

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO PRESIDENTE DO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL**

PARTIDO ECOLÓGICO NACIONAL - PEN, partido político com representação no Congresso Nacional, devidamente registrado perante a Justiça Eleitoral, inscrito no CNPJ sob o nº 08.950.803/0001-19, com sede a SHN, Quadra 2, Bl. F, conj. B, sala 1500, Ed. Executive Office Tower, Asa Norte, Brasília/DF, CEP 70.702-000, e-mail partidoecologiconacional@gmail.com, representado, na forma do seu Estatuto Social, por seu Presidente Adilson Barroso do Oliveira, vem à presença de Vossa Excelência, por intermédio de seus advogados infra-assinados, com instrumento procuratório específico incluso e endereço para intimações no endereço SHIS, QL 4, conjunto 1, casa 11, Lago Sul, Brasília/DF, CEP 71.610-215, propor

**AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE
COM PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR**

objetivando:

- a) a declaração de constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal, reconhecendo-se a legitimidade constitucional da

recente opção do legislador (veiculada na Lei nº 12.403, de 2011) de condicionar o início do cumprimento da pena de prisão ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória;

b) subsidiariamente, a declaração de que o artigo 283 do Código de Processo Penal é “ainda constitucional”, (i) enquanto perdurar o atual “estado de coisas inconstitucional” que vigora no sistema prisional brasileiro; ou (ii) até que ocorra o julgamento do mérito da ADPF n. 347 e se cumpram as providências que venham a ser fixadas pelo Supremo Tribunal Federal;

c) subsidiariamente, a realização de interpretação conforme a Constituição do artigo 283 do Código de Processo Penal, para se determinar que, enquanto perdurar o “estado de coisa inconstitucional”, na execução provisória da decisão penal condenatória de 2º Grau, não se promova a prisão do condenado, mas se apliquem, analogicamente, as medidas alternativas à prisão previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal;

d) subsidiariamente, a determinação de que eventual pronúncia de inconstitucionalidade - cujo corolário é permitir a execução provisória da decisão penal condenatória de 2ª instância – produza somente efeitos *ex nunc*, abrangendo apenas (i) as decisões condenatórias relativas a fatos ocorridos a partir do julgamento, pelo STF, desta ação; (ii) as decisões condenatórias relativas a fatos ocorridos a partir do julgamento, pelo STF, do HC nº 126.292.

e) subsidiariamente, caso sejam conferidos efeitos ripristinatórios à eventual pronúncia de inconstitucionalidade, reabilitando-se a incidência do artigo 637 do Código de Processo Penal aos recursos que sirvam à impugnação de decisões que impõem pena de prisão, a realização de interpretação conforme a Constituição desse preceito (637 do Código de Processo Penal) para se determinar seja

conferido efeito suspensivo aos recursos especiais, a serem apreciados pelo Superior Tribunal de Justiça, negando-se tal efeito apenas aos recursos extraordinários, a serem apreciados pelo Supremo Tribunal Federal.

I. ASPECTOS PROCESSUAIS: LEGITIMIDADE, OBJETO E CABIMENTO.

I. 1. LEGITIMIDADE ATIVA DO AUTOR.

1. A Constituição Federal prevê que os partidos políticos com representação no Congresso Nacional podem propor ação declaratória de constitucionalidade (art. 103, inciso VIII). Os partidos políticos são considerados pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal legitimados universais, podendo discutir a constitucionalidade de qualquer ato normativo sem que se lhe exijam a demonstração de liame entre os objetivos partidários e o pedido deduzido no âmbito da ação de controle de constitucionalidade.

2. Como o autor postula, de modo subsidiário, o conhecimento da presente ação como arguição de descumprimento de preceito fundamental, cumpre enfatizar que a lei n. 9.882/99, ao regulamentar a ADPF, definiu que são legitimados para propô-la os mesmos legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade (art. 2º, I), de modo que o partido político também possui legitimidade ativa para o seu ajuizamento (art. 103, inciso VIII).

3. A comprovação da representação parlamentar encontra-se anexa.

I. 2. OBJETO DA ADC. DISPOSITIVO LEGAL QUESTIONADO. A REDAÇÃO DO ARTIGO 283 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL FOI DADA PELA LEI N. 12.403/2011.

4. O art. 283 do CPP, cuja declaração de constitucionalidade ora se requer, possui a seguinte redação:

“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”.

5. O art. 102, I, *a*, da Constituição Federal, dispõe que compete ao Supremo Tribunal Federal *“processar e julgar, originariamente, a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal”*. A redação do artigo 283 do Código de Processo Penal foi dada pela Lei n° 12.403, de 2011. Como se trata de Lei Federal editada posteriormente à Constituição de 1988, e o pedido é de declaração de constitucionalidade, a ADC é a ação cabível dentre as que integram o sistema de controle concentrado de constitucionalidade.

I. 3. EXISTÊNCIA DE CONTROVÉRSIA CONSTITUCIONAL RELEVANTE SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 283 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. A DECISÃO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO HABEAS CORPUS N° 126.292.

6. A necessidade de declaração de constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal exsurge da controvérsia instaurada em razão da decisão proferida recentemente por esse e. Supremo Tribunal Federal no *Habeas Corpus* n° 126.292, relatado pelo Ministro Teori Zavascki. Por maioria, o

Supremo Tribunal Federal denegou a ordem pretendida, considerando válido, naquele caso, o cumprimento da pena de prisão antes do trânsito em julgado da condenação, alterando jurisprudência consolidada no âmbito da Corte. Dada a incompatibilidade da decisão tomada em tal julgamento com o disposto expressamente no art. 283 do CPP – o qual determina a necessidade de trânsito em julgado da condenação para que ocorra o início do cumprimento da pena de prisão –, fica demonstrada a relevância da controvérsia judicial suscitada na presente ação declaratória.

7. Vejamos o percurso da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria após 1988, bem como as alterações havidas na legislação durante o período, até que se chegasse à decisão proferida no *Habeas Corpus* n° 126.292.

8. A Constituição Federal de 1988, desde que entrou em vigor, condicionava o estabelecimento definitivo da culpa ao “transito em julgado” da “sentença penal condenatória” (art. 5º, LVII). Tratava-se de importante inovação em nossa história constitucional. Nada obstante, nas primeiras oportunidades em que o STF se manifestou sobre o tema, ainda prevaleceu, data vênua, a chamada “interpretação retrospectiva”¹, mantendo-se entendimento vigente à luz da Constituição de 1969. Decidiu a Corte que a ausência do trânsito em julgado não seria empecilho para o início do cumprimento da pena. Para a Corte, a presunção de inocência não seria ofendida por tal medida:

“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. (...). A presunção de inocência do acusado não impede a prisão antes do trânsito em julgado de decisão condenatória.

¹ A propósito, colha-se a lição de Luis Roberto Barroso: “*Deve-se rejeitar uma das patologias crônicas da hermenêutica constitucional brasileira, que é a interpretação retrospectiva, pela qual se procura interpretar o texto novo de maneira a que ele não inove nada, mas ao revés, fique tão parecido quanto possível com o antigo.*” (BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*, Rio de Janeiro, Saraiva, 4a ed., 2001, p. 71).

Constituição Federal, art. 5., incisos LVII e LXI. Precedentes do STF. Habeas Corpus indeferido.”²

9. Contudo, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu parâmetro distinto em 2009, com o julgamento do HC nº 84.078. A Corte reviu o entendimento até então adotado por compreender que a Lei de Execução Penal dispunha em contrário ao que vinha sendo decidido. Na ocasião, consignou ainda que a nova interpretação – afastando a execução provisória da pena do cenário jurídico brasileiro – melhor atenderia o texto do art. 5º, LVII, da CF/88, que, ao estabelecer o princípio da presunção de inocência, refere-se expressamente ao “trânsito em julgado”: *“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”*. Confira-se, pela relevância, a ementa desse significativo precedente:

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, sobrepõem-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

² HC 70363, Relator Min. Néri Da Silveira, Segunda Turma, julgado em 08/06/1993, DJ 03-12-1993. No mesmo sentido: *“(…) Já se firmou nesta Corte o entendimento de que o princípio constitucional da presunção de inocência até o trânsito em julgado da sentença condenatória não é óbice à prisão do condenado quando existente apenas, pendente de julgamento, o recurso especial ou o recurso extraordinário (ou ambos), por não terem eles efeito suspensivo (assim, nos HCs 72.102 e 69.039, entre outros). Recurso ordinário a que se nega provimento.”* (RHC 80091, Relator Min. Moreira Alves, Primeira Turma, julgado em 25/04/2000, DJ 16-06-2000).

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.”³

10. Pouco tempo depois, em conformidade com a orientação fixada pelo STF, houve a alteração do art. 283 do CPP, levada a termo por meio da Lei nº 12.403/2011. O artigo antes dispunha: “*a prisão poderá ser efetuada em qualquer dia e a qualquer hora, respeitadas as restrições relativas à inviolabilidade do domicílio*”. Em 2011, o dispositivo foi substituído pelo seguinte preceito: “*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.*”

11. Depois da edição da Lei nº 12.403, em 2011, o STF manteve o entendimento que havia fixado em 2009, reafirmando, em diversos casos, que a presunção de inocência, tal como positivada na Constituição Federal de 1988, impedia a execução provisória da sentença penal condenatória:

(...) 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

³ STF, HC 84078, Relator Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 05/02/2009, DJe-035 26-02-2010.

*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.*⁴

12. Apesar do novo texto legal expresso (art. 283 do CPP), no início do ano de 2016, o STF voltou a alterar seu entendimento, o que ocorreu no julgamento do *Habeas Corpus* nº 126.292. No referido julgamento, a maioria dos Ministros votou pela denegação da ordem⁵, acompanhando o Relator, Ministro Teori Zavascki. A Corte decidiu, naquele caso concreto, que deveria restaurar o entendimento anterior ao julgamento do HC 84078, realizado em 2009, e à Lei 12.043, que entrou em vigor em 2011. Para a Corte, “*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.*”⁶

13. **Todavia, a retomada do entendimento pretérito do próprio Supremo Tribunal Federal foi levada a termo sem que a Corte tenha examinado a constitucionalidade do novo teor do art. 283 do CPP, introduzido em 2011, o qual estabeleceu a necessidade do trânsito em julgado da condenação como condição para que tenha lugar o início do cumprimento da pena de prisão.** Ao reabilitar a antiga interpretação, o

⁴ STF, HC 93261, Relator Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 12/08/2008, DJe-226 19-11-2012.

⁵ A decisão foi assim ementada: “*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.*” (STF, HC 126292, Relator Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, DJe-100 divulgado 16-05-2016, publicado 17-05-2016)

⁶ Excerto retirado do parágrafo 12, página 16, do voto do i. Ministro Relator do HC nº 126.292.

Supremo Tribunal Federal não examinou questão essencial para o adequado tratamento da matéria. Para fixar o parâmetro segundo o qual a decisão penal condenatória pode ser objeto de execução provisória, o Supremo Tribunal Federal, data vênua, teria que ter declarado a inconstitucionalidade do artigo art. 283 do CPP: não se pode conferir a este dispositivo legal sentido compatível com a decisão recentemente proferida no julgamento do *Habeas Corpus* n° 126.292.

14. Considerando a relevância incontestável de que se reveste a matéria, bem como as dúvidas suscitadas após o julgamento do *Habeas Corpus* n° 126.292, totalmente pertinente que o STF se manifeste, em sede de controle direto e concentrado, acerca da constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal, reconhecendo-se a legitimidade constitucional da recente opção do legislador, veiculada na Lei n° 12.403, de 2011.

I. 4. OPORTUNIDADE PARA CONTRIBUIÇÃO DOS DEMAIS ATORES REPRESENTATIVOS PARA INTERPRETAR O PRECEITO CONSTITUCIONAL.

15. A decisão tomada no âmbito do HC n° 126.292, a qual considerou possível, naquele caso concreto, o cumprimento imediato da pena antes do trânsito em julgado da condenação, não é apta a produzir efeitos vinculantes, nem a estabelecer uma nova regra geral sobre o tema. Mas produz enorme impacto em todo o sistema por ser precedente do Supremo Tribunal Federal⁷, com fundamento no qual prisões poderão ser decretadas em todo o Brasil.

16. A decisão proferida no HC n° 126.292 não foi precedida de amplo debate do qual participassem as entidades especialmente interessadas na

⁷ Luís Roberto Barroso, depois de perscrutar a lógica dos precedentes nos sistemas romano-germânico e *common Law*, conclui que, “no Brasil dos últimos anos, o papel da jurisprudência teve tal expansão que alguns autores passaram a incluí-la no rol das fontes formais de direito. Independente de se aderir ou não a esta doutrina, é inegável o movimento no sentido de se valorizar o papel dos precedentes judiciais” (BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito Constitucional* – Tomo IV, 2ª edição – Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 270).

interpretação dos preceitos legais acima mencionados. Na verdade, a alteração da orientação jurisprudencial surpreendeu a todos aqueles que contribuem para o funcionamento do sistema de justiça criminal: juízes, promotores e procuradores, advogados, professores de direito, delegados, administradores prisionais, governos e sociedade civil. Depois da recente alteração jurisprudencial, várias entidades representativas de segmentos sociais que atuam perante o sistema de justiça criminal vêm se manifestando sobre o tema, muitas das quais em sentido contrário à orientação fixada pela Corte.

17. A Ordem dos Advogados do Brasil, por meio de decisão de seu Conselho Federal, decidiu ajuizar ADPF para garantir que o início da execução da pena só ocorresse após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. O relator da matéria no Plenário do Conselho Federal da OAB, Conselheiro Federal Luiz Saraiva Correia (AC), consignou, em seu voto, que “*O réu só pode ser efetivamente apenado após o trânsito em julgado da sentença. Não se pode inverter a presunção de inocência. O forte impacto de antecipação da pena viola direitos humanos e constitucionais.*”⁸

18. O Instituto dos Advogados do Brasil, entidade também especialmente comprometida com a garantia do direito de defesa, bem como do devido processo legal e a promoção da dignidade humana, emitiu nota pública com forte teor crítico em relação ao precedente estabelecido no julgamento do *Habeas Corpus* 126.292-SP:

O Instituto dos Advogados Brasileiros - IAB vem publicamente manifestar sua profunda preocupação e desalento com a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal que, por maioria, entendeu pela constitucionalidade da execução provisória da pena após acórdão proferido em segundo grau de Jurisdição, mesmo que na pendência de recursos aos Tribunais Superiores, portanto antes do trânsito em julgado da condenação, quando ainda não estabelecida a culpabilidade em sentido estrito, invertendo a lógica da Liberdade como regra democrática.

⁸ <http://www.oab.org.br/noticia/29332>

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, uma escolha clara e inquebrantável emergiu, a de que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito, tendo, dentre seus fundamentos, a Dignidade da Pessoa Humana, artigo 1º, inciso III da CF88, iluminando os Direitos Fundamentais e suas garantias elencados no texto constitucional.

A Presunção de Inocência, expressa no inciso LVII do artigo 5º da Constituição da República - "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória" - além de prevista em diversas Declarações de Direitos do Homem e Convenções Internacionais, é direito fundamental de dimensão constitucional, e não mero tecnicismo jurídico que pode ser afastado via interpretação constitucional. É condicionante da atuação dos agentes estatais, dos diferentes Poderes. Possui natureza de princípio político, que conecta o Processo Penal com as escolhas político-constitucionais do Estado Democrático de Direito.

Desta forma, a Presunção de Inocência é princípio essencial do Processo Penal Democrático, configurando-se regra de tratamento processual no qual o sujeito acusado preserva seu Estado de Inocência até que uma sentença condenatória não mais passível de recurso firme a certeza jurídica de sua culpabilidade, não podendo uma acusação, em um primeiro momento, ou até mesmo uma condenação em segundo grau, "suspender" provisoriamente sua inocência e nem as garantias que a acompanham.

A decisão do Supremo Tribunal Federal se configura em retrocesso inaceitável, sobretudo quando se atenta para o fato de que na seara penal não existe execução de condenação que não seja definitiva. Providos os Recursos Especial ou Extraordinário, quem devolverá ao cidadão acusado o tempo executado provisoriamente? A pena foi cumprida, antecipadamente, e ilegalmente, eis que violou o estado de inocência do Acusado que posteriormente teve seu recurso provido.

A Presunção de Inocência é cláusula pétrea da Constituição da República e a vedação ao retrocesso é princípio de natureza político-jurídica que não permite a vulneração de Direitos Fundamentais e suas Garantias.

A decisão do Supremo Tribunal Federal lança mais uma ofensa contra o que deveria ser um intransponível limite aos desmesurados poderes punitivos do Estado, corroendo o Processo Penal Democrático, abrindo mais uma brecha, em última análise, contra o próprio Estado Democrático de Direito.

Rio de Janeiro, 18 de fevereiro de 2016.

TÉCIO LINS E SILVA

19. A Pastoral Carcerária, entidade vinculada à Conferência Nacional dos Bispos do Brasil, que há décadas atua no sistema prisional brasileiro, também emitiu nota criticando a referida mudança na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

Diante da decisão do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Habeas Corpus 126.292, que por maioria de votos alterou o posicionamento da Corte no sentido de entender ser possível a execução da pena mesmo antes da condenação tornar-se definitiva, a Pastoral Carcerária Nacional vem a público manifestar seu absoluto repúdio contra mais este retrocesso, que fatalmente irá alargar ainda mais as portas de entrada das masmorras brasileiras, onde centenas de milhares de indivíduos, em sua grande maioria jovens, pretos e periféricos, são cotidianamente vilipendiados em sua dignidade e direitos mais básicos.

A referida decisão terminou de sepultar o princípio da presunção de inocência, já esquecido em nosso sistema penal, e afronta explicitamente a Constituição Federal, que no art. 5º, inciso LVII, declara que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

O Supremo Tribunal Federal, ao investir contra garantias fundamentais e prostrar-se inerte diante da conversão do nosso sistema prisional em um verdadeiro aparato de extermínio de vidas e futuros, é o pior dos responsáveis, eis que deveria ser o primeiro e o último guardião da Constituição, que uma vez ousou-se apelidar de ‘cidadã’.

A violação sistemática de direitos e garantias fundamentais de pessoas encarceradas, já reconhecida pelo STF como um ‘estado de coisas inconstitucional’, não é um problema de políticas públicas, é um atentado contra a ordem democrática, e demanda mais que ações retóricas e projetos pontuais.

Ao não reconhecer os direitos fundamentais da população prisional, o STF escancara seu medo de promover ‘justiça em excesso’, como apontou o jurista estadunidense William Joseph Brennan aos seus colegas da Suprema Corte, no infame caso McCleskey v. Kemp, e deixa claro que se todos têm direitos, com certeza alguns tem mais que outros.

⁹ Cf. http://www.iabnacional.org.br/article.php3?id_article=5101.

Para além do lamentável desfecho do Habeas Corpus 126.292, ainda encontra-se pendente de decisão da Corte matérias que, se não são a solução para a catástrofe carcerária do país, ao menos poderiam apontar para um horizonte menos sombrio, tais como a aprovação da Proposta de Súmula Vinculante n.º 57, apresentada no longínquo ano de 2010 e que poderia garantir a efetivação do direito a progressão de regime, o julgamento favorável da ADPF n.º 347, cujas medidas cautelares foram apenas parcialmente concedidas, bem como do RE n.º 635659, que poderia impor algum limite à absurda política de ‘guerra às drogas’, desfraldada pelo Estado brasileiro contra os pobres e marginalizados.

Como disse o Papa Francisco em sua visita ao México, é ‘um engano social acreditar que a segurança e a ordem só são alcançadas prendendo as pessoas’, pois as prisões nada mais são do que reflexos de silêncios e omissões, típicos de um sistema onde até a pessoa humana é descartável. Dirigindo-se aos juristas do campo penal, o Papa também foi enfático ao afirmar que em hipótese alguma pode o Estado ‘subordinar o respeito da dignidade da pessoa humana a qualquer outra finalidade, mesmo quando se conseguir alcançar uma espécie qualquer de utilidade social.’

Por fim, a Pastoral Carcerária Nacional reitera a necessidade de reversão imediata do atual quadro de encarceramento em massa, com enfrentamento frontalmente ao punitivismo vigente, políticas claras e consistentes de desencarceramento, abertura do cárcere para a sociedade e mitigação de danos enquanto houver prisões, entre outras propostas, consubstanciadas na Agenda Nacional pelo Desencarceramento.

Com fé e luta, seguimos na construção do sonho de Deus: um mundo sem cárceres!

São Paulo, 19 de fevereiro de 2016.

PASTORAL CARCERÁRIA NACIONAL – CNBB ¹⁰

20. Dada a especial relevância da matéria para a própria conformação do sistema penal brasileiro, é conveniente que haja ampla participação da sociedade no processo de interpretação constitucional, de modo que questões fáticas e jurídicas, suscitadas pelos atores sociais pertinentes, sejam consideradas

¹⁰ Cf. <http://carceraria.org.br/nota-publica-a-presuncao-de-inocencia-o-stf-e-o-encarceramento-em-massa.html#sthash.Bi52Y4EM.dpuf>.

e sopesadas. Especialmente pertinente na hipótese a abertura da interpretação constitucional à “sociedade aberta dos intérpretes da constituição”¹¹. Uma “constituição aberta” exige também a “abertura” do processo de interpretação constitucional¹².

