

07/11/2019

PLENÁRIO

AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE 44 DISTRITO FEDERAL

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

ADC 44 / DF

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

PENA – EXECUÇÃO PROVISÓRIA – IMPOSSIBILIDADE – PRINCÍPIO DA NÃO CULPABILIDADE. Surge constitucional o artigo 283 do Código de Processo Penal, a condicionar o início do cumprimento da pena ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória, considerado o alcance da garantia versada no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, no que direciona a apurar para, selada a culpa em virtude de título precluso na via da recorribilidade, prender, em execução da sanção, a qual não admite forma provisória.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal em julgar procedente a ação e assentar a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal, na redação dada pela Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011, nos termos do voto do relator e por maioria, em sessão presidida pelo Ministro Dias Toffoli, na conformidade da ata do julgamento e das respectivas notas taquigráficas.

Brasília, 7 de novembro de 2019.

MINISTRO MARCO AURÉLIO – RELATOR

ADC 44 / DF

17/10/2019

PLENÁRIO

AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE 44 DISTRITO FEDERAL

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

ADC 44 / DF

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

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Presidente, ao fim, ressuscitado! Hoje, pela manhã, disseram-me que estaria no hospital, entubado, e que já teriam chamado o padre para a extrema-unção!

Uma observação, Presidente: isso jamais ocorreria! Imaginemos este julgamento no Plenário dito virtual. Por que jamais ocorreria? Porque, enquanto estiver com a capa sobre os ombros não inserirei, como Relator, a não ser para definir repercussão geral, qualquer processo no Plenário virtual. E olha que tenho recebido listas reveladoras da inserção de processos objetivos, mais precisamente, de ações diretas de inconstitucionalidade, no Plenário virtual. É a modernidade!

Um integrante do Tribunal, que foi Presidente, chegou a dizer que alcançaríamos o tempo em que votaríamos de qualquer parte do mundo. Talvez houvesse economia para o País, tendo em conta o prédio principal do Supremo e os dois anexos.

Presidente, não posso me furtar, e creio que tenho crédito em termos de tempo no Plenário, à feitura de relatório circunstanciado – ante a importância ímpar da matéria, porque em jogo a ordem jurídica – abrangendo as três ações mencionadas por Vossa Excelência: as declaratórias de nº 43, 44 e 54.

Adoto as informações prestadas pelo assessor Eduardo Ubaldo Barbosa.

17/10/2019**PLENÁRIO****AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE 44 DISTRITO FEDERAL**

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

ADC 44 / DF

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

RELATÓRIO

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

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

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

Diz da legitimidade ativa e pertinência da ação. Aponta a existência de controvérsia constitucional relevante acerca da validade do preceito, ocorrida após o julgamento, pelo Plenário, do *habeas corpus* nº 126.292, relator o ministro Teori Zavascki. Reporta-se a alteração no entendimento sobre a questão atinente à possibilidade de execução provisória, no âmbito penal, de acórdão condenatório em grau de apelação. Frisa a necessidade de o Supremo pronunciar-se a respeito da constitucionalidade da norma. Destaca que a decisão proferida no referido *habeas* não possui efeito vinculante nem firma regra

ADC 44 / DF

geral quanto ao tema, mas vem repercutindo no sistema judicial brasileiro. Salienta a surpresa causada pelo precedente, considerada a carência de prévio debate com entidades e profissionais atuantes na esfera do Direito criminal. Ainda no tocante ao cabimento, postula, sucessivamente, o recebimento da ação como arguição de descumprimento de preceito fundamental.

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

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

Enfatiza ter o Tribunal, na apreciação da medida cautelar na arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 347, da relatoria de Vossa Excelência, consignado o estado de coisas inconstitucional no sistema carcerário brasileiro. Conforme assinala, o pronunciamento no *habeas corpus* nº 126.292 implicará o agravamento da condição das unidades

ADC 44 / DF

carcerárias. Sustenta que, se não proclamada a compatibilidade, do artigo 283 do Código de Processo Penal com a Constituição Federal, deve ser o dispositivo declarado ainda constitucional, enquanto perdurar a situação precária das penitenciárias. Refere-se ao julgamento da ação direta de inconstitucionalidade nº 2.415, relator o ministro Carlos Ayres Britto, acórdão publicado no Diário da Justiça do dia 28 de setembro de 2012. Aduz, sucessivamente, que, em situações de prisão provisória, hão de ser adotadas medidas alternativas à custódia, até que suplantado o estado atual dos estabelecimentos prisionais.

