

**AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE 43 DISTRITO
FEDERAL**

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

VOTO

A Senhora Ministra Rosa Weber: Senhor Presidente, Egrégia Corte, Senhor Procurador-Geral da República, Senhoras e Senhores Advogados, demais presentes, cumprimento todos e faço uma saudação especial ao eminente Relator, Ministro Marco Aurélio, pelo voto proferido, a traduzir, nas palavras de Sua Excelência, resistência democrática e republicana na matéria, e a expressar a convicção hermenêutica que desde sempre defendeu nesta Casa. Saúdo também todos os que assomaram à tribuna, com relevantes reflexões para o equacionamento desta lide de índole constitucional, e permito-me fazê-lo na pessoa da única mulher que fez uso da palavra, a Dra. Sílvia Souza, na representação do *amicus curiae* Conectas Direitos Humanos, e na defesa, no seu dizer, dos “pobres, pretos e periféricos”, à compreensão, também sustentada pelos ilustres Defensores Públicos ouvidos, de que em absoluto atingidos pela tese em debate apenas os ditos criminosos do colarinho branco.

Ontem, no voto exarado, com o brilho costumeiro, meu querido amigo Luiz Edson Fachin citou epígrafe de Hannah Arendt, com verso extraído do poema épico Farsália, do poeta romano Lucano lembrando Catão de Útica, O Jovem, que neles figura na representação da defesa dos valores republicanos (“*a causa vitoriosa agradou aos deuses, mas a vencida, a Catão*”). Por feliz coincidência, eu epigrafara meu voto escrito, que agora passarei a sintetizar, com citação de Voltaire, em seu Tratado Sobre a Tolerância, que a meu juízo dialoga respeitosamente com o verso lembrado. Diz Voltaire:

“Na França, não se acredita que o papa, assistido por seus cardeais, seja infalível: poder-se-ia, do mesmo modo, crer que oito juízes de Toulouse não o são.”

1. Senhor Presidente, como visto, estão submetidas ao julgamento

ADC 43 / DF

deste Plenário três ações de controle concentrado, mais precisamente três ações declaratórias de constitucionalidade com objeto comum, que diz com o **art. 283 do Código de Processo Penal**, na redação da **Lei nº 12.403/2011**. As duas primeiras – as ADCs 43 e 44 – propostas em 2016 e a terceira, a ADC 58, ajuizada em 2018.

Rememoro: a ADC 43 – distribuída em 19.5.2016 –, tem como autor o então denominado Partido Ecológico Nacional – PEN, desde 2018 nominado Patriota (PATRI), e busca o reconhecimento da higidez constitucional do art. 283 do CPP, com a redação conferida pela Lei nº 12.403/2011. Nela veiculados, ainda, pedidos subsidiários: (i) declaração de que o art. 283 do CPP é “ainda constitucional”, “enquanto perdurar o atual “estado de coisas inconstitucional” no sistema penitenciário brasileiro ou venha a ser julgado o mérito da ADPF 347¹;

1 O pedido de liminar veiculado na ADPF 347 foi julgado em 09.9.2015 pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, que assim decidiu: “O Tribunal, apreciando os pedidos de medida cautelar formulados na inicial, por maioria e nos termos do voto do Ministro Marco Aurélio (Relator), deferiu a cautelar em relação à alínea “b”, para determinar aos juízes e tribunais que, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, realizem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão, com a ressalva do voto da Ministra Rosa Weber, que acompanhava o Relator, mas com a observância dos prazos fixados pelo CNJ, vencidos, em menor extensão, os Ministros Teori Zavascki e Roberto Barroso, que delegavam ao CNJ a regulamentação sobre o prazo da realização das audiências de custódia; em relação à alínea “h”, por maioria e nos termos do voto do Relator, deferiu a cautelar para determinar à União que libere o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para utilização com a finalidade para a qual foi criado, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos, vencidos, em menor extensão, os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso e Rosa Weber, que fixavam prazo de até 60 (sessenta) dias, a contar da publicação desta decisão, para que a União procedesse à adequação para o cumprimento do que determinado; indeferiu as cautelares em relação às alíneas “a”, “c” e “d”, vencidos os Ministros Relator, Luiz Fux, Cármen Lúcia e o Presidente, que a deferiam; indeferiu em relação à alínea “e”, vencido, em menor extensão, o Ministro Gilmar Mendes; e, por unanimidade, indeferiu a cautelar em relação à alínea “f”; em relação à alínea “g”, por maioria e nos termos do voto do Relator, o

ADC 43 / DF

(ii) interpretação conforme à Constituição do **art. 283 do CPP** para determinar que, enquanto durar o aludido “estado de coisas inconstitucional”, seja substituída a prisão do condenado, na execução provisória da decisão condenatória de 2º grau, pelas medidas alternativas do art. 319 do Código de Processo Penal;

(iii) concessão de efeito *ex nunc* a eventual pronúncia de inconstitucionalidade do **art. 283 do CPP**, de modo a alcançar apenas as decisões condenatórias relativas a fatos ocorridos a partir do julgamento do mérito **ou** as decisões condenatórias relativas a fatos ocorridos a partir do julgamento, pelo STF, do **HC 126.292**;

(iv) em caso de pronúncia da inconstitucionalidade do **art. 283 do CPP**, interpretação conforme à Constituição do **art. 637 do CPP**, de modo a fixar exegese no sentido do reconhecimento de efeito suspensivo a recurso especial interposto ao Superior Tribunal de Justiça, circunscrita a ausência de efeito suspensivo nele prevista ao recurso extraordinário dirigido ao STF, com efeitos repristinatórios sobre os recursos impugnatórios de decisões impositivas de pena de prisão.

A **ADC 44**, ajuizada pelo **Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB** em **20.5.2016**, igualmente persegue a declaração da constitucionalidade do **art. 283 do CPP**, na redação da **Lei nº 12.403/2011**, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, à luz do **art. 5º, LVII, da Constituição da República**, segundo o qual ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Questiona o afastamento, no julgamento do **HC 126.292**, do art. 283 do Código de Processo Penal, à anotação de que tal preceito, “*cuja*

Tribunal julgou prejudicada a cautelar, vencidos os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Gilmar Mendes e Celso de Mello, que a deferiam nos termos de seus votos. O Tribunal, por maioria, deferiu a proposta do Ministro Roberto Barroso, ora reajustada, de concessão de cautelar de ofício para que se determine à União e aos Estados, e especificamente ao Estado de São Paulo, que encaminhem ao Supremo Tribunal Federal informações sobre a situação prisional, vencidos os Ministros Marco Aurélio (Relator), que reajustou seu voto, e os Ministros Luiz Fux, Cármen Lúcia e Presidente. Ausente, justificadamente, o Ministro Dias Toffoli. Presidiu o julgamento o Ministro Ricardo Lewandowski.”

ADC 43 / DF

redação foi alterada por meio da Lei nº 12.403/11 - repetiu o dispositivo constitucional- precisamente para adequar a legislação processual à Carta Magna”.

Já a ADC 54, proposta pelo Partido Comunista do Brasil – PC do B, em 18.4.2018, igualmente tem como objeto a declaração da constitucionalidade do art. 283 do CPP, na redação da Lei nº 12.403/2011, frente aos arts. 1º, III, 5º, LVII e LXI, e 93, IX, da Carta Política, e deduz pedidos subsidiários: em caso de pronúncia de inconstitucionalidade do preceito, busca (i) seja declarada a necessária fundamentação da execução provisória da pena, e (ii) fixada, em interpretação conforme à Constituição, a possibilidade de execução provisória somente a partir da rejeição do recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça.

2. Assento a presença da legitimidade ativa ad causam nas três ADCs. Com efeito, atendido o disposto no art. 103, VIII, da CF, nas ADC 43 e 44 e na ADC 58, pois ao tempo do ajuizamento o Partido Ecológico Nacional – PEN (hoje Patriota – PATRI) e o Partido Comunista do Brasil – PC do B ostentavam, e ainda hoje ostentam, representação no Congresso Nacional, a lhes assegurar legitimação universal para a propositura da ação declaratória de constitucionalidade, legitimação que também a Ordem dos Advogados do Brasil por intermédio do seu Conselho Federal, detém.

Presente, ainda, controvérsia judicial relevante sobre a aplicação da disposição objeto da ação declaratória. A só oscilação jurisprudencial desta Casa nos últimos anos, bem como a profusão de argumentos consistentes num e noutro sentido, evidencia a controvérsia que grassa a respeito do tema, inequivocamente *quaestio iuris* a demandar decisão de caráter objetivo desta Corte, a afastar a insegurança jurídica.

Conheço, pois, das três ações declaratórias de constitucionalidade.

3. Como também ontem o meu igualmente querido amigo Ministro Luís Roberto, em substancioso voto, pelo qual o cumprimento, apontou, o pano de fundo da discussão nessas três ADCs é a dita execução

ADC 43 / DF

antecipada ou provisória da pena, à luz do art. 5º, LVII, da nossa Lei Fundamental, tema altamente polêmico e de delicadeza extrema. Aliás, não lembro de outro, na hermenêutica constitucional, que tenha merecido, e polarizado, a atenção da sociedade brasileira como este, cada cidadão a defender o que reputa a melhor interpretação do texto constitucional, a ponto de muitos evocarem, com maior ou menor propriedade, a Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição de Peter Haberle.

Nada obstante, é ao Supremo Tribunal Federal que cabe, por expressa dicção constitucional, o papel de intérprete último, guardião que é da Constituição. Proclama-o o art. 102, cabeça, 1ª parte, da nossa Magna Carta, que, em seu inciso I, alínea “a”, atribui-lhe ainda o

I - processar e julgar, originariamente:

(..) **a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;**

Uma vez em mesa justamente três **ações declaratórias de constitucionalidade** e ao STF competindo o seu julgamento, sequer se pode cogitar, diversamente do que apregoam vozes desavisadas, de invasão, por esta Casa, da competência do Congresso Nacional sobre o tema, até porque tais ações buscam um pronunciamento jurisdicional e, ainda, um pronunciamento jurisdicional que afirme a **validade do direito legislado, precisamente o art. 283 do CPP.**

4. Assento, de início, ainda que brevemente, **algumas premissas para o equacionamento da lide constitucional**, pedindo escusa, aos que lidam com a ciência jurídica, pela obviedade dos conceitos, e considerados a organicidade e o caráter sistêmico do Direito. E o faço não sem antes pedir a mais respeitosa vênua aos que professam entendimentos contrários, todos revestidos de respeitabilidade, reconheço, e a desafiarem, **em processo dialético e dialógico, permanente construir e reconstruir de teses no campo hermenêutico.**

Consabido que a hermenêutica jurídica contempla vários métodos

ADC 43 / DF

de interpretação, sobre os quais não cabe, neste momento, discorrer, todos aprendidos já no primeiro ano de Faculdade de Direito – no meu caso na Introdução à Ciência do Direito pela lição de mestres ilustres que se tornaram Ministros desta Casa, João Leitão de Abreu, de saudosa memória, e José Néri da Silveira.

Consabido, por outro lado, que o texto normativo traduz enunciados que, até pela natural equivocidade das palavras, descortinam diferentes caminhos, com atalhos e bifurcações passíveis de levar **ao mesmo ou a diferente destino**. E a releitura atualizada a mais das vezes é imperativo da dinâmica da vida, da impermanência do tempo e das próprias alterações semânticas e sociais, no avanço do processo civilizatório.

Consabido também que textos há que, por albergarem as chamadas cláusulas abertas e conceitos indeterminados, dão uma maior margem de interpretação ao hermeneuta, enquanto outros apresentam marcos e balizas que atuam como amarras, insuscetíveis de afastamento pela atividade interpretativa, ainda que corretamente iluminada pela principiologia constitucional e prestada reverência à **força normativa da Constituição**.

Ao intérprete permite-se, nessa linha, em voos interpretativos, escolher fundamentadamente **entre um ou outro destino**, mas nunca, **na minha visão, com o abandono das amarras acaso presentes**.

5. Passo ao exame do **mérito**, não sem antes **pontuar**, como já o fiz outras vezes, neste Plenário (e reporto-me aqui de modo específico ao **HC 152.752/PR**), minha compreensão de que a aceitabilidade das decisões judiciais proferidas por Cortes Constitucionais e o respeito à sua autoridade – e, em especial, deste Supremo Tribunal Federal –, muitas vezes **rotuladas de impopulares e antidemocráticas**, deriva de aspecto inerente ao exercício da jurisdição constitucional.

É que o conceito de democracia não se fisionomiza, nas sociedades contemporâneas, pela simples prevalência do princípio majoritário. Vai além, identificando-se pela **conjugação de instituições majoritárias**

representativas do povo e instituições não eleitas de tutela dos direitos fundamentais, a desenvolverem funções distintas e complementares para o funcionamento do Estado de Direito.²

É cediço que as sociedades democráticas contemporâneas são marcadas por divisões culturais e pela pluralidade de percepções sobre os elementos do bem comum, de modo a importarem a **ausência de consenso e a imprevisibilidade cotidiana presentes na arena política, em que resolvidas como regra as divergências por apertadas maiorias**, em uma sensação de baixa legitimidade do sistema democrático representativo, com frequência bem maior do que a desejável.

Nesse cenário, **ao Poder Judiciário, como elemento estruturante da democracia constitucional, compete a função de interpretar a legislação e assegurar a supremacia da própria Constituição, fundamento de validade de todo o sistema jurídico, a lei fundamental do país.**

Tal competência jurisdicional explica-se porque, embora a

2 Na literatura jurídica, nessa linha de concepção acerca teoria da separação de poderes nas sociedades e democracias constitucionais contemporâneas, Pasquale Pasquino e John FereJohn (FEREJOHN, John. Constitutional review in global context. N.Y.U Journal of Legislation & Public Policy, vol. 6, n.1, 2002. p. 49-59; Constitutional adjudication: lessons from Europe. Texas Law Review, vol. 82, 2004. p. 1671-1704; Constitutional Courts as deliberative institutions: towards na institutional theory of constitutional justice. In: SADURSKI, Wojciech (Ed.). Constitutional justice, east and west: democractic legitimacy and constitutional courts in post-communist Europe in a comparative perspective. Amsterda: Springer, 2003), Dieter Grimm (Constitutional adjudication and democracy. Israel Law Review, vol. 33, 1999, p. 208-209; Constitutional adjudication and constitutional interpretation: between law and politics. NUJS Law Review, vol. 4, issue 1, 2011. p. 15-29), Gustavo Zagrebelsky (La corte in politica. Quaderni costituzionale, XXV, n. 2, giugno 2005. p. 273-282; Principi e voti: la Corte costituzionale e la política. Torino: Giulio Einaudi Editore, 2005; Il diritto mite: legge, diritti, giustizia. Torino: Einaudi; 1992), Owen Fiss (To make the constitution a living truth. In: Processos Estruturais. Salvador: Juspodivm, 2017), Aharon Barak ("A Judge on Judging: the role of a Supreme Court in a democracy". Havard Law Review, n. 16, 2002. p. 19-162), Stephen Brayer (Making our democracy work: a judge's view. Vintage Books: New York, 2011), CAPPELLETTI, Mauro. The judicial process in comparative perspective. Oxford: Clarendon Press, 1989), Conrado Hubner Mendes (Constitutional courts and deliberative democracy. Oxford: Oxford University Press, 2014).

