau, ela se justificaria nos termos da legislação ordinária. Isso, é claro, não exclui a possibilidade de que o réu recorra ao STF ou ao STJ para corrigir eventual abuso ou erro das decisões de primeiro e segundo graus, o que continua a poder ser feito pela via do HC, além de poder requerer, em situações extremas, a concessão de efeito suspensivo no RE ou no REsp.

43. Por fim, apontei três fundamentos pragmáticos que reforçam a opção pela interpretação adotada, ao demonstrar que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em 2º grau de jurisdição pode contribuir para a melhoria do sistema de justiça criminal. Primeiro, a interpretação permite tornar o sistema de justiça criminal mais funcional e equilibrado, na medida em que (i) coíbe a abusiva e infundável interposição de recursos protelatórios, que impedia que condenações proferidas em grau de apelação produzissem qualquer

**ADC 44 MC / DF**

consequência, conferindo aos recursos aos tribunais superiores efeito suspensivo que eles não têm por força de lei; bem como (ii) favorece a valorização e a autoridade das instâncias ordinárias, algo que há muito se perdeu no Brasil, pelo fato de o juiz de primeiro grau e o Tribunal de Justiça terem passado a funcionar como instâncias de passagem até a apreciação pelos Tribunais Superiores.

44. Segundo, a execução provisória da condenação penal após a decisão de 2º grau diminui a seletividade do sistema punitivo brasileiro, tornando-o mais republicano e igualitário, bem como reduz os incentivos à criminalidade de colarinho branco, decorrente do mínimo risco de cumprimento efetivo da pena. Antes da mudança jurisprudencial, em regra, apenas as pessoas com mais recursos financeiros, mesmo que condenadas, não cumpriam a pena ou conseguiam procrastinar a sua execução por mais de 20 anos. Como é intuitivo, essa não era a situação das pessoas que hoje superlotam as prisões brasileiras (muitas vezes, sem qualquer condenação de primeiro ou segundo graus), que não têm condições de manter advogado para interpor um recurso atrás do outro. Boa parte desses indivíduos, aliás, já se encontra presa preventivamente por força do art. 312 do Código de Processo Penal.

45. Terceiro, promove-se a quebra do paradigma da impunidade do sistema criminal, ao evitar que a necessidade de aguardar o trânsito em julgado do recurso extraordinário e do recurso especial impeça a aplicação da pena (pela prescrição) ou cause enorme distanciamento temporal entre a prática do delito e a punição. Assim, ao evitar que a punição penal possa ser retardada por anos e mesmo décadas, fortalece-se a tutela dos bens jurídicos resguardados pelo direito penal, bem como se restaura a própria confiança da sociedade na Justiça criminal.

46. Em razão de todos esses motivos, concluí que o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade não impede a

**ADC 44 MC / DF**

execução da pena após a decisão condenatória de segundo grau de jurisdição.

**Parte III**

**O ART. 283 DO CPP NÃO OBSTA A EXECUÇÃO  
DA CONDENAÇÃO PENAL APÓS A DECISÃO DE SEGUNDO GRAU**

**VI. PEDIDOS PRINCIPAIS: A CORRETA INTERPRETAÇÃO DO ART. 283 DO  
CPP À LUZ DA CONSTITUIÇÃO**

47. Nas presentes ações diretas, postula-se a declaração de constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, que prevê que *“ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva”*. Ambas as ações apontam uma suposta omissão do STF no julgamento do HC 126.292 quanto à validade de referido dispositivo legal, que, em seu sentido literal mais óbvio, impediria o cumprimento da pena antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. Desde logo deixo consignado que meu voto enfrentou expressamente a questão do art. 283 do CPC, em parágrafo específico a ele dedicado, como se verá logo adiante.

48. As ADCs veiculam, porém, fundamentos diversos para defender a compatibilidade do art. 283 do CPP com a Constituição. De um lado, a ADC 43 não discute a possibilidade constitucional de execução da pena após a decisão de segundo grau, mas alega que o art. 283, ao condicionar a prisão ao trânsito em julgado, veicularia uma opção legítima e razoável do legislador à luz da “moldura” prevista na Carta de 1988. De outro lado, a ADC 44 aduz que o dispositivo do Código de Processo Penal apenas reproduz o teor do art. 5º, LVII e LXI, da CF/1988, de modo que declará-lo inconstitucional implicaria a inconstitucionalidade das próprias normas constitucionais originárias, o

**ADC 44 MC / DF**

que não é admitido pelo STF.

49. Começo por afastar a última alegação. Como demonstrei em meu voto no HC 126.292, ao contrário do que uma leitura apressada da literalidade do inc. LVII do art. 5º poderia sugerir, a Constituição brasileira não condiciona a prisão – mas sim a culpabilidade – ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Tal norma define que *“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”*. É o inc. LXI que trata da prisão e este, diferentemente do anterior, não exige o trânsito em julgado para fins de privação de liberdade, mas, sim, determinação escrita e fundamentada expedida por autoridade judiciária. Nesse sentido, prevê que *“ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente”*. Assim, considerando-se ambos os incisos, é evidente que a Constituição diferencia o regime da culpabilidade e o da prisão. Não há, portanto, que se falar que o art. 283 do CPP apenas “espelha” o disposto no texto constitucional e, por isso, não poderia ser questionado.

50. Já em relação à alegação de legitimidade do art. 283 à luz da Carta de 1988, é razoável suspeitar que uma das leituras possíveis do art. 283 do Código de Processo Penal (com redação dada pela Lei nº 12.403/2011) é aquela que limita a prisão às hipóteses de (i) trânsito em julgado de sentença condenatória, (ii) prisão temporária ou (iii) prisão preventiva. Apesar disso, penso que é tanto necessário, quanto possível extrair do dispositivo interpretação que comporte a possibilidade de execução provisória da pena antes do trânsito em julgado da condenação, de modo a compatibilizá-lo com a exigência constitucional de efetividade e credibilidade do sistema de justiça criminal.

51. Os direitos ou garantias não são absolutos<sup>12</sup>, o que significa que não se admite o exercício ilimitado das prerrogativas que lhes são

---

12 STF, MS 23452, Rel. Min. Celso de Mello: “OS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS NÃO TÊM CARÁTER ABSOLUTO. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto.”

**ADC 44 MC / DF**

inerentes, principalmente quando veiculados sob a forma de princípios (e não regras), como é o caso da presunção de inocência. Enquanto princípio, tal presunção pode ser restringida por outras normas de estatura constitucional (desde que não se atinja o seu núcleo essencial), sendo necessário ponderá-la com os outros objetivos e interesses em jogo.

52. Na discussão sobre a execução da pena depois de proferido o acórdão condenatório pelo Tribunal competente, o princípio da presunção de inocência está em tensão com o interesse constitucional na efetividade da lei penal, em prol dos objetivos (prevenção geral e específica) e bens jurídicos (vida, dignidade humana, integridade física e moral, etc.) tutelados pelo direito penal, com amplo lastro na Constituição (arts. 5º, *caput* e LXXVIII e 144). Nessa ponderação, com a decisão condenatória em segundo grau de jurisdição, há sensível redução do peso do princípio da presunção de inocência e equivalente aumento do peso atribuído à exigência de efetividade do sistema penal. É que, de um lado, já há demonstração segura da autoria e materialidade e necessariamente se tem por finalizada a apreciação de fatos e provas. E, de outro, permitir o enorme distanciamento no tempo entre fato, condenação e efetivo cumprimento da pena (que em muitos casos conduz à prescrição) impede que o direito penal seja sério, eficaz e capaz de prevenir os crimes e dar satisfação à sociedade. Nessa situação, o sacrifício que se impõe ao princípio da não culpabilidade – prisão do acusado condenado em segundo grau antes do trânsito em julgado – é superado pelo que se ganha em proteção da efetividade e da credibilidade da Justiça. E mais: interditar a prisão quando já há condenação em segundo grau confere proteção deficiente a bens jurídicos constitucionais tutelados pelo direito penal muito caros à ordem constitucional de 1988.

53. Dessa ponderação decorre que, uma vez proferida a decisão condenatória de segundo grau, deve se iniciar o cumprimento da pena. A prisão na hipótese decorre, assim, de fundamento diretamente

**ADC 44 MC / DF**

constitucional, limitando a esfera de liberdade do legislador. Já em meu voto no HC 126.292 manifestei-me no sentido de que tal ponderação de bens jurídicos não é obstaculizada pelo art. 283, CPP, nos seguintes termos: *“Note-se que este dispositivo admite a prisão temporária e a prisão preventiva, que podem ser decretadas por fundamentos puramente infraconstitucionais (e.g., “quando imprescindível para as investigações do inquérito policial” – Lei nº 9.760/89 – ou “por conveniência da instrução criminal” – CPP, art. 312). Naturalmente, não serve o art. 283 do CPP para impedir a prisão após a condenação em segundo grau – quando já há certeza acerca da materialidade e autoria – por fundamento diretamente constitucional. Acentue-se, porque relevante: interpreta-se a legislação ordinária à luz da Constituição, e não o contrário”*.

54. Por esses motivos, deve-se conferir interpretação conforme a Constituição ao art. 283 do CPP, com a redação dada pela Lei nº 12.403/2011, para se excluir a possibilidade de que o texto do dispositivo seja interpretado no sentido de obstar a execução provisória da pena depois da decisão condenatória de segundo grau e antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. Note-se que o próprio art. 283, ao admitir a prisão temporária e a prisão preventiva – ambas decretáveis antes mesmo da primeira decisão condenatória –, é perfeitamente compatível com a prisão após o julgamento em segundo grau, quando então, já concluída a instrução e exercida a ampla defesa, se estabeleceu certeza jurídica acerca da materialidade e autoria. Trata-se, portanto, de uma decisão interpretativa que apenas exclui uma das possibilidades de sentido da norma, afirmando-se uma interpretação alternativa, compatível com a Constituição. Como se vê, a técnica não importa em nulidade da norma, de modo a preservar a sua presunção de constitucionalidade.

55. Ademais, nesse caso, inexistente a afronta ao princípio da reserva de plenário na decretação das prisões antes do trânsito em julgado (CF/1988, art. 97 e SV 10) alegada na ADC 44. O fundamento da



**ADC 44 MC / DF**

Súmula Vinculante 10 é o art. 97 da Constituição, que veda a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo por órgão fracionário de tribunal. O objetivo da norma é preservar a presunção de constitucionalidade dos atos do Poder Público, cuja superação é considerada tão grave que depende de decisão tomada pela maioria absoluta dos membros da corte ou de seu órgão especial. Naturalmente, ainda mais ofensiva que a simples declaração de invalidade seria o afastamento dissimulado da lei por invocação da Carta. Por isso é que a súmula vinculante 10 considera igualmente nulo o acórdão *“que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte”*.

56. Isso não significa, por óbvio, que os órgãos fracionários estejam proibidos de interpretar a legislação ordinária, com ou sem referência expressa à Constituição. A aplicação do direito pressupõe a definição do seu sentido e alcance. Essa é a atividade cotidiana dos tribunais e seus órgãos fracionários. O que não se admite é o afastamento do ato, por norma constitucional, sem observância da reserva de plenário. A diferença entre as duas hipóteses nem sempre será clara, mas há uma zona de certeza positiva quanto à incidência do art. 97: se o tribunal de origem esvaziar a lei ou o ato normativo – *i.e.*, se não restar qualquer espaço para a aplicação do preceito legal –, não haverá dúvida de que terá ocorrido um afastamento, e não uma simples interpretação.

57. No caso, porém, das decisões de tribunais que, após o julgamento do HC 126.292, determinaram a privação da liberdade do condenado antes do trânsito em julgado da condenação não houve violação à cláusula de reserva de plenário. Em verdade, os tribunais apenas conferiram ao art. 282 do CPP interpretação condizente com o texto constitucional, do qual decorre diretamente o fundamento da possibilidade de privação de liberdade após condenação em segundo grau. Ainda que assim não fosse, tanto no CPC/1973 (art. 481, p. único), quanto no CPC/2015 (art. 949, p. único) prevê-se que “os órgãos

**ADC 44 MC / DF**

fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário ou ao órgão especial a arguição de inconstitucionalidade quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão”. Assim, a manifestação plenária do STF no julgamento do HC 126.292 afasta a reserva de plenário.

58. Tampouco há que se falar de violação ao princípio da reserva legal, como sustenta o requerente da ADC 43. Não se trata, aqui, de criação, pelo STF, de nova modalidade de prisão sem previsão em lei, mas de modalidade, que além de ter fundamento diretamente constitucional, é extraída do art. 637 do CPP. Tal dispositivo prevê que “*o recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para a execução da sentença*” e vale igualmente em relação ao recurso especial (sem previsão na CF/1937) nos termos da Súmula 267 do STJ<sup>13</sup>. Tal preceito, antes mesmo da edição do art. 283 do CPP, funcionava como base legal da execução da pena após condenação em segundo grau, que vigorou desde a promulgação da Carta de 1988 até 2009. Isso porque, não tendo o REsp e o RE efeito suspensivo (como afirma o art. 637, CPP), como decorrência lógica, já se pode iniciar a execução penal (ainda que em caráter provisório) e a prisão se dá como efeito da própria condenação.

59. E não é possível alegar-se que o art. 283 do CPP (com redação dada pela Lei nº 12.403/2011) é norma posterior e mais especial em relação ao art. 637 do CPP, de modo a prevalecer em relação a este por meio do emprego dos critérios cronológico e da especialidade. Em verdade, ao se conferir interpretação conforme a Constituição ao art. 283 do CPP para compatibilizá-lo com a Constituição de 1988, não resta conflito entre os ambos os preceitos. Ao contrário, ambos harmonizam-se perfeitamente.

---

13 STJ, Súmula 267: “a interposição de recurso, sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória não obsta a expedição de mandado de prisão”.

**ADC 44 MC / DF**

60. Além disso, como argumento adicional, seria até mesmo possível extrair a previsão legal para a prisão após sentença condenatória de segundo grau do próprio art. 283 do CPP – questionado nestas ADCs –, na parte em que autoriza a prisão preventiva no curso do processo. Ainda que não houvesse fundamento direto na Carta de 1988, com o esgotamento das instâncias ordinárias, a execução da pena passa a constituir exigência de ordem pública (art. 312, CPP<sup>14</sup>), necessária para assegurar a credibilidade do Poder Judiciário e do sistema penal. Nessa hipótese, porém, dispensa-se motivação específica pelo magistrado da necessidade de “garantia da ordem pública” e do não cabimento de medidas cautelares alternativas, valendo, para fins dos arts. 315 e 282, § 6º, CPP<sup>15</sup>, a própria condenação em segundo grau como demonstração suficiente para a decretação da prisão.

61. A afronta à efetividade da justiça criminal e à ordem pública pela necessidade de se aguardar o julgamento do RE e do REsp torna-se ainda mais patente pela análise do baixo índice de provimento dos recursos de natureza extraordinária, tanto no STF, quanto no STJ. Segundo dados oficiais da assessoria de gestão estratégica do STF, referentes ao período de 01.01.2009 até 19.04.2016, o percentual médio de recursos extraordinários criminais providos em favor do réu foi de 1,12%. Já no caso do STJ, dados fornecidos pela Presidência do Tribunal indicam que os recursos especiais criminais providos em favor do réu no período de 01.01.2009 até 20.06.2016 foi de 10,29%<sup>16</sup>.

---

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

15 CPP, art. 315: A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011). CPP, art. 282, § 6º: A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319). (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

16 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

**ADC 44 MC / DF**

62. 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. Tampouco se desconhece que, como o sistema prisional é integrado majoritariamente pela parcela mais vulnerável da população, 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<sup>17</sup>.

63. Nesse cenário, penso que 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,

---

REsp providos em favor do réu e DP no período de 01/01/2009 até 20/06/2016 por classe de feito.

17 Conforme dados do DEPEN de 2016, referentes a dezembro de 2014. Disponível em: <[http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/infopen\\_dez14.pdf/@download/file](http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/infopen_dez14.pdf/@download/file)>

**ADC 44 MC / DF**

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.

64. Cabe também fazer uma ressalva em relação à apontada incompatibilidade entre o cumprimento da pena após a decisão em segundo instância e o reconhecimento, pelo STF, de um estado de coisas inconstitucional no sistema prisional brasileiro. No julgamento da ADPF 347 MC (Rel. Min. Marco Aurélio, j. em 09.09.2015), em que se deferiu em parte os pedidos de medida cautelar formulados, não se cogitou de impedir novas prisões, mas apenas se apontou a necessidade de implementar medidas capazes de sanar a violação massiva e persistente de direitos fundamentais dos detentos. E mais: conforme estudo publicado pelo projeto Supremo em Números, da FGV Direito Rio, o impacto quantitativo da decisão no sistema prisional não será relevante a ponto de promover o colapso do sistema<sup>18</sup>. Considerando-se os réus soltos, condenados em segunda instância a 4 ou mais anos de prisão e com recurso pendente de julgamento no STJ ou no STF, o levantamento estima que o número de réus que seriam levados a prisão antes do trânsito em julgado representaria cerca de 2% do sistema carcerário<sup>19</sup>.

65. Com base nesses fundamentos, indefiro os pedidos, em sede de medida cautelar, de que (i) *“não sejam deflagradas novas execuções provisórias de penas de prisão e sejam suspensas as que já estiverem em curso, libertando-se, até que a presente ação seja julgada, as pessoas que ora se encontram encarceradas, sem que a respectiva decisão condenatória tenha transitado em julgado”*, formulado na ADC 43; e de que (ii) haja a *“suspensão da execução antecipada da pena de todos os casos em que os órgãos fracionários de Segunda Instância, com base no HC 126.292/SP, simplesmente ignoraram o disposto do artigo 283 do Código de Processo Penal”*, formulado na

18 Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2831802](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2831802)>.

19 Ivar A. Hartmann, Execução provisória da pena: Defendendo os 2%. Jota, 2 set., 2016. Disponível em: <<http://jota.uol.com.br/execucao-provisoria-da-pena-defendendo-os-2>>

**ADC 44 MC / DF**

ADC 44.

VII. PEDIDOS SUBSIDIÁRIOS

**VII.1. Impossibilidade de excepcionar o STJ da aplicação do novo entendimento**

66. Na ADC, pede-se, ainda, que seja realizada interpretação conforme a Constituição do artigo 637 do CPP, restringindo, enquanto não for julgado o mérito da ação, a não produção do efeito suspensivo aos recursos extraordinários, e condicionando a aplicação da pena à análise da causa criminal pelo STJ quando houver a interposição de recurso especial". Cita, para esse fim, os seguintes três fundamentos: (i) toda sentença criminal condenatória necessariamente interpreta a lei federal, ao passo que, apenas excepcionalmente, enfrenta com autonomia alguma questão constitucional; (ii) o juízo positivo de culpabilidade consubstancia típico juízo jurídico, não bastando, para a afirmação da culpa, a formulação de juízo meramente fático; e (iii) enquanto as funções do STF passaram por significativa transformação nos últimos anos, com a objetivação do controle difuso de constitucionalidade, as funções do STJ continuam compatíveis com a de um Tribunal Superior de recursos.

67. Entendo, porém, que não é o caso de excepcionar o STJ da aplicação do entendimento do STF no HC 126.292. Embora as funções exercidas por um e outro tribunal nas causas criminais não sejam idênticas, ambas as instâncias são consideradas extraordinárias. Como se sabe, os recursos extraordinário e especial não se prestam a rever as condenações, mas apenas a tutelar a higidez do ordenamento jurídico constitucional e infraconstitucional. Por isso, nos termos da Constituição, a interposição desses recursos pressupõe que a causa esteja decidida. É o que preveem os artigos 102, III, e 105, III, que atribuem competência ao STF e ao STJ para julgar, respectivamente, mediante recurso extraordinário e especial, "*as causas decididas em única ou última instância*".

## **ADC 44 MC / DF**

Ainda, tais recursos excepcionais não possuem efeito suspensivo (v. art. 637 do CPP e art. 1.029, § 5º, CPC/2015, aplicável subsidiariamente ao processo penal, por força do art. 3º, do CPP), nem se deve reconhecer, no direito brasileiro, um direito ao triplo (ou quádruplo) grau de jurisdição.

68. Desse modo, a manutenção da orientação da possibilidade de cumprimento da pena após decisão em segundo grau prestigia tanto os tribunais ordinários (que deixam de funcionar como instâncias de passagem), quanto os próprios STF e STJ, cujo acesso se deve dar em situações efetivamente extraordinárias, e que não podem se transformar em tribunais de revisão ou ter seu tempo e recursos escassos desperdiçados com a necessidade de proferir decisões em recursos nitidamente inadmissíveis e protelatórios.

### **VII.2. Não cabimento da modulação dos efeitos temporais do entendimento do STF**

69. Por fim, o requerente afirma que, nos autos do HC 126.292, o STF produziu interpretação mais gravosa quanto à possibilidade de prisão antes do trânsito da decisão condenatória penal, superando seu entendimento pretérito, proferido no HC 84.078, no sentido da impossibilidade de execução provisória da pena. Pondera, por outro lado, que a Constituição veda expressamente que a lei retroaja para prejudicar o réu e que, se assim se procede com a lei penal, o mesmo preceito deve ser observado quanto a eventuais alterações jurisprudenciais mais gravosas em matéria penal, já que essas se equiparam a uma alteração legislativa. Por essas razões e, ainda, sob a invocação dos princípios da segurança jurídica, da boa-fé e da confiança dos jurisdicionados, o requerente da ADC 43 defende que o novo entendimento do STF seja aplicado tão somente a ilícitos praticados posteriormente à decisão de mérito proferida nesta ADC 43 ou, subsidiariamente, apenas a ilícitos praticados posteriormente à decisão do HC 126.292. Ademais, em sede cautelar, pede que *“não sejam deflagradas novas execuções provisórias de*

**ADC 44 MC / DF**

*penas de prisão e sejam suspensas as que já estiverem em curso, libertando-se, até que a presente ação seja julgada, as pessoas que ora se encontram encarceradas, sem que a respectiva decisão condenatória tenha transitado em julgado”.*

70. Não assiste razão ao postulante. Em primeiro lugar, é preciso observar que o art. 5º, incs. XXXIX e XL, da Constituição prevê que: *“Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”* e que *“A lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”*. Destes dispositivos resulta uma vedação constitucional à caracterização como crime de um ato que não estava tipificado como ilícito penal, à época em que praticado, ou à aplicação de uma pena que não estava prevista na lei quando da ocorrência do delito. Todavia, é preciso observar, em primeiro lugar, que o novo entendimento do Supremo Tribunal Federal não cria novo crime ou nova sanção penal.

71. A nova interpretação produzida pelo Supremo Tribunal Federal versa sobre matéria processual penal, sujeita à incidência imediata, nos termos do art. 2º do Código de Processo Penal, segundo o qual: *“A lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior”*. O próprio Tribunal já assentou, por diversas vezes em sua jurisprudência, que a norma processual penal aplica-se imediatamente, inclusive no que respeita a ilícitos praticados anteriormente ao início de sua vigência. Confirmam-se os trechos de acórdão a seguir:

**“(…) IV - Nos termos do art. 2º do CPP, “a lei processual aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior”. Desse modo, se lei nova vier a prever recurso antes inexistente, após o julgamento realizado, a decisão permanece irrecorrível, mesmo que ainda não tenha decorrido o prazo para a interposição do novo recurso; se lei nova vier a suprimir ou abolir recurso existente antes da prolação da sentença, não há falar em direito ao exercício do recurso revogado. Se a**



**ADC 44 MC / DF**

**modificação ou alteração legislativa vier a ocorrer na data da decisão, a recorribilidade subsiste pela lei anterior.** V - Há de se ter em conta que a matéria é regida pelo princípio fundamental de que a recorribilidade se rege pela lei em vigor na data em que a decisão for publicada (...). (RE 752988 AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ 03.02.2014, grifou-se)

**“(...) 2. O art. 420 do Código de Processo Penal, com a redação determinada pela Lei n.º 11.689/2008, de natureza processual, aplica-se de imediato, inclusive aos processos em curso, e não viola a ampla defesa. [...]. 4. Existência de vetoriais negativas do art. 59 do Código Penal autorizadas da elevação da pena acima do mínimo legal. 5. Habeas corpus extinto sem resolução de mérito”.** (HC 113723, rel. Min. Rosa Weber, DJ 04.12.2013, grifou-se)

**“(...) 4. A norma processual penal aplica-se de imediato, incidindo sobre os processos futuros e em curso, mesmo que tenham por objeto crimes pretéritos. 5. O art. 420 do Código de Processo Penal, com a redação determinada pela Lei n.º 11.689/2008, como norma processual, aplica-se de imediato, inclusive aos processos em curso, e não viola a ampla defesa. 6. Recurso ordinário em habeas corpus a que se nega provimento.”** (RHC 108070, rel. Min. Rosa Weber, DJe, 05.10.2012, grifou-se)

72. A aplicabilidade imediata das normas processuais é excepcionada pelo STF nos casos de leis penais de conteúdo misto, ou seja, no caso de normas que disponham sobre direito material e sobre direito processual, como ocorreu, por exemplo, com a nova redação conferida pela Lei 9.271/1996 ao art. 366 do Código de Processo Penal<sup>20</sup>. A

---

<sup>20</sup> CPP, art. 366, com redação conferida pela Lei 9.271/1996: “Se o acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional, podendo o juiz determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes e, se for o caso, decretar prisão preventiva, nos termos do disposto no art. 312”.

**ADC 44 MC / DF**

nova lei estabeleceu que a revelia (instituto processual) suspenderia o curso da prescrição (instituto de direito material). Porque a disciplina processual impactava diretamente sobre a prescrição entendeu-se que a suspensão do prazo extintivo não poderia ser aplicada a revelias configuradas anteriormente à vigência da referida lei. Foi o que decidiu o STF no RHC 105730 (Rel. Min. Teori Zavascki, DJ 08.05.2014). Todavia, o entendimento sobre execução provisória não configura norma de natureza mista. Ao proferi-lo, o Supremo Tribunal Federal decidiu em que momento torna-se possível executar decisão judicial confirmada em, ao menos, duas instâncias. Se a possibilidade de uma norma processual repercutir sobre a liberdade implicasse sua automática configuração como norma mista ou vedasse sua aplicação para ilícitos ocorridos anteriormente à sua vigência, a aplicabilidade imediata seria uma exceção no processo penal e não a regra porque a privação da liberdade é o resultado provável de inúmeros processos penais.

73. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não considera norma mista ou norma penal material um dispositivo apenas porque ele pode impactar, de alguma forma, sobre a liberdade do cidadão. Tanto é assim que o STF, em acórdão relatado pelo Min. Gilmar Mendes (ARE 644850 ED, DJe, 04.11.2011), considerou norma meramente processual aquela que dispôs sobre fiança, que possibilita justamente o relaxamento da prisão.

74. Por outro lado, a modulação dos efeitos temporais de uma decisão do STF pressupõe a ponderação entre o dispositivo constitucional violado e os valores segurança jurídica, proteção da confiança legítima e da boa-fé do administrado. Não há como sustentar, contudo, que a segurança jurídica dos réus foi violada porque, se tivessem sabido que seriam presos após decisão de segundo grau, não teriam cometido seus ilícitos ou teriam se defendido no processo de forma diversa. Tampouco se pode afirmar que a afronta a esses princípios estaria no fato de que o réu tinha depositado sua confiança na inefetividade do sistema penal à

**ADC 44 MC / DF**

época em que escolheu se apropriar do dinheiro público, matar, roubar ou e que, portanto, tem direito a que tal sistema permaneça ineficaz.

75. O caso em exame difere daquele apreciado na AP 606-QO<sup>21</sup> e do caso do crédito presumido em matéria de IPI<sup>22</sup> porque em ambos a conduta dos jurisdicionados se pautou pela jurisprudência do STF, de forma que a mudança do critério jurisprudencial, nesses casos, efetivamente surpreenderia tanto o deputado que esperou para renunciar ao mandato com base no termo final estabelecido pela jurisprudência da Corte, quanto o contribuinte que se creditou do IPI porque a jurisprudência do STF dizia que este creditamento era cabível. Não é o que ocorre, contudo, no presente caso pelas razões já explicitadas. Portanto, entendo que a pretendida modulação dos efeitos temporais do entendimento do Supremo Tribunal Federal que admite a execução

---

21 Nos autos da Ação Penal 606, citada pelo requerente em sua inicial, decidiu-se que o momento para a determinação do tribunal competente para julgar autoridade com foro especial é o final da instrução processual. Por isso, eventual renúncia ao mandato, posterior a tal momento processual, não ensejaria a perda da competência do STF. Como a alteração do critério poderia surpreender os réus que pretendiam renunciar aos respectivos mandatos, porque antes dessa decisão o STF não adotava esta posição, eu considerei a atribuir efeitos prospectivos à decisão. No entanto, no referido caso, a instrução ainda não havia sido concluída porque o réu renunciou às vésperas da prova de defesa, portanto, antes do final da instrução. A reflexão sobre a modulação de efeitos na hipótese figurou, portanto, como mera conjectura, como mero obiter dictum, não apreciado de forma exaustiva nem por mim nem pela Corte.

22 No caso tributário a que, de igual modo, se refere o requerente em sua inicial, o novo entendimento do Supremo Tribunal Federal implicava, na prática, majoração de tributo, em decorrência de mera alteração jurisprudencial. Havia, portanto, alteração de interpretação sobre direito material. E o novo entendimento surpreendia ilegitimamente o contribuinte porque, de acordo com o entendimento sufragado até então pela Corte, era válido o crédito presumido em matéria de imposto sobre produtos industrializados e, portanto, o contribuinte abatia o valor do crédito do imposto que tinha a pagar. Uma guinada jurisprudencial com efeitos retroativos, nessa segunda hipótese, implicava em penalizar os contribuintes que seguiram os precedentes do STF. Isso sim violaria a segurança jurídica, a boa-fé e a confiança legítima dos jurisdicionados nas decisões proferidas pelo Supremo.

**ADC 44 MC / DF**

provisória da pena não é cabível.

VIII. CONCLUSÃO

76. Por todo o exposto, voto no sentido de conferir interpretação conforme a Constituição ao art. 283 do CPP, com a redação dada pela Lei nº 12.403/2011, para se excluir a possibilidade de que o texto do dispositivo seja interpretado no sentido de obstar a execução provisória da pena depois da decisão condenatória de segundo grau e antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. Além disso, indefiro os pedidos de medida cautelar formulados nas ADCs 43 e 44, por ausência de plausibilidade jurídica.

05/10/2016

PLENÁRIO

**MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DECLARATÓRIA DE  
CONSTITUCIONALIDADE 44 DISTRITO FEDERAL****VOTO****O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI:**

1. Em exame, duas ações declaratórias de constitucionalidade que, com causas de pedir semelhantes, objetivam a confirmação da presunção de constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal, na redação que lhe foi conferida pela Lei 12.403/2011, que vem a ser a seguinte: *“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 preventiva”*.

A primeira das ações, subscrita pelo Partido Ecológico Nacional – PEN, veicula objeto ligeiramente mais amplo, porque também busca obter, em uma de suas postulações subsidiárias, interpretação conforme à Constituição de dispositivo originário do CPP, o art. 637, segundo o qual *“O recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para execução da sentença”*. A circunstância de ser essa norma anterior à Constituição Federal de 1988 impeliu que se acrescentasse ao pedido principal da ADC um outro, a ser apreciado a depender do resultado do julgamento, de recebimento da ação como arguição de descumprimento de preceito fundamental.

No geral, tanto o partido político proponente quanto o Conselho Federal da OAB – que patrocina a segunda ação – narram que, a partir do julgamento, por este Plenário, do HC 126.292/SP, de minha relatoria, ocorrido em 17 de fevereiro deste ano (2016), ter-se-ia instalado, no ordenamento e no cotidiano judiciário, uma atmosfera de controvérsia relativa à idoneidade constitucional do art. 283 do CPP, que decorreria da sua aparente incompatibilidade com o entendimento sufragado no precedente, segundo o qual *“A execução provisória de acórdão penal*

**ADC 44 MC / DF**

*condenatório proferido em grau de apelação, 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”.*

A tensão no conteúdo dessa conclusão seria acentuada pelo fato de que (a) até então, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal abonaria conclusão em sentido contrário, não consentindo com a execução provisória da pena (*e.g.* HC 84.078, Rel. Min. Eros Grau, j. em 5/2/09); (b) a alteração do texto do art. 283 do CPP teria sido motivada pela consolidação do entendimento anteriormente prestigiado pelo STF; (c) o *leading case* que sustentou a revisão jurisprudencial não fez juízo quanto à atual redação do art. 283 do CPP, incidindo em atentado à cláusula de reserva de colegiado e, simultaneamente, ao enunciado da Súmula Vinculante 10; e (d) embora não seja dotado de eficácia vinculante e de alcance subjetivo universal, o último precedente sobre o tema tem inegável relevância como paradigma interpretativo para os demais Tribunais do país. Esses elementos caracterizariam “controvérsia judicial relevante”, tornando cabível a ação declaratória de constitucionalidade, nos termos do art. 14, III, da Lei 9.868/1999.

Quanto ao mérito, sustentam os requerentes que a atual versão do art. 283 do CPP é obra editada pelo legislador brasileiro dentro de sua liberdade de conformação, e que, ao erigir o padrão processual de trânsito em julgado em essencial à execução de pena privativa de liberdade, ela potencializou legitimamente outros preceitos da Constituição Federal de 88, tais como os princípios da presunção de inocência (art. 5º, LVII) e do *in dubio pro reo*. E, ao encampar uma dimensão humanística do direito em favor da liberdade do cidadão contra possíveis arbítrios do Estado, a garantia do art. 283 do CPP deveria ter sua legitimidade apreciada com bastante comedimento, não podendo o Supremo Tribunal Federal – numa espécie de superinterpretação – esvaziar os limites semânticos mínimos do art. 5º, LVII, da CF, de modo a reescrevê-lo. Argumenta-se igualmente que a declaração de inconstitucionalidade do art. 283 do CPP resultaria em admitir prisão sem previsão legal, em detrimento da reserva absoluta de lei em sentido

**ADC 44 MC / DF**

estrito em matéria penal, garantia presente tanto na CF como em normas internacionais que obrigam o Brasil, como o Pacto de San Jose da Costa Rica. E invoca-se, ainda, o princípio da impossibilidade de aplicação retroativa da alteração jurisprudencial, tendo em vista a garantia do art. 5º, XL, que impediria a piora da situação dos réus. Também são lembradas as circunstâncias precárias dos estabelecimentos carcerários do país, que resultaram no deferimento, pelo Plenário, de medida cautelar na ADPF 347, com o reconhecimento de um estado de coisas inconstitucional nesse particular.

A partir dessas razões, postulam os requerentes a concessão de medida cautelar para impedir a execução provisória de novas penas de prisão, bem como para suspender a execução de todas que tenham sido decretadas antes do trânsito em julgado, com fundamento no precedente do HC 126.292. No caso da ADC 43, há também requerimentos subsidiários para que, cautelarmente, seja (a) conferida interpretação conforme ao art. 283 do CPP, a fim de determinar a aplicação analógica das medidas alternativas à prisão previstas no art. 319 do CPP; ou, subsidiariamente, (b) interpretação conforme ao art. 637 do CPP, restringindo-se a *“não produção do efeito suspensivo aos recursos extraordinários, e condicionando a aplicação da pena à análise da causa criminal pelo STJ quando houver a interposição do recurso especial”*.

