

17/10/2019

PLENÁRIO

**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**

ADC 43 / DF

	CRIMINALISTAS - ABRACRIM
ADV.(A/S)	: ALEXANDRE SALOMÃO
AM. CURIAE.	: INSTITUTO DE GARANTIAS PENAIAS - IGP
ADV.(A/S)	: ANTONIO CARLOS DE ALMEIDA CASTRO

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Adoto, como relatório, as informações prestadas pelo assessor Eduardo Ubaldo Barbosa:

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

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

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

profissionais atuantes na esfera do Direito criminal. Ainda no tocante ao cabimento, postula, sucessivamente, o recebimento da ação como arguição de descumprimento de preceito fundamental.

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

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

Enfatiza ter o Tribunal, na apreciação da medida cautelar na arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 347, da relatoria de Vossa Excelência, consignado o estado de coisas inconstitucional no sistema carcerário brasileiro. Conforme assinala, o pronunciamento no *habeas corpus* nº 126.292 implicará o agravamento da condição das unidades carcerárias. Sustenta que, se não proclamada a compatibilidade, do artigo 283 do Código de Processo Penal com a Constituição Federal, deve ser o dispositivo declarado ainda constitucional,

enquanto perdurar a situação precária das penitenciárias. Refere-se ao julgamento da ação direta de inconstitucionalidade nº 2.415, relator o ministro Carlos Ayres Britto, acórdão publicado no Diário da Justiça do dia 28 de setembro de 2012. Aduz, sucessivamente, que, em situações de prisão provisória, não de ser adotadas medidas alternativas à custódia, até que suplantado o estado atual dos estabelecimentos prisionais.

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

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

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

Requeru, liminarmente, não fossem deflagradas novas execuções provisórias de sanção de custódia até o julgamento final deste processo, bem como fossem suspensas as que já estiverem em curso, libertando-se os cidadãos recolhidos sem a preclusão maior do ato condenatório. Sucessivamente, buscou fosse determinado, mediante interpretação conforme à Constituição Federal, a aplicação analógica de medidas alternativas à prisão de acusados com pronunciamento condenatório não transitado em julgado, citando o artigo 319 do Código de Processo Penal. Pediu, caso não acolhidos os pleitos anteriores, o condicionamento da execução provisória da pena à apreciação do recurso especial pelo Superior Tribunal de Justiça.

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

bem assim que a execução antecipada da pena seja condicionada à análise do recurso especial pelo Superior Tribunal de Justiça.

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

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

Assevera a validade do artigo 283 do Código de Processo Penal, com alicerce na tese da constitucionalidade espelhada, segundo a qual reconhecida a compatibilidade de norma infraconstitucional no que reproduz previsão da Constituição Federal. Conforme aduz, o preceito em jogo não é apenas compatível com a Constituição Federal mas também replica o texto. Enfatiza que este Tribunal, ao analisar o *habeas* de nº 126.292, esvaziou o artigo 5º, inciso LVII, da Lei Maior,

efetuando mutilação inconstitucional.

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

O Pleno, no dia 5 de outubro de 2016, deixou de implementar liminar, oportunidade na qual Vossa Excelência ficou vencido. O acórdão ficou assim resumido:

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

1. No julgamento do *Habeas Corpus* 126.292/SP, a composição plenária do Supremo Tribunal Federal

retomou orientação antes predominante na Corte e assentou a tese segundo a qual *A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal*.

2. No âmbito criminal, a possibilidade de atribuição de efeito suspensivo aos recursos extraordinário e especial detém caráter excepcional (art. 995 e art. 1.029, § 5º, ambos do CPC c/c art. 3º e 637 do CPP), normativa compatível com a regra do art. 5º, LVII, da Constituição da República. Efetivamente, o acesso individual às instâncias extraordinárias visa a propiciar a esta Suprema Corte e ao Superior Tribunal de Justiça exercer seus papéis de estabilizadores, uniformizadores e pacificadores da interpretação das normas constitucionais e do direito infraconstitucional.

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

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

5. A irretroatividade figura como matéria atrelada à aplicação da lei penal no tempo, ato normativo idôneo a inovar a ordem jurídica, descabendo atribuir ultratividade a compreensões jurisprudenciais cujo objeto não tenha reflexo na compreensão da ilicitude das condutas. Na espécie, o debate cinge-se ao plano processual, sem

reflexo, direto, na existência ou intensidade do direito de punir, mas, tão somente, no momento de punir.