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

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

ADC 44 / DF

perfil institucional de Tribunal de Cassação, resultando na necessidade de condicionar a execução antecipada da pena ao crivo do Superior.

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

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

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

ADC 44 / DF

reconhecimento de inconstitucionalidade do preceito em jogo alcance apenas decisões condenatórias relativas a fatos posteriores à apreciação desta ação ou à do *habeas* de nº 126.292, bem assim que a execução antecipada da pena seja condicionada à análise do recurso especial pelo Superior Tribunal de Justiça.

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

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

Assevera a validade do artigo 283 do Código de Processo Penal, com alicerce na tese da constitucionalidade espelhada, segundo a qual reconhecida a compatibilidade de norma infraconstitucional no que reproduz previsão da Constituição Federal. Conforme aduz, o preceito em jogo não é apenas

ADC 44 / DF

compatível com a Constituição Federal mas também replica o texto. Enfatiza que este Tribunal, ao analisar o *habeas* de nº 126.292, esvaziou o artigo 5º, inciso LVII, da Lei Maior, efetuando mutilação inconstitucional.

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

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

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

ADC 44 / DF

INDEFERIDA.

1. No julgamento do *Habeas Corpus* 126.292/SP, a composição plenária do Supremo Tribunal Federal retomou orientação antes predominante na Corte e assentou a tese segundo a qual *A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal* .

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

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

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

5. A irretroatividade figura como matéria atrelada à aplicação da lei penal no tempo, ato normativo idôneo a inovar a ordem jurídica, descabendo atribuir ultratividade

ADC 44 / DF

a compreensões jurisprudenciais cujo objeto não tenha reflexo na compreensão da ilicitude das condutas. Na espécie, o debate cinge-se ao plano processual, sem reflexo, direto, na existência ou intensidade do direito de punir, mas, tão somente, no momento de punir.

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

7. Medida cautelar indeferida.

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

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

A Advocacia-Geral da União ressalta que o preceito objeto desta ação decorre do versado no artigo 5º, inciso LVII, da

ADC 44 / DF

Constituição Federal, sendo vedado ao legislador ordinário exceder os limites semânticos postos por esta. Cita casos de revisão de decisões condenatórias pelos Tribunais Superiores. Discorre sobre o tratamento jurisprudencial conferido ao tema no âmbito do Supremo. Assevera que o assentado no *habeas corpus* nº 126.292 não representou uniformização da jurisprudência. Aduz serem impertinentes os verbetes nº 716 e 717 da Súmula deste Tribunal, relativos à possibilidade de progressão de regime considerado o tempo de custódia cautelar. Assinala a impropriedade da utilização abusiva de recursos com o fim de afastar o início do cumprimento da pena, devendo tal prática ser coibida diante do caso concreto.

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

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

Em manifestação, a Procuradoria-Geral da República opina pela inadmissão das ações ante a perda superveniente de interesse e utilidade. Refere-se ao exame, pelo Plenário Virtual, do recurso extraordinário com agravo nº 964.246, no qual reafirmada, por maioria, a conclusão assentada no *habeas corpus* nº 126.292. Aponta a inexistência de controvérsia judicial a autorizar a formalização de ação declaratória de

ADC 44 / DF

constitucionalidade, citando o inciso III do artigo 14 da Lei nº 9.868/1999. Discorre sobre os efeitos dos precedentes firmados em julgamentos de recursos submetidos ao rito da repercussão geral, os quais, afirma, ostentam eficácia vinculante, não comportando superação quando ausentes os pressupostos justificadores, sob pena de comprometimento da estabilidade, coerência e previsibilidade do Direito. Relativamente ao mérito, destaca a inconstitucionalidade parcial do artigo 283 do Código de Processo Penal, no que vedada a execução provisória da pena. Sublinha tratar-se de medida compatível com a garantia do duplo grau de jurisdição e o princípio da não culpabilidade, revelando-se harmônica com o artigo 5º, inciso LVII, da Constituição de 1988. Conforme assevera, o impedimento à execução provisória da pena contribui para a disfuncionalidade do sistema penal brasileiro, reforçando efeitos tidos como colaterais, tais como o manejo estratégico de recursos protelatórios.

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

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

ADC 44 / DF

hipergarantista à presunção de inocência equivale a embotar os direitos fundamentais de vítimas e o valor do sistema de justiça para a coesão social. A revisão jurisprudencial de 2016 repõe senso de coerência normativa na proteção dos bens jurídicos básicos da sociedade.