Esses são os pedidos ora apreciados.

2. O cabimento de ambas as medidas aqui examinadas parece fora de qualquer discepção. Conforme tive oportunidade de discorrer quando do julgamento da RCI 4.335, julgada em 20.3.2014, as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle incidental de constitucionalidade – conquanto dotadas de uma ampla vocação expansiva – não desencadeiam diretamente a competência do Tribunal para, mediante reclamação, revisar atos eventualmente desconformes com o seu conteúdo. Essa compreensão foi recentemente corroborada pela Lei 13.256/2016, que alterou o CPC/2015 para excluir, do rol de hipóteses de cabimento da reclamação, o atentado a *“acórdão de recurso*

**ADC 44 MC / DF**

*extraordinário com repercussão geral reconhecida ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos, quando não esgotadas as instâncias ordinárias".* Isso quer dizer que nosso ordenamento ainda não atribui, às decisões do STF prolatadas em controle de constitucionalidade em via de exceção, eficácia *erga omnes*, mas apenas uma força persuasiva qualificada.

Ao julgar o precedente do HC 126.292, de minha relatoria, o Tribunal realmente procedeu a uma reformulação da jurisprudência que vinha aplicando até então, emitindo juízo que, embora proferido em causa subjetiva – e, por isso, desprovido de exigibilidade imediata em relação às demais instâncias judiciárias –, endossou mensagem de olhar diverso a respeito do princípio da presunção de inocência, a repercutir, pois, na legislação infraconstitucional correlata, a exemplo do invocado art. 283 do CPP. Essas circunstâncias geram implicações naturalmente negativas para a higidez da ordem jurídica e enseja o surgimento de múltiplos impasses, estado de coisas que, pela sua relevância, enquadra-se na categoria de “controvérsia judicial e relevante”, permitindo o conhecimento das ações declaratórias de constitucionalidade.

Quanto ao pedido subsidiário formulado na ADC 43, de conhecimento da ação como ADPF para permitir análise a respeito do art. 637 do CPP, tampouco há qualquer objeção. Como a Corte veio a afirmar, no julgamento da ADI 5316 MC (Rel. Min. Luiz Fux), a cumulação de pedidos é instituto processual perfeitamente adaptável aos processos de natureza objetiva – já naturalmente caracterizados por sua natureza dúplíce – e encontra plena justificativa nas hipóteses em que for necessária a avaliação de um conjunto de diferentes normas, de origem nem sempre contemporânea.

3. Superados esses pontos, passo à análise do mérito da controvérsia. O que se afirmou, quando do julgamento do HC 126.292, foi que a presunção de inocência, encampada pelo art. 5º, LVII, da CF, é uma garantia de sentido processualmente dinâmico, cuja intensidade deve ser avaliada segundo o âmbito de impugnação próprio a cada etapa recursal,



**ADC 44 MC / DF**

em especial quando tomadas em consideração as características próprias da participação dos Tribunais Superiores na formação da culpa, que são sobretudo duas: (a) a impossibilidade da revisão de fatos e provas; e (b) a possibilidade da tutela de constrangimentos ilegais por outros meios processuais mais eficazes, nomeadamente mediante *habeas corpus*.

Embora a ação de *habeas corpus* não deva ser utilizada para estimular técnicas defensivas *per saltum*, é inevitável reconhecer que a jurisdição dos Tribunais Superiores em relação a imputações, condenações e prisões ilegítimas é, na grande maioria dos casos, “antecipada” pelo conhecimento desse instrumento constitucional de proteção das liberdades, que desfruta de ampla preferencialidade normativa em seu favor, seja constitucional, legal ou regimentalmente. Isso vai a ponto de percebermos que, em qualquer Tribunal, há Câmaras, Seções ou Turmas cuja competência é integralmente (ou quase) dedicada ao julgamento dessa *persona* processual, formando verdadeiros “colegiados de garantias”, cujo âmbito de cognição é muito maior do que aquele inerente aos recursos de natureza extraordinária.

Foi à vista da ampla receptividade do sistema processual brasileiro à ação constitucional do *habeas corpus* e da restrita participação dos Tribunais Superiores na definição de aspectos da culpa que o Supremo Tribunal Federal veio a concluir que a presunção de inocência não impede irremediavelmente o cumprimento da pena. A dignidade defensiva dos acusados deve ser calibrada, em termos de processo, a partir das expectativas mínimas de justiça depositadas no sistema de justiça criminal do país. Se de um lado a presunção de inocência – juntamente com as demais garantias de defesa – deve viabilizar ampla disponibilidade de meios e oportunidades para que o acusado possa intervir no processo-crime em detrimento da imputação contra si formulada, de outro, ela não pode esvaziar o sentido público de justiça que o processo penal deve ser minimamente capaz de prover para garantir a sua finalidade última, de pacificação social.

Segundo os requerentes, essa interpretação, a respeito da garantia da presunção da inocência ou não culpabilidade, contradiz os termos do art.

**ADC 44 MC / DF**

283 do CPP. O raciocínio, porém, não procede.

4. Foram essas as razões que me levaram a denegar a ordem no julgamento do HC 126.292:

3. A possibilidade da execução provisória da pena privativa de liberdade era orientação que prevalecia na jurisprudência do STF, mesmo na vigência da Constituição Federal de 1988. Nesse cenário jurisprudencial, em caso semelhante ao agora sob exame, esta Suprema Corte, no julgamento do HC 68.726 (Rel. Min. Néri da Silveira), realizado em 28/6/1991, assentou que a presunção de inocência não impede a prisão decorrente de acórdão que, em apelação, confirmou a sentença penal condenatória recorrível, em acórdão assim ementado:

*“Habeas corpus. Sentença condenatória mantida em segundo grau. Mandado de prisão do paciente. Invocação do art. 5º, inciso LVII, da Constituição. Código de Processo Penal, art. 669. A ordem de prisão, em decorrência de decreto de custódia preventiva, de sentença de pronúncia ou de decisão e órgão julgador de segundo grau, é de natureza processual e concernente aos interesses de garantia da aplicação da lei penal ou de execução da pena imposta, após o devido processo legal. Não conflita com o art. 5º, inciso LVII, da Constituição. De acordo com o § 2º do art. 27 da Lei nº 8.038/1990, os recursos extraordinário e especial são recebidos no efeito devolutivo. Mantida, por unanimidade, a sentença condenatória, contra a qual o réu apelara em liberdade, esgotadas estão as instâncias ordinárias criminais, não sendo, assim, ilegal o mandado de prisão que órgão julgador de segundo grau determina se expeça contra o réu. Habeas corpus indeferido”.*

Ao reiterar esses fundamentos, o Pleno do STF asseverou que, “com a condenação do réu, fica superada a alegação de falta de fundamentação do decreto de prisão preventiva”, de

**ADC 44 MC / DF**

modo que “os recursos especial e extraordinário, que não têm efeito suspensivo, não impedem o cumprimento de mandado de prisão” (HC 74.983, Rel. Min. Carlos Velloso, julgado em 30/6/1997).

E, ao reconhecer que as restrições ao direito de apelar em liberdade determinadas pelo art. 594 do CPP (posteriormente revogado pela Lei 11.719/2008) haviam sido recepcionadas pela Constituição Federal de 1988, o Plenário desta Corte, nos autos do HC 72.366/SP (Rel. Min. Néri da Silveira, DJ 26/1/1999), mais uma vez invocou expressamente o princípio da presunção de inocência para concluir pela absoluta compatibilidade do dispositivo legal com a Carta Constitucional de 1988, destacando, em especial, que a superveniência da sentença penal condenatória recorrível imprimia acentuado “juízo de consistência da acusação”, o que autorizaria, a partir daí, a prisão como consequência natural da condenação.

Em diversas oportunidades – antes e depois dos precedentes mencionados –, as Turmas do STF afirmaram e reafirmaram que o princípio da presunção de inocência não inibia a execução provisória da pena imposta, ainda que pendente o julgamento de recurso especial ou extraordinário: HC 71.723, Rel. Min. Ilmar Galvão, Primeira Turma, DJ 16/6/1995; HC 79.814, Rel. Min. Nelson Jobim, Segunda Turma, DJ 13/10/2000; HC 80.174, Rel. Min. Maurício Corrêa, Segunda Turma, DJ 12/4/2002; RHC 84.846, Rel. Carlos Velloso, Segunda Turma, DJ 5/11/2004; RHC 85.024, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, DJ 10/12/2004; HC 91.675, Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJe de 7/12/2007; e HC 70.662, Rel. Min. Celso de Mello, Primeira Turma, DJ 4/11/1994; esses dois últimos assim ementados:

*“HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. CONDENAÇÃO PELO CRIME DE ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA: POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. NÃO-CONFIGURAÇÃO DE REFORMATIO IN PEJUS. HABEAS*

**ADC 44 MC / DF**

*CORPUS DENEGADO.* 1. A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de ser possível a execução provisória da pena privativa de liberdade, quando os recursos pendentes de julgamento não têm efeito suspensivo. (...) 3. *Habeas corpus* denegado.

“(...) - A INTERPOSIÇÃO DE RECURSO ESPECIAL NÃO IMPEDE - PRECISAMENTE POR SE TRATAR DE MODALIDADE DE IMPUGNAÇÃO RECURSAL DESVESTIDA DE EFEITO SUSPENSIVO - A IMEDIATA EXECUÇÃO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA, INVIABILIZANDO, POR ISSO MESMO, A CONCESSÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA MEDIANTE FIANÇA”.

Ilustram, ainda, essa orientação as Súmulas 716 e 717, aprovadas em sessão plenária realizada em 24/9/2003, cujos enunciados têm por pressupostos situações de execução provisória de sentenças penais condenatórias. Veja-se:

Súmula nº 716: Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

Súmula nº 717: Não impede a progressão de regime de execução da pena, fixada em sentença não transitada em julgado, o fato de o réu se encontrar em prisão especial.

A alteração dessa tradicional jurisprudência – que afirmava a legitimidade da execução da pena como efeito de decisão condenatória recorrível – veio de fato a ocorrer, após debates no âmbito das Turmas, no julgamento, pelo Plenário, do HC 84.078/MG, realizado em 5/2/2009, oportunidade em que, por sete votos a quatro, assentou-se que o princípio da presunção de inocência se mostra incompatível com a execução da sentença antes do trânsito em julgado da condenação.

**ADC 44 MC / DF**

4. Positivado no inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal de 1988 (“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”), o princípio da presunção de inocência (ou de não-culpabilidade) ganhou destaque no ordenamento jurídico nacional no período de vigência da Constituição de 1946, com a adesão do País à Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, cujo art. 11.1 estabelece:

“Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não se prova sua culpabilidade, de acordo com a lei e em processo público no qual se assegurem todas as garantias necessárias para sua defesa”.

O reconhecimento desse verdadeiro postulado civilizatório teve reflexos importantes na formulação das supervenientes normas processuais, especialmente das que vieram a tratar da produção das provas, da distribuição do ônus probatório, da legitimidade dos meios empregados para comprovar a materialidade e a autoria dos delitos. A implementação da nova ideologia no âmbito nacional agregou ao processo penal brasileiro parâmetros para a efetivação de modelo de justiça criminal racional, democrático e de cunho garantista, como o do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório, do juiz natural, da inadmissibilidade de obtenção de provas por meios ilícitos, da não auto-incriminação (*nemo tenetur se detegere*), com todos os seus desdobramentos de ordem prática, como o direito de igualdade entre as partes, o direito à defesa técnica plena e efetiva, o direito de presença, o direito ao silêncio, o direito ao prévio conhecimento da acusação e das provas produzidas, o da possibilidade de contraditá-las, com o conseqüente reconhecimento da ilegitimidade de condenação que não esteja devidamente fundamentada e assentada em provas produzidas sob o crivo do contraditório.

**ADC 44 MC / DF**

O plexo de regras e princípios garantidores da liberdade previsto em nossa legislação revela quão distante estamos, felizmente, da fórmula inversa em que ao acusado incumbia demonstrar sua inocência, fazendo prova negativa das faltas que lhe eram imputadas. Com inteira razão, portanto, a Ministra Ellen Gracie, ao afirmar que *“o domínio mais expressivo de incidência do princípio da não-culpabilidade é o da disciplina jurídica da prova. O acusado deve, necessariamente, ser considerado inocente durante a instrução criminal – mesmo que seja réu confesso de delito praticado perante as câmeras de TV e presenciado por todo o país”* (HC 84078, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, DJe de 26/2/2010).

5. Realmente, antes de prolatada a sentença penal há de se manter reservas de dúvida acerca do comportamento contrário à ordem jurídica, o que leva a atribuir ao acusado, para todos os efeitos – mas, sobretudo, no que se refere ao ônus da prova da incriminação –, a presunção de inocência. A eventual condenação representa, por certo, um juízo de culpabilidade, que deve decorrer da logicidade extraída dos elementos de prova produzidos em regime de contraditório no curso da ação penal. Para o sentenciante de primeiro grau, fica superada a presunção de inocência por um juízo de culpa – pressuposto inafastável para condenação –, embora não definitivo, já que sujeito, se houver recurso, à revisão por Tribunal de hierarquia imediatamente superior. É nesse juízo de apelação que, de ordinário, fica definitivamente exaurido o exame sobre os fatos e provas da causa, com a fixação, se for o caso, da responsabilidade penal do acusado. É ali que se concretiza, em seu sentido genuíno, o duplo grau de jurisdição, destinado ao reexame de decisão judicial em sua inteireza, mediante ampla devolutividade da matéria deduzida na ação penal, tenha ela sido apreciada ou não pelo juízo *a quo*. Ao réu fica assegurado o direito de acesso, em liberdade, a esse juízo de segundo grau, respeitadas as prisões cautelares porventura decretadas.

Ressalvada a estreita via da revisão criminal, é, portanto,

**ADC 44 MC / DF**

no âmbito das instâncias ordinárias que se exaure a possibilidade de exame de fatos e provas e, sob esse aspecto, a própria fixação da responsabilidade criminal do acusado. É dizer: os recursos de natureza extraordinária não configuram desdobramentos do duplo grau de jurisdição, porquanto não são recursos de ampla devolutividade, já que não se prestam ao debate da matéria fático-probatória. Noutras palavras, com o julgamento implementado pelo Tribunal de apelação, ocorre espécie de preclusão da matéria envolvendo os fatos da causa. Os recursos ainda cabíveis para instâncias extraordinárias do STJ e do STF – recurso especial e extraordinário – têm, como se sabe, âmbito de cognição estrito à matéria de direito. Nessas circunstâncias, tendo havido, em segundo grau, um juízo de incriminação do acusado, fundado em fatos e provas insuscetíveis de reexame pela instância extraordinária, parece inteiramente justificável a relativização e até mesmo a própria inversão, para o caso concreto, do princípio da presunção de inocência até então observado. Faz sentido, portanto, negar efeito suspensivo aos recursos extraordinários, como o fazem o art. 637 do Código de Processo Penal e o art. 27, § 2º, da Lei 8.038/1990.

6. O estabelecimento desses limites ao princípio da presunção de inocência tem merecido o respaldo de autorizados constitucionalistas, como é, reconhecidamente, nosso colega Ministro Gilmar Ferreira Mendes, que, a propósito, escreveu:

“No que se refere à presunção de não culpabilidade, seu núcleo essencial impõe o ônus da prova do crime e sua autoria à acusação. Sob esse aspecto, não há maiores dúvidas de que estamos falando de um direito fundamental processual, de âmbito negativo.

Para além disso, a garantia impede, de uma forma geral, o tratamento do réu como culpado até o trânsito em julgado da sentença. No entanto, a definição do que vem a se tratar como

**ADC 44 MC / DF**

culpado depende de intermediação do legislador.

Ou seja, a norma afirma que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da condenação, mas está longe de precisar o que vem a se considerar alguém culpado.

O que se tem, é, por um lado, a importância de preservar o imputado contra juízos precipitados acerca de sua responsabilidade. Por outro, uma dificuldade de compatibilizar o respeito ao acusado com a progressiva demonstração de sua culpa.

Disso se deflui que o espaço de conformação do legislador é lato. A cláusula não obsta que a lei regulamente os procedimentos, tratando o implicado de forma progressivamente mais gravosa, conforme a imputação evolui. Por exemplo, para impor a uma busca domiciliar, bastam 'fundadas razões' - art. 240, § 1º, do CPP. Para tornar implicado o réu, já são necessários a prova da materialidade e indícios da autoria (art. 395, III, do CPP). Para condená-lo é imperiosa a prova além de dúvida razoável.

Como observado por Eduardo Espínola Filho, 'a presunção de inocência é vária, segundo os indivíduos sujeitos passivos do processo, as contingências da prova e o estado da causa'.

Ou seja, é natural à presunção de não culpabilidade evoluir de acordo com o estágio do procedimento. Desde que não se atinja o núcleo fundamental, o tratamento progressivamente mais gravoso é aceitável. (...)

Esgotadas as instâncias ordinárias com a condenação à pena privativa de liberdade não substituída, tem-se uma declaração, com considerável força de que o réu é culpado e a sua prisão necessária.

Nesse estágio, é compatível com a presunção de não culpabilidade determinar o cumprimento das penas, ainda que pendentes recursos" (*in*: Marco Aurélio Mello. *Ciência e Consciência*, vol. 2, 2015).

Realmente, a execução da pena na pendência de recursos



**ADC 44 MC / DF**

de natureza extraordinária não compromete o núcleo essencial do pressuposto da não-culpabilidade, na medida em que o acusado foi tratado como inocente no curso de todo o processo ordinário criminal, observados os direitos e as garantias a ele inerentes, bem como respeitadas as regras probatórias e o modelo acusatório atual. Não é incompatível com a garantia constitucional autorizar, a partir daí, ainda que cabíveis ou pendentes de julgamento de recursos extraordinários, a produção dos efeitos próprios da responsabilização criminal reconhecida pelas instâncias ordinárias.

Nessa trilha, aliás, há o exemplo recente da Lei Complementar 135/2010 (Lei da Ficha Limpa), que, em seu art. 1º, I, expressamente consagra como causa de inelegibilidade a existência de sentença condenatória por crimes nela relacionados quando proferidas por órgão colegiado. É dizer, a presunção de inocência não impede que, mesmo antes do trânsito em julgado, o acórdão condenatório produza efeitos contra o acusado.

7. Não é diferente no cenário internacional. Como observou a Ministra Ellen Gracie quando do julgamento do HC 85.886 (DJ 28/10/2005), *“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”*. A esse respeito, merece referência o abrangente estudo realizado por Luiza Cristina Fonseca Frischeisen, Mônica Nicida Garcia e Fábio Gusman, que reproduzo:

“a) Inglaterra.

Hoje, a legislação que trata da liberdade durante o trâmite de recursos contra a decisão condenatória é a Seção 81 do *Supreme Court Act 1981*. Por esse diploma é garantida ao recorrente a liberdade mediante pagamento de fiança enquanto a Corte examina o mérito do recurso. Tal direito, contudo, não é absoluto e não é garantido em todos os casos. (...)

O Criminal Justice Act 2003 representou restrição

**ADC 44 MC / DF**

substancial ao procedimento de liberdade provisória, abolindo a possibilidade de recursos à *High Court* versando sobre o mérito da possibilidade de liberação do condenado sob fiança até o julgamento de todos os recursos, deixando a matéria quase que exclusivamente sob competência da *Crown Court*'. (...)

Hoje, tem-se que a regra é aguardar o julgamento dos recursos já cumprindo a pena, a menos que a lei garanta a liberdade pela fiança.

(...)

b) Estados Unidos.

A presunção de inocência não aparece expressamente no texto constitucional americano, mas é vista como corolário da 5ª, 6ª e 14ª Emendas. Um exemplo da importância da garantia para os norte-americanos foi o célebre *Caso 'Coffin versus Estados Unidos'* em 1895.

Mais além, o Código de Processo Penal americano (*Criminal Procedure Code*), vigente em todos os Estados, em seu art. 16 dispõe que 'se deve presumir inocente o acusado até que o oposto seja estabelecido em um veredicto efetivo'.

(...)

Contudo, não é contraditório o fato de que as decisões penais condenatórias são executadas imediatamente seguindo o mandamento expresso do Código dos Estados Unidos (*US Code*). A subseção sobre os efeitos da sentença dispõe que uma decisão condenatória constitui julgamento final para todos os propósitos, com raras exceções.

(...)

Segundo Relatório Oficial da Embaixada dos Estados Unidos da América em resposta a consulta da 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, "nos Estados Unidos há um grande respeito pelo que se poderia comparar no sistema brasileiro com o 'juízo de primeiro grau', com cumprimento imediato das decisões proferidas pelos juízes". Prossegue informando que "o sistema legal norte-americano não se ofende com a imediata execução da pena

**ADC 44 MC / DF**

imposta ainda que pendente sua revisão”.

c) Canadá

(...)

O código criminal dispõe que uma corte deve, o mais rápido possível depois que o autor do fato for considerado culpado, conduzir os procedimentos para que a sentença seja imposta.

Na Suprema Corte, o julgamento do caso *R. v. Pearson*(1992) 3 S.C.R. 665, consignou que a presunção da inocência não significa, “é claro”, a impossibilidade de prisão do acusado antes que seja estabelecida a culpa sem nenhuma dúvida. Após a sentença de primeiro grau, a pena é automaticamente executada, tendo como exceção a possibilidade de fiança, que deve preencher requisitos rígidos previstos no *Criminal Code*, válido em todo o território canadense.

d) Alemanha

(...)

Não obstante a relevância da presunção da inocência, diante de uma sentença penal condenatória, o Código de Processo Alemão (...) prevê efeito suspensivo apenas para alguns recursos. (...)

Não há dúvida, porém, e o Tribunal Constitucional assim tem decidido, que nenhum recurso aos Tribunais Superiores tem efeito suspensivo. Os alemães entendem que eficácia (...) é uma qualidade que as decisões judiciais possuem quando nenhum controle judicial é mais permitido, exceto os recursos especiais, como o recurso extraordinário (...). As decisões eficazes, mesmo aquelas contra as quais tramitam recursos especiais, são aquelas que existem nos aspectos pessoal, objetivo e temporal com efeito de obrigação em relação às consequências jurídicas.

e) França

A Constituição Francesa de 1958 adotou como carta de direitos fundamentais a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, um dos paradigmas de toda positivação de

**ADC 44 MC / DF**

direitos fundamentais da história do mundo pós-Revolução Francesa. (...)

Apesar disso, o Código de Processo Penal Francês, que vem sendo reformado, traz no art. 465 as hipóteses em que o Tribunal pode expedir o mandado de prisão, mesmo pendentes outros recursos. (...)

f) Portugal

(...)

O Tribunal Constitucional Português interpreta o princípio da presunção de inocência com restrições. Admite que o mandamento constitucional que garante esse direito remeteu à legislação ordinária a forma de exercê-lo. As decisões dessa mais alta Corte portuguesa dispõem que tratar a presunção de inocência de forma absoluta corresponderia a impedir a execução de qualquer medida privativa de liberdade, mesmo as cautelares.

g) Espanha

(...)

A Espanha é outro dos países em que, muito embora seja a presunção de inocência um direito constitucionalmente garantido, vigora o princípio da efetividade das decisões condenatórias. (...)

Ressalte-se, ainda, que o art. 983 do Código de Processo Penal espanhol admite até mesmo a possibilidade da continuação da prisão daquele que foi absolvido em instância inferior e contra o qual tramita recurso com efeito suspensivo em instância superior.

h) Argentina

O ordenamento jurídico argentino também contempla o princípio da presunção da inocência, como se extrai das disposições do art. 18 da Constituição Nacional.

Isso não impede, porém, que a execução penal possa ser iniciada antes do trânsito em julgado da decisão condenatória. De fato, o Código de Processo Penal federal dispõe que a pena privativa de liberdade seja cumprida de imediato, nos termos do art. 494. A execução imediata da sentença é, aliás,

**ADC 44 MC / DF**

expressamente prevista no art. 495 do CPP, e que esclarece que essa execução só poderá ser diferida quando tiver de ser executada contra mulher grávida ou que tenha filho menor de 6 meses no momento da sentença, ou se o condenado estiver gravemente enfermo e a execução puder colocar em risco sua vida” (Garantismo Penal Integral, 3ª edição, ‘Execução Provisória da Pena. Um contraponto à decisão do Supremo Tribunal Federal no *Habeas Corpus* n. 84.078’, p. 507).

8. Não custa insistir que os recursos de natureza extraordinária não têm por finalidade específica examinar a justiça ou injustiça de sentenças em casos concretos. Destinam-se, precipuamente, à preservação da higidez do sistema normativo. Isso ficou mais uma vez evidenciado, no que se refere ao recurso extraordinário, com a edição da EC 45/2004, ao inserir como requisito de admissibilidade desse recurso a existência de repercussão geral da matéria a ser julgada, impondo ao recorrente, assim, o ônus de demonstrar a relevância jurídica, política, social ou econômica da questão controvertida. Vale dizer, o Supremo Tribunal Federal somente está autorizado a conhecer daqueles recursos que tratem de questões constitucionais que transcendam o interesse subjetivo da parte, sendo irrelevante, para esse efeito, as circunstâncias do caso concreto. E, mesmo diante das restritas hipóteses de admissibilidade dos recursos extraordinários, tem se mostrado infrequentes as hipóteses de êxito do recorrente. Afinal, os julgamentos realizados pelos Tribunais Superiores não se vocacionam a permear a discussão acerca da culpa, e, por isso, apenas excepcionalmente teriam, sob o aspecto fático, aptidão para modificar a situação do sentenciado. Daí a constatação do Ministro Joaquim Barbosa, no HC 84078:

“Aliás, na maioria **esmagadora** das questões que nos chegam para julgamento em recurso extraordinário de natureza criminal, **não é possível vislumbrar o preenchimento dos novos requisitos traçados pela EC 45**, isto é, não se revestem

**ADC 44 MC / DF**

**expressivamente** de repercussão geral de ordem econômica, jurídica, social e política.

Mais do que isso: fiz um levantamento da quantidade de Recursos Extraordinários dos quais fui relator e que foram providos nos últimos dois anos e cheguei a um **dado relevante**: de um total de **167 RE's julgados**, 36 foram **providos**, sendo que, destes últimos, **30 tratavam do caso da progressão de regime em crime hediondo**. Ou seja, excluídos estes, que poderiam ser **facilmente resolvidos por habeas corpus**, foram **providos menos de 4% dos casos**".

Interessante notar que os dados obtidos não compreenderam os recursos interpostos contra recursos extraordinários inadmitidos na origem (AI/ARE), os quais poderiam incrementar, ainda mais, os casos fadados ao insucesso. E não se pode desconhecer que a jurisprudência que assegura, em grau absoluto, o princípio da presunção da inocência – a ponto de negar executividade a qualquer condenação enquanto não esgotado definitivamente o julgamento de todos os recursos, ordinários e extraordinários – tem permitido e incentivado, em boa medida, a indevida e sucessiva interposição de recursos das mais variadas espécies, com indisfarçados propósitos protelatórios visando, não raro, à configuração da prescrição da pretensão punitiva ou executória.

9. Esse fenômeno, infelizmente frequente no STF, como sabemos, se reproduz também no STJ. Interessante lembrar, quanto a isso, os registros de Fernando Brandini Barbagalo sobre o ocorrido na ação penal subjacente ao já mencionado HC 84.078 (Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, DJe de 26/2/2010), que resultou na extinção da punibilidade em decorrência da prescrição da pretensão punitiva, impulsionada pelos sucessivos recursos protelatórios manejados pela defesa. Veja-se:

"Movido pela curiosidade, verifiquei no sítio do Superior

**ADC 44 MC / DF**

Tribunal de Justiça a quantas andava a tramitação do recurso especial do Sr. Omar. Em resumo, o recurso especial não foi recebido pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, sendo impetrado agravo para o STJ, quando o recurso especial foi, então, rejeitado monocraticamente (RESP n. 403.551/MG) pela ministra Maria Thereza de Assis. Como previsto, foi interposto agravo regimental, o qual, negado, foi combatido por embargos de declaração, o qual, conhecido, mas improvido. Então, fora interposto novo recurso de embargos de declaração, este rejeitado *in limine*. Contra essa decisão, agora vieram embargos de divergência que, como os outros recursos anteriores, foi indeferido. Nova decisão e novo recurso. Desta feita, um agravo regimental, o qual teve o mesmo desfecho dos demais recursos: a rejeição. Irresignada, a combativa defesa apresentou mais um recurso de embargos de declaração e contra essa última decisão que também foi de rejeição, foi interposto outro recurso (embargos de declaração). Contudo, antes que fosse julgado este que seria o oitavo recurso da defesa, foi apresentada petição à presidente da terceira Seção. Cuidava-se de pedido da defesa para – surpresa – reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva. No dia 24 de fevereiro de 2014, o eminente Ministro Moura Ribeiro, proferiu decisão, cujo dispositivo foi o seguinte: ‘Ante o exposto, declaro de ofício a extinção da punibilidade do condenado, em virtude da prescrição da pretensão punitiva da sanção a ele imposta, e julgo prejudicado os embargos de declaração de fls. 2090/2105 e o agravo regimental de fls. 2205/2213’” (Presunção de inocência e recursos criminais excepcionais, 2015).

Nesse ponto, é relevante anotar que 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). Isso significa que os apelos extremos, além de não serem vocacionados à resolução de questões relacionadas a fatos e provas, não acarretam a interrupção da contagem do prazo prescricional. Assim, ao

**ADC 44 MC / DF**

invés de constituírem um instrumento de garantia da presunção de não culpabilidade do apenado, acabam representando um mecanismo inibidor da efetividade da jurisdição penal.

10. Nesse quadro, cumpre ao Poder Judiciário e, sobretudo, ao Supremo Tribunal Federal, garantir que o processo - único meio de efetivação do *jus puniendi* estatal -, resgate essa sua inafastável função institucional. A retomada da tradicional jurisprudência, de atribuir efeito apenas devolutivo aos recursos especial e extraordinário (como, aliás, está previsto em textos normativos) é, sob esse aspecto, mecanismo legítimo de harmonizar o princípio da presunção de inocência com o da efetividade da função jurisdicional do Estado. Não se mostra arbitrária, mas inteiramente justificável, a possibilidade de o julgador determinar o imediato início do cumprimento da pena, inclusive com restrição da liberdade do condenado, após firmada a responsabilidade criminal pelas instâncias ordinárias.

11. Sustenta-se, com razão, que podem ocorrer equívocos nos juízos condenatórios proferidos pelas instâncias ordinárias. Isso é inegável: equívocos ocorrem também nas instâncias extraordinárias. Todavia, para essas eventualidades, sempre haverá outros mecanismos aptos a inibir consequências danosas para o condenado, suspendendo, se necessário, a execução provisória da pena. Medidas cautelares de outorga de efeito suspensivo ao recurso extraordinário ou especial são instrumentos inteiramente adequados e eficazes para controlar situações de injustiças ou excessos em juízos condenatórios recorridos. Ou seja: havendo plausibilidade jurídica do recurso, poderá o tribunal superior atribuir-lhe efeito suspensivo, inibindo o cumprimento de pena. Mais ainda: a ação constitucional do *habeas corpus* igualmente compõe o conjunto de vias processuais com inegável aptidão para controlar eventuais atentados aos direitos fundamentais decorrentes da condenação do acusado. Portanto, mesmo que exequível provisoriamente a sentença penal contra si proferida, o acusado



**ADC 44 MC / DF**

não estará desamparado da tutela jurisdicional em casos de flagrante violação de direitos.

**12.** Essas são razões suficientes para justificar a proposta de orientação, que ora apresento, restaurando o tradicional entendimento desta Suprema Corte, no seguinte sentido: *a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência.*

As razões de meu convencimento, além daquelas constantes do julgamento do HC 126.292, foram ainda sinaladas nos embargos de declaração nesse HC, submetidos a julgamento no Plenário Virtual do STF. Eis os pontos mais relevantes:

“(...) **2.** As razões recursais evidenciam, claramente, que, quanto aos demais pontos, não há ambiguidade, omissão, obscuridade ou contradição a ser sanada. O que se pretende é, na verdade, uma nova apreciação da matéria, para o que não se prestam os embargos declaratórios, cujo âmbito está delimitado pelo art. 619 do CPP. Pode-se, quem sabe, objetar que houve omissão consistente na ‘declaração da inconstitucionalidade do art. 283, *caput*, do Código de Processo Penal’, inserto no Título IX, que trata das prisões, das medidas cautelares e da liberdade provisória. Mas nem essa objeção procede. A dicção desse dispositivo, cujo fundamento constitucional de validade é o princípio da presunção de inocência, comunga, a toda evidência, da mesma interpretação a esse atribuída. Assim, o controle da legalidade das prisões decorrentes de condenação sem o trânsito em julgado submete-se aos mesmos parâmetros de interpretação conferidos ao princípio constitucional. Equivale a dizer que a normatividade ordinária deve compatibilizar-se com a Constituição, dela extraíndo fundamento inequívoco de legitimidade. Aliás, a propósito da temática, o Ministro Roberto Barroso, em seu voto, bem sintetizou a questão ao afirmar que ‘naturalmente, não serve o

**ADC 44 MC / DF**

art. 283 do CPP para impedir a prisão *após a condenação em segundo grau* – quando já há certeza acerca da materialidade e autoria – por fundamento diretamente constitucional’; afinal, ‘interpreta-se a legislação ordinária à luz da Constituição, e não o contrário.’.

Sinale-se que esse dispositivo do art. 283 do CPP teve que conviver com o disposto no seu art. 27, § 2º, segundo a qual os recursos especiais e extraordinários (inclusive os criminais) devem ser recebidos apenas no efeito devolutivo. Esse dispositivo de lei foi, é certo, revogado pelo novo CPC (Lei 13.105/15), o qual, todavia, manteve o mesmo regime aos referidos recursos (CPC, art. 995). A solução para permitir a convivência harmônica do art. 283 do CPP com os dispositivos que sempre conferiram efeito apenas devolutivo aos recursos para instâncias extraordinárias, sem reconhecer a revogação ou a inconstitucionalidade de qualquer deles (*v.g.* Lei de Execução Penal, arts. 105 e 147), foi essa adotada pelo acórdão embargado, como também já havia sido a da jurisprudência anterior ao 2008, do Supremo Tribunal Federal.