ADC 43 / DF

Constituição seja o fundamento de validade de todo o sistema e obrigatória aos seus destinatários, o seu significado, consideradas as situações concretas ou mesmo em contextos abstratos, comporta, volto a registrar, divergências, em especial pela indeterminação inerente à linguagem jurídica e ao próprio Direito. Daí a necessidade da atuação de uma instituição não eleita e imparcial para resolver os problemas de interpretação e aplicação da Constituição, o dizer o Direito (*jus dicere*).

Esse caráter indeterminado do Direito evidencia-se diuturnamente com a resolução das disputas interpretativas sobre o seu significado e alcance por este Supremo Tribunal Federal.

Quando discordamos sobre o significado de um poema, de um romance, um filme ou uma obra de arte, em geral podemos manter nossas diferentes compreensões sem que esse desacordo hermenêutico afete nossas vidas em sentido prático. Lembro aqui instigante entrevista de Salvador Dali, ao dizer que a beleza da obra de arte não está necessariamente na obra em si, mas nos olhos de quem a contempla.

A definição do sentido de uma norma jurídica tem, por sua vez, consequências práticas, frequentemente decisivas, para a vida de todos nós, pois não envolve apenas o emissor ou o intérprete, mas também o destinatário, o jurisdicionado, coletivamente. E isso independe dele compartilhar, individualmente, da proposta exegética alcançada pelo juiz a quem incumbe dizer o Direito, com plena eficácia vinculativa, na solução das lides materiais e processuais, no conceito do meu saudoso mestre de sempre Galeno Lacerda.

Daí porque há uma razão de ordem ética pela qual à interpretação jurídica há de corresponder uma teoria que ampare uma racionalidade objetiva, ou pelo menos intersubjetiva, sendo **reduzido o espaço disponível aos impulsos subjetivos do intérprete, por melhores que sejam, ou lhe pareçam, suas motivações.**

6. Eis o teor do preceito objeto do pedido de declaração de constitucionalidade (**art. 283 do Código de Processo Penal**):

“Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante

ADC 43 / DF

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 12.403/2011)

A questão que se apresenta – **e a singeleza da enunciação contrasta com a complexidade do seu desate** –, é tão-somente saber se o **art. 283 do CPP**, na redação da **Lei nº 12.403/2011**, mostra-se ou não constitucional.

Invocam-se, nestas ações, **como parâmetros de constitucionalidade**, e como anteparo da legitimidade constitucional do preceito em exame, , o **princípio democrático (art. 1º, caput, da CF)**, o **postulado da separação dos poderes (art. 2º da CF)** e a **dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF)**. Deles decorre a presunção de constitucionalidade das leis, cujo corolário é a necessidade de “que haja fortes razões para que se invalide um ato legislativo: a dúvida milita em favor do legislador – *in dubio pro legislador*”.

Afirma-se, em síntese, que o preceito consubstancia interpretação do princípio da presunção de inocência consagrado no **art. 5º, LVII, da CF**. Nesse sentido, o **art. 238 do CPP**, com a redação da **Lei nº 12.403/2011**, *“veicula parâmetro para a conformação do princípio da presunção de inocência, especificamente no que toca à pena de prisão, que se situa, indubitavelmente, dentro da moldura normativa estabelecida pelo artigo 5º, LVII, da Constituição”*.

Decisão permissiva do cumprimento da pena de prisão antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, argumenta-se, estaria a traduzir modalidade de prisão não prevista em lei, em ofensa ao postulado da reserva absoluta de lei a que sujeitas a criação e a regulamentação das modalidade de prisão (**art. 5º, XXXIX, XL, XLVI e § 2º, da CF**).

Defende-se, ainda, que o limite imposto pelos **arts. 5º, XXXIX e XL, da CF** à alteração legislativa – irretroatividade da inovação normativa gravosa ao acusado – deve incidir também sobre a alteração jurisprudencial.

7. E o cerne da controvérsia hermenêutica, mais do que os próprios preceitos vindicados – arts. 283 e 637 do Código de Processo Penal –, está na garantia fundamental assegurada no art. 5º, LVII, da Constituição da República de 1988, *in verbis*:

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

Tal garantia, nos moldes em que dimensionada pelo Constituinte, não encontra paralelismo em nenhum dos textos constitucionais regentes do Estado brasileiro anteriormente, seja no Império, seja na República.

Poderia, o Constituinte de 1988, ter-se limitado a reproduzir a fórmula segundo a qual ninguém será preso, ou conservado em prisão, sem “culpa formada”, com as ressalvas expostas, contida na **Constituição Imperial, de 1824 (art. 179, VIII)**³, e reproduzida na **Constituição republicana de 1891 (art. 72, § 14)**⁴ e na **Constituição do Estado Novo, de 1937 (art. 122, § 11)**⁵.

Optou, todavia, o Constituinte de 1988 não só por consagrar expressamente a presunção de inocência, como a fazê-lo com a fixação de marco temporal expresso, **ao definir, com todas as letras, queiramos ou**

3 “Art. 179. (...) VIII. Ninguém poderá ser preso sem culpa formada, excepto nos casos declarados na Lei; e nestes dentro de vinte e quatro horas contadas da entrada na prisão, sendo em Cidades, Villas, ou outras Povoações proximas aos logares da residencia do Juiz; e nos logares remotos dentro de um prazo razoavel, que a Lei marcará, attenta a extensão do territorio, o Juiz por uma Nota, por elle assignada, fará constar ao Réo o motivo da prisão, os nomes do seu accusador, e os das testermunhas, havendo-as.”

4 “Art. 72 (...) § 14 - Ninguém poderá ser conservado em prisão sem culpa formada, salvas as exceções especificadas em lei, nem levado à prisão ou nela detido, se prestar fiança idônea nos casos em que a lei a admitir.”

5 “Art 122 (...) § 11) à exceção do flagrante delito, a prisão não poderá efetuar-se senão depois de pronúncia do indiciado, salvo os casos determinados em lei e mediante ordem escrita da autoridade competente. Ninguém poderá ser conservado em prisão sem culpa formada, senão pela autoridade competente, em virtude de lei e na forma por ela regulada; a instrução criminal será contraditória, asseguradas antes e depois da formação da culpa as necessárias garantias de defesa;”

não, como termo final da garantia da presunção de inocência o trânsito em julgado da decisão condenatória. Repito, *in verbis*: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Relembro, em breve incursionar pela história pátria, com vista a evidenciar a intensidade do debate a respeito, às vésperas da convocação da Assembleia Nacional Constituinte, o **Anteprojeto Constitucional da Comissão Provisória de Estudos Constitucionais – a Comissão Afonso Arinos (instituída pelo Decreto nº 91.450/1985)**, ostentava, no art. 43, § 7º, a seguinte redação: “*Presume-se inocente todo acusado até que haja declaração judicial de culpa*”.

Já o **Anteprojeto da Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais**, apresentado em 07.6.1987, erigia **expressamente o trânsito em julgado como ponto de inflexão da presunção de inocência**, ao adotar a seguinte redação: “*Considera-se inocente todo cidadão, até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória*”, por incorporação, ao texto, de sugestões veiculadas em emendas dos Deputados José Ignácio Ferreira e Sigmaringa Seixas.

Aprovada, a **Emenda 627**, da Deputada Federal Anna Maria Rattes, foi acolhida no esboço do **Anteprojeto da Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher**, de modo a ampliar o escopo da garantia, de todo **cidadão** para todo **indivíduo**, nos seguintes termos: “*Considera-se inocente todo indivíduo, até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória*”.

No curso dos seus trabalhos, a Assembleia Nacional Constituinte considerou e **expressamente rejeitou** diferentes propostas de **conformação positiva do princípio da presunção de inocência** que davam à garantia feição mais elástica, principiológica, desvinculando do trânsito em julgado a formação da culpa. Destaco alguns exemplos:

Da autoria do Constituinte Bonifácio de Andrada, em 09.6.1987, na Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher, rejeitada a Emenda Substitutiva 670, que propunha delimitar a presunção de inocência da seguinte forma: “*Presume-se inocente todo*

ADC 43 / DF

acusado, até que haja declaração judicial de culpa”.

Também rejeitada, a **Emenda 4014**, de autoria do Deputado Theodoro Mendes (apresentada em **02.7.1987**), propunha: *“O acusado terá direito a ampla defesa, será presumido inocente antes de condenado e, quando preso ou detido, será ouvido na presença de seus defensores.”*

Emenda do Deputado Cunha Bueno ao Substitutivo do Relator, oferecida em Plenário em **31.8.1987**, pretendeu dimensionar a presunção de inocência nos seguintes termos: *“todo acusado se presume inocente até que haja declaração judicial de culpa e tem o direito de ter preservada, ao máximo possível essa condição”.*

Segundo a Emenda 28.797 (apresentada em **03.9.1987**), de autoria do constituinte Jorge Leite, *“o acusado terá direito a ampla defesa, será presumido inocente antes de condenado”.*

Emenda de autoria de José Egreja, apresentada em **03.9.1987** à Comissão de Sistematização, propôs a supressão integral, do texto constitucional, de qualquer limite ao legislador ordinário para definir as condições em que o indivíduo passa a ser considerado culpado.

Acolhida, enfim, Emenda Modificativa de **12.8.1987**, do Constituinte José Ignácio Ferreira, o **Substitutivo 1 da Comissão de Sistematização** (de **26.8.1987**), já dava ao então **art. 6º, § 15**, a redação que, daí em diante inalterada e, ao final, aprovada em primeiro e segundo turno, veio a ser consolidada no **art. 5º, LVII, da Constituição promulgada**: *“Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.*

Permito-me, a seguir, à *vol d’oiseau*, retrospecto quanto à evolução da matéria nesta Casa, a despeito de já realizado com maestria pelos que me antecederam. E o faço apenas para contextualizar meu voto nesta data, considerada a posição que adotei ao julgamento de diferentes classes de ações submetidas a este Plenário em que trazido o tema, cada uma com pressupostos específicos cuja observância, na minha visão, se impõe ao julgador.

8. A jurisprudência desta Casa não conferiu ao texto ora

controvertido maiores consequências, a despeito de seu teor, logo após a promulgação da Constituição vigente, conforme evidenciam precedentes formados nos anos que se seguiram à nova ordem constitucional. Em **1989**, no **HC 67245/MG** (Relator Ministro Aldir Passarinho, Segunda Turma, julgamento em 28.3.1989, DJ 26.5.1989), externou-se o entendimento de que inconfundível a “proibição de se presumir a culpa”, encetada no **art. 5º, LVII, da CF**, com a presunção de inocência, esta fulminada em face da não atribuição de efeito suspensivo ao recurso extraordinário, a teor do **art. 637 do CPP**. Eis a sua ementa:

“PRISÃO. CONDENAÇÃO MANTIDA EM SEGUNDA INSTÂNCIA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO: INEXISTÊNCIA DE EFEITO SUSPENSIVO. TENDO O PACIENTE SIDO CONDENADO EM PRIMEIRO GRAU, POR CRIME DE HOMICÍDIO, MAS, EM FACE DE SUA PRIMARIEDADE E DE SEUS BONS ANTECEDENTES, AGUARDANDO EM LIBERDADE O JULGAMENTO DA SUA APELAÇÃO, TENDO VINDO A SER MANTIDA A CONDENAÇÃO TAMBÉM EM SEGUNDO GRAU, NÃO É DE SE LHE CONCEDER 'HABEAS CORPUS' PARA PERMANECER SOLTO, AGUARDANDO JULGAMENTO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO, POIS, COMO RESULTA DO ART. 637 DO CPP, NÃO POSSUI ESTE EFEITO SUSPENSIVO. NÃO AMPARA SUA PRETENSÃO O DISPOSTO NO ART. 5., LVII DA NOVA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DE ANOTAR QUE SEQUER HÁ PROVA DE INTERPOSIÇÃO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO.” (HC 67245/MG, Relator Ministro Aldir Passarinho, Segunda Turma, julgamento em 28.3.1989, DJ 26.5.1989, destaquei)

Na mesma linha, ao indeferir o **HC 68.726** (Relator Ministro Néri da Silveira, Tribunal Pleno, julgamento em 28.6.1991), o Plenário desta Corte, conforme consignado no voto condutor, adotou, por unanimidade, em sessão em que ausentes os Ministros Sydney Sanches, Celso de Mello e Marco Aurélio, a compreensão de que a ordem de prisão decorrente de

ADC 43 / DF

decisão de órgão julgador de segundo grau de jurisdição é de **natureza processual**, tal como a prisão decorrente de decreto de custódia preventiva, e “*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*”. Transcrevo a ementa:

“*HABEAS CORPUS. SENTENÇA CONDENATÓRIA MANTIDA EM SEGUNDO GRAU. MANDADO DE PRISÃO DO PACIENTE. INVOCAÇÃO DO ART. 5 , INCISO LVII, DA CONSTITUIÇÃO. CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, ART. 669. A ORDEM DE PRISÃO, EM DECORRÊNCIA DE DECRETO DE CUSTODIA PREVENTIVA, DE SENTENÇA DE PRONUNCIADA OU DE DECISÃO DE ÓRGÃO JULGADOR DE SEGUNDO GRAU E 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. 5 , INCISO LVII, DA CONSTITUIÇÃO. DE ACORDO COM O PAR. 2 DO ART. 27. DA LEI N 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 ESTAO AS INSTANCIAS ORDINARIAS CRIMINAIS, NÃO SENDO, ASSIM, ILEGAL O MANDADO DE PRISÃO QUE ÓRGÃO JULGADOR DE SEGUNDO GRAU DETERMINA SE EXPECA CONTRA O RÉU. HABEAS CORPUS INDEFERIDO.*” (HC 68726/DF, Relator Ministro Néri da Silveira, Tribunal Pleno, julgamento em 28.6.1991, DJ 20.11.1992)