I. 5. NÃO IMPUGNAÇÃO, NO PEDIDO PRINCIPAL, DE PRECEITO ANTERIOR À CONSTITUIÇÃO. PEDIDO SUBSIDIÁRIO DE INTERPRETAÇÃO CONFORME DO ARTIGO 637 DO CPP. CABIMENTO DE ADC.

21. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal exige a impugnação de todo o complexo normativo no controle concentrado de constitucionalidade.¹³

¹¹ “No Brasil, sua contribuição tem sido inestimável para o desenvolvimento do direito constitucional. São muitos os doutrinadores brasileiros de renome que defendem a necessidade de consolidação da idéia de uma sociedade aberta de intérpretes da Constituição, formulada por Peter Häberle. Segundo essa concepção, o círculo de intérpretes da Lei Fundamental deve ser alargado para abarcar não apenas as autoridades públicas e as partes formais nos processos de controle de constitucionalidade, mas todos os cidadãos e grupos sociais que, de uma forma ou de outra, vivenciam a realidade constitucional.” (Valadés, Diego. “Conversas acadêmicas com Peter Haberle.” iBooks.)

¹² No Brasil, a ampliação do círculo de intérpretes constitucionais tem se verificado desde o advento da Constituição Federal de 1988, com a previsão de um generoso elenco de legitimados para a propositura da ADIN (art. 103). Além disso, a Lei 9868/99, que detalha o procedimento da ADIN e da ADC, cria ainda a figura do *amicus curiae*, possibilitando a manifestação no processo de outros órgãos e entidades (art. 7º, § 2º); passa a permitir o pronunciamento, no curso do processo, de perito ou comissão de peritos, bem como a realização de audiência pública (art. 9º, §1º) e a solicitação de informações a outros tribunais (art. 9º, §2º). Todos esses dispositivos realizam a abertura do processo de tomada de decisões acerca de questões constitucionais. Sobre esses aspectos da “nova jurisdição constitucional brasileira”, cf.: BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira...*

¹³ Há vários precedentes nesse sentido: “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – IMPUGNAÇÃO PARCIAL – AUSÊNCIA DE UTILIDADE. A impugnação parcial do bloco normativo implica a inadequação da ação direta de inconstitucionalidade.” (ADI 4227, Rel. Min. Marco Aurelio, Tribunal Pleno, julgado em 21/10/2015, DJe-058 30-03-2016); “(...) I AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. NORMA REVOGADA. REPRISTINAÇÃO. IMPUGNAÇÃO DO COMPLEXO NORMATIVO. (...)” (RE 725308 AgR, Relator Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, julgado em 29/10/2013, DJe-217 04-11-2013); “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE (...) IMPUGNAÇÃO TÓPICA OU FRAGMENTÁRIA DE DIPLOMAS LEGISLATIVOS CONEXOS QUE INTEGRAM COMPLEXO NORMATIVO INCINDÍVEL – INVIABILIDADE – (...) DIPLOMAS NORMATIVOS QUE INTEGRAM COMPLEXO NORMATIVO INCINDÍVEL – NECESSIDADE DE IMPUGNAÇÃO ABRANGENTE DE TODAS AS NORMAS UNIDAS PELO VÍNCULO DE CONEXÃO – INOCORRÊNCIA – INVIABILIDADE DA AÇÃO DIRETA. – Tratando-se de normas legais e de

Cabe esclarecer que, nada obstante, seria inadequado, na presente ação, se requerer a declaração de inconstitucionalidade do artigo 637 do Código de Processo Penal. O preceito determina que, ao recurso extraordinário em matéria criminal, não é atribuído efeito suspensivo, possibilitando o início do cumprimento da pena antes do trânsito em julgado da condenação.¹⁴ Porém, o artigo 637 do Código de Processo Penal não prevalece sobre o art. 283 do CPP, cuja constitucionalidade ora se pretende afirmar, por se tratar de preceito mais *antigo* e mais *genérico*.

22. A atual redação do artigo 283 do CPP, que exige expressamente o trânsito em julgado, foi introduzida no sistema processual penal por meio de lei editada em 2011 (Lei nº 12.403). Já a atual redação do artigo 637 constava do texto originário do Código de Processo Penal, que entrou em vigor em 3 de outubro de 1941. Aplica-se, portanto, o critério *cronológico* de resolução de antinomias – lei posterior revoga a lei anterior –, do que não resulta “questão constitucional”, mas infraconstitucional.

23. Além disso, o artigo 283 cuida especificamente da pena de **prisão**. Recorde-se a sua redação: “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

diplomas legislativos que se interconexionam ou que mantêm, entre si, vínculo de dependência jurídica, cabe ao autor da ação direta, ao postular a declaração de inconstitucionalidade, abranger, no alcance desse “judicium”, todas as regras unidas pelo vínculo de conexão, sob pena de, em não o fazendo, tornar inviável a própria instauração do controle concentrado de constitucionalidade. – Em situação de mútua dependência normativa, em que as regras estatais interagem umas com as outras, condicionando-se, reciprocamente, em sua aplicabilidade e eficácia, revela-se incabível a impugnação tópica ou fragmentária de apenas algumas dessas normas, considerada a circunstância de o complexo normativo que elas integram qualificar-se como unidade estrutural incindível, a inviabilizar questionamentos seletivos e isolados de determinadas prescrições normativas. – Em tal contexto, e pelo fato de referidas normas integrarem a totalidade do sistema, não se admitem, em sede de controle normativo abstrato, impugnações isoladas ou tópicas, sob pena de completa desarticulação e desagregação do próprio sistema normativo a que se acham incorporadas. Precedentes.” (ADI 2422 AgR, Relator Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 10/05/2012, DJe-213 30-10-2014).

¹⁴ Eis o teor do preceito: “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.”

investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.” O artigo 637, por outro lado, cuida de modo geral do recurso extraordinário: “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.”

24. Como se observa, o artigo 283 é *norma especial* relativamente ao artigo 637. Os recursos extraordinários podem servir à impugnação de decisões de diversos tipos. Decisões cautelares ou sentenças que fixam penas restritivas de direito, por exemplo, podem ser impugnadas por meio de recursos extraordinários (hoje, na verdade, recurso especial e recurso extraordinário). No tocante especificamente à pena de prisão é que se exige o trânsito em julgado, não se aplicando à hipótese a regra estabelecida no artigo 637 do CPP.

25. Contudo, caso se julgue improcedente o pedido de declaração de constitucionalidade e, com isso, pronuncie-se a inconstitucionalidade do artigo 283 é inconstitucional, formula-se subsidiariamente pedido de interpretação conforme a Constituição do artigo 637 do Código de Processo Penal para se requerer que o efeito suspensivo seja negado apenas ao recurso extraordinário, dirigido ao Supremo Tribunal federal, não ao recurso especial, dirigido ao Superior Tribunal de Justiça.

26. A fundamentação desse pedido subsidiário é apresentada mais adiante. Por ora, cabe apenas consignar que, nada obstante se formule pedido de interpretação conforme de norma anterior à Constituição Federal de 1988, como se trata de pedido subsidiário, a ser conhecido apenas na eventualidade de não deferimento do pedido principal, de declaração de constitucionalidade de norma posterior à Constituição de 1988, optou-se pelo emprego da ação declaratória de constitucionalidade, mas, a título subsidiário, requer-se que a presente ação seja recebida como ADPF.

I. 6. CUMULAÇÃO DE PEDIDOS DE DECLARAÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE E DE RECEPÇÃO EM ADC. PEDIDO SUBSIDIÁRIO. RECEBIMENTO DA PRESENTE AÇÃO COMO ADPF.

27. Como acima consignado, além do pedido principal formulado na presente ADC, qual seja de declaração da constitucionalidade do art. 283 do CPP, tendo em vista a relevância para a análise global da questão, formula-se também pedido subsidiário de interpretação conforme a Constituição do artigo 637 do Código de Processo Penal. Contudo, uma vez que a vigência de tal preceito antecede a presente ordem constitucional, não se desconhece que o instrumento adequado para veicular tal requerimento seria a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF¹⁵.

28. A jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal já estabeleceu a possibilidade de que se reúnam, numa mesma ação direta, pedidos que seriam, em tese, aptos a figurar em ações de tipos distintos, como a ADC e a ADPF:

(...) 1. A presente ação tem por objeto central analisar a compatibilidade do rito de impeachment de Presidente da República previsto na Lei nº 1.079/1950 com a Constituição de 1988. A ação é cabível, mesmo se considerarmos que requer, indiretamente, a declaração de inconstitucionalidade de norma posterior à Constituição e que pretende superar omissão parcial inconstitucional. Fungibilidade das ações diretas que se prestam a

¹⁵ Nesse sentido: “(...) 6. Cabimento de argüição de descumprimento de preceito fundamental para solver controvérsia sobre legitimidade de lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, inclusive anterior à Constituição (norma pré-constitucional) (...). 9. ADPF configura modalidade de integração entre os modelos de perfil difuso e concentrado no Supremo Tribunal Federal. 10. Revogação da lei ou ato normativo não impede o exame da matéria em sede de ADPF, porque o que se postula nessa ação é a declaração de ilegitimidade ou de não-recepção da norma pela ordem constitucional superveniente (...). 13. Princípio da subsidiariedade (art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/99): inexistência de outro meio eficaz de sanar a lesão, compreendido no contexto da ordem constitucional global, como aquele apto a solver a controvérsia constitucional relevante de forma ampla, geral e imediata. 14. A existência de processos ordinários e recursos extraordinários não deve excluir, ‘a priori’, a utilização da argüição de descumprimento de preceito fundamental, em virtude da feição marcadamente objetiva dessa ação (...).” (ADPF 33/PA, Rel. Min. Gilmar Mendes).

viabilizar o controle de constitucionalidade abstrato e em tese. Atendimento ao requisito da subsidiariedade, tendo em vista que somente a apreciação cumulativa de tais pedidos é capaz de assegurar o amplo esclarecimento do rito do impeachment por parte do STF. (...)"¹⁶

29. Nesta oportunidade, optou-se por empregar a ADC em decorrência da circunstância de o pedido principal ser o de declaração de constitucionalidade de norma posterior à Constituição Federal de 1988 – o art. 283 do CPP, cuja redação atual foi introduzida em 2011. O artigo 637 do Código de Processo Penal, anterior à Constituição Federal, se procedente o pedido principal, de declaração de constitucionalidade, não deve ser ora examinado. Como antes se ressaltou, sua eventual colisão com o artigo 283 resolve-se por meio do emprego dos critérios *cronológico* e da *especialidade*. A interpretação conforme a Constituição do artigo 637 só se torna pertinente, para o fim de se restringir a sua aplicação aos atuais recursos extraordinários (excluindo-se os recursos especiais), se a Corte entender que o artigo 283 é inconstitucional.

30. Todavia, não se desconhece o entendimento desse e. STF segundo o qual a ADPF é o instrumento adequado à análise da legitimidade constitucional de dispositivos anteriores à Carta de 1988. Dessa forma, caso se compreenda que a interpretação conforme do art. artigo 637 do Código de Processo Penal não é possível em ADC, roga-se que seja recebida a presente como ADPF. É o que se requer com fundamento no **princípio da fungibilidade**. Evocam-se, a propósito, os seguintes precedentes do STF:

(...) 2. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Impropriedade da ação. Conversão em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF. Admissibilidade. Satisfação de todos os requisitos exigidos à sua propositura. Pedido conhecido, em parte, como tal. Aplicação do princípio da fungibilidade. Precedente. É lícito conhecer de ação direta de inconstitucionalidade como arguição de descumprimento de preceito fundamental, quando coexistentes todos os requisitos de

¹⁶ STF, ADPF 378 MC, Relator Min. Edson Fachin, Relator p/ Acórdão: Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 17/12/2015, DJe-043 08-03-2016.

*admissibilidade desta, em caso de inadmissibilidade daquela. 3. (...).*¹⁷

+++

*Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI n.º 875/DF, ADI n.º 1.987/DF, ADI n.º 2.727/DF e ADI n.º 3.243/DF). Fungibilidade entre as ações diretas de inconstitucionalidade por ação e por omissão. Fundo de Participação dos Estados - FPE (art. 161, inciso II, da Constituição). Lei Complementar n.º 62/1989. Omissão inconstitucional de caráter parcial. Descumprimento do mandamento constitucional constante do art. 161, II, da Constituição, segundo o qual lei complementar deve estabelecer os critérios de rateio do Fundo de Participação dos Estados, com a finalidade de promover o equilíbrio socioeconômico entre os entes federativos. (...).*¹⁸

31. A arguição seria cabível ainda em decorrência da **fundamentalidade dos preceitos violados**: presunção de inocência (art. 5º, LVII, CF/88), legalidade (5º, XXXIX, CF/88), irretroatividade da lei penal (art. 5º, XL), e democracia (art. 1º, parágrafo único). Não há qualquer obstáculo para o conhecimento da presente como ADPF em razão do conteúdo material dos preceitos constitucionais violados. Todos são parâmetros de controle apropriados para justificar o ajuizamento de ADPF. A esse propósito, convém recordar a lição do Ministro Gilmar Mendes: *“ninguém poderá negar a qualidade de preceitos fundamentais da ordem constitucional aos direitos e garantias individuais (art. 5º, dentre outros)”*.¹⁹

II. MERITO. FUNDAMENTOS JURÍDICOS.

¹⁷ STF, ADI 4163, Relator Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgado em 29/02/2012, DJe-040 01-03-2013. No mesmo sentido: STF, ADI 4180 MC-REF, Relator Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgado em 10/03/2010, DJe-159 27-08-2010.

¹⁸ STF, ADI 875, Relator Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 24/02/2010, DJe-076 30-04-2010.

¹⁹ MENDES, Gilmar. Arguição de descumprimento de preceito fundamental, *DPU*, n. 20, mar.-abr., 2008.

II.1. MOLDURA CONSTITUCIONAL, LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR E A CONFORMIDADE CONSTITUCIONAL DA DECISÃO LEGISLATIVA VEICULADA NO ART. 283 DO CPP.

II.1.1. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 COMO MOLDURA NORMATIVA E A LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR.

32. A Constituição Federal de 1988 é produto de um processo constituinte aberto e participativo, criada em um contexto de transição democrática e em meio à reorganização das forças políticas no Brasil. Por essa razão, a Constituição aborda os mais diversos temas, positiva uma grande quantidade de direitos e provê as bases do funcionamento do Estado. Até em decorrência de sua origem pluralista, a Constituição brasileira é uma Constituição aberta, que se encontra permanentemente permeável a novos conteúdos, novos direitos e novos valores²⁰. As suas disposições não esgotam a regulação do âmbito material sobre o qual incidem: demandam discussão e decisão posteriores, cujo protagonismo cabe ao Poder Legislativo, que é livre para decidir dentro das possibilidades abertas pelo texto constitucional²¹.

²⁰ Cf., sobre o pluralismo que marcou a Assembleia Nacional Constituinte: SARMENTO, Daniel. 21 Anos da Constituição de 1988: a Assembleia Constituinte de 1987/1988 e a Experiência Constitucional Brasileira sob a Carta de 1988. Disponível em <http://www.direitopublico.idp.edu.br/direitopublico/article/view/788>.

²¹ Ao criticar a panconstitucionalização do direito levada a cabo por certas correntes neoconstitucionalistas, Daniel Sarmiento sintetiza com clareza a relação entre a liberdade de conformação do legislador e o princípio democrático: *“Com efeito, quem defende que tudo ou quase tudo já está decidido pela Constituição, e que o legislador é um mero executor das medidas já impostas pelo constituinte, nega, por conseqüência, a autonomia política ao povo para, em cada momento da sua história, realizar as suas próprias escolhas. O excesso de constitucionalização do Direito reveste-se, portanto, de um viés antidemocrático. Esta ordem de preocupações levou Ersnt Forsthof, na Alemanha, a criticar as teorias que viam a Constituição como uma espécie de “genoma jurídico (...) do qual tudo deriva, do Código Penal até a lei sobre a fabricação de termômetros” (...) Nenhuma destas duas questões é insuperável. É possível aceitar e aplaudir a constitucionalização do Direito - fenômeno em geral positivo, por aproximar a racionalidade emancipatória da Constituição do dia-a-dia das pessoas -, mas defender que ela seja temperada por outras preocupações igualmente essenciais no Estado*

33. Desde Kelsen já se sabe que a Constituição não fixa todos os conteúdos que das normas infraconstitucionais. O ato legislativo é, ao mesmo tempo, um ato de *aplicação* do direito constitucional pré-constituído e de *criação* de direito novo. Como todo os atos jurídicos, “*é simultaneamente aplicação de uma norma superior e produção, regulada por esta norma, de uma norma inferior.*”²² A norma constitucional provê ao legislador e ao intérprete em geral uma *moldura*²³, que comporta diversas interpretações.²⁴ Como esclarece Kelsen: “*o sentido verbal da norma não é unívoco, o órgão que tem de aplicar a norma encontra-se diante de diversas interpretações possíveis.*”²⁵

34. É claro que esta liberdade de criação é balizada pelos limites *materiais e formais*²⁶ estabelecidos pelo *Constituinte*. Mas, ainda assim, há uma esfera de liberdade – que pode ser maior ou menor, conforme o caso – para que o legislador edite o ato legislativo: “*A norma de escalão superior não pode vincular em todas as direções (sob todos os aspectos) o ato através do qual é aplicada. Tem sempre de ficar uma margem, ora maior ora menor, de livre apreciação, de tal forma que a norma do escalão superior tem sempre, em relação ao ato de produção normativa ou de execução que a aplica, o caráter de um quadro ou moldura a preencher por este ato.*”²⁷ Como sustentado por Hart, as normas jurídicas possuem uma “*textura aberta*”²⁸. É da sua natureza: são

Democrático de Direito, com a autonomia pública e privada dos cidadãos. Pode-se reconhecer a legitimidade da constitucionalização do Direito, mas numa medida em que não sacrifique em excesso à liberdade de conformação que, numa democracia, deve caber ao legislador para realizar opções políticas em nome do povo.” (SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: SARMENTO, Daniel. Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009. _____. “Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda.” In: SARMENTO, Daniel. *Livres e Iguais*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2006.

²² KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. de João Batista Machado. 6ª ed.. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 261.

²³ Idem, p. 391.

²⁴ Idem, p. 272.

²⁵ Idem, p. 389.

²⁶ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*, cit., p. 53.

²⁷ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, ed. cit., p. 388.

²⁸ HART, H. L. A. *O conceito de direito*, ed. cit., p. 137 e segs.

prescrições gerais e abstratas que não podem dar conta da complexidade que tem lugar na vida concreta²⁹.

35. Os princípios constitucionais, em particular, costumam se abrir a uma pluralidade de interpretações ainda mais ampla. Um dos critérios distintivos dos princípios é o alto grau de generalidade ou abstração. Como lembra Canotilho, “os princípios são normas com um grau de abstração relativamente elevado; de modo diverso, as regras possuem uma abstração relativamente reduzida.” Ademais, “os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador? do juiz?), enquanto as regras possuem uma abstração relativamente reduzida.”³⁰ Nesse sentido, Hart: “os princípios são, relativamente às regras, extensos, gerais ou não específicos, no sentido de que, com frequência, aquilo que seria encarado como um número de regras diferentes pode ser apontado como exemplificações ou ilustrações de um único princípio.”³¹

36. A abertura que caracteriza as normas constitucionais resulta na abertura da própria Constituição. Como sustenta Hesse, “as regulações da constituição não são nem completas nem perfeitas. Sem dúvida, numerosas questões da ordem estatal são normalizadas até em pormenores; mas âmbitos amplos, também tais da vida estatal em sentido restrito, são ordenados somente por determinações de amplitude material e indeterminação mais ou menos grande, alguns até de maneira nenhuma.”³² A Constituição “não codifica, senão regula somente – muitas vezes, mais pontual e só em traços fundamentais – aquilo que aparece como importante e carente de determinação; todo o resto é tacitamente pressuposto ou deixado a cargo da configuração ou concretização pela ordem jurídica restante”. Assim é que, e. g., “ela deixa determinadas

²⁹ HART, H. L. A. *O conceito de direito*, ed. cit., p. 141.

³⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*, ed. cit., p. 1034.

³¹ HART, H. L. A. Pós-escrito. In: *O conceito de direito*, ed. cit., p. 322. Cf., também: LARENS, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, ed. cit., p. 674 e segs.

³² HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*, ed. cit., p. 38.

questões, tais da 'constituição econômica', conscientemente abertas, para deixar espaço à livre discussão, decisão e configuração."³³

37. Dentro desse plexo de possibilidades abertas pela Carta de Princípios, e obedecidos os procedimentos democráticos de legitimação, a decisão legislativa será legítima. O legislador tem a liberdade para atuar desde que observe os limites materiais e formais estabelecidos pelo texto constitucional³⁴.

38. Cabe ao Judiciário, no exercício da jurisdição constitucional, apenas verificar se a norma criada pelo legislador se situa dentro dos limites constitucionalmente estabelecidos. Não lhe compete substituir a decisão legislativa legítima por outra que lhe pareça mais oportuna, conveniente ou adequada. Assim já se manifestou o Supremo Tribunal Federal, em acórdão da lavra do Ministro Luiz Fux:

(...) MOLDURA CONSTITUCIONAL DA INTERVENÇÃO DO ESTADO NO DOMÍNIO ECONÔMICO E SOCIAL. (...) MARGEM DE CONFORMAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE ATRIBUÍDA AOS AGENTES POLÍTICOS DEMOCRATICAMENTE ELEITOS. PRINCÍPIOS DA CONSENSUALIDADE E DA PARTICIPAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ART. 175, CAPUT, DA CONSTITUIÇÃO. EXTINÇÃO PONTUAL DE ENTIDADES PÚBLICAS QUE APENAS CONCRETIZA O NOVO MODELO. (...) 1. A atuação da Corte Constitucional não pode traduzir forma de engessamento e de cristalização de um determinado modelo pré-concebido de Estado, impedindo que, nos limites constitucionalmente assegurados, as maiorias políticas prevalecentes no jogo democrático pluralista possam pôr em prática seus projetos de governo, moldando o perfil e o instrumental do poder público conforme a vontade coletiva. (...) 8. Os arts. 18 a 22 da Lei nº 9.637/98 apenas concentram a decisão política, que poderia ser

³³ Idem, p. 39.