3. Para além da inexistência de omissão, é preciso reafirmar que a interpretação do princípio da presunção de inocência conferida pelo acórdão embargado de modo algum inviabiliza ou sequer dificulta o acesso do condenado em segundo grau ao Superior Tribunal de Justiça ou ao Supremo Tribunal Federal. Pelo contrário, a realidade nos mostra, todos os dias, que, com a largueza com que o STF admite a ajuizamento de *habeas corpus*, não somente os condenados, mas até os simples acusados ou investigados podem submeter à Corte Suprema qualquer lesão ou ameaça à violação, direta ou indireta, ao seu direito constitucional de liberdade de locomoção. Nesse sentido, são incontáveis os precedentes do Supremo Tribunal Federal de *habeas corpus* envolvendo questões, até mesmo processuais, surgidas antes mesmo da prolação de sentença criminal pelo juízo de origem (*v.g.* HC 123.019, Rel. Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, Dje

**ADC 44 MC / DF**

28/4/2016; HC 126.536, Rel. Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, Dje 28/3/2016; HC 130.219, Rel. Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, Dje 15/3/2016). Releva mencionar, ainda, que controvérsias sobre dosimetria da pena, regime prisional inicial, nulidades processuais e outras da espécie igualmente são submetidas e, não raro, apreciadas com maior agilidade que as postas em recursos de natureza extraordinária, muitas vezes superando até mesmo o esgotamento da tramitação normal pelas várias instâncias anteriores (v.g. HC 132.098, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, Dje 27/4/2016; HC 131.918, Rel. Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, Dje 2/3/2016; HC 128.714, Rel. Min. Rosa Weber, Dje 16/12/2015; HC 124.022, Rel. Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, Dje 14/4/2015). Há casos em que o Tribunal admitiu habeas de *habeas corpus* mesmo para invalidar ato praticado em sede de inquérito policial (v.g. HC 115.015, Relator(a): Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, Dje de 12-09-2013), e até como substituto de ação de revisão criminal (v.g., HC 133027, Relator(a): Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, Dje de 26-04-2016; RHC 116947, Relator(a): Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, Dje de 12-02-2014).

4. E, o que é tão ou mais importante, a matéria suscetível de apreciação em *habeas corpus* é muito mais ampla do que as invocáveis em recurso extraordinário, limitado a questões constitucionais e desde que ostentam a marca da repercussão geral. Ao contrário disso, o *habeas corpus* não enfrenta maiores óbices processuais para o seu conhecimento. Registre-se, ademais, que grandes temas de direito não são estranhos ao *habeas corpus*. Mesmo sendo via processual sumária no trato dos direitos do acusado e de acentuada celeridade, nele veiculam-se questões de grande relevo, inclusive o próprio controle de constitucionalidade de preceitos normativos, com nítida repercussão no ordenamento jurídico penal. À guisa de mera exemplificação, alguns importantes julgados recentemente proferidos pelo plenário do STF em sede de *habeas corpus*: (a) análise do devido processo legal no âmbito do processo penal

**ADC 44 MC / DF**

militar (HC 127.900, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 3/3/2016); (b) aplicação do princípio da insignificância (HC 123.108, Rel. Min. Roberto Barroso, Dje 1/02/2016); (c) impossibilidade de sopesar-se a natureza e a quantidade da droga na fixação da pena-base e, simultaneamente, na escolha da fração de redução da terceira etapa da dosimetria (HC 112.776, Rel. Min. Teori Zavascki, Dje 30/10/2014); (d) declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito *ex nunc*, da obrigatoriedade de fixação do regime fechado para início do cumprimento de pena decorrente da condenação por crime hediondo ou equiparado (HC 111.840, Rel. Dias Toffoli, Dje 17/12/2013); (e) declaração de inconstitucionalidade da vedação abstrata da liberdade provisória prevista no art. 44, *caput*, da Lei 11.343/2006 (HC 104.339, Rel. Min. Gilmar Mendes, Dje 6/12/2012); (f) declaração de inconstitucionalidade da proibição de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos constante do art. 44 da Lei 11.343/2006 (HC 97.256, Rel. Min. Ayres Britto, Dje 15/12/2010).

Realidade diversa é a observada nos recursos de natureza extraordinária de alçada dos Tribunais Superiores, em geral inadmitidos com arrimo em súmulas e em entendimentos pretorianos consolidados, barreiras recursais que bem sinalizam a menor eficácia de tais vias de impugnação se comparadas com a do *habeas corpus*. Reforçam essa constatação os números obtidos em pesquisa que determinei fosse realizada nos registros do Tribunal, relativamente ao período de 2009 até março de 2016 (período em que o Tribunal adotou a tese agora reconsiderada). Nesse período, de 22610 recursos extraordinários e agravos em recursos extraordinários em matéria criminal, somente obtiveram êxito 1,7%, a maioria em favos da acusação. Apenas 0,48% foi favorável à defesa, e, mesmo assim, envolvendo temas perfeitamente suscetíveis de dedução em *habeas corpus*, com muito mais eficácia e celeridade. Muitos foram providos por força da prescrição que se consumou no aguardo de seu julgamento. Apenas num julgamento (RE 755.565), o provimento do extraordinário

**ADC 44 MC / DF**

resultou em absolvição do recorrente, em caso em que sequer havia pena privativa de liberdade (atipicidade em contravenção penal). Nos demais e raros casos de provimento, as matérias veiculadas, em geral, estavam relacionadas à execução de pena, e não ao estado de inocência do acusado (sem falar que, como já enfatizado, tais matérias poderiam ter sido julgadas, com igual profundidade e muito maior presteza, pela simples via do *habeas corpus*, a significar que, provavelmente, em muitos casos, o que se buscou com o recurso foi, justamente, os benefícios secundários da falta de presteza no julgamento!)”.

5. Além de considerar ausente qualquer incompatibilidade insuperável entre os termos do entendimento do Plenário no HC 126.292 e o art. 283 do CPP, penso que as demais razões intituladas pelos requerentes tampouco devem recomendar hesitações quanto à eficácia dessa interpretação. Em primeiro lugar, porque, ao contrário do que vem sendo sustentado, a decisão no HC 126.292 não representou aplicação retroativa de norma penal mais gravosa, mas apenas entendimento relativo à dinâmica processual de execução das penas privativas de liberdade, proveniente de interpretação sistemática da ordem constitucional vigente.

É de se reafirmar que, a partir da restauração do regramento do sistema recursal penal tradicionalmente adotado pelo STF, por ocasião do julgamento do HC 126.292 (Pleno, minha relatoria), os dispositivos que sempre conferiram efeito apenas devolutivo aos recursos para as instâncias extraordinárias (art. 637 do Código de Processo Penal e art. 27, § 2º, da Lei 8.038/1990, este último revogado pelo novo Código de Processo Civil, o qual, todavia, manteve o mesmo regime aos referidos recursos, nos arts. 995 e 1.029, § 5º) são plenamente passíveis de serem invocados para determinar-se a imediata execução da reprimenda.

Decisões de igual teor, emitidas sob o pálio do referido HC 126.292, têm a chancela deste Supremo Tribunal Federal: HC 134.814, Rel. Dias Toffoli, Dje de 6/6/2016; HC 134.545, Rel. Min. Luiz Fux, Dje de 2/6/2016; HC 133.862, Rel. Min. Rosa Weber, Dje de 31/5/2016; HC 131.610, Rel.

**ADC 44 MC / DF**

Min. Celso de Mello, Dje de 19/5/2016; HC 134.285, Rel. Min. Edson Fachin, Dje de 17/5/2016; ARE 948.738, Rel. Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, Dje de 3/5/2016; e HC 125.708, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, Dje de 6/6/2016, este último assim ementado:

“Agravamento regimental em habeas corpus. 2. Direito Processual Penal. 3. Homicídio qualificado. Prisão decorrente de sentença condenatória. 4. Superveniência de julgamentos dos recursos da defesa. Perda de objeto. 5. Condenação confirmada em apelação. 6. Alegação de impossibilidade do cumprimento da sentença condenatória antes do trânsito em julgado. Improcedência. 7. Execução provisória da pena. O Plenário, no julgamento do HC n. 126.292/SP, relatoria de Teori Zavascki, firmou entendimento de ser possível o início da execução da pena na pendência de recurso extraordinário ou especial. Isso porque, no plano legislativo, o art. 637 do CPP afirma que os recursos extraordinários não têm efeito suspensivo. 8. Agravamento regimental a que se nega provimento”.

Outro fundamento invocado em abono de uma pretensão postergação dos efeitos daquele precedente é o do reconhecimento, na ADPF 347, da existência de um “estado de coisas inconstitucional” na estrutura carcerária brasileira. O argumento parece indicar, pelo menos implicitamente, que não se deveria mais aplicar pena privativa de liberdade, o que, a toda evidência, é matéria absolutamente estranha ao objeto da questão aqui em debate. Também não se pode ter como certa a indicação que também decorre implicitamente desse argumento, que são sempre injustas – e, portanto, serão invariavelmente reformadas em grau de recurso especial ou extraordinário – as condenações impostas pelas instâncias ordinárias. Não é isso que demonstra a realidade. De qualquer modo, é importante registrar que o caos do sistema carcerário se deve, em significativa medida, ao enorme número de prisões provisórias, antes de condenação alguma, notadamente por tribunal de apelação. Ademais, embora seja um cenário realmente preocupante para o Estado brasileiro como um todo, o Tribunal tem buscado soluções para impedir que as penas de privação de liberdade sejam cumpridas fora do regime

**ADC 44 MC / DF**

apropriado, do que é exemplo o pronunciamento da Corte no RE 641.320, que resultou na edição da Súmula Vinculante 56, segundo a qual: “*a falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS*”. Diversas alternativas foram colocadas à disposição do magistrado, no caso de se deparar com *déficit* de vagas no regime prisional adequado, como a colocação do condenado em prisão domiciliar ou até mesmo a concessão de liberdade eletronicamente monitorada. Em se tratando de medidas extremamente favoráveis ao apenado, a solução adequada para a problemática do cumprimento do regime prisional em local inapropriado deve passar pela exigibilidade desse enunciado, e não pela tolerância com o descumprimento das exigências constitucionais de realização da justiça criminal. Aliás, a ideia de efetividade no cumprimento da sanção imposta em juízo condenatório, diretamente relacionada ao alcance do princípio da presunção de inocência, tenderia a reparar, ou ao menos amenizar, a cultura da imposição deliberada e inconsequente de prisões preventivas como método de concretização da punição do acusado.

Por fim, também não merece acolhimento o pedido de interpretação conforme do art. 637 do CPP, pois, como enfaticamente registrado no HC 126.292, sempre haverá mecanismos aptos a inibir as consequências gravosas ao condenado advindas de equívocos incorridos pelos juízos condenatórios. Medidas cautelares de outorga de efeito suspensivo ao recurso extraordinário ou especial são instrumentos inteiramente adequados e eficazes para controlar situações de injustiças ou excessos das decisões judiciais antecedentes. Ou seja: havendo plausibilidade jurídica do recurso, poderá o tribunal superior atribuir-lhe efeito suspensivo, inibindo o cumprimento de pena. Mais ainda: a ação constitucional do *habeas corpus* igualmente compõe o conjunto de vias processuais com inegável aptidão para controlar eventuais atentados aos direitos fundamentais decorrentes da condenação do acusado. Portanto, mesmo que exequível provisoriamente a sentença penal contra si proferida, o acusado não estará desamparado da tutela jurisdicional em

**ADC 44 MC / DF**

casos de flagrante violação de direitos.

6. Aliás, no âmbito do processo penal, o próprio conceito de “trânsito em julgado” merece reflexão. A Constituição não trata da matéria, razão pela qual a jurisprudência do STF tem afirmado, reiteradamente, que coisa julgada é matéria de conformação tipicamente infraconstitucional. Ora, o Código de Processo Penal não traz definição a respeito. A importação, para esse efeito, da legislação processual civil (“... decisão de mérito não mais sujeita a recurso” - Novo CPC, art. 502) não pode ser acolhida em sua absoluta literalidade, até porque, no processo penal, a revisão criminal, que não tem prazo para proposição, está, literalmente, incluída no rol dos recursos (CPP, art. 621 e seguintes). Na verdade, em matéria penal, a jurisprudência do STF confere acentuada mobilidade ao momento da formação do trânsito em julgado, que fica, em determinados casos, condicionado a uma variável fictícia, reflexo da interpretação pretoriana na busca de solução que melhor se coaduna com a preservação da higidez processual em face da prescrição da pretensão punitiva. A expectativa do trânsito em julgado após o julgamento do recurso extraordinário no STF, por vezes, se aperfeiçoa em momento anterior ao do julgamento de recurso pendente. É o que ocorre, por exemplo, para efeito de cálculo da prescrição da pretensão punitiva estatal, que, segundo orientação do STF, os recursos especial e extraordinário somente obstarão a formação da coisa julgada quando admissíveis (*v.g.* HC 86.125/SP, Rel. Ellen Gracie). Na oportunidade, sem se aprofundar na discussão da controvérsia, o colegiado assentou que o recurso de natureza extraordinária inadmitido pelo tribunal de origem, em decisão confirmada pelo respectivo tribunal superior, equiparar-se-ia à situação de não interposição de recurso. Entre os julgados que reafirmaram essa tese: ARE 791825 AgR-EDv-ED, Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, DJe-188 de 5/9/2016; HC 130.509/CE, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe de 15/10/2015; ARE 723.590 AgR/RS, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe de 13/11/2013; HC 113.559/PE, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 5/2/2013; AI 788.612 AgR/SP, Rel. Min. Dias Toffoli,



**ADC 44 MC / DF**

Primeira Turma, DJe de 16/11/2012 e ARE 723590 AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe de 13/11/2013, este último assim ementado:

II – O entendimento desta Corte fixou-se no sentido de que recursos extraordinário e especial indeferidos na origem, por inadmissíveis, em decisões mantidas pelo STF e STJ, não têm o condão de impedir a formação da coisa julgada, que deverá retroagir à data do término daquele prazo recursal. Precedentes.

No Superior Tribunal de Justiça, a questão foi objeto de amplo debate no julgamento dos Embargos de Divergência em Agravo em Recurso Especial 386.266/SP (julgado em 12/8/2015), cuja corrente vencedora filiou-se à compreensão do STF. Conforme essa orientação, “somente nas hipóteses em que o agravo não é conhecido por esta Corte (art. 544, § 4º, I, do CPC/1973), o agravo é conhecido e desprovido (art. 544, § 4º, II, ‘a’) e o agravo é conhecido e o especial tem seu seguimento negado por ser manifestamente inadmissível (art. 544, § 4º, II, ‘b’, 1ª parte), pode-se afirmar que a coisa julgada retroagirá à data do escoamento do prazo para a interposição do recurso admissível”. Para compor os fundamentos dos votos vencedores, ressaltou-se que (a) “no âmbito do processo penal, (...) realmente não é a interposição de recurso dentro do prazo legal que impede o trânsito em julgado da decisão judicial, mas sim a interposição de recurso cabível, pois (...) o recurso só terá o poder de impedir a formação da coisa julgada se o mérito da decisão recorrida puder ser modificado”; (b) esse entendimento coaduna-se com o princípio constitucional da duração razoável do processo; (c) há argumentos de ordem prática relacionados à inevitável impunidade advinda do indiscriminada utilização de vias processuais protelatórias pelo acusado, no intuito de alcançar a prescrição; (d) “haveria um desequilíbrio injustificável dos fins a que se presta o processo penal se, após sucessivas decisões negando ao recorrente o preenchimento dos requisitos legais e constitucionais para a continuidade da atividade recursal, pudesse, ainda assim, beneficiar-se do tempo naturalmente

**ADC 44 MC / DF**

necessário para essa sucessão de atos decisórios se consumir. A conclusão é fortalecida ao rememorar-se que, a partir do julgamento, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, do HC nº 84.078, não mais se tem como possível a execução provisória da pena, na pendência do Recurso Extraordinário ou Especial”. Definiu-se, ainda, o momento da ocorrência do trânsito em julgado com fundamento na natureza jurídica eminentemente declaratória do juízo de inadmissibilidade recursal pelo tribunal local. Desse modo, deliberou-se que “o trânsito em julgado retroagirá à data de escoamento do prazo para a interposição de recurso admissível”.

Bem se percebe, dessa controvérsia, que o conceito de coisa julgada, em processo penal, não está, necessariamente, relacionado ao julgamento de todos os recursos e à absoluta preclusão de todas as questões debatidas no processo. Aliás, a afirmação de que há regular e contínua contagem do lapso prescricional, mesmo na pendência de recursos de natureza extraordinária, é indicativo de importante e coerente reforço à tese da legitimidade da execução provisória da pena imposta ao condenado após o julgamento da apelação. Realmente, não se poderia, logicamente, sustentar o decurso do prazo da prescrição da pretensão executória (que supõe omissão *voluntária* em promover a execução) e, ao mesmo tempo, negar a possibilidade de execução da pena no mesmo período. Registre-se, ademais, que não é novidade nesta Corte a determinação de baixa dos autos, independentemente da publicação de seus julgados, seja quando haja o risco iminente de prescrição, ou no intuito de repelir a utilização de sucessivos recursos, com nítido abuso do direito de recorrer, cujo escopo é obstar o trânsito em julgado de condenação e, assim, postergar a execução dos seus termos (*v.g.*: RE 839.163-QO, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, DJe de 10/2/2015, entre outros).

7. Convém enfatizar, por fim, ser absolutamente desprovida de base real a afirmação de que a improcedência desta ADC e a manutenção do entendimento adotado pelo STF no HC 126.292 iria acarretar o “injusto”

**ADC 44 MC / DF**

encarceramento de “dezenas de milhares” de condenados, notadamente de pessoas humildes, que estão sendo defendidas pela Defensoria Pública. Essa hipótese parte do equivocado pressuposto de que há “dezenas de milhares” de recursos criminais em instâncias extraordinárias aguardando o julgamento e, mais, de que essas instâncias acolherão tais recursos e, assim, afirmarão a inocência dos recorrentes. Para ilustrar a evidente improcedência desse pressuposto, basta ter presente que, dos processos distribuídos ao STF no período de 2009 a 2016 (período em que se afirmou a impossibilidade de execução provisória da pena), houve um total de 22.610 recursos criminais. Desses, foram interpostos pela Defensoria Pública 2.585 REs, AREs e AIs, ou seja, apenas 11,43%. E desses, apenas 1,54% alcançou provimento, sendo que, isso é importante, invariavelmente envolvendo matéria não relacionada à culpabilidade do acusado (em geral, prescrição e obrigatoriedade do regime fechado para crime hediondo, matérias que poderiam, com maior celeridade e eficiência, ser suscitadas em *habeas corpus*). Aliás, nesse mesmo período, a Defensoria Pública foi responsável pela impetração de 10.712 *habeas corpus*, dos quais 16,15% foram concedidos, pelo menos parcialmente. Esses números reforçam a afirmação de que os *habeas corpus*, além de superarem, em muito, o número de recursos interpostos, representam meio mais eficiente para sanar eventuais ilegalidades ou arbitrariedades.

Em recente pesquisa realizada pela Fundação Getúlio Vargas (FGV *Direito Rio – Centro de Justiça e Sociedade – Projeto: ‘Panaceia universal ou remédio constitucional? Habeas corpus nos Tribunais Superiores’/Habeas Corpus nos Tribunais Superiores – Propostas para Reflexão. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ano 23 – 112 – Janeiro/Fevereiro – 2015*) mapearam-se os *habeas corpus* impetrados perante os Tribunais Superiores. Relativamente aos temas com maior incidência, destacou-se a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o erro na dosimetria da pena, a prisão cautelar, a aplicação do princípio da insignificância e o excesso de prazo da prisão, ou seja, matérias majoritariamente atreladas à prisão cautelar ou às circunstâncias do cumprimento da pena. Conclui-se, portanto, que o

**ADC 44 MC / DF**

maior reflexo de reversão no STJ seria a expressiva e contínua divergência entre as decisões dos tribunais e as do STF e STJ. A culpabilidade em si raramente é objeto de questionamento – e muito menos de acolhimento.

8. Ante o exposto, voto pelo indeferimento da liminar, nos exatos termos dos votos divergentes que me antecederam. É o voto.

05/10/2016

PLENÁRIO

**MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DECLARATÓRIA DE  
CONSTITUCIONALIDADE 44 DISTRITO FEDERAL**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Presidente, na condição de relator, apenas para explicitar, uma vez que sou da época da edição, o alcance dos verbetes nº 717 e 716 da Súmula, e inverte propositalmente a ordem numérica dos verbetes.

Começo pelo 717. O que revela o verbeo? A possibilidade de ter-se a execução, dita provisória, mas não é provisória, porque ninguém devolve a liberdade perdida ao custodiado preso em execução provisória se absolvido posteriormente? Eis o teor:

Não impede a progressão de regime de execução da pena, fixada em sentença não transitada em julgado, o fato de o réu se encontrar em prisão especial.

A prisão especial só diz respeito à provisória, porque, transitado em julgado o título, a prerrogativa cai por terra.

Vou ao outro verbeo, o de nº 716. Não se discute que, havendo o trânsito em julgado, há o direito à progressão no regime de cumprimento. Observa-se o termo inicial da prisão, gênero, pouco importando que anteriormente tenha ficado recolhido provisoriamente, ante detração. O que revela esse verbeo? A possibilidade de, ainda em se tratando de custódia provisória, ter-se a progressão no regime de cumprimento da pena.

Lembro-me do caso momentoso que enfrentamos e concluímos dessa forma – não participei do julgamento, creio que não, porque não participei de qualquer julgamento que envolvesse processo em que estivesse o ex-Presidente Fernando Affonso Collor de Mello. Ensejou inclusive um dos precedentes que desaguou nesse verbeo. O caso PC Farias. Estava preso provisoriamente, mas já teria, pelo próprio tempo de prisão e a sentença proferida, direito à progressão. Por isso, digo que esses verbetes não sinalizam a tese segundo a qual é possível ter-se, nesse

**ADC 44 MC / DF**

campo sensível, o da liberdade, a execução do título condenatório ainda não precluso na via de recorribilidade.

**O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO:** Entendo, Senhor Relator, que os enunciados sumulares em questão tiveram um único e singular propósito: o de evitar prejuízo aos presos cautelares.

**O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR)** – Em síntese, os verbetes não visaram beneficiar o Estado acusador, mas, sim, os réus.

05/10/2016

PLENÁRIO

**MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DECLARATÓRIA DE  
CONSTITUCIONALIDADE 44 DISTRITO FEDERAL**

**ESCLARECIMENTO**

**A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER** - Gostaria só de fazer um pequeno registro em função de uma manifestação do meu querido amigo, Ministro Roberto Barroso, com relação ao HC sob a minha relatoria, que estava vinculado à Segunda Turma e que foi encaminhado à apreciação do Plenário. Ali, como disse Sua Excelência, o crime ocorreu em 1991. Foram manejados mais de 20 recursos. Só que a decisão da Ministra Ellen Gracie, com relação a este processo, data de 2008. Ou seja, de 1991 a 2008 vigorava nesta Corte a compreensão que é defendida pelo Ministro Roberto Barroso. Isto é, não se vinculava a ordem de prisão enquanto pena ao trânsito em julgado da decisão. Então, na verdade, aquele exemplo não se justifica a partir desta compreensão diversa que foi adotada por esta Corte, a partir de 2009, no HC sob a relatoria do Ministro Eros Grau.

É como voto, Senhora Presidente.

05/10/2016

PLENÁRIO

**MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DECLARATÓRIA DE  
CONSTITUCIONALIDADE 44 DISTRITO FEDERAL**

**VOTO**

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX** - Senhora Presidente, ilustre representante do Ministério Público, Senhores Advogados presentes, estudantes, também vou ter a preocupação aqui lançada pela Ministra Rosa Weber no sentido de que este tema precisa ser resolvido hoje e vou fazer bem uma síntese, a mais apertada possível, de tudo quanto pude anotar.

Mas não posso deixar de realizar um mergulho no meu passado e dizer a Vossa Excelência que, em 1972, na Universidade do Estado do Rio de Janeiro, eu assisti a uma aula inaugural do Professor Heleno Fragoso. Nessa aula inaugural, dentre outros destaques doutrinários que foram feitos, um deles foi o de que a ameaça penal, realmente, não representa nenhuma inibição no campo criminal. Na segunda observação, que foi a frase final do Professor Heleno Fragoso, baseado nas premissas filosóficas de Radbruch, ele assentou que não queria um Direito Penal melhor, ele queria algo melhor do que o Direito Penal. Então, na verdade, o algo melhor do Direito Penal não é o Direito material; o problema do Direito Penal é a inefetividade do processo penal. O processo penal não cumpre o seu desígnio, que é exatamente o de infligir a sanção ao acusado, ao denunciado.

Houve, no início da Sessão deste julgamento, um jovem advogado, que - ele não está presente na tribuna - que, de uma forma bastante interessante em termos de oratória, assentou que nós estamos discutindo isso, porque o Brasil é diferente; nós estamos discutindo isso, porque há alguns aspectos aqui e ali. Enfim, trazendo teses que eram favoráveis à sua postulação. E aquilo me chamou a atenção, porque foi uma colocação muito bem arquitetada.

Eu, então, resolvi plagiá-lo de alguma maneira e fiz algumas



**ADC 44 MC / DF**

pequenas anotações e assentei, para mim mesmo, o seguinte: nós estamos discutindo isso, porque, no Brasil, as condenações são postergadas por recursos aventureiros, primeiro lugar. Segundo lugar, nós estamos discutindo isso, porque, por força de recurso impeditivo do trânsito em julgado, um réu matou uma jornalista, e, ele sendo jornalista também, réu confesso, passou onze anos solto. E nós estamos discutindo isso, porque nós estamos mais preocupados com o direito fundamental do acusado, nós estamos esquecendo do direito fundamental da sociedade, que tem, evidentemente, a prerrogativa de ver aplicada a sua ordem penal.

No julgamento de um *habeas corpus* aqui no Supremo, há uma frase emblemática que foi chancelada pelo Pleno, no sentido de que: em país nenhum do mundo, depois de observado o duplo grau de jurisdição, a execução de uma condenação fica suspensa, aguardando o referendo de uma Corte Suprema. Isso é uma afirmativa absolutamente verídica e que foi comprovada no *habeas corpus* que o Ministro Teori trouxe a julgamento, inclusive, com indicação de todos os países que assinam...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Vossa Excelência afasta o Brasil, não é? O Brasil não é país no mundo!

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Não, essa frase deve ter sido chancelada por Vossa Excelência, porque eu não estava aqui na época em que isso aqui foi julgado no Plenário. Então, aqui é que diz, nesse julgado, que não foi proclamado em época que eu estava aqui, que dizia:

*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.*

Entrei em 2011 aqui no Supremo Tribunal Federal e o julgado é de 2005. Acredito que muitos dos componentes atuais da Corte tivessem fazendo parte, aqui desse julgamento.

Então, essas questões me conduzem a uma colocação jusfilosófica simples: a jurisdição é uma função popular. Então, ninguém entende,

**ADC 44 MC / DF**

nenhum cidadão entende que a parte, o réu, ele tem uma denúncia recebida, ele tem uma denúncia acolhida numa sentença condenatória, ele é condenado pelo Tribunal de Apelação e ele entra inocente no Supremo Tribunal Federal. É hora de perguntar: quem somos nós? Quem somos nós, diante de todo o Judiciário, que já reapreciou todas essas questões?

E, então, essa válvula de escape que hoje se utiliza, ela incide exatamente naquilo que o Ministro Fachin destacou logo no início do seu voto: uma leitura em tiras. Quer dizer, foi lido um dispositivo que, no meu modo de ver, cada um aqui teve a sua ótica, não tem a menor ligação com o tema que nós estamos tratando, porque o que diz o art. 5º, inciso LVII, é que *“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.”*

Mas, a Constituição Federal tem um artigo especificamente sobre a prisão. Isso aqui não tem nada a ver com a prisão em Segunda Instância. O que tem a ver com a prisão é o inciso LXI:

*“LXI - Ninguém será preso em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;”*

Então, eu entendo que, se a vontade do Constituinte fosse exatamente de condicionar a execução da sentença ao trânsito em julgado, ele teria inserido nesse dispositivo. Ele teria inserido nesse dispositivo!

E, na verdade, a própria Constituição Federal tem várias hipóteses que permitem a prisão em vários delitos: racismo, tráfico de drogas, tortura, terrorismo, crimes hediondos, nada com trânsito em julgado. Permite essa prisão, independentemente do trânsito em julgado.

Por outro lado, no meu modo de ver, essa interpretação que se está conferindo a esse dispositivo, ela contraria algo que o Ministro Barroso, de maneira implícita, deixou claro, que é uma violação ao princípio da igualdade. É que a exigência do trânsito em julgado para efetividade da

**ADC 44 MC / DF**

condenação penal favorece os acusados, que podem extrair generosas opções recusais com prejuízo à efetividade da duração razoável do processo.

Essa viagem da jurisprudência, no meu modo de ver, ela está bem de acordo com o que se sustentou aqui no julgamento da ADC, em relação à segunda Lei da Ficha Limpa, com a citação de diversos autores, dentre os quais Konrad Hesse, sobre a Força Normativa da Constituição, ressaltando que essa força normativa ela é tanto maior na medida em que ela se ajusta ao sentimento social.

Então, hoje em dia, não é admissível, não implica em crença na Justiça, por exemplo, para me valer do mesmo exemplo, sem que eu tenha conversado a respeito com o Ministro Barroso, ninguém admite que uma pessoa que tenha cometido homicídio pelas costas - e um homicídio praticado por um réu confesso - fique onze anos solto, utilizando recursos protelatórios e gerando a prescrição contrária à pretensão do autor da ação penal, que é o Ministério Público.

Então, eu assento que, com a decisão adotada na Corte naquele *habeas corpus* do Ministro Teori Zavascki, em conjunto com a atuação criteriosa e ativa de órgão da persecução criminal, superou-se a antiga crítica de que o Direito Penal brasileiro servia apenas aos pobres e aos marginalizados.

Com relação a esse tema aqui, os referidos críticos, eles bradam contra um alegado descumprimento desse Texto Constitucional, quando, na verdade, essa nova orientação, no meu modo de ver, ela promoveu a necessária efetivação dos ordenamentos constitucional e penal em consonância com os princípios da igualdade, do devido processo legal e da duração razoável dos processos.

A alegação de que, na ADPF, aduziu-se ao estado de coisas inconstitucionais e que, portanto, isso exacerbaria o problema, acho que o Ministro Gilmar respondeu à sociedade; quer dizer, essa preocupação é um pouco tardia, só agora, depois de anos com pessoas presas assim, é que essa preocupação surgiu. Só agora! Deve haver uma razão do momento, mas a verdade é que esses presos estão há muito tempo lá.

**ADC 44 MC / DF**

E também o que se quer é um estado de coisas inconstitucionais, ou seja, o que se quer é a ausência de efetividade do ordenamento penal por consequência da interposição sucessiva de recurso com expediente para o protelamento indefinido do trânsito em julgado da condenação.

Eu assento aqui, inclusive, eu trago um acórdão do Tribunal Constitucional Federal alemão, que, exatamente, lá, esses recursos extraordinários são recursos contra a coisa julgada; são recursos dirigidos contra coisa julgada. E, nesse julgado, o que se garantiu - o Ministro Gilmar, certamente, teria uma pronúncia melhor do que a minha, como eu não tenho essa pronúncia, vou ler em português - foi exatamente o que eles denominam de princípio da garantia da operacionalidade da Justiça Penal.

Então, o Professor Alexy, exatamente comentando esse julgado, ele diz que o dever estatal de garantir uma aplicação adequada do Direito Penal é verdadeiro direito prestacional fundamental, um direito do titular de direitos fundamentais em face do Estado, a que este o proteja contra intervenção de terceiros. Aplicando a lição ao ordenamento brasileiro, tem-se que a atribuição de efeito suspensivo a um rol virtualmente limitado de recursos viola o direito a proteção das vítimas de crimes, na medida em que confere ao acusado a prerrogativa de obstar indefinidamente a imposição da reprimenda penal.

Exatamente por força desses dois dispositivos constitucionais, no meu modo de ver, o que se permite é uma exegese desse dispositivo infraconstitucional à luz dessa norma maior de que só se pode ser preso em flagrante ou por ordem escrita da autoridade competente. É isso que a Constituição fala sobre prisão, é isso que ela estabelece sobre prisão.

O artigo 283 não tem nenhuma menção à presunção de inocência, que, aliás, para uns, é regra, para outros, é princípio, mas, efetivamente, já não tem mais a mesma concepção que detinha quando foi, digamos assim, proclamada essa garantia.

Então, o que diz o artigo 283 - no meu modo de ver, à luz dessa autorização constitucional, uma interpretação que ele admite:

*Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito. Ninguém*

**ADC 44 MC / DF**

*poderá ser preso senão por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária. Ninguém poderá ser preso senão por força de sentença condenatória transitada em julgado. Ninguém poderá ser preso no curso da investigação do processo em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.*

Então, eu subdivido o dispositivo autorizado pela Constituição Federal em quatro orações. Nessas quatro orações, nessas quatro hipóteses, é que se pode prender. Assim, não há nenhuma vedação a que se efetive a prisão do condenado depois da condenação pelo Tribunal de Apelação. Mercê de coexistir, ainda, no Código de Processo Penal, o dispositivo que não só afirma que os recursos especiais, os recursos extraordinários não têm efeito expressivo, e a Lei acrescenta: os autos devem baixar para a execução do julgado. Então, tudo isso nos leva à consideração de que, realmente, essa liminar não pode ser deferida.

Por outro lado, Senhora Presidente, também, mais pela práxis, nós sabemos que os Tribunais são sensíveis às situações teratológicas. Nós aqui recebemos: a Primeira Turma e a Segunda Turma, nas terças-feiras, representam um verdadeiro Juizado Especial Criminal. O que há de *habeas corpus* criminal em relação a todas as matérias: dosimetria de pena, prisão preventiva, antecedentes, enfim.

Pois bem, o Supremo Tribunal Federal - e eu também já pertenci ao STJ -, diante de uma decisão teratológica, ele concede *habeas corpus*. E agora mais ainda, com esse processo de heterointegração do Processo Civil em relação ao Processo Penal, o que diz a novel legislação processual civil? Quando o Relator verificar que o recurso tem probabilidade de provimento, ele defere uma tutela antecipada no bojo do recurso, não precisa nem manejar a cautelar. Mas, sem prejuízo, nós sabemos que o Supremo Tribunal Federal defere *habeas corpus* de ofício ou defere *habeas corpus* impetrados como tais. Então, essa questão, Senhora Presidente, no meu modo de ver, ela resta superada por esses argumentos assim sintetizados.

Com relação à modulação, eu também entendo que se estaria ampliando sobremodo essa nossa função, que eu assento: *Da mesma*

**ADC 44 MC / DF**

*forma, é de ser rejeitado o argumento de que a mudança do entendimento deveria produzir apenas efeitos prospectivos, porque - eu ressalto - que é de comum sabença que o fundamento da irretroatividade das leis penais está na denominada concepção subjetiva da segurança jurídica, dentre outros destacados por Guillermo Calderón, *Retroactividad e irretroactividad de las leyes penales*. Santiago: Editorial jurídica de Chile, 2007. p. 124).*

Só que execução de sentença não é Direito Penal. Execução de sentença é matéria estritamente processual e ela se aplica aos feitos pendentes, respeitados os atos passados imediatamente.

Aqui eu cito, inclusive, uma passagem do Ministro Gilmar Mendes e outra do Ministro Moreira Alves. O Ministro Gilmar Mendes, no ARE nº 644.850, e o Ministro Moreira Alves no Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* nº 58.314, no sentido de que a jurisprudência desta Corte reconhece que, tratando-se de norma processual penal, afasta-se a lógica da irretroatividade, que é própria das disposições penais e daquelas de caráter misto.