O entendimento se manteve no julgamento do **HC 69964/RJ** (Relator Ministro Ilmar Galvão, Tribunal Pleno, julgamento em 18.12.1992, DJ 01.7.1993), por maioria, cujo fundamento central foi já ter sido formada, naquele momento, cadeia de precedentes sobre a matéria:

*“HABEAS CORPUS. PACIENTE RECOLHIDO A PRISÃO ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DA DECISÃO CONDENATÓRIA. PRETENDIDO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. PEDIDO SUBSIDIÁRIO DE PROGRESSÃO DE REGIME. **Contra decisão condenatória, proferida em única instância, por Tribunal estadual, cabe apenas recurso de índole extraordinária, sem efeito suspensivo, que não impede o cumprimento do mandado de prisão. Precedentes do STF.** De outra parte, não configura constrangimento ilegal a falta de progressão no regime de cumprimento da pena, se o paciente ainda se acha, a requerimento próprio, fora do sistema penitenciário, em prisão especial, onde se torna impossível, por absoluta falta de meios, a realização do exame criminológico que, no caso, constitui pressuposto necessário a concessão do benefício (art.112, paragrafo único, c/c art. 8., da LEP). Pedido indeferido.” (HC 69964/RJ, Relator Ministro Ilmar Galvão, Tribunal Pleno, julgamento em 18.12.1992, DJ 01.7.1993, destaquei)*

A construção de uma jurisprudência cristalizada sobre o tópico também foi sinalizado como o fundamento determinante do indeferimento, no ano seguinte, pela Segunda Turma, do HC 70363 (Relator Ministro Néri da Silveira, julgamento em 08.6.1993, DJ 13.12.1993):

“Habeas Corpus. Alegações de vício na intimação do paciente quanto a sentença condenatória, bem assim de ilegalidade na expedição de mandado de prisão, antes do trânsito em julgado da decisão. Desde a citação inicial, não foi o réu localizado nos endereços que indicou, vindo a ser citado por edital e declarado revel. Da sentença condenatória, houve intimação pessoal do defensor dativo e por edital do réu. Comprovou-se, além disso, estar foragido o paciente, a época. A presunção de inocência do acusado não impede a prisão antes do trânsito em julgado de decisão condenatória. Constituição

ADC 43 / DF

Federal, art. 5., incisos LVII e LXI. Precedentes do STF. *Habeas Corpus* indeferido.” (HC 70363 (Relator Ministro Néri da Silveira, Segunda Turma, julgamento em 08.6.1993, DJ 13.12.1993)

O tema retornou ao Plenário no debate em que se reputou recepcionado, pela Constituição de 1988, o **art. 594 do CPP**, norma que, na redação que lhe fora dada pela **Lei nº 5.941/1973**, condicionava o exercício do direito de apelar da sentença condenatória ao recolhimento do réu à prisão ou à prestação de fiança, salvo se primário e de bons antecedentes. Tratou-se do julgamento do **HC 72366/SP** (Relator Ministro Néri da Silveira, Tribunal Pleno, julgamento em 13.9.1995, DJ 26.11.1999). Na ocasião, ficaram vencidos os Ministros Marco Aurélio, Maurício Corrêa, Francisco Rezek, Ilmar Galvão e Sepúlveda Pertence, os quais apontavam a incoerência de conviverem, na mesma ordem jurídica, a execução penal provisória e a presunção de não culpabilidade. Eis a ementa do julgado:

“*HABEAS CORPUS*. 2. CONDENADO REINCENTE. PRISÃO RESULTANTE DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. APLICABILIDADE DO ART. 594, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. 3. OS MAUS ANTECEDENTES DO RÉU, ORA PACIENTE, FORAM RECONHECIDOS, NA SENTENÇA CONDENATÓRIA, E, TAMBÉM, OUTROS ASPECTOS DA SUA PERSONALIDADE VIOLENTA. 4. CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, ART. 594: NORMA RECEPCIONADA PELO REGIME CONSTITUCIONAL DE 1988. ORA, SE ESTE ARTIGO É VÁLIDO, O BENEFÍCIO QUE DELE DECORRE, DE PODER APELAR EM LIBERDADE, HÁ DE FICAR CONDICIONADO À SATISFAÇÃO DOS REQUISITOS ALI POSTOS, ISTO É, O RÉU DEVE TER BONS ANTECEDENTES E SER PRIMÁRIO. 5. *HABEAS CORPUS* DENEGADO E CASSADA A MEDIDA LIMINAR.”(HC 72366/SP, Relator Ministro Néri da Silveira, Tribunal Pleno, julgamento em 13.9.1995, DJ 26.11.1999)

ADC 43 / DF

Inalterado o entendimento nos anos seguintes, a demonstrá-lo os inúmeros julgados cujas ementas transcrevo:

“PENAL. PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. DENÚNCIA: ALEGAÇÃO DE INÉPCIA. CRIME INAFIANÇÁVEL. NOTIFICAÇÃO EXIGIDA PELO ART. 514 DO CPP. RÉU DENUNCIADO E CONDENADO PELOS CRIMES PREVISTOS NOS ARTS. 312 E 288 DO CÓD. PENAL. INAPLICABILIDADE DO ART. 514 DO CPP ÀS AÇÕES PENAIS ORIGINÁRIAS. LEI 8.038, ART. 4º E LEI 8.658/93. PRETENSÃO DE AGUARDAR EM LIBERDADE JULGAMENTO DE RECURSOS SEM EFEITO SUSPENSIVO. I. - Denúncia que atende aos requisitos do art. 41 do CPP. II. - O art. 514 do CPP não se aplica às ações penais originárias, que têm rito próprio (Lei 8.038/90, art. 4º e Lei 8.658/93). III. - O benefício de apelar, em liberdade não se aplica relativamente ao recurso extraordinário e ao recurso especial, que não têm efeito suspensivo, o que não contraria a presunção de não culpabilidade inscrita no art. 5º, LVII, da Constituição. Precedentes do S.T.F. IV. - H.C. indeferido.” (HC 75048/RJ, Relator Ministro Carlos Velloso, Segunda Turma, julgamento em 02.9.1997, DJ 18.5.2001)

“*Habeas corpus*”. - Firmou-se o entendimento do Tribunal no sentido de que não ofende o disposto no artigo 5º, LVII, da Constituição a prisão imediata do condenado por decisão sujeita apenas a recursos sem efeito suspensivo, como o extraordinário e o especial. - Inexistência, no caso, de divergência com o enunciado da súmula 453, pois, na espécie, a hipótese é do artigo 383 do C.P.P. e não do artigo 384 e parágrafo do mesmo Código. - A associação a que alude o inciso III do artigo 18 da Lei 6.368/76 é o concurso eventual de pessoas, sem, portanto, o “*animus*” associativo, razão por que não há ilegalidade na condenação pela prática do crime previsto no artigo 12 dessa mesma Lei com a causa especial de aumento prevista no dispositivo acima referido. Precedentes do

S.T.F. "*Habeas corpus*" indeferido, cassada a liminar concedida, e negada a concessão, de ofício, da ordem." (HC 75233/SP, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, Redator p/ acórdão Ministro Moreira Alves, Primeira Turma, julgamento em 23.9.1997, DJ 19.11.1999)

"EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. PRISÃO DECORRENTE DE CONDENAÇÃO AINDA PENDENTE DE RECURSO. DETERMINAÇÃO, PELA SENTENÇA DE PRIMEIRA INSTÂNCIA, DO LANÇAMENTO DO NOME DOS RÉUS NO ROL DOS CULPADOS, APÓS O TRÂNSITO EM JULGADO. CPP, ART. 393. I. - O Supremo Tribunal decidiu, inclusive pelo seu Plenário, que a prisão de réu condenado por decisão ainda pendente de recurso não afronta o princípio da presunção de não culpabilidade previsto no art. 5º, LVII, da Constituição. II. - Não constitui constrangimento ilegal a determinação pela sentença de primeira instância, do lançamento do nome dos réus no rol dos culpados, após o trânsito em julgado. III. - H.C. indeferido." (HC 76747, Relator Ministro Carlos Velloso, Segunda Turma, julgamento em 14.4.1998, DJ 20.4.2001)

"*HABEAS CORPUS* - CONDENAÇÃO PELA PRÁTICA DO CRIME DE PECULATO CONTINUADO (CP, ART. 312, CAPUT, C/C O ART. 71) E DO DELITO DE QUADRILHA (CP, ART. 288, CAPUT) - CONCURSO MATERIAL DE INFRAÇÕES - PENAS MÍNIMAS COMINADAS EM ABSTRATO QUE, SOMADAS, SUPERAM O LIMITE FIXADO NO ART. 323, I, DO CPP - HIPÓTESE DE INAFIANÇABILIDADE - ALEGAÇÃO DE QUE A PRISÃO DECORRENTE DE SENTENÇA CONDENATÓRIA RECORRÍVEL VULNERA O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA NÃO-CULPABILIDADE DO RÉU - INOCORRÊNCIA DA PRETENDIDA TRANSGRESSÃO CONSTITUCIONAL - PEDIDO INDEFERIDO, COM A CONSEQÜENTE CASSAÇÃO DA LIMINAR ANTERIORMENTE CONCEDIDA. FIANÇA

CRIMINAL E CONCURSO MATERIAL DE DELITOS. - Não se revela cabível a fiança criminal, quando, em concurso material, a soma das penas mínimas abstratamente cominadas for superior a dois (2) anos de reclusão. Precedentes. Doutrina. **PRESUNÇÃO CONSTITUCIONAL DE NÃO-CULPABILIDADE E SENTENÇA CONDENATÓRIA RECORRÍVEL: HIPÓTESE DE TUTELA CAUTELAR PENAL.** - A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de reconhecer que a efetivação da prisão decorrente de sentença condenatória meramente recorrível não transgredir o princípio constitucional da não-culpabilidade do réu, eis que, em tal hipótese, a privação da liberdade do sentenciado - por revestir-se de cautelaridade - não importa em execução definitiva da *sanctio juris*." (HC 79376/RJ, Relator Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, julgamento em 24.9.2002, DJ 22.10.2004, destaquei)

"EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. PRESUNÇÃO DE NÃO-CULPABILIDADE. 1. A sentença condenatória, mantida em segundo grau de jurisdição, sujeita-se à execução provisória (CPP, art. 637), independentemente do trânsito em julgado, porque os recursos eventualmente cabíveis - especial e extraordinário - não têm efeito suspensivo. 2. HC indeferido." (HC 85886/RJ, Relatora Ministra Ellen Gracie, Segunda Turma, julgamento em 06.9.2005, DJ 28.10.2005)

Cabe registrar, como exceção a essa tendência hermenêutica de esvaziar de densidade normativa a garantia do **art. 5º, LVII, da Constituição republicana**, a decisão deste Plenário pela qual assentada a não-recepção do **art. 408, § 1º, do CPP**, no que autoriza o juiz, ao prolatar a sentença de pronúncia, a determinar o lançamento do nome do réu no rol dos culpados, por incompatibilidade material com o preceito constitucional. É o que foi decidido no julgamento do **HC 69696/SP** (Tribunal Pleno, julgamento em 18.12.1992, DJ 01.10.1993), sobre o qual ontem ouvimos, por ocasião do voto do Ministro Luiz Edson Fachin, seu

eminente Relator, Ministro Celso de Mello, e assim ementado:

*"HABEAS CORPUS - RÉU PRIMARIO E DE BONS ANTECEDENTES - PRISÃO PREVENTIVA - LEGALIDADE DE SUA DECRETAÇÃO - REFERENCIA NA SENTENÇA DE PRONUNCIA AS CIRCUNSTANCIAS QUALIFICADORAS - POSSIBILIDADE - PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA NÃO-CULPABILIDADE DOS REUS - ROL DOS CULPADOS (CPP, ART. 408, PAR. 1.) - INSUBSISTENCIA 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. 5., 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, PAR. 1., do CPP - que autoriza o juiz, quando da prolação da sentença de pronuncia, a ordenar o lançamento do nome do réu no rol dos culpados - esta derogada em face da superveniência de preceito constitucional com ela materialmente incompatível (CF, art. 5., 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. - A jurisprudência do STF tem reiteradamente proclamado a legitimidade jurídico-constitucional da prisão cautelar que, não obstante a presunção "*juris tantum*" de não-culpabilidade dos réus, PODE validamente incidir sobre o seu "*status libertatis*". Com a pronuncia do réu, que havia anteriormente sofrido decreto de prisão preventiva, torna-se legitima - desde que subsistentes os motivos dessa custodia - a manutenção de sua prisão cautelar, ainda que se trate de acusado primário e de bons antecedentes. - Reveste-se de plena validade jurídico-processual a sentença de pronuncia que, atendendo aos requisitos do art. 408 e do art.*

416 do CPP, especifica "todas as circunstancias qualificativas do crime." (HC 69696/SP, Relator Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgamento em 18.12.1992, DJ 01.10.1993, destaquei)

Em julgamento concluído em **05.02.2009**, este Tribunal, em sua composição plena, afirmando a superação da cadeia de precedentes firmada, em verdadeiro *overruling*, concedeu, por maioria, a ordem requerida no **HC 84078/MG**, Relator o Ministro Eros Grau (DJe 26.02.2010), vencidos os Ministros Menezes Direito, Cármen Lúcia, Joaquim Barbosa e Ellen Gracie. O julgamento teve duplo fundamento. Em síntese: **(i)** a incompatibilidade do **art. 637 do CPP**, no que autoriza a chamada execução antecipada da pena, com o disposto no **art. 5º, LVII, da Carta Política**, segundo o qual *"ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória"*, bem com o princípio da dignidade da pessoa humana (**art. 1º, III, da CF**); e **(ii)** sua derrogação, não obstante, pela **Lei nº 7.210/1984 (Lei de Execução Penal)**, cujos **arts. 105 e 147**, *"além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP"*. Colho da ementa:

"HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA "EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA". ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL.

1. O art. 637 do CPP estabelece 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". A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória".

2. Daí que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84,

além de adequados à ordem constitucional vigente, sobreponham-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP.

3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar.

4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão.

5. Prisão temporária, restrição dos efeitos da interposição de recursos em matéria penal e punição exemplar, sem qualquer contemplação, nos "crimes hediondos" exprimem muito bem o sentimento que EVANDRO LINS sintetizou na seguinte assertiva: "Na realidade, quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está querendo fazer o mal, se equipara um pouco ao próprio delinqüente".