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

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

Menciona a alteração no entendimento quanto à viabilidade de execução provisória, no âmbito penal, de decisão condenatória em sede de apelação, a partir do exame do *habeas corpus* nº 126.292, relator o ministro Teori Zavascki, com

ADC 44 / DF

acórdão publicado no Diário da Justiça de 17 de maio de 2016, e, posteriormente, quando da análise, sob a sistemática da repercussão geral e no denominado Plenário Virtual, do recurso extraordinário com agravo nº 964.246, relator o ministro Teori Zavascki, acórdão veiculado no Diário da Justiça do dia 25 de novembro seguinte. Diz da necessidade de o Tribunal pronunciar-se, no campo do controle concentrado, sobre a compatibilidade, com a Lei Maior, da norma em jogo.

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

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

Pede, em definitivo, a declaração de constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal. Caso não acolhido o pleito, pretende seja proclamada a necessidade de motivação

ADC 44 / DF

individualizada e à luz dos pressupostos do artigo 312 do referido Código para ter-se a prisão. Postula, sucessivamente, a atribuição de interpretação conforme à Constituição, a fim de condicionar-se a execução de título penal condenatório à análise, pelo Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso especial, da causa.

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

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

Abro, aqui, um parêntese, aditando o relatório já distribuído: é inconcebível visão totalitária e autoritária no Supremo. Os integrantes ombreiam; apenas têm acima o Colegiado. O Presidente é coordenador, e não superior hierárquico dos pares. Coordena, simplesmente coordena os

ADC 44 / DF

trabalhos do Colegiado. Fora isso, é desconhecer a ordem jurídica, a Constituição Federal, as leis e o Regimento Interno, enfraquecendo a Instituição, afastando a legitimidade das decisões que profira.

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

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

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

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

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

ADC 44 / DF

Mais recentemente, em 28 de setembro de 2018, o atual vice-presidente, ministro Luiz Fux, no exercício da Presidência, deferiu, na suspensão de liminar nº 1.178, ajuizada pelo Partido NOVO, pedido de tutela de urgência para suspender os efeitos do pronunciamento formalizado pelo ministro Ricardo Lewandowski na reclamação nº 32.035 determinando “que o requerido Luiz Inácio Lula da Silva se abstenha de realizar entrevista ou declaração a qualquer meio de comunicação, seja a imprensa ou outro veículo destinado à transmissão de informação para o público em geral”, bem assim que, “caso qualquer entrevista ou declaração já tenha sido realizada por parte do aludido requerido, a proibição da divulgação do seu conteúdo por qualquer forma, sob pena da configuração de crime de desobediência”.

Retomo as informações prestadas pela assessoria:

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

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

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

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE 44

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. MARCO AURÉLIO

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

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

INTDO.(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA

ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

INTDO.(A/S) : PRESIDENTE DA CÂMARA DOS DEPUTADOS

ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

INTDO.(A/S) : PRESIDENTE DO SENADO FEDERAL

ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

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

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

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

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

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

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

AM. CURIAE. : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

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

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

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

AM. CURIAE. : INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS - IAB

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

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

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

AM. CURIAE. : ASSOCIACAO DOS ADVOGADOS DE SAO PAULO

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

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

AM. CURIAE. : INSTITUTO DOS ADVOGADOS DE SÃO PAULO

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

AM. CURIAE. : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO (00000/DF)

Decisão: Após a leitura do relatório e a realização de sustentações orais, o julgamento foi suspenso. Falaram: pelo requerente, o Dr. Juliano Breda; pelo *amicus curiae* Defensoria Pública da União, o Dr. Gabriel Faria Oliveira, Defensor Público-Geral Federal; pelo *amicus curiae* Defensoria Pública do Estado de São Paulo, o Dr. Rafael Muneratti, Defensor Público do Estado de São Paulo; pelo *amicus curiae* Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, o Dr. Pedro Carriello, Defensor Público do Estado do

Rio de Janeiro; pelo *amicus curiae* Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas - ABRACRIM, o Dr. Lênio Streck; pelo *amicus curiae* Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCRIM, o Dr. Mauricio Stegemann Dieter; pelo *amicus curiae* Instituto Ibero Americano de Direito Público - Capítulo Brasileiro - IADP, o Dr. Frederico Guilherme Dias Sanches; pelo *amicus curiae* Instituto de Defesa do Direito de Defesa - Márcio Thomaz Bastos - IDDD, o Dr. Hugo Leonardo; e, pelo *amicus curiae* Associação dos Advogados de São Paulo, o Dr. Leonardo Sica. Presidência do Ministro Dias Toffoli. Plenário, 17.10.2019.