De sorte, Senhora Presidente, que, com esses fundamentos sintetizados, mas atendendo aos escopos maiores da instituição, eu voto no sentido de indeferir a liminar, acompanhando a divergência inaugurada por vários votos, aos quais eu também manifesto a minha adesão, porque cada um teve uma ótica diferente, tanto o Ministro Fachin quanto o Ministro Luís Roberto Barroso e o Ministro Teori Zavascki, e agrego esses fundamentos, mais estes, e voto nesse sentido.

05/10/2016

PLENÁRIO

**MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DECLARATÓRIA DE  
CONSTITUCIONALIDADE 44 DISTRITO FEDERAL****ANTECIPAÇÃO AO VOTO****O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:**

Senhora Presidente, não posso iniciar meu voto sem antes cumprimentar, inicialmente, os debates que houve, quer vindos da tribuna, da parte dos advogados privados, dos defensores públicos - que trouxeram dados extremamente relevantes para a discussão da causa -, do Ministério Público; quer vindos do Plenário, com o voto do Ministro Relator, com a divergência aberta pelo Ministro Luiz **Edson Fachin** e com os votos que se seguiram.

Antes de entrar no tema especificamente, já que se falou tanto em números, em dados estatísticos, estamos falando do sistema que funciona, daquele que foi levado às barras do Tribunal, como se costuma dizer. O Brasil tem em média, por ano, sessenta mil homicídios, desse número, nem cinco por cento são apurados. São levados a júri popular cerca de três por cento. Temos que refletir sobre isso. Crimes contra a vida: 60 mil por ano, em dez anos, são 600 mil homicídios. Então, de seiscentos mil homicídios, se apenas cinco por cento são levados às barras da Justiça, quantos mil homicidas estão soltos sem que as investigações nem sequer tenham sido concluídas para se saber a autoria desses delitos? Já tive oportunidade de dizer, em julgamentos de turma, que: ou nós damos efetividade à soberania do júri, ou temos que propor a mudança desse sistema de júri, porque está falido. Está completamente falido. Estamos falando de uma guerra. Dos dez países mais violentos do mundo, só um não pertence às Américas, o Iraque; os outros nove, incluindo o Brasil, pertencem às Américas. O Iraque está em guerra há muito tempo. Como as estatísticas da ONU são de 2013/2014, talvez a Síria entre nesse rol, com as novas estatísticas.

Eu chamo a atenção para isso, porque nós, o sistema judicial como

**ADC 44 MC / DF**

um todo, não podemos fechar os olhos para essa situação de desdém com relação aos homicídios, que, geralmente, são dos pobres, são daqueles que moram na periferia. Esses são os homicídios que jamais são resolvidos.

Vossa Excelência, que está à frente do CNJ, Ministra **Cármem Lúcia**, e nós temos que repensar esse sistema repressivo em relação aos homicídios. E, evidentemente, dentro desse sistema, está o que Vossa Excelência já mencionou, que é a violência doméstica: a violência contra a mulher, a violência contra a criança, o adolescente e o idoso.

Dito isso, eu votei, quando da análise do **habeas corpus** de relatoria do Ministro **Teori Zavascki**, apenas e tão somente acompanhando o Relator dentro daquilo que se colocava nos limites daquele **habeas corpus**. Agora, o tema é trazido sob uma outra óptica, a óptica da compatibilidade ou não do art. 283, com a redação dada pela Lei nº 12.403/2011, com a Constituição Federal.

Muito embora a Ministra **Rosa Weber** dele tenha feito a leitura, eu gostaria de ler a redação anterior, original, do art. 283, que foi revogada pela atual redação. Dizia a vetusta redação: "[a] prisão poderá ser efetuada em qualquer dia e a qualquer hora, respeitadas as restrições relativas à inviolabilidade do domicílio."

Isso lá no Decreto-lei de 1941, uma outra época, um outro país. Evidentemente que, desde a Constituição de 1988, isso já estava superado.

Diante da decisão do Supremo Tribunal Federal, o legislador, em 2011, estabeleceu que

"[n]inguém 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" (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

E é esse dispositivo que se coloca nas ações, se ele tem



**ADC 44 MC / DF**

compatibilidade ou não com a Constituição.

A Constituição, no art. 5º, LVII, diz: "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória".

O inciso LXI diz: "[n]inguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos transgressão militar ou crime propriamente militar definidos em lei".

O inciso LXVI diz: "[n]inguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança".

Ora bem, da leitura do art. 283 e dos dispositivos constitucionais - e disse isso, no voto divergente, o Ministro **Edson Fachin** -, não dá para se verificar a incompatibilidade. Sua Excelência, na conclusão do voto, diz "não é incompatível". Tanto que Sua Excelência propõe, na divergência, uma interpretação conforme a esse dispositivo, dizendo que essa execução pode ser iniciada por conta de os recursos excepcionais, que seriam o recurso especial e o recurso extraordinário, não terem efeitos suspensivos. Pois bem, esse é o dilema que estou agora a enfrentar.

Se formos à Lei de Execução Penal - estou refletindo sobre isso porque, qualquer que seja a decisão que a Corte venha a tomar, e a tendência que verifico é manter a decisão de fevereiro, nós teremos consequências a respeito -, no Título IV, da Lei de Execuções Penais, que é a Lei 7.210, de 11 de julho de 1984, o Título IV estabelece o seguinte: Dos Estabelecimentos Penais. Capítulo I: Disposições Gerais. Das Disposições Gerais, eu leio a cabeça do art. 84:

"Art. 84. O preso provisório ficará separado do condenado por sentença transitado em julgado."

E aí o § 1º estabelece os critérios dessa separação.

O Capítulo II desse Título IV define os estabelecimentos penais. Ele trata da penitenciária. Penitenciária é o estabelecimento para o cumprimento do regime fechado. O nome é penitenciária, pela Lei de Execução Penal. E diz o art. 87:

**ADC 44 MC / DF**

"Art. 87 A penitenciária destina-se ao condenado à pena de reclusão, em regime fechado."

No art. 88, parágrafo único, letra b., se estabelecem os critérios da penitenciária, inclusive a área mínima de seis metros quadrados de cela por preso.

Capítulo III desse Título IV da Lei de Execução Penal: colônia agrícola, industrial ou similar - o estabelecimento para o regime semiaberto.

O capítulo IV: casa do albergado - o estabelecimento para o regime aberto. E tudo isso pressupondo o quê? O trânsito em julgado. O Capítulo V fala do Centro de Observação; o capítulo VI fala do Hospital de Custódia e de tratamento psiquiátrico; o capítulo sétimo do Título, que é o último nesse Título IV, trata da cadeia pública. A cadeia pública é o estabelecimento para o preso provisório, sem trânsito em julgado. E o art. 102, então, diz:

"Art. 102. A cadeia pública destina-se ao recolhimento de presos provisórios."

Diz o art. 103:

"Art. 103. Cada comarca terá, pelo menos 1 (uma) cadeia pública a fim de resguardar o interesse da Administração da Justiça Criminal e a permanência do preso em local próximo ao seu meio social e familiar."

Diz o art. 104:

"Art. 104. O estabelecimento de que trata este Capítulo será instalado próximo de centro urbano, observando-se na construção as exigências mínimas referidas no artigo 88 e seu parágrafo único desta Lei [que são as exigências para a penitenciária e a individualização do tamanho de cela, etc.]".

**ADC 44 MC / DF**

E nós sabemos que, infelizmente - e esse tema já veio aqui, à Corte -, não há penitenciárias que atendam à Lei de Execuções Penais; não há casas de albergado suficientes para atender ao regime aberto; não há colônias agrícolas, industriais ou similares para o regime semiaberto e, na maioria das comarcas, os presos acabam ficando nas delegacias. Realmente, esse é um drama que faz com que a repressão do Estado estimule a criação de movimentos organizados dentro das penitenciárias, dentro das cadeias públicas, como estamos agora a assistir, com grupos dominando mais do que o Estado, os próprios encarcerados.

**O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO:** A Lei de Execução Penal *encerra um universo de ficções jurídicas, pois, embora contemplando* medidas importantes e essenciais ao processo de ressocialização do condenado, **esse diploma legislativo**, que data de 1984, **vê-se desautorizado e comprometido** em seus elevados propósitos **pelo crônico desrespeito** revelado pelo Estado, que, *sem razão legítima, abstém-se de cumpri-lo, como se vê, p. ex. da regra inscrita no art. 88 de referido estatuto, cujo teor assim dispõe:*

*“**Art. 88.** O condenado será alojado em cela individual que conterà dormitório, aparelho sanitário e lavatório.*

***Parágrafo único.** São requisitos básicos da unidade celular:*

*a) salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana;*

*b) área mínima de 6,00m<sup>2</sup> (seis metros quadrados).”*

**O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:**

Que o Estado não vem cumprindo.

**O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO:** *Lamentavelmente*, o Poder Público **insiste em não cumprir o que lhe determina** a Lei de Execução Penal, **criando, desse modo**, com a sua inaceitável inércia, o

**ADC 44 MC / DF**

“estado de coisas inconstitucional”, já **reconhecido** pelo Plenário desta Suprema Corte, **que traduz** situação de permanente anomalia e de irresponsável omissão **por parte** das autoridades governamentais competentes.

**O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:**

Estou fazendo essa leitura da Lei de Execução Penal até porque foi dito aqui que o Direito não pode ser lido em tiras. Então, vejam: o Capítulo I do Título IV, que trata dos estabelecimentos prisionais na Lei de Execução, fala que o preso com trânsito em julgado é separado do preso sem trânsito em julgado.

Eu digo isso porque a decisão dessa Corte caminha para uma decisão no sentido de que, embora ainda haja recursos pendentes, poderá se iniciar a execução da pena. Então, que se estabeleça: a execução da pena vai se dar em penitenciária ou em cadeia pública?

O Ministro **Marco Aurélio** lembrou que as duas súmulas citadas pelo Ministro **Teori Zavascki** dizem respeito ao preso provisório, e não ao preso definitivo. Seria uma injustiça: aquele que está preso provisoriamente, com uma sentença de até quatro anos de prisão, poderia estar, se tivesse o trânsito em julgado, sendo beneficiado por uma substituição, mas ele continua preso provisório, em regime fechado em cadeia pública ou delegacia de polícia. Vejam, tudo isso é extremamente dramático.

Por outro lado, todos os argumentos trazidos nos votos divergentes são, também, extremamente fundamentados. Esse drama que se vive de haver condenações e, com o passar do tempo, não se ver a execução dessas condenações - e aqui foram dados alguns exemplos - choca, realmente, a sociedade. Mas eu chamo a atenção: geralmente, o que mais choca é, ainda, o júri.

A Constituição fala de soberania do júri. O cidadão é condenado, recebe a sentença; o juiz, presidente do júri, lê a sentença e o cidadão sai solto.

**ADC 44 MC / DF**

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI** - Ministro Toffoli, o senhor me permite um brevíssimo aparte?

Mas o juiz, na sentença de pronúncia, atentando para as condições do réu, examinando a sua periculosidade, pode, desde logo, determinar a sua prisão provisória ou cautelar. O juiz tem todas as condições de fazê-lo. Agora, se os crimes dolosos contra a vida, na sua grande maioria, são crimes passionais, são crimes de ocasião, em que o réu não apresenta perigo para a sociedade.

**O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:**

Haja paixão no Brasil! Sessenta mil homicídios!

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI** - Pois é, haja paixão, mas isso é uma constatação da criminologia.

**O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR)** – Quase sempre é um criminoso episódico.

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI** - É um criminoso episódico. É por isso que tal acontece. Quer dizer, ele não é preso na sentença de pronúncia, responde solto ao Júri durante todo o procedimento e, depois, aguarda a apelação. O juiz está lá, verifica se há ou não violência.

Se Vossa Excelência me permite, sem querer contestá-lo - Vossa Excelência está trazendo argumentos brilhantes e que me fazem refletir -, o nosso ordenamento processual penal tem todos os instrumentos para garantir a proteção da sociedade, para enfrentar essa guerra que nós vivemos de fato, e eu vou fazer algumas considerações em seguida sobre essa guerra.

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO** - Ministro Toffoli, apenas um comentário. Eu estava ouvindo com muito interesse - e já gastei a minha cota de tempo -, mas é só para lembrar que esta

**ADC 44 MC / DF**

mudança em relação ao Tribunal do Júri e prisão depois da pronúncia remonta a uma lei do Regime Militar que foi aprovada para impedir a prisão do delegado Sérgio Paranhos Fleury, que era protegido pela ditadura militar. Ele era um notório torturador que foi condenado por participar de esquadrão da morte e, para que não fosse preso, aboliu-se essa regra da prisão. Portanto, a origem não é propriamente garantista. A origem é bem complicada.

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI** - Bem, mas, de qualquer maneira, o juiz teria a faculdade de prender logo depois da prisão em flagrante, provisoriamente

**O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:**

Eu estou fazendo esse *brainstorming* de um lado e de outro das ponderações porque realmente é um drama. Eu penso que este Plenário tem uma visita, a qualquer momento, com a soberania do júri.

Assistimos, agora há pouco, ao júri popular ter condenado os policiais do famoso caso Carandiru. Saíram todos soltos, depois do veredicto do júri; e o TJ de São Paulo ainda está decidindo se anula o julgamento ou se absolve os policiais, porque houve votos pela anulação e pela absolvição. Então, vejam, a situação não é simples. Eles poderiam estar presos, já cumprindo uma decisão, e o TJ anulou essa decisão.

Mas eu penso que, se a Constituição fala que o júri é soberano, a decisão do júri tem que ser cumprida imediatamente, independentemente do trânsito em julgado, até porque o júri é soberano. Essa é uma visão que já externei na Primeira e na Segunda Turmas.

Por outro lado, coloca-se aqui a questão das estatísticas. Se, por um lado, há a estatística sobre os RE, que é no sentido de só 1,7% dos RE serem providos, em geral, para a acusação, para o Ministério Público; por outro lado, há os dados apresentados pela defensoria, que chamam a atenção. Há, ainda, a questão do papel do Superior Tribunal de Justiça na uniformização da aplicação da lei federal, porque nós temos tribunais de justiça ou tribunais regionais que são mais garantistas. Há, por exemplo,

**ADC 44 MC / DF**

o caso do TJ do Rio Grande do Sul, em que a reforma favorável à acusação pelo STJ é de mais da metade dos recursos; e o caso do TJ de São Paulo, em que, quanto à uniformização da jurisprudência federal e da lei federal, a reforma pelo STJ, pelos dados trazidos pela Defensoria de São Paulo, fica em torno de 1/3.

Em relação ao recurso extraordinário - e aí eu concordo com a divergência, até pela criação da repercussão geral -, ele não tem mais caráter subjetivo.

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES** - Ministro Toffoli, desculpe, ouvi até esses dados da Defensoria Pública, mas, dificilmente, Defensoria, quer dizer, o lado que faz a defesa do réu usa recurso especial ou extraordinário, diante, inclusive, da generosidade com que até aqui se tem tratado o *habeas corpus* com a possibilidade de liminar. Então, esses números, quando se fala de REsp ou mesmo de RE, não fazem sentido. São instrumentos do Ministério Público, mas não da Defesa. A Defesa maneja o *habeas corpus*. A rigor, é disso que se cuida. Então, no fundo, esses números estão embaralhados. E, aí, como lembrava o velho Roberto Campos, a estatística é como um biquini, esconde o essencial. Aqui, também, tem-se de tomar cuidado. Realmente, o que interessa é exame de *habeas corpus*.

**O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR)** – Vossa Excelência me permite? O ministro Sepúlveda Pertence dizia não compreender a razão de, em vez de se manusear o *habeas corpus*, tentava-se a via afunilada do recurso de natureza extraordinária. Hoje, considerada a Primeira Turma, não podemos afirmar a mesma coisa!

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES** – Mas, em geral, só se usa o RE ou o REsp quando o objetivo é meramente dilatório. É uma técnica da advocacia criminal para retardar o julgamento. Por quê? Porque aposta na prescrição ou coisa desse tipo. Se se quer, de fato, efetividade, opera-se com *habeas corpus*. Portanto, temos de olhar esses

**ADC 44 MC / DF**

números com muito cuidado.

**O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:**

Eu retomo, então, dizendo que existe realmente um papel do Superior Tribunal de Justiça extremamente relevante que é de uniformizar a aplicação da lei federal nacionalmente. Já na seara do Supremo Tribunal Federal, quando se trata de recurso extraordinário, não há mais o caráter subjetivo, porque a questão tem que ter repercussão geral e ultrapassar os limites subjetivos do caso concreto, o que, em geral, em matéria criminal, evidentemente não existe. Muito raramente vai se ter um tema de repercussão geral em matéria penal, e nossa jurisprudência é no sentido de que a questão do contraditório e da ampla defesa são matérias infraconstitucionais.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Vossa Excelência me permite, ministro Dias Toffoli? Ainda se articula com o substitutivo do recurso extraordinário, olvidando esse aspecto apontado por Vossa Excelência: dificilmente se conseguirá, tendo em conta norma do Código Penal ou do Código de Processo Penal, chegar ao Supremo nessa via, que é a do recurso extraordinário, com a repercussão geral como filtro.

**O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:**

Quanto à prescrição, um outro tema que foi aventado aqui, eu gostaria de lembrar que nós já temos decidido, tanto na Primeira Turma quanto na Segunda Turma, que, nas hipóteses em que o recurso especial e o recurso extraordinário não tiverem sido admitidos na origem nem nos tribunais superiores, a não admissão não impede a coisa julgada, ou seja, a prescrição não corre. E esse período em que o recurso tenha ido para o STJ ou vindo para o Supremo não pode ser contado como período prescricional. E nós já estamos fazendo isso.

Este Tribunal Pleno placitou uma decisão monocrática, vencido o Ministro **Marco Aurélio**, em que eu decretei o trânsito em julgado pelo



**ADC 44 MC / DF**

abuso do direito de recorrer. Todos sabem de que caso estou falando. E foi placitada essa decisão por ampla maioria neste Tribunal, ou seja, este Tribunal autorizou que o juiz de corte superior decrete, diante de um abuso do direito de recorrer, inclusive monocraticamente, obviamente sujeito a recurso - tanto é que eu trouxe o recurso a Plenário -, o trânsito em julgado, se ele ali verificar que há um abuso do direito de recorrer.

Eu tenho voto escrito, Senhora Presidente, e gostaria de, para objetivar, fazer a leitura de parte dele, do qual farei juntar a íntegra.

05/10/2016

PLENÁRIO

**MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DECLARATÓRIA DE  
CONSTITUCIONALIDADE 44 DISTRITO FEDERAL**

**VOTO**

**O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:**

Em 28/6/91, o Supremo Tribunal Federal, na voz do Plenário, manifestou-se pela primeira vez, pós Constituição de 1988, a respeito do princípio constitucional da presunção de inocência (CF, art. 5º, LVII) no que toca à execução provisória da pena.

Refiro-me ao HC nº 68.726/DF, Relator o Ministro **Néri da Silveira**, cuja ementa foi lavrada nos seguintes termos:

**“HABEAS CORPUS. SENTENÇA CONDENATÓRIA MANTIDA EM SEGUNDO GRAU. MANDADO DE PRISÃO DO PACIENTE. INVOCAÇÃO DO ART. 5º, INCISO LVII, DA CONSTITUIÇÃO. CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, ART. 669. A ORDEM DE PRISÃO, EM DECORRÊNCIA DE DECRETO DE CUSTODIA PREVENTIVA, DE SENTENÇA DE PRONUNCIA OU DE DECISÃO DE ÓRGÃO JULGADOR DE SEGUNDO GRAU É DE NATUREZA PROCESSUAL E CONCERNE AOS INTERESSES DE GARANTIA DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL OU DE EXECUÇÃO DA PENA IMPOSTA, APÓS O DEVIDO PROCESSO LEGAL. NÃO CONFLITA COM O ART. 5º, INCISO LVII, DA CONSTITUIÇÃO. DE ACORDO COM O PAR. 2 DO ART. 27 DA LEI nº 8.038/1990, OS RECURSOS EXTRAORDINÁRIO E ESPECIAL SÃO RECEBIDOS NO EFEITO DEVOLUTIVO. MANTIDA, POR UNANIMIDADE, A SENTENÇA CONDENATÓRIA, CONTRA A QUAL O RÉU APELARA EM LIBERDADE, EXAURIDAS ESTÃO AS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS CRIMINAIS, NÃO SENDO, ASSIM, ILEGAL O MANDADO DE PRISÃO QUE ÓRGÃO JULGADOR DE SEGUNDO GRAU DETERMINA SE EXPEÇA CONTRA O**

**ADC 44 MC / DF**

RÉU. HABEAS CORPUS INDEFERIDO” (DJ de 20/11/92 – grifos nossos).

Assentou o voto condutor desse acórdão que

“a ordem de prisão, em decorrência de decreto de custódia preventiva, de sentença de pronúncia ou de decisão de órgão julgador de segundo grau, é de natureza processual; concerne aos interesses da garantia da aplicação da lei penal ou da execução da pena imposta, após reconhecida a responsabilidade criminal do acusado, segundo o devido processo legal, com respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa”.

A Suprema Corte, então, asseverou que não contrastaria com o art. 5º, LVII, da Constituição Federal a execução provisória de sentença condenatória na pendência de recursos especial ou extraordinário, ao fundamento de que ambos não têm efeito suspensivo.

Essa decisão foi proferida por unanimidade, registrando-se que, justificadamente, não participaram daquela assentada os eminentes Ministros **Celso de Mello** e **Marco Aurélio**, consoante se verifica na ata de julgamento.

Esse entendimento perdurou na Suprema Corte por quase 2 (duas) décadas, até que, em 5/2/09, no julgamento do HC nº 84.078/MG, Pleno, Relator o Ministro **Eros Grau**, DJe de 26/2/10, a Corte estabeleceu a exigência do trânsito em julgado da condenação para a execução da pena, assentando que, antes do trânsito em julgado, a prisão somente poderá ser decretada ou mantida a título cautelar.

O *writ* foi concedido por 7 votos a 4, observando-se que, dos atuais componentes do Supremo Tribunal Federal, concederam a ordem os Ministros **Ricardo Lewandowski**, **Celso de Mello**, **Marco Aurélio** e **Gilmar Mendes**, ao passo que a Ministra **Cármen Lúcia** a denegou.

Passados 7 (sete) anos desse julgamento, no HC nº 126.292/SP, Relator o Ministro **Teori Zavascki**, DJe de 17/5/16, o Plenário voltou -

**ADC 44 MC / DF**

curiosamente, por idêntica maioria de votos (7x4) -, a admitir a execução provisória do acórdão penal condenatório a partir do exaurimento dos recursos ordinários.

Decidiu a Corte que a execução da pena na pendência de recursos de natureza extraordinária não compromete o núcleo essencial da presunção de inocência, “na medida em que o acusado foi tratado como inocente no curso de todo o processo ordinário criminal, observados os direitos e garantias a ele inerentes, bem como respeitadas as regras probatórias e o modelo acusatório atual”.

O Supremo Tribunal Federal, portanto, **repristinou** o entendimento que vigorou até 2009, até o julgamento do HC nº 84.078/MG.

Consoante o voto condutor do HC nº 126.292/SP, a impetração de **habeas corpus** ou o ajuizamento de medidas cautelares para conferir efeito suspensivo a recursos especial ou extraordinário se mostram adequados e eficientes para “controlar situações de injustiças ou excessos em juízos condenatórios recorridos”.

Aduziu o voto condutor do HC nº 126.292/SP que os recursos de natureza extraordinária não têm por finalidade específica examinar a justiça ou injustiça de sentenças em casos concretos, mas sim preservar a higidez do sistema normativo, tanto mais que, no recurso extraordinário, exige-se a demonstração da repercussão geral, ou seja, de que a questão transcende o interesse subjetivo do recorrente, “sendo irrelevante, para esse efeito, as circunstâncias do caso concreto”.

Destacou o Relator daquele julgado que a interposição de recursos meramente protelatórios, que almejam a prescrição da pretensão punitiva, representa mecanismo inibidor da efetividade da jurisdição penal, e que a retomada do entendimento anterior do Supremo Tribunal Federal constituía mecanismo legítimo de harmonizar o princípio da presunção de inocência com a efetividade da função jurisdicional.

Fixou-se, então, a seguinte tese de julgamento: “[a] execução de decisão penal condenatória proferida em segundo grau de jurisdição, ainda que sujeita a recurso especial ou extraordinário, não viola o princípio constitucional da presunção de inocência ou não-

**ADC 44 MC / DF**

culpabilidade”.

No julgamento do HC nº 126.292/SP, filiei-me à corrente majoritária, observados os limites daquele caso.

**Agora, trazido novamente o tema à luz, em sede de ação declaratória de constitucionalidade, tenho a oportunidade de revisá-lo.**

Como aduz **Rodrigo Capez**,

“[e]m nosso regime constitucional, a liberdade de locomoção, enquanto pressuposto para o pleno exercício das demais liberdades constitucionalmente asseguradas, constitui a regra; a prisão é a exceção.

No campo processual penal, devem ser destacadas, no art. 5º da Constituição Federal, as seguintes garantias:

a) ‘ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal’ (inc. LIV);

b) ‘ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória’ (inc. LVII);

c) ‘ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei’ (inc. LXI);

d) ‘a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária’ (inc. LXV);

e) ‘ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança’ (inc. LXVI).

Da conjugação desses dispositivos, que instituem um regime constitucional de garantias próprio da liberdade de locomoção, **conclui-se que essa liberdade constitui a regra; a prisão cautelar sempre será excepcional e provisória**”<sup>1</sup>

---

1 CAPEZ, Rodrigo. **A individualização da medida cautelar pessoal no processo penal brasileiro**. São Paulo, 2015.

**ADC 44 MC / DF**

Por sua vez, o princípio constitucional da presunção de inocência se concretiza como **norma probatória, norma de juízo e norma de tratamento**<sup>2</sup>

Como **norma probatória**, presunção de inocência significa que o ônus da prova recai inteiramente sobre o órgão acusador, a quem incumbe demonstrar, de forma suficiente, a existência dos fatos em que se lastreia a hipótese acusatória. O acusado, portanto, não tem o ônus de provar sua inocência.

Como **norma de juízo**, a presunção de inocência orienta e conforma o momento decisório, no qual o juiz analisa a suficiência ou a aptidão da prova da materialidade e da autoria de uma infração para formar seu convencimento. Um dos mais significativos desdobramentos da presunção de inocência como norma de juízo é o **in dubio pro reo**: a dúvida fática, em todas as decisões judiciais, deve favorecer o imputado.

Por fim, como **norma de tratamento**, a presunção de inocência significa que, diante do estado de inocência que lhe é assegurado por esse princípio, o imputado, no curso da persecução penal, não pode ser tratado como culpado nem a esse equiparado.

Em sua mais relevante projeção como norma de tratamento, a presunção de inocência implica a vedação de medidas cautelares pessoais automáticas ou obrigatórias, isto é, que decorram, por si sós, da existência de uma imputação e, por essa razão, importem em verdadeira antecipação de pena.

---

dissertação (Mestrado em Direito) Universidade de São Paulo

2 ZANOIDE DE MORAES, Maurício. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 358-364. GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Presunção de inocência e prisão cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 37. CAPEZ, Rodrigo. **A individualização da medida cautelar pessoal no processo penal brasileiro**. São Paulo, 2015. dissertação (Mestrado em Direito) Universidade de São Paulo.

**ADC 44 MC / DF**

**Estabelecidas essas premissas, passo à análise do art. 283 do Código de Processo Penal**, cuja constitucionalidade é o objeto das presentes ações declaratórias. O artigo assim dispõe:

“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”.

Essa redação foi conferida ao art. 283 do Código de Processo Penal pela Lei nº12.403/11, em atenção ao quanto decidido pelo Supremo Tribunal Federal no HC nº 84.078/MG, Pleno, Relator o Ministro **Eros Grau**, DJe de 26/2/10.

Com efeito, na redação original do Decreto-lei nº 3.689/41, limitava-se o referido artigo a dispor que “a prisão poderá ser efetuada em qualquer dia e a qualquer hora, respeitadas as restrições relativas à inviolabilidade do domicílio”.

Segundo **José Joaquim Gomes Canotilho**, densificar uma norma

“significa preencher, complementar e precisar o espaço normativo de um preceito constitucional, especialmente carecido de concretização, a fim de tornar possível a solução, por esse preceito, dos casos concretos”. Assim, “densifica-se um espaço normativo (= preenche-se uma norma) para tornar possível a sua concretização e consequente aplicação a um caso concreto”.<sup>3</sup>

O art. 283 do Código de Processo Penal, portanto, limita-se a **densificar** os dispositivos constitucionais que estabelecem que a

---

3 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 1075.

**ADC 44 MC / DF**

liberdade de locomoção constitui a regra, e a prisão, a exceção. Mais precisamente, densifica o art. 5º, LVII, CF, que consagra a presunção de inocência.

Assentados os dispositivos constitucionais que constituem o fundamento de validade material do art. 283 do Código de Processo Penal, **cuja compatibilidade com a Constituição Federal é inequívoca**, resta, tão somente, atribuir a ele a correta significação, ou seja, dar a ele uma interpretação conforme à Constituição Federal, para o fim de se autorizar ou não a execução provisória da pena.

Como salienta **Eros Grau**, não se interpretam os textos do direito em tiras, aos pedaços. O significado normativo de cada texto só é detectável no momento em que ele é inserido no contexto do sistema, para após afirmar-se, plenamente, no contexto funcional<sup>4</sup>

Nesse diapasão, não se pode olvidar que a Lei nº 7.210/84 (Lei de Execução Penal) estabelece que o preso provisório e o condenado por sentença transitada em julgado deverão ser custodiados separadamente, observados os critérios legalmente fixados (arts. 2º e 84).

A Lei de Execução Penal também delimita os estabelecimentos prisionais destinados ao condenado e ao preso provisório, preconizando que a penitenciária se destina ao condenado à pena de reclusão, em regime fechado (art. 87); que a Colônia Agrícola, Industrial ou Similar se destina ao cumprimento da pena em regime semiaberto (art. 91); que a Casa do Albergado se destina ao cumprimento de pena privativa de liberdade em regime aberto (art. 93) e que a cadeia pública se destina ao recolhimento de preso provisório (art. 102).

Ora, admitida a execução provisória da pena, onde seriam recolhidos os presos a ela submetidos?

Em meu sentir, constituiria flagrante injustiça permitir que o preso submetido à execução provisória de pena permanecesse recolhido em cadeias públicas ou delegacias.

---

4 GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 127-128.



**ADC 44 MC / DF**

O quadro é dramático, haja vista que o Estado, ao não cumprir a exigências legais de alojamento do condenado em cela individual e os requisitos mínimos de salubridade da unidade celular (art. 88 da Lei nº 7.210/84), acaba por fomentar a atuação de organizações criminosas no sistema prisional.

Feito esse registro, observo que o art. 283 do Código de Processo Penal contempla as três modalidades de prisão constitucionalmente previstas no âmbito do processo penal: **i)** prisão em flagrante, **ii)** prisão cautelar (temporária ou preventiva) e **iii)** prisão-pena ou sanção.

A **prisão em flagrante** é despida de natureza cautelar porque não visa assegurar os meios ou o resultado do processo, mas sim colocar o detido, imediatamente, à disposição do juiz, para que analise sua legalidade e adote ou não uma verdadeira medida cautelar, a teor do que dispõe o art. 310 do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei nº 12.403/11.

Nesse sentido, **Maurício Zanoide de Moraes** aduz que a prisão em flagrante é uma prisão provisória sem finalidade cautelar decorrente de razões materiais (“certeza visual do cometimento do crime pelo tido autor”), tanto que, no momento em que ocorre, nem sequer se terá iniciado a persecução penal.<sup>5</sup>

Efêmera, sua força coercitiva somente subsiste entre a lavratura do auto de prisão em flagrante e a análise judicial da legalidade dessa prisão e da necessidade, ou não, de imposição de medida cautelar diversa da prisão ou, em último caso, de sua conversão em prisão preventiva.

Por sua vez, a **prisão cautelar** é um instrumento a serviço de um instrumento (processo). Sua finalidade precípua é resguardar os meios (cautela instrumental) ou os fins (cautela final) do processo.

Finalmente, a **prisão-pena**, como sanção imposta pelo Estado pela violação de um bem jurídico penalmente tutelado, exige a formulação de um juízo definitivo de culpabilidade em um título judicial condenatório transitado em julgado.

Logo, **se não for hipótese de prisão em flagrante ou de prisão**

---

5 ZANOIDE DE MORAES, 2010, p. 387.

**ADC 44 MC / DF**

cautelar, não se admitirá a prisão antes do trânsito em julgado da condenação, vale dizer, antes que se forme a coisa julgada penal.

Coisa julgada penal é um termo inequívoco: **imutabilidade dos efeitos da sentença penal condenatória.**

Trânsito em julgado, portanto, significa que **se tornaram imutáveis os efeitos da sentença condenatória**, pela preclusão ou pelo exaurimento do **legítimo exercício do direito à interposição dos recursos cabíveis** – *sublinhe-se “legítimo”, para bem estremá-lo do ilegítimo, enquanto abusivo ou procrastinatório.*

Nesse contexto, a execução provisória da pena, **por tratar o imputado como culpado e configurar punição antecipada, violaria a presunção de inocência como “norma de tratamento”**, bem como a expressa disposição do art. 283 do Código de Processo Penal.

**Em sua interpretação literal**, a presunção de inocência exige que o réu seja tratado como inocente não apenas até o exaurimento dos recursos ordinários, mas sim até o trânsito em julgado da condenação, o que é bem diverso.

Daí porque interpretar trânsito em julgado como mero exaurimento dos recursos ordinários subverteria o texto legal, haja vista que não se concebe a existência do **trânsito em julgado provisório: ou se exaure a legítima possibilidade de recorrer, e a pena pode ser executada, ou não se exaure, e a execução da pena é vedada.**

Analogamente, o entendimento de que, após o julgamento dos recursos ordinários, a presunção de inocência se convolaria em presunção de culpabilidade colide frontalmente com o texto do art. 5º, LVII, da Constituição Federal.

Com efeito, a presunção de inocência, por expressa disposição constitucional, **subsiste íntegra até o trânsito em julgado.**

Pouco importa, nesse contexto, que os recursos especial e extraordinário, **via de regra** (arts. 995 e 1.029, § 5º, do Código de Processo Civil), não tenham efeito suspensivo: não bastasse a letra expressa do art. 283 do Código de Processo Penal, o art. 5º, LVII, CF, se mostra suficiente para impedir a execução provisória do julgado penal.

**ADC 44 MC / DF**

Outrossim, com a devida vênia, não me parece correta a assertiva de que não é função dos tribunais superiores examinar a justiça ou a injustiça das decisões proferidas pelas instâncias inferiores.

Fazer justiça não é somente reexaminar fatos e provas – *questão indiscutivelmente afeta aos tribunais de segundo grau* -, **mas também corrigir ilegalidades na tipificação de crimes, na dosimetria da pena, na fixação do regime prisional**, máxime quando se considera que, não obstante sumulados diversos entendimentos pelos tribunais superiores, em inúmeros casos, as instâncias inferiores se negam a observá-los, a pretexto da inexistência de efeito vinculante, forçando, assim, o acusado a percorrer uma autêntica **via crucis** recursal.