6. A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados --- não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e extraordinários e subseqüentes agravos e embargos, além do que "ninguém mais será preso". Eis o que poderia ser apontado como incitação à "jurisprudência defensiva", que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço.

7. No RE 482.006, relator o Ministro Lewandowski, quando foi debatida a constitucionalidade de preceito de lei estadual mineira que impõe a redução de vencimentos de servidores públicos afastados de suas funções por responderem a processo penal em razão da suposta prática de crime funcional [art. 2º da Lei n. 2.364/61, que deu nova redação à Lei

n. 869/52], o STF afirmou, por unanimidade, que o preceito implica flagrante violação do disposto no inciso LVII do art. 5º da Constituição do Brasil. Isso porque --- disse o relator --- "a se admitir a redução da remuneração dos servidores em tais hipóteses, estar-se-ia validando verdadeira antecipação de pena, sem que esta tenha sido precedida do devido processo legal, e antes mesmo de qualquer condenação, nada importando que haja previsão de devolução das diferenças, em caso de absolvição". Daí porque a Corte decidiu, por unanimidade, sonoramente, no sentido do não recebimento do preceito da lei estadual pela Constituição de 1.988, afirmando de modo unânime a impossibilidade de antecipação de qualquer efeito afeto à propriedade anteriormente ao seu trânsito em julgado. A Corte que vigorosamente prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade não a deve negar quando se trate da garantia da liberdade, mesmo porque a propriedade tem mais a ver com as elites; a ameaça às liberdades alcança de modo efetivo as classes subalternas.

8. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual Ordem concedida." (HC 84078/MG, Relator Ministro Eros Grau, Tribunal Pleno, julgamento em 05.02.2009, DJe 26.02.2010)

Definida a nova orientação jurisprudencial da Corte, ambas as Turmas a observaram nos anos seguintes, condicionando o início do cumprimento da pena ao trânsito em julgado da sentença condenatória. Entre outras decisões nessa linha, destaco inúmeros julgados de diferentes relatorias:

“Habeas Corpus. 2. Tráfico de drogas. Necessidade de o réu recolher-se à prisão para apelar (Lei 11.343/2006, art. 59). Ofensa aos princípios constitucionais da presunção de inocência, ampla defesa, contraditório e duplo grau de jurisdição. Constrangimento ilegal caracterizado. 3. Ordem parcialmente concedida.” (HC 106243/RJ, Relator Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgamento em 05.4.2011, DJe 25.4.2011)

*“HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PROCESSO PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA DA DECISÃO QUE DECRETOU A PRISÃO PREVENTIVA. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA DE PRONÚNCIA. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO. SUPERVENIÊNCIA DO JULGAMENTO PELO TRIBUNAL DO JÚRI. MANUTENÇÃO DA PRISÃO COM BASE EM FUNDAMENTOS INIDÔNEOS. 1. A superveniência de sentença de pronúncia sem novo fundamento idôneo para a manutenção da prisão não constitui novo título prisional. Inexistência de prejuízo do presente *habeas corpus*. 2. **É firme a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido da impossibilidade de execução provisória da pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos decorrente de sentença penal condenatória**, sem novos elementos que pudessem fundamentar a decretação de prisão cautelar nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal. 3. Ordem concedida.” (HC 97394, Relatora Ministra Cármen Lúcia, Primeira Turma, julgamento em 09.2.2010, DJe 27.2.2012)*

“HABEAS CORPUS - IMPETRAÇÃO FUNDADA, EM PARTE, EM RAZÕES NÃO APRECIADAS PELO TRIBUNAL APONTADO COMO COATOR - INCOGNOSCIBILIDADE, NO PONTO, DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL - PRISÃO CAUTELAR - CONDENAÇÃO PENAL RECORRÍVEL - SUBSISTÊNCIA, MESMO ASSIM, DA PRESUNÇÃO CONSTITUCIONAL DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII) -

RECONHECIMENTO DO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE - EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA - INADMISSIBILIDADE - DECRETABILIDADE DA PRISÃO CAUTELAR DO CONDENADO - POSSIBILIDADE, 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 - AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA IDÔNEA - SITUAÇÃO EXCEPCIONAL NÃO VERIFICADA NA ESPÉCIE - INJUSTO CONSTRANGIMENTO CONFIGURADO - PEDIDO CONHECIDO EM PARTE E, NESSA PARTE, DEFERIDO. IMPETRAÇÃO DE *HABEAS CORPUS* COM APOIO EM FUNDAMENTO NÃO EXAMINADO PELO TRIBUNAL APONTADO COMO COATOR: HIPÓTESE DE INCOGNOSCIBILIDADE DO WRIT CONSTITUCIONAL. - Revela-se insuscetível de conhecimento, pelo Supremo Tribunal Federal, o remédio constitucional de *habeas corpus*, quando impetrado com suporte em fundamento que não foi apreciado pelo Tribunal apontado como coator. Se se revelasse lícito ao impetrante agir *per saltum*, registrar-se-ia indevida supressão de instância, com evidente subversão de princípios básicos de ordem processual. Precedentes. PRISÃO CAUTELAR - CARÁTER EXCEPCIONAL. - A privação cautelar da liberdade individual - cuja decretação resulta possível em virtude de expressa cláusula inscrita no próprio texto da Constituição da República (CF, art. 5º, LXI), não conflitando, por isso mesmo, com a presunção constitucional de inocência (CF, art. 5º, LVII) - reveste-se de caráter excepcional, somente devendo ser ordenada, por tal razão, em situações de absoluta e real necessidade. A MANUTENÇÃO DA PRISÃO EM FLAGRANTE - ENQUANTO MEDIDA DE NATUREZA CAUTELAR - NÃO PODE SER UTILIZADA COMO INSTRUMENTO DE PUNIÇÃO ANTECIPADA DO INDICIADO OU DO RÉU. - A prisão cautelar não pode - nem deve - ser utilizada, pelo Poder Público, como instrumento de

punição antecipada daquele a quem se imputou a prática do delito, pois, no sistema jurídico brasileiro, fundado em bases democráticas, prevalece o princípio da liberdade, incompatível com punições sem processo e inconciliável com condenações sem defesa prévia. A prisão cautelar - que não deve ser confundida com a prisão penal - não objetiva infligir punição àquele que sofre a sua decretação, mas destina-se, considerada a função cautelar que lhe é inerente, a atuar em benefício da atividade estatal desenvolvida no processo penal. Precedentes. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO, NO CASO, DA NECESSIDADE CONCRETA DE MANTER-SE A PRISÃO CAUTELAR DO PACIENTE. - Sem que se caracterize situação de real necessidade, não se legitima a privação cautelar da liberdade individual do indiciado ou do réu. Ausentes razões de necessidade, revela-se incabível, ante a sua excepcionalidade, a decretação ou a subsistência da prisão cautelar. **A PRESUNÇÃO CONSTITUCIONAL 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, fundadas em preocupante discurso de conteúdo autoritário, culminam por consagrar, paradoxalmente, em detrimento de direitos e garantias fundamentais proclamados pela Constituição da República, a ideologia da lei e da ordem. 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, absolutamente ninguém, pode ser tratado como culpado, qualquer que seja o ilícito penal cuja prática lhe tenha sido atribuída, sem que exista, a esse respeito, decisão judicial condenatória transitada em julgado. O princípio constitucional do estado de inocência, tal como**

delineado em nosso sistema jurídico, consagra 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 93261/BA, Relator Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, julgamento em 12.8.2008, DJe 19.11.2012)

“HABEAS CORPUS – PRISÃO CAUTELAR – CONDENAÇÃO PENAL RECORRÍVEL – SUBSISTÊNCIA, MESMO ASSIM, DA PRESUNÇÃO CONSTITUCIONAL DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII) – RECONHECIMENTO DO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE – POSSIBILIDADE EXCEPCIONAL DE DECRETAÇÃO DA PRISÃO CAUTELAR – NECESSIDADE, CONTUDO, PARA TANTO, DA VERIFICAÇÃO CONCRETA DA IMPRESCINDIBILIDADE DESSA MEDIDA EXTRAORDINÁRIA – SITUAÇÃO EXCEPCIONAL NÃO VERIFICADA – INJUSTO CONSTRANGIMENTO CONFIGURADO – PEDIDO DEFERIDO. CONDENAÇÃO PENAL RECORRÍVEL E O POSTULADO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. - A condenação penal ainda recorrível não se revela apta, só por si, considerada a presunção constitucional de inocência (CF, art. 5º, inciso LVII), para autorizar a decretação da medida extraordinária da prisão cautelar. Doutrina. Precedentes.” (HC 112071, Relator Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, julgamento em 09.4.2013, DJe 06.9.2013)

“HABEAS CORPUS. LIBERDADE PROVISÓRIA. SENTENÇA CONDENATÓRIA QUE MANTÉM PRISÃO PREVENTIVA COM FUNDAMENTOS LIGADOS À EXECUÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA. 1. Nos termos do artigo 387 do Código de Processo Penal, o juiz, ao proferir sentença condenatória, decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção de eventual

prisão já realizada. 2. No caso, o fundamento adotado para manutenção da cautelar diz respeito a elementos da execução da pena, e não com aspecto cautelar inerente à prisão preventiva (CPP, art. 312), o que é não é admitido. Precedente. 3. Ordem concedida.” (HC 117285, Relator Ministro Teori Zavascki, Segunda Turma, julgamento em 20.8.2013, DJe 05.9.2013)

“*HABEAS CORPUS*. PROCESSO PENAL. ROUBO QUALIFICADO. SÚMULA 691/STF. AFASTAMENTO. PRISÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. INVIABILIDADE. MEDIDA CONSTRITIVA. CARÁTER CAUTELAR. INEXISTÊNCIA. ORDEM CONCEDIDA. 1. Em casos teratológicos e excepcionais, como o dos autos, viável afastar o óbice da Súmula 691 desta Suprema Corte. Precedentes. 2. **O Supremo Tribunal Federal, a partir do julgamento do HC 84.078/MG (HC 84.078/MG, Pleno, Rel. Min. Eros Grau, por maioria, j. 05.02.2009, Dje-035, de 25.02.2010), passou a entender que o princípio da presunção de inocência obsta a imposição de prisão antes do trânsito em julgado da condenação se inexistentes motivos cautelares a embasá-la.** 3. Ordem concedida.” (HC 119759/SP, Relatora Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, julgamento em 10.12.2013, DJe 31.01.2014)

“*Habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário constitucional. Artigo 102, inciso II, alínea a, da Constituição Federal. Inadequação da via eleita ao caso concreto. Precedente da Primeira Turma. Flexibilização circunscrita às hipóteses de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou teratologia. Ocorrência. *Writ* extinto. Ordem concedida de ofício. 1. Impetração manejada em substituição ao recurso ordinário constitucional prescrito no art. 102, inciso II, alínea a, da Carta da República, a qual esbarra em decisão da Primeira Turma, que, em sessão extraordinária datada de 7/8/12, assentou, quando do julgamento do HC nº 109.956/PR, Relator o Ministro

Marco Aurélio, a inadmissibilidade do *habeas corpus* que tenha por objetivo substituir o recurso ordinário. 2. Nada impede, entretanto, que a Suprema Corte, quando do manejo inadequado do *habeas corpus* como substitutivo (art. 102, inciso II, alínea a, da CF), analise a questão de ofício nas hipóteses de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou teratologia, o que é o caso dos autos. 3. Não vislumbro, nesse caso, subsistirem os requisitos cautelares previstos no art. 312 do Código de Processo Penal. Entendo que os argumentos do Juízo de origem que ensejaram a decretação da prisão preventiva não mais remontam, de fato, à garantia da paz e da tranquilidade social. 4. **O posicionamento da Suprema Corte, de há muito conhecido, é de que ofende o princípio da não culpabilidade a execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, ressalvada a hipótese de prisão cautelar do réu, desde que presentes os requisitos autorizadores previstos no art. 312 do Código de Processo Penal. Precedentes.** 5. não mais subsistente a situação fática que ensejou a manutenção da prisão cautelar, é o caso de concessão de ordem de *habeas corpus*, de ofício, para que o juízo de piso substitua a segregação cautelar por qualquer das medidas cautelares diversas da prisão previstas nos incisos I, II, IV e V do art. 319 do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei nº 12.403/11. 6. *Habeas corpus* extinto, por inadequação da via processual eleita. Ordem concedida de ofício.” (HC 113910/RJ, Relator Ministro Dias Toffoli, Primeira Turma, julgamento em 07.5.2013, DJe 31.7.2013, destaquei)

9. Essa mudança de jurisprudência tem sido apontada como o fator que inspirou o legislador ordinário a editar a **Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011**. Tal diploma alterou diversos dispositivos do Código de Processo Penal relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória e demais medidas cautelares – Código este, é sempre bom recordar, cuja redação original remonta ao **Estado Novo** e que sofreu algumas das suas mais significativas alterações na vigência da **Emenda Constitucional nº 01/1969**.

ADC 43 / DF

Além de introduzir, no ordenamento jurídico processual penal, a possibilidade de aplicação de medidas alternativas à prisão antes da condenação, a Lei nº 12.403/2011 aumentou o leque de medidas cautelares à disposição do magistrado.

Não bastasse conferir maior celeridade e efetividade ao processo penal, o diploma visou a enfrentar uma grave deformidade do sistema penal brasileiro: a triste realidade do elevado número de acusados presos cautelarmente por tempo superior ao da condenação final, sem falar nos absolvidos.

Entre as alterações promovidas pelo legislador, foi dada nova redação ao **art. 283 do CPP**, justamente para **conformar a regência normativa das hipóteses de prisão positivadas na legislação processual penal à observância da presunção de inocência assegurada na Constituição da República, tal como dimensionada por esta Suprema Corte no citado precedente (HC 84078/MG)**. Assim, na dicção do **art. 283 do CPP**, em sua redação atual, a prisão somente pode ocorrer nas seguintes hipóteses:

(i) em flagrante delito;

(ii) por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado; ou

(iii) por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, no curso da investigação criminal ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

É esse o preceito normativo cuja constitucionalidade é questionada no presente feito, repiso.

E se indaga: o **art. 283 do CPP** é compatível com a Lei Fundamental?

Pontuo que em absoluto cabe a esta Corte decidir se o desenho que o art. 283/CPP estampa é o melhor, o mais desejável, ou o mais afinado com esta ou aquela concepção ideológica quanto aos fins da persecução criminal. Compete-lhe tão somente definir se a opção do legislador, a opção do Parlamento brasileiro encontra impedimento na Carta Política, ou, dito de outra forma, se com ela guarda conformidade.