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

Vice-Procurador-Geral da República, Dr. José Bonifácio Borges de Andrada.

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Assessora-Chefe do Plenário

23/10/2019

PLENÁRIO

**AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE 44 DISTRITO
FEDERAL**

OBSERVAÇÃO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhor Presidente, pela ordem. Nós estudamos pelo que está nos autos. O Procurador anterior suscitou uma questão preliminar sobre, digamos assim, a impossibilidade jurídica de uma modificação de jurisprudência em um espaço de tempo diminuto. Agora, o Procurador, na sua última fala, antes de adentrar o mérito, suscita essa questão preliminar.

Eu confesso a Vossa Excelência que eu me dediquei a esse tema preliminar, tanto mais que, quando da elaboração do Novo Código e prevendo que o Supremo Tribunal Federal caminhará para uma Corte de uniformização de jurisprudência, nós estabelecemos que a jurisprudência deve ser íntegra, coerente e estável.

Então, eu pediria a Vossa Excelência, como Presidente, que questionasse o eminente Procurador sobre se essa questão da possibilidade de, em um diminuto espaço de tempo, mudar a jurisprudência é uma preliminar, é uma questão de ordem que Sua Excelência suscita, porque, de alguma maneira, consta das razões. E, ainda que seja *en passant*, é preciso verificar.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Vamos ouvir primeiro o Relator para ordenar os trabalhos.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Presidente, é preciso abrir o embrulho. A meu ver, a colocação do Colega é inusitada. Alcança o afastamento, da apreciação da matéria pelo Colegiado, em processo objetivo?

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Foi julgada a liminar e agora está se julgando o mérito. É só isso.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhor Presidente, a colocação foi feita pelo Ministério Público. A colocação está dentro dos autos. Eu não estou colocando nada.

ADC 44 / DF

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Na ordem dos trabalhos, agora é o momento de ouvir o voto do Relator. Após o voto do Relator, outras questões podem ser levantadas.

A tradição do Tribunal, com a devida vênia, é sempre ouvir o Relator. Evidentemente que podem ser levantadas questões, seja pelos Colegas, seja pelo Ministério Público, seja pelos advogados, mas após ouvirmos o voto do Relator.

Então, minha condução dos trabalhos leva a ouvir o voto do Relator, porque terminaram as sustentações orais. Agora é o voto do Relator. Vamos ver se Sua Excelência aborda ou não o tema. E, evidentemente, as questões podem ser colocadas, questões de ordem, questões de fato pelas partes; isso faz parte do procedimento.

Mas o que não é da tradição da Corte é que se coloque uma questão antes do voto do Relator.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - É porque, aqui, é questão de ordem preliminar. Mas, de qualquer maneira, evidentemente, vamos nos submeter à vontade do Colegiado. Mas, normalmente, as questões preliminares antecedem à análise da questão do mérito.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - Qual seria a questão preliminar, Presidente?

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Eu não vou me estender, mas a questão suscitada pelo Ministério Público, em parecer escrito, é sobre a impossibilidade de uma modificação de jurisprudência fixada pelo Supremo.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - Mas diz respeito aos votos que ainda não foram colhidos.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Ainda não há o resultado.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Ainda não há o resultado. Qual é o receio de abrir-se o embrulho?

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Não, não é receio, Senhor Presidente, é deferência ao que foi arguido nos autos.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI -

ADC 44 / DF

Presidente, nenhuma preliminar pode obstar o Supremo Tribunal Federal de examinar a matéria numa ação direta de inconstitucionalidade, não há preliminar que possa fazê-lo, *data venia*.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhor Presidente, eu não vou polemizar.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Essa questão, em vez de ser preliminar, seria, de fato, do ponto de vista lógico, uma modulação. E isso é uma questão que se coloca a **posteriori**, conforme o resultado.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhor Presidente, eu me submeto à decisão do Colegiado.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Agora está se julgando o mérito, é só isso; não tem preliminar.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

E já há mais de 500 dias que o Relator liberou voto para julgamento. Vamos enfrentar o caso.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Não, eu não me oponho, Senhor Presidente. Eu estou, em deferência ao que arguiu o Ministério Público, suscitando isso.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Ministro **Luiz Fux**, para analisar os efeitos de uma dada decisão, primeiro, é preciso saber qual é a decisão.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Sim, sem dúvida. Eu não vou discutir essa questão. Vou dizer que o Ministério Público suscitou isso e enfrentei a questão, primeiro.