De toda sorte, **em meu sentir, é possível interpretar-se o requisito do trânsito em julgado, previsto no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, como exigência de certeza na formação da culpa, para, ato contínuo, precisar o momento em que se atinge essa certeza.**

Nas palavras de **Juarez Freitas**, o intérprete está “vinculado ao dever indeclinável de encontrar soluções sistematicamente melhores”: a interpretação jurídica é sistemática ou não é interpretação<sup>6</sup>

Note-se, a propósito, que, por força do art. 102, § 3º, da Constituição Federal, o recurso extraordinário, ao exigir a **repercussão geral** da questão constitucional suscitada, **pressupõe a transcendência dos interesses subjetivos do recorrente.**

Dessa feita, **como o recurso extraordinário não se presta à correção de ilegalidades de cunho meramente individual**, não há razão para se impedir a execução da condenação na pendência de seu julgamento, ou de agravo em recurso extraordinário.

**Já o recurso especial, embora precipuamente voltado à tutela do direito federal, efetivamente se presta à correção de ilegalidades de cunho individual**, desde que a decisão condenatória contrarie tratado ou lei federal, negue vigência a eles ou “[dê à] lei federal interpretação divergente da que lhe haja dado outro tribunal” (art. 105, III, a e c, CF).

---

6 FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito.**

5. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 76-79.

**ADC 44 MC / DF**

Assentadas essas premissas, há que se precisar o momento em que se atinge a certeza na formação da culpa.

Essa certeza não advém apenas do alto grau de probabilidade – vale dizer, para além de qualquer dúvida razoável - da autoria e da materialidade do delito, questões de natureza eminentemente fática, cuja apreciação ordinariamente se exaure nas instâncias locais.

Com efeito, para além dessas questões fáticas, a certeza na formação da culpa deriva de um juízo de valor sobre a tipicidade, a antijuridicidade da conduta e a culpabilidade do agente, bem como sobre a própria sanção penal a ser concretamente imposta, atividade que pressupõe o estabelecimento: **i)** das penas aplicáveis dentre as cominadas; **ii)** da quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; **iii)** do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade e **iv)** da substituição da pena privativa de liberdade por outra espécie de pena, se cabível (art. 59, CP).

Ora, não há dúvida de que a enunciação desses juízos de valor está reservada ao Superior Tribunal de Justiça, em razão da missão constitucional que lhe foi outorgada de zelar pela higidez da legislação penal e processual penal e pela uniformidade de sua interpretação.

Corroborando essa assertiva, a jurisprudência desta Suprema Corte é assente no sentido de que a afronta aos princípios da legalidade, do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, dos limites da coisa julgada e da prestação jurisdicional, quando depende, para ser reconhecida como tal, da análise de normas infraconstitucionais, não configura ofensa direta e frontal à Constituição da República e, **portanto, não autoriza a via do recurso extraordinário.**

Nesse sentido: AI nº 603.952/SP-AgR, Primeira Turma, Relator o Ministro **Menezes Direito**, DJ de 27/6/08; AI nº 651.927/SP-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro **Joaquim Barbosa**, DJe de 30/5/08; AI nº 649.191/DF-AgR, Primeira Turma, Relatora a Ministra **Cármen Lúcia**, DJ de 1º/6/07; AI nº 622.527/AP-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro **Eros Grau**, DJ de 18/5/07; AI nº 562.809/SP-AgR, Primeira Turma, Relator o Ministro **Ricardo Lewandowski**, DJ de 18/5/07; e AI nº 563.028/GO-

**ADC 44 MC / DF**

AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro **Gilmar Mendes**, DJ de 11/5/07, entre inúmeros outros.

**Na esteira dessa interpretação, se o trânsito em julgado se equipara à constituição da certeza a respeito da culpa – enquanto estabelecimento de uma verdade processualmente válida, para além de qualquer dúvida razoável -, reputo viável que a execução provisória da condenação se inicie com o julgamento do recurso especial ou do agravo em recurso especial pelo Superior Tribunal de Justiça.**

Essa, aliás, é a tese subsidiária comungada pelo eminente Relator, Ministro **Marco Aurélio**, que, em seu voto, bem destacou “o espaço de atuação reservado ao Superior Tribunal como intérprete definitivo da legislação federal”, **in verbis**:

“O Superior Tribunal de Justiça consolidou função uniformizadora relativamente à legislação federal, espaço prioritário de aplicação do Direito Penal. Percebam serem os Códigos Penal e de Processo Penal leis federais. Cumpre-lhe examinar a correta interpretação da lei penal, sob o ângulo da configuração dos substratos do delito, sendo admissível o recurso especial por simples divergência jurisprudencial.

Ao assim atuar, o Superior funciona como verdadeiro Tribunal de Cassação apesar de lhe serem vedadas incursões fático-probatórias. **É que o Direito Penal não [s]e limita à análise de fatos, abrangendo também normas essenciais para a configuração da culpa.**

(...)

Mesmo em situações mais próximas da tênue linha entre revolvimento do arcabouço fático e reavaliação da prova, **o Superior Tribunal tem avançado para fazer cumprir a legislação pertinente, como ocorreu nos casos de desproporcionalidade da pena-base.**

São muitos os exemplos de pronunciamentos do Superior a revelarem a influência determinante em inúmeras oportunidades, considerado o regime do recurso especial e a interpretação do Direito Penal, **sendo equivocado diminuir o**

**ADC 44 MC / DF**

**papel exercido pelo Tribunal nesse campo.** Tal como ao Supremo compete a guarda da Constituição Federal, cabe ao Superior Tribunal a palavra final sobre a vasta quantidade de controvérsias alusivas à disciplina **criminal.**”

Não se argumente que aguardar o julgamento do recurso especial (REsp) ou do agravo em recurso especial (ARESP) interpostos no exercício do direito de defesa frustraria a efetividade da jurisdição penal, uma vez que essa efetividade não pode ser obtida à custa da supressão de direitos fundamentais.

**Ademais, existem mecanismos já consolidados na jurisprudência dominante desta Suprema Corte para se coarctar o abuso no direito de recorrer.**

Cito, como exemplo, o julgamento da questão de ordem no RE nº 839.163/DF, Pleno, de **minha relatoria**, DJe de 10/2/15. Conforme assentei no voto condutor desse julgado,

“o Supremo Tribunal Federal admite a determinação de baixa dos autos independentemente da publicação de seus julgados seja quando haja o risco iminente de prescrição, seja no intuito de repelir a utilização de sucessivos recursos, com nítido abuso do direito de recorrer, cujo escopo seja o de obstar o trânsito em julgado de condenação e, assim, postergar a execução dos seus termos.

(...)

No mesmo sentido, da Primeira Turma e da Segunda Turma, colho precedentes dos Ministros **Roberto Barroso** (HC nº 120.453/PR, DJe de 1º/7/14), **Rosa Weber** (HC nº 114.384/SC, DJe de 9/8/13), **Luiz Fux** (ARE nº 752.970/DF-AgR-ED-ED, DJe de 5/2/14), **Ricardo Lewandowski** (HC nº 107.891/SC, DJe de 21/5/14) e **Gilmar Mendes** (ARE nº 665.384/RJ-AgR-ED, DJe de 5/9/12).

(...)

Portanto, dúvida não há de que a questão é **objeto da jurisprudência dominante da Corte.**

**ADC 44 MC / DF**

Dessa feita, longe de constituir afronta aos princípios da colegialidade e do devido processo legal, é legítima a atuação do Relator para decidir monocraticamente a questão – dado o abuso do direito de recorrer e o risco iminente da prescrição -, tendo em vista uma interpretação teleológica do art. 21, § 1º, do Regimento Interno da Corte, segundo o qual '[p]oderá o(a) Relator(a) negar seguimento a pedido ou recurso manifestamente inadmissível, improcedente ou contrário à jurisprudência dominante ou a Súmula do Tribunal (...)'.

O magistério jurisprudencial da Corte preconiza que, 'não viola o princípio da colegialidade a competência conferida ao Relator para, monocraticamente, negar seguimento a recurso contrário à jurisprudência dominante do Tribunal (art. 21, § 1º, do RI/STF)' (RMS nº 26.168/DF-AgR, Primeira Turma, Relator o Ministro **Roberto Barroso**, DJe de 13/10/14).

Note-se que a atuação monocrática do Relator nessas circunstâncias não é inédita na Corte. O eminente Ministro **Gilmar Mendes**, por exemplo, ao analisar o AI nº 858.084/MS, dele conheceu para negar seguimento ao recurso extraordinário (CPC, art. 544, § 4º, inciso II, alínea b), bem como, ante o risco iminente da ocorrência de prescrição, determinou a imediata baixa dos autos, independentemente da publicação da decisão proferida (DJe de 21/5/13).

Do mesmo modo, por entender configurado o abuso no direito de recorrer, o eminente Ministro **Luiz Fux**, ao não conhecer dos embargos de divergência no agravo regimental no ARE nº 735.792/SP, determinou monocraticamente a baixa dos autos, independentemente de sua publicação (DJe de 3/9/14)."

Em meu sentir, a determinação de imediata baixa dos autos, independentemente da publicação da decisão, para a execução imediata da pena constitui mecanismo suficiente para tutelar as situações de abuso do direito de recorrer, o qual pode e deve ser utilizado pelos tribunais superiores.

Com esse mesmo propósito (tutelar as situações de abuso do direito de recorrer), o Plenário, no julgamento do RE nº 465.383/ES-AgR-AgR-

**ADC 44 MC / DF**

EDv-ED, de **minha relatoria**, admitiu, em matéria penal, a imposição de multa sobre o valor da condenação por litigância de má-fé.

Aliás, nesse mesmo julgado, entendeu a Corte que o risco iminente de consumação da prescrição da pretensão punitiva, quando caracterizada a procrastinação, legitima a baixa dos autos ao juízo de origem para a imediata execução da pena, independentemente do trânsito em julgado da decisão.

Destaco a ementa do julgado em questão:

**“Embargos de declaração em embargos de divergência no agravo regimental no agravo regimental no recurso extraordinário. Matéria criminal. Conversão em agravo regimental. Precedentes. Ausência de demonstração da divergência jurisprudencial autorizadora do recurso. Precedentes. Agravo regimental não provido. Recurso manifestamente protelatório. Litigância de má-fé. Imposição de multa sobre o valor da condenação. Precedente. Risco de prescrição. Baixa imediata para execução da pena imposta.**

1. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental.

2. Não foi demonstrado o dissenso entre o que decidido e os acórdãos paradigma trazidos pelo agravante. Agravo regimental ao qual se nega provimento.

3. Imposição ao agravante de pagamento de multa sobre o valor atualizado da condenação, tendo em vista e interposição de sucessivos recursos manifestamente protelatórios, a configurar a litigância de má-fé (art. 18 do Código de Processo Civil).

4. Considerando que a consumação da prescrição da pretensão punitiva estatal está próxima, independentemente do trânsito em julgado da decisão, devem ser baixados os autos ao juízo de origem para o imediato cumprimento da pena imposta” (Tribunal Pleno, DJe de 7/6/11).

Vê-se que, nessas hipóteses, justificadamente, em razão do abuso no



**ADC 44 MC / DF**

**direito de recorrer, opera-se tão somente a antecipação do momento do trânsito em julgado da sentença condenatória, a autorizar o cumprimento definitivo da pena, em estrita conformidade com o art. 283 do Código de Processo Penal.**

Com essas considerações, voto pela **concessão, em parte**, da medida cautelar, para o fim de **i) se determinar a suspensão das execuções provisórias de decisões penais ordenadas na pendência de julgamento de recurso especial (REsp) ou de agravo em recurso especial (AREsp) que tenham por fundamento as mesmas razões de decidir do julgado proferido pelo Plenário do STF no HC nº 126.292/SP; e ii) se obstar que, na pendência de julgamento de recursos daquela natureza, sejam deflagradas novas execuções provisórias com base nas mesmas razões.**

05/10/2016

PLENÁRIO

**MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DECLARATÓRIA DE  
CONSTITUCIONALIDADE 44 DISTRITO FEDERAL**

**ANTECIPAÇÃO AO VOTO**

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI** - Senhora Presidente, eu tenho longo voto, em que faço considerações doutrinárias, jurisprudenciais, históricas, e que farei juntar aos autos, ao acórdão final.

Eu estou um pouco impossibilitado, por problemas físicos, de me manifestar mais extensivamente, mas eu já externei meu ponto de vista, de forma bastante vertical, seja naquele HC relatado pelo Ministro Eros Grau, de número 84.078, seja agora mais recentemente no HC 126.292, em que veiculei, tal como agora externou a Ministra Rosa, que o dispositivo da Constituição que trata da presunção de inocência ou da não culpabilidade, exatamente o art. 5º, inciso LVII, da Carta Magna, traz algumas limitações de ordem semântica; no que diz respeito à interpretação. Ele é muito claro: antes do trânsito em julgado, a presunção de inocência prevalece. Eu não vejo como fazer uma interpretação contrária a esse dispositivo tão claro, tão taxativo.

Eu também trago à colação, em meu voto - e até fiz menção a esses dispositivos na Medida Cautelar no *Habeas Corpus* 135.752, em que deferi uma liminar -, eu faço menção exatamente aos art. 5º, inciso LVII da Constituição Federal, evidentemente, aquele que enuncia o postulado da presunção de inocência; ao art. 5º, LXI, que estabelece que "ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente"; ao art. 5º, XLVI, da mesma Carta Magna, que diz respeito ao princípio da individualização da pena; ao art. 96, IX, da Lei Maior, segundo a qual todas as decisões judiciais serão fundamentadas, sob pena de nulidade. Isso para dizer que não basta uma decisão de segundo grau, é preciso que a prisão seja devidamente motivada para a prisão de alguém. Ou a prisão é temporária, ou ela é cautelar, com fundamento, no art. 312 do Código de Processo Penal, ou então ela deve ser motivada no sentido de mandar um cidadão, em favor

**ADC 44 MC / DF**

do qual milita a presunção de inocência, para a prisão.

Eu me preocupei também, e fiz menção em meu voto, com o enunciado da Súmula Vinculante 56, segundo a qual "a falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso". O que tem acontecido na prática - e nós temos assistido isso - é que os Tribunais simplesmente confirmam, batem um carimbo no tocante à decisão de primeiro grau. O Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por exemplo, no art. 252, diz o seguinte:

*"Art. 252. Nos recursos em geral, o relator poderá limitar-se a ratificar os fundamentos da decisão recorrida, quando, suficientemente motivada, houver de mantê-la".*

Significa que, no Tribunal de Justiça paulista, é possível manter a decisão de primeiro grau sem uma maior fundamentação.

Então, Senhora Presidente, eu penso que, não fosse apenas pela presunção de inocência, mas também pela necessidade de motivação da decisão para enviar um cidadão à prisão, existem, a meu ver, justificativas suficientes para deferir essa cautelar e declarar a constitucionalidade integral do art. 283 do Código de Processo Penal.

Eu estou acompanhando integralmente o Relator, inclusive no que diz respeito ao pedido subsidiário. Se não prevalecer este primeiro pedido, eu entendo que o segundo merece acolhimento.

Eu trago, aqui, fiz distribuir aos eminentes Pares, uma estatística - sei que as estatísticas são todas discutíveis -, mas estes valem como uma verdadeira certidão. Um documento emitido pela então Secretária-Geral da Presidência do STJ, Senhora Karima Batista Kassab Coelho, dá conta que, no período de 1º de janeiro de 2009 até 20 de junho de 2016, no STJ, 32,13% de HC's foram deferidos; é um número extremamente impressionante. E de REsp's, 17,97% de recursos especiais, em matéria criminal, foram providos. Ou seja, quase 18%; é também um número impressionante, que não permite que prevaleça, sem mais, a decisão de segundo grau nos Tribunais brasileiros.

Um outro documento que igualmente, a meu ver, vale como certidão, é um documento emitido pelo assessor chefe de então da

**ADC 44 MC / DF**

Presidência do Supremo Tribunal Federal e dirigido ao Secretário Geral que dá conta que, no Supremo Tribunal Federal, no mesmo período, de 1º de janeiro de 2009 até 20/6/2016, em matéria criminal, 9,44% dos RE's foram providos, 11,72% RHC's foram providos e 9,71% de HC's foram deferidos, ou seja, as ordens foram concedidas, quase 10%. São números, a meu ver, que impressionam, são números oficiais, são números que não dependem da credibilidade daqueles que os enunciam porque merecem fé pública. Mas trago, essas singelíssimas considerações que serão aprofundadas no meu voto escrito dizendo, novamente, que acompanho integralmente o voto do Relator.

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE)** - Agradeço a Vossa Excelência, Ministro Gilmar.

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO** - Presidente, só um brevíssimo comentário. Eu vi as estatísticas citadas pelo Ministro Lewandowski com interesse. Usei no meu voto dois levantamentos: um feito pela Fundação Getúlio Vargas e o outro feito pela Presidência do Superior Tribunal de Justiça. Realmente, a estatística dos recursos especiais é mais alta um pouco, como noticiou o Ministro Lewandowski. Mas, quando você faz a média dos Recursos Especiais e dos Agravos em Recursos Especiais - porque é um pacote -, a estatística da Fundação Getúlio Vargas chegou a 9,1% e a do Superior Tribunal de Justiça a 10,3%. Portanto, entre recursos especiais e agravos em recurso especial, a estatística é em torno de 10% nos dois levantamentos que eu vi relativos ao STJ.

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI** - Vossa Excelência me permite? Aqui, eu faço a média também, e são dados oficiais do Superior Tribunal de Justiça, na média, considerando os AREsp's, os HC's, os REsp's e os RHC's, no STJ, no período em que mencionei, chega-se a uma média de 15,85%, porque considera-se o pacote.

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO** - Mas eu não incluí *habeas corpus*, porque *habeas corpus* é uma ação diversa. E eu acho que o *habeas corpus*, até por força da nossa decisão hoje, passa a ter uma

**ADC 44 MC / DF**

dignidade um pouco diferente. Mas eu não colocaria os *habeas corpus* na mesma cesta de estatística dos recursos especiais.

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI** - Mas é que indica o grau de desacerto da primeira e da segunda instância.

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO** - Mas indica que podem ser consertados por *habeas corpus*, de modo que não precisa do recurso especial.

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX** - Mas, Ministro Barroso, pela experiência que nós temos de *habeas corpus*, esses *habeas corpus*, eles não levam à absolvição. Dificilmente nós julgamos um *habeas corpus* que leva à absolvição ou ao trancamento da ação penal. São *habeas corpus* de questões processuais, questões pontuais. Não são *habeas corpus* ...

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES** - Os próprios recursos que eu via, a Defensoria tinha apresentado, no que diz respeito aos recursos ao STJ, indicavam questões relativas à dosimetria ou ao regime prisional. É claro que isso tem reflexo...

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE)** - O Ministro Teori chegou já a tratar disso especificamente no voto de Sua Excelência.

**O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI** - E é muito importante - não sei se o Ministro Ricardo tem essa informação aí -, é preciso considerar que muitos desses recursos são interpostos pela acusação. E, aqui, no Supremo Tribunal Federal, pelo menos, o maior número de sucesso é da acusação, porque a acusação não tem outro modo de chegar ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal, senão por recurso especial e extraordinário.

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE)** - A não ser pelo recurso.

**O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI** - Então, é preciso fazer

**ADC 44 MC / DF**

a distinção entre o que é recurso especial, que foi provido em favor da defesa, qual é a matéria, ou pela acusação.

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI** - É, aqui a matéria é estritamente criminal. Mas, de qualquer maneira, no Superior Tribunal de Justiça, nós temos, em matéria de HC, 32,13% de sucesso. Isso indica que houve algum tipo de erro, ainda que seja um erro de natureza processual, um erro quanto ao regime prisional. Se se mantiver alguém em regime fechado que deve cumprir a sua pena em regime aberto, isso é abominável, a meu ver, abominável. Só por isso, já não se justifica a prisão após a decisão de segundo grau. Aqui no Supremo, lembro em matéria de HC, o sucesso é quase de 10%.

**O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI** - Isso só evidencia como o HC é eficiente. Portanto, os acusados têm um remédio eficiente à sua disposição.

05/10/2016

PLENÁRIO

**MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DECLARATÓRIA DE  
CONSTITUCIONALIDADE 44 DISTRITO FEDERAL**

VOTO

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE)** - Eu vou pedir vênia ao eminente Relator e manter a minha posição, que vem de longa data, no sentido de prestigiar o princípio da presunção de inocência, estampado, com todas as letras, no art. 5º, inciso LVII, da nossa Constituição Federal.

Como fiz ao proferir um longo voto no HC 84.078, relatado pelo eminente Ministro Eros Grau, quero reafirmar, assim como expressou o Ministro Marco Aurélio naquela oportunidade, que não consigo ultrapassar a taxatividade desse dispositivo constitucional, que diz que a presunção de inocência se mantém até o trânsito em julgado. Isso é absolutamente taxativo, categórico; não vejo como se possa interpretar tal garantia.

Eu me recordo que, daquela feita, o Ministro Eros Grau, com muita propriedade ao meu ver, disse que nem mesmo constelações de ordem prática - dizendo que ninguém mais vai ser preso, que os tribunais superiores vão ser inundados de recursos -, nem mesmo esses argumentos importantes, que dizem até com a efetividade da Justiça, podem ser evocados para ultrapassar esse princípio fundamental, o postulado da presunção de inocência.

Pois bem, consigno que as constituições modernas surgiram na esteira das revoluções liberais do século XVIII como expressão da vontade do povo soberano, veiculada por seus representantes nos parlamentos.

Desde então, revestiram-se da forma escrita para conferir rigidez aos

**ADC 44 MC / DF**

seus comandos eis que foram concebidas como instrumentos para conter o poder absoluto dos governantes, inclusive dos magistrados.

Apesar de sua rigidez, logo se percebeu que as constituições não poderiam permanecer estáticas, pois tinham de adaptar-se à dinâmica das sociedades que pretendiam ordenar, sujeitas a permanente transformação. Se assim não fosse, seus dispositivos perderiam a eficácia, no todo ou em parte, ainda que vigorassem no papel.

Por esse motivo, passou-se a cogitar do fenômeno da mutação constitucional, que corresponde aos modos pelos quais as constituições podem sofrer alterações.

Resumem-se basicamente a dois: um formal, em que determinado preceito é modificado pelo legislador ou mediante interpretação judicial, e outro informal, no qual ele cai em desuso por não corresponder mais à realidade dos fatos.

Seja qual for a maneira como se dá a mutação do texto constitucional, este jamais poderá vulnerar os valores fundamentais que lhe dão sustentação.

A Constituição Federal de 1988 definiu tais barreiras em seu art. 60, § 4º, denominadas de cláusulas pétreas, a saber: a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes; e os direitos e garantias individuais.

A presunção de inocência integra a última dessas cláusulas, representando talvez a mais importante das salvaguardas do cidadão, considerado o congestionadíssimo e disfuncional sistema judiciário brasileiro, no bojo do qual tramitam atualmente cerca de 100 milhões de processos a cargo de pouco mais de 16 mil juízes, obrigados, inclusive, a cumprir metas de produtividade fixadas pelo Conselho Nacional de



**ADC 44 MC / DF**

Justiça - CNJ.

Salta aos olhos que em tal sistema o qual, de resto, convive com a intolerável existência de aproximadamente 700 mil presos, encarcerados em condições sub-humanas, dos quais 40% são provisórios, multiplica-se exponencialmente a possibilidade do cometimento de erros judiciais por magistrados de primeira e segunda instâncias.

Daí a relevância da presunção de inocência, concebida pelos constituintes originários no art. 5º, LVII, da Constituição em vigor, com a seguinte dicção: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença criminal condenatória, o que subentende decisão final dos tribunais superiores”.

Afigura-se até compreensível que alguns magistrados queiram flexibilizar essa tradicional garantia para combater a corrupção endêmica que assola o país.

Nem sempre emprestam, todavia, a mesma ênfase a outros problemas igualmente graves, como o inadmissível crescimento da exclusão social, o lamentável avanço do desemprego, o inaceitável sucateamento da saúde pública e o deplorável esfacelamento da educação estatal, para citar apenas alguns exemplos.

Mesmo aos deputados e senadores é vedado, ainda que no exercício do poder constituinte derivado do qual são investidos, extinguir ou minimizar a presunção de inocência.

Com maior razão não é dado aos juízes fazê-lo por meio da estreita via da interpretação, pois esbarrariam nos intransponíveis obstáculos das cláusulas pétreas, verdadeiros pilares de nossas instituições democráticas.

A questão trazida nesta ação declaratória de constitucionalidade diz

**ADC 44 MC / DF**

respeito à possibilidade ou não de execução da pena logo após julgamento do recurso em segundo grau de jurisdição, haja vista a tese fixada pelo Plenário desta Suprema Corte no julgamento do HC 126.292/SP, de relatoria do saudoso Ministro Teori Zavascki.

No entanto, observo que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal - STF se consolidou no sentido de que ofende o princípio da presunção de inocência, insculpido no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, a execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, ressalvada a hipótese de prisão cautelar, desde que presentes os requisitos autorizadores previstos no art. 312 do Código de Processo Penal.

A Constituição Federal de 1988, ao tratar dos direitos e deveres individuais e coletivos, garante que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (art. 5º, LVII, da CF/1988).

Logo, o texto constitucional é expresso em afirmar que apenas depois do trânsito em julgado da sentença penal condenatória alguém poderá ser considerado culpado. Trata-se do princípio, hoje universal, da presunção de inocência das pessoas.

Como se sabe, a nossa Constituição não é uma mera folha de papel, que pode ser rasgada sempre que contrarie as forças políticas do momento.

Ao revés, a Constituição da República possui força normativa suficiente, de modo que os seus preceitos, notadamente aqueles que garantem aos cidadãos direitos individuais e coletivos, previstos no seu art. 5º, sejam obrigatoriamente observados, ainda que os anseios momentâneos, mesmo aqueles mais nobres, a exemplo do combate à corrupção, requeiram solução diversa, uma vez que, a única saída

**ADC 44 MC / DF**

legítima para qualquer crise consiste, justamente, no incondicional respeito às normas constitucionais.

Isso porque não se deve fazer política criminal em face da Constituição, mas sim, com amparo nela.

Ora, a Constituição Federal atribuiu ao Supremo Tribunal Federal inúmeras e relevantíssimas atribuições, dentre as quais a mais importante é a guarda da própria Constituição (art. 102).

Nesse sentido, com a devida vênia à corrente majoritária que se formou no julgamento do HC 126.292/SP, naquela assentada, o Plenário da Suprema Corte extraiu do art. 5º, LVII, da Constituição, um sentido que dele não se pode e nem, no mais elástico dos entendimentos, se poderia extrair, vulnerando, conseqüentemente, mandamento constitucional claro, direto e objetivo, protegido, inclusive, pelo próprio texto constitucional contra propostas de emendas constitucionais tendentes a aboli-lo, conforme dispõe o art. 60, § 4º, IV, da Carta.

Ressalto que não se mostra possível ultrapassar a taxatividade daquele dispositivo constitucional, salvo em situações de cautelaridade, por tratar-se de comando constitucional absolutamente imperativo, categórico, com relação ao qual não cabe qualquer tergiversação, pois, como já diziam os juriconsultos de antanho, *in claris cessat interpretatio*. E o texto do inciso LVII do art. 5º da Carta Magna, além de ser claríssimo, à toda a evidência, não permite uma inflexão jurisprudencial de maneira a dar-lhe uma interpretação *in malam partem*.

Em consonância com o dispositivo constitucional supramencionado, o art. 283 do Código de Processo Penal e o art. 594 do Código de Processo Penal Militar dispõem, respectivamente, que:

“Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade

**ADC 44 MC / DF**

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”.

“Art. 594. Transitando em julgado a sentença que impuser pena privativa da liberdade, se o réu já estiver preso ou vier a ser preso, o auditor ordenará a expedição da carta de guia, para o cumprimento da pena”.

Ao comentar o dispositivo da lei processual penal, Eugênio Paccelli consigna que “a nova redação dada ao art. 283 do CPP constitui, inegavelmente, empecilho à execução provisória da pena”. O referido autor afirma, ainda, que,

“[a]ntes dela (da Lei nº 132.403/11), a determinação constitucional no sentido de que toda prisão decorreria de ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente já impunha a regra da proibição da execução provisória.

No entanto, pensamos que a previsão legal de imposição de prisão antes do trânsito em julgado poderia autorizar uma interpretação conforme (à Constituição), para o fim de, excepcionalmente, aplicar-se a execução provisória, quando ausentes quaisquer dúvidas a respeito da condenação e da imposição concreta de sua modificação nas instâncias extraordinárias.

**Agora, como se vê, também essa porta parece fechada. A própria Lei impede o juízo de exceção à regra geral da proibição da execução provisória”<sup>1</sup>(grifei).**

No mesmo sentido é a posição de Guilherme de Souza Nucci, para quem “a solidificação da pena, após a sentença condenatória, perpetua-se

---

1 PACHELLI, Eugênio e FISCHER, Douglas. *In Comentários ao código de processo penal e sua jurisprudência*. 9. ed. rev. e atual. - São Paulo: Atlas, 2017, pág. 590.

**ADC 44 MC / DF**

em face do trânsito em julgado”. Segundo o mencionado doutrinador, “essa situação processual sempre obteve, doutrinária e jurisprudencialmente, uma única definição: forma-se a coisa julgada material (trânsito em julgado), quando se esgotam todos os recursos possíveis contra determinada decisão”<sup>2</sup>.

Ademais, deve ser mencionado que a Lei de Execução Penal também exige, para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade, o trânsito em julgado da sentença condenatória. Essa é a inteligência do art. 105, combinado com o art. 107, *in verbis*:

“Art. 105. Transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução.

[...]

Art. 107. Ninguém será recolhido, para cumprimento de pena privativa de liberdade, sem a guia expedida pela autoridade judiciária.”

Não pode ser esquecido, também, que, até o momento, não houve declaração de inconstitucionalidade dos referidos dispositivos infraconstitucionais, de modo que, com espeque no art. 5º, LVII, da Constituição, todos são plenamente aplicáveis.

Outrossim, observo que, em nosso sistema jurídico, desde 1988, o trânsito em julgado da decisão condenatória sempre se deu com o esgotamento de todos os recursos e instâncias ordinárias e extraordinárias.

Ademais, foi opção do constituinte de 1998 exigir o trânsito em julgado da decisão condenatória, ao invés do esgotamento do duplo grau

---

<sup>2</sup> In *Código de processo penal comentado*. 16 ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2017, pág. 730.

**ADC 44 MC / DF**

de jurisdição, para considerar o acusado “culpado” pelo cometimento de um crime. Nesse sentido, ainda que o sistema do duplo grau de jurisdição seja adotado em outros países, o Estado brasileiro é soberano em suas escolhas políticas e jurídicas.

Por conseguinte, entendo que a detenção de alguém, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, reveste-se de caráter excepcional, sendo regra – nos países civilizados – a preservação da liberdade de ir e vir das pessoas. Assim, afigura-se inadmissível que a finalidade da custódia cautelar, qualquer que seja a modalidade (prisão em flagrante, prisão temporária, prisão preventiva, prisão decorrente de decisão de pronúncia ou prisão em razão de sentença penal condenatória recorrível) seja deturpada a ponto de configurar uma antecipação do cumprimento de pena.

Se, por um lado, o princípio constitucional da presunção de inocência não resta malferido diante da previsão em nosso ordenamento jurídico das prisões cautelares, desde que observados os requisitos legais, por outro, não permite que o Estado trate como culpado aquele que não sofreu condenação penal transitada em julgado, sobretudo sem qualquer motivação idônea para restringir antecipadamente sua liberdade.

Como se vê, a subtração antecipada desse direito fundamental somente é lícita se estiver arrimada em bases empíricas concretas. Inexiste em nosso sistema legal, insisto, a prisão automática.

A custódia antes da condenação transitada em julgado, como se sabe, apenas é autorizada se demonstrada a real necessidade com a satisfação dos pressupostos a que se refere o art. 312 do Código de Processo Penal, não bastando, frise-se, a mera explicitação literal de tais condicionantes. Nesse sentido, Renato Brasileiro Lima afirma que “é indispensável que o magistrado aponte, de maneira concreta, as circunstâncias fáticas que apontam no sentido da adoção da medida

**ADC 44 MC / DF**

cautelar, sob pena de manifesta ilegalidade do decreto prisional” (LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*, vol. 1. Niterói-RJ: Impetus, 2011. p. 1.373).

No HC 115.613/SP, de relatoria do Ministro Celso de Mello, a Segunda Turma desta Suprema Corte também referendou esse entendimento:

“[...]

A PRISÃO CAUTELAR CONSTITUI MEDIDA DE NATUREZA EXCEPCIONAL. - A privação cautelar da liberdade individual reveste-se de caráter excepcional, somente devendo ser decretada em situações de absoluta necessidade. A prisão preventiva, para legitimar-se em face de nosso sistema jurídico, impõe – além da satisfação dos pressupostos a que se refere o art. 312 do CPP (prova da existência material do crime e presença de indícios suficientes de autoria) – que se evidenciem, com fundamento em base empírica idônea, razões justificadoras da imprescindibilidade dessa extraordinária medida cautelar de privação da liberdade do indiciado ou do réu. - A questão da decretabilidade da prisão cautelar. Possibilidade excepcional, desde que satisfeitos os requisitos mencionados no art. 312 do CPP. Necessidade da verificação concreta, em cada caso, da imprescindibilidade da adoção dessa medida extraordinária.”

Destaco, ainda, que ao tratarmos de cerceamento da liberdade individual, a decisão judicial correspondente há de ter em conta o princípio da individualização da pena, abrigado no art. 5º, XLVI, do Texto Magno, que não admite qualquer prisão baseada em expressões vagas ou genéricas. Em outras palavras, precisa levar em consideração a situação particular do condenado.

Essa é a orientação pacífica deste Supremo Tribunal, segundo a qual:

**ADC 44 MC / DF**

“A exigência de motivação da individualização da pena – hoje, garantia constitucional do condenado (CF, arts. 5º, XLVI, e 93, IX) –, não se satisfaz com a existência na sentença de frases ou palavras quaisquer, a pretexto de cumpri-la: a fundamentação há de explicitar a sua base empírica, e esta, de sua vez, há de guardar relação de pertinência, legalmente adequada, com a exasperação da sanção penal, que visou a justificar” (HC 69.419/MS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence).

Ressalto que esta Corte, ao analisar a vedação de progressão de regime nos crimes hediondos, decidiu pela sua inconstitucionalidade, haja vista que a aplicação genérica da norma afrontaria o princípio da individualização da pena. Creio que o mesmo acontecerá se o Plenário do Supremo Tribunal Federal, numa espécie de sentença normativa, definir que o condenado em segunda instância deve iniciar o cumprimento de sua pena de forma antecipada, antes do trânsito em julgado da condenação. Por tal motivo, deve ser feita a ressalva de que “poderá” haver o início do cumprimento da reprimenda, se preenchidos os requisitos de cautelaridade, analisados caso a caso, sob pena de afrontar o princípio da individualização da pena, outrora tão defendido por esta Suprema Corte.