10. Motivou o ajuizamento das presentes ações a tese afirmada na decisão proferida por este Supremo Tribunal Federal no **HC 126.292/SP** (Relator Ministro Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgamento em 17.02.2016, DJe 17.5.2016), nos seguintes termos:

“CONSTITUCIONAL. *HABEAS CORPUS*. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. **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. *Habeas corpus* denegado.” (HC 126.292/SP, Relator Ministro Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgamento em 17.02.2016, DJe 17.5.2016, destaquei)

Tratava-se então de *habeas corpus* impetrado contra decisão do Presidente do Superior Tribunal de Justiça que indeferira pedido de liminar em HC cujo paciente fora condenado à pena de cinco anos e quatro meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do crime de roubo majorado (art. 157, 2º, I e II, do CP), tendo o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ao negar provimento à apelação, determinado a expedição de mandado de prisão.

A linha argumentativa daquele julgado, relembro, explora a primazia do duplo grau de jurisdição como vetor hermenêutico e, ainda, o alcance do princípio da presunção de inocência em jurisdições alienígenas, bem como a existência, no ordenamento pátrio, de mecanismos processuais passíveis de serem acionados para corrigir eventuais abusos e violações de direitos, tais como o próprio *habeas corpus* e a excepcional concessão de efeito suspensivo ao recurso de natureza extraordinária. Extraio do percuciente voto condutor, da lavra do saudoso

e querido Ministro Teori Zavascki, parágrafos que reputo contemplarem o cerne da justificativa de tal razão de decidir:

“(...) 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.

(...)

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.” (destaquei)

11. Na ocasião, tendo por não oportuna, à luz do princípio da segurança jurídica, a revisão da jurisprudência da Casa consolidada desde 2009, e forte nos fundamentos do magnífico voto proferido pelo Ministro Eros Grau determinante da guinada da jurisprudência em 2009, no **HC 84078/MG, quedei-me vencida ao votar - em reverência ao texto constitucional, ênfase -, pela concessão da ordem, na ilustre companhia dos Ministros Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio e Celso de Mello.**

Conforme já afirmei mais de uma vez nesta Corte, compreendido o **Tribunal** como **instituição**, entendo que a **simples mudança de composição não** constitui fator **suficiente** para legitimar a **alteração da jurisprudência**, como tampouco o são, acresço, razões de natureza pragmática ou conjuntural. **Daí minha postura de, ao exercício da jurisdição constitucional, como regra manter a jurisprudência da Corte, ressalvadas as situações de necessária atualização.**

A **segurança jurídica** consiste em um **valor** ínsito à **democracia**, ao **estado de direito** e ao próprio **conceito de justiça**, além de traduzir, na ordem constitucional, uma **garantia dos jurisdicionados**. A **imprevisibilidade** é, por si só, elemento capaz de **degenerar o direito em arbítrio**. Ora,

“Abandonemos a crença na continuidade das decisões judiciais, e nos permitamos considerar que, em grandes questões constitucionais, esse tribunal pode se afastar das conclusões estabelecidas de seus antecessores e determiná-las de acordo com a mera opinião daqueles que ocupam temporariamente suas cadeiras, e nossa Constituição, a meu juízo, será despojada do seu valor, tornando-se um instrumento dos mais perigosos para os direitos e liberdades das pessoas.”⁶

Nessa mesma linha, afirma Frederick Schauer: *“espera-se que um tribunal resolva as questões da mesma maneira que ele decidiu no passado, ainda que os membros do tribunal tenham sido alterados, ou se os membros dos tribunais tenham mudado de opinião”*.⁷ E, igualmente, Neil MacCormick, para quem a *“fidelidade ao Estado de direito requer que se evite qualquer variação frívola no padrão decisório de um juiz ou tribunal para outro”*⁸.

12. Voltou a prevalecer, desde então, **17.02.2016**, neste Supremo Tribunal Federal, a tese de que não comprometida a presunção de inocência pela execução antecipada da pena, tendo eu, repito, integrado a corrente minoritária.

Tal tese foi reafirmada em **05.10.2016** por este Plenário quando do indeferimento das medidas cautelares requeridas justamente nestas Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44, que hoje voltam para julgamento de mérito. **Fiquei mais uma vez vencida** na oportunidade, juntamente com os Ministros Marco Aurélio (Relator), Ricardo Lewandowski, Celso de Mello, e, em parte, Dias Toffoli.

Já em **10.11.2016**, desta feita **sob a sistemática da repercussão geral**, no ARE 964.246-RG/SP, também da relatoria do Min. Teori Zavascki, no Plenário Virtual (DJe 25.11.2016), voltou a ser reafirmada a jurisprudência

6 Justice FIELD, em Pollock v. Farmer's Loan & Trust Co, 1895, tradução livre.

7 SCHAUER, Frederick. Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning. Cambridge: Harvard University Press, 2012, p. 37.

8 MACCORMICK, Neil. Retórica e o Estado de Direito. Uma teoria da argumentação jurídica. Tradução de Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 191.

dominante, em julgamento do qual não participei.

E minha postura, frente ao estado da arte naquele momento, foi a de acatar o entendimento sedimentado pelo Plenário, vale dizer, **a de decidir em conformidade com a jurisprudência do STF**, em atenção ao **dever de equidade que há de nortear a prestação jurisdicional – (*treat like cases alike* – tratar casos semelhantes de modo semelhante) –, e em respeito ao princípio da colegialidade - meio de atribuir autoridade e institucionalidade às decisões desta Casa**, enquanto expressão da exigência de **integridade da jurisprudência -**, hoje positivada no **art. 926, caput, do CPC/2015**⁹, e em respeito ainda à **impessoalidade** e à **eficácia das decisões desta Corte em processos de índole objetiva**, como já ressaltei incontáveis vezes.

Tanto que, entre **17.02.2016** (data do julgamento do HC 126.292, Rel. Teori Zavaschi) e **04.4.2018** (data do julgamento HC 152.752/PR), em processos da minha Relatoria lavrei no mínimo dezoito acórdãos no âmbito da Primeira Turma¹⁰ e proferi sessenta e seis decisões monocráticas¹¹, aplicando a jurisprudência prevalecente de que não

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

10 1. HC 140.285-AgR/TO, j. 14.3.2017, DJe 24.4.2017; 2. HC 138.942-AgR/SP, j. 14.3.2017, DJe 26.4.2017; 3. HC 140.353-AgR/DF, j. 25.4.2017, DJe 13.6.2017; 4. HC 142.625-AgR/RJ, j. 25.5.2017, DJe 20.6.2017; 5. HC 139.556-AgR/BA, j. 16.5.2017, DJe 30.6.2017; 6. HC 143.060-AgR/GO, j. 29.6.2017, DJe 02.8.2017; 7. HC 142.969-AgR/GO, j. 29.6.2017, DJe 02.8.2017; 8. HC 144.549-AgR/MG, j. 31.8.2017, DJe 13.9.2017; 9. HC 145.307-AgR/RS, j. 14.9.2017, DJe 27.9.2017; 10. HC 144.866-AgR/SP, j. 14.9.2017, DJe 27.9.2017; 11. HC 147.523-AgR/SP, j. 26.10.2017, DJe 14.11.2017; 12. HC 148.321-AgR/SC, j. 06.11.2017, DJe 17.11.2017; 13. HC 147.502-AgR/DF, j. 09.11.2017, DJe 20.11.2017; 14. HC 148.133-AgR/SP, j. 09.11.2017, DJe 20.11.2017; 15. HC 147.766-AgR/, j. 09.11.2017, DJe 20.11.2017; 16. HC 149.120-AgR/PI, j. 30.11.2017, DJe 15.12.2017; 17. HC 148.862-AgR/DF, j. 30.11.2017, DJe 15.12.2017; e 18. HC 147.136-AgR/SP, j. 13.10.2017, DJe 27.10.2017.

11 1. HC 133.545/SP, j. 30.3.2016, DJe 05.4.2016; 2. HC 135.455/SP, j. 1º.8.2016, DJe 09.8.2016; 3. HC 136.393/, j. 26.8.2016, DJe 05.9.2016; 4. HC 136.533/SP, j. 02.9.2016, DJe 08.9.2016; 5. RHC 136.560/DF, j. 11.11.2016, DJe 17.11.2016; 6. HC 138.265/SP, j. 11.11.2016, DJe 18.11.2016; 7. HC 138.568/SP, j. 25.11.2016, DJe 01.12.2016; 8. HC 138.942/SP, j. 09.12.2016, DJe 14.12.2016; 9. HC 139.260/DF, j. 16.12.2016, DJe 01.02.2017; 10. HC 139.600/SP, j. 01.02.2017,

ADC 43 / DF

obstaculizada pelo **art. 5º, LVII, da CF** a execução antecipada da pena. A eles há que acrescentar meus votos, idênticos, nos processos da relatoria dos demais Ministros do colegiado.

Sem jamais ter deixado de salientar que é a **jurisdição objetiva**, caso das presentes ADC's, o "lugar" apropriado à **cognição plena** da questão de fundo em debate, minha atuação jurisdicional, durante esse período de aproximados **três anos**, se ancorou no reconhecimento da **eficácia objetiva (i)** da decisão pela qual indeferidas **as medidas cautelares**

DJe 08.02.2017; 11. HC 139.556/SP, j. 01.02.2017, DJe 08.02.2017; 12. HC 140.285/TO, j. 10.02.2017, DJe 15.02.2017; 13. HC 135.921/SC, j. 09.02.2017, DJe 15.02.2017; 14. HC 140.353/DF, j. 23.02.2017, DJe 03.3.2017; 15. HC 141.371/SP, j. 10.3.2017, DJe 16.3.2017; 16. HC 141.371/SP, j. 10.3.2017, DJe 16.3.2017; 17. Pet 6.630/PE, j. 31.3.2017, DJe 05.4.2017; 18. HC 141.332/SP, j. 06.4.2017, DJe 17.4.2017; 19. HC 142.625/SP, j. 20.4.2017, DJe 26.4.2017; 20. HC 142.969/GO, j. 20.4.2017, DJe 26.4.2017; 21. HC 143.041/PE, j. 20.4.2017, DJe 26.4.2017; 22. HC 143.060/GO, j. 28.4.2017, DJe 03.5.2017; 23. HC 143.307/SP, j. 05.5.2017, DJe 09.5.2017; 24. HC 140.596/PE, j. 15.5.2017, DJe 17.5.2017; 25. HC 142.688/SP, j. 18.5.2017, DJe 23.5.2017; 26. HC 143.827/SP, j. 19.5.2017, DJe 23.5.2017; 27. HC 140.809/RJ, j. 18.5.2017, DJe 23.5.2017; 28. HC 144.079/RS, j. 31.5.2017, DJe 02.6.2017; 29. RHC 140.011/MG, j. 07.6.2017, DJe 14.6.2017; 30. HC 137.678/DF, j. 08.6.2017, DJe 14.6.2017; 31. HC 144.580/SC, j. 09.6.2017, DJe 14.6.2017; 32. HC 144.549/MG, j. 09.6.2017, DJe 14.6.2017; 33. HC 144.866/SP, j. 09.6.2017, DJe 14.6.2017; 34. HC 143.907/SP, j. 21.6.2017, DJe 28.6.2017; 35. HC 145.307/RS, j. 23.6.2017, DJe 28.6.2017; 36. HC 136.386/SP, j. 30.6.2017, DJe 01.8.2017; 37. HC 145.911/SP, j. 01.8.2017, DJe 08.8.2017; 38. HC 145.756/SP, j. 01.8.2017, DJe 08.8.2017; 39. HC 146.766/SC, j. 18.8.2017, DJe 23.8.2017; 40. HC 147.136/SP, j. 30.8.2017, DJe 04.9.2017; 41. HC 146.962/RN, j. 30.8.2017, DJe 04.9.2017; 42. HC 147.523/SP, j. 06.9.2017, DJe 11.9.2017; 43. HC 147.453/SP, j. 06.9.2017, DJe 11.9.2017; 44. HC 147.858/SC, j. 22.9.2017, DJe 26.9.2017; 45. HC 147.766/SP, j. 28.9.2017, DJe 02.10.2017; 46. HC 148.133/SP, j. 28.9.2017, DJe 02.10.2017; 47. HC 148.321/SC, j. 28.9.2017, DJe 03.10.2017; 48. HC 147.502/DF, j. 05.10.2017, DJe 10.10.2017; 49. HC 145.496/RS, j. 05.10.2017, DJe 10.10.2017; 50. HC 148.978/SC, j. 20.10.2017, DJe 24.10.2017; 51. HC 148.862/DF, j. 20.10.2017, DJe 24.10.2017; 52. HC 149.120/PI, j. 18.10.2017, DJe 24.10.2017; 53. HC 149.384/SP, j. 25.10.2017, DJe 31.10.2017; 54. HC 149.354/SP, j. 25.10.2017, DJe 06.11.2017; 55. HC 150.159/SP, j. 17.11.2017, DJe 21.11.2017; 56. HC 150.518/SP, j. 24.11.2017, DJe 30.11.2017; 57. HC 150.650/RJ, j. 24.11.2017, DJe 30.11.2017; 58. HC 147.933/RN, j. 28.11.2017, DJe 04.12.2017; 59. HC 150.713/SP, j. 29.11.2017, DJe 04.12.2017; 60. HC 151.540/SP, j. 19.12.2017, DJe 02.02.2018; 61. HC 151.814/SP, j. 01.02.2018, DJe 07.02.2018; 62. HC 153.018/SP, j. 26.02.2018, DJe 01.3.2018; 63. HC 151.389/DF, j. 23.02.2018, DJe 01.3.2018; 64. HC 154.108/SP, j. 19.3.2018, DJe 27.3.2018;

deduzidas nas presentes **ações diretas de inconstitucionalidade nºs 43 e 44, e (ii) da decisão proferida no ARE com repercussão geral**. Nessa senda, o próprio Código de Processo Civil de 2015 consagrou, no **art. 489, VI, do CPC**¹² a chamada força obrigatória – horizontal e vertical – dos precedentes. **Não obstante, sempre ressaltei estar pronta para me debruçar sobre o tema quando a questão se apresentasse em procedimento apto a produzir pronunciamento com a mesma eficácia – dos pontos de vista procedimental e sistêmico – como apenas hoje – por razões que não detenho –, se oportuniza.**

Não é de modo algum irrelevante a distinção entre as decisões desta Suprema Corte em ações de índole subjetiva, notadamente o *habeas corpus*, e em ações vocacionadas ao controle de constitucionalidade de leis e atos normativos *in abstracto* – não só quanto aos limites cognitivos, mas também quanto ao âmbito específico de eficácia.