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

7. Medida cautelar indeferida.

Vossa Excelência, em 22 de agosto de 2017, solicitou informações, a manifestação da Advocacia-Geral da União e o parecer da Procuradoria-Geral da República.

O Presidente da República sustenta a compatibilidade, com a Lei Maior, do artigo 283 do Código de Processo Penal. Afirma que o preceito reproduz norma constitucional originária, buscando harmonizar o Direito Processual Penal ao ordenamento constitucional. Segundo destaca, “a presunção de inocência é direito fundamental”, surgindo a prisão como exceção. Diz ter este Tribunal adotado, em 2009, entendimento no sentido de o princípio da não culpabilidade mostrar-se incompatível com a execução da sentença antes do trânsito em julgado da condenação. Aponta a alteração da óptica no julgamento do *habeas corpus* nº 126.292, conforme orientação jurisprudencial firmada anteriormente. Reporta-se à manifestação do Ministério da Justiça, a tratar das alterações realizadas no Código de Processo Penal pela Lei nº 12.403/2011, direcionadas ao implemento de soluções alternativas à prisão.

A Advocacia-Geral da União ressalta que o preceito objeto desta ação decorre do versado no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, sendo vedado ao legislador ordinário exceder os limites semânticos postos por esta. Cita casos de revisão de decisões condenatórias pelos Tribunais Superiores.

Discorre sobre o tratamento jurisprudencial conferido ao tema no âmbito do Supremo. Assevera que o assentado no *habeas corpus* nº 126.292 não representou uniformização da jurisprudência. Aduz serem impertinentes os verbetes nº 716 e 717 da Súmula deste Tribunal, relativos à possibilidade de progressão de regime considerado o tempo de custódia cautelar. Assinala a impropriedade da utilização abusiva de recursos com o fim de afastar o início do cumprimento da pena, devendo tal prática ser coibida diante do caso concreto.

O Senado Federal aponta a constitucionalidade do dispositivo. Argumenta vedar a Constituição a execução de pena anterior ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Salieta que o princípio da não culpabilidade também está inscrito na Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas e no Pacto de São José da Costa Rica. Realça tratar-se de questão a ultrapassar o âmbito penal, aludindo ao decidido pelo Supremo no recurso extraordinário nº 482.006, relator o ministro Ricardo Lewandowski, acórdão publicado no Diário da Justiça de 14 de dezembro de 2007.

Vossa Excelência, em 5 de dezembro de 2017, acionou o disposto no artigo 20 da Lei nº 9.868/1999, liberando os processos para inserção na pauta dirigida do Pleno.

Em manifestação, a Procuradoria-Geral da República opina pela inadmissão das ações ante a perda superveniente de interesse e utilidade. Refere-se ao exame, pelo Plenário Virtual, do recurso extraordinário com agravo nº 964.246, no qual reafirmada, por maioria, a conclusão assentada no *habeas corpus* nº 126.292. Aponta a inexistência de controvérsia judicial a autorizar a formalização de ação declaratória de constitucionalidade, citando o inciso III do artigo 14 da Lei nº 9.868/1999. Discorre sobre os efeitos dos precedentes firmados em julgamentos de recursos submetidos ao rito da repercussão

geral, os quais, afirma, ostentam eficácia vinculante, não comportando superação quando ausentes os pressupostos justificadores, sob pena de comprometimento da estabilidade, coerência e previsibilidade do Direito. Relativamente ao mérito, destaca a inconstitucionalidade parcial do artigo 283 do Código de Processo Penal, no que vedada a execução provisória da pena. Sublinha tratar-se de medida compatível com a garantia do duplo grau de jurisdição e o princípio da não culpabilidade, revelando-se harmônica com o artigo 5º, inciso LVII, da Constituição de 1988. Conforme assevera, o impedimento à execução provisória da pena contribui para a disfuncionalidade do sistema penal brasileiro, reforçando efeitos tidos como colaterais, tais como o manejo estratégico de recursos protelatórios.