Contudo, não se ignora que, com o triunfo das revoluções liberais no já longínquo século XVIII, acabou-se com a obrigatoriedade do cumprimento dos caprichos régios sob a justificativa de que *le roi le veut*, ou seja, “o rei o quer”. No mesmo diapasão, é possível afirmar, com segurança, que não se pode hoje atender a uma determinação judicial ou, pior, mandar alguém para a prisão simplesmente porque *le juge le veut*, quer dizer, porque “o juiz o quer”.

Daí a previsão - ainda que tardiamente acolhida entre nós - dos arts. 5º, LXI, e 93, IX, da Constituição de 1988, os quais exigem expressamente a motivação das ordens judiciais, que não podem emanar da simples vontade subjetiva dos julgadores e nem veicular meras fórmulas legais ou



**ADC 44 MC / DF**

jurisprudenciais desapegadas de um contexto fenomenológico real e concreto.

Com efeito, a antecipação do cumprimento da pena, em qualquer grau de jurisdição, somente pode ocorrer mediante um pronunciamento específico e fundamentado que demonstre, à sociedade, e com base em elementos concretos, a necessidade da custódia cautelar.

Aliás, constata-se que, a partir do entendimento do STF, o qual, por julgamento majoritário, restringiu o princípio constitucional da presunção de inocência, prisões passaram a ser decretadas, após a prolação de decisões de segundo grau, de forma automática, na maior parte das vezes, como já afirmado, sem qualquer fundamentação idônea. Esse retrocesso jurisprudencial, de resto, como se viu, mereceu o repúdio praticamente unânime dos especialistas em direito penal e processual penal, em particular daqueles que militam na área acadêmica.

Observe-se, além disso, que a decisão proferida no HC 126.292/SP, de relatoria do Ministro Teori Zavascki, não respeitou, necessariamente, o princípio do duplo grau de jurisdição, uma vez que deu azo ao início do cumprimento de pena tanto do indivíduo absolvido em primeiro grau e condenado em segundo grau de jurisdição, bem como daquele que apenas foi condenado em segunda instância, por ter foro por prerrogativa de função em Tribunal de Justiça ou em Tribunal Regional Federal.

Essa última hipótese, inclusive, teve a oportunidade de analisar, no exercício da Presidência (art. 13, VIII, do RISTF), quando deferi a liminar no HC 135.752 MC/PB, de relatoria do Ministro Edson Fachin, para suspender a execução provisória do paciente, utilizando, dentre outros, os seguintes fundamentos:

“Não bastasse isso, observo que, na hipótese sob exame, nem ao menos se assegurou ao paciente o duplo grau de jurisdição, implícito no art. 5º, LV, da CF, como se observa da

**ADC 44 MC / DF**

leitura de trecho significativo do acórdão combatido:

'7. É verdade que, na hipótese presente, como um dos réus tem foro especial por prerrogativa de função, a Ação Penal é de competência originária do TRF, inexistindo sentença de Juiz singular anterior ao julgamento por este Órgão Colegiado. No entanto, tal situação não afasta a aplicação do entendimento do STF, uma vez que está encerrada a análise fático-probatória da Ação Penal nº 37/PB, com condenação por Órgão Colegiado. Precedentes do STJ'.

Nesse ponto, cumpre ressaltar que o duplo grau de jurisdição integra a cláusula do *due processo of law*, a qual compreende não apenas um conjunto de regras de caráter formal e substantivo destinado a assegurar a regularidade do processo judicial, mas também uma garantia material de que ninguém será arbitrariamente privado de seus direitos e liberdades.

Para que isso se concretize, na prática, é preciso que o sistema legal seja dotado de mecanismos que evitem, o mais possível, a ocorrência de erros judiciários, sob pena de transformar-se em letra morta o princípio do devido processo legal.

O direito ao reexame das decisões judiciais configura uma garantia constitucional, de caráter instrumental, pois, ademais de estar compreendida no postulado do devido princípio legal, configura axioma conatural ao atingimento dos fins últimos do próprio Estado de Direito, que se assenta, antes de mais nada, no princípio da legalidade, que não convive com qualquer tipo de arbítrio, especialmente de cunho judicial.

Os recursos, com efeito, têm uma finalidade eminentemente política, visto que constituem instrumento de proteção das liberdades individuais contra o despotismo dos agentes públicos, em geral, e a própria falibilidade dos magistrados, em particular

Desse modo, não se mostra admissível que a interpretação de normas infraconstitucionais, notadamente daquelas que

**ADC 44 MC / DF**

integram o Código de Processo Penal – instrumento cuja finalidade última é proteger o *jus libertatis* do acusado diante do *jus puniendi* estatal – derogue a competência constitucional estrita fixada pela Carta Magna aos diversos órgãos judicantes e, mais, permita malferir o consagrado postulado do duplo grau de jurisdição na esfera criminal, nela abrigado, em distintas ocasiões acolhido, de livre e espontânea vontade, pelo Brasil, após a promulgação daquela, quando aderiu sem reservas – que fique claro – ao Pacto de San José da Costa Rica, dentre outras convenções internacionais de proteção aos direitos humanos.”

Registro, no entanto, que o eminente Relator do feito, Ministro Edson Fachin, posteriormente negou seguimento à impetração, aplicando ao caso o entendimento consolidado na Súmula 691. Em seguida, no julgamento do agravo regimental interposto, a Primeira Turma desta Suprema Corte negou provimento ao recurso.

Não custa recordar, nesta oportunidade, que a proibição do retrocesso, em matéria de direitos fundamentais, encontra-se expressamente estampada no art. 30 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, elaborada sob os auspícios da Organização das Nações Unidas, considerada pelos especialistas verdadeiro *jus cogens* em matéria de direito internacional.

No que pertine ao art. 637 do CPP, o qual dispõe ser o recurso extraordinário desprovido de efeito suspensivo, permito-me rememorar que, por ocasião do julgamento do HC 84.078/MG, de relatoria do Ministro Eros Grau, trouxe à colação o ensinamento de três eminentes professores, titulares de legislação processual, da Universidade de São Paulo, os mestres Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Filho, Antônio Scarance Fernandes, de cujas lições selecionei um pequeno trecho:

“Para o processo penal, pode-se afirmar que a

**ADC 44 MC / DF**

interposição, pela defesa, do recurso extraordinário ou especial, e mesmo do agravo da decisão denegatória, obsta a eficácia imediata do título condenatório penal, ainda militando em favor do réu a presunção de não culpabilidade, incompatível com a execução provisória da pena (ressalvados os casos de prisão cautelar)”.

O efeito suspensivo - diziam aqueles professores e dizem ainda, porque a achega doutrinária deles sobrevive incólume - dos recursos extraordinários, com relação à aplicação da pena, deriva da própria Constituição, devendo as regras da lei ordinária, o art. 637 do CPP, serem revistas à luz da Lei Maior.

Ademais, traçando um outro paralelo, agora entre o Direito Penal e o Direito Civil, eu queria dizer também, sempre atento, não apenas à literatura jurídica, estritamente, que é o nosso dever conhecê-la com maior profundidade, mas também atento à leitura dos historiadores e dos sociólogos brasileiros, eu vejo e constato isso, que, em nossa história, a propriedade sempre foi um valor que se sobrepôs ao valor liberdade.

Especulam os especialistas que se debruçam sobre o tema que isso talvez venha do Código Civil Napoleônico, de 1804, que consagrou o triunfo da burguesia, do estado liberal, e que deu início exatamente à economia capitalista ou consolidou a revolução industrial, repercutindo no Direito Positivo.

O Código Civil Napoleônico, todos nós sabemos, inspirou, de forma bastante intensa, o Código Civil brasileiro de 1916, elaborado, fundamentalmente, pelo grande jurista Clóvis Beviláqua, de modo a confirmar essa constatação dos historiadores, sociólogos, politólogos, em relação à prevalência ou esse valor maior que se dá à propriedade com relação à liberdade, e isto também se encontra refletido no próprio Código Penal brasileiro.

## **ADC 44 MC / DF**

Examinando alguns tipos penais, é possível verificar que a ofensa à propriedade, tais como os crimes de furto ou roubo são punidos - claro que sopesados de forma relativa - com muito mais rigor do que os crimes contra a pessoa.

Os dois exemplos de ilícitos contra a propriedade são apenados com maior rigor do que o delito de lesão corporal, por exemplo, ou o crime contra a honra - a calúnia, a difamação, a injúria. Estes últimos com penas insignificantes se nós considerarmos que a pena mínima de furto é de dois anos, e do roubo é de quatro anos. Ou seja, no Brasil, o sistema jurídico sempre deu maior valor à propriedade.

Antes mesmo que o Ministro Marco Aurélio fizesse alusão à disparidade de tratamento que o nosso sistema jurídico dá à execução provisória, à propriedade e à liberdade, eu fazia aqui uma consulta - e eu externo meu pensamento com muita reverência, e até com um certo temor, diante do grande especialista no Código de Processo Civil, que é o Ministro Luiz Fux, um dos principais elaboradores do novo Código do Processo Civil -, mas eu verifiquei aqui, e confirmando aquilo que o Ministro Marco Aurélio acaba de afirmar, que o art. 520 do novo CPC estabelece que:

"Art. 520. O cumprimento provisório da sentença impugnada por recurso desprovido de efeito suspensivo será realizado da mesma forma que o cumprimento definitivo, sujeitando-se ao seguinte regime:

I - corre por iniciativa e responsabilidade do exequente, que se obriga, se a sentença for reformada, a reparar os danos que o executado haja sofrido;

II - fica sem efeito, sobrevindo decisão que modifique ou anule a sentença objeto da execução, restituindo-se as partes ao estado anterior e liquidando-se eventuais prejuízos nos mesmos autos;

III - se a sentença objeto de cumprimento provisório for

**ADC 44 MC / DF**

modificada ou anulada apenas em parte, somente nesta ficará sem efeito a execução;

IV - o levantamento de depósito em dinheiro e a prática de atos que importem transferência de posse ou alienação de propriedade ou de outro direito real, ou dos quais possa resultar grave dano ao executado, dependem de caução suficiente e idônea, arbitrada de plano pelo juiz e prestada nos próprios autos.”

Observo, ainda, o rigor com o qual o Código de Defesa do Consumidor repressende a cobrança indevida, ou seja, quando o cidadão paga pelo que não deve. Diz o parágrafo único do art. 42 da Lei Consumerista que “o consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável”.

Logo vem a necessidade de indagar-se: e o cidadão que paga com a liberdade por um crime que não cometeu, como terá esse indébito repetido?

A pergunta é oportuna, pois, no exercício da Presidência do Supremo Tribunal Federal, solicitei ao Superior Tribunal de Justiça - STJ e também à Secretaria Judiciária do STF dados sobre o percentual de condenações reformadas em recursos especiais e extraordinários.

A Secretaria-Geral do STJ respondeu que, no período entre 1º/1/2009 até 20/6/2016, 8.493 decisões em recursos especiais (REsp) ou recursos especiais com agravo (AREsp) foram proferidas em favor do réu, reformando sentenças condenatórias, de um total de 82.519 casos analisados, o que corresponde à 10,29%. Ou seja, é provável que, no período mencionado, mais de 8 mil pessoas seriam encarceradas injustamente após a condenação em segunda instância, pagando pelo que não deviam.

**ADC 44 MC / DF**

No âmbito do STF, os dados revelam que, mesmo após o crivo de três instâncias judiciais, 465 recursos extraordinários foram providos a favor de pessoas até então condenadas. Se considerarmos a concessão de *habeas corpus*, que muitas vezes levam à redução da pena, possibilitando a adoção de regimes menos gravoso como o semiaberto ou até mesmo o aberto, o número de condenados beneficiados sobe para 4.079, correspondente à 7,46% dos casos analisados.

Somando-se os beneficiados por decisões do STJ e do STF, chega-se a um resultado superior a 12 mil cidadãos presos indevidamente, repita-se, pagando com a liberdade pelo que não devem, ou pagando em excesso pelo crime que cometeram. Para abrigar esse montante, seriam necessários 24 novos presídios, ao custo unitário de R\$ 40 milhões de reais, conforme estudo do Conselho Nacional de Justiça. Sem levar em conta que cada preso custa ao Estado três mil reais por mês. Em conta rápida, o gasto mensal com 12 mil presos é da ordem de 36 milhões de reais.

Ou seja, em se tratando de direitos patrimoniais, o legislador pátrio, apesar de permitir a execução provisória, cercou-se de todos os cuidados para evitar qualquer prejuízo e garantir a restituição integral do bem, no caso de reversão de uma sentença posterior, por parte dos Tribunais Superiores. Mas como seria a indenização à uma pessoa que foi presa por decisão não definitiva, em segunda instância, cuja condenação ou o regime de cumprimento da pena seja reformado na via extraordinária?

Ouso responder. Em 15 de setembro de 2009, o *site* Consultor Jurídico – Conjur publicou a notícia “STJ define valor de indenizações por danos morais<sup>3</sup>”, na qual noticiou que o cidadão preso erroneamente faria

---

3 Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2009-set-15/stj-estipula-parametros-indenizacoes-danos-morais> > acessado em: 4/10/2016.

**ADC 44 MC / DF**

jus à indenização no valor de 100 mil reais. E o estupro em prédio público, crime recorrente no estado de coisas inconstitucionais que assombra o nosso sistema penitenciário, o ressarcimento é da ordem de 52 mil reais. Assim, está precificada a liberdade dos cidadãos brasileiros.

Então, vejam Vossas Excelências, com todo o respeito, há incongruência - digo isso com a maior humildade e, insisto, reverência aos votos vencedores, que agora já se consolidaram -, há uma certa disparidade, há uma certa incongruência ante o novo Código de Processo Civil, que entrou recentemente em vigor.

Quer dizer, em se tratando da liberdade, nós estamos decidindo que a pessoa tem que ser provisoriamente presa, passa presa durante anos e anos, e anos a fio e, eventualmente, depois, mantidas essas estatísticas, com a possibilidade que se aproxima de 1/5 de absolvição, não terá nenhuma possibilidade de ver restituído esse tempo em que se encontrou sob a custódia do Estado em condições absolutamente miseráveis, se me permitem o termo, haja vista que nós temos hoje no Brasil a 4ª população de presos, em termos mundiais, logo depois dos Estados Unidos, da China e da Rússia. São 600 mil presos. Desse total, 40%, ou seja, 240 mil presos são presos provisórios. Com essa nossa decisão, ou seja, na medida que nós agora autorizamos, depois de uma decisão de segundo grau, que as pessoas sejam presas, certamente, a esses 240 mil presos provisórios, nós vamos acrescentar dezenas ou centenas de milhares de novos presos.

Com a devida vênia, ousou manifestar ainda a minha perplexidade diante da guinada jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal com relação à prisão antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, sobretudo porque ocorreu logo depois de esta Suprema Corte ter assentado, na ADPF 347 e no RE 592.581/RS, que o sistema penitenciário brasileiro encontra-se em situação falimentar.

Naquela ocasião, o STF, de forma uníssona, afirmou que as prisões



**ADC 44 MC / DF**

do País se encontram num estado de coisas inconstitucional. Não obstante, poucas sessões depois, decidiu facilitar a entrada de acusados neste verdadeiro inferno de Dante que é o sistema prisional pátrio. Em outras palavras, abrandou esse princípio maior da Carta Magna, a presunção de inocência, que configura verdadeira cláusula pétrea.

Isso posto, defiro a medida cautelar de modo a preservar a presunção de constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, no sentido de que ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

É como voto.

05/10/2016

PLENÁRIO

**MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DECLARATÓRIA DE  
CONSTITUCIONALIDADE 44 DISTRITO FEDERAL****VOTO**

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES** - Senhora Presidente, como disse, anteriormente, participei da maioria que se formou em torno do *Habeas Corpus* 84.078. E, depois, em razão dos vários fatos que se foram acumulando ao longo dos anos, também, fui uma das vozes que passou a recomendar a revisão desse precedente. Na Turma, passei a sustentar que tínhamos de proceder à revisão desse precedente, porque passei a entender que, tal como desenháramos - e lembro-me, sobretudo o ministro Peluso destacou - , seria sempre possível proceder-se ao decreto de prisão provisória com a sentença, ainda que não transitada em julgado. Mas sabemos que, aqui, há limites para esse tipo de fixação. Em muitos casos, seria difícil a justificativa da prisão preventiva, a não ser que se lançasse mão, como fez o ministro Barroso, de um argumento muito largo de ordem pública ou de credibilidade da Justiça, o que poderia gerar críticas. Em geral, ter-se-ia de fazer uma fundamentação, na linha da garantia da instrução, ou da aplicação da lei penal, ou do risco de repetição, e, em muitos casos, essa fundamentação não estaria à disposição do julgador.

O debate que se coloca, a meu ver, e já tive oportunidade de dizer - tenho voto escrito - que a ideia de presunção de inocência é, de fato, um direito fundamental cujo elemento central, o núcleo essencial, é fundamentalmente normativo. É o conjunto normativo que diz o que é essa presunção de não culpabilidade ou presunção de inocência. O legislador pode fazer esse tipo de consideração. E, claro, por isso, também, me parece... E foi um pouco a caminhada que se fez em todos os países com grau civilizatório elevado em relação à decisão de segundo grau. Tanto é que, praticamente, não se conhece, num mundo civilizado, um país que exija o trânsito em julgado. Em princípio, diz-se que se pode

**ADC 44 MC / DF**

executar a prisão com a decisão de segundo grau. Evidentemente, o juiz ou o tribunal poderá suspender a execução; inclusive, pode-se levar, em nosso caso, de maneira muito evidente, o próprio *habeas corpus* - cansamos de fazer isso -, dando liminar. Nada mais efetivo. Até porque, quando se recorre a cortes superiores, já estamos discutindo questão de direito.

De modo que, a mim, parece-me que não podemos perder essa perspectiva. Quando anotei o voto para esse debate, lembrava-me, nessa linha, do que sustentava Eduardo Espíndola Filho, ao afirmar que "*a presunção de inocência é vária, segundo os indivíduos sujeitos passivos do processo, as contingências da prova e o estado da causa*" - dizia ele em linguagem singular.

Então, estava extraindo disso que aqui é um espaço para conformação do legislador. A cláusula não obsta que a lei regulamente os procedimentos, tratando o implicado de forma progressivamente mais gravosa, conforme a imputação evolui. Por exemplo, para impor uma busca domiciliar, bastam fundadas razões; para tornar implicado réu, já são necessários a prova da materialidade e indícios da autoria. Percebemos isso, uma certa gradação, na própria legislação.

Para condená-lo, é imperiosa a prova, além de dúvida razoável.

Então, eu dizia, a partir dessas lições de Espíndola: Suscitando que isso é passível, usando de uma linguagem da teoria dos direitos fundamentais de uma conformação por parte, inclusive, do legislador. Não se trata de um conceito, quer dizer, estamos falando de um princípio, não de uma regra. Isso o ministro Barroso já pontuou. Assim não se resolve numa fórmula de tudo ou nada. É disso que se cuida quando Eduardo Espíndola Filho fala dessa gradação. Quer dizer, uma coisa é termos alguém investigado, outra coisa é termos alguém denunciado, com denúncia recebida. Outra coisa é ter alguém condenado e, agora,

**ADC 44 MC / DF**

com condenação em segundo grau. Quer dizer, o sistema estabelece uma progressiva derruição - vamos chamar assim - da ideia da presunção da inocência. Essa garantia institucional, vai esmaecendo em função desse conceito e a própria legislação permite isso. Por isso, se aceita a ideia...

Veja: países que são extremamente rígidos e respeitosos quanto aos direitos fundamentais aceitam a ideia da prisão com a decisão de segundo grau. Evidentemente, e nos deparamos com isso todo dia, poderá haver, sim, situações de abuso, que reparamos com o *habeas corpus*. Em geral, nem isso discutimos - e essa é experiência nossa -, em geral, esses casos não nos chegam por via do recurso especial, nem por extraordinário. Essas duas vias são usadas pelo Ministério Público. Hoje, usamos e recebemos o *habeas corpus*, que permite discutir todas as questões, inclusive, com a possibilidade de concessão de liminar. Nenhuma dúvida, estamos falando para advogados experientes e eles sabem disso. O ministro Pertence, até em tom um tanto quanto jocoso, dizia que a Defesa só usa o recurso extraordinário - e, claro, isso valia para o REsp - quando perseguia a prescrição. Quer dizer, queria que seu caso não fosse julgado, quer dizer, que fosse de fato retardado, se não usa o *habeas corpus*.

Vê-se quando vamos às declarações de direitos, as mais diversas, falam de formação, em que a culpa é provada de acordo com o direito.

A Convenção Americana dos Direitos Humanos prevê a garantia, no art. 8, II:

"2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa."

A Convenção Europeia dos Direitos Humanos prevê no art. 6, II:

**ADC 44 MC / DF**

"2. Qualquer pessoa acusada de uma infração presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada".

Portanto, aqui há uma dimensão de garantia institucional. Disposições semelhantes são encontradas no Direito francês; na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789; Canadense, art. 11 da Carta de Direitos e Liberdade.

Todos escolhem como marco para cessação da presunção o momento em que a culpa é provada de acordo com o Direito, resta saber em que momento isso ocorre.

O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, interpretando dispositivo da Convenção Europeia afirma que a presunção pode ser tida por esgotada antes mesmo da conclusão do julgamento em primeira instância. Alguns países, notadamente os do sistema de *Common Law*, dividem os julgamentos nas fases de veredicto e de aplicação da pena. Na primeira, delibera-se acerca da culpa do implicado, se declarada a culpa, passa-se à fase seguinte de escolha da quantificação da pena. Em um caso da Sérvia, o Tribunal reitera já longa jurisprudência de que, declarada a culpa na fase do veredicto, o dispositivo não mais se aplica, ou seja, com a declaração de culpa, cessa a presunção, independentemente, do cabimento de recurso.

Sabemos, também, que os Estados Unidos adotam *standards* bastante rigorosos nessa seara. A legislação processual federal determina a imediata prisão do condenado, mesmo antes da imposição da pena, salvo casos excepcionais. Nesses ordenamentos, muito embora a presunção de não culpabilidade fique afastada, ainda há o direito ao recurso, a ser analisado em tempo hábil. No entanto, o direito de análise célere da impugnação é fundado em outros preceitos, como a duração razoável do processo.

**ADC 44 MC / DF**

O Direito alemão prevê uma solução diversa. Muito embora não exista menção expressa à presunção de inocência na Lei Fundamental, o princípio faz parte do ordenamento jurídico pela interpretação do Sistema e pela incorporação da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. No plano legal, o Código de Processo Penal afirma que as sentenças condenatórias não são exequíveis enquanto não passarem em julgado. Apesar disso, se o acusado é fortemente suspeito do cometimento de um crime grave, a regra é que responda preso. Portanto, obvia-se esse obstáculo. Nesses casos, a lei dispensa ulterior demonstração da necessidade da prisão. Tendo em vista a dificuldade de compatibilização da prisão automática com a presunção de inocência, a jurisprudência tempera a aplicação desses dispositivos, exigindo, nas prisões antes do julgamento, a demonstração, ainda que mínima, de algum dos requisitos da prisão preventiva. Já o nosso texto constitucional segue a tradição das constituições da Itália, de Portugal e dos países de língua portuguesa em geral. Nota-se que, na tradição italiana e nas constituições de língua portuguesa, a presunção vige até o trânsito em julgado. Não se nega a importância da análise das constituições de mesma tradição. Em nosso caso, os textos constitucionais de língua portuguesa são importante objeto de estudo, visto que é possível identificar uma tradição institucional comum que informa os ordenamentos constitucionais desses países.

De qualquer forma, a interpretação da presunção de não culpabilidade não pode perder de vista nosso próprio ordenamento. Nosso país tem um intrincado sistema judiciário. Na base, há duas instâncias - como sabemos, com ampla competência para análise dos fatos e do direito. Logo acima, temos as instâncias extraordinárias - tribunais superiores e Supremo Tribunal Federal. O acesso às instâncias extraordinárias é consideravelmente amplo. Não há meios eficazes para garantir adequação da força de trabalho das cortes superiores ao interesse do desenvolvimento da jurisprudência. A própria rejeição de recursos por falta de repercussão geral, nas estreitas hipóteses em que cabível,

**ADC 44 MC / DF**

demanda muito da Corte. Isso faz com que, mesmo quando desprovidos de relevância, a análise dos recursos extraordinários demore muito. Resta-nos reconhecer que as instâncias extraordinárias, da forma como são estruturadas no Brasil, não são vocacionadas a dar respostas rápidas às demandas. Por isso o ministro Pertence dizia que, em geral, se o réu optasse pelo recurso extraordinário ou pelo REsp é porque apostava na dilação e não na prestação judicial célere, quer dizer, buscava eventualmente obter prescrição, por exemplo.

Em suma, a presunção de não culpabilidade é um direito fundamental que impõe o ônus da prova à acusação e impede o tratamento do réu como culpado até o trânsito em julgado da sentença. Ainda assim, não impõe que o réu seja tratado da mesma forma durante todo o processo - esse é um ponto crucial e que já foi tocado no voto do ministro Fachin.

Conforme se avança e a culpa vai ficando demonstrada, a lei poderá impor tratamento diferenciado. Esse é um ponto importante: tratar isso como uma garantia institucional, que vai enfraquecendo na medida em que se identifica a prova da culpa.

O que estou colocando à reflexão, portanto, é que vejamos a presunção de inocência como princípio relevantíssimo à ordem jurídica ou constitucional, mas suscetível de ser devidamente conformado, tendo em vista, inclusive, as circunstâncias de aplicação no caso do Direito Penal e do Processual Penal. Por isso, entendo que, nesse contexto, não se há de considerar que a prisão após a decisão de tribunal de apelação seja considerada violadora. E, parece-me, se porventura houver a caracterização - que sempre pode ocorrer - de abuso na decisão condenatória, certamente estarão à disposição do eventual condenado todos os remédios, além do eventual recurso extraordinário, com pedido de efeito suspensivo, cautelar, também o *habeas corpus*. E os tribunais disporão de meios para sustar essa execução antecipada.

**ADC 44 MC / DF**

Logo, não estamos aqui - aqueles que estão admitindo a execução da pena com a decisão de segundo grau - a fazer *tabula rasa* e a determinar que se aplique, sem qualquer juízo crítico, a condenação emitida pelo juízo de segundo grau. Haverá, sempre, remédios e o bom e forte *habeas corpus* estará à disposição. Nós mesmos, na Segunda Turma, temos nos posicionado, o ministro Celso, o ministro Teori, a ministra Cármen, quando lá estive, de forma restritiva em relação a qualquer tentativa de restringir o *habeas corpus*, exatamente para deixar essa porta aberta. E sabemos que os resultados são expressivos no que diz respeito à concessão de *habeas corpus* em muitos casos.

Estou revisitando, Presidente, esse tema, porque entendi de minha responsabilidade demarcar que, também, somei posição, como já disse, na formação da jurisprudência que agora está-se a rediscutir. Mas a própria realidade institucional de difícil modificação - tanto é que todos nos lembramos do esforço feito pelo ministro Peluso, ao oferecer aquela proposta de emenda constitucional, mas que tinha reflexo não só na área do Direito Penal, como, também, na área do Direito Civil, do Direito privado em geral.

Quando o ministro Peluso ofereceu aquela emenda, dizendo que o trânsito em julgado ocorreria com a decisão de segundo grau - e aí não era apenas no aspecto penal, mas em todos os demais aspectos -, tinha que se reconhecer, a seguir, em todos os casos, no recurso trabalhista, no recurso do processo civil, no REsp, no RE, um efeito rescisório. Esse era o dilema, que ocorre, como já vimos, nos sistemas de corte constitucional, porque, por exemplo, na *Verfassungsbeschwerde*, salvo engano, o modelo alemão da chamada ação constitucional, pode ser proposta no prazo de um ano e, claro, terá efeito rescisório. Pode já ter ocorrido o trânsito em julgado da decisão, como ocorre no modelo espanhol do recurso de amparo. Aqui é diferente.



**ADC 44 MC / DF**

Claro que o que se viu naquele caso foi que haveria um quadro de grande insegurança jurídica. Daí, talvez, a razão por que a proposta de emenda acabou por não ter o trâmite, a despeito do apoio que colheu na imprensa e nos setores da política, porque é um juízo quase que unânime de que há algo de extremamente singular em nosso sistema jurídico penal, mas, de fato, a ideia que Sua Excelência o ministro Peluso desenvolveu, seguindo o modelo europeu de controle concentrado de que haveria o trânsito em julgado com a decisão de segundo grau e, aí, valia tanto para decisões de caráter penal como civil, colocou, realmente, em grande temor todos aqueles que imaginavam que, depois, o recurso extraordinário teria efeito de uma rescisória com todas as consequências e as próprias execuções que se fariam no campo cível já teriam caráter de definitividade. Daí, portanto, a dificuldade que se colocou. Mas isso é até um dado muito curioso que fala bem, como já destaquei, da honestidade intelectual do ministro Peluso. Sua Excelência, na verdade, que contribuiu decisivamente para com o debate, para com a consagração do precedente aqui referido, depois, diante da análise das consequências, viu-se tentado a desamarrar o impasse e propôs então essa emenda constitucional.

A rigor, é uma situação interessante. Demos aquele passo, ao falarmos da presunção de inocência e conectarmos com o trânsito em julgado em sentido, e depois vimos que estávamos num beco sem saída, numa *Sackgasse*, como se diz em alemão. E o ministro Peluso então engendrou essa fórmula. Vamos fazer uma emenda constitucional em que se declara que o trânsito em julgado formal ocorre com a decisão do segundo grau. E os recursos extraordinários, todos eles, recursos especiais, recursos de revista, passam a ter caráter rescisório. Tratava-se de mudar todo o sistema. Demandava-se uma revolução de caráter cultural.

A partir daí, teríamos, no próprio plano cível, a execução já definitiva ainda pendente de recurso extraordinário. E tudo isso se fez para tentar atender às mazelas do processo penal, era para dar execução.

**ADC 44 MC / DF**

Portanto, isto gerou um quadro de grande insegurança jurídica, quer dizer, tentando resolver aquele problema que a nossa própria revisão da jurisprudência tinha criado, no RE 84.078, no fundo, estávamos a revisar agora, com a proposta de emenda constitucional, todo o sistema.

Fazendo essa análise, de novo, reitero que, em função da própria realidade, da extensão, da complexidade do Sistema e da busca de paradigmas no Direito Comparado, entendi que era importantíssimo proceder à revisão dessa jurisprudência. Tanto é que na Turma passei a suscitar a necessidade de que submetêssemos, novamente, ao Plenário essa questão. Por quê? Porque tínhamos então duas situações e podemos ter até mais. Havia aqueles que desde o início cumpriam uma pena antecipada - que é essa metade a que nos referimos -, praticamente presos provisórios que, absolvidos ou condenados, já estavam presos.

Eu tratarei disso a final, mas sabemos que, dada a ineficiência do sistema, a prisão provisória no Brasil pode ser das mais longas do mundo. No CNJ, Presidente, encontramos um indivíduo no Espírito Santo preso provisoriamente há onze anos. E pensávamos que isso já era o quadro maior de descalabro, quando encontramos em seguida, em um dos mutirões, um sujeito esquecido nas masmorras do Ceará, há catorze anos, provisoriamente, doutor Tércio, como Vossa Excelência sabe e esteve no CNJ como muito digno conselheiro naquela época. Essa é a realidade do Brasil; esse é o quadro brasileiro. É a falência de um sistema. Quanto a essa gente presa provisoriamente, se for absolvida, já ficou presa, já cumpriu a pena; se for condenada, já estará lá. Agora, àqueles que respondem soltos, interessa estender.

E sabemos de nossa experiência: amanhã um sujeito planta, em um processo qualquer, embargos de declaração e aquilo passa a ser tratado como rotina, a despeito de "o processo ainda não transitou em julgado, vamos examinar". Daqui a pouco, sobrevém uma prescrição com todas as consequências e o quadro de impunidade.

**ADC 44 MC / DF**

O episódio trazido pelo ministro Tofolli chamou-nos a atenção. Em suma, os milhares, as miríades de recursos são propostos com o objetivo não de rever ou de reverter a decisão, mas, simplesmente, de retardar, de obstar, de caracterizar um estado de impunidade.

Claro que alguém poderá redarguir, contrapor: "Mas por que vocês não encerram o processo?" Seria muito fácil se nós lidássemos com cem processos; mas, quando se lida com três, quatro, cinco, dez mil, é evidente que isso ganha outra dimensão. E essa é a realidade das nossas cortes. Portanto, essa é uma obra em geral bem-sucedida: a obra do retardo que leva à impunidade via prescrição. Por isso, esse tema ganhou essa celeuma.

Eu fico extremamente sensibilizado, Presidente. Eu acho que os presídios brasileiros vão melhorar daqui para frente, porque se descobriu que se pode ir para a cadeia, doutor Kakay. É interessante: nunca ninguém tinha prestado atenção nas más qualidades de nossos presídios; mas agora se descobriu.

Passei pelo CNJ - todos sabem -, de 2008 a 2010, trabalhei na história dos mutirões carcerários, fazendo um grande esforço. E por que fiz isso? Primeiro, porque me incomodavam as perguntas que faziam em sala de classe. Vários alunos diziam: Por que tudo isso que está no art. 5º da Constituição sobre presídios, presos e respeito é mentira? E, de fato, para um constitucionalista que pretende trabalhar com a ideia de força normativa da Constituição, isso era muito constrangedor. "Poxa, logo no art. 5º?" Veja, não estamos falando de direitos sociais deferidos no tempo. Mas os alunos diziam: "Poxa, mas isso tudo é uma mentira". As pessoas têm violações sistêmicas do direito. Basta olhar as fotos e vídeos que saem nos jornais, nas televisões sobre o estado das prisões.

Até aqui, ministra Cármen, recebo, como Presidente, ainda Vice-Presidente, do Supremo, na ausência da ministra Ellen Gracie, a

**ADC 44 MC / DF**

Comissária das Nações Unidas de Direitos Humanos, que veio ao Brasil a propósito da questão de Abaetetuba. Ali, como sabem, u'a moça, uma menina foi colocada, no interior do Pará, em presídio de homens e, claro, foi, sucessiva e barbaramente, violentada. Isso teve repercussão enorme. Juiz ausente da comarca, toda essa tragédia, presídio mal estruturado, tudo o mais. Tive uma conversa, em meu Gabinete, com essa senhora, acompanhado de assessores e ela, então, depois de falar da situação dos direitos humanos no mundo etc., aquela conversa normal, disse que estava no Brasil para, também, acompanhar essa situação, o caso de Abaetetuba. Relatei-lhe as dificuldades de monitoramento, de acompanhamento desses episódios, a relação complexa da execução penal, as más condições de presídios que não são administrados pelo Judiciário, a relação com o Executivo, com a Administração e tudo o mais. E ela fez, então, depois de ouvir com paciência, uma pergunta que até hoje me provoca constrangimento. Aceitou todas aquelas explicações como plausíveis, mas disse: "O senhor não acha que é demais ter levado trinta dias para descobrir esse feito?". E a gente só tem de responder: "Yes". Não havia fiscalização nenhuma. Essa moça ficou trinta dias em presídio de homens. A falência toda do sistema.