O *habeas corpus*, todos sabemos, ação de autônoma de impugnação a decisões criminais, com assento constitucional, se destina a prevenir e/ou remediar toda restrição ilegal ou abusiva – dita teratológica no jargão forense –, da liberdade de ir, vir e ficar. Dito de outra forma, a ordem de *habeas corpus* pressupõe ilegalidade ou abuso de poder a coartar, a coibir, quanto à liberdade de locomoção, a teor do **art. 5º, LXVIII, da nossa Lei Fundamental**. Nessa ótica, não vejo como admitir a presença de tal pressuposto em decisão amparada na jurisprudência prevalecente do próprio STF.

13. Ao fundamentar o indeferimento do HC 152752/PR na INVIABILIDADE DE REPUTAR ILEGAL, ABUSIVO OU TERATOLÓGICO ACÓRDÃO fincado na compreensão majoritária do STF, ainda que não a minha –, afirmei expressamente que a revisita ao

65. HC 154.591/SP, j. 27.3.2018, DJe 03.4.2018; e 66. HC 154.749/MG, j. 02.4.2018, DJe 11.4.2018.

12 “Art. 489. (...). § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: (...) VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.”

tema, em atenção ao princípio da segurança jurídica, em prol da sociedade brasileira, se haveria de fazer no *locus* apropriado para tanto, justamente o do presente julgamento, a saber, em sede de fiscalização **abstrata** de constitucionalidade de leis, do mérito das **ações declaratórias de constitucionalidade nº 43, 44 e 54** à época já ajuizadas.

Igualmente faço a distinção (*distinguishing*), no âmbito do *habeas corpus* – também o disse com todas as letras na oportunidade daquele julgamento –, entre decisão proferida com base na afirmação de tese fundada em interpretação de texto constitucional – como ocorreu nos HCs de relatoria dos Ministros Eros Grau, em 2009, e Teori Zavaschi, em 2016 –, e decisão lançada pela observância da jurisprudência prevaiente desta Suprema Corte, reafirmada sob a sistemática da repercussão geral, como o era o acórdão da 5ª Turma do STJ contra o qual se voltava aquela impetração.

Afinal, o que é o *habeas corpus*?

Perdoem-me pelo óbvio, mas volto a insistir até para que os surdos, ou os que preferem sê-lo quanto à minha posição, escutem!

O *habeas corpus* é ação de envergadura constitucional de que dispõe quem sofre ou se acha ameaçado de sofrer violência ou coação, em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder!

A partir de tal premissa – dizia eu, com a devida vênia –, **como poderia o STF reputar, no âmbito de *habeas corpus*, ilegal, teratológica ou abusiva decisão tomada com base na jurisprudência dele próprio no sentido de a execução antecipada da pena não afrontar o princípio da presunção de inocência?** Poderia revisitar o tema sim, para manter ou alterar a posição, mas em **ação de controle abstrato de constitucionalidade**, como agora se enceta.

Forte no princípio da colegialidade, trilhei à época **caminho já percorrido** pelo eminente Ministro Sepúlveda Pertence, quando honrava esta Suprema Corte com sua presença, e nela prevalecia a posição anterior à de 2009 e que veio a ser restaurada em 2016, com a qual Sua Excelência não concordava, aplicando-a, contudo, com ressalva do entendimento

pessoal. Confira-se a seguinte ementa de acórdão de sua lavra:

“Presunção de não culpabilidade. I. Execução penal provisória e presunção de não culpabilidade. A jurisprudência assente do Tribunal é no sentido de que a presunção constitucional de não culpabilidade - que o leva a vedar o lançamento do nome do réu no rol dos culpados - não inibe, porém, a execução penal provisória da sentença condenatória sujeita a recursos despidos de efeito suspensivo, quais o especial e o extraordinário: aplicação da orientação majoritária, com ressalva da firme convicção em contrário do relator. II. **Jurisprudência e coerência: legitimidade da observância da jurisprudência sedimentada, não obstante a convicção pessoal em contrário do juiz. A crítica ao relator que aplica a jurisprudência do Tribunal, com ressalva de sua firme convicção pessoal em contrário trai a confusão recorrente entre os tribunais e as academias: é próprio das últimas a eternização das controvérsias; a Justiça, contudo, é um serviço público, em favor de cuja eficiência - sobretudo em tempos de congestionamento, como o que vivemos -, a convicção vencida tem muitas vezes de ceder a vez ao imperativo de poupar o pouco tempo disponível para as questões ainda à espera de solução.**” (HC 82.490/RN, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, julgamento em 29.10.2002, DJ 29.11.2002, destaquei)

No mesmo sentido, exemplificativamente, ainda: **HC 80.535/SC**, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, julgamento em 12.12.2000, DJ 02.3.2001; e **HC 81.580**, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, julgamento em 19.02.2002, DJ 22.3.2002.

Como se vê, apreciei aquele *habeas corpus* (**HC 152.752**) nos exatos termos como fiz em todos os outros que desde 2016 me foram submetidos, em atenção ao princípio da segurança jurídica, e sempre reafirmando, por respeito à densidade jurídica da controvérsia posta, que o tema de fundo haveria de ser **revisitado no exercício do controle**

abstrato de constitucionalidade, vale dizer, nas presentes ações declaratórias de constitucionalidade. Não se diga, portanto, que alterei na oportunidade o meu entendimento quanto ao tema de fundo, que hoje volta à análise. Minha leitura constitucional sempre foi a mesma.

14. Aprofundo. Diante da **eficácia objetiva** da decisão pela qual indeferidas as medidas cautelares deduzidas nas presentes **ações diretas de inconstitucionalidade nºs 43 e 44**, a fixação de exegese diversa, quanto ao **art. 283 do CPP**, somente poderia ocorrer, na minha compreensão, quando do julgamento do seu mérito, como finalmente ora ocorre.

Consequências similares derivam do efeito da decisão proferida no ARE com repercussão geral, cuja coisa julgada tem eficácia *erga omnes*.

Anoto que, ainda que a coisa julgada material da decisão proferida por esta Corte em **repercussão geral** careça de **efeitos vinculantes**, o devido equacionamento da extensão de sua eficácia não pode deixar de levar em conta que, na **jurisdição constitucional**, a coisa julgada transcende a sua clássica função de amparar direitos subjetivos.

Assim, ao exame de casos de índole subjetiva, como *habeas corpus* em geral, entendo que não se pode simplesmente dispensar a observância das manifestações desta Corte com eficácia objetiva meramente ao fundamento de que carecedoras de **efeito vinculante** em sentido estrito. Trata-se, afinal, de um precedente da Corte com feição objetiva – presente aqui a ideia de que a repercussão geral importa uma espécie de “objetivação” do recurso extraordinário –, que deve ser reconhecido, pelo menos, como ponto de partida, como indicador de como interpretar o direito.¹³ A doutrina do precedente, acolhida no **art. 927 do Código de Processo Civil de 2015**, estabelece um padrão de equidade e eficiência – previsibilidade e fortalecimento da instituição – para o exercício da jurisdição.

Ao externar minha concepção do **Tribunal** como uma **instituição** maior do que as somas das vontades dos seus integrantes em um dado momento, ressaltei que a **mera alteração da sua composição**, nessa ordem

13

MACCORMICK, Neil. Retórica e o Estado de Direito. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

de ideias, **não** constitui, por si só, fator legitimador da **alteração da jurisprudência**, como tampouco o são, devo acrescentar, razões de natureza pragmática ou conjuntural.

Por óbvio, a jurisprudência comporta ser revista, a vida é dinâmica, a sociedade avança, e o Direito a segue. Se **até mesmo os consensos são sempre provisórios** – diferindo, apenas por serem alguns mais, outros menos perenes – mais cuidado se deve ter em relação às maiorias ocasionais, que, especialmente em se tratando de modificações do direito operadas pela via jurisprudencial, pela atividade hermenêutica levada a cabo por juízes e tribunais, deve evitar rupturas bruscas, respeitando sempre a história institucional e, **em modelos como o nosso, emprestar especial valor à eficácia própria das decisões tomadas em processos de índole objetiva.**

Daí porque, longe de representar qualquer mudança de posição, reafirmo, estou sendo coerente tanto com minha compreensão sobre o tema de fundo, como também com minha compreensão sobre o **funcionamento apropriado, a responsabilidade institucional e o papel desejável** a ser desempenhado por uma **Corte Constitucional** que exerce a **fiscalização abstrata** da validade da leis e atos normativos ao mesmo tempo em que detém **competências originárias** (reporto-me em particular ao *habeas corpus*) e **recursais** (*judicial review*) para se pronunciar sobre casos de índole subjetiva, a partir de um peculiar sistema de precedentes.

Pois bem. O presente julgamento de **mérito das ações declaratórias de constitucionalidade nº 43, 44 e 54**, em sede de **fiscalização abstrata e objetiva das leis**, é, como sempre ressaltei, o **locus** procedimental adequado para que esta Corte se posicione sobre a execução provisória da pena em face do disposto no **art. 283 do CPP** e à luz do **art. 5º, LXII, da Constituição da República.**

15. A tutela jurisdicional do **regime jurídico das liberdades individuais**, imanente à seara penal, há de ter como pressuposto a primazia da Constituição Federal, instituidora de um **Estado**

Democrático de Direito marcado pela independência e harmonia entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Isso porque todos os Poderes da República têm a sua origem e fundamento na Constituição, manifestação da soberania popular representada em momento histórico pela Assembleia Nacional Constituinte e atualizada pelos procedimentos reveladores da manifestação do Poder Constituinte derivado.

Além disso, é necessário frisar que um regime constitucional democrático não prescinde do reconhecimento, senão da soberania, pelo menos da centralidade política e institucional do Poder Legislativo, expressão que é da vontade popular que representa. Trata-se, pois, de valorar no plano constitucional o próprio sufrágio, base da legitimidade de toda decisão política. Na sua obra clássica, já alertava Tocqueville que a primazia do Poder Legislativo constitui *“a barreira mais poderosa contra os descaminhos da democracia”*¹⁴.

De modo algum se quer, com essa observação, rechaçar a noção de que o constitucionalismo contemporâneo descortina a exigência de um controle efetivo e intenso da própria atividade política pelo Poder Judiciário, sendo certo que *“a judicialização da política contribui para o surgimento de um padrão de interação entre os poderes que não é necessariamente deletério da democracia”*.¹⁵ Nessa perspectiva,

*“a ideia é, ao contrário, que democracia constitui um requisito da expansão do poder judicial. Nesse sentido, a transformação da jurisdição constitucional em parte integrante do processo de formulação de políticas públicas deve ser vista como um desdobramento das democracias contemporâneas. A judicialização da política ocorre porque os tribunais são chamados a se pronunciar onde o funcionamento do Legislativo e do Executivo se mostram falhos, insuficientes ou insatisfatórios.”*¹⁶

14 TOCQUEVILLE, Alexis de. A Democracia na América. São Paulo: Folha de S. Paulo, 2010.

15 CASTRO, Marcos Faro. O Supremo Tribunal Federal e a Judicialização da Política.

16 Idem.

Nas palavras do professor de História das Constituições Modernas da Faculdade de Direito da Universidade de Florença, Maurizio Fioravanti:

“Na fórmula contemporânea da democracia constitucional parece estar contida a aspiração a um justo equilíbrio entre o princípio democrático, dotado de valor constitucional através das instituições da democracia política e do próprio papel do legislador e do governo, e a ideia – ínsita a toda a tradição constitucionalista – dos limites da política a fixar mediante a força normativa da constituição e, em particular, através do controle de constitucionalidade sempre mais determinante no âmbito das democracias modernas.”¹⁷

Por outro lado, Luigi Ferrajoli observa, a respeito da Constituição brasileira, que ela *“de um lado, (...) abriu uma promissora perspectiva de desenvolvimento futuro do constitucionalismo, formulando o eu modelo normativo da maneira mais avançada. De outro, ela promoveu uma expansão do papel do poder judiciário que, se não formo acompanhada de um reforço das garantias jurisdicionais e de uma sólida cultura garantista, pode resultar numa perigosa distorção da jurisdição e alteração do estado de direito”*.¹⁸

Em uma época na qual sobeja a desconfiança do povo em relação aos seus representantes e o descrédito da atividade política entre os brasileiros atinge níveis lamentavelmente elevados, uma época em que muito se fala em crise de representatividade, em déficit de legitimidade e diferentes modelos de reformas políticas são discutidas, não é difícil ficar tentado a uma interpretação do texto Constitucional que lhe subtraia garantias e proteções.

Vale lembrar que a história universal é farta de exemplos de que a

17 FIORAVANTI, Maurizio. *Constitucion: de la Antigüedad a nuestros días*. Madrid: Editorial Trotta, 2001.

18 FERRAJOLI, Luigi. *O constitucionalismo garantista e o estado de direito*. In *Garantismo hermenêutico e (neo)constitucionalismo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

erosão das instituições garantidoras da existência dos regimes democráticos, quando ocorre, lenta e gradual, normalmente tem origem nas melhores intenções – moralidade pública, eficiência do Estado, combate à corrupção e à impunidade etc.

Sem desconsiderar o caráter eminentemente político das relações entre os Poderes, tendo em vista o resguardo à própria ideia de democracia, fundamento maior da República, a **interpretação** da Constituição, todavia, deve reconhecê-la como unidade textual, sistema completo (embora não fechado), cujo sentido jurídico e coerência são encontrados nela própria. Repito: o sentido da norma constitucional há de ser extraído, primordialmente, dela mesma, tomada como sistema.

O caráter criativo da interpretação do direito efetuada pelo Poder Judiciário encontra limites intransponíveis, em primeiro lugar, na necessidade de manutenção da estrutura de separação de poderes e do princípio do *rule of law*, instituições ínsitas ao regime democrático.¹⁹ Por este motivo, a integração normativa deve ser determinada – e legitimada – por um comando constitucional expreso. A hermenêutica constitucional e normativa, enquanto técnica jurídica, não tem os olhos vendados para os desenhos institucionais, afirmados na Constituição, que asseguram a própria continuidade da existência de uma República que se atribui a qualificação de democrática.

Em segundo lugar, há que considerar o fato de que a jurisdição se distingue, enquanto atividade – e justamente porque escorada na realidade do direito objetivo –, por atrelar a ideia de verdade às suas afirmações, de modo que *“não é meramente potestativa nem sequer discricionária, mas está vinculada à aplicação da lei aos fatos julgados, mediante o reconhecimento da primeira e o conhecimento dos segundos”*²⁰.