³⁴ O tema foi examinado pelo Ministro Dias Toffoli, em julgado de sua relatoria: "(...) 3. A Lei nº 12.234/10 se insere na liberdade de conformação do legislador, que tem legitimidade democrática para escolher os meios que reputar adequados para a consecução de determinados objetivos, desde que eles não lhe sejam vedados pela Constituição nem violem a proporcionalidade. (...)" (HC 122694, Relator Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 10/12/2014, DJe-032 19-02-2015).

validamente feita no futuro, de afastar a atuação de entidades públicas através da intervenção direta para privilegiar a escolha pela busca dos mesmos fins através da indução e do fomento de atores privados, razão pela qual a extinção das entidades mencionadas nos dispositivos não afronta a Constituição, dada a irrelevância do fator tempo na opção pelo modelo de fomento – se simultaneamente ou após a edição da Lei. (...).”³⁵

39. Do reconhecimento da “liberdade de conformação do legislador” dentro da “moldura constitucional” resultam os princípios democrático (CF, art. 1º) e da separação dos poderes (CF, art. 2º). São esses princípios que dão fundamento à *presunção de constitucionalidade das leis*. Dita presunção se traduz em dever de deferência relativamente aos atos emanados dos órgãos eleitos pelo povo. O princípio impõe que se respeite a esfera de atuação própria de cada poder do Estado, o que envolve a preservação do espaço das escolhas normativas feitas pelo Poder Legislativo.

40. Como esclarece o Ministro Roberto Barroso³⁶, em texto doutrinário, é preciso que haja fortes razões para que se invalide um ato legislativo: a dúvida milita em favor do legislador – *in dubio, pro legislatore*.

41. A formulação clássica da presunção de constitucionalidade se deve ao jurista norte-americano James Thayer, em texto canônico publicado no final do século XIX³⁷. Para Thayer, a presunção de constitucionalidade era justamente corolário do reconhecimento de liberdade de conformação do legislador: “*a Constituição frequentemente admite diferentes interpretações; frequentemente existe uma margem para escolha e avaliação; e nesses casos a Constituição não impõe ao Legislativo nenhuma posição específica, mas deixa aberta a possibilidade de escolha, sendo então constitucional qualquer escolha racional*”.

³⁵ STF, ADI 1923, Relator Min. Ayres Britto, Relator p/ Acórdão: Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 16/04/2015, DJe-254 17-12-2015.

³⁶ BARROSO, Luis Roberto. *Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, cit., p.301.

³⁷ THAYER, James B. “The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law.” *Harvard Law Review*, vol. 7, n. 3, 1893.

**II.1.2. O ART. 283 DO CPP. INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE
POSSÍVEL DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. DEVER DE
DEFERÊNCIA À ESCOLHA REALIZADA PELO LEGISLADOR.**

42. O art. 283 do CPP, na redação dada pela Lei nº 12.403/2011, estabelece a necessidade do trânsito em julgado da condenação para que ocorra o início do cumprimento de pena privativa de liberdade. Trata-se de interpretação não só possível – o que já seria suficiente – mas razoável do princípio constitucional da presunção de inocência (art. 5º, LVII, da CF/88). A possibilidade jurídica de tal interpretação é comprovada pela circunstância de ter sido adotada por esse e. STF, em precedente, já citado, do ano de 2009:

*(...) 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”. (...) 3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. 4. A ampla defesa não se pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. (...)”.*³⁸

43. O Supremo Tribunal Federal se manifestou, mesmo anteriormente à entrada em vigor da Lei nº 12.403, de 2011, no sentido da afirmação não apenas da possibilidade constitucional da referida interpretação. O STF concluiu, por meio de decisão colegiada de seu Plenário, que se tratava da interpretação correta do texto constitucional. A referência que o texto constitucional faz ao “trânsito em julgado” levou a Corte a considerar que se tratava de interpretação correta que defluía do próprio texto do artigo 5º, LVII, da CF/88. Ao adotar essa interpretação, não se distanciava da melhor doutrina, que, ainda antes da entrada em vigor da Lei nº 12.403, de 2011, sustentava a necessidade de se aguardar o trânsito em julgado para que ocorresse a execução da sentença penal condenatória:

³⁸ HC 84078, Relator Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 05/02/2009, DJe-035 26-02-2010.

O correto é mesmo falar em princípio da presunção de inocência (tal como descrito na Convenção Americana), não em princípio da não-culpabilidade (...). Trata-se de princípio consagrado não só no art. 8º, 2, da Convenção Americana senão também (em parte) no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, segundo o qual toda pessoa se presume inocente até que tenha sido declarada culpada por sentença transitada em julgado. Tem previsão normativa desde 1789, posto que já constava da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Do princípio da presunção de inocência ('todo acusado é presumido inocente até que se comprove sua culpabilidade') emanam duas regras: (a) regra de tratamento e (b) regra probatória. 'Regra de tratamento': o acusado não pode ser tratado como condenado antes do trânsito em julgado final da sentença condenatória (CF, art. 5º, LVII). O acusado, por força da regra que estamos estudando, tem o direito de receber a devida 'consideração' bem como o direito de ser tratado como não participante do fato imputado. Como 'regra de tratamento', a presunção de inocência impede qualquer antecipação de juízo condenatório ou de reconhecimento da culpabilidade do imputado, seja por situações, práticas, palavras, gestos etc., podendo-se exemplificar: a impropriedade de se manter o acusado em exposição humilhante no banco dos réus, o uso de algemas quando desnecessário, a divulgação abusiva de fatos e nomes de pessoas pelos meios de comunicação, a decretação ou manutenção de prisão cautelar desnecessária, a exigência de se recolher à prisão para apelar em razão da existência de condenação em primeira instância etc. É contrária à presunção de inocência a exibição de uma pessoa aos meios de comunicação vestida com traje infamante (Corte Interamericana, Caso Cantoral Benavides, Sentença de 18.08.2000, parágrafo 119).³⁹

+++

[...] enquanto não definitivamente condenado, presume-se o réu inocente. Sendo este presumidamente inocente, sua prisão, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, somente poderá ser admitida a título de cautela.⁴⁰

+++

³⁹ GOMES, Luiz Flávio, e MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Direito Penal – Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos/Pacto de San José da Costa Rica, RT, vol. 4/85-91, 2008.

⁴⁰ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 13ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1992, vol. 1, p. 63.

[a] vedação a qualquer forma de identificação do suspeito, indiciado ou acusado à condição de culpado constitui, sem dúvida, o aspecto mais saliente da disposição constitucional do art. 5º, inc. LVII, na medida em que reafirma a dignidade da pessoa humana como premissa fundamental da atividade repressiva do Estado. Embora não se possa esperar que a simples enunciação formal do preceito traduza modificação imediata e substancial no comportamento da sociedade – e mesmo dos atores jurídicos – em face daqueles que se vêem envolvidos com o aparato judiciário-criminal, não é possível desconhecer que a Constituição instituiu uma verdadeira garantia de tratamento do acusado como inocente até o trânsito em julgado de sentença condenatória⁴¹

+++

44. Na presente ação, não se reitera a tese de que a interpretação fixada pelo STF no HC 84078, de 2009, seja a única interpretação possível do artigo 5º, LVII, da Constituição Federal. O que ora se sustenta é que se trata, quando menos, de uma das interpretações possíveis a que se abre o texto normativo. **O mesmo se diga da redação atual do art. 283 do CPP, dada pela Lei nº 12.403/2011. O texto 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 Federal.** Ainda que se sustente que não se trata da melhor interpretação, não é possível negar que se cuida de interpretação possível, válida e razoável do texto constitucional. Trata-se de interpretação que se situa na esfera do constitucionalmente possível.

45. A nova redação do art. 283 do CPP foi elaborada pelos representantes eleitos pelo voto popular. A liberdade de conformação do Legislador, nos limites da moldura normativa fixada pela Carta Política, deve ser respeitada como um dos elementos centrais de uma democracia constitucional. O legislador decidiu dentro dos limites constitucionais, conferindo ao princípio da presunção de inocência uma interpretação que não deixa sequer de ser estrita, apoiada no critério do trânsito em julgado mencionado no texto constitucional.

⁴¹ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Significados da Presunção de Inocência. In: COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antônio. *Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais*, São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 326.

Na hipótese, demanda-se do Judiciário deferência relativamente ao resultado do processo legislativo democrático.

46. Além de se cuidar de interpretação possível e razoável, ela também é a que mais se compatibiliza com o princípio do *in dubio pro reo*⁴² - outra dimensão da presunção de inocência. O Judiciário deve ter especial deferência pelas normas legislativas que prestigiam a liberdade. Se a norma fixada no art. 283 do CPP fosse norma restritiva da liberdade, deveria ser submetida a um “escrutínio estrito”.⁴³ Mas não é o caso. O art. 283 do CPP promove a liberdade. A sua restrição por meio de decisão judicial é que deve ser objeto de “escrutínio estrito”: apenas a incompatibilidade com o texto constitucional autorizaria a declaração de inconstitucionalidade. A presunção de constitucionalidade das normas que protegem a liberdade é reforçada, demandando-se maior deferência em relação à opção legislativa.

47. Ainda que se sustente que a interpretação provida pelo art. 283 do CPP não é *constitucionalmente necessária*, tampouco se pode afirmar que se

⁴² O brocado do *in dubio pro reo* como consequência natural do princípio da presunção de inocência possui lastro histórico na própria jurisprudência do e. STF, como se nota: “*CONSTITUCIONAL. PROCESSO PENAL. PRISÃO PROCESSUAL. Licitude. A culpabilidade não se presume. Deve ser provada. O princípio, hoje consagrado em documentos internacionais e em constituições, inclusive a brasileira, art. 5º, LVII, inspira o processo penal - o contraditório, a plenitude da defesa, o "in dubio pro reo" e o ônus da prova a quem acusa. A presunção de inculpabilidade, pelo qual só é culpado o condenado por decisão transitada em julgado, não exclui medidas cautelares, como a prisão processual, prevista na Constituição, art. 5º, LXI, ou em lei. Jurisprudência do STF.*” (RE 133489, Relator Min. Paulo Brossard, Segunda Turma, julgado em 03/12/1991, DJ 08-06-2001).

⁴³ O parâmetro remonta a um importante precedente da Suprema Corte dos Estados Unidos: o caso *United States v. Carolene Products Company*, 304 U.S. 144 (1938). Ficou estabelecido que as leis que promovem a restrição de uma “*liberdade preferencial*” (direitos fundamentais, de natureza existencial) devem se submeter a um *strict scrutiny*. A seguinte passagem, que consta da fundamentação oferecida para justificar a Decisão mencionada, é especialmente esclarecedora: “*But such we think is not the purpose or construction of the statutory characterization of filled milk as injurious to health and as a fraud upon the public. There is no need to consider it here as more than a declaration of the legislative findings deemed to support and justify the action taken as a constitutional exertion of the legislative power, aiding informed judicial review, as do the reports of legislative committees, by revealing the rationale of the legislation. Even in the absence of such aids, the existence of facts supporting the legislative judgment is to be presumed, for regulatory legislation affecting ordinary commercial transactions is not to be pronounced unconstitutional unless, in the light of the facts made known or generally assumed, it is of such a character as to preclude the assumption that it rests upon some rational basis within the knowledge and experience of the legislators.*”

trata de preceito *inconstitucional*. Como, entre a inconstitucionalidade e o constitucionalmente exigível, há ampla margem de conformação legislativa, deve prevalecer a decisão tomada pelo legislador. Cabe ao legislador ponderar as circunstâncias específicas à realidade nacional e, considerando os princípios constitucionais aplicáveis, optar por exigir ou não o trânsito em julgado para que tenha lugar o início do cumprimento da pena de prisão.

II.1.3. A IMPOSSIBILIDADE DE CRIAÇÃO DE NOVA HIPÓTESE DE PRISÃO POR MEIO DE SENTENÇA ADITIVA. RESERVA DE LEI EM SENTIDO ESTRITO.

48. Além de dispor contra decisão legislativa expressa, eventual entendimento dessa e. Corte que permitisse o início do cumprimento da pena antes do trânsito em julgado consubstanciaria hipótese de criação de nova modalidade de prisão não prevista em lei. A criação e a regulamentação de modalidades de prisão se sujeitam à reserva legal absoluta⁴⁴. A criação por meio de sentença aditiva⁴⁵ editada por esse e. STF consistiria, data vênua, em grave ofensa ao princípio da legalidade⁴⁶. A prisão com fins de cumprimento

⁴⁴ A reserva de lei, na hipótese, é estabelecida nos incisos XXXIX, XL e XLVI do artigo 5º da Constituição Federal: “XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal; XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu; (...) XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos;”

⁴⁵ Em obra específica sobre o tema, um dos subscritores desta ação sustentou que “as sentenças de perfil aditivo produzem norma jurídica na medida em que identificam (ou criam) norma não referível a uma disposição normativa específica, constituindo, desse modo, espécie de integração do ordenamento jurídico”. Concluiu, nesse sentido, que “as sentenças aditivas realizam típica operação de integração do ordenamento jurídico por meio de criação de um novo segmento normativo com o objetivo de superar um estado de omissão inconstitucional (lacuna normativa indesejável capaz de produzir resultados normativos inconstitucionais)” (SOUSA FILHO, Ademar Borges de. Sentenças aditivas na jurisdição constitucional brasileira. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 257-258).

⁴⁶ O Tribunal Constitucional da Espanha tem reiteradamente afirmado a submissão de qualquer forma de detenção ou privação da liberdade ao princípio da reserva legal: “De acuerdo con ese significado prevalente de la libertad, la Constitución contempla las excepciones a la misma en los términos previstos en el art. 17.1 C.E.: «nadie puede ser privado de su libertad, sino con la

antecipado da pena antes do trânsito em julgado é hipótese de prisão não prevista nas leis brasileiras. A legislação brasileira, em particular o art. 283 do CPP, só prevê a prisão cautelar (preventiva ou temporária) e a prisão definitiva⁴⁷.

49. O mesmo princípio da legalidade é estabelecido pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos. De acordo com o artigo 7º, 2, do Pacto de San José da Costa Rica, “Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas constituições políticas dos Estados Partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas.” As normas e institutos constitucionais devem ser interpretados em conformidade com o direito internacional de direitos humanos.

50. Essa é tendência contemporânea a qual adere o Brasil, sobretudo ao prever, no artigo 5º, § 2º, que os direitos e garantias expressos na Constituição “não excluem outros decorrentes (...) dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. O princípio hermenêutico básico que deve nortear a recepção dessas fontes do direito pelo direito constitucional brasileiro é o da *prevalência dos direitos humanos*, como reconhece a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Considere-se o seguinte precedente:

“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

observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley». Se trata de una formulación negativa, similar a la que define el principio de legalidad penal y sancionadora del art. 25.1 C.E., y que establece una reserva de ley para las restricciones legítimas de la libertad. (...) En las SSTC 140/1986, de 11 de noviembre, FJ 5, y 160/1986, de 16 de diciembre, FJ 4, se expresa que «el derecho a la libertad del art. 17.1 es el derecho de todos a no ser privados de la misma, salvo ‘en los casos y en la forma previstos en la Ley’: En una Ley que, por el hecho de fijar las condiciones de tal privación, es desarrollo del derecho que así se limita».

⁴⁷ Outras modalidades excepcionais de prisão, tais como a prisão para extradição, embora fujam à regra geral do direito processual penal comum, estão sempre previstas em lei formal.

*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.”*⁴⁸

51. No caso *Chaparro Álvarez Vs. Ecuador*, a Corte Interamericana de Derechos Humanos realizou uma análise minuciosa e diferenciada do artigo 7.2. da Convenção, nos seguintes termos:

*[...] reconoce la garantía primaria del derecho a la libertad física: la reserva de ley, según la cual, únicamente a través de una ley puede afectarse el derecho a la libertad personal*⁴⁹. [...]

*La reserva de ley debe forzosamente ir acompañada del principio de tipicidad, que obliga a los Estados a establecer, tan concretamente como sea posible y “de antemano”, las “causas” y “condiciones” de la privación de la libertad física. De este modo, el artículo 7.2 de la Convención remite automáticamente a la normativa interna. Por ello, cualquier requisito establecido en la ley nacional que no sea cumplido al privar a una persona de su libertad, generará que tal privación sea ilegal y contraria a la Convención Americana*⁵⁰ [...]

*La tarea de la Corte, por consiguiente, es verificar que las detenciones de [las víctimas] se realizaron conforme a la legislación*⁵¹ [...]

52. Para a determinação do conceito de lei, a Corte se referiu ao que anteriormente havia fixado na Opinião Consultiva 6/86: “*norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados Partes para la*

⁴⁸ HC 90450/MG, Rel. Min. Celso de Mello, J. 23.09.2008.

⁴⁹ Chaparro Álvarez, párr. 56. Ver también Yvon Neptune, párr. 96.

⁵⁰ Chaparro Álvarez, párr. 57. Ver también Yvon Neptune, párr. 96. En el mismo sentido Bayarri, párr. 54.

⁵¹ Chaparro Álvarez, párr. 58. Ver también Yvon Neptune, párr. 96.

formación de las leyes.”⁵² O Pacto de San José da Costa Rica, no artigo 7.2, reconhece a garantia primária do direito à liberdade física: a *reserva de lei*, segundo a qual unicamente por meio de uma lei se pode afetar o direito à liberdade pessoal. De acordo com esse artigo da Convenção, “*cualquier requisito establecido en la ley nacional que no sea cumplido al privar a una persona de su libertad, haría que esa privación sea ilegal y contraria a la Convención Americana.*”⁵³ Por isso, a prisão para execução provisória da pena – em clara afronta ao disposto no art. 283 do CPP – viola o princípio da reserva absoluta de lei em matéria penal, que encontra fundamento não apenas na Constituição, mas também no Pacto de San José da Costa Rica⁵⁴.

53. O princípio da separação de poderes, tal como concretizado pelo STF, prevê, como conteúdos mínimos de normatividade, cláusulas de “reserva de poder”: campos delimitados de competência exclusiva de cada Poder. A postura proativa adotada pelo Judiciário ao formalizar decisões de perfil aditivo encontra, nas cláusulas constitucionais de reserva de poder, um limite salutar. A observância dos âmbitos de competência reservada de cada um dos Poderes é fundamental para a manutenção da higidez normativa do princípio da separação de poderes. A esse respeito, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acolhe a distinção entre *reserva de lei em sentido estrito e reserva de norma*:

⁵² La Expresión “Leyes” en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A No. 6, párr. 38.

⁵³ *Caso Bayarri Vs. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 30 de octubre de 2008. Serie C No. 187, párr. 54; *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs. Ecuador*, Cit., párr. 57; y *Caso Yvon Neptune Vs. Haití*, Cit., párr. 96.

⁵⁴ O Ministro Roberto Barroso, embora sem aderir à ideia de eficácia vinculante da jurisprudência da CIDH, reconhece-lhe grande importância na interpretação das normas convencionais: “*Por óbvio, o dispositivo da Convenção restringe a obrigação de cumprimento aos Estados nacionais nos casos em que tiverem sido parte. (...) Note-se, incidentalmente, porém, que se deve reconhecer grande importância na interpretação das normas da Convenção. No sistema europeu, há quem reconheça às decisões da Corte Europeia de Direitos Humanos, para além da eficácia vinculante para os Estados parte na causa, uma chamada “eficácia de orientação” (Orientierungswirkung) ou função normativa de condução (normative Leitfunktion), algo possivelmente também compatível com o sistema interamericano*”. Cf. Parecer publicado na Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro, n. 65, 2010, p. 276-277.