Segundo lugar, eu não concordo com a tese de que, no controle concentrado, não se analisa preliminar porque é obrigatório o exame de fundo; se faltarem os requisitos da petição inicial na ação de controle concentrado, não se vai à questão de fundo.

Então, eu não estou concordando com nenhuma das afirmações. E digo a Vossa Excelência que me submeto à vontade do Colegiado. Estou apenas destacando isso, porque o Ministério Público, à semelhança do parecer lavrado por outro procurador - se não me engano, Doutor

ADC 44 / DF

Bonifácio -, suscitou essa questão, só isso.

23/10/2019

PLENÁRIO

AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE 44 DISTRITO FEDERAL

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – E assim o é, Presidente. Vivenciamos – não há menor dúvida – dias incertos, sob o ângulo republicano. Aonde vamos parar? Existe uma máxima segundo a qual "vivendo e aprendendo". Mas, pelo visto, preconiza-se que se deve viver e desaprender!

O requerente da ação declaratória de constitucionalidade nº 43 – pasmem –, outrora Partido Ecológico Nacional, hoje, Partido Patriota, manifestou-se, da tribuna, em contrariedade ao pedido inicial, no sentido da declaração da higidez do artigo 283 do Código de Processo Penal. Mais do que isso – como fiz constar do relatório –, nessa mudança de ares, abandonando-se os contornos republicanos, talvez até os contornos democráticos.

A Advocacia-Geral da União que, pelo artigo 103, § 3º, da Constituição Federal, tem atribuição no processo objetivo, única e específica de curadora da lei, após pronunciar-se, com fidelidade absoluta ao que previsto, veio, por escrito, no processo, mudar de entendimento.

Talvez já não se tenha nem mesmo, Presidente, como princípio básico da administração pública, a impessoalidade! É a conclusão a que chego. E, já agora, estou surpreso com a colocação de um colega, com o alcance de impedir o exame definitivo das três declaratórias de constitucionalidade: 43, 44 e 54. Nesta última, não se apreciou pedido de tutela de urgência. Obstaculizar o julgamento pelo Plenário! Daqui a pouco, completarei 30 anos no Supremo e ainda sou surpreendido com algumas colocações. Surpresa, para mim, maior, considerados 40 anos de integração a colegiado julgador.

Mas, porque tenho o respaldo do Supremo, vou ao voto. E o faço acreditando que esta tribuna é uma tribuna livre! Acreditando que, em Colegiado, há o somatório de forças distintas e que aqueles que o integram complementam-se mutuamente. Acreditando que o Colegiado é um órgão democrático por excelência, vence a maioria.

ADC 44 / DF

Na segunda-feira, 21 deste mês, encaminhei aos Colegas o Ofício nº 13/2019 – por sinal, meu número de sorte, não é número de sorte apenas do Zagallo –, do Gabinete de quem está relatando essas três ações. Valeu-me esse ofício até uma picardia de um Colega, no que disse já estar trocando “figurinhas”.

Não foi bem isso, Presidente, porque tive o cuidado de começar o Ofício consignando: já se disse que o julgamento das ações declaratórias de constitucionalidade 43, 44 e 54 é o do ano Judiciário de 2019. E recebi, no *WhatsApp*, que se estaria reforçando a rampa do Supremo, porque teríamos caminhão subindo a rampa!

23/10/2019

PLENÁRIO

**AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE 44 DISTRITO
FEDERAL**

VOTO

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

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

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

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

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

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

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

ADC 44 / DF

cidadão, implementei tutela de urgência, liminar, medida acauteladora, ressaltando:

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

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

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

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

O fato de o Tribunal, no denominado Plenário Virtual, atropelando os processos objetivos acima referidos, sem

ADC 44 / DF

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

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

ADC 44 / DF

Destaco ter liberado, em 4 de dezembro de 2017, para inserção na pauta dirigida do Pleno, ato situado no campo das atribuições da Presidência, as ações declaratórias de constitucionalidade nº 43 e 44, visando o exame de mérito, bem como, em 19 de abril de 2018, a de nº 54 para análise do pedido de liminar. Os processos apenas foram incluídos, pela Presidência, na pauta da Sessão Plenária do dia 10 de abril de 2019, tendo sido, posteriormente, excluídos do calendário de julgamento, sem nova designação de data. Ressalte-se que a última está lastreada em fato novo – a evolução na manifestação do ministro Gilmar Mendes, no exame do *habeas corpus* nº 152.752, relator ministro Edson Fachin –, a retratar a revisão da óptica que ensejou escassa maioria.