Ao dissertar sobre a imprescindibilidade de **cartas de direitos** escritas para o bom funcionamento das democracias constitucionais, pondera o Justice William J. Brennan, que integrou a Suprema Corte dos

19 CIARLINI, Alvaro Luis de A. S. Direito à saúde: paradigmas procedimentais e substanciais da Constituição. São Paulo: Saraiva, 2013.

20 FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: teoria do garantismo penal. 4ª edição revista. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

EUA de 1956 a 1990:

“(...) se a experiência da América demonstra que **proteções no papel** não são uma garantia suficiente de liberdade, também deixa claro que elas **são necessárias, particularmente em tempos de crise. Sem a âncora de um texto** para suas decisões, os juízes teriam que se socorrer de alguma teoria de direito natural, ou de alguns supostamente partilhados padrões dos fins e limites do governo, para combater a legislação violadora. Mas um apêlo a **idéias normativas que não têm qualquer fundamento na lei escrita** (...) seria suspeito em sociedades como os Estados Unidos, porque representaria **uma aberração profunda dos princípios majoritários**. (...) Um texto, além disso, não é necessário apenas para tornar eficazes as decisões dos juízes: também ajuda a controlar seu arbítrio. Eu seria a última pessoa a limitar o poder dos juízes de manterem vital o direito, de assegurarem que ele se mantenha ao lado do progresso do intelecto e das sensibilidades do ser humano. Entretanto, a liberdade sem limites é outro assunto.”²¹

Os espaços de discricionariedade judicial, quando admitidos – o que em matéria penal e processual penal assume ares particularmente controvertidos –, supõem, portanto, no Estado de direito, a insuficiência ou insatisfação semântica da norma, ou seja, a *“presença na lei de expressões indeterminadas ou de antinomias semânticas”*²², o que de modo algum é o caso, com a devida vênia, do art. 5º, LVII, da Constituição da República.

O art. 5º, LVII, da CF enfeixa um princípio, sim – o da **presunção de inocência**, como tantas vezes tem sido repetido, mas também enfeixa uma **regra** propriamente, uma regra específica, o que não se pode ignorar. **Trata-se de amarra insuscetível de ser desconsiderada pelo intérprete.**

21 BRENNAN JR, William J. Por que ter uma Carta de Direitos? In Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, jul./set. 1992, p. 63, destaquei.

22 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. 4ª edição revista. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

Diante da regra expressa veiculada pelo constituinte – a fixar, objetivamente, o trânsito julgado como termo final da presunção de inocência, o momento em que passa a ser possível impor ao acusado os efeitos da atribuição da culpa –, não me é dado, como intérprete, ler o preceito constitucional pela metade, como se contivesse apenas o princípio genérico, ignorando a regra que nele se contém.

Ao postular a **imperatividade** das normas constitucionais **definidoras de direitos**, Rui Barbosa já exprimia a compreensão de que *"não há, numa Constituição, cláusulas a que se deva atribuir meramente o valor moral de conselhos, avisos ou lições. Todas têm a força imperativa de regras, ditadas pela soberania nacional ou popular de seus órgãos"*.²³

16. *Data venia* dos esforços hermenêuticos empreendidos, nenhuma das laboriosas e sofisticadas exegeses consegue se livrar do problema hermenêutico de interpretar um texto de modo a lhe retirar a eficácia. Se a interpretação contemporânea expandiu o universo das possibilidades semânticas disponíveis ao intérprete, de modo algum ele está autorizado a negar que sua vontade não é absoluta, devendo render reverência ao texto como realidade objetiva. A interpretação não pode negar o texto nem afastá-lo atribuindo-lhe sentidos acaso tradutores do desejo do intérprete, por mais louváveis que sejam as crenças políticas, éticas ou ideológicas a animarem esse desejo, por melhores que sejam as intenções. Não há como o leitor evitar o significado dos símbolos gráficos marcados com tinta sobre o papel, ou dos padrões desenhados com pontos de luz na tela. Se a garantia é assegurada, não há como interpretá-la como se não existisse.

Entendo que a decisão judicial deve se apoiar não nas melhores intenções pessoais do magistrado, mas na **melhor interpretação possível do direito objetivo**: a Constituição, as leis, a tradição jurídica, a prática institucional e os valores de uma sociedade. A interpretação judicial da lei, nesse sentido, *"deve refletir não apenas suas convicções sobre justiça (...) – embora estas também tenham um papel a desempenhar –, mas também suas*

23 BARBOSA, Rui. Comentários à Constituição Federal Brasileira. 11.ed, São Paulo: Saraiva, 1933, p. 488-9.

ADC 43 / DF

convicções sobre os ideais de integridade e equidade políticas e de devido processo legal, na medida em que estes se aplicam especificamente à legislação em uma democracia."²⁴ – lição de Dworkin.

O significado da norma, seu conteúdo semântico, incorpora ao signo (o texto, a apresentação linguística), uma dimensão retórica, sua inscrição em uma rede de significados delimitada histórica, social e teoricamente.

Na medida em que participa da construção ontológica da norma, a interpretação assume, reconheço, verdadeiro caráter constitutivo, e não meramente desvelador, do sentido da norma. O ato interpretativo, todavia, não é um ato exterior, posterior à norma, que se impõe sobre ela e cuja incidência produzirá um acréscimo semântico, um novo objeto: o produto da interpretação. Não se há falar em norma e norma interpretada como dois momentos fenomênicos distintos, porque é a dinâmica entre o intérprete e o signo que constitui a própria norma.

Interpretações não podem se fundar no gosto ou na preferência do hermeneuta. Interpretações adequadas, pelo menos. Em certo sentido, **uma interpretação adequada é uma descoberta**. O texto normativo carrega em si uma **intenção significativa** que, se não tem o condão de imobilizar o intérprete, **fixa as balizas para o seu movimento**, jamais podendo ser desprezada por ele. Minha predileção por **Cervantes** não me autoriza a identificar como **Dom Quixote** um ator que, não obstante vestindo armadura, portando lança e acompanhado de um escudeiro, sobe ao palco para representar o **Henrique V** exurgido da pena do bardo elisabetano.

Devemos respeitar o texto da Constituição, a partir do **consenso pragmático formado pela comunidade dos falantes e leitores da língua portuguesa, que dá significado às suas palavras**, e observada a tecnicidade dos conceitos jurídicos. As palavras da Constituição não são poesia, não são, como diria Dante, "*versi strani*"²⁵, acessíveis somente ao

24 DWORIN, Ronald. O Império do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

25 [Ó vós que tendes inteligência sadia,

atentai à doutrina que se esconde

sob o véu dos versos estranhos.]

(Dante, Inferno, IX, 61-63).

iniciado detentor de esotéricas ferramentas teóricas. Como bem aponta Umberto Eco, o intérprete não pode se impor como um “*Übermensch que realmente entende a verdade (...) que o autor não sabia*”²⁶.

17. Mas afinal, questiona-se, qual o conteúdo da presunção de inocência?

Trata-se, é certo, de princípio cardeal do processo penal em um **Estado Democrático de Direito**. Há registros de que, em uma formulação primária, no mesmo sentido do adágio *in dubio pro reo*, já era conhecido dos romanos.²⁷

Mesmo durante o **período sombrio** do processo inquisitivo na Europa continental, o princípio da presunção da inocência manteve alguma influência, já que a condenação criminal dependia de prova plena da responsabilidade criminal do acusado, “*clara como a luz do dia*” (*luce meridiana clariores*), para utilizar a expressão então corrente. Certamente, as distorções do modelo inquisitivo, com a submissão do processado ao exame sob tortura, impedem qualquer conclusão no sentido da compatibilidade daquele sistema com a presunção de inocência.

Em sua vertente moderna, o princípio da presunção de inocência tem seu berço histórico na Inglaterra. A adoção desde cedo, já a partir do século XIII, naquele país do julgamento pelo Júri levou à discussão acerca da avaliação crítica das provas e dos *standards* probatórios apropriados para uma condenação criminal. Passando por diversos critérios, chegou-se ao já conhecido *standard* da “*prova acima de qualquer dúvida razoável*” (“*beyond any reasonable doubt*”). Sobre a evolução histórica desse *standard*, destacam-se os trabalhos de SHAPIRO, Barbara J. *Beyond reasonable doubt and probable cause: Historical perspectives on de Anglo-American Law of Evidence*. Los Angeles: University of California Press, 1991, revelando a influência do pensamento filosófico moderno para a construção dele, e o de WHITMAN, James Q. *The origins of reasonable doubt: Theological roots of*

26 ECO, Umberto. *Interpretação e Superinterpretação*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2018.

27 Cfr.: LANGBEIN, John H. *The origins of adversary criminal trial: Oxford studies in modern legal history*. Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 261-262.

the criminal trial. New Haven, London: Yale University Press, 2008, com ênfase na **origem religiosa do standard**, especificamente na **teologia cristã da dúvida**.

Já em julgamentos do final do século dezoito, tal *standard* probatório pode ser encontrado em julgamentos na Inglaterra e nas então colônias norte-americanas. Nos julgamentos do Massacre de Boston de 1770, a Acusação invocou a fórmula. Em 1777, o *standard* teria sido utilizado pela Defesa em julgamento no Tribunal de Old Bailey, em Londres. Em julgamentos havidos entre 1783 a 1786 no mundo anglo-saxão, podem ser encontradas nas instruções dirigidas aos jurados diversas referências ao *standard*, assim como no julgamento de *Weedom* (1795), de *Glennan* (1796), no julgamento de 1798 de *Matthew Lyon* por sedição no Circuito do Distrito de Vermont e ainda no julgamento dos “*Insurgentes de Northampton*” perante a Corte do Circuito Federal, em 1799 a 1800, e assim cada vez mais frequentemente.

Entretanto, segundo Shapiro, o *standard* da “*prova acima de qualquer dúvida razoável*” não foi uniformemente aplicado no Direito anglo-saxão antes do século XIX.

O princípio da presunção da inocência, nessa versão moderna, tem um significado diverso do mero adágio *in dubio pro reo*, traduzindo, a formulação, a ideia de que a responsabilidade criminal deve ser provada acima de qualquer dúvida razoável, o que impõe, com acerto, um pesado ônus probatório à acusação.

Se a primeira consequência do princípio da presunção de inocência reside no fato de que o ônus probatório recai, fundamentalmente, sobre o Estado acusador, sabemos que ela de modo algum é a única. O princípio impõe também a racionalidade na administração das medidas de cautela. É o que decorre da tradição que foi iniciada com a Constituição da Virgínia, de 1776, e com a **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789**, esta última especificamente em seu **artigo 9º**:

“Dado que todo homem deve ser presumido inocente até que tenha sido declarado culpado, se se julgar indispensável detê-lo, todo rigor desnecessário para que seja efetuada a sua

detenção deve ser severamente reprimido pela lei.”

A presunção de inocência protege o processado, sob esse aspecto, de sofrer restrições desnecessárias a seus direitos antes de ser provada a sua responsabilidade criminal, ou seja, antes de ser julgado e sem ingressar aqui na questão da necessidade de este julgamento ser definitivo ou não.

O princípio sofreu abalos, na primeira metade do século XX, com a ascensão dos regimes autoritários na Europa. O Código de Processo Penal italiano de 1930, por exemplo, (o chamado Código Rocco), idealizado por Vincenzo Manzini sob os influxos autoritários do regime de Mussolini, repeliu completamente a presunção de inocência, tida pela ideologia jurídica então dominante como uma extravagância liberal, um incoerente excesso. Entre as principais justificativas dos juristas de antanho para a supressão da garantia, o cálculo consequencialista de que a maior parte dos imputados eram mesmo culpados.²⁸

Ainda que reabilitado o princípio pela Constituição republicana de 1947 (**art. 27, § 2º**)²⁹, verifica-se que *“sua desqualificação operada por mais de meio século pela doutrina processualista e o longo atraso na reforma do processo”*³⁰ deixaram marcas indeléveis no desenvolvimento posterior da cultura jurídica italiana.

18. Não se diga que o **art. 5º, XLI, da CF**, ao autorizar a prisão em **flagrante delito** ou por ordem escrita e **fundamentada** de autoridade competente, viabilize leitura segundo a qual a **presunção de inocência**, tal como dimensionada no **art. 5º, LVII, da CF**, não inibe a execução antecipada da pena.

De fato, qualquer que seja sua justificativa, *“o encarceramento”*, nas palavras da acadêmica, ativista feminista e autora de livros sobre o sistema prisional Angela Davis, *“é a própria negação da liberdade”*.

28 Cfr.: FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: teoria do garantismo penal. 4ª edição revista. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

29 “O réu será considerado não culpado enquanto não for proferida a pena definitiva.”

30 FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: teoria do garantismo penal. 4ª edição revista. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

Não obstante semelhantes nos seus efeitos, são inconfundíveis os conceitos de **prisão cautelar** e de **prisão pena**, e é preciso **distingui-las**.

A **pena** criminal é sanção imposta pelo Estado, legitimada pela sentença condenatória em **retribuição** à conduta tipificada como criminosa. É significativo que Pufendorf tenha incluído o predicado de ser *post cogtionem delicti* (posterior à cognição da infração) na própria definição de **pena**. O fundamento jurídico legitimador da pena não é outro senão a **culpa**: *nulla poena sine culpa*.

Medidas cautelares com efeitos penais, diversamente, embora produzam efeitos restritivos sobre a esfera de liberdade do acusado, não têm finalidade retributiva – não configuram modalidade de pena – e, por definição, **precedem** a culpa. Prisões dessa natureza têm caráter transitório e “*procuram resguardar determinados interesses humanos e sociais, relativos à instrução do processo criminal, à garantia da ordem pública, da ordem econômica ou para assegurar a efetiva aplicação da lei penal*”.³¹

As prisões provisórias – temporária e preventiva – enquanto medidas de cautela, se justificam, presentes as condições objetivas que as ensejam, pelo seu caráter eminentemente instrumental. Ainda que enfeixem consequências na esfera da liberdade individual do acusado, sua finalidade é sempre outra que não a punição do culpado (até mesmo porque culpado ainda não há). **Ao contrário da pena, a prisão cautelar necessariamente precede à declaração jurídica da culpa**. Não se confundem, todos o sabem, com a pena. Assim, *v.g.*, autoriza o **art. 312 do CPP** a prisão preventiva para a 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 de crime e indícios suficientes de autoria. Ademais, ainda que o texto constitucional estabeleça limites para a prisão, não veda nem limita a imposição de outras medidas cautelares.