Tome-se o enunciado do preceito: ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Ora, há visível distinção entre as seguintes situações: (i) vinculação às definições da lei; (ii) vinculação às definições decorrentes --- isto é, fixadas em virtude dela --- de lei. No primeiro caso estamos diante da reserva de lei; no segundo, em face da “reserva de norma” (norma que pode ser tanto legal quanto regulamentar; ou regimental). Na segunda situação, ainda que as definições em pauta se operem em atos normativos não da espécie legislativa --- mas decorrentes de previsão implícita ou explícita em lei --- o princípio estará sendo devidamente acatado. No caso, o princípio da legalidade expressa reserva de lei em termos relativos (= reserva de norma), razão pela qual não impede a atribuição, explícita ou implícita, ao Executivo e ao Judiciário, para, no exercício de função normativa, definir obrigação de fazer e não fazer que se imponha aos particulares --- e os vincule. Voltando ao artigo 5º, II do texto constitucional, verificamos que, nele, o princípio da legalidade é tomado em termos relativos, o que induz a conclusão de que o devido acatamento lhe estará sendo conferido quando --- manifesta, explícita ou implicitamente, atribuição para tanto --- ato normativo não legislativo, porém regulamentar ou regimental, definir obrigação de fazer ou de não fazer alguma coisa imposta a seus destinatários. Tanto isso é verdadeiro --- que o dispositivo constitucional em pauta consagra o princípio da legalidade em termos apenas relativos --- que em pelo menos três oportunidades (isto é, no artigo 5º, XXXIX, no artigo 150, I e no parágrafo único do artigo 170) a Constituição retoma o princípio, então o adotando em termos absolutos: não haverá crime ou pena, nem tributo, nem exigência de autorização de órgão público para o exercício de atividade econômica sem lei, aqui entendida como tipo específico de ato legislativo, que os estabeleça. Não tivesse o artigo 5º, II consagrado o princípio da legalidade em termos somente relativos e razão não haveria a justificar a sua inserção no bojo da Constituição, em termos absolutos, nas hipóteses referidas. Dizendo-o de outra forma: se há um princípio de reserva de lei --- ou seja, se há matérias que não podem ser reguladas senão por lei --- evidente que das excluídas a essa exigência podem tratar, sobre elas dispondo, o Poder Executivo e o Judiciário, em regulamentos e regimentos. Quanto à definição do que está incluído nas matérias de reserva de lei, há de ser colhida no texto constitucional; no que concerne a essas matérias não cabem regulamentos e regimentos. Inconcebível a admissão de que o texto constitucional contivesse disposição despicienda --- verba cum effectu sunt accipienda.⁵⁵

⁵⁵ STF, HC 85060, Relator Min. Eros Grau, Primeira Turma, julgado em 23/09/2008, DJe 12-02-2009.

54. A reserva de lei em sentido absoluto – tal como descrita no precedente do STF – tem lugar quando determinada matéria só puder ser regulada por ato emanado do Poder Legislativo, nos termos do processo legislativo parlamentar definido na Constituição. No caso do direito penal, não há, data vênua, autorização constitucional para o exercício de poder normativo pelo Judiciário.⁵⁶ Como se sabe, na esfera penal, é aplicada a regra da legalidade estrita – ou reserva qualificada de lei –, uma vez que se trata de sistema que tem como consequência a limitação da liberdade dos condenados⁵⁷. Por essa razão, é

⁵⁶ A reserva de parlamento representa uma garantia maior para a sociedade, pois requer que a norma, além de ser lei em sentido formal e material, seja examinada e aprovada pelo Parlamento: “*Designa-se reserva de parlamento o conjunto de matérias ou de âmbitos materiais que devem ser objecto de regulação através de um acto legislativo editado pelo parlamento. Esta reserva legislativa de parlamento designa-se, por vezes, reserva de lei formal. É relativamente a esta reserva de parlamento que convergem, com mais intensidade, as dimensões inerentes ao princípio do Estado de Direito e ao princípio democrático atrás assinaladas. Trata-se, por um lado, de assegurar, através da lei, a observância dos princípios concretizadores do princípio do Estado de direito (princípio da confiança e segurança jurídicas, princípio da proporcionalidade, princípio da igualdade, princípio da imparcialidade). Visa-se, por outro lado, “guardar para um órgão com uma legitimação política especial o estabelecimento das bases de todos os regimes jurídicos cujos preceitos possam afectar interesses da generalidade dos cidadãos e a fixação desses regimes na integralidade quando respeitem a assuntos que mais sensibilizem uma comunidade.”* (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 5a. ed. Coimbra: Almedina, 1991, p. 727). Segundo Gomes Canotilho, a “reserva de parlamento”, designada, “por vezes”, de “reserva de lei formal”, traduz-se no “conjunto de matérias ou de âmbitos materiais que devem ser objecto de um acto legislativo editado pelo parlamento”. Cfr. J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 4a. Edição, Coimbra: Almedina, 2000, p. 706.

⁵⁷ No mesmo sentido, a rica produção jurisprudencial do Tribunal constitucional espanhola: “*En la STC 49/1999 sostuvimos que «por mandato expreso de la Constitución, toda injerencia estatal en el ámbito de los derechos fundamentales y libertades públicas, ora incida directamente en su desarrollo (art. 81.1 CE), o limite o condicione su ejercicio (art. 53.1 CE), precisa una habilitación legal. Esa reserva de ley a que, con carácter general, somete la Constitución Española la regulación de los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en su Título I, desempeña una doble función, a saber: de una parte, asegura que los derechos que la Constitución atribuye a los ciudadanos no se vean afectados por ninguna injerencia estatal no autorizada por sus representantes; y, de otra, en un ordenamiento jurídico como el nuestro, en el que los Jueces y Magistrados se hallan sometidos “únicamente al imperio de la Ley” y no existe, en puridad, la vinculación al precedente (SSTC 8/1981, 34/1995, 47/1995 y 96/1996), constituye, en definitiva, el único modo efectivo de garantizar las exigencias de seguridad jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas. Por eso, en lo que a nuestro ordenamiento se refiere, hemos caracterizado la seguridad jurídica como una suma de legalidad y certeza del Derecho (STC 27/1981, FJ 10)» [STC 49/1999, de 5 de abril, FJ 4]. Por consiguiente, como afirmamos en la citada Sentencia, la legitimidad constitucional de cualquier injerencia del poder público en los derechos fundamentales requiere que haya sido autorizada o habilitada por una disposición con rango de Ley, y que la norma legal habilitadora de la injerencia reúna las condiciones mínimas suficientes requeridas por las exigencias de seguridad jurídica y certeza del derecho (FJ 4)”*

vedada a aplicação expansiva ou analógica dos enunciados legais que possam prejudicar o réu. No Brasil, as hipóteses de prisão constituem *numerus clausus*.

II.2. ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL EM QUE SE ENCONTRA O SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO. FUNDAMENTO DO PEDIDO DE DECLARAÇÃO DE QUE O ARTIGO 283 É "AINDA CONSTITUCIONAL".

II.2.1. A DECISÃO DO STF NO JULGAMENTO DO MC-ADPF 347.

55. O Supremo Tribunal Federal, em acórdão prolatado em 09/09/2015, no julgamento de Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (MC-ADPF) nº 347, proclamou a existência de *estado de coisas inconstitucional* no âmbito do sistema carcerário brasileiro ante a ocorrência de violação massiva de direitos fundamentais dos detentos. Eis o teor do acórdão:

CUSTODIADO – INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL – SISTEMA PENITENCIÁRIO – ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – ADEQUAÇÃO. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAIS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas

inconstitucional”. *FUNDO PENITENCIÁRIO NACIONAL – VERBAS – CONTINGENCIAMENTO. Ante a situação precária das penitenciárias, o interesse público direciona à liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA – OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA. Estão obrigados juízes e tribunais, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão.*⁵⁸

56. A declaração do referido *estado de coisas inconstitucional* pelo STF implica a recepção no Brasil de conceito jurídico originado da jurisprudência da Corte Constitucional da Colômbia, que condiciona a configuração de tal estado de coisas inconstitucional à observância de três pressupostos: (a) situação de violação generalizada de direitos fundamentais; (b) inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a situação; (c) necessidade da atuação de uma pluralidade de autoridades para que fossem superadas as transgressões.⁵⁹

57. No julgamento da MC-ADPF n. 347, o STF reconheceu que o sistema carcerário brasileiro consubstancia verdadeiro *estado de coisas inconstitucional*, vez que se constitui em ambiente de contínua violação de direitos fundamentais dos detentos, realidade causada pela reiterada inércia do Poder Público, agravada pela chamada *cultura do encarceramento* existente no país⁶⁰, cuja solução depende da atuação conjunta de todas as esferas do Poder

⁵⁸ STF, ADPF 347 MC, Relator Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 09/09/2015, DJe-031 19-02-2016.

⁵⁹ Corte Constitucional da Colômbia, Sentencia SU-559-97; Sentencia T-068-98; Sentencia T-153-98; Sentencia SU-250-98; Sentencia T-590-98; Sentencia T-525-99; Sentencia T-025-04; Sentencia T-388-13.

⁶⁰ Prosseguindo no voto condutor, afirma o Relator que “*A ausência de medidas legislativas, administrativas e orçamentárias eficazes representa falha estrutural a gerar tanto a violação sistemática dos direitos, quanto a perpetuação e o agravamento da situação. A inércia, como dito, não é de uma única autoridade pública – do Legislativo ou do Executivo de uma particular unidade federativa –, e sim do funcionamento deficiente do Estado como um todo. Os poderes, órgãos e entidades federais e estaduais, em conjunto, vêm se mantendo incapazes e manifestando verdadeira falta de vontade em buscar superar ou reduzir o quadro objetivo de inconstitucionalidade. Faltam sensibilidade legislativa e motivação política do Executivo. É*

Público⁶¹. Confira-se a síntese produzida em seu voto pelo Relator, Ministro Marco Aurélio:

As penas privativas de liberdade aplicadas em nossos presídios convertem-se em penas cruéis e desumanas. Os presos tornam-se “lixo digno do pior tratamento possível”, sendo-lhes negado todo e qualquer direito à existência minimamente segura e salubre. Daí o acerto do Ministro da Justiça, José Eduardo Cardozo, na comparação com as “masmorras medievais”. Nesse contexto, diversos dispositivos, contendo normas nucleares do programa objetivo de direitos fundamentais da Constituição Federal, são ofendidos: o princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III); a proibição de tortura e tratamento desumano ou degradante de seres humanos (artigo 5º, inciso III); a vedação da aplicação de penas cruéis (artigo 5º, inciso XLVII, alínea “e”); o dever estatal de viabilizar o cumprimento da pena em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e sexo do apenado (artigo 5º, inciso XLVIII); a segurança dos presos à integridade física e moral (artigo 5º, inciso XLIX); e os direitos à saúde, educação, alimentação, trabalho, previdência e assistência social (artigo 6º) e à assistência judiciária (artigo 5º, inciso LXXIV). Outras normas são afrontadas, igualmente reconhecedoras dos direitos dos presos: o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos e Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes e a Convenção Americana de Direitos Humanos. ⁶²

58. Nesse contexto, destaca-se a superlotação das unidades prisionais por todo o país, considerada como um dos elementos centrais da cadeia de

possível apontar a responsabilidade do Judiciário no que 41% desses presos, aproximadamente, estão sob custódia provisória. Pesquisas demonstram que, julgados, a maioria alcança a absolvição ou a condenação a penas alternativas, surgindo, assim, o equívoco da chamada “cultura do encarceramento”. (STF, ADPF 347 MC, Relator Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 09/09/2015, DJe-031 19-02-2016).

⁶¹ Ainda no voto do Ministro Marco Aurélio, conclui-se que “*Em síntese, assiste-se ao mau funcionamento estrutural e histórico do Estado – União, estados e Distrito Federal, considerados os três Poderes – como fator da violação de direitos fundamentais dos presos e da própria insegurança da sociedade. Ante tal quadro, a solução, ou conjunto de soluções, para ganhar efetividade, deve possuir alcance orgânico de mesma extensão, ou seja, deve envolver a atuação coordenada e mutuamente complementar do Legislativo, do Executivo e do Judiciário, dos diferentes níveis federativos, e não apenas de um único órgão ou entidade.*” (STF, ADPF 347 MC, Relator Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 09/09/2015, DJe-031 19-02-2016).

⁶² STF, ADPF 347 MC, Relator Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 09/09/2015, DJe-031 19-02-2016.

agressões aos direitos humanos instaurada no sistema carcerário. De acordo com o Novo Diagnóstico de Pessoas Presas no Brasil, divulgado pelo Conselho Nacional de Justiça em 2014⁶³ e citado no bojo do MC-ADPF 347, há um déficit de 210.436 vagas no sistema carcerário brasileiro. Tal número salta para 358.373 se forem computados também os apenados em prisão domiciliar. Em resumo, enquanto a população carcerária brasileira – incluído aí os presos domiciliares – é integrada por 715.592 detentos, o Poder Público oferta apenas 357.219 vagas no sistema prisional. Há que se mencionar, outrossim, que tal realidade só não era mais dramática porque 373.991 mandados de prisão ainda se encontravam pendentes de cumprimento quando do levantamento dos dados. Caso todos os mandados de prisão fossem cumpridos, o déficit chegaria à descomunal cifra de 732.427 vagas.

59. Os relatos concernentes a essa realidade de superlotação prisional causam repulsa a qualquer observador que creia se encontrar em um Estado Democrático de Direito⁶⁴. O cenário é de tamanha gravidade que o Ministro Marco Aurélio, quando do julgamento da MC-ADPF 347, chegou a afirmar em

⁶³ http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/pessoas_presas_no_brasil_final.pdf.

⁶⁴ Nesse sentido é grande valia a contribuição da Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário, instaurada no âmbito da Câmara dos Deputados do Congresso Nacional e cujo relatório final se encontra disponível no sítio eletrônico <<http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/2701>>. Segundo o estarrecedor relato divulgado pela CPI do Sistema Carcerário, “*A superlotação é talvez a mãe de todos os demais problemas do sistema carcerário. Celas superlotadas ocasionam insalubridade, doenças, motins, rebeliões, mortes, degradação da pessoa humana. A CPI encontrou homens amontoados como lixo humano em celas cheias, se revezando para dormir, ou dormindo em cima do vaso sanitário. Em outros estabelecimentos, homens seminus gemendo diante da cela entupida com temperaturas de até 50 graus. Em outros estabelecimentos, redes sobre redes em cima de camas ou do lado de fora da cela em face da falta de espaço. Mulheres com suas crianças recém-nascidas espremidas em celas sujas. Celas com gambiarras, água armazenada, fogareiros improvisados, papel de toda natureza misturados com dezenas de homens. Celas escuras, sem luz, com paredes encardidas cheias de “homens- morcego”. Dezenas de homens fazendo suas necessidades fisiológicas em celas superlotadas sem água por dias a fio. Homens que são obrigados a receber suas mulheres e companheiras em cubículos apodrecidos. Assim vivem os presos no Brasil. Assim são os estabelecimentos penais brasileiros na sua grande maioria. Assim é que as autoridades brasileiras cuidam dos seus presos pobres. E é assim que as autoridades colocam, todo santo dia, feras humanas jogadas na rua para conviver com a sociedade. O resultado dessa barbárie é a elevada reincidência expressa em sacrifício de vidas humanas, desperdícios de recursos públicos, danos patrimoniais, elevados custos econômicos e financeiros e insegurança à sociedade.*”

seu voto que “*as penas privativas de liberdade aplicadas em nossos presídios convertem-se em penas cruéis e desumanas. Os presos tornam-se ‘lixo digno do pior tratamento possível’, sendo-lhes negado todo e qualquer direito à existência minimamente segura e salubre*”.⁶⁵

60. Da superlotação dos estabelecimentos prisionais, decorre um sem número de violações a direitos fundamentais dos apenados. Violam-se a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III); a proibição de tortura e tratamento desumano ou degradante (artigo 5º, inciso III); a vedação à aplicação de penas cruéis (artigo 5º, inciso XLVII, alínea “e”); o dever estatal de viabilizar o cumprimento da pena em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e sexo do apenado (artigo 5º, inciso XLVIII); e a segurança dos presos e sua integridade física e moral (artigo 5º, inciso XLIX).

61. Como reação ao estado de coisas inconstitucional, o STF determinou a realização de uma série de medidas visando a atenuar a violação constante de direitos fundamentais:

“Decisão: 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

⁶⁵ No decorrer do mesmo voto, o Ministro Relator chega à conclusão de que “*A superlotação carcerária e a precariedade das instalações das delegacias e presídios, mais do que inobservância, pelo Estado, da ordem jurídica correspondente, configuram tratamento degradante, ultrajante e indigno a pessoas que se encontram sob custódia.*” (STF, ADPF 347 MC, Relator Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 09/09/2015, DJe-031 19-02-2016).

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;”

62. A despeito da recente intervenção realizada pelo STF no julgamento da ADPF 347, recente estudo produzido pelo Departamento Penitenciário Nacional (Depen) aponta que o número de presos provisórios é quase igual ao déficit de vagas no sistema, que é de 250.318 vagas⁶⁶. É certo que estamos muito longe de solucionar esse grave quadro de sistemática violação dos direitos fundamentais dos presos no Brasil. Ainda não são conhecidos os dados específicos sobre o impacto no sistema prisional brasileiro da nova orientação jurisprudencial adotada pelo STF a propósito da execução provisória da pena. Mas o certo é que o relevante incremento do número de presos não definitivos – principalmente considerado o elevado número de recursos especiais criminais a serem examinados pelo STJ – contraria os fundamentos determinantes do julgamento da medida cautelar na ADPF 347.

II. 2.2. O AGRAVAMENTO DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL EM DECORRÊNCIA DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA DECISÃO CONDENATÓRIA E A NÃO APLICAÇÃO DA REGRA DO ART. 283 DO CPP.

63. Justamente pela gravidade do estado de coisas inconstitucional em que se encontra o sistema prisional brasileiro, a afirmação da constitucionalidade do art. 283 do CPP torna-se ainda mais necessária. Data vênua, não é coerente com a decisão proferida pelo STF no acórdão da MC-ADPF n. 347 uma alteração jurisprudencial que agrave ainda mais a superlotação dos estabelecimentos

⁶⁶ Cf. <http://s.conjur.com.br/dl/infopen-dez14.pdf>.

prisoneiros brasileiros. Segundo dados do CNJ, 41% do total de presos brasileiros estão presos provisoriamente, não tendo a condenação transitada em julgado. Se se permitir a execução provisória da sentença penal condenatória, uma parcela ainda maior dos detentos no Brasil – que poderá chegar próximo da metade do total – será de pessoas que ainda não foram condenadas de modo definitivo.⁶⁷ Caso prevaleça, a nova orientação jurisprudencial, data máxima vênua, acabará por contribuir para o agravamento da superlotação, caracterizada como “*a mãe de todos os demais problemas carcerários*” pela referida CPI.

64. A situação reveste-se de contornos ainda mais preocupantes quando consideramos o fato de que são pessoas que podem ainda ter a liberdade garantida em definitivo, notadamente pelo STJ. Há que se frisar que tal possibilidade de provimento recursal em favor do réu é real e expressiva – no último capítulo de mérito desta inicial ficará demonstrada a alta taxa de sucesso nos recursos e *habeas corpus* julgados pelo STJ –, não sendo decorrente de mera ilação abstrata e descolada da realidade. Apenas para que se tenha uma ideia, a taxa média de concessão da ordem de *habeas corpus* no Superior Tribunal de Justiça, após o julgamento em duas instâncias ordinárias, é de 27,86%⁶⁸.

65. O cumprimento antecipado da pena antes do trânsito em julgado da condenação levará cidadãos que ainda não tiveram seu estado de inocência efetivamente elidido pelo Estado para o que a Ministra Rosa Weber⁶⁹, no

⁶⁷ Segundo relatado pelo Ministro Marco Aurélio, “*outro fato a contribuir para a superlotação é o uso abusivo da prisão provisória. Segundo relatórios do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, 41% dos presos brasileiros estão nessa condição.*” (ADPF 347).

⁶⁸ Cf. Relatório Final do Projeto “Panaceia universal ou remédio constitucional? Habeas corpus nos Tribunais Superiores” da FGV-RIO, coordenado pelo Prof. Dr. Thiago Bottino: http://diretorio.fgv.br/sites/diretorio.fgv.br/files/u100/relatorio_final_pesquisa_hc_ipea-mj_-_junho_-_2014_-_para_publicacao.pdf, P. 59.

⁶⁹ Para a Ministra Rosa Weber, “*De qualquer maneira, apenas para enfatizar, com relação a esse estado de coisas inconstitucional, permito-me o registro de que a metáfora, lembrada da tribuna e também invocada pelo Ministro Fachin, Inferno de Dante me parece absolutamente adequada quando se trata do sistema prisional brasileiro, ainda que - e digo isso em função de uma observação muito pertinente do Ministro Teori - haja exceções. Mas o Inferno de Dante também tem seus nove círculos, e o primeiro é o Limbo, ocupado na imagem de Dante sequer por pecadores. Então, há exceções sim, mas essas exceções não nos permitem não reconhecer o estado caótico e dramático das prisões brasileiras e proclamar, repito, ainda que em sede de*

juízo da ADPF-MC 347, caracterizou como verdadeiro *Inferno de Dante*. O ponto foi ressaltado pelo Ministro Marco Aurélio no julgamento do HC 126292/SP:

E mais, nós afirmamos, e essas são as palavras do eminente Relator naquele caso, que o sistema penitenciário brasileiro se encontra num estado de coisas inconstitucional. Então, agora, nós vamos facilitar a entrada de pessoas neste verdadeiro inferno de Dante, que é o nosso sistema prisional? Ou seja, abrandando esse princípio maior da nossa Carta Magna, uma verdadeira cláusula pétreia. Então isto, com todo o respeito, data venia, me causa a maior estranheza.

II.2.3. PEDIDO SUBSIDIÁRIO DE DECLARAÇÃO DE QUE O ART. 283 DO CPP É AINDA CONSTITUCIONAL.

66. Caso o Supremo Tribunal Federal não declare plenamente constitucional o art. 283 do CPP, requer-se seja declarado *ainda constitucional* o mesmo dispositivo enquanto perdurar o estado de coisas inconstitucional no sistema carcerário brasileiro.