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

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

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

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

ADC 44 / DF

provisória.

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

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

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

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

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

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

ADC 44 / DF

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

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

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

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

ADC 44 / DF

recursos –, considerados os pressupostos de recorribilidade.

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

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

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

ADC 44 / DF

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

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

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

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

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

ADC 44 / DF

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

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

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

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

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

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

ADC 44 / DF

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

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

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

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

ADC 44 / DF

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

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

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

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

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

23/10/2019

PLENÁRIO

**AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE 44 DISTRITO
FEDERAL**

VOTO

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES – *Cancelado em razão da juntada de voto escrito.*

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Vossa Excelência trará as luzes que nós precisamos.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - *Cancelado em razão da juntada de voto escrito.*

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Continuaremos com o brilho de Vossa Excelência.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - *Cancelado em razão da juntada de voto escrito.*

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Nesta época de retorno das chuvas em Brasília, é comum ocorrer isso, em razão do período longo de seca. São questões que a Física explica. Não é por conta deste julgamento, com certeza.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - *Cancelado em razão da juntada de voto escrito.*

23/10/2019

PLENÁRIO

**AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE 44 DISTRITO
FEDERAL**

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

ADC 44 / DF

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

V O T O

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES: trata-se de Ação Declaratória de Constitucionalidade, com pedido de medida cautelar, ajuizada pelo CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL (CFOAB), tendo por objetivo a declaração de constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal. Eis o teor do dispositivo:

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

Ao argumentar acerca da controvérsia judicial relevante, aduz o Autor que *desde 17 de fevereiro do corrente ano, quando do julgamento do HC nº 126.292/SP por essa. e. Suprema Corte, a possibilidade da execução antecipada da pena vem gerando um caloroso debate doutrinário e, igualmente, uma grande controvérsia jurisprudencial acerca da relativização do princípio constitucional da presunção de inocência* (doc. 1, fl. 2), pois os tribunais do país passaram a adotar posicionamentos idênticos, contrariando, deliberadamente, o disposto no art. 283 do Código de Processo Penal, violando, por consequência, a cláusula de reserva de plenário (art. 97 da Constituição e Súmula Vinculante 10).

Segue destacando que (...) *a posição do Supremo Tribunal Federal era no*

ADC 44 / DF

*sentido de que não se admitia a execução antecipada da pena, tendo em vista o princípio constitucional da presunção de inocência (nesse sentido, por todos, ver o paradigmático HC 84.078/MG, de relatoria do Min. Eros Grau) (doc. 1, fl. 4). No entanto, com o julgamento do HC 126.292, o STF operou um *overruling*, modificando seu entendimento acerca da matéria.*

Ressalta que não houve, no julgamento do HC 126.292, pronunciamento acerca do art. 283 do CPP, de modo que o referido dispositivo permanece válido e deve ser observado pelos tribunais estaduais e federais. Argumenta, ainda, que (...) *não havendo qualquer efeito vinculante da decisão proferida no HC 126.292/SP, como consignado expressamente por seu Decano, essa Suprema Corte terá de declarar a inconstitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal, em sede de controle concentrado, para sanar o paradoxo por ela mesma gerado* (doc. 1, fls. 4-5).

Destaca, em seguida, que (...) *se a Suprema Corte quiser mesmo assumir o entendimento firmado no HC 126.292/SP que restringe a garantia constitucional da presunção de inocência, então precisará declarar a inconstitucionalidade não apenas do artigo 283 do Código de Processo Penal, mas também dos artigos 105 e 147 da Lei de Execução Penal* (doc. 1, fl. 7).

Segue afirmando que, rejeitada a tese da existência de normas constitucionais inconstitucionais, caso uma norma infraconstitucional reproduza, repita e copie o teor de uma norma constitucional, verifica-se, na hipótese, sua constitucionalidade espelhada. Assim, o art. 283 do CPP, na redação dada pela Lei 12.403/2011, por espelhar o art. 5º, LVII e LXI, da CF/1988, é constitucional.