Não se tratando de prisão de natureza **cautelar**, todavia o **fundamento** da prisão – a prisão pena – será a formação do que chamamos de **culpa**. E, segundo a norma expressa da Constituição, essa

31 DOTTI, René Ariel. Curso de Direito Penal: parte geral. 5ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

convicção somente pode irradiar efeitos normativos a partir do momento definido como o **trânsito em julgado da condenação criminal**.

Gostemos ou não, esta a escolha político-civilizatória manifestada pelo Poder Constituinte, e não reconhecê-la importa reescrever a Constituição para que ela espelhe o que gostaríamos que dissesse, em vez de a observarmos. O Supremo Tribunal Federal é o guardião do texto constitucional, não o seu autor.

O argumento de que a comprovação da culpa seria operação lógico-jurídica a se esgotar no âmbito da apreciação da prova, da conformação da conduta ao tipo, não se sustém. Sempre que a hipótese normativa construída pelo julgador para subsumir, no caso concreto, o quadro fático – este sabidamente inalterável em sede extraordinária – for, ela mesma, antijurídica, ou se maculado de vício o processo de formação da culpa, a questão será sim suscetível de se apresentar em sede extraordinária.

Tenho por inegável que o texto do art. 283 do CPP guarda higidez frente à ordem objetiva de princípios, valores e regras inscrita na Carta constitucional de 1988. Lembre-se a lição de Beccaria: “*do momento em que o juiz é mais severo do que a lei, ele é injusto*” (Dos Delitos e Das Penas).³²

19. Considerado o marco normativo internacional, o Artigo XI da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, não aparta a presunção de inocência da estrita observância do princípio da legalidade pelos ordenamentos jurídicos dos Estados nacionais. *In verbis*:

“Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser **presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei**, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.” (destaquei)

No **Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional**, a presunção

32

BECCARIA, Cesare. Dos Delitos e das Penas.

de inocência aparece dimensionada no artigo 66, que estabelece que, *“para proferir sentença condenatória, o Tribunal deve estar convencido de que o acusado é culpado, além de qualquer dúvida razoável”*.

Aprovada na IX Conferência Internacional Americana, em Bogotá, também em 1948, a **Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem** assegura, nos Artigos XXV e XXVI, que *“ninguém poderá ser privado da sua liberdade, a não ser nos casos previstos pelas leis e segundo as praxes estabelecidas pelas leis já existentes”* e que *“parte-lhe do princípio que todo acusado é inocente, até provar-se-lhe a culpabilidade”*. Novamente a tônica, aqui, é a legalidade.

A seu turno, o **Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos**, adotado na XXI Sessão da Assembleia-Geral das Nações Unidas, em 1966, e incorporado à ordem jurídica brasileira pelo **Decreto nº 592/1992**, dispõe, no seu art. 14, que *“qualquer pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma a sua inocência até que se prove a sua culpa conforme a lei”*.

O conteúdo do **artigo 8, parágrafo 2, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)**, incorporada pelo **Decreto nº 678/1992**, é praticamente o mesmo: *“Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa.”* Praticamente idêntico, aliás, é o conteúdo do **artigo 6º, item 2, da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, de 1950**, segundo o qual *“toda pessoa acusada de um crime deve ser presumida inocente até que seja provada a sua culpa segundo a lei”*.

No julgamento do caso *Suárez Rosero Vs. Equador*, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, interpretando o citado **artigo 8.2 da Convenção Americana**, assentou o entendimento de que **antecipar a execução da pena à devida comprovação da culpabilidade, nos termos da lei doméstica, traduz procedimento contrário aos princípios gerais de direito universalmente reconhecidos**. Colho excerto:

“Esta Corte considera que ao princípio da presunção de inocência subjaz o propósito das garantias judiciais, ao afirmar que uma pessoa é inocente até que sua culpabilidade seja demonstrada. Do disposto no artigo 8.2 da Convenção

deriva a **obrigação estatal de não restringir a liberdade do detido além dos limites estritamente necessários para assegurar que não impedirá o desenvolvimento eficiente das investigações e que não evitará a ação da justiça, pois a prisão preventiva é uma medida cautelar, não punitiva.** Este conceito está expresso em múltiplos instrumentos do Direito Internacional dos Direitos Humanos e, entre outros, no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, que dispõe que a prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral (artigo 9.3). **Caso contrário, estar-se-ia cometendo uma injustiça ao privar de liberdade pessoas cuja responsabilidade criminal não foi estabelecida, por um prazo desproporcional à pena que corresponderia ao crime imputado. Seria o mesmo que antecipar uma pena à sentença, o que é contrário aos princípios gerais do direito universalmente reconhecidos."**

O que entendeu a Corte Interamericana, no caso, é que, **uma vez adotado, no marco legal do Estado, um determinado procedimento para reconhecimento da culpa, este procedimento, desde que forneça suficientes garantias ao devido processo legal e ao direito de ampla defesa, deve ser observado necessariamente, não podendo o Estado deixar de observar as garantias legais por ele mesmo asseguradas.**

É importante ressaltar que, pela sua própria natureza, dependente de delicados consensos, o direito internacional dos direitos humanos afirma pisos proativos, patamares civilizatórios mínimos, sendo absolutamente despropositado invocar instrumentos internacionais asseguradores de liberdades subjetivas como barreiras de contenção do desenvolvimento nacional dos regimes de liberdades, como normas fixadoras de limites para os direitos viáveis. Tanto é que prevalece, nessa seara, o princípio *pro homine*, segundo o qual **tem precedência, em caso de eventual conflito entre o parâmetro de proteção previsto na normativa internacional e aquele assegurado no direito doméstico, a que oferecer a mais ampla proteção ao direito subjetivo, conforme já reconhecido por esta Casa em precedente histórico do nosso ilustre**

decano, no HC 90450 (Segunda Turma, julgamento em 23.9.2008), cuja ementa transcrevo:

“(…) HERMENÊUTICA E DIREITOS HUMANOS: A NORMA MAIS FAVORÁVEL COMO CRITÉRIO QUE DEVE REGER A INTERPRETAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. - Os magistrados e Tribunais, no exercício de sua atividade interpretativa, especialmente no âmbito dos tratados internacionais de direitos humanos, devem observar um princípio hermenêutico básico (tal como aquele proclamado no Artigo 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos), consistente em atribuir primazia à norma que se revele mais favorável à pessoa humana, em ordem a dispensar-lhe a mais ampla proteção jurídica. - O Poder Judiciário, nesse processo hermenêutico que prestigia o critério da norma mais favorável (que tanto pode ser aquela prevista no tratado internacional como a que se acha positivada no próprio direito interno do Estado), deverá extrair a máxima eficácia das declarações internacionais e das proclamações constitucionais de direitos, como forma de viabilizar o acesso dos indivíduos e dos grupos sociais, notadamente os mais vulneráveis, a sistemas institucionalizados de proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana, sob pena de a liberdade, a tolerância e o respeito à alteridade humana tornarem-se palavras vãs. - Aplicação, ao caso, do Artigo 7º, n. 7, c/c o Artigo 29, ambos da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica): um caso típico de primazia da regra mais favorável à proteção efetiva do ser humano.” (HC 90450, Relator Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, julgamento em 23.9.2008, DJe 06.2.2009, destaquei)

O princípio da primazia da norma mais favorável foi positivado no **Artigo 29, “b”, na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica)**, preceito que proíbe categoricamente seja ela interpretada como limite ao gozo ou exercício de qualquer direito

ou liberdade reconhecido de acordo com as leis do Estado-parte.³³ Em decorrência, é um verdadeiro *non sequitur* afirmar que, se a Convenção, no seu **Artigo 8, § 2** – ou, para esses fins, qualquer outro instrumento internacional assegurador de liberdades subjetivas – não dá à presunção de inocência a dimensão que lhe Confere a Constituição brasileira, não poderia o seu autor, o Poder Constituinte, legitimamente fazê-lo.

20. A Constituição de 1988 não assegura uma presunção de inocência meramente principiológica. Ainda que não o esgote, ela delimita o âmbito semântico do conceito legal de culpa, para fins de condenação criminal, na ordem jurídica por ela estabelecida. E o faz ao afirmar **categoricamente** que a **culpa supõe o trânsito em julgado**. Em outras palavras, a **presunção de inocência, a assegurada nos instrumentos internacionais, lida segundo a ótica da Constituição, perdura, íntegra, enquanto não transitar em julgado a decisão condenatória**. E não se está aqui a confundir culpa com prisão, considerada a distinção entre a prisão pena e as prisões cautelares.

E o que vem a ser, a rigor, o tão falado trânsito em julgado?

O trânsito em julgado é o momento do processo em que a decisão adquire, como predicado, o caráter de **definitividade** ao passar à situação jurídica conhecida como **coisa julgada**. Nas palavras de Barbosa Moreira:

“Por “trânsito em julgado” entende-se a passagem da sentença da condição de mutável à de imutável. (...) Tal momento é aquele em que cessa a possibilidade de impugnar-se a sentença por meio de recurso. (...)”

O trânsito em julgado é, pois, fato que marca o início de uma situação jurídica nova, caracterizada pela existência da

33 “Artigo 29. Normas de interpretação. Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de: (...) b. limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados.”

coisa julgada – formal ou material, conforme o caso. (...)”³⁴

Considerada a conformação específica dada pela Constituição brasileira ao princípio da presunção de inocência – qual seja, a de assegurá-la até o trânsito em julgado ou a irrecorribilidade do título condenatório–, qualquer tentativa de assimilação da ordem jurídica pátria a **razões de direito** comparado em relação a ordenamentos jurídicos que, por mais merecedores de admiração que sejam, **não contemplam figura normativa-constitucional análoga**, não se justifica.

De outra parte, ainda que se pretendesse relativizar a densidade normativa do **art. 5º, LVII, da CF**, despindo-o da sua literalidade, não seria possível identificar, no **art. 283 do CPP**, qualquer ofensa a este ou a qualquer outro preceito constitucional.

Em face de ato normativo editado pelo Poder Legislativo com exegese plenamente compatível com o parâmetro constitucional de controle, a tônica do exame de constitucionalidade deve ser a deferência da jurisdição constitucional à interpretação empreendida pelo ente legislativo.

Não cabe ao Poder Judiciário, no exercício do controle jurisdicional da exegese conferida pelo Legislador a uma garantia constitucional, simplesmente substituí-la pela sua própria interpretação da Constituição.

O direito processual penal tem como norte a maior das garantias constitucionais, que é a observância, na tutela constitucional da liberdade, do devido processo legal. A Constituição assegura, expressamente, que *“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”*. Uma vez adotado, pelo legislador infraconstitucional, marco normativo que, longe de a ela se contrapor, visa a assegurar a **máxima efetividade da garantia constitucional da presunção de inocência**, e guarda com a Lei Fundamental absoluta consonância, não pode o intérprete da norma constitucional ceifar-lhe o potencial humanizador.

34 MOREIRA, Barbosa. Ainda e sempre a coisa julgada. In Doutrinas Essenciais de Processo Civil - vol. 6, Out / 2011, 1704, p. 679.

Malgrado fortes razões de índole social, ética e cultural amparem seriamente a necessidade de que sejam buscados desenhos institucionais e mecanismos jurídico-processuais cada vez mais aptos a responder, com eficiência, à exigência civilizatória que é o debelamento da impunidade, não há como, do ponto de vista normativo-constitucional vigente – cuja observância irrestrita também traduz em si mesma uma exigência civilizatória –, afastar a higidez de preceito que institui garantia, em favor do direito de defesa e da garantia da presunção de inocência, plenamente assimilável ao texto magno. Nas palavras do Justice Louis Brandeis, “*no exercício desse elevado poder, devemos nos manter sempre em guarda, para não erigirmos nossos preconceitos em princípios jurídicos*”.³⁵ Temos o poder-dever de invalidar leis cujos conteúdos sejam contrários à Constituição, mas não fomos investidos de autoridade para negar vigência à própria Constituição.

A sociedade reclama, e com razão, que processo penal ofereça uma resposta célere e efetiva. Tal exigência, no entanto, não pode ser atendida ao custo da **supressão das garantias fundamentais** asseguradas no Texto Magno, garantias estas lá encartadas para proteger do arbítrio e do abuso os membros dessa mesma sociedade.

As reflexões calcadas no aspecto da eficiência, nos *topoi* do direito comparado, na urgência do quadro social ou na preferência, dogmática ou ideológica, por determinados modelos de racionalidade processual em detrimento de outros, são pertinentes. Somente se legitimam normativamente, todavia, *de lege ferenda* ou *de constitutione ferenda*.

21. Não me impressiona o argumento de que não seria razoável submeter o início da execução provisória ou antecipada das privativas de liberdade à última palavra dos Tribunais Superiores porque **não é disso que se trata**. Sem embargo das vicissitudes que emperram nosso sistema processual, a maior parte das condenações transita em julgado nas instâncias ordinárias e, dos recursos de natureza extraordinária, a imensa maioria tem seu seguimento negado sumariamente. Problemas e

35

New State Ice Co. v. Liebmann (285 U.S. 262).

ADC 43 / DF

distorções decorrentes da estrutura normativa penal e processual penal – tais como o frequentemente extenso lapso entre o início da persecução penal e o início do cumprimento da pena privativa de liberdade – devem ser resolvidos não pela supressão de garantias, e sim mediante o aperfeiçoamento da legislação processual penal pertinente, insisto.

Tampouco favorece o devido equacionamento da questão pautar-se o debate em utilizações de dados com intenções alarmantes e argumentos *ad terrorem*. Nesse sentido, prestou relevante serviço público o **Conselho Nacional de Justiça** ao esclarecer que o número de eventuais beneficiados por uma declaração de constitucionalidade do art. 283 do CPP não ultrapassaria 4,8 mil presos, o que corresponde a apenas 2,5% do número de 190 mil anteriormente ventilado.

Lembro Kaváfis, em *À Espera dos Bárbaros*:

O que esperamos na ágora reunidos?

É que os bárbaros chegam hoje.

(...)

Por que subitamente esta inquietude?

(Que seriedade nas fisionomias!)

*Por que tão rápido as ruas se esvaziam
e todos voltam para casa preocupados?*

*Porque é já noite, os bárbaros não vêm
e gente recém-chegada das fronteiras
diz que não há mais bárbaros.*

Sem bárbaros o que será de nós?

Ah! eles eram uma solução.

22. Julgo procedentes as ações declaratórias para declarar a constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, na redação conferida pela Lei nº 12.403/2011.

É como voto.