Em 29 de março de 2019, a Advocacia-Geral da União voltou a manifestar-se, revendo entendimento anterior. Postula seja atribuída ao artigo 283, cabeça, do Código de Processo Penal, interpretação conforme à Lei Maior, no sentido de ser “coerente com a Constituição o principiar de execução criminal quando houver condenação assentada em segundo grau de jurisdição, salvo atribuição expressa de efeito suspensivo ao recurso cabível”. Os fundamentos ficaram assim resumidos:

Execução provisória de condenação penal. Artigo 283, caput, do Código de Processo Penal. A Constituição reserva tónicas normativas distintas para “presunção de inocência” (tratamento processual justo) e “vedação de prisões arbitrárias”. A garantia do artigo 5º, LVII, não viabiliza, nem mesmo por intermediação legislativa, uma associação inflexível entre “execução antecipada da pena” e “prisão arbitrária”. Fosse assim, o conceito de crime inafiançável não faria sentido. Conferir interpretação hipergarantista à presunção de inocência equivale a embotar os direitos fundamentais de vítimas e o valor do sistema de justiça para a coesão social. A revisão

jurisprudencial de 2016 repõe senso de coerência normativa na proteção dos bens jurídicos básicos da sociedade.

No dia 18 de abril de 2018, foi distribuída a Vossa Excelência, por prevenção, a ação declaratória de constitucionalidade nº 54, ajuizada pelo Partido Comunista do Brasil – PCdoB levando em conta a identidade de objeto com relação às declaratórias de nº 43 e 44, na forma do artigo 77-B do Regimento Interno do Supremo. A peça veio subscrita pelo Pensador e Mestre de tantos mestres Celso Antonio Bandeira de Mello e pelos profissionais da advocacia Weida Zancaner Bandeira de Mello, Geraldo Prado, Michel Saliba Oliveira, Gabriel de Carvalho Sampaio e Paulo Machado Guimarães.

Nessa, busca-se, igualmente, seja assentada a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal, afirmando a existência de fato novo a respaldar, mesmo no campo precário e efêmero, mais uma manifestação deste Tribunal. Aponta a sinalização da maioria dos integrantes do Supremo no sentido de vedar-se a determinação de execução provisória e automática da sanção quando não proclamado o preenchimento dos requisitos versados no artigo 312 do Código de Processo Penal, bem assim de rever-se a óptica adotada por ocasião da apreciação, na Sessão Plenária de 5 de outubro de 2016, dos pedidos de implemento de medida acauteladora formulados nas peças primeiras das ações declaratórias de constitucionalidade nº 43 e 44.

Menciona a alteração no entendimento quanto à viabilidade de execução provisória, no âmbito penal, de decisão condenatória em sede de apelação, a partir do exame do *habeas corpus* nº 126.292, relator o ministro Teori Zavascki, com acórdão publicado no Diário da Justiça de 17 de maio de 2016, e, posteriormente, quando da análise, sob a sistemática da repercussão geral e no denominado Plenário Virtual, do recurso

extraordinário com agravo nº 964.246, relator o ministro Teori Zavascki, acórdão veiculado no Diário da Justiça do dia 25 de novembro seguinte. Diz da necessidade de o Tribunal pronunciar-se, no campo do controle concentrado, sobre a compatibilidade, com a Lei Maior, da norma em jogo.

Sublinha que, mesmo não sendo possível assegurar-se a existência de maioria formada em favor da conclusão de condicionar-se o início do cumprimento da sanção ao trânsito em julgado do título condenatório, a posição majoritariamente compartilhada pelos Ministros consolidou-se pela imprescindibilidade de fundamentar-se a custódia em momento anterior à preclusão maior da condenação, mostrando-se inconstitucional determinação automática, exemplificada no verbete nº 122 da Súmula do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, de execução da pena após formalizado acórdão condenatório em grau de apelação.

Requeru, liminarmente, fosse impedida a deflagração de novas execuções provisórias de pena de prisão até o julgamento final do contido neste processo e nos alusivos às citadas ações declaratórias, bem assim suspensas as que já estiverem em curso, libertando-se os cidadãos recolhidos antes da preclusão maior do ato condenatório. Sucessivamente, buscou afastar e tornar sem efeito qualquer decisão a revelar a execução antecipada de sanção quando ausente fundamentação lastreada no artigo 312 do Código de Processo Penal, suspendendo-se a eficácia do enunciado nº 122 da Súmula do Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

Pede, em definitivo, a declaração de constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal. Caso não acolhido o pleito, pretende seja proclamada a necessidade de motivação individualizada e à luz dos pressupostos do artigo 312 do referido Código para ter-se a prisão. Postula, sucessivamente, a atribuição de interpretação conforme à Constituição, a fim de

ADC 43 / DF

condicionar-se a execução de título penal condenatório à análise, pelo Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso especial, da causa.