Então, essa é uma das realidades que temos. De um lado, todos são recolhidos a esses presídios que temos, essas enxovias, colocados em delegacias e tudo o mais que sirva de presídio. Pouca distinção entre onde se cumpre pena definitiva e onde está o preso provisório, toda essa mistura. E tudo isso ao arremedo da Constituição. De modo que é saudável, por exemplo, que agora esse tema esteja sendo discutido e que se tenha descoberto, por exemplo, que se está preocupado com a execução da pena em presídios inadequados. Certamente, agora, esse tema vai entrar na agenda político-institucional. Então, esse é um dado positivo da realidade. Alguém comentava que, depois desses episódios de Curitiba, houve até uma evolução. O banho frio de Curitiba agora foi substituído, há até chuveiro elétrico. Portanto, são melhorias que estão ocorrendo a partir desses ilustres visitantes dessas celas lá existentes na Polícia

**ADC 44 MC / DF**

Federal. Essa é uma realidade. Então, um dado positivo deste julgamento é esse. Quando se argumenta que os presídios estão em más condições... E nem é preciso dizer outra coisa. Se temos 360 mil vagas declaradas - claro que essas vagas jamais foram adequadas, boa parte delas tem *deficit* enormes - e agora temos 700 mil presos, é evidente que temos brutal superlotação.

Então, Presidente, a mim, me parece este debate está desfocado. Não é a questão das más condições dos presídios que deve definir se vamos permitir a maior ou menor duração do processo. O fato que temos de discutir é se a ideia de presunção de inocência, tal como estamos desenhando, justifica, em qualquer hipótese, que se espere a formalização do trânsito em julgado. É essa a pergunta.

E, a mim, parece-me que, se nós considerarmos que, aqui, cuida-se de uma garantia constitucional, que há essa atenuação da presunção de inocência, na medida em que juízos vão-se formando, vereditos vão-se formando em sentido contrário, em sentido favorável da formação de culpa, se ainda se pode falar em caso de presunção de inocência, ela é muito esmaecida afinal, com o juízo de primeiro grau, com o juízo de segundo grau e isso permite. E mesmo o acórdão que lavramos no *Habeas Corpus* 84.078, já justificava, na época, a prisão, desde que de caráter provisório.

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE)** - Formado por maioria, não é Ministro? Eu, por exemplo, fui vencida.

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES** - Formado por maioria. Portanto, a mim, parece-me que isso nos permite fazer essa reflexão. Claro, poderá haver erros. Sempre poderá, sempre poderá. É possível reverter? Todo dia pode ocorrer isso. Mas, também, não vamos

**ADC 44 MC / DF**

esquecer, o sistema permite correção, permite até o impedimento do início da execução da pena com a obtenção de liminar em *habeas corpus*.

De modo que, Presidente, estou confortável em proceder a essa revisão. O sistema brasileiro tornou-se um sistema e é um sistema extremamente complexo. Talvez, até mais complexo do que muitos outros.

O manejo dos recursos muitas vezes tem desideratos diferentes. Certamente, os criminalistas vão lançar mão dos recursos especial e extraordinário, recursos assim chamados especiais, quando tiverem por objetivo não a revisão do julgado, mas a eventual obtenção de um resultado quanto à prescrição, por exemplo. E, certamente, lançarão mão do *habeas corpus* quando tiver o objetivo de, eventualmente, obter anulação do julgado ou mesmo algum ajuste na decisão de caráter condenatório.

Então, a mim, não me parece que o debate, tal como está estruturado, de fato esteja balizado por argumentos corretos. É claro que todos temos preocupação com o Sistema, com o mau funcionamento do sistema. E, aí, também, não podemos negar que temos imensa responsabilidade.

O ministro Toffoli falou de sessenta mil homicídios/ano. Coloca-nos, de novo, numa situação extremamente constrangedora: um dos países mais inseguros do mundo. Mas, fosse só isso, já seria preocupante. E, aí, temos homicídios sem inquérito aberto.

Quando o CNJ chegou a Alagoas, em minha Presidência, havia cinco mil homicídios sem inquérito aberto. Portanto, é o paraíso do crime de mando. Infelizmente, essa realidade não mudou muito. Estive, Presidente, esses dias, durante as eleições, no Rio de Janeiro. É altamente constrangedor. E é um desafio, inclusive, para todos nós, na Presidência

**ADC 44 MC / DF**

do Tribunal Regional Eleitoral, discutindo distribuição logística, distribuição de urna, disse-se que as urnas seriam colocadas na Favela da Maré, às seis horas da manhã. E, aí, uma juíza disse que isso não era possível, porque precisávamos da licença dos donos da favela e nós não a tínhamos. Essa é a realidade do Brasil! E não se está fazendo nada! Não se está estruturando nada para reagir a isso. A Favela da Maré, ali, vizinha do Tribunal, quase. Essa é a realidade: o Estado foi desterrado, o estado de direito falido. Milícias do Rio de Janeiro cobrando pedágio para que candidatos façam campanha. Nessa campanha, com características novas, financiamento vindo dessas organizações.

Isso passou a ser uma realidade. Esse é o grande desafio! Estruturando um sistema institucional de criminalidade. E não se diga que essa tarefa é estranha ao Judiciário! Pelo contrário, essa é uma tarefa do Judiciário. A rigor, um dos grandes equívocos brasileiros, no que diz respeito ao tema da Segurança Pública, é tratar o tema da Segurança Pública como tema de Polícia. E, por isso, aparecem esses salvadores. No fundo, uma grande falha do sistema de Segurança Pública está exatamente na falha do sistema de Justiça Criminal, que envolve o Ministério Público, que envolve a própria Justiça Criminal.

Lembro-me de que o saudoso governador Eduardo Campos monitorava o quadro de Segurança Pública no Estado. Mostrou-me isso lá. E me fez uma pergunta quando estive lá na condição de Presidente do CNJ: "Ministro, nós fazemos um esforço enorme para prendermos chefe de quadrilhas, líderes de crimes de mando no interior de Pernambuco e, oito meses depois, eles estão soltos. Por quê?"

A questão de não se conseguir fazer uma instrução em tempo adequado e tudo mais, obtinham *habeas corpus*. Então, no fundo, temos grande responsabilidade nesse quadro de insegurança jurídica, como temos grande responsabilidade no que diz respeito a esse mau estado do sistema prisional, sem dúvida nenhuma, temos todos. O Judiciário tem

**ADC 44 MC / DF**

grande responsabilidade, o Ministério Público tem grande responsabilidade, os defensores públicos, sem dúvida nenhuma.

E hoje, mais do que ontem, dispomos pelo menos de órgão que, se quiserem, se tiverem propósitos, podem fazer políticas públicas. Se quiserem ser menos corporativos, CNMP e CNJ, podem fazer políticas públicas decentes. Se não quiserem ficar dando vantagem para seus membros e de fato implementando coisas sérias, porque dispõem de força, dispõem de credibilidade, dispõem de legitimidade. Infelizmente, esses órgãos acabam desviando-se e servem a seus próprios membros. Na verdade, hoje, uma parte da decadência do Brasil se deve à formação dessa república corporativa. Todos voltados para seu umbigo.

Lembro-me, Presidente, de que, certa feita, no CNJ, começamos a trabalhar a ideia da advocacia voluntária. Era uma dificuldade porque se reagia a isso. A ideia de que estudantes e advogados pudessem prestar advocacia voluntária. A OAB, da época, reagia. Hoje, acho que a OAB já está mais iluminada. Era difícil. Chegaram a punir, em São Paulo, até a advocacia *pro bono*.

Recebi, na época, no Gabinete, aqui, na Presidência, os defensores públicos, preocupados com a advocacia voluntária. Eles eram cinco mil - acho que não tem mais do que isso, ainda hoje, considerando os federais e os estaduais. Queriam falar contra a advocacia voluntária. E perguntei porque eram contra a advocacia voluntária, uma vez que não davam conta do trabalho? Cinco mil defensores públicos, se se dedicassem só a presos, no Brasil - na época, eram uns seiscentos mil - óbvio que não dariam conta do trabalho! E claro, não fazem só isto! Cuidam de questões de família e tudo mais. E eles disseram que, com a advocacia voluntária, o CNJ está retirando a pressão que existe sobre os governadores. Essa era a lógica. E eu disse: "Vocês poderão coordenar grupos de advogados voluntários, poderão fazer isso". Mas eles não compreendiam. Por quê? Porque a lógica era corporativa, defensor público tem de ser igual a



**ADC 44 MC / DF**

Procurador da República, que tem de ser igual a juiz, todo esse modelo que hoje se desenvolveu no Brasil. E então acabei brincando com eles e a conversa se encerrou assim, dizendo que não se preocupassem, porque havia pobres para todos; para os defensores e para os advogados voluntários.

Portanto, essa é a realidade do Brasil, temos um sistema mal gerido, mal administrado, cooptado por corporações, mas não podemos fugir às responsabilidades; não podemos fugir, não temos como fugir, não dá para fingir que não temos nada com isso. Quando dizíamos que não tínhamos nada com presídio: nós é que decretamos as prisões, nós é que mandamos as pessoas para os presídios; como é que não temos nada com isso? Como dizer que o Ministério Público, que não fiscaliza os presídios, não tem nada com isso? Nós que somos tão ciosos para manter nossas férias de dois meses, nosso direito de voar - doutor Rodrigo - para o exterior em classe executiva ou em primeira classe; já tivemos casos, aqui, em que procuradores vieram pedir direito de voar em primeira classe. Muitas vezes não comparecemos nos presídios para olhar o estado. Então, essa é a realidade: instituições que faltam a seus deveres institucionais.

Então, Presidente, a mim, me parece que não há nenhuma dúvida de que a realidade mostra que precisamos, sim, de levar em conta não só o aspecto normativo que, a meu ver, legitima a compreensão da presunção de inocência nos limites aqui estabelecidos, a partir do voto do Relator e aqueles que o acompanharam, como, também, levar em conta a própria realidade que permite que exigir o trânsito em julgado formal transforme o Sistema num sistema de impunidade.

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) -**  
Vossa Excelência se refere ao voto do Ministro Fachin? Divergente.

**ADC 44 MC / DF**

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES** - Desculpe. Do ministro Fachin. Portanto, Presidente, com todas as vênias ao voto do ministro Marco Aurélio, do ministro Lewandowski e da ministra Rosa, eu acompanho na íntegra o pronunciamento do ministro Fachin, destacando que, talvez, se formada a maioria, devêssemos - na linha do que já fizemos em outro momento - também, converter esse julgamento em julgamento de mérito, até porque, senão, vamos ter outro debate sobre a eficácia desse julgamento, uma vez que estaremos apenas indeferindo a liminar. A mim, me parece que coloco essa questão como uma questão de ordem para que possamos definir. A mim, me parece que, se estamos até tarde, hoje, é em razão de termos uma definição. E é importante, então, que essa decisão tenha eficácia geral, efeito vinculante.

Mas, com as vênias devidas ao voto do eminente Relator, acompanho às inteiras o voto do ministro Fachin.

05/10/2016

PLENÁRIO

MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DECLARATÓRIA DE  
CONSTITUCIONALIDADE 44 DISTRITO FEDERAL

V O T O

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: **Quantos princípios** proclamados pela autoridade superior da Constituição da República **precisarão ser sacrificados para justificar** a decisão desta Suprema Corte proferida no julgamento do HC 126.292/SP?

**Quantas liberdades** garantidas pela Carta Política **precisarão ser comprometidas para legitimar** o julgamento plenário do Supremo Tribunal Federal que, **ao instituir artificial antecipação** do trânsito em julgado, **frustrou, por completo**, a presunção constitucional de inocência?

**Quantos valores essenciais** consagrados pelo estatuto constitucional que nos rege **precisarão ser negados para que prevaleçam** razões fundadas no clamor público e em inescandível pragmatismo de ordem penal?

**Até quando** dados meramente estatísticos **poderão autorizar** essa inaceitável hermenêutica de submissão, de cuja utilização resulte, como efeito perverso, **gravíssima e frontal transgressão** ao direito fundamental de ser presumido inocente?

**Enfim**, Senhora Presidente, **é possível** a uma sociedade livre, **apoiada** em bases genuinamente democráticas, **subsistir sem que se assegurem direitos fundamentais tão arduamente conquistados** pelos cidadãos em sua histórica e permanente luta contra a opressão do poder, **como aquele** que assegura a qualquer pessoa a **insuprimível prerrogativa de sempre ser considerada inocente até** que sobrevenha, **contra ela**, sentença penal condenatória **transitada** em julgado?

**ADC 44 MC / DF**

**Entendo**, *bem por isso*, Senhora Presidente, e já o disse neste Tribunal, **que a majestade** da Constituição **não pode** ser transgredida **nem** degradada **pela potestade do Estado**, **pois**, *em um regime de perfil democrático*, **ninguém**, *a começar dos agentes e autoridades do aparelho estatal*, **pode** pretender-se *acima e além do alcance* **da normatividade subordinante** dos grandes princípios **que informam e dão essência** à Lei Fundamental da República.

**Já afirmei** nesta Corte, Senhora Presidente, que o Supremo Tribunal Federal, **ao decidir** os litígios penais, **quaisquer** que sejam, **respeitará**, *sempre*, **como é da essência** do regime democrático, os direitos e garantias fundamentais que a Constituição da República **assegura a qualquer acusado**, **notadamente o direito de ser presumido inocente até o trânsito em julgado de eventual condenação criminal**, **observando**, *em todos os julgamentos*, **além do postulado** da impessoalidade e do distanciamento crítico **em relação a todas às partes envolvidas no processo**, **os parâmetros legais e constitucionais** que regem, *em nosso sistema jurídico*, **qualquer** os procedimentos de índole penal.

**É preciso repelir**, *desse modo*, Senhora Presidente, a **tentação autoritária** de presumir-se provada *qualquer* acusação criminal e de tratar *como se culpado fosse* aquele em favor de quem milita a presunção constitucional de inocência.

**Este julgamento**, *por isso mesmo*, Senhora Presidente, **impõe reflexões** sobre o papel institucional, as funções constitucionais e a responsabilidade política e social do Supremo Tribunal Federal **no contexto** do processo de consolidação e aperfeiçoamento da ordem democrática em nosso País e, *mais diretamente*, **no plano da construção de uma jurisprudência das liberdades concebida e formulada** em favor dos direitos e garantias da pessoa humana.

**ADC 44 MC / DF**

Nesse contexto, **impõe-se** ao Supremo Tribunal Federal – **tornado** fiel depositário da preservação da autoridade, da supremacia e da intangibilidade da nova ordem constitucional, **por deliberação soberana da própria Assembleia Nacional Constituinte** – **reafirmar**, a cada momento, **em comunhão solidária com toda a magistratura nacional**, o seu respeito, o seu apreço e a sua lealdade **ao texto sagrado** da Constituição democrática do Brasil.

**Incumbe**, *bem por isso*, aos magistrados e aos Tribunais, **notadamente** aos Juízes da Corte Suprema do Brasil, **o desempenho do grave encargo** que lhes é inerente: **o de velar** pela integridade dos direitos fundamentais de todas as pessoas, **o de repelir** condutas governamentais abusivas, **o de conferir** prevalência à essencial dignidade da pessoa humana, **o de fazer cumprir** os pactos internacionais que protegem os grupos vulneráveis expostos a práticas discriminatórias **e o de neutralizar** qualquer ensaio de opressão estatal.

**Torna-se de vital importância reconhecer**, *portanto*, Senhora Presidente, que o Supremo Tribunal Federal – **que é o guardião**, *por excelência*, da Constituição **em virtude de expressa delegação do poder constituinte** – **não pode renunciar** ao exercício desse encargo, **pois, se** a Suprema Corte **falhar** no desempenho da **gravíssima** atribuição que lhe foi outorgada, **a integridade** do sistema político, **a proteção** das liberdades públicas, **a estabilidade** do ordenamento normativo do Estado, **a segurança** das relações jurídicas **e a legitimidade** das instituições da República **restarão profundamente comprometidas**.

**Não se pode desconhecer** que o Poder Judiciário **assume**, *na estrutura institucional em que se organiza o aparelho de Estado*, **significativo relevo** político, jurídico e social, **pois não há**, *na história das sociedades políticas*, **qualquer** registro de um Povo que, **despojado de juízes e Tribunais independentes**, **tenha conseguido** preservar os seus direitos e conservar a sua própria liberdade.

**ADC 44 MC / DF**

**Daí o grave encargo** que a esta Corte **incumbe desempenhar** no processo de indagação e de interpretação do alcance *de uma das cláusulas mais vitais* à preservação da liberdade humana, **cuja integridade não pode ser comprometida** por decisões que nulifiquem a aplicabilidade e o respeito ao direito fundamental *de qualquer pessoa* **de não ser considerada culpada antes** do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

**Eventual inefetividade** da jurisdição penal **ou** do sistema punitivo **motivada** pela prodigalização de meios recursais, **culminando** por gerar no meio social a sensação de impunidade, **não pode ser atribuída ao reconhecimento constitucional do direito fundamental de ser presumido inocente, pois não é essa** prerrogativa básica **que frustra o sentimento de justiça** dos cidadãos **ou** **que provoca qualquer crise de funcionalidade** do aparelho judiciário.

A **solução dessa questão**, que não guarda pertinência – *insista-se* – com a presunção constitucional de inocência, **há de ser encontrada na reformulação do sistema processual e na busca de meios** que, **adotados** pelo Poder Legislativo, **confirmam maior coeficiente de racionalidade** ao modelo recursal, **mas não, como se pretende, na inaceitável desconsideração** de um dos direitos fundamentais **a que fazem jus** os cidadãos desta República **fundada** no conceito de liberdade **e legitimada** pelo princípio democrático.

A **posição que vem prevalecendo** neste julgamento **reflete – e digo isto com todo o respeito – preocupante inflexão hermenêutica, de índole regressista, em torno do pensamento jurisprudencial desta Suprema Corte no plano sensível dos direitos e garantias individuais, retardando, em minha percepção, o avanço de uma significativa agenda judiciária concretizadora** das liberdades fundamentais em nosso País.

ADC 44 MC / DF

**Ninguém desconhece, Senhora Presidente, que a presunção de inocência representa uma notável conquista histórica dos cidadãos em sua permanente luta contra a opressão do Estado e o abuso de poder.**

Na realidade, **a presunção de inocência**, a que já se referia Tomás de Aquino em sua “*Suma Teológica*”, **constitui** resultado **de um longo** processo de desenvolvimento político-jurídico, **com raízes**, para alguns, na Magna Carta inglesa (1215), **embora**, segundo outros autores, **o marco histórico** de implantação desse direito fundamental **resida** no século XVIII, **quando**, sob o influxo das ideias iluministas, **veio esse direito-garantia a ser consagrado**, inicialmente, na *Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia* (1776).

**A consciência** do sentido fundamental desse direito básico, **enriquecido** pelos grandes postulados políticos, doutrinários e filosóficos do Iluminismo, **projetou-se**, com grande impacto, na *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, de 1789, **cujo art. 9º solenemente proclamava a presunção de inocência**, com expressa repulsa às práticas absolutistas *do Antigo Regime*.

**Mostra-se importante assinalar**, neste ponto, Senhora Presidente, **que a presunção de inocência**, *legitimada pela ideia democrática* – não obstante golpes desferidos por mentes autoritárias **ou** por regimes autocráticos **que absurdamente preconizam** o primado da ideia de que todos são culpados até prova em contrário (!?!?) –, **tem prevalecido**, ao longo de seu virtuoso itinerário histórico, **no contexto** das sociedades civilizadas, *como valor fundamental e exigência básica* de respeito à dignidade da pessoa humana.

**Não foi por outra razão** que a *Declaração Universal de Direitos da Pessoa Humana*, **promulgada** em 10/12/1948, pela III Assembleia Geral da ONU, **em reação** aos abusos inomináveis **cometidos** pelos regimes

ADC 44 MC / DF

totalitários nazi-fascistas, **proclamou**, em seu art. 11, **que todos**, sem exceção, **presumem-se inocentes**.

**Essa mesma reação** do pensamento democrático, **que não pode nem deve conviver** com práticas, medidas **ou** interpretações que golpeiem o alcance **e** o conteúdo de tão fundamental prerrogativa **assegurada a toda e qualquer pessoa**, **mostrou-se** presente em **outros** importantes documentos internacionais, **alguns de caráter regional, como a Declaração Americana** dos Direitos e Deveres do Homem (Bogotá, 1948, Artigo XXVI), **a Convenção Americana** sobre Direitos Humanos (São José da Costa Rica, 1969, Artigo 8º, § 2º), **a Convenção Europeia** para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (Roma, 1950, Artigo 6º, § 2º), **a Carta dos Direitos Fundamentais** da União Europeia (Nice, 2000, Artigo 48, § 1º), **a Carta Africana** dos Direitos Humanos e dos Povos/Carta de Banjul (Nairóbi, 1981, Artigo 7º, § 1º, “b”) **e a Declaração Islâmica** sobre Direitos Humanos (Cairo, 1990, Artigo 19, “e”), **e outros de caráter global**, como o **Pacto Internacional** sobre Direitos Cívicos e Políticos (Artigo 14, § 2º), **adotado** pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1966.

**Vê-se, desse modo**, Senhora Presidente, **que a repulsa** à presunção de inocência – **com todas** as consequências **e** limitações jurídicas ao poder estatal que dessa prerrogativa básica emanam – **mergulha suas raízes em uma visão incompatível com os padrões ortodoxos do regime democrático, impondo, indevidamente**, à esfera jurídica dos cidadãos **restrições não autorizadas** pelo sistema constitucional.

**Torna-se relevante observar**, neste ponto, **a partir** da douta lição exposta por ANTÔNIO MAGALHÃES GOMES FILHO (“Presunção de Inocência e Prisão Cautelar”, p. 12/17, 1991, Saraiva), **que esse conflito ideológico entre o valor** do princípio democrático, **que consagra o primado da liberdade**, **e o desvalor** do postulado autocrático, **que privilegia a onipotência do Estado**, **revelou-se muito nítido na Itália**, a partir do



ADC 44 MC / DF

século XIX, **quando se formaram**, em momentos sucessivos, **três escolas de pensamento** em matéria penal: **a Escola Clássica**, cujos maiores expoentes foram FRANCESCO CARRARA e GIOVANNI CARMIGNANI, **que sustentavam**, inspirados nas concepções iluministas, o dogma da presunção de inocência, **a que se seguiram**, no entanto, os adeptos **da Escola Positiva**, como ENRICO FERRI e RAFFAELE GAROFALO, **que preconizavam** a ideia de ser mais razoável presumir a culpabilidade das pessoas, **e, finalmente, a refletir** o “espírito do tempo” (“Zeitgeist”) **que tão perversamente** buscou justificar **visões e práticas totalitárias de poder**, **a Escola Técnico-Jurídica**, que teve em EMANUELE CARNEVALE e em VINCENZO MANZINI os seus corifeus, **responsáveis**, entre outros aspectos, **pela formulação** da base doutrinária **que deu suporte** a uma noção prevalecente ao longo do regime totalitário fascista – a noção **segundo a qual não tem sentido nem é razoável** presumir-se a inocência do réu!!!

O exame da obra de VINCENZO MANZINI (“Tratado de Derecho Procesal Penal”, tomo I/253-257, item n. 40, **tradução** de Santiago Sentís Melendo e Mariano Ayerra Redín, 1951, Ediciones Juridicas Europa-América, Buenos Aires) **reflete**, com exatidão, essa posição **nitidamente** autocrática, **que repudia** “A chamada tutela da inocência” **e que vê**, na “pretendida presunção de inocência”, algo “absurdamente paradoxal e irracional” (“op. cit.”, p. 253, item n. 40).

**Mostra-se evidente**, Senhora Presidente, que a Constituição brasileira **promulgada** em 1988 **e destinada** a reger uma sociedade fundada em bases genuinamente democráticas **é bem o símbolo representativo da antítese ao absolutismo do Estado e à força opressiva do poder**, **considerado** o contexto histórico **que justificou**, em nosso processo político, **a ruptura com paradigmas autocráticos do passado e o banimento**, por isso mesmo, **no plano** das liberdades públicas, de **qualquer** ensaio autoritário **de uma inaceitável hermenêutica de submissão**, **somente justificável numa perspectiva “ex parte principis”**, cujo efeito mais

**ADC 44 MC / DF**

*conspícuo, em face daqueles que presumem a culpabilidade do réu, **será a virtual** (e gravíssima) **esterilização** de uma das mais expressivas conquistas históricas da cidadania: o direito do indivíduo de jamais ser tratado, pelo Poder Público, como se culpado fosse.*

**Vale referir, no ponto, a esse respeito, a autorizada advertência do eminente Professor LUIZ FLÁVIO GOMES, em obra escrita com o Professor VALÉRIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI (“Direito Penal – Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos/Pacto de San José da Costa Rica”, vol. 4/85-91, 2008, RT):**

*“**O correto é mesmo falar em princípio da presunção de inocência** (tal como descrito na Convenção Americana), não em princípio da não-culpabilidade (...).*

***Trata-se de princípio consagrado** não só no art. 8º, 2, da Convenção Americana **senão também** (em parte) no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, **segundo o qual** toda pessoa se presume inocente até que tenha sido declarada culpada por sentença transitada em julgado. Tem previsão normativa desde 1789, posto que já constava da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.*

***Do princípio da presunção de inocência** (‘todo acusado é presumido inocente até que se comprove sua culpabilidade’) **emanam duas regras**: (a) regra de tratamento e (b) regra probatória.*

*‘**Regra de tratamento**’: o acusado **não pode** ser tratado como condenado **antes** do trânsito em julgado final da sentença condenatória (CF, art. 5º, LVII).*

***O acusado**, por força da regra que estamos estudando, **tem o direito de receber a devida ‘consideração’** bem como o direito de ser tratado como não participante do fato imputado. Como ‘regra de tratamento’, a presunção de inocência **impede qualquer antecipação de juízo condenatório ou de reconhecimento da culpabilidade** do imputado, seja por situações, práticas, palavras, gestos etc., **podendo-se exemplificar**: a impropriedade de se manter o acusado em exposição humilhante no banco dos réus, o uso de*

ADC 44 MC / DF

*algemas quando desnecessário, a divulgação abusiva de fatos e nomes de pessoas pelos meios de comunicação, a decretação ou manutenção de prisão cautelar desnecessária, a exigência de se recolher à prisão para apelar em razão da existência de condenação em primeira instância etc. É contrária à presunção de inocência a exibição de uma pessoa aos meios de comunicação vestida com traje infamante (Corte Interamericana, Caso Cantoral Benavides, Sentença de 18.08.2000, parágrafo 119).” (grifei)*

**Disso resulta, segundo entendo, que a consagração constitucional da presunção de inocência como direito fundamental de qualquer pessoa – independentemente da gravidade ou da hediondez do delito que lhe haja sido imputado – há de viabilizar, sob a perspectiva da liberdade, uma hermenêutica essencialmente emancipatória dos direitos básicos da pessoa humana, cuja prerrogativa de ser sempre considerada inocente, para todos e quaisquer efeitos, deve prevalecer, até o superveniente trânsito em julgado da condenação criminal, como uma cláusula de insuperável bloqueio à imposição prematura de quaisquer medidas que afetem ou restrinjam a esfera jurídica das pessoas em geral.**

**É por isso, Senhora Presidente, que ninguém, absolutamente ninguém, pode ser tratado como se culpado fosse antes que sobrevenha contra ele condenação penal transitada em julgado, tal como tem advertido o magistério jurisprudencial desta Suprema Corte:**

**“O POSTULADO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA IMPEDE QUE O ESTADO TRATE, COMO SE CULPADO FOSSE, AQUELE QUE AINDA NÃO SOFREU CONDENAÇÃO PENAL IRRECORRÍVEL.**

**– A prerrogativa jurídica da liberdade – que possui extração constitucional (CF, art. 5º, LXI e LXV) – não pode ser ofendida por interpretações doutrinárias ou jurisprudenciais que culminem por consagrar, paradoxalmente, em detrimento de direitos e garantias fundamentais proclamados pela Constituição da República, a ideologia da lei e da ordem.**

ADC 44 MC / DF

Mesmo que se trate de pessoa acusada da suposta prática de crime hediondo, e até que sobrevenha sentença penal condenatória irrecorrível, não se revela possível – por efeito de insuperável vedação constitucional (CF, art. 5º, LVII) – presumir-lhe a culpabilidade.

Ninguém pode ser tratado como culpado, qualquer que seja a natureza do ilícito penal cuja prática lhe tenha sido atribuída, sem que exista, a esse respeito, decisão judicial condenatória transitada em julgado.

O princípio constitucional da presunção de inocência, em nosso sistema jurídico, consagra, além de outras relevantes consequências, uma regra de tratamento que impede o Poder Público de agir e de se comportar, em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao réu, como se estes já houvessem sido condenados, definitivamente, por sentença do Poder Judiciário. Precedentes."

(HC 96.095/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

A necessária observância da cláusula constitucional consagradora da presunção de inocência (que só deixa de prevalecer após o trânsito em julgado da condenação criminal) representa, de um lado, como já assinalado, fator de proteção aos direitos de quem sofre a persecução penal e traduz, de outro, requisito de legitimação da própria execução de sanções privativas de liberdade, de penas restritivas de direitos ou, até mesmo, de simples pena de multa.

O fato, Senhora Presidente, é que o Ministério Público e as autoridades judiciárias e policiais não podem tratar, de forma arbitrária, quem quer que seja, negando-lhe, de modo abusivo, o exercício pleno de prerrogativas resultantes, legitimamente, do sistema de proteção institucionalizado pelo próprio ordenamento constitucional e concebido em favor de qualquer pessoa sujeita a atos de persecução estatal.

**ADC 44 MC / DF**

**Coerentemente** com esse entendimento, **tenho proferido decisões**, no Supremo Tribunal Federal, **que bem refletem** a posição por mim ora exposta, **como se vê**, “p. ex.”, de decisão cuja ementa a seguir reproduzo:

“– **A privação cautelar da liberdade individual – qualquer que seja a modalidade autorizada pelo ordenamento positivo (prisão em flagrante, prisão temporária, prisão preventiva, prisão decorrente de decisão de pronúncia e prisão resultante de condenação penal recorrível) – não se destina a infligir punição antecipada à pessoa contra quem essa medida excepcional é decretada ou efetivada. É que a idéia de sanção é absolutamente estranha à prisão cautelar (‘carcer ad custodiam’), que não se confunde com a prisão penal (‘carcer ad poenam’). Doutrina. Precedentes.**

– **A utilização da prisão cautelar com fins punitivos traduz deformação desse instituto de direito processual, eis que o desvio arbitrário de sua finalidade importa em manifesta ofensa às garantias constitucionais da presunção de inocência e do devido processo legal. Precedentes.**

– **A gravidade em abstrato do crime não basta, por si só, para justificar a privação cautelar da liberdade individual do suposto autor do fato delituoso.**

O Supremo Tribunal Federal **tem advertido que a natureza da infração penal não se revela** circunstância apta a legitimar a prisão cautelar daquele que sofre a persecução criminal instaurada pelo Estado. **Precedentes.**

– **A ausência de vinculação do indiciado ou do réu ao distrito da culpa não constitui, só por si, motivo autorizador da decretação da sua prisão cautelar. Precedentes.**

– **A recusa em responder ao interrogatório policial e/ou judicial e a falta de cooperação do indiciado ou do réu com as autoridades que o investigam ou que o processam traduzem comportamentos que são inteiramente legitimados pelo princípio constitucional que protege qualquer pessoa contra a auto-incriminação, especialmente aquela exposta a atos de persecução penal.**

O Estado – **que não tem o direito de tratar suspeitos, indiciados ou réus como se culpados fossem (RTJ 176/805-806) –**

**ADC 44 MC / DF**

**também não pode constrangê-los a produzir provas contra si próprios (RTJ 141/512).**

**Aquele que sofre perseguição penal instaurada pelo Estado tem, dentre outras prerrogativas básicas, o direito (a) de permanecer em silêncio, (b) de não ser compelido a produzir elementos de incriminação contra si próprio nem constrangido a apresentar provas que lhe comprometam a defesa e (c) de se recusar a participar, ativa ou passivamente, de procedimentos probatórios que lhe possam afetar a esfera jurídica, tais como a reprodução simulada do evento delituoso e o fornecimento de padrões gráficos ou de padrões vocais, para efeito de perícia criminal. **Precedentes.****

– **O exercício** do direito contra a auto-incriminação, além de inteiramente oponível a qualquer autoridade ou agente do Estado, não legitima, por efeito de sua natureza constitucional, a adoção de medidas que afetem ou restrinjam a esfera jurídica daquele contra quem se instaurou a ‘persecutio criminis’. **Medida cautelar deferida.**”

(HC 96.219-MC/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJE 15/10/2008)

**Importante insistir na asserção**, Senhores Ministros, **de que o Supremo Tribunal Federal há de possuir** a exata percepção **de quão fundamentais são a proteção e a defesa** da supremacia da Constituição para a vida do País, a de seu povo e a de suas instituições.

**A nossa Constituição** estabelece, **de maneira muito nítida**, limites **que não podem ser transpostos** pelo Estado (e por seus agentes) **no desempenho** da atividade de perseguição penal. *Na realidade*, é a própria Lei Fundamental **que impõe**, para efeito de descaracterização da presunção de inocência, **o trânsito** em julgado da condenação criminal.

**Veja-se, pois, que esta Corte, no caso em exame, está a expor e a interpretar o sentido da cláusula constitucional consagrada** da presunção de inocência, **tal como esta se acha definida pela nossa Constituição**, cujo

**ADC 44 MC / DF**

art. 5º, inciso LVII (“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”), **estabelece**, de modo inequívoco, que a presunção de inocência **somente perderá a sua eficácia e a sua força normativa após o trânsito em julgado** da sentença penal condenatória.

É por isso que se mostra inadequado invocar-se a prática e a experiência registradas nos Estados Unidos da América, na República Francesa, na República Federal da Alemanha, no Reino da Espanha e na República Portuguesa, entre outros Estados democráticos, cujas Constituições, ao contrário da nossa, não impõem a necessária observância do trânsito em julgado da condenação criminal, mesmo porque não contêm cláusula como aquela inscrita em nosso texto constitucional que faz cessar a presunção de inocência somente em face da definitiva irrecorribilidade da sentença penal condenatória (CE, art. 5º, inciso LVII), o que revela ser mais intensa, no modelo constitucional brasileiro, a proteção a esse inderrogável direito fundamental.

Quando esta Suprema Corte, apoiando-se na presunção de inocência, afasta a possibilidade de execução antecipada da condenação criminal, nada mais faz, em tais julgamentos, senão dar ênfase e conferir amparo a um direito fundamental que assiste a qualquer cidadão: o direito de ser presumido inocente até que sobrevenha condenação penal irrecorrível.