67. A Corte já empregou essa técnica decisória em algumas oportunidades. A decisão paradigmática foi proferida relativamente ao artigo 68 do Código de Processo Penal, cuja redação era a seguinte: “*Quando o titular do direito à reparação do dano for pobre (art. 32, §§ 1º e 2º), a execução da sentença condenatória (art. 63) ou a ação civil (art. 64) será promovida, a seu requerimento, pelo Ministério Público*”. No entanto, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 134, incumbia à Defensoria Pública a função de promover a

juízo deliberação, o estado de coisas inconstitucional.” (STF, ADPF 347 MC, Relator Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 09/09/2015, DJe-031 19-02-2016).

defesa “dos necessitados”⁷⁰. Quando a Constituição Federal entrou em vigor, a Defensoria Pública ainda não estava estruturada em diversos estados. O Supremo Tribunal Federal entendeu que, enquanto isso não ocorresse, o artigo 68 do Código de Processo Penal seria considerado *ainda constitucional*. A inconstitucionalidade comprometeria a validade do preceito apenas progressivamente, não de maneira imediata:

*Ministério Público - Ação civil ex delicto - Código de Processo Penal, art. 68 - Norma ainda constitucional - Estágio intermediário, de caráter transitório, entre a situação de constitucionalidade e o estado de inconstitucionalidade - A questão das situações constitucionais imperfeitas - Subsistência, no Estado de São Paulo, do art. 68 do CPP, até que seja instituída e regularmente organizada a Defensoria Pública local - Recurso de agravo improvido.*⁷¹

68. No mesmo sentido, reconhecendo a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal declarar que há normas “ainda constitucionais”, que se encontram apenas “em transito para a inconstitucionalidade”:

(...) 3. PROCESSO DE INCONSTITUCIONALIZAÇÃO. NORMAS “AINDA CONSTITUCIONAIS”. Tendo em vista que o Supremo Tribunal Federal indeferiu o pedido de medida liminar há mais de dez anos e que, nesse período, mais de setecentas pessoas foram aprovadas em concurso público e receberam, de boa-fé, as delegações do serviço extrajudicial, a desconstituição dos efeitos concretos emanados dos Provimentos n. 747/2000 e 750/2001 causaria desmesurados prejuízos ao interesse social. **Adoção da tese da norma jurídica “ainda constitucional”**. Preservação: a) da validade dos atos notariais praticados no Estado de São Paulo, à luz dos provimentos impugnados; b) das outorgas regularmente concedidas a delegatários concursados (eventuais vícios na investidura do delegatário, máxime a ausência de aprovação em concurso público, não se encontram a salvo de posterior declaração de nulidade); c) do curso normal do processo seletivo

⁷⁰ De acordo com o artigo 134 da Constituição Federal, “a Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV”.

⁷¹ RE 341717 AgR, Relator Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 05/08/2003, DJe-040 05-03-2010

*para o recrutamento de novos delegatários. 4. Ação direta julgada improcedente.*⁷²

69. Assim, caso não se acolha o pedido de declaração de constitucionalidade do art. 283 do CPP, requer-se que a norma seja declarada *ainda constitucional* enquanto não cesse o estado de coisas inconstitucional que caracteriza o sistema carcerário brasileiro, de modo que, até lá, seja vedado o cumprimento antecipado da pena. Quando menos, a execução provisória deveria ser obstada enquanto não ocorresse o julgamento definitivo da ADPF 347 e se cumpram as providências fixadas pelo STF.

II.2.4. APLICABILIDADE DE MEDIDAS DISTINTAS DA PRISÃO QUANDO A CONDENAÇÃO ESTEJA AINDA PENDENTE DE TRÂNSITO EM JULGADO.

70. Caso essa Corte entenda ser possível o início do cumprimento de pena antes do trânsito em julgado, é necessário realizar-se a interpretação conforme a Constituição do artigo 283 do Código de Processo Penal para se determinar a aplicação analógica, pelo menos enquanto perdurar o atual estado de coisas inconstitucional, das medidas alternativas à prisão previstas no art. 319 do CPP como mecanismo para se evitar o encarceramento provisório decorrente da condenação em segunda instância. De acordo com a redação dada ao art. 319 do CPP pela Lei nº 12.403/2011, são medidas cautelares diversas da prisão:

I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;
II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações

⁷² ADI 2415, Relator Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 22/09/2011, DJe-028 09-02-2012.

III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;

IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;

V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;

VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;

VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;

VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;

IX - monitoração eletrônica.

71. Tendo em vista que a prisão cautelar dá-se antes da condenação do réu, o Legislador, em observância ao princípio da presunção de inocência, estabeleceu um conjunto de medidas que, embora eficazes, evitam o seu aprisionamento prematuro. Novamente, percebe-se que, na reforma processual penal realizada pela Lei nº 12.403/2011, o Legislador procurou criar mecanismos – a exemplo também do art. 283 do CPP – que transformam o encarceramento em medida última e extrema, aplicável somente quando não resta dúvida acerca da condenação – trânsito em julgado –, ou cautelarmente, quando a liberdade do réu implica risco real para a sociedade ou para o processo criminal.⁷³

72. Caso esse e. STF reconheça a possibilidade de cumprimento antecipado de pena, essa nova hipótese de encarceramento aproximar-se-ia mais da prisão cautelar que da prisão definitiva. Ao contrário da prisão decorrente de

⁷³ Não por outra razão o Supremo Tribunal Federal determinou que, “considerando que a prisão é a última ratio das medidas cautelares (§ 6º do art. 282 do CPP - incluído pela Lei nº 12.403/11), deve o juízo competente observar aplicabilidade, ao caso concreto, das medidas cautelares diversas elencadas no art. 319 do CPP, com a alteração da Lei nº 12.403/11” (HC 106446, Relatora Min. Cármen Lúcia, Relator p/ Acórdão: Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, julgado em 20/09/2011, DJe-215 11-11-2011).

condenação transitada em julgado, a decisão que dá azo ao cumprimento antecipado da pena ainda é passível de reforma por meio de recursos interpostos. É uma prisão ainda provisória – tanto assim que se convencionou denominar essa modalidade de prisão como execução *provisória* da pena –, a qual se transformaria em definitiva apenas com o trânsito em julgado.

73. Diante da incerteza sobre a inocência do réu, devem prevalecer as interpretações que preservem sua liberdade o tanto quanto possível. As medidas alternativas à prisão constantes do art. 319 do CPP podem ser aplicadas de forma analógica aos casos de cumprimento antecipado da pena, pelo menos até que se supere o atual estado de coisas inconstitucional. É o que se recomenda com base nos princípios da liberdade e da dignidade da pessoa humana.

74. O uso do argumento analógico revela importante ferramenta hermenêutica em um contexto de autocontenção (*self-restrain*) da atividade desenvolvida pela Corte Constitucional porque reduz a necessidade de grandes construções teóricas para a solução dos casos. Para Sustain, a utilização da analogia possui uma dimensão democrática, “*pois as pessoas podem, com frequência, alcançar um acordo acerca de uma analogia quando discordam sobre questões teóricas mais complexas*”⁷⁴, permitindo, assim, a simplificação do processo decisório e a redução dos ônus da tomada de decisões. Se o legislador criou medidas alternativas à prisão cautelar – para evitar o encarceramento desnecessário antes do trânsito em julgado da sentença condenatória –, essas mesmas alternativas podem servir para reduzir os danos decorrentes da execução provisória da pena, notadamente diante do insustentável quadro de inconstitucionalidade de que padece o sistema prisional brasileiro.

⁷⁴ No original, “[...] *people can often reach agreement on an analogy when they disagree about the most complex theoretical issues*” (SUSTEIN, Cas. One case at the time: judicial minimalism on the Supreme Court. Cambridge: Harvard University Press, 2001). Cass Sustain defende que cortes minimalistas, adequadas às sociedades pluralistas contemporâneas, ao tentar equalizar grandes disputas, limitam-se a argumentações modestas, evitando a inflexibilização da posição e fomentando a deliberação democrática nas instituições politicamente responsáveis. (SUSTEIN, Cas. One case at the time: judicial minimalism on the Supreme Court. Cambridge: Harvard University Press, 2001).

**II.3. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO RETROATIVA DE NOVO
ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL PREJUDICIAL AO RÉU.
IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO RETROATIVA DE NORMA PROCESSUAL
PENAL.**

**II.3.1. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO RETROATIVA DE ALTERAÇÃO
JURISPRUDENCIAL EM MATÉRIA PENAL.**

75. Caso esse e. STF entenda por bem reafirmar a recente modificação da sua jurisprudência para admitir o início do cumprimento de pena de prisão antes do trânsito em julgado da decisão condenatória, essa nova interpretação não deve – é o que ora se sustenta e requer - retroagir em prejuízo ao réu.⁷⁵ Os mesmos limites que se impõem à alteração legislativa, fixados no artigo 5º, incisos XXXIX e XV, devem incidir também sobre a alteração jurisprudencial⁷⁶.

⁷⁵ TAVARES, Juarez. Interpretación, principio de legalidad y jurisprudencia, em: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales - Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1987, Página 766.

⁷⁶ Nesse sentido, a precisa lição do Procurador Regional da República Paulo Queiroz: “*Já Odone Sanguiné sustenta, com razão, que a posição mais correta consiste em solucionar essa questão da perspectiva constitucional, estendendo a proibição de retroatividade às alterações jurisprudências desfavoráveis ao réu, postura que se ampara, por um lado, a ideia de segurança jurídica como fundamento do princípio da irretroatividade e, ademais, na proposta de revisão do vetusto significado da separação de poderes; por outros na harmonização dessa doutrina com o princípio de determinação a fim de substituir a posição tradicional por uma visão superado da pretendida distinção absoluta entre a função da lei e a função da jurisprudência penal. É que a lei e sua interpretação - escreve Sanguiné - se encontram em vínculo necessário de complementação, de modo que a realidade jurídica do princípio da legalidade só será atendida quando, para determinado tipo penal, vigore a mesma interpretação que lhe era dada à época do cometimento do fato e que corresponda à verdadeira pretensão normativa. Ademais, se, conforme, temos sustentado, o direito não preexiste à interpretação, mas é dela resultado, motivo pelo qual a interpretação constitui o ser do direito, segue-se, logicamente, que a lei e sua interpretação são inseparáveis; logo, o discurso aqui, de sorte a não ser admitida a retroatividade da (nova) jurisprudência contrária ao réu. Afinal, em última análise, o direito é o que os juízes e tribunais (mas não só eles) dizem que é, visto que só é direito o que poder reconhece como tal, especialmente o Poder Judiciário. Pela mesma razão, alterações da jurisprudência que favoreçam o réu devem retroagir, de sorte a admitir a revisão*”

São limites derivados do princípio da legalidade, tais como a proibição da analogia e a proibição da retroatividade em prejuízo do réu. O Ministro Roberto Barroso, em seu voto no julgamento da AP 606-QO – oportunidade em que se discutia a alteração da jurisprudência estabelecida a propósito dos efeitos da renúncia de parlamentar para fins de fixação da competência absoluta para julgamento da causa penal –, esclareceu o ponto:

“Reitero o meu ponto de vista de que considero que o momento ideal para se fixar a competência do Supremo deveria ser o recebimento da denúncia, porque este é o momento no qual o processo se instaura, e esta é a analogia com o dispositivo constitucional que, no Congresso, diz que, se o parlamentar renunciar depois de instaurado o processo, isso já não mais o imunizará das sanções de eventual decisão desfavorável. Sendo assim, aqui reitero que este é o melhor critério. De qualquer forma, embora este critério se aplicasse, em tese, ao réu Clésio Andrade, eu não proporia a sua aplicação a este caso porque é um critério novo e, sobretudo, em matéria penal, uma mudança de jurisprudência que inove no ordenamento processual penal, a meu ver, não deveria retroagir. Mas eu gostaria de aproveitar este processo para, uma vez mais, procurar instituir esse critério geral, já agora no âmbito da nossa Primeira Turma. (...)”⁷⁷

76. O Supremo Tribunal Federal tem afastado a retroatividade da alteração jurisprudencial mesmo quando não está em jogo um bem jurídico tão valioso como a liberdade de locomoção. O STF tem conferido efeitos apenas prospectivos à mudança da jurisprudência (*prospective overruling*), com o fim de preservar a segurança jurídica e evitar efeitos danosos de eventual aplicação *ex tunc* do novo entendimento. Em processo atinente à composição de câmara de vereadores, o Min. Gilmar Mendes, ao glosar a doutrina norte-americana da *prospective overruling*, assentou:

criminal, inclusive.” (QUEIROZ, Paulo. Direito Penal Parte Geral. Salvador: JusPodivm, 2013, 9ª ed. rev. e amp., p.139-140.)

⁷⁷ A decisão ficou assim ementada: “*AÇÃO PENAL CONTRA DEPUTADO FEDERAL. QUESTÃO DE ORDEM. RENÚNCIA AO MANDATO. PRERROGATIVA DE FORO. 1. A renúncia de parlamentar, após o final da instrução, não acarreta a perda de competência do Supremo Tribunal Federal. Superação da jurisprudência anterior. 2. Havendo a renúncia ocorrido anteriormente ao final da instrução, declina-se da competência para o juízo de primeiro grau*” (AP 606 QO, Relator Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 12/08/2014, DJe-181 18-09-2014).

“No direito norte americano, o tema poderia assumir feição delicada tendo em vista o caráter incidental ou difuso do sistema, isto é, modelo marcadamente voltado para a defesa de posições subjetivas. Todavia, ao contrário do que se poderia imaginar, não é rara a pronúncia de inconstitucionalidade sem atribuição de eficácia retroativa, especialmente nas decisões judiciais que introduzem alteração de jurisprudência (prospective overruling). Em alguns casos, a nova regra afirmada para decisão aplica-se aos processos pendentes (limited prospectivity); em outros, a eficácia extunc exclui-se de forma absoluta (pure prospectivity). Embora tenham surgido no contexto das alterações jurisprudenciais de precedentes, as prospectivity têm integral aplicação às hipóteses de mudança de orientação que leve à declaração de inconstitucionalidade de uma lei antes considerada constitucional”⁷⁸

77. Em estudo doutrinário sobre matéria constitucional-tributária, o Min. Roberto Barroso⁷⁹ sustentou que *“quando uma corte de justiça, notadamente o Supremo Tribunal Federal, toma a decisão grave de reverter uma jurisprudência consolidada, não pode nem deve fazê-lo com indiferença em relação à segurança jurídica, às expectativas de direito por ele próprio gerada, à boa-fé e à confiança dos jurisdicionados”*. Continua a lição enfatizando que:

“Se o Poder Judiciário, e sobretudo o Supremo Tribunal Federal, no sistema brasileiro, é o órgão que define em última análise qual é o direito, a modificação do entendimento consolidado da Corte sobre determinada matéria modifica o direito vigente e, sob a perspectiva do cidadão, isso equivale, em todos os elementos relevantes, à alteração do próprio texto legislado. Ora, a fim de proteger o indivíduo, a Constituição ocupa-se de impor limites à inovação legislativa. Pelas mesmas razões, (...), uma Suprema Corte que decide modificar sua jurisprudência consolidada deve preocupar-se com cuidados semelhantes”.

78. Se mesmo em outras áreas do direito recomenda-se a incidência apenas prospectiva da mudança jurisprudencial, no campo do direito penal e

⁷⁸ AC 189 MC, Relator Min. Gilmar Mendes, julgado em 06/04/2004, publicado em DJ 15/04/2004.

⁷⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Mudança da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em matéria tributária. Segurança jurídica e modulação dos efeitos temporais das decisões judiciais*. Disponível em http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/parecer_mudanca_da_jurisprudencia_do_stf.pdf

processual penal, que se relaciona a um bem jurídico provido da máxima fundamentalidade – a liberdade pessoal –, não pode ter lugar a retroação dos parâmetros jurisprudenciais mais gravosos. Sustenta-se, na presente ação, a necessidade de aplicação à hipótese do princípio da irretroatividade de norma penal mais severa, prevista no art. 5º, XL, da CF/88, aqui interpretado, na esteira da doutrina e do direito comparado, como será demonstrado a seguir.

II.3.2. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE TAMBÉM AO DIREITO PROCESSUAL PENAL, SOBRETUDO NO TOCANTE A ALTERAÇÕES QUE IMPLIQUEM A PRIVAÇÃO DA LIBERDADE.

79. O entendimento atual do STF sobre os efeitos temporais de alteração jurisprudencial em desfavor do réu no campo do direito processual penal alinha-se à pretensão ora deduzida. Na questão de ordem na AP nº 536, julgada no dia 27 de março de 2014, o STF compreendeu que eventual mudança na jurisprudência do Tribunal - acerca de até quando a renúncia a mandato parlamentar acarretaria no deslocamento da competência - não se aplicaria ao caso concreto que deu ensejo à alteração jurisprudencial. Isso porque, nos termos do voto do relator: *“Estamos no âmbito do processo penal e nesse domínio a preservação das regras do jogo é de capital importância, sob pena de vulnerar a segurança jurídica e o processo legal”*. Observe-se que, quanto a esta conclusão, o Ministro Roberto Barroso foi seguido quase à unanimidade, ficando vencido apenas o Ministro Joaquim Barbosa.

80. A aplicação de nova regra processual em matéria penal que venha a colocar o réu em situação mais gravosa é, ainda com mais razão, rechaçada pelo princípio da irretroatividade penal. No que tange às hipóteses de prisão, as normas processuais possuem um relevante conteúdo material. São normas mistas. O tópico é esclarecido por Eugênio Pacelli: *“(...) tratando-se de normas de*

conteúdo misto, contendo disposições de Direito Penal e de Direito Processual Penal, deve-se seguir o conteúdo normativo das primeiras. É que a regra da irretroatividade da norma penal desfavorável ao acusado deve prevalecer sobre os comandos de natureza processual. Se, porém, for mais favorável, pode-se aplicar a lei desde logo."⁸⁰ O mesmo ponto de vista é sustentado por Guilherme Nucci:

“Além dos institutos com dupla previsão (penal e processual penal), existem aqueles vinculados à prisão do réu, merecedores de ser considerados normas processuais penais materiais, uma vez que se referem à liberdade do indivíduo. Note-se que a finalidade precípua do processo penal é garantir a correta aplicação da lei penal, permitindo que a culpa seja apurada com amplas garantias para o acusado, de forma que não tem cabimento falar em prisão cautelar totalmente dissociada do contexto de direito material. A prisão cautelar somente tem razão de existir, a despeito do princípio da presunção de inocência, porque há pessoas, acusadas da prática de um crime, cuja liberdade poderá colocar em risco a sociedade, visando-se, com isso, dar sustentação a uma futura condenação. É o que se verifica pelo próprio sistema que autoriza – ou não – a decretação de prisões cautelares, cujo sentido se dá na medida em que têm à frente a hipótese de aplicação de penas privativas de liberdade e em regime fechado. Não teria o menor sentido decretar a prisão preventiva de um acusado por contravenção penal ou por delito cuja pena cominada é de multa, por exemplo. Assim, lidando-se com o tema da prisão, é indispensável que se considerem tais normas processuais de conteúdo material. Havendo qualquer mudança legal, benéfica ao réu, podem elas retroagir para abranger situações ocorridas antes da sua existência, desde que isso contribua para garantir a liberdade do réu. O art. 2.º da Lei de Introdução ao Código de Processo Penal determina que sejam aplicados os dispositivos mais favoráveis ao réu, no que concerne à prisão preventiva e à fiança, quando houver a edição de lei nova que colha situação processual em desenvolvimento. (...) A modificação legal nas normas processuais pode afetar, por exemplo, o instituto da prisão preventiva, estabelecendo nova hipótese para sua decretação. Imagine-se que um réu venha respondendo ao processo em liberdade, porque não existia razão para detê-lo cautelarmente;

⁸⁰ Oliveira, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2015. p. 28.

diante da nova hipótese – como ocorreu com a introdução, no art. 312 do CPP, da garantia da ordem econômica –, em que pese ter ele causado (no passado, portanto, antes da nova lei) abalo à ordem econômica, não deve o juiz decretar a sua prisão preventiva sem que surja fato novo. Se o fizer, a pretexto de a lei processual ter vigência imediata, estará, em verdade, tornando-a retroativa, para abranger situação ocorrida no passado. Entretanto, se, a partir da sua edição, o réu tornar a provocar algum abalo à ordem econômica, a prisão cautelar passa a ter sentido, podendo ser decretada. O mesmo se diga do réu que já se encontra preso por prisão preventiva em virtude de garantia da ordem pública. Havendo alteração da lei processual que extirpe tal causa, é preciso aplicar a norma retroativamente, a fim de colher o fato que gerou a prisão por motivo não mais existente, concedendo-se ao acusado imediata liberdade. Registre-se que a aplicação imediata da norma processual penal, ainda que mais rigorosa, é a regra, desde que não envolva questão de direito material ou o status libertatis do indivíduo. E mais: quando se verifica a retroatividade da lei processual penal material benigna ou a sua ultratividade, devem-se levar em conta os atos processuais ou relativos ao desenvolvimento do processo e não simplesmente a data do fato criminoso. Assim, o fato gerador da prisão preventiva muitas vezes ocorre depois de o crime já ter ocorrido. É sobre esse fato gerador que devemos analisar a retroatividade ou ultratividade da lei processual benéfica. O mesmo se pode dizer do fato gerador da perempção, que não diz respeito à data do delito, pois é bem posterior a isso. A retroatividade de lei processual penal material, que beneficie o acusado, leva em conta a ocorrência da perempção, segundo as novas regras instituídas, com imediata vigência. Desse modo procedendo, fornece-se ao processo penal o seu nítido e indispensável caráter garantista das liberdades individuais.”⁸¹

81. A aplicação de regra processual que tenha por consequência o cerceamento da liberdade do réu deve ser estrita, afetando apenas as hipóteses posteriores ao novo regramento: “As normas que repercutam direta ou indiretamente, sobre a liberdade do cidadão, contemplando medidas que tratem, originalmente ou não, da sua privação antes do trânsito em julgado da decisão condenaria, são normas apenas formalmente processuais, mas essencialmente

⁸¹ Nucci, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal comentado. – 14. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

materiais, independentemente do caráter da legislação que contenha.”⁸². Para Cezar Roberto Bittencourt, inclusive, “em qualquer caso em que uma lei dita processual, posterior à prática do crime, determine a diminuição de garantias ou de direitos fundamentais ou implique qualquer forma de restrição da liberdade, não terá vigência o princípio tempus regit actum, aplicando-se, nessas hipóteses, a legislação vigente na época do crime.”⁸³

82. O parâmetro da irretroatividade da lei processual penal mais gravosa, que produza impacto sobre a liberdade, foi recepcionado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em diversos precedentes. No que tange, por exemplo, à aplicação do art. 366, do Código de Processo Penal, alterado pela Lei 9.271/1996, que impede o curso da prescrição (norma processual com teor material), o Tribunal assim decidiu:

“No que concerne à aplicação partida do art. 366 do Código de Processo Penal, na redação dada pela Lei 9.271/1996, destaco que, muito embora o dispositivo tenha também, conteúdo processual, sobressai a sua feição de direito penal material. Além disso, por se tratar de dispositivo que, em geral, agrava a situação dos réus, não pode ser aplicado retroativamente à edição da lei nova.”⁸⁴ No mesmo sentido: “(...) Nos termos da jurisprudência desta Corte, não é possível a aplicação retroativa do art. 366 a fatos praticados antes da Lei 9.271/1996, por se tratar de norma de conteúdo misto (= de direito material penal e processual penal), mais gravosa ao acusado, pois impede o curso da prescrição.(...)”⁸⁵.