Acrescenta que esta CORTE deu novo significado à expressão trânsito em julgado ao discutir a garantia constitucional da presunção de inocência, alegando que *o grande problema é que, por ocasião do julgamento do HC 126.292, essa Suprema Corte operou uma verdadeira alteração do texto constitucional, curiosamente em um caso comum que sequer se enquadra naquilo que pode ser considerado como uma exceção por meio do qual buscou reprimatizar a jurisprudência tradicional, sob o álibi da efetividade processual, voltada à instituição de uma verdadeira política judiciária que deverá orientar a atuação*

ADC 44 / DF

dos tribunais nos casos futuros, incluindo os processos da operação lavajato (doc. 1, fl. 16). Diz, em acréscimo, que (...) ao redefinir a expressão trânsito em julgado, essa Suprema Corte não apenas ultrapassou os limites semânticos do texto constitucional, como lhe esvaziou seu sentido originário, ou mais primitivo, na medida em que segundo a interpretação proposta pelo ministro Teori Zavascki e vencedora no plenário do Tribunal trânsito em julgado se converteu, precisamente, em não-trânsito em julgado (doc. 1, fl. 16).

Defendendo a existência de *periculum in mora*, requer a concessão da medida cautelar para determinar a suspensão da execução antecipada da pena de todos os acórdãos prolatados em Segunda Instância, com base no HC 126.292/SP, que ignoraram dispositivo legal presumidamente válido sem arguir o devido incidente de inconstitucionalidade (doc. 1, fl. 18). Em caráter definitivo, postulou a procedência da presente ação para declarar a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei nº 12.403/11, com eficácia erga omnes e efeito vinculante, nos termos do artigo 102, §2º, da Constituição (doc. 1, fl. 19).

A Advocacia-Geral da União prestou informações (doc. 141), manifestando-se nos termos da seguinte ementa (doc. 143):

Execução antecipada da condenação. Artigo 283 do Código de Processo Penal, que determina que ninguém poderá ser preso senão em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado. Compatibilidade com o artigo 5º, LVII, da Constituição. O referido dispositivo legal, ao conferir concretude ao princípio da presunção da inocência encontra amparo na Constituição da República, que determina que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Manifestação pela procedência do pedido formulado pelo requerente.

O Senado Federal prestou informações (doc. 145), concluindo, no mérito, *pela constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, de forma a assentar-se que conforme disciplina o art. 283 do CPP, só há três hipóteses para prisão de um indivíduo 1) o flagrante delito, 2) a sentença*

ADC 44 / DF

condenatória transitada em julgado, 3) e a prisão cautelar .

O Plenário, em 5/10/2016, indeferiu a medida liminar, em acórdão assim ementado:

Ementa: MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE. ART. 283 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. EXECUÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE APÓS O ESGOTAMENTO DO PRONUNCIAMENTO JUDICIAL EM SEGUNDO GRAU. COMPATIBILIDADE COM O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. ALTERAÇÃO DE ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DO HC 126.292. EFEITO MERAMENTE DEVOLUTIVO DOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS E ESPECIAL. REGRA ESPECIAL ASSOCIADA À DISPOSIÇÃO GERAL DO ART. 283 DO CPP QUE CONDICIONA A EFICÁCIA DOS PROVIMENTOS JURISDICIONAIS CONDENATÓRIOS AO TRÂNSITO EM JULGADO. IRRETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS GRAVOSA. INAPLICABILIDADE AOS PRECEDENTES JUDICIAIS. CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 283 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. MEDIDA CAUTELAR INDEFERIDA. 1. No julgamento do Habeas Corpus 126.292/SP, a composição plenária do Supremo Tribunal Federal retomou orientação antes predominante na Corte e assentou a tese segundo a qual A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. No âmbito criminal, a possibilidade de atribuição de efeito suspensivo aos recursos extraordinário e especial detém caráter excepcional (art. 995 e art. 1.029, § 5º, ambos do CPC c/c art. 3º e 637 do CPP), normativa compatível com a regra do art. 5º, LVII, da Constituição da República. Efetivamente, o acesso individual às instâncias extraordinárias visa a propiciar a esta Suprema Corte e ao Superior Tribunal de Justiça exercer seus papéis de estabilizadores, uniformizadores