Em 19 de abril de 2018, considerado o versado nos artigos 21 da Lei nº 9.868/1999 e 21, inciso IV, do Regimento Interno, Vossa Excelência pediu dia para inclusão, na pauta dirigida do Pleno, da apreciação do pleito de liminar formulado na peça primeira da ação declaratória de nº 54. Não tendo ocorrido o pregão em momento anterior ao encerramento do segundo Semestre Judiciário de 2018 e, via de consequência, do início do período do recesso, implementou, em 19 de dezembro, medida de urgência para, reconhecendo a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal, determinar a suspensão de execução de pena cuja decisão a encerrá-la ainda não haja transitado em julgado, bem assim a soltura daqueles que tenham sido presos, ante exame de apelação, reservando-se o recolhimento aos casos verdadeiramente enquadráveis no artigo 312 do mencionado diploma processual.

Ato contínuo, o Presidente do Tribunal, no âmbito do processo revelador da suspensão de liminar nº 1.188, ajuizada pela Procuradoria-Geral da República, deferiu medida acauteladora para “suspender os efeitos da decisão proferida nesta data, nos autos da ADC nº 54, até que o colegiado maior aprecie a matéria de forma definitiva, já pautada para o dia 10 de abril do próximo ano judiciário, consoante calendário de julgamento publicado no DJe de 19/12/2018”.

Abro, aqui, um parêntese, aditando o relatório já distribuído: é inconcebível visão totalitária e autoritária no Supremo. Os integrantes ombreiam; apenas têm acima o Colegiado. O Presidente é coordenador, e não superior hierárquico dos pares. Coordena, simplesmente coordena os trabalhos do Colegiado. Fora isso, é desconhecer a ordem jurídica, a Constituição Federal, as leis e o Regimento Interno, enfraquecendo a Instituição, afastando a legitimidade das decisões que profira.

ADC 43 / DF

Tempos estranhos em que verificada, até mesmo, a autofagia. Aonde vamos parar!

Faço justiça ao atual Presidente, no que, de cambulhada, suspendeu não só a liminar na ação declaratória de nº 54, como também as tutelas de urgência, por mim formalizadas, após o encerramento do segundo Semestre Judiciário de 2018 – portanto, regimentalmente –, na ação direta de inconstitucionalidade nº 5.942 e no mandado de segurança nº 36.169, requeridas as suspensões, respectivamente, pela PETROBRAS e pela Mesa Diretora do Senado Federal, e que implicaram, de um lado, o afastamento das regras a flexibilizarem a cessão, pela Sociedade de Economia Mista, de direitos de exploração, desenvolvimento e produção de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos e, de outro, a votação aberta para a eleição dos cargos da Mesa daquela Casa Legislativa relativamente ao primeiro biênio da 56ª Legislatura.

Faço justiça observando que, nada obstante estranha ao regular funcionamento institucional do Tribunal, tal prática não é inédita, considerada a história recente do Supremo.

Em 17 de dezembro de 2009, deferi liminar no *habeas corpus* nº 101.985 para afastar a eficácia de decisão judicial do Regional Federal da 2ª Região consubstanciada em “ordem peremptória de entrega do paciente [Sean Goldman] ao Consulado americano na cidade do Rio de Janeiro em 48 horas”.

Ato contínuo, em 22 de dezembro imediato, o então presidente, ministro Gilmar Mendes, implementou, no âmbito do mandado de segurança nº 28.524 impetrado pela União, medida acauteladora “para sustar os efeitos da decisão liminar proferida pelo Ministro relator do HC n. 101.985/RJ, do Supremo Tribunal Federal, restaurando-se os efeitos da decisão proferida pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região na Apelação Cível n.º 2008.51.01.018422-0”, permitindo, assim, a entrega do infante ao genitor norte-americano.

Mais recentemente, em 28 de setembro de 2018, o atual vice-presidente, ministro Luiz Fux, no exercício da Presidência, deferiu, na suspensão de liminar nº 1.178, ajuizada pelo Partido NOVO, pedido de

ADC 43 / DF

tutela de urgência para suspender os efeitos do pronunciamento formalizado pelo ministro Ricardo Lewandowski na reclamação nº 32.035 determinando “que o requerido Luiz Inácio Lula da Silva se abstenha de realizar entrevista ou declaração a qualquer meio de comunicação, seja a imprensa ou outro veículo destinado à transmissão de informação para o público em geral”, bem assim que, “caso qualquer entrevista ou declaração já tenha sido realizada por parte do aludido requerido, a proibição da divulgação do seu conteúdo por qualquer forma, sob pena da configuração de crime de desobediência”.