83. A retroação da lei processual penal que produza consequências sobre a liberdade só pode ocorrer se for para beneficiar o réu. Trata-se também

⁸² SCHOLZ, Leônidas Ribeiro. A eficiência temporal das normas sobre prisão e liberdade. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 14, p 200.

⁸³ Bittencourt, Cezar Roberto Tratado de direito penal: parte geral 1. 20. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 218-219

⁸⁴ HC 92615, Relator Min. Menezes Direito, Primeira Turma, julgado em 13/11/2007, DJe-162 14-12-2007.

⁸⁵ RHC 105.730, Rel. Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, julgado em 22/04/2014, DJe-086 08-05-2014.

de derivação do princípio da legalidade, tal como ocorre com as normas de direito penal material. A jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos⁸⁶ e do Comitê de Direitos Humanos, em casos recentes, reafirmou a proibição de irretroatividade em relação a normas processuais⁸⁷. Também na América Latina verifica-se consistente tendência a equiparar, no tocante aos efeitos da aplicação da lei no tempo, leis penais materiais e processuais⁸⁸. Confirma-se, na mesma linha

86 A Corte Europeia de Direitos Humanos alargou o raio de ação do princípio da irretroatividade da lei penal desfavorável para alcançar também o ordenamento processual penal. Cf. Corte e.d.u., 11 febbraio 2010, Scoppola, in www.osservatoriocedu.it. Cf., na doutrina, GALLUZZO, *Retroattività dell'art. 442 c.p.p.: agli sgoccioli l'era del tempus regit actum?*, *Questa Rivista*, 2011, 255 ss.

87 “*La Comisión citó a la Organización de las Naciones Unidas (ONU), Comité de Derechos Humanos, Caso David Michael Nicholas Vs. Australia, Comunicación No. 1080/2002, UN Doc. CCPR/C/80/D/1080/2002, 24 de marzo de 2004, párr. 7.7, el cual establece que: “la introducción de cambios en las normas sobre procedimientos y prueba después de cometido un presunto acto criminal puede, en ciertas circunstancias, ser pertinente para la determinación de la aplicabilidad del artículo 15, especialmente si tales cambios afectan a la naturaleza de un hecho punible”. Cfr. Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), Caso Del Rio Prada Vs. España, No. 42750/09. Sentencia de 10 de julio de 2012 (sentencia de la Sección Tercera).”*

88 Cf. estudo de direito comparado produzido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos: “*En este sentido, por ejemplo en Colombia, Argentina, Chile, Nicaragua, República Dominicana, Venezuela y Uruguay rige la aplicación inmediata de la norma procesal con la excepción de la aplicación retroactiva de la norma más benigna sea referente a la norma sustantiva o la norma procesal. En particular, en Colombia la regla general es la aplicación inmediata de la norma adjetiva, con excepción de los actos procesales que ya se cumplieron de conformidad con la ley antigua. Asimismo, la Corte Constitucional de Colombia, en su Sentencia C-371-11 reiteró su jurisprudencia constante en esta materia y concluyó que “[el principio de favorabilidad] constituye una excepción a la regla general según la cual las leyes rigen hacia el futuro, el contexto propio para su aplicación es la sucesión de leyes, y no puede desconocerse bajo ninguna circunstancia”. Cfr. Sentencias de la Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-619/01 de 14 de junio de 2001; Sentencia C-371-2011 de 11 de mayo de 2011, párrs. 32 a 36 del apartado VI. Fundamentos de la decisión; Sentencia C-252-2001 de 28 de febrero de 2001; Sentencia C-200-2002 de 19 de marzo de 2002; Sentencia T-272-2005 de 17 de marzo de 2005; Sentencia T-091-2006 de 10 de febrero de 2006, párr. 7 del apartado IV. Fundamentos de la decisión, y Sentencia C-633/12 de 15 de agosto de 2012, disponibles en: <http://www.corteconstitucional.gov.co>. Con respecto a Argentina, ver las Sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina), Caso Fundación Emprender Vs. D.G.I, Sentencia de 5 de marzo de 2013, y Caso Gardebled Hermanos Vs. Poder Ejecutivo Nacional, Sentencia de 14 de agosto de 2007. Con respecto a Chile, ver el artículo 11 del Código Procesal Penal de 12 de diciembre de 2002, y el artículo 24 de Ley sobre efecto retroactivo de las leyes, de 7 de octubre de 1861 (...). De igual manera, Cfr. Corte Suprema de Chile, Segunda Sala Penal. Causa No. 1777/2005. Resolución No.28233 de 2 de Noviembre de 2006, disponible en: <http://corte-suprema-justicia.vlex.cl/vid/-255231242>, (...) Con respecto a la República Dominicana ver artículo 110 de la Constitución Política de la República, publicada en la Gaceta Oficial No. 10561, el 26 de enero de 2010. Con respecto a Uruguay ver el artículo 12 del Código General del Proceso, Ley 15,982, y las Sentencias de la Corte Suprema de Justicia de Uruguay, Sentencia de 6 de diciembre de 2000, No. 517/2000, recurso de casación; Decisión Interlocutoria de 25 de julio de 2001, No. 685/2001 recurso de queja, y Sentencia de 21 febrero*

– reconhecendo a necessidade de aplicação à norma processual penal mixta (ou mescladamente material e processual) os parâmetros temporais de vigência das normas penais –, o seguinte precedente do STF:

“INQUERITO - QUESTÃO DE ORDEM - CRIME DE LESÕES CORPORAIS LEVES IMPUTADO A DEPUTADO FEDERAL - EXIGÊNCIA SUPERVENIENTE DE REPRESENTAÇÃO DO OFENDIDO ESTABELECIDADA PELA LEI N. 9.099/95 (ARTS. 88 E 91), QUE INSTITUIU OS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS - AÇÃO PENAL PÚBLICA CONDICIONADA - NORMA PENAL BENEFICA - APLICABILIDADE IMEDIATA DO ART. 91 DA LEI N. 9.099/95 AOS PROCEDIMENTOS PENAIS ORIGINARIOS INSTAURADOS PERANTE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. CRIME DE LESÕES CORPORAIS LEVES - NECESSIDADE DE REPRESENTAÇÃO DO OFENDIDO - AÇÃO PENAL PÚBLICA CONDICIONADA. - A Lei n. 9.099/95, que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, subordinou a perseguibilidade estatal dos delitos de lesões corporais leves (e dos crimes de lesões culposas, também) ao oferecimento de representação pelo ofendido ou por seu representante legal (art. 88), condicionando, desse modo, a iniciativa oficial do Ministério Público a delação postulatória da vítima, mesmo naqueles procedimentos penais instaurados em momento anterior ao da vigência do diploma legislativo em questão (art. 91). - A lei nova, que transforma a ação pública incondicionada em ação penal condicionada a representação do ofendido, gera situação de inquestionável benefício em favor do réu, pois impede, quando ausente a delação postulatória da vítima, tanto a instauração da persecutio criminis in judicio quanto o prosseguimento da ação penal anteriormente ajuizada. Doutrina. LEI N. 9.099/95 - CONSAGRAÇÃO DE MEDIDAS DESPENALIZADORAS - NORMAS BENEFICAS - RETROATIVIDADE VIRTUAL. - Os processos técnicos de despenalização abrangem, no plano do direito positivo, tanto as medidas que permitem afastar a própria incidência da sanção penal quanto aquelas que, inspiradas no postulado da mínima intervenção penal, tem por objetivo evitar que

de 1994, No. 38/1994, recurso de casación. Con respecto a Venezuela, ver el artículo 24 Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, publicada en la Gaceta Oficial Extraordinaria N. 36.860, de 30 de diciembre de 1999; el artículo 2 del Código Penal de Venezuela, publicado en la Gaceta Oficial Extraordinaria No 5.49420, de 20 de octubre de 2000, y Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, Sentencia N.º 3467, de 10 de diciembre de 2003, expediente 02- 3169; Sentencia N.º 35, de 25 de enero de 2001, expediente 00-1775, y Corte de Apelaciones en Penal Ordinario, Asunto Principal: WP01-P-2007-000374, Asunto: WP01-R-2013-000203, de 14 de mayo de 2013” (Caso Liakat v. Suriname, sentença de 30 de janeiro de 2014).

*a pena seja aplicada, como ocorre na hipótese de conversão da ação pública incondicionada em ação penal dependente de representação do ofendido (Lei n. 9.099/95, arts. 88 e 91). - A Lei n. 9.099/95, que constitui o estatuto disciplinador dos Juizados Especiais, mais do que a regulamentação normativa desses órgãos judiciais de primeira instância, importou em expressiva transformação do panorama penal vigente no Brasil, criando instrumentos destinados a viabilizar, juridicamente, processos de despenalização, com a inequívoca finalidade de forjar um novo modelo de Justiça criminal, que privilegie a ampliação do espaço de consenso, valorizando, desse modo, na definição das controversias oriundas do ilícito criminal, a adoção de soluções fundadas na própria vontade dos sujeitos que integram a relação processual penal. Esse novíssimo estatuto normativo, ao conferir expressão formal e positiva as premissas ideológicas que dão suporte as medidas despenalizadoras previstas na Lei n. 9.099/95, atribui, de modo consequente, especial primazia aos institutos (a) da composição civil (art. 74, parágrafo único), (b) da transação penal (art. 76), (c) da representação nos delitos de lesões culposas ou dolosas de natureza leve (arts. 88 e 91) e (d) da suspensão condicional do processo (art. 89). As prescrições que consagram as medidas despenalizadoras em causa qualificam-se como normas penais benéficas, necessariamente impulsionadas, quanto a sua aplicabilidade, pelo princípio constitucional que impõe a *lex mitior* uma insuprimível carga de retroatividade virtual e, também, de incidência imediata. PROCEDIMENTOS PENAIS ORIGINARIOS (INQUERITOS E AÇÕES PENAIS) INSTAURADOS PERANTE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - CRIME DE LESÕES CORPORAIS LEVES E DE LESÕES CULPOSAS - APLICABILIDADE DA LEI N. 9.099/95 (ARTS. 88 E 91). - A exigência legal de representação do ofendido nas hipóteses de crimes de lesões corporais leves e de lesões culposas reveste-se de caráter penalmente benéfico e torna consequentemente extensíveis aos procedimentos penais originarios instaurados perante o Supremo Tribunal Federal os preceitos inscritos nos arts. 88 e 91 da Lei n. 9.099/95. O âmbito de incidência das normas legais em referência - que consagram inequívoco programa estatal de despenalização, compatível com os fundamentos ético-jurídicos que informam os postulados do Direito penal mínimo, subjacentes a Lei n. 9.099/95 - ultrapassa os limites formais e orgânicos dos Juizados Especiais Criminais, projetando-se sobre procedimentos penais instaurados perante outros órgãos judiciais ou tribunais, eis que a ausência de representação do ofendido qualifica-se como causa extintiva da punibilidade, com consequente reflexo sobre a pretensão punitiva do Estado.”⁸⁹*

⁸⁹ Inq 1055 QO, Relator(a): Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 24/04/1996, DJ

84. Na oportunidade, o Ministro Celso de Mello consignou que “[n]a realidade, os institutos em questão, além de derivarem de típicas normas de caráter híbrido, pois revestem-se de projeção eficaz tanto sobre o plano formal quanto sobre a esfera estritamente penal-material, gerando, quando esta, consequências jurídicas que extinguem a própria punibilidade do agente – consagram na perspectiva da nova filosofia que informa a Lei 9.099/95, soluções de índole consensual vocacionadas a permitir a pronta superação do litígio gerado pela prática da infração penal.”

85. A jurisprudência do STF a propósito do tema não tem afirmado de forma generalizante e abstrata a irretroatividade de normas processuais penais, mas tem analisado as peculiaridades de cada instituto processual em relação ao qual se dá a sucessão normativa. A conclusão a que se chega, a partir da análise sistemática dos precedentes, é que o STF tem garantido a irretroatividade de normas processuais penais mais gravosas – e, de outro lado, a retroatividade de normas processuais favoráveis – sempre que identifica uma relação entre a norma processual e o direito material subjacente: estando em jogo algum aspecto da liberdade de locomoção do acusado, deve-se adotar a máxima da irretroatividade de alterações normativas gravosas ao acusado.

86. Não se pode perder de vista que a tradicional fórmula *tempus regit actum* não é capaz de solucionar adequadamente as controvérsias sobre conflito intertemporal de normas processuais penais, notadamente quando está em jogo instituto ou ato processual que não se exaure instantaneamente, como ocorre com as hipóteses de prisão antes do trânsito em julgado. A prisão – seja ela cautelar ou de cumprimento provisório da pena – pode ocorrer em diferentes fases do processo e não se exaure em um momento específico do *iter* procedimental. Daí porque não se presta a resolver definitivamente os problemas de direito intertemporal o guia jurisprudencial condensado no brocardo latino *tempus regit actum*. A esse respeito, a elucidativa jurisprudência italiana tem afirmado a necessidade de garantir a irretroatividade de normas processuais mais gravosas

ao acusado, ressaltando a insuficiência do parâmetro *tempus regit actum* para a solução dessas intrincadas questões intertemporais⁹⁰.

87. No mesmo sentido, a Corte Europeia de Direitos Humanos, na sentença M. V. Alemanha, entendeu que a ampliação da prisão preventiva do recorrente por parte dos tribunais responsáveis pela execução da condenação, em virtude de uma lei promulgada depois da prática delitiva, equivalia a uma condenação adicional imposta de forma retroativa. A jurisprudência dessa Corte

⁹⁰ “Naturalmente, non è in discussione il canone *tempus regit actum* utilizzato in quella pronunzia quale prima base per orientare la soluzione del problema. Anzi, la vitalità del principio deve essere ribadita ed ulteriormente esplicitata. L’antica regola costituisce la traduzione condensata dell’art. 11 delle della sua entrata in vigore; che gli atti compiuti nel vigore della legge previgente restano validi; che la nuova disciplina, quindi, non ha effetto retroattivo. L’indicato canone corrisponde ad esigenze di certezza, razionalità, logicità che sono alla radice della funzione regolatrice della norma giuridica. Esso, proprio per tale sua connotazione, è particolarmente congeniale alla disciplina del processo penale. L’idea stessa di processo implica l’incedere attraverso il susseguirsi atomistico, puntiforme, di molti atti che compongono, infine, la costruzione. Tale edificazione rischierebbe di crollare dalle radici come un castello di carte se la cornice normativa che ha regolato un atto potesse essere messa in discussione successivamente al suo compimento, per effetto di un’altra norma. Per questo, il principio *tempus regit actum* significa in primo luogo che, di regola, la norma vigente al momento del compimento di ciascun atto ne segna definitivamente, irrevocabilmente, le condizioni di legittimità, ne costituisce lo statuto regolativo: un atto, una norma. Il brocardo costituisce una guida logica, semplice e certa per il compimento dell’atto e consente di risolvere spesso senza incertezze i problemi di diritto intertemporale che insorgono, o possono insorgere, quando una determinata materia sia regolata da norme di diverso contenuto che si susseguono nel tempo. Di solito non emergono questioni problematiche quando l’atto si compie e si esaurisce istantaneamente. I problemi possono più facilmente insorgere, invece, quando il compimento dell’atto, o lo *spatium deliberandi* o ancora gli effetti si protraggono, si estendono nel tempo: un tempo durante il quale la norma regolatrice muta. Basti pensare alle norme sulla competenza, sulle impugnazioni, sulla disciplina delle prove, sulle misure cautelari, appunto. In taluni casi, e l’ambito cautelare è tra questi, alle tradizionali logiche di carattere tecnico-formale si sovrappongono tematiche valoriali, assiologiche, come si avrà modo di esporre meglio nel prosieguo. In breve, si pongono problemi diversi l’uno dall’altro, ben presenti nell’esperienza giuridica, rispetto ai quali la logica atomistica (un atto, una norma) può in alcuni casi risultare di difficile applicazione o apparire insufficiente, inappagante. I problemi in questione, sebbene rinvengano una comune, vaga matrice nel susseguirsi di norme differenti entro un medesimo campo d’azione, presentano solitamente tratti distintivi irriducibili in relazione ai diversi istituti. Dunque, piuttosto che cercare soluzioni di carattere generale, conviene considerare che il superamento di alcuni problemi può essere favorito da una attenta disamina della complessiva disciplina legale della materia cui ci si interessa e dall’individuazione del concreto, reale ruolo che la nuova norma è chiamata a svolgere alla luce delle diverse possibili soluzioni dei problemi di diritto intertemporale.” CASSAZIONE PENALE, SEZIONI UNITE, 14 luglio 2011 (c.c. 31 marzo 2011) – LUPO Presidente – BLAIOTTA Relatore – CIANI, P.M. (conf.) – Ambrogio, ricorrente.

supranacional consolidou no sentido de que o princípio da irretroatividade em matéria penal deve ser interpretado e aplicado de modo que resulte efetivo na prática e não apenas teoricamente.⁹¹

88. Portanto, e na esteira da jurisprudência estrangeira (inclusive supranacional), mesmo que este Supremo Tribunal Federal venha a assentar o entendimento de seria inconstitucional o teor atual do art. 283 do CPP e, portanto, possível o cumprimento antecipado da pena antes do trânsito em julgado da condenação, tal guinada jurisprudencial, data vênia, não poderia ser aplicada aos processos relativos a fatos ocorridos antes do julgamento da presente ação, pois daria lugar à violação dos princípios constitucionais da legalidade e da segurança jurídica⁹².

II.4. A FUNÇÃO DO STJ NA INTERPRETAÇÃO DO DIREITO PENAL: A NECESSIDADE DE AFASTAR A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA ANTES DO JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL.

II.4.1. AS PREMISSAS DA DECISÃO PROFERIDA NO HABEAS CORPUS Nº 126.292. ANÁLISE CRÍTICA.

⁹¹ Cf. *Hirsi Jamaa y otros v. Italia* [GS], no 27765/09, apartado 175, TEDH 2012, y *Scoppola* (no 2), antes citada, apartado 104.

⁹² Nesse sentido, E. Raú Zaffaroni, Nilo Batista, Alejandro Alagia e Alejandro Slokar: “(...) as mudanças de critério jurisprudencial, em particular quando atingem certa generalidade, não podem deixar de compartilhar as razões que fundamentam o princípio da legalidade e a proibição da retroatividade detrimetosa: não é admissível que se apene a quem não poderia conhecer a proibição⁹². Quando uma ação, que até certo momento era considerada lícita, passa a ser tratada como ilícita em razão de um novo critério interpretativo, ela não pode ser imputada ao agente, porque isso equivaleria a pretender que os cidadãos devessem abster-se não apenas daquilo que a jurisprudência considera legalmente proibido mas também daquilo passível de vir a ser julgado proibido (ou seja, do “proibível”) em virtude de possíveis e inovadores critérios interpretativos.” (*Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 223-224.)

89. A decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus nº 126.292 – que estabeleceu o parâmetro da execução provisória da decisão penal condenatória – equiparou, para todos os efeitos, os recursos especial e extraordinário, sujeitando-os, em matéria penal, ao mesmo regime jurídico. Baseando-se na regra geral de que tais recursos carecem de efeito suspensivo, o Tribunal concluiu que o início da execução dar-se-ia após a condenação proferida em segunda instância. Supõe-se, desse modo, que a excepcionalidade da intervenção tanto do STJ quanto do STF em matéria penal justificaria o início do cumprimento da pena na pendência dos recursos especial e extraordinário.