ADC 44 / DF

e pacificadores da interpretação das normas constitucionais e do direito infraconstitucional. 3. Inexiste antinomia entre a especial regra que confere eficácia imediata aos acórdãos somente atacáveis pela via dos recursos excepcionais e a disposição geral que exige o trânsito em julgado como pressuposto para a produção de efeitos da prisão decorrente de sentença condenatória a que alude o art. 283 do CPP. 4. O retorno à compreensão emanada anteriormente pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido de conferir efeito paralisante a absolutamente todas decisões colegiadas prolatadas em segundo grau de jurisdição, investindo os Tribunais Superiores em terceiro e quarto graus, revela-se inapropriado com as competências atribuídas constitucionalmente às Cortes de cúpula. 5. A irretroatividade figura como matéria atrelada à aplicação da lei penal no tempo, ato normativo idôneo a inovar a ordem jurídica, descabendo atribuir ultratividade a compreensões jurisprudenciais cujo objeto não tenha reflexo na compreensão da ilicitude das condutas. Na espécie, o debate cinge-se ao plano processual, sem reflexo, direto, na existência ou intensidade do direito de punir, mas, tão somente, no momento de punir. 6. Declaração de constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, com interpretação conforme à Constituição, assentando que é coerente com a Constituição o principiar de execução criminal quando houver condenação assentada em segundo grau de jurisdição, salvo atribuição expressa de efeito suspensivo ao recurso cabível. 7. Medida cautelar indeferida.(ADC 43 MC, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, DJe de 7/3/2018)

A Procuradoria-Geral da República manifestou-se, nos termos da seguinte ementa (doc. 179):

CONSTITUCIONAL. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. CONSTITUCIONALIDADE. PRECEDENTE VINCULANTE DO STF (ARE 964246). PERDA DE OBJETO

ADC 44 / DF

DAS ADCS. OVERRULING. NAO CABIMENTO. ART. 283 DO CPP. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. PROTEÇÃO INSUFICIENTE DE DIREITOS INDIVIDUAIS E SOCIAIS.

1. Os requerentes pedem que o STF declare a constitucionalidade do art. 283 do CPP. Esta pretensão foi satisfeita supervenientemente no julgamento do ARE n. 964.246/SP. Preliminar de não conhecimento.

2. Também não estão satisfeitos os pressupostos materiais que justificariam o overruling do precedente vinculante ligado ao ARE n. 964.246/SP, a saber, a perda de congruência social e consistência sistêmica do julgado. Revogá-lo, mesmo diante de todos os argumentos jurídicos e pragmáticos que o sustentam, representaria triplo retrocesso: para o sistema de precedentes brasileiro, que, ao se ver diante de julgado vinculante revogado pouco mais de um ano após a sua edição, perderia em estabilidade e teria sua seriedade desafiada; para a persecução penal no país, que voltaria ao cenário do passado e teria sua funcionalidade ameaçada por processos penais infundáveis, recursos protelatórios e penas massivamente prescritas; e para a própria credibilidade da sociedade na Justiça, como resultado da restauração da sensação de impunidade que vigorava em momento anterior ao julgamento do ARE n. 964246/SP.

3. A lei processual, ao regulamentar a Constituição, não pode dar proteção insuficiente a bens jurídicos constitucionalmente protegidos.

4. A execução provisória da pena após esgotado o duplo grau de jurisdição não viola a presunção de inocência.

5. Parecer pelo não conhecimento ou, no mérito, pela improcedência das ADCs n. 43 e 44.

Em nova manifestação, a Procuradoria-Geral da República (doc. 202) pediu, preliminarmente: (a) *diante do advento do precedente formado no julgamento do Recurso Extraordinário com Agravo nº 964.246/SP, que seja reconhecida a perda superveniente de objeto do mérito das ADC nºs 43 e 44, com o seu conseqüente não conhecimento por esta Suprema Corte. Eventual interesse*

ADC 44 / DF

ou utilidade remanesce apenas em relação à análise, a ser feita por esta Corte, dos efeitos, ex nunc ou ex tunc, da decisão sobre a constitucionalidade da execução provisória da pena ; e (b) o não conhecimento destas ADCs em razão da ausência dos pressupostos materiais necessários ao overruling do precedente obrigatório formado no julgamento do ARE n. 964.246/SP.

No mérito, requereu a improcedência de todos os pedidos feitos nas ADCs 43 e 44, em razão do reconhecimento da inconstitucionalidade parcial do art. 283 do CPP, especificamente no ponto em que veda a execução provisória da pena.

A Advocacia-Geral da União pronunciou-se, de forma complementar, nos termos da seguinte ementa (doc. 236):

Execução provisória de condenação penal. Artigo 283, caput, do Código de Processo Penal. A