Retomo as informações prestadas pela assessoria:

Em 4 de abril de 2019, em virtude de pedido de adiamento subscrito pelo Presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB, o Ministro Presidente procedeu à exclusão desta ação e das declaratórias de nº 44 e 54 da pauta de julgamentos do Pleno.

No dia 11 de abril de 2019, ante o decurso do tempo e o fato de o processo revelador da declaratória de nº 54 já se encontrar devidamente aparelhado para a apreciação definitiva da controvérsia constitucional submetida ao crivo do Supremo, Vossa Excelência liberou-o para inserção na pauta dirigida do Plenário visando o exame de mérito, determinando fosse apensado aos processos das ações autuadas sob os nº 43 e 44.

É o relatório, a ser juntado ao processo eletrônico e distribuído, com antecedência, aos integrantes do Colegiado e à Procuradoria-Geral da República.

**AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE 43 DISTRITO
FEDERAL**

V O T O

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Vivenciamos dias incertos sob o ângulo republicano. Explico: O requerente da ação declaratória de constitucionalidade nº 43, outrora Partido Ecológico Nacional, hoje Partido Patriota, manifestou-se, da tribuna, no sentido da inconstitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal, contrariando o pedido inicial.

A Advocacia-Geral da União mudou, conforme consta do relatório, o enfoque, a manifestação, ignorando, por sinal, a atribuição constitucional de curadora da lei, cumprindo-lhe a defesa do ato ou texto impugnado, na forma do artigo 103, § 3º, da Constituição Federal.

Na segunda-feira, 21 do corrente mês, encaminhei aos Colegas o Ofício nº 13/2019-GB/MA, com o seguinte teor:

Já se disse que o julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43, 44 e 54 é o do Ano Judiciário de 2019.

A visão que tenho sobre o tema em discussão é – desde sempre – conhecida. A reiterarei quando apreciado o *Habeas Corpus* nº 126.292, no que, em 2016, implicou mudança da jurisprudência sedimentada a partir do *Habeas Corpus* nº 84.078, relator o proficiente ministro Eros Grau, julgado em 5 de fevereiro de 2009.

Daí permitir-me encaminhar relatório e voto, ainda a proferir, nas referidas Declaratórias, sendo redundância reafirmar o respeito que tenho, há mais de 40 anos de atuação em colegiado julgador, pelo convencimento de cada qual dos colegas magistrados.

Desde sempre, implemento a resistência democrática e republicana na matéria. Em incontáveis *habeas corpus*, ação de envergadura constitucional maior, no que voltada a preservar a liberdade de ir e vir do cidadão, implementei tutela de urgência, liminar, medida acauteladora,

ADC 43 / DF

ressaltando:

Não se pode potencializar o decidido, pelo Pleno, no *habeas corpus* nº 126.292, por maioria, em 17 de fevereiro de 2016. Precipitar a execução da sanção importa antecipação de culpa, por serem indissociáveis. Conforme dispõe o inciso LVII do artigo 5º da Constituição Federal, “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, ou seja, a culpa surge após alcançada a preclusão maior. Descabe inverter a ordem natural do processo-crime – apurar para, selada a culpa, prender, em verdadeira execução da sanção.

O Tribunal, ao apreciar a referida impetração, não pôs em xeque a constitucionalidade nem colocou peias à norma contida na cabeça do artigo 283 do Código de Processo Penal, segundo a qual “ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou preventiva”.

Custódia provisória concebe-se cautelarmente, associada ao flagrante, à temporária ou à preventiva, e não a título de sanção antecipada. A redação do preceito remete à Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011, revelando ter sido essa a opção do legislador. Ante o forte patrulhamento vivenciado nos dias de hoje, fique esclarecido que, nas ações declaratórias de constitucionalidade nº 43 e 44, nas quais questionado o mencionado dispositivo, o Pleno deixou de implementar liminar.

A execução antecipada pressupõe garantia do Juízo ou a viabilidade de retorno, alterado o título executivo, ao estado de coisas anterior, o que não ocorre em relação à custódia. É impossível devolver a liberdade perdida ao cidadão.