90. O parâmetro adotado pelo STF para chegar a essa conclusão foi o de que as instâncias ordinárias encerram a análise de fatos e provas, e que, uma vez estabilizado o quadro fático com base no qual a pretensão acusatória é examinada, seria possível afirmar a existência de uma verdadeira presunção de culpabilidade⁹³. É importante observar que, a partir do parâmetro geral fixado

⁹³ A esse respeito, o Informativo n. 814 do STF: “O Plenário ressaltou que, antes de prolatada a sentença penal, haveria de se manter reservas de dúvida acerca do comportamento contrário à ordem jurídica, o que levaria a atribuir ao acusado, para todos os efeitos — mas, sobretudo, no que se refere ao ônus da prova da incriminação —, a presunção de inocência. Nessa senda, a eventual condenação representaria juízo de culpabilidade, que deveria decorrer da logicidade extraída dos elementos de prova produzidos em regime de contraditório no curso da ação penal. Para o sentenciante de primeiro grau, ficaria 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. Nesse juízo de apelação, de ordinário, ficaria definitivamente exaurido o exame sobre os fatos e provas da causa, com a fixação, se fosse o caso, da responsabilidade penal do acusado. Então, ali que se concretizaria, 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, tivesse ela sido apreciada ou não pelo juízo “a quo”. Ao réu ficaria assegurado o direito de acesso, em liberdade, a esse juízo de segundo grau, respeitadas as prisões cautelares porventura decretadas. Desse modo, ressalvada a estreita via da revisão criminal, seria, portanto, no âmbito das instâncias ordinárias que se exauriria a possibilidade de exame de fatos e provas e, sob esse aspecto, a própria fixação da responsabilidade criminal do acusado. Portanto, os recursos de natureza extraordinária não configurariam desdobramentos do duplo grau de jurisdição, porquanto não seriam recursos de ampla devolutividade, já que não se prestariam ao debate da matéria fática e probatória. Noutras palavras, com o julgamento implementado pelo tribunal de apelação, ocorreria uma espécie de preclusão da matéria envolvendo os fatos da causa. Os recursos ainda cabíveis para instâncias extraordinárias do STJ e do STF — recurso especial e extraordinário — teriam âmbito de cognição estrito à matéria de direito. Nessas circunstâncias, tendo havido, em segundo grau, juízo de incriminação do acusado, fundado em fatos e provas insuscetíveis de reexame pela

pelo STF no julgamento do Habeas Corpus nº 126.292, as funções exercidas pelo STJ e pelo STF em matéria penal foram, de certo modo, equiparadas, o que, à luz da ordem jurídica brasileira, não é constitucionalmente adequado. Senão vejamos.

91. A natureza extraordinária dos recursos especial e extraordinário sugere, num primeiro momento, certa equiparação entre as funções exercidas, respectivamente, pelo STJ e pelo STF nas causas criminais. Essa visão, entretanto, não se compatibiliza com a ordem constitucional brasileira. Como se procurará demonstrar neste capítulo, não se devem atribuir os mesmos efeitos, em matéria criminal, aos recursos especial e extraordinário. Isso por três razões fundamentais:

(i) toda sentença criminal condenatória necessariamente interpreta a lei federal – o direito penal brasileiro é sempre veiculado por lei federal –, ao passo que, apenas excepcionalmente, a sentença condenatória enfrenta com autonomia alguma questão de natureza constitucional;

(ii) o juízo positivo de culpabilidade exigido para a condenação criminal consubstancia típico juízo jurídico – baseado no direito federal – de reprovabilidade, não bastando, para a afirmação da culpa, a formulação de juízo meramente fático; e

(iii) enquanto as funções do STF passaram por significativa transformação nos últimos anos, a partir do que se convencionou denominar de *objetivação do controle difuso de constitucionalidade*, as funções do STJ continuam plenamente compatíveis com a de um Tribunal Superior de recursos.

instância extraordinária, pareceria inteiramente justificável a relativização e até mesmo a própria inversão, para a situação concreta, do princípio da presunção de inocência até então observado. Faria sentido, portanto, negar efeito suspensivo aos recursos extraordinários, como o fazem o art. 637 do CPP e o art. 27, § 2º, da Lei 8.038/1990. HC 126292/SP, rel. Min. Teori Zavascki, 17.2.2016, publicado em 17.5.2016. (HC-126292)”.

**II.4.2. CULPABILIDADE E IMPOSIÇÃO DA PENA NO SISTEMA JURÍDICO
BRASILEIRO: O JUÍZO JURÍDICO DE REPROVAÇÃO CRIMINAL CONSTITUI
ATIVIDADE DE INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DO DIREITO FEDERAL
CRIMINAL.**

92. A Constituição da República de 1988, ao afirmar que *ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória*, presta integral adesão aos pressupostos teóricos da teoria do delito assentados desde o século passado – a partir da obra de Frank⁹⁴ –, segundo os quais a afirmação da culpabilidade não constitui um juízo de natureza empírica ou fática, conforme previa o modelo Liszt-Beling, mas sim um juízo normativo levado a efeito pelo Poder Judiciário a partir dos parâmetros extraídos do grau de autonomia do indivíduo e da intensidade de lesão ao bem jurídico referenciado na norma penal incriminadora.⁹⁵

93. A afirmação de que a responsabilidade criminal estaria completa com o julgamento em segunda instância, sob o fundamento de que as circunstâncias fáticas estariam definidas com o exaurimento da discussão probatória, parece ter como pressuposto a noção de que a culpabilidade é um elemento constatável empiricamente. Ocorre que essa premissa não se compatibiliza com a teoria do delito consolidada em Estados democráticos. A culpabilidade, isso é inegável, é extraída sobretudo de um juízo normativo acerca

⁹⁴ Ao distanciar-se do modelo naturalista, a teoria do delito procura um fundamento autônomo, próprio das ciências do espírito, capaz de garantir ao injusto e à culpabilidade formas de interpretação da realidade a partir de determinados valores para além da limitação meramente descritiva dos fenômenos empíricos. A reprovabilidade, instituída por Frank, consubstancia peça central da projeção da culpabilidade sobre a pena, consolidando, na dogmática jurídico-penal, *o elo entre a teoria do delito e a teoria da pena*. Cf. GOLDSCHMIDT, James. *La concepción normativa de culpabilidad*, Montevideo, 2007; CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro*. 2ª edição. 2015. p. 168.

⁹⁵ Cf. TAVARES, Juarez. *Culpabilidad y individualización de la pena*. In: *Racionalidad y Derecho Penal*; CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro*. 2ª edição. 2015.

de uma conduta humana analisada pelo juiz a partir das lentes da norma penal.

94. Modernamente, pode-se afirmar que o princípio da culpabilidade é um importante instrumento de proteção do indivíduo frente ao poder do Estado, notadamente porque esse princípio: (i) restringe a responsabilidade penal apenas ao autor do delito; (ii) afasta a possibilidade da incidência da sanção penal quando inexistente um vínculo subjetivo; (iii) exclui a responsabilidade pelo resultado⁹⁶; (iv) diferencia e valora graus de responsabilidade distintos⁹⁷; (v) garante a proporcionalidade da pena em relação à ação lesiva ao bem jurídico. A culpabilidade é o limite e a medida da pena: esse elemento consubstancia-se hoje num juízo de valor sobre a motivação do agente, firmado a partir da verificação concreta do nível de acesso que o sujeito teve às regras que impõem determinadas condutas.⁹⁸

⁹⁶ Esta dimensão da culpabilidade contém um critério da culpabilidade que a distingue da imputação subjetiva. Aqui se afirma e se pressupõe mais do que uma responsabilidade subjetiva, se diferenciam modos de causação. *“Aquí se afirma que culpable de una lesión sólo puede ser quien por lo menos hubiera podido gobernar el acontecer lesivo”* (HASSEMER, Winfried. *¿ALTERNATIVAS AL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD?*. Traduzido do alemão por Francisco Muñoz Conde, Catedrático de Direito Penal da Universidade de Sevilla, Espanha. Disponível em:

⁹⁷ Sob uma perspectiva superficial de análise, o dano infringindo à vítima pelo delito é sempre o mesmo, independentemente de o resultado ter sido causado de forma culposa ou dolosa. A partir do princípio da culpabilidade é possível diferenciar e valorar a ação dolosa e culposa.

⁹⁸ É a partir do modelo teórico proposto por Roxin que a moderna teoria da culpabilidade ganha nova roupagem. Deixa de ser um juízo compreensivo dos elementos subjetivos do tipo, segundo a tradição causal, tampouco se constitui num juízo de reprovabilidade, conforme a teoria normativa e o finalismo: passa a ser um juízo de responsabilização sobre a motivação do agente. Se a teoria normativa pura, definida a partir da ideia de retribuição, firmava parâmetros inegociáveis de retribuição, no sentido de que a pena deveria corresponder exatamente ao grau de culpa, ao incorporar as perspectivas preventivas, Roxin opera uma readequação da culpabilidade às novas diretrizes político-criminais. Nesse novo contexto, é possível se concluir que: (i) *o juízo de culpabilidade está sempre associado a uma determinação da responsabilidade com base na necessidade da pena*; (ii) *se a pena é desnecessária para fins preventivos, não deverá ser imposta*; (iii) *se o fato é de pequena gravidade, ainda que não seja insignificante, a pena pode ser extinta*; (iv) se as condições fáticas do art. 59 do Código Penal são favoráveis ao réu, a pena deve ser reduzida abaixo dos limites fixados pela culpabilidade. Daí a conclusão de Juarez Tavares: *“Assim, se pode dizer que o art. 59 impõe que o julgador estabeleça na condenação dos limites máximos da pena pela determinação da culpabilidade. Delimitado o máximo pela culpabilidade, a pena somente pode ser diminuída; os elementos do art. 59 são critérios complementares, que apenas podem ser considerados a favor do réu e não contra ele”*. (TAVARES. Juarez. *Culpabilidad y individualización de la pena*. In: Racionalidad y Derecho Penal. p. 97).

95. Nesse contexto, é equivocada, sob o ponto de vista jurídico, a conclusão de que o juízo levado a efeito pelas instâncias ordinárias, por serem soberanos na delimitação dos fatos do caso, são suficientes para a afirmação segura da culpa penal e para a imposição da pena ao indivíduo. A afirmação da tipicidade (formal e material), da culpabilidade e da intensidade da sanção penal constituem atividades eminentemente jurídicas de interpretação e aplicação das categorias jurídico-penais aos fatos comprovados no processo. No caso específico da instituição da pena, essa exigência de controle impõe, para além da fundamentação da sanção em elementos probatórios, a delimitação da reprimenda de acordo com parâmetros normativos que sejam válidos para todos aqueles que se submetam à jurisdição criminal brasileira.

96. Concretamente, e para comprovar que o juízo de reprovação penal exige a afirmação de um juízo normativo – e não apenas fático – sobre a culpabilidade, vale registrar que o STJ, em diversas oportunidades:

(i) examina a tipicidade da conduta imputada ao réu – notadamente porque a controvérsia relativa à análise da qualificação jurídica dada aos fatos delineados pelas instâncias ordinárias, notadamente se a conduta praticada pelo agente se subsume ao tipo penal incriminador, é passível de discussão em sede de recurso especial⁹⁹;

(ii) enfrenta questões relacionadas à correta aplicação da sanção penal (dosimetria da pena, escolha do regime prisional e possível substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos), provendo milhares de recursos especiais para reduzir ou alterar a qualidade da pena aplicada ao réu¹⁰⁰; e

⁹⁹ Cf., por todos, REsp 1569171/SP, Rel. Ministro Gurgel De Faria, Quinta Turma, julgado em 16/02/2016, DJe 25/02/2016.

¹⁰⁰ Apenas para citar um exemplo, cite-se o seguinte precedente: “*RECURSOS ESPECIAIS (RESPS N. 1.546.149/DF E 1.485.386/DF). JULGAMENTO CONJUNTO. ATENTADO AO PUDOR MEDIANTE FRAUDE (ART. 216, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO PENAL - REDAÇÃO ANTERIOR À LEI N. 12.015/2009) E VIOLAÇÃO SEXUAL MEDIANTE FRAUDE (ART. 215, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL - REDAÇÃO DADA PELA LEI N. 12.015/2009).*”

(iii) examina questões atinentes à licitude da prova que embasa a condenação¹⁰¹.

97. Esses temas, usualmente examinados pelo STJ em sede de recurso especial, constituem aspectos relevantíssimos do direito penal material e repercutem diretamente não apenas na afirmação da culpa penal, mas também na definição das consequências jurídico-penais da afirmação dessa culpa nos casos concretos.

98. É exigência constitucional, pelo princípio da isonomia, que os jurisdicionados sejam submetidos a critérios iguais, previamente definidos, com base nos quais se pode firmar o juízo de culpabilidade quanto a uma determinada conduta. É necessário, no mínimo, que os parâmetros de reprovação da conduta instituídos na sentença estejam em conformidade com premissas normativas juridicamente válidas para todo o território nacional. Daí porque é imprescindível, em matéria penal, aguardar o exame do caso pelo Superior Tribunal de Justiça antes do início do cumprimento da pena. É esse, afinal, o

EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. MOTIVAÇÃO INSUFICIENTE. BIS IN IDEM. CRIME CONTINUADO. RECONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. PERDA DO CARGO PÚBLICO. AFASTAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. RECURSOS PARCIALMENTE PROVIDOS. (...) 2. Deve ser reconhecido o constrangimento ilegal na primeira etapa da dosimetria, em relação aos delitos previstos nos arts. 216, parágrafo único (redação anterior à Lei n. 12.015/2009) e 215, caput (redação dada pela Lei n. 12.015/2009), ambos do Código Penal, pois a fundamentação utilizada pelas instâncias ordinárias para justificar sua avaliação desfavorável foi considerada novamente, na segunda etapa da dosimetria da pena, quando reconhecida a aplicação da agravante da alínea "g" do inciso II do art. 61 do Código Penal, o que caracteriza indevido bis in idem. 3. Para o reconhecimento e a aplicação do instituto do crime continuado, exige-se a concomitância de exigências de ordem objetiva, considerando as mesmas condições de tempo, espaço e modus operandi, e de ordem subjetiva, configurada na unidade de desígnios. 4. Os delitos foram praticados com desígnios autônomos, com intervalo de tempo superior a 7 meses e o agente não aproveitou as relações e a oportunidade de um para praticar o outro, configurando, portanto, reiteração criminosa. 5. A perda do cargo público não é efeito automático da condenação e depende de fundamentação específica, existente na hipótese, pois, conforme justificado pelo Juiz da causa, o réu já foi punido com a demissão do serviço público por conta desse mesmo tipo de conduta, o que demonstra a total incompatibilidade de o réu continuar a exercer o cargo de médico no serviço público. 6. Recursos especiais parcialmente providos para, reconhecida a violação do art. 59 do Código Penal, afastar a valoração negativa da culpabilidade do agente e reduzir a pena-base imposta ao réu nas Ações Penais n. 2010.12.000406-5 e 2010.12.003455-8" (REsp 1546149/DF, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 07/04/2016, DJe 20/04/2016).

¹⁰¹ REsp 1113734/SP, Rel. Ministro Og Fernandes, SEXTA TURMA, julgado em 28/09/2010, DJe 06/12/2010.

Tribunal constitucionalmente incumbido de uniformizar os parâmetros de aplicabilidade da lei federal no território nacional¹⁰².

99. Nessa mesma direção, a experiência estrangeira submete o início da execução da pena, em regra, ao exame da causa pelo Tribunal Superior – ao qual incumbe a interpretação da lei infraconstitucional –, mas não ao julgamento de eventuais recursos ou reclamações dirigidos aos tribunais constitucionais¹⁰³. A regra geral é a de que as sentenças condenatórias não envolvam o controle de constitucionalidade das normas penais incriminadoras (ou mesmo o controle de constitucionalidade de hipóteses específicas de incidência dessas normas), mas é absolutamente normal, a partir da experiência até então acumulada, que se aponte violação direta da legislação infraconstitucional resultante da interpretação das normas penais nos casos concretos. Trata-se, a rigor, de procedimento normal e ordinário no exercício da jurisdição em matéria penal.

II.4.3. ELEVADA PROPORÇÃO DE RECURSOS ESPECIAIS PROVIDOS – OU DE CONCESSÃO DE *HABEAS CORPUS* – EM MATÉRIA CRIMINAL EM COMPARAÇÃO COM A BAIXA PROPORÇÃO DE RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS PROVIDOS.

100. Para além de se aceitar o direito comparado como parâmetro, não se pode perder de vista as particularidades do nosso país. O Brasil, além de ser o país com a terceira maior população carcerária do mundo, possui grande extensão territorial, além de diversidade cultural ímpar no cenário mundial. Esperar que o juízo de reprovação penal das condutas e a correspondente fixação

¹⁰² Essa função de uniformização jurisprudencial tem sido identificada como a principal função imputada aos Tribunais Supremos – Tribunais superiores que não se confundem com as Cortes constitucionais – no ambiente europeu. A CEDH tem assinalado que a divergência jurisprudencial constitui fonte de insegurança jurídica que reduz a confiança do público no sistema judiciário (Faltejsek c. Rep. Ceca, 15 maggio 2008, § 34).

¹⁰³ Cf. Procedure penali d'Europa, Sintesi nazionali e analisi comparatistiche, coordinate sotto la direzione di M. Delmas-Marty, seconda edizione italiana a cura di M. Chiavario, Cedam, 2001.

da pena sejam arrimados em parâmetros isonômicos antes do exercício da jurisdição pelo STJ seria, data vênua, fechar os olhos para a realidade brasileira.

101. Não à toa, pesquisas empíricas tem reconhecido recorrentes vícios na instituição da pena no Brasil¹⁰⁴. As nulidades mais frequentes são decorrentes da ausência de fundamentação e da sobreposição ou supervalorização das circunstâncias incriminadoras, o denominado *bis in idem*. Quanto a esse último aspecto, relacionado à instituição da pena na prática forense brasileira, há duas formas de incidência do *bis in idem*. A primeira, *vertical*, ocorre quando: a) há sobrevalorização de circunstâncias elementares do tipo penal nas diversas fases de quantificação da pena – reprodução de circunstâncias elementares na pena-base, na provisória ou na definitiva; ou b) quando existe revalorização de circunstância em duas ou mais fases. Uma segunda, que se dá no plano *horizontal*, verifica-se quando uma circunstância atua como conteúdo de outra e sustenta novo juízo de agravação – p. ex., uma circunstância da pena-base (personalidade) é utilizada para valorar outra (conduta social). Esse tipo de grave deficiência sistêmica na aplicação da sanção criminal pelos juízes brasileiros tem sido corrigida de forma reiterada pelo Superior Tribunal de Justiça. Os dados estatísticos comprovam essa assertiva, conforme se verifica abaixo.

102. A taxa média de concessão da ordem de *habeas corpus* no Superior Tribunal de Justiça, após o julgamento em duas instâncias ordinárias, é de 27,86%¹⁰⁵. Em alguns temas específicos, tais como a exigência de fundamentação concreta para o agravamento do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade, a taxa de sucesso nos HC's e RHC's chega a 62% quando se consideram apenas as decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça de São Paulo¹⁰⁶. Os dados comprovam a dificuldade que os Tribunais de segunda

¹⁰⁴ Cf. CARVALHO, Salo. *O Papel dos Atores do Sistema Penal na Era do Punitivismo*.

¹⁰⁵ Cf. Relatório Final do Projeto “Panaceia universal ou remédio constitucional? Habeas corpus nos Tribunais Superiores” da FGV-RIO, coordenado pelo Prof. Dr. Thiago Bottino: http://direitorio.fgv.br/sites/direitorio.fgv.br/files/u100/relatorio_final_pesquisa_hc_ipea-mj_-_junho_-_2014_-_para_publicacao.pdf, P. 59.

¹⁰⁶ Enquanto a taxa média de concessão nos HC e RHC oriundos do TJ/SP é de 32,9%, quando se isola a variável “crime de roubo” a taxa de concessão se eleva para 44,7% e cresce ainda

instância demonstram em seguir a orientação do STJ e do STF em matéria penal:

“A elevada taxa de sucesso das impetrações no STJ deve ser interpretada como uma alta taxa de reversão das decisões dos tribunais de 2ª instância. Considerando que os temas tratados nos HC’s e RHC’s perante os Tribunais Superiores não são novidades – já tendo sido objeto de diversas decisões – a inferência que se pode fazer é no sentido de uma divergência entre as decisões dos tribunais de 2ª instância e as do STF e STJ. Esse fenômeno é bem claro no STJ, responsável pela alta taxa de reversão das decisões inferiores, o que permite inferir que o STF é protegido de uma avalanche de impetrações graças à atuação do STJ.”¹⁰⁷

103. Deve-se ressaltar especialmente que a **taxa média de sucesso nos recursos especiais tem variado, nos últimos anos, entre 29,30% (2015)¹⁰⁸ e 49,31% (2008)¹⁰⁹**. Trata-se de taxa de reversão muito significativa. Muitos desses recursos levam à absolvição do réu ou à alteração da pena a ser aplicada. Em um sem número de casos, a pena de prisão prevista na decisão de segunda instância é convertida em pena restritiva de direitos ou há alteração do regime inicial de cumprimento da pena. Uma pena que poderia começar a ser cumprida em regime fechado, após o provimento do recurso especial no STJ, pode passar a ser cumprida em regime semiaberto. Permitir que a execução provisória da pena, sem que o STJ tenha julgado o recurso especial, significa levar às prisões brasileiras - às “masmorras medievais” a que se referia o Ministro da Justiça - milhares de pessoas que não deveriam estar lá.