Tenho para mim que essa incompreensível repulsa à presunção de inocência, Senhora Presidente, com todas as gravíssimas consequências daí resultantes, mergulha suas raízes em uma visão absolutamente incompatível com os padrões do regime democrático.

Por isso mesmo, impõe-se repelir, vigorosamente, os fundamentos daqueles que, apoiando-se em autores como Enrico Ferri, Raffaele Garofalo, Emanuele Carnevale e Vincenzo Manzini, vislumbram algo “absurdamente paradoxal e irracional” na “pretendida presunção de inocência” (a frase é de Manzini).

**ADC 44 MC / DF**

O Supremo Tribunal Federal, ao revelar fidelidade ao postulado constitucional do estado de inocência, não inviabiliza a prisão cautelar (**como** a prisão temporária e a prisão preventiva) de indiciados **ou** réus perigosos, **pois expressamente reconhece, uma vez presentes razões concretas que a justifiquem, a possibilidade** de utilização, por magistrados e Tribunais, das diversas modalidades de tutela cautelar penal, em ordem a preservar e proteger os interesses da coletividade em geral e os dos cidadãos em particular.

A jurisprudência que o Supremo Tribunal **vem construindo** em tema de direitos e garantias individuais **confere expressão concreta, em sua formulação, a uma verdadeira agenda das liberdades, cuja implementação** é legitimada pelo dever institucional, que compete à Corte Suprema, de fazer prevalecer o primado da própria Constituição da República.

Lembro-me de que, no passado, sob a égide autoritária do Estado Novo, **editou-se** o Decreto-lei nº 88/37, **que impunha** ao acusado **o dever** de provar, em sede penal, que não era culpado !!!

Essa regra legal – **como salientei** no julgamento **do HC 83.947/AM, de que fui Relator – consagrou uma esdrúxula fórmula de despotismo explícito, pois exonerou, absurdamente,** o Ministério Público, nos processos por delitos contra a segurança nacional, de demonstrar a culpa do réu.

O diploma legislativo em questão, **com a falta de pudor** que caracteriza os regimes despóticos, **veio a consagrar, em dado momento histórico do processo político brasileiro (Estado Novo), a obrigação** de o réu provar a sua própria inocência!!!

Com efeito, o art. 20, n. 5, do Decreto-lei nº 88, de 20/12/1937, estabeleceu, nos processos por delitos contra a segurança do Estado, uma regra absolutamente incompatível com o modelo democrático, **como se vê** da parte inicial de seu texto: “**presume-se** provada a acusação, cabendo ao réu prova em contrário (...)” (grifei).



**ADC 44 MC / DF**

**É por isso** que o Supremo Tribunal Federal **tem sempre** advertido que as acusações penais **não se presumem** provadas, **pois** – como tem reconhecido a jurisprudência da Corte – **o ônus da prova** referente aos fatos constitutivos da imputação penal **incumbe, exclusivamente, a quem acusa**.

Isso significa que **não compete ao réu demonstrar** a sua própria inocência. **Ao contrário, cabe ao Ministério Público comprovar, de forma inequívoca**, em plenitude, **para além de qualquer dúvida razoável, a culpabilidade do acusado e os fatos constitutivos** da própria imputação penal **pertinentes à autoria e à materialidade do delito (RTJ 161/264-266, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.)**.

**É por tal motivo que a presunção de inocência, enquanto limitação constitucional ao poder do Estado, faz recair sobre o órgão da acusação, agora de modo muito mais intenso, o ônus substancial da prova, fixando diretriz a ser indeclinavelmente observada pelo magistrado e pelo legislador.**

**O fato indiscutivelmente relevante, no domínio processual penal, é que**, no âmbito de uma formação social organizada **sob a égide** do regime democrático, **não se justifica** a formulação, **seja por antecipação ou seja por presunção**, de **qualquer** juízo condenatório, que deve, **sempre, respeitada, previamente, a garantia do devido processo**, assentar-se – **para que se qualifique como ato revestido de validade ético-jurídica – em elementos de certeza**, os quais, **ao dissiparem** ambiguidades, **ao esclarecerem** situações equívocas **e ao desfazerem** dados eivados de obscuridade, **revelam-se capazes** de informar, **com objetividade**, o órgão judiciário competente, **afastando, desse modo, dúvidas razoáveis, sérias e fundadas em torno da culpabilidade do acusado**.

**Meras conjecturas** – **que sequer podem conferir suporte material a qualquer acusação penal** – **não se revestem**, em sede processual penal, **de**

ADC 44 MC / DF

**idoneidade jurídica. Não se pode** – tendo-se presente a presunção constitucional de inocência dos réus – **atribuir** relevo e eficácia a juízos **meramente** conjecturais, **para**, com fundamento neles, **apoiar** um **inadmissível** decreto condenatório e **deste extrair**, sem que ocorra o respectivo trânsito em julgado, **consequências** de índole penal ou extrapenal **compatíveis**, no plano jurídico, **unicamente** com um título judicial **qualificado pela nota da definitividade**.

É sempre importante advertir, na linha do magistério jurisprudencial **e em respeito** aos princípios estruturantes do regime democrático, que, *“Por exclusão, suspeita ou presunção, ninguém pode ser condenado em nosso sistema jurídico-penal”* (RT 165/596, Rel. Des. VICENTE DE AZEVEDO – grifei).

Na realidade, **os princípios democráticos** que informam o modelo constitucional **consagrado** na Carta Política de 1988 **repelem** qualquer comportamento estatal **transgressor** do dogma segundo o qual não haverá culpa penal por presunção nem responsabilidade criminal por mera suspeita (RT 690/390 – RT 698/452-454).

A jurisprudência desta Suprema Corte **ênfatiza**, bem por isso, *com particular veemência*, que *“Não podem repercutir contra o réu situações jurídico-processuais ainda não definidas por decisão irrecorrível do Poder Judiciário, especialmente naquelas hipóteses de inexistência de título penal condenatório definitivamente constituído”* (RTJ 139/885, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

**Insista-se**, pois, na asserção de que **o postulado** do estado de inocência **repele** suposições **ou** juízos prematuros de culpabilidade **até** que sobrevenha – **como o exige** a Constituição do Brasil – **o trânsito** em julgado da condenação penal. **Só então** deixará de subsistir, **em relação** à pessoa condenada, **a presunção** de que é inocente.

ADC 44 MC / DF

**O que se mostra relevante**, bem por isso, Senhora Presidente, a propósito **do efeito irradiante** da presunção de inocência, **é a preocupação**, externada por órgãos investidos de jurisdição constitucional, **com a preservação** da integridade de um princípio **que não pode ser transgredido** por atos estatais que veiculem, **prematuramente**, medidas gravosas à esfera jurídica das pessoas, que são, **desde logo**, indevidamente tratadas, pelo Poder Público, **como se culpadas fossem**, **porque presumida**, por arbitrária antecipação fundada em juízo de mera suspeita, a culpabilidade de quem figura, em processo penal, **como simples réu!**

**Daí a advertência** de MÁRIO TORRES, autor português de trabalho sobre o aspecto ora ressaltado (“Suspensão e demissão de funcionários ou agentes como efeito de pronúncia ou condenação criminais”, “in” “Revista do Ministério Público”, vols. 25/119 e 26/161):

*“**A sujeição do argüido a uma medida que tenha a mesma natureza de uma pena e que se funde num juízo de probabilidade de futura condenação viola**, intoleravelmente, a ‘presunção de inocência’ que lhe é constitucionalmente garantida **até** à sentença definitiva, pois tal antecipação de pena basear-se-á, justamente, numa ‘presunção de culpabilidade’. É porque se julga o argüido culpado – antes de a sua culpa ser firmada em sentença **transitada** – que se lhe aplicam antecipadamente verdadeiras penas (eventualmente a descontar na pena definitiva).” (grifei)*

Foi por essa razão **que o Plenário** do Supremo Tribunal Federal, **em julgamento** proferido sob a égide da Carta Política de 1967 – que **não** previa, de modo explícito, o direito fundamental à presunção de inocência, **reconhecido**, no entanto, por esta Corte, **como imanente** ao sistema constitucional (art. 150, § 35) –, **declarou a inconstitucionalidade parcial** do art. 48 do Decreto-lei nº 314/67 (a antiga Lei de Segurança Nacional), **no ponto** em que essa regra legal **impunha** ao réu, **como efeito automático da prisão em flagrante delito ou do mero recebimento da denúncia**, a

ADC 44 MC / DF

“*suspensão do exercício da profissão, emprego em entidade privada (...), até a sentença absolutória*” (HC 45.232/GB, Rel. Min. THEMÍSTOCLES CAVALCANTI, RTJ 44/322 – grifei).

Há, portanto, segundo penso, **considerado** o que dispõe o ordenamento positivo brasileiro, **um momento, claramente definido no texto constitucional, a partir** do qual se descaracteriza a presunção de inocência, **vale dizer**, aquele instante **em que sobrevém o trânsito em julgado da condenação criminal. Antes** desse momento, **cabe advertir**, o Estado **não pode** tratar os indiciados **ou** os réus *como se culpados fossem*. A **presunção de inocência impõe**, *desse modo*, ao Poder Público **um dever de tratamento que não pode ser desrespeitado** por seus agentes e autoridades.

**Acho importante acentuar** que a presunção de inocência **não se esvazia** progressivamente, **à medida** em que se sucedem os graus de jurisdição. **Isso significa**, portanto, que, **mesmo confirmada** a condenação penal por um Tribunal **de segunda** instância, **ainda assim subsistirá**, em favor do sentenciado, **esse direito fundamental, que só deixará de prevalecer** – *repita-se* – **com o trânsito** em julgado da sentença penal condenatória, **como claramente estabelece**, em texto inequívoco, a Constituição da República.

**Enfatizo**, por necessário, que o “*status poenalis*” **não pode** sofrer – **antes de sobrevir** o trânsito em julgado de condenação judicial – **restrições lesivas** à esfera jurídica das pessoas em geral e dos cidadãos em particular. **Essa opção** do legislador constituinte (**pelo reconhecimento** do estado de inocência) **claramente fortaleceu** o primado de um direito básico, **comum a todas as pessoas, de que ninguém – absolutamente ninguém** – **pode ser presumido culpado** em suas relações com o Estado, **exceto se já existente sentença transitada em julgado**.

**Não é por outro motivo** que o Supremo Tribunal Federal **tem repellido**, por incompatíveis com esse direito fundamental, **restrições** de

ADC 44 MC / DF

ordem jurídica somente justificáveis em face da irrecorribilidade de decisões judiciais.

Mostra-se relevante acentuar, neste ponto, o alto significado que assume, em nosso sistema normativo, a coisa julgada, pois, ao propiciar a estabilidade das relações sociais e a superação dos conflitos, culmina por consagrar a segurança jurídica, que traduz, na concreção de seu alcance, valor de transcendente importância política, jurídica e social, a representar um dos fundamentos estruturantes do próprio Estado democrático de direito.

Daí a correta observação de NELSON NERY JUNIOR e de ROSA MARIA DE ANDRADE NERY (“Código de Processo Civil Comentado”, p. 680, item n. 1, p. 685, item n. 23, e p. 687, itens ns. 27 e 29, 10ª ed., 2007, RT):

*“A segurança jurídica, trazida pela coisa julgada material, é manifestação do Estado Democrático de Direito (CF 1º ‘caput’). Entre o ‘justo absoluto’, utópico, e o ‘justo possível’, realizável, o sistema constitucional brasileiro, a exemplo do que ocorre na maioria dos sistemas democráticos ocidentais, optou pelo segundo (‘justo possível’), que também se consubstancia na segurança jurídica da coisa julgada material. Descumprir-se a coisa julgada é negar o próprio Estado Democrático de Direito, fundamento da República brasileira.”*

.....  
*A doutrina mundial reconhece o instituto da coisa julgada material como ‘elemento de existência’ do Estado Democrático de Direito (...). A ‘supremacia da Constituição’ está na própria coisa julgada, enquanto manifestação do Estado Democrático de Direito, fundamento da República (CF 1º ‘caput’), não sendo princípio que possa opor-se à coisa julgada como se esta estivesse abaixo de qualquer outro instituto constitucional. Quando se fala na intangibilidade da coisa julgada, não se deve dar ao instituto tratamento jurídico inferior, de mera figura do*

ADC 44 MC / DF

*processo civil, regulada por lei ordinária, mas, ao contrário, impõe-se o reconhecimento da coisa julgada com a magnitude constitucional que lhe é própria, ou seja, de elemento formador do Estado Democrático de Direito (...).*

.....  
***'Desconsiderar' a coisa julgada é ofender a Carta Magna,** deixando de dar aplicação ao princípio fundamental do Estado Democrático de Direito (CF 1º 'caput').*

.....  
*Consoante o direito constitucional de ação (CF 5º XXXV), busca-se pelo processo a tutela jurisdicional adequada e justa. A sentença 'justa' é o ideal – 'utópico' – maior do processo. Outro valor não menos importante para essa busca é a 'segurança' das relações sociais e jurídicas. Havendo choque entre esses dois valores (justiça da sentença e segurança das relações sociais e jurídicas), o sistema constitucional brasileiro resolve o choque, optando pelo valor segurança (**coisa julgada**)."* (grifei)

**Não se ignora** que a sentença, **enquanto** sujeita a recurso, **de natureza ordinária ou de caráter extraordinário, qualifica-se** como um ato estatal **essencialmente** instável e provisório, **caracteristicamente** reformável e **naturalmente dependente**, no desenvolvimento de seu integral conteúdo **eficaz**, **do trânsito** em julgado, **pois é deste fato processual** que resulta a especial qualidade que torna imutável e indiscutível o comando emergente da parte dispositiva do ato sentencial.

**É por isso que** JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA ("Comentários ao Código de Processo Civil", vol. V/234, item n. 136, 14ª ed., 2008, Forense), **ao analisar** a condição jurídica da sentença **sujeita a recurso, destituída**, portanto, da autoridade da coisa julgada, **põe em destaque o caráter instável** do título sentencial:

*"(...) O grau de instabilidade, aqui, é obviamente muito maior: pode ser que o pronunciamento venha a prevalecer em caráter definitivo, se decorrer 'in albis' o prazo recursal, ou por*

ADC 44 MC / DF

*qualquer outra razão o recurso se revelar inadmissível; mas, 'a priori', há pelo menos igual possibilidade de que a superveniência de outro pronunciamento, em grau superior, retire ao primeiro toda a aptidão para cristalizar-se em 'res iudicata'." (grifei)*

**Não se pode desconhecer**, portanto, **quanto** à sentença **ainda** recorrível, **que se registra**, quanto a ela, **a possibilidade** – que **não** é simplesmente teórica – de vir a ser reformada pelos Tribunais de segundo grau, **inclusive** por Cortes judiciárias superiores, **como** o próprio Tribunal Superior Eleitoral, **ou** o Superior Tribunal de Justiça (quando **não** se tratar de processos de natureza eleitoral), **ou**, *ainda*, o Supremo Tribunal Federal, **atuando** em sua condição de instância de superposição.

**Essa exigência de irrecorribilidade atende à própria racionalidade do sistema de direito positivo**, considerados os fundamentos **que justificam** a coisa julgada **como um dos valores estruturantes** do Estado democrático de direito.

**Isso significa**, portanto, que inquéritos policiais **em andamento**, processos penais **ainda** em curso **ou**, *até mesmo*, **condenações criminais sujeitas a recursos (inclusive aos recursos excepcionais interpostos para o Superior Tribunal de Justiça e para o Supremo Tribunal Federal) não podem** ser considerados, **enquanto** episódios processuais **suscetíveis de pronunciamento absolutório**, **como fatores de descaracterização** desse direito fundamental proclamado pela própria Constituição da República.

**Essencial proteger a integridade desse direito fundamental (o direito de ser presumido inocente até o trânsito em julgado da condenação judicial) e destacar-lhe as origens históricas, lembrando** – não obstante a sua consagração, **no século XVIII**, **como** um dos grandes postulados iluministas – **que essa prerrogativa não era desconhecida pelo direito romano, como resultava de certas presunções então formuladas ("innocens praesumitur cujus nocentia non probatur", p. ex.), valendo mencionar o contido no Digesto, que estabelecia**, em benefício de quem era

**ADC 44 MC / DF**

processado, **verdadeiro** “favor rei”, **que enfatizava**, ainda de modo incipiente, **essa ideia-força** que viria a assumir grande relevo **com a queda** do Ancien Régime.

*De qualquer modo, mesmo que não se considerasse o argumento constitucional **fundado** na presunção de inocência, **o que se alega** por mera concessão dialética, ainda assim se mostraria **inconciliável** com o nosso ordenamento positivo a **preconizada execução antecipada** da condenação criminal, **não obstante** sujeita esta a impugnação *na via recursal excepcional* (RE e/ou REsp), **pelo fato** de a Lei de Execução Penal **impor, como inafastável pressuposto de legitimação** da execução de sentença condenatória, **o seu necessário trânsito em julgado**.*

**Daí a regra** inscrita **no art. 105** de referido diploma legislativo, **que condiciona** a execução da pena **privativa** de liberdade **à existência de trânsito em julgado** do título judicial condenatório:

*“Art. 105. **Transitando em julgado** a sentença que aplicar pena **privativa de liberdade**, se o réu estiver ou vier a ser preso, o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento **para a execução**.”*  
(grifei)

**Idêntica exigência** é também formulada **pelo art. 147** da LEP no que **concerne** à execução de penas **restritivas** de direitos:

*“Art. 147. **Transitada em julgado** a sentença que aplicou a pena **restritiva** de direitos, o Juiz da execução, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, **promoverá a execução**, podendo, para tanto, requisitar, quando necessário, a colaboração de entidades públicas ou solicitá-la a particulares.”* (grifei)

**É de assinalar**, ainda, Senhora Presidente, que, em nosso sistema jurídico, **nem mesmo** uma simples pena de multa **imposta** em processo criminal **pode** ser executada **sem** que, antes, **transite** em julgado a



ADC 44 MC / DF

sentença condenatória que a impôs, **como deixa claro** o art. 50 do Código Penal:

*“Art. 50 – A multa deve ser paga dentro de 10 (dez) dias **depois de transitada em julgado** a sentença. (...)” (grifei)*

**Cabe lembrar**, neste ponto, que **também** o Código de Processo Penal Militar, **ao tratar** da execução da sentença penal condenatória, **expressamente** determina que **“Somente depois de passada em julgado será exequível a sentença”** (art. 592), **prescrevendo**, ainda, que, **tratando-se** da execução de pena **privativa** da liberdade **ou cuidando-se** da execução das penas principais **não privativas** da liberdade e das penas acessórias, **o trânsito em julgado** do ato sentencial que as impuser **qualificar-se-á como pressuposto necessário e legitimador** do cumprimento do título penal condenatório:

*“**Carta de guia***

***Art. 594.** Transitando em julgado a sentença que impuser pena **privativa** da liberdade, se o réu já estiver prêso ou vier a ser prêso, **o auditor ordenará a expedição da carta de guia, para o cumprimento da pena.***

.....  
***Das penas principais não privativas da liberdade e das acessórias***

***Comunicação***

***Art. 604.** O auditor dará à autoridade administrativa competente conhecimento da sentença **transitada** em julgado, **que impuser a pena de reforma ou suspensão do exercício do posto, graduação, cargo ou função, ou de que resultar a perda de posto, patente ou função, ou a exclusão das forças armadas.**” (grifei)*

**Cabe, ainda, uma última** observação, Senhora Presidente.

ADC 44 MC / DF

O **Plenário** desta Suprema Corte, **apoiando-se** na *presunção de inocência*, **afastou a possibilidade do lançamento prematuro** do nome do acusado **no rol dos culpados antes do trânsito em julgado** da decisão condenatória, **conforme previam** os arts. 393, inciso II, e 408, § 1º, na **redação dada** pela Lei nº 5.941/73, do Código de Processo Penal. **Refiro-me, entre outros, ao julgamento do HC 69.696/SP**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, cujo acórdão **tem a seguinte ementa:**

“– ‘HABEAS CORPUS’ – RÉU PRIMÁRIO E DE BONS ANTECEDENTES – PRISÃO PREVENTIVA – LEGALIDADE DE SUA DECRETAÇÃO – **REFERÊNCIA NA SENTENÇA DE PRONÚNCIA** ÀS CIRCUNSTÂNCIAS QUALIFICADORAS – POSSIBILIDADE – **PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA NÃO-CULPABILIDADE DOS RÉUS** – **ROL DOS CULPADOS** (CPP, ART. 408, § 1º) – **INSUBSISTÊNCIA EM FACE DO ORDENAMENTO CONSTITUCIONAL SUPERVENIENTE** – **NECESSIDADE DO TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA** – **HIPÓTESE INOCORRENTE** – PEDIDO DEFERIDO EM PARTE.

– O **lançamento do nome do acusado no rol dos culpados viola o princípio constitucional que, proclamado pelo art. 5º, inciso LVII, da Carta Política, consagra, em nosso sistema jurídico, a presunção ‘juris tantum’ de não-culpabilidade daqueles que figurem como réus nos processos penais condenatórios.**

A norma **inscrita no art. 408, § 1º, do CPP – que autoriza o juiz, quando da prolação da sentença de pronúncia, a ordenar o lançamento do nome do réu no rol dos culpados – está derogada em face da superveniência de preceito constitucional com ela materialmente incompatível (CF, art. 5º, LVII).**

A **expressão legal ‘rol dos culpados’ não tem sentido polissêmico. Há, pois, de ser entendida como locução designativa da relação de pessoas já definitivamente condenadas.”**

**Observe, por relevante, que essa orientação tem o beneplácito de ambas** as Turmas deste Supremo Tribunal (**HC 80.174/SP**, Rel. Min.

ADC 44 MC / DF

MAURÍCIO CORRÊA – HC 80.535/SC, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, v.g.), **valendo referir**, por expressivo desse entendimento, o seguinte julgado:

**“CONSTITUCIONAL. PENAL. PROCESSUAL PENAL. ‘HABEAS CORPUS’. PENA DE DEMISSÃO. CABIMENTO. C.F., art. 5º, LXVIII. RECURSOS ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIO: PRETENSÃO DE AGUARDAR EM LIBERDADE O JULGAMENTO: IMPOSSIBILIDADE. C.F., art. 5º, LVII. LANÇAMENTO DO NOME DO RÉU NO ROL DOS CULPADOS ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO. OFENSA AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA NÃO-CULPABILIDADE.**

.....  
III. – **A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que o princípio constitucional da não-culpabilidade impede que se lance o nome do réu no rol dos culpados antes do trânsito em julgado da decisão condenatória. Precedentes.**

IV. – **‘H.C.’ conhecido, em parte, e, nessa parte, deferido parcialmente para que o nome do paciente seja retirado do rol dos culpados, até o trânsito em julgado da decisão condenatória.**

(HC 82.812/PR, Rel. Min. CARLOS VELLOSO – grifei)

**Posta a questão nesses termos, não há como compreender que esta Corte, em nome da presunção de inocência, afaste a possibilidade da inclusão do nome do réu no rol dos culpados antes do trânsito em julgado da decisão condenatória, mas permita, paradoxalmente, a execução prematura (ou provisória) da pena, que se projeta com efeitos muito mais gravosos sobre o “status poenalis” do condenado.**

**Vê-se, portanto, qualquer que seja o fundamento jurídico invocado (de caráter legal ou de índole constitucional), que nenhuma execução de condenação criminal em nosso País, mesmo se se tratar de simples pena de multa, pode ser implementada sem a existência do indispensável título**

**ADC 44 MC / DF**

*judicial definitivo, resultante, como sabemos, **do necessário trânsito em julgado** da sentença penal condenatória.*

**São essas as razões**, Senhora Presidente, **que me levam a concluir presente o que se contém** na Constituição da República e na legislação processual penal do Estado brasileiro, **que o reconhecimento da tese** da “*execução provisória*” de uma condenação criminal (*antes, portanto*, do seu trânsito em julgado) **significa admitir-se, com toda a vênia, uma aberração jurídica, porque totalmente inconstitucional e ilegal.**

*Na realidade, somente* sociedades autocráticas **que não reconhecem** direitos básicos aos seus cidadãos **repudiam e desprezam** o direito fundamental *de qualquer indivíduo de sempre ser considerado inocente até que ocorra o definitivo trânsito em julgado* de sua condenação penal, **independentemente** do caráter (*hediondo ou não*) do crime pelo qual está sendo investigado ou processado.

**Concluo o meu voto**, Senhora Presidente. **E, ao fazê-lo, peço vênias para acompanhar, integralmente**, o eminente Ministro MARCO AURÉLIO, Relator, **e deferir** o pedido de “*medida cautelar*”, **reafirmando, assim, no que concerne à interpretação conforme do art. 283 do CPP, na redação** dada pela Lei nº 12.403/2011, **a tese segundo a qual a execução provisória (ou prematura)** da sentença penal condenatória **revela-se frontalmente incompatível** com o direito fundamental do réu **de ser presumido inocente até que sobrevenha o trânsito em julgado** de sua condenação criminal, **tal como expressamente assegurado pela própria Constituição da República (CF art. 5º, LVII).**

**É o meu voto.**

05/10/2016

PLENÁRIO

**MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DECLARATÓRIA DE  
CONSTITUCIONALIDADE 44 DISTRITO FEDERAL**

**VOTO**

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE)** - Vou pedir vênia ao eminente Ministro-Relator, mas já na assentada de 5 de fevereiro de 2010 fiquei vencida exatamente nessa matéria, na honrosa companhia dos Ministros Menezes Direito, Ellen Gracie e Joaquim Barbosa.

Naquela ocasião, acentuava que, na minha compreensão, o que a Constituição estabelecia ao afirmar que ninguém poderia ser considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória não excluiria a possibilidade de ter-se o início de execução, na esteira do que tínhamos em muitos julgados deste Supremo. Cito em meu voto, por exemplo, o Habeas Corpus 68.372, relatado pelo Ministro Aldir Passarinho, no qual Sua Excelência afirmava, exatamente examinando já a Constituição de 1988:

"É certo que o dispositivo segundo o qual 'ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória' não pode ser considerado isoladamente, mas em harmonia com outros dispositivos constitucionais, inclusive os diretamente referentes à prisão."

E, na sequência, afirma Sua Excelência:

"Tais dispositivos, já disse, revelam que pode haver prisão independentemente de sentença transitada em julgado. Mesmo tendo-se completado, no processo legal, a fase de tramitação ordinária, havendo decisão condenatória e tendo havido ordem de prisão com atenção ao disposto nos itens, verifica-se que pode haver prisão determinada pelo juiz."

Continua esclarecendo a possibilidade de "a regência constitucional da matéria relativa ao chamado estado de inocência não impedir o início desta execução".

Voltei a externar esse entendimento em maio deste ano, no julgamento do HC 126.292, quando então fiz referência àquele julgado e a

**ADC 44 MC / DF**

outros julgados deste Supremo Tribunal.

Não vou me alongar diante do longo e fecundo debate que aqui se firmou, nesta sessão, sobre essa possibilidade com julgamentos em sentido até contraditórios, sim, deste Supremo, mas com visões diferentes, claro, tanto que chegamos a um resultado como o desta tarde.

Há dois itens para os quais chamaria a atenção para o que me leva à conclusão de indeferir a cautelar, com as vênias do Ministro-Relator e daqueles que o acompanharam.

É que, tendo havido a fase de provas com duas condenações, a prisão não me parece arbítrio - com todas as vênias, insisto, de quem pensa em sentido contrário. Ao afirmar a Constituição que ninguém será considerado culpado, com as consequências na legislação que o Ministro Celso de Mello, em seu tão brilhante voto, como sempre, enaltece agora, não me parece significar que se possa ter, como se tem amiúde no Brasil, o que foi lembrado tanto pelo Ministro Fachin, ao iniciar a divergência, como pelo Ministro Luís Roberto Barroso. Quer dizer, o estado de inocência vai se esvaindo, e o sistema admite exatamente que se possa dar o tratamento diferenciado até o trânsito em julgado, como também afirmado pelo Ministro Gilmar Mendes.

O Ministro Barroso lembrou a circunstância de alguém que mata uma ex-colega, confessa o crime, há fotos demonstrando os fatos, e ele não nega, e, uma dúzia de anos depois, a comunidade não entende por que não se começou sequer a dar cumprimento ao que já se esvaiu como estado pleno de inocência. Porque, inicialmente, num exemplo citado pelo Ministro Barroso, havia confissão com todas as provas, sem que se pudesse questionar ter havido uma confissão extraída de instrumentos ilegítimos, arbitrários ou, de alguma forma, questionáveis sequer. Isso leva a que, num encontro com juízes de tribunais constitucionais que ocorreu em junho deste ano, no México, os próprios juízes da Corte Interamericana de Direitos Humanos se questionassem como temos que caminhar para dar cumprimento, de um lado, ao princípio da presunção de inocência, da presunção de não culpabilidade penal, e, de outro lado, às garantias institucionais necessárias, a fim de que todo o sistema se

**ADC 44 MC / DF**

mantenha com a confiabilidade que é a base da manutenção das instituições democráticas e que possa valer para todos os cidadãos, incluídos aqueles que, numa comunidade, dependem de saber que haverá uma resposta do Estado-juiz e que o acesso à Justiça não significa apenas acionar-se o Poder Judiciário, mas se ter uma resposta em duração razoável - e esta resposta de duração razoável ser efetivada. É disso que depende a concretização, na minha compreensão, com todas as vênias aos que pensam em sentido contrário e que expõem sem nenhuma sombra de dúvida com argumentos e fundamentos expressivos, sérios, democráticos, mas que não desfazem os contrários argumentos e fundamentos também baseados no fator de legitimidade que há de garantir uma sociedade na qual se tenha a possibilidade de o Estado dar cobro àquilo que a sociedade passou como um dever, que é o dever de uma jurisdição efetiva e eficaz.

Esta é a razão pela qual, nas razões que expus em meu voto, peço vênia, como afirmei, ao eminente Ministro-Relator e aos que o seguirem, para indeferir a cautelar nos dois casos.

05/10/2016

PLENÁRIO

**MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DECLARATÓRIA DE  
CONSTITUCIONALIDADE 44 DISTRITO FEDERAL**

**QUESTÃO DE ORDEM**

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) -** O ministro-relator é quem tem a condução do processo. Por isso, Ministro Marco Aurélio, eu faço a indagação que o Ministro Celso agora me põe, sobre a proposta do Ministro Gilmar Mendes de convoação em julgamento definitivo.

**O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) –** Não o ouvi propor, Excelência. Deixou a proposta sob carta?

Presidente, a execução, acaba de concluir a maioria, pode ser açodada, temporã, prematura. O julgamento definitivo não.

O processo não está aparelhado para julgamento – primeira premissa –, não conta com informações. O julgamento, considerados os votos proferidos, levará à declaração de inconstitucionalidade, pelo menos parcial, do artigo 283 do Código de Processo Penal. De qualquer forma, há uma impossibilidade física para ter-se esse julgamento: o relator não está habilitado a proceder ao relato – precisaríamos, talvez, mesmo no improviso, mais umas três horas – nem a proferir voto. Como podemos ter julgamento definitivo?

Vamos observar, Presidente, e em época de crise devemos preservar princípios, ser, até mesmo, um pouco ortodoxos na proteção desses princípios, vamos aguardar, nesses tempos estranhos – e a meu ver, surge até um paradoxo, porque, nesta tarde, com a presença do Presidente da República, celebramos 28 anos da Constituição que se diz cidadã –, que o processo esteja aparelhado e que o relator – a não ser que tenhamos a destituição, pela ilustrada maioria, do próprio relator – possa, estudando o processo, contando com os elementos indispensáveis para tanto, confeccionar relatório e voto.

Mas os tempos são estranhos. Quem sabe?



**PLENÁRIO**

**EXTRATO DE ATA**

**MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE 44**

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

**RELATOR : MIN. MARCO AURÉLIO**

REQTE.(S) : CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - CFOAB

ADV.(A/S) : LENIO LUIZ STRECK (14439/RS) E OUTRO(A/S)

INTDO.(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA

ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

AM. CURIAE. : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROC.(A/S) (ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

AM. CURIAE. : INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA

ADV.(A/S) : AUGUSTO DE ARRUDA BOTELHO NETO E OUTRO(S) (SP206575/)

AM. CURIAE. : INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS - IBCCRIM

ADV.(A/S) : THIAGO BOTTINO DO AMARAL (102312/RJ)

AM. CURIAE. : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

PROC.(A/S) (ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

AM. CURIAE. : INSTITUTO IBERO AMERICANO DE DIREITO PÚBLICO - CAPÍTULO BRASILEIRO - IADP

ADV.(A/S) : FREDERICO GUILHERME DIAS SANCHES (RJ128604/) E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS - IAB

ADV.(A/S) : TÉCIO LINS E SILVA (016165/RJ)

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DOS ADVOGADOS CRIMINALISTAS - ABRACRIM

ADV.(A/S) : ALEXANDRE SALOMÃO (35252/PR) E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO DOS ADVOGADOS DE SÃO PAULO - AASP

ADV.(A/S) : DANIEL NUNES VIEIRA PINHEIRO DE CASTRO (223677/SP)

ADV.(A/S) : LEONARDO SICA (146104/SP)

AM. CURIAE. : INSTITUTO DOS ADVOGADOS DE SÃO PAULO

ADV.(A/S) : JOSÉ HORÁCIO HALFELD REZENDE RIBEIRO (131193/SP)

AM. CURIAE. : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROC.(A/S) (ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

**Decisão:** Após o voto do Ministro Marco Aurélio (Relator), deferindo a cautelar, o julgamento foi suspenso. Falaram: pelo requerente Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - CFOAB, o Dr. Juliano Breda; pelo *amicus curiae* Defensoria Pública da União, o Dr. Gustavo Zortéa; pelo *amicus curiae* Defensoria Pública do Estado de São Paulo, o Dr. Rafael Muneratti; pelo *amicus curiae* Instituto Brasileiro De Ciências Criminais - IBCCRIM, o Dr. Thiago Bottino; pelo *amicus curiae* Associação dos Advogados de São Paulo - AASP, o Dr. Leonardo Sica; pelo *amicus curiae* Instituto de Defesa do Direito de Defesa, o Dr. Fábio Tofic Simantob; pelo *amicus curiae* Instituto dos Advogados de São Paulo, o Dr. José Horácio Ribeiro; pelo *amicus curiae* Associação

Brasileira dos Advogados Criminalistas - ABRACRIM, o Dr. Elias Mattar Assad; pelo *amicus curiae* Instituto Ibero Americano de Direito Público Capítulo Brasileiro - IADP, a Dra. Vanessa Palomanes; pelo *amicus curiae* Instituto dos Advogados Brasileiros - IAB, o Dr. Tércio Lins e Silva, e, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros, Procurador-Geral da República. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 01.09.2016.

**Decisão:** O Tribunal, por maioria, indeferiu a cautelar, vencidos os Ministros Marco Aurélio (Relator), Rosa Weber, Ricardo Lewandowski, Celso de Mello, e, em parte, o Ministro Dias Toffoli. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 05.10.2016.

Presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber, Teori Zavascki, Roberto Barroso e Edson Fachin.

Procurador-Geral da República, Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros.

p/ Doralúcia das Neves Santos  
Assessora-Chefe do Plenário