O fato de o Tribunal, no denominado Plenário Virtual, atropelando os processos objetivos acima referidos, sem declarar, porque não podia fazê-lo em tal campo, a

inconstitucionalidade do artigo 283 do aludido Código, e, com isso, confirmando que os tempos são estranhos, haver, em agravo que não chegou a ser provido pelo relator, ministro Teori Zavascki – agravo em recurso extraordinário nº 964.246, formalizado, por sinal, pelo paciente do *habeas corpus* nº 126.292 –, a um só tempo, reconhecido a repercussão geral e “confirmado a jurisprudência”, assentada em processo único – no citado *habeas corpus* –, não é obstáculo ao acesso ao Judiciário para afastar lesão a direito, revelado, no caso, em outra cláusula pétrea segundo a qual “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” – incisos XXXV e LVII do artigo 5º da Carta da República.

Ao tomar posse neste Tribunal, há 29 anos, jurei cumprir a Constituição Federal, observar as leis do País, e não a me curvar a pronunciamento que, diga-se, não tem efeito vinculante. De qualquer forma, está-se no Supremo, última trincheira da Cidadania, se é que continua sendo. O julgamento virtual, a discrepar do que ocorre em Colegiado, no verdadeiro Plenário, o foi por 6 votos a 4, e o seria, presumo, por 6 votos a 5, houvesse votado a ministra Rosa Weber, fato a revelar encontrar-se o Tribunal dividido. A minoria reafirmou a óptica anterior – eu próprio e os ministros Celso de Mello, Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli. Tempos estranhos os vivenciados nesta sofrida República! Que cada qual faça a sua parte, com desassombro, com pureza d’alma, segundo ciência e consciência possuídas, presente a busca da segurança jurídica. Esta pressupõe a supremacia não de maioria eventual – conforme a composição do Tribunal –, mas da Constituição Federal, que a todos, indistintamente, submete, inclusive o Supremo, seu guarda maior. Em época de crise, impõe-se observar princípios, impõe-se a resistência democrática, a resistência republicana. De todo modo, há sinalização de a matéria vir a ser julgada, com a possibilidade, consoante noticiado pela imprensa, de um dos que formaram na corrente majoritária – e o escore foi de 6 a 5 – vir a evoluir.

Destaco ter liberado, em 4 de dezembro de 2017, para

ADC 43 / DF

inserção na pauta dirigida do Pleno, ato situado no campo das atribuições da Presidência, as ações declaratórias de constitucionalidade nº 43 e 44, visando o exame de mérito, bem como, em 19 de abril de 2018, a de nº 54 para análise do pedido de liminar. Os processos apenas foram incluídos, pela Presidência, na pauta da Sessão Plenária do dia 10 de abril de 2019, tendo sido, posteriormente, excluídos do calendário de julgamento, sem nova designação de data. Ressalte-se que a última está lastreada em fato novo – a evolução na manifestação do ministro Gilmar Mendes, no exame do *habeas corpus* nº 152.752, relator ministro Edson Fachin –, a retratar a revisão da óptica que ensejou escassa maioria.

As ações declaratórias de nº 43, 44 e 54 versam o reconhecimento, tendo em vista o figurino do artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, da constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal, no que condiciona o início do cumprimento da pena ao trânsito em julgado do título condenatório.

Ante a identidade de objetos, tem-se quadro a direcionar à análise simultânea das ações, cujos processos foram distribuídos por prevenção, na forma do artigo 77-B do Regimento Interno do Supremo, e apensados mediante despachos formalizados em 23 de maio de 2016 e 11 de abril de 2019.

Atentem para a organicidade do Direito, levando em conta o teor do artigo 5º, inciso LVII, da Lei Maior – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. A literalidade do preceito não deixa margem a dúvidas: a culpa é pressuposto da sanção, e a constatação ocorre apenas com a preclusão maior.

O dispositivo não abre campo a controvérsias semânticas. A Constituição de 1988 consagrou a excepcionalidade da custódia no sistema penal brasileiro, sobretudo no tocante à supressão da liberdade anterior ao trânsito em julgado da decisão condenatória. A regra é apurar para, em virtude de título judicial condenatório precluso na via da recorribilidade, prender, em execução da pena, que não admite a forma

ADC 43 / DF

provisória.

A exceção corre à conta de situações individualizadas nas quais se possa concluir pela aplicação do artigo 312 do Código de Processo Penal e, portanto, pelo cabimento da prisão preventiva.

O abandono do sentido unívoco do texto constitucional gera perplexidades, observada a situação veiculada: pretende-se a declaração de constitucionalidade de preceito que reproduz o texto da Constituição Federal. Não vivêssemos tempos estranhos, o pleito soaria extravagante, sem propósito; mas, infelizmente, a pertinência do requerido nas iniciais surge inafastável.

Ao editar o dispositivo em jogo, o Poder Legislativo, por meio da Lei nº 12.403/2011, limitou-se a concretizar, no campo do processo, garantia explícita da Carta da República, adequando-se à óptica então assentada pelo próprio Supremo no julgamento do *habeas corpus* nº 84.078, relator o ministro Eros Grau, encerrado em 5 de fevereiro de 2009, segundo a qual “a prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar”.

Evidencia-se a repercussão negativa do entendimento adotado na apreciação do *habeas* de nº 126.292: passados 7 anos, e não apenas 2, reverteu-se a óptica que embasou a reforma do Código de Processo Penal. Tem-se quadro lamentável, no qual o legislador alinhou-se à Constituição Federal, ao passo que este Tribunal dela se afastou.

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

O preceito, a meu ver, não permite interpretações. Há uma máxima, em termos de noção de interpretação, de hermenêutica, segundo a qual, onde o texto é claro e preciso, cessa a interpretação, sob pena de se reescrever a norma jurídica, e, no caso, o preceito constitucional. Há de vingar o princípio da autocontenção. Já disse, nesta bancada, que,

quando avançamos, extravasamos os limites que são próprios ao Judiciário, como que se lança um bumerangue e este pode retornar e vir à nossa testa. Considerado o campo patrimonial, a execução provisória pode inclusive ser afastada, quando o recurso é recebido não só no efeito devolutivo, como também no suspensivo. Pressuposto da execução provisória é a possibilidade de retorno ao estágio anterior, uma vez reformado o título.

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

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

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

recursos –, considerados os pressupostos de recorribilidade.

Peço vênica para me manter fiel a essa linha de pensar sobre o alcance da Carta de 1988 e emprestar algum significado ao princípio da não culpabilidade. Qual é esse significado, senão evitar que se execute, invertendo-se a ordem natural das coisas – que direciona a apurar para, selada a culpa, prender –, uma pena, a qual não é, ainda, definitiva. E, mais, não se articule com a via afunilada, para ter-se a reversão, levando em conta a recorribilidade extraordinária, porque é possível caminhar-se, como se caminha no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal, para o provimento do recurso especial ou do recurso extraordinário.

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

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

ADC 43 / DF

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

A determinação constitucional não surge desprovida de fundamento. Coloca-se o trânsito em julgado como marco seguro para a severa limitação da liberdade, ante a possibilidade de reversão ou atenuação da condenação nas instâncias superiores.

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

Daí se extrai a importância do marco revelado pela preclusão maior do título condenatório, quando a materialidade delitiva e a autoria ficam estremes de dúvidas e devidamente certificadas pelo Estado-Juiz. Em cenário de profundo desrespeito ao princípio da não culpabilidade, sobretudo quando autorizada normativamente a prisão cautelar, não cabe antecipar, com contornos definitivos – execução da pena –, a supressão da liberdade. Deve-se buscar a solução consagrada pelo legislador nos artigos 312 e 319 do Código de Processo Penal, em consonância com a Constituição Federal e ante outra garantia maior – a do inciso LXVI do artigo 5º: “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”.

A via de acesso a este Tribunal, para salvaguarda da liberdade, tem se estreitado sem respaldo constitucional. Em vez de incisivo na tutela de

ADC 43 / DF

princípio tão caro ao Estado Democrático de Direito, o Supremo vem viabilizando a livre condução do processo persecutório por instâncias inferiores, despedindo-se de papel fundamental.

O quadro reforça imprescindível a adoção de postura fidedigna e rigorosa na conformação dos casos autorizadores da custódia antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. Não se pode assentar a culpa para além dos limites expressos na Lei Maior, quando o próprio processo criminal é afastado do controle deste Tribunal. Em resumo, suprime-se, simultaneamente, a garantia de recorrer, solto, às instâncias superiores e o direito de vê-la tutelada, a qualquer tempo, pelo Supremo.

A harmonia, com a Constituição de 1988, do artigo 283 do Código de Processo Penal é completa, considerado o alcance do princípio da não culpabilidade, inexistente campo para tergiversações, que podem levar ao retrocesso constitucional, cultural em seu sentido maior.

Uma vez realinhada a sistemática da prisão à literalidade do artigo 5º, inciso LVII, da Carta da República – no que direciona a apurar para, em virtude de título judicial condenatório precluso na via da recorribilidade, prender, em execução da pena –, surge inviável, no plano da lógica, acolher o requerimento formalizado, em caráter sucessivo, nas ações declaratórias de nº 43 e 54, concernente ao condicionamento da execução provisória da pena ao julgamento do recurso especial pelo Superior Tribunal de Justiça, como se esse Tribunal fosse um Supremo Tribunal de Justiça, nivelado ao verdadeiro e único Supremo.

Repito: o princípio constitucional da não culpabilidade pressupõe, para ter-se o início do cumprimento da sanção, o trânsito em julgado da sentença penal condenatória – a revelar a existência de pronunciamento precluso na via da recorribilidade.

Ante o princípio do terceiro excluído – uma coisa é ou não é, não havendo espaço para o meio termo –, ou bem se tem título alcançado pela preclusão maior a autorizar a execução da pena, ou não se tem, sendo forçoso reconhecer a natureza provisória da execução daí decorrente – quadro discrepante, a mais não poder, do versado no preceito cuja redação não vai além de reproduzir o previsto no texto constitucional.

ADC 43 / DF

Revela-se impróprio, presente a garantia estampada no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, cogitar da existência de terceiro grupo a partir de argumentos metajurídicos, os quais não seduzem a ponto de suplantar, no controle objetivo de constitucionalidade, a literalidade da norma.

Vale esclarecer que, no julgamento, pelo Plenário, do pedido de tutela de urgência – fase processual na qual, em sede precária e efêmera, busca-se, sob o ângulo do risco, o implemento da providência possível a fim de evitar-se prejuízos maiores –, cogitei, vencido na extensão maior do voto, determinar a suspensão de execução provisória da pena de réu cuja culpa estivesse sendo questionada, mediante recurso, no Superior Tribunal de Justiça, levando em conta o alto grau de reversão das sentenças penais condenatórias no âmbito daquele Tribunal – intérprete da legislação federal, espaço prioritário de aplicação do Direito Penal.

Em exame a matéria de fundo, quando analisada em definitivo a higidez de determinado preceito à luz da Constituição de 1988, surge cenário diverso: descabe, tendo em vista o alcance do princípio da não culpabilidade, admitir-se a gradação da formação da culpa para fins de incidência da garantia em jogo.

O quadro revelador de delinquências de toda ordem, de escândalos no campo administrativo, considerada corrupção inimaginável, apenas conduz à marcha processual segura, lastreada nos ditames constitucionais e legais. Longe fica de respaldo a reescrever-se a Constituição Federal e a legislação que dela decorreu, muito menos pelo Supremo, em desprezo a princípio básico da República – o da separação e harmonia dos poderes. Não é o fato de o Tribunal assim o ser, de os pronunciamentos que formalize não ficarem sujeitos a revisão judicial, que levará ao desrespeito à ordem jurídico-constitucional, sob pena de perda da legitimidade das decisões que profira e de não se saber onde se parará. A Instituição, responsável pela higidez da Lei Maior, exerce papel de importância única e dele não pode, repita-se à exaustão, despedir-se, ante o risco de vingar o critério de plantão, desmando de toda ordem, a intranquilidade na vida gregária.

ADC 43 / DF

Urge restabelecer a segurança jurídica, proclamar comezinha regra, segundo a qual, em Direito, o meio justifica o fim, mas não o inverso. Dias melhores pressupõem a observância irrestrita à ordem jurídico-normativa, especialmente a constitucional. É esse o preço que se paga ao viver-se em Estado Democrático de Direito, não sendo demasia lembrar Rui Barbosa quando, recém-proclamada a República, no ano de 1892, ressaltou: “Com a lei, pela lei e dentro da lei; porque fora da lei não há salvação”.

Julgo procedentes os pedidos formulados nas ações declaratórias de nº 43, 44 e 54 para assentar a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal. Como consequência, determino a suspensão de execução provisória de pena cuja decisão a encerrá-la ainda não haja transitado em julgado, bem assim a libertação daqueles que tenham sido presos, ante exame de apelação, reservando-se o recolhimento aos casos verdadeiramente enquadráveis no artigo 312 do mencionado diploma processual.

O proclamado abrange o pedido sucessivo, formulado na ação declaratória de constitucionalidade nº 43, no sentido de poderem ser implementadas, analogicamente ao previsto no artigo 319 do Código de Processo Penal, medidas alternativas à custódia quanto a acusado cujo título condenatório não tenha alcançado a preclusão maior.

É que se pretende, em última análise, realinhar a sistemática da prisão à literalidade do artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal.

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