104. Se, por um lado, se pode constatar que a taxa de sucesso em matéria

mais, para 62%, quando se discute eventual erro na fixação do regime inicial em crime de roubo. Cf. Relatório Final do Projeto “Panaceia universal ou remédio constitucional? Habeas corpus nos Tribunais Superiores” da FGV-RIO, coordenado pelo Prof. Dr. Thiago Bottino: http://diretorio.fgv.br/sites/diretorio.fgv.br/files/u100/relatorio_final_pesquisa_hc_ipea-mj_-_junho_-_2014_-_para_publicacao.pdf, P. 60.

¹⁰⁷ Cf. Relatório Final do Projeto “Panaceia universal ou remédio constitucional? Habeas corpus nos Tribunais Superiores” da FGV-RIO, coordenado pelo Prof. Dr. Thiago Bottino: http://diretorio.fgv.br/sites/diretorio.fgv.br/files/u100/relatorio_final_pesquisa_hc_ipea-mj_-_junho_-_2014_-_para_publicacao.pdf, P. 60.

¹⁰⁸ Relatório estatístico do Superior Tribunal de Justiça 2015. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Boletim/verpagina.asp?vPag=0&vSeq=263>.

¹⁰⁹ Relatório estatístico do Superior Tribunal de Justiça 2008. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Boletim/verpagina.asp?vPag=0&vSeq=125>.

penal no STJ – nos HC’s, RHC’s e recursos especiais criminais – é bastante relevante, o mesmo não se pode falar sobre o STF, que concedeu, entre os anos de 2008 e 2012, apenas 8,27% dos HC’s¹¹⁰. Além disso, deu provimento a cerca de 0,22% dos recursos extraordinários criminais, entre os anos de 2009 e 2010¹¹¹. Em recente artigo produzido pelo Procurador-Geral da República, Dr. Rodrigo Janot, consta que a taxa de sucesso em favor dos acusados em recursos extraordinários criminais não passou de 0,013%¹¹². O argumento estatístico veiculado em defesa da tese de que os recursos interpostos contra o acórdão condenatório de segunda instância costumam ostentar caráter protelatório – a baixa taxa de sucesso desses recursos – não comprova a desnecessidade do julgamento do recurso especial como condição para o encarceramento provisório. Ao contrário, as pesquisas demonstram que o início do cumprimento da pena antes do julgamento do recurso especial produzirá enormes injustiças, notadamente diante da intrínseca irreparabilidade dos danos causados.

II.4.4. OBJETIVAÇÃO DO CONTROLE CONCRETO DE CONSTITUCIONALIDADE.

DISTINÇÃO ENTRE AS FUNÇÕES DO STJ E DO STF.

105. Por fim, vale registrar que, nos últimos anos, a atividade do STF vem se aproximando daquela desempenhada por outras Cortes constitucionais. Em Questão de Ordem na Ação Cautelar 2.177/PE (Pleno, Min. Ellen Gracie, DJe de 20/02/2009), ressaltou o Ministro Celso de Mello que “*o instituto da repercussão geral representa, nesse novo contexto, um importante instrumento de objetivação dos julgamentos que o Supremo profere em sede recursal*”

¹¹⁰ Cf. Relatório Final do Projeto “Panaceia universal ou remédio constitucional? Habeas corpus nos Tribunais Superiores” da FGV-RIO, coordenado pelo Prof. Dr. Thiago Bottino: http://diretorio.fgv.br/sites/diretorio.fgv.br/files/u100/relatorio_final_pesquisa_hc_ipea-mj_-_junho_-_2014_-_para_publicacao.pdf, P. 59.

¹¹¹ http://www.combateacorrupcao.mpf.mp.br/10-medidas/docs/medida_4.pdf.

¹¹² <http://www.conjur.com.br/2016-abr-24/janot-estatisticas-apoiam-prisao-antes-transito-julgado>.

extraordinária”. A esse respeito, mencione-se o elucidativo voto proferido pelo Ministro Teori Zavascki no julgamento da Rcl 4335:

Sob o regime da Constituição de 1988, o sistema de controle concentrado foi, como se sabe, acentuadamente valorizado e ampliado. Foi mantida a ação direta de inconstitucionalidade (ADI) e novos instrumentos foram agregados, nomeadamente a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) e, a partir da EC 3/1993, a ação declaratória de constitucionalidade (ADC). São ações caracterizadas pela sua natureza dúplice, a significar que as sentenças de mérito nelas proferidas, julgando procedente ou improcedente o pedido, têm aptidão para afirmar ou negar a legitimidade da norma questionada, além de natural eficácia erga omnes e efeito vinculante. É o que se depreende, relativamente à ADI e à ADC, dos artigos 26 e 28, parágrafo único, da Lei 9.868/1999, e, relativamente à ADPF, dos artigos 10, § 3o e 13 da Lei 9.882/1999.

Duas modificações introduzidas pela EC 45/2004 contribuíram significativamente para acentuar a força expansiva das decisões do STF, mesmo quando tomadas no julgamento de casos concretos. Primeira, a que autorizou a edição de súmulas vinculantes (art. 103-A da CRFB/1988, regulamentado pela Lei pela Lei 11.417/06). Aprovada e publicada na imprensa oficial, a súmula, por si só, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal (CRFB/1988, art. 103-A), sendo que, “da decisão judicial ou do ato administrativo que contrariar enunciado de súmula vinculante, negar-lhe vigência ou aplicá-lo indevidamente, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal, sem prejuízo dos recursos ou outros meios de impugnação” (art. 7o da Lei 11.417/2006). A segunda modificação importante para a eficácia expansiva das decisões do STF, trazida pela EC 45/2004, foi a que instituiu, como novo requisito de admissibilidade do recurso extraordinário, a demonstração da “repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei” (art. 102, § 3.o da CF, regulamentado nos arts. 543-A e 543-B do CPC). Ora, a norma regulamentadora considerou como indispensável à caracterização da repercussão geral que as questões discutidas sejam relevantes sob dois distintos aspectos: (a) o material (“relevantes do ponto de vista econômico, político, social e jurídico”) e (b) o subjetivo (“que ultrapassem o interesse subjetivo da causa”). Esse segundo requisito evidencia o caráter objetivo de que se reveste a formação do precedente. Justamente com base nessa circunstância, o STF, ao examinar a natureza e o alcance do novo regime, deixou inequivocamente acentuado o

*efeito expansivo das decisões dele decorrentes para os demais recursos, já interpostos ou que vierem a sê-lo.*¹¹³

106. Esse inegável processo de objetivação do controle difuso, por que passa a jurisdição constitucional brasileira, teve como propósito reduzir o número de processos em curso no STF, de modo a permitir que a Corte se concentrasse nas questões constitucionais realmente relevantes. A Emenda Constitucional nº 45/04, que promoveu a reforma do Judiciário, foi sensível a essa aspiração, instituindo a *repercussão geral das questões constitucionais* como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário e adotando o instituto da *súmula vinculante*. Ambos os institutos foram recentemente regulamentados. Isso foi feito, respectivamente, pelas Leis nº 11.418/2006 e nº 11.417/2006. O principal efeito dessas reformas foi a racionalização do acesso ao Supremo Tribunal Federal, de modo a permitir que a Corte se concentrasse no exercício das suas importantes atribuições com celeridade e precisão.

108. O STF, no julgamento da questão de ordem no AI no 664.567/RS, Pleno, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 6/9/07, estabeleceu o entendimento de que os recursos extraordinários, em geral, e os concernentes a matérias criminais, em particular, interpostos contra acórdãos publicados a partir de 3/5/07 deveriam demonstrar, em preliminar formal devidamente fundamentada, a existência da repercussão geral. A recorribilidade extraordinária em matéria criminal passou a ser ainda mais excepcional a partir desse processo de *objetivação do controle difuso de constitucionalidade*.

109. Enquanto as funções do STF passaram por significativa transformação nos últimos anos – aproximando-o de um típico Tribunal Constitucional –, as funções do STJ continuam plenamente compatíveis com a de um Tribunal Superior de recursos (Tribunal de Cassação). Conclui-se que, se não for declarada a constitucionalidade do artigo 283 do CPP, é imprescindível que o Supremo Tribunal Federal realize interpretação conforme a Constituição do

¹¹³ STF, Rcl 4335, Relator Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 20/03/2014, DJe-208 22-10-2014.

artigo 637 do CPP, restringindo a não produção do efeito suspensivo efetivamente aos recursos extraordinários, e condicionando a aplicação da pena à análise da causa criminal pelo STJ no âmbito do recurso especial.

III. CAUTELAR. FUNDAMENTOS E PEDIDOS.

110. A decisão proferida no HC nº 126.292 tem levado magistrados em todo o Brasil a determinar a execução provisória da pena de prisão antes do trânsito em julgado da decisão condenatória proferida por tribunais¹¹⁴. Essa

¹¹⁴ Vale registrar, por oportuno, o novo entendimento firmado pelo STJ, que recentemente se alinhou à nova jurisprudência do STF: "(...) 4. A decisão proferida pela composição plena do STF, no Habeas Corpus nº 126.292-MG (ainda não publicado), indica que a mais elevada Corte do país, a quem a Lex Legis incumbe a nobre missão de "guarda da Constituição" (art. 102, caput, da CF), sufragou pensamento afinado ao de Gustavo Zagrebelsky - juiz que já presidiu a Corte Constitucional da Itália -, para quem o direito é disciplina prática, necessariamente ancorada na realidade. Deveras, em diversos pontos dos votos dos eminentes juízes que participaram da sessão ocorrida em 17 de fevereiro próximo passado, assinalou-se a gravidade do quadro de "desarrumação" do sistema punitivo brasileiro, máxime por permitir a perene postergação do juízo definitivo de condenação, mercê do manejo de inúmeros recursos previstos na legislação processual penal. 5. Sob tal perspectiva é possível assimilar o novo posicionamento da Suprema Corte, forte na necessidade de se empreender, na interpretação e aplicação de qualquer norma jurídica que interfira com a liberdade, uma visão também objetiva dos direitos fundamentais, a qual não somente legitima eventuais e necessárias restrições às liberdades públicas do indivíduo, em nome de um interesse comunitário prevalente, mas também a própria limitação do conteúdo e do alcance dos direitos fundamentais - preservando-se, evidentemente, o núcleo essencial de cada direito - que passam a ter, como contraponto, correspondentes deveres fundamentais. 6. O aresto proferido pelo STF sinaliza que o recurso especial, tal como o recurso extraordinário, por ser desprovido de efeito suspensivo, não obsta o início da execução provisória da pena, sem que isso importe em malferimento ao princípio da não culpabilidade. Trata-se de importante precedente que realinha a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal com o entendimento prevalecente até fevereiro de 2009, momento em que, por sete votos a quatro, aquela Corte havia decidiu que um acusado só poderia ser preso depois de sentença condenatória transitada em julgado (HC n. 84.078/MG, DJ 26/2/2010). Em verdade, a possibilidade de prisão após a condenação em segunda instância, quando se esgota a análise dos fatos e das provas, é coerente com praticamente todos os tratados e convenções internacionais que versam direitos humanos. (...) 9. Nenhum acréscimo às instituições e ao funcionamento do sistema de justiça criminal resulta da não vinculação de magistrados à clara divisão de competências entre os diversos órgãos judiciários, com base na qual cabe ao Superior Tribunal de Justiça a interpretação do direito federal e ao Supremo Tribunal Federal a interpretação da Constituição da República. 10. Embargos de declaração rejeitados. Acolhido o pedido do Ministério Público Federal e determinando a expedição de mandado de prisão, com envio de cópia dos autos ao Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios - juízo da condenação - para que encaminhe guia

circunstância revela, sem qualquer espaço para dúvida, a observância do requisito do *periculum in mora*. Se a Corte entender que a presunção de constitucionalidade que recai sobre o art. 283 do CPP deve ora ser reafirmada, em cautelar, deveria – é o que ora se requer – determinar que novas execuções provisórias das penas de prisão não sejam deflagradas, e que as que já estiverem em curso sejam suspensas, libertando-se, até que a presente ADC seja julgada, as pessoas que, por esse motivo, ora se encontram encarceradas.

111. O requisito do *fumus boni iuris* igualmente encontra-se presente, e deflui de todos os argumentos de mérito antes apresentados. Enfatiza-se, em especial, que, da “liberdade de conformação do legislador”, quando exercida no espaço aberto pela “moldura constitucional”, decorre o princípio da *presunção de constitucionalidade das leis*. Presume-se a constitucionalidade que recai sobre o art. 283 do CPP em razão de sua evidente compatibilidade com o texto constitucional (artigo 5º, LVII, da Constituição Federal). Ressalte-se que a constitucionalidade do preceito legal não foi examinada no Habeas Corpus nº 126.292. Compare-se, ainda uma vez, a redação do preceito legal e do preceito constitucional pertinentes:

Art. 5º, LVII, da CF/88: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Art. 283 do CPP: “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”.

112. Por essas razões, requer-se a concessão de cautelar, nos termos do artigo 21 da Lei n. 9.868/99, para se determinar que:

a. Não sejam deflagradas novas execuções provisórias de penas de prisão e sejam suspensas as que já estiverem em curso,

de recolhimento provisória ao juízo da VEC, para efetivo início da execução provisória das penas impostas ao recorrente” (EDcl no REsp 1484415/DF, Rel. Ministro Rogério Schietti Cruz, SEXTA TURMA, julgado em 03/03/2016, DJe 14/04/2016).

libertando-se, até que a presente ação seja julgada, as pessoas que ora se encontram encarceradas, sem que a respectiva decisão condenatória tenha transitado em julgado;

b. subsidiariamente, caso essa Corte indefira o pedido anterior, requer-se seja realizada, em caráter cautelar, interpretação conforme a Constituição do artigo 283 do Código de Processo Penal, a fim de determinar, enquanto não se julgar o mérito da presente ação, a aplicação, por analogia, das medidas alternativas à prisão previstas no art. 319 do CPP em substituição ao encarceramento provisório decorrente da condenação em segunda instância;

c. por fim – se os pedidos cautelares formulados nos itens *a e b* não forem acolhidos – requer-se seja realizada interpretação conforme a Constituição do artigo 637 do CPP, restringindo, enquanto não for julgado o mérito desta ação, a não produção do efeito suspensivo aos recursos extraordinários, e condicionando a aplicação da pena à análise da causa criminal pelo STJ quando houver a interposição de recurso especial.

113. Registre-se, por fim, que a jurisprudência do STF autoriza a concessão de medida cautelar na ADC determinando providência diversa da suspensão de processos judiciais (art. 21 da Lei n. 9.868/99), inclusive para afirmar, em caráter provisório, a constitucionalidade do dispositivo objeto da ação de controle concentrado¹¹⁵.

¹¹⁵ Nesse sentido: “*EMENTA: AÇÃO DIRETA DE CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1º DA LEI N 9.494, DE 10.09.1997, QUE DISCIPLINA A APLICAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. MEDIDA CAUTELAR: CABIMENTO E ESPÉCIE, NA A.D.C. REQUISITOS PARA SUA CONCESSÃO. 1. Dispõe o art. 1º da Lei nº 9.494, de 10.09.1997: "Art. 1º. Aplica-se à tutela antecipada prevista nos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil, o disposto nos arts 5º e seu parágrafo único e art. 7º da Lei nº 4.348, de 26 de junho de 1964, no art. 1º e seu § 4º da Lei nº 5.021, de 09 de junho de 1966, e nos arts. 1º, 3º e 4º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992."* 2. Algumas instâncias ordinárias da Justiça Federal têm deferido tutela antecipada contra a Fazenda Pública, argumentando com a inconstitucionalidade de tal norma. Outras instâncias igualmente ordinárias e até uma Superior - o S.T.J. - a têm indeferido, reputando constitucional o dispositivo em questão. 3.

IV. PEDIDOS

114. Por todo o exposto, requer-se o que se segue:

- 1) o conhecimento da presente ADC;
- 2) ou, subsidiariamente, caso se entenda que a ADC não é cabível, o conhecimento da presente como ADPF;
- 3) a concessão de cautelar para que (a) não sejam deflagradas novas execuções provisórias de penas de prisão e que sejam suspensas as que já estiverem em curso, libertando-se, até que a presente ação seja julgada, as pessoas que ora se encontram

Diante desse quadro, é admissível Ação Direta de Constitucionalidade, de que trata a 2ª parte do inciso I do art. 102 da C.F., para que o Supremo Tribunal Federal dirima a controvérsia sobre a questão prejudicial constitucional. Precedente: A.D.C. n 1. Art. 265, IV, do Código de Processo Civil. 4. As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzem eficácia contra todos e até efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo, nos termos do art. 102, § 2º, da C.F. 5. Em Ação dessa natureza, pode a Corte conceder medida cautelar que assegure, temporariamente, tal força e eficácia à futura decisão de mérito. E assim é, mesmo sem expressa previsão constitucional de medida cautelar na A.D.C., pois o poder de acautelar é imanente ao de julgar. Precedente do S.T.F.: RTJ-76/342. 6. Há plausibilidade jurídica na argüição de constitucionalidade, constante da inicial ("fumus boni iuris"). Precedente: ADIMC - 1.576-1. 7. Está igualmente atendido o requisito do "periculum in mora", em face da alta conveniência da Administração Pública, pressionada por liminares que, apesar do disposto na norma impugnada, determinam a incorporação imediata de acréscimos de vencimentos, na folha de pagamento de grande número de servidores e até o pagamento imediato de diferenças atrasadas. E tudo sem o precatório exigido pelo art. 100 da Constituição Federal, e, ainda, sob as ameaças noticiadas na inicial e demonstradas com os documentos que a instruíram. 8. Medida cautelar deferida, em parte, por maioria de votos, para se suspender, "ex nunc", e com efeito vinculante, até o julgamento final da ação, a concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública, que tenha por pressuposto a constitucionalidade ou inconstitucionalidade do art. 1º da Lei nº 9.494, de 10.09.97, sustando-se, igualmente "ex nunc", os efeitos futuros das decisões já proferidas, nesse sentido" (ADC 4 MC, Relator Min. Sydney Sanches, Tribunal Pleno, julgado em 11/02/1998, DJ 21-05-1999 PP-00002 EMENT VOL-01951-01 PP-00001).

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

4) a notificação do Exmo. Sr. Procurador-Geral da República para que emita o seu Parecer;

5) a procedência, quando ao seu mérito, da presente Ação, para que o STF promova:

a) a declaração de constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal, reconhecendo-se a legitimidade constitucional da recente opção do legislador (veiculada na Lei nº 12.403, de 2011) de condicionar o início do cumprimento da pena de prisão ao trânsito em julgado da condenação;

b) subsidiariamente, a declaração de que o artigo 283 do Código de Processo Penal é “ainda constitucional”, (i) enquanto perdurar o atual “estado de coisas inconstitucional”

que vigora no sistema prisional brasileiro; ou (ii) até que ocorra o julgamento do mérito da ADPF 347 e se cumpram as providências que venham a ser fixadas pelo Supremo Tribunal Federal;

c) subsidiariamente, a realização de interpretação conforme a Constituição do artigo 283 do Código de Processo Penal, para se determinar que, enquanto perdurar o “estado de coisa inconstitucional”, na execução provisória da sentença penal condenatória, não se promova a prisão dos condenados, mas se apliquem, analogicamente, as medidas alternativas à prisão previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal;

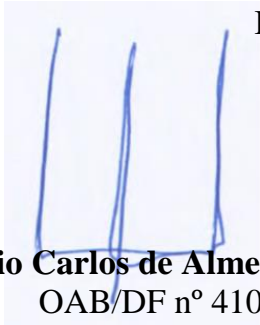
d) subsidiariamente, a determinação de que eventual pronúncia de inconstitucionalidade - cujo corolário é permitir a execução provisória da decisão penal condenatória de 2ª instância - produza somente efeitos *ex nunc*, abrangendo apenas (i) as decisões condenatórias relativas a fatos ocorridos a partir do julgamento, pelo STF, desta ação; (ii) as decisões condenatórias relativas a fatos ocorridos a partir do julgamento, pelo STF, do HC nº 126.292;

e) subsidiariamente, caso sejam conferidos efeitos repristinatórios à eventual pronúncia de inconstitucionalidade, reabilitando-se a incidência do artigo 637 do Código de Processo Penal aos recursos que sirvam à impugnação de decisões que impõem pena de prisão, a realização de interpretação conforme a Constituição desse preceito (637 do Código de Processo Penal) para se determinar seja conferido efeito suspensivo aos recursos especiais, a serem apreciados pelo Superior Tribunal de

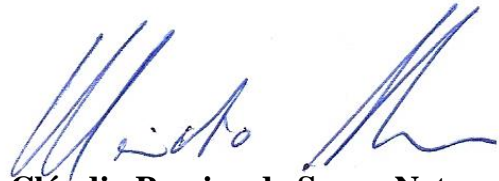
Justiça, negando-se tal efeito apenas aos recursos extraordinários, a serem apreciados pelo Supremo Tribunal Federal.

Termos em que pedem deferimento.

Brasília, 18 de maio de 2016.



Antônio Carlos de Almeida Castro
OAB/DF nº 4107



Cláudio Pereira de Souza Neto
OAB/DF nº 34.238 e OAB/RJ nº 96.073



Ademar Borges de Sousa Filho
OAB/DF nº 29.178



Beatriz Veríssimo de Sena
OAB/DF nº 15.777



Guilherme Leite Chamum Aguiar
OAB/DF nº 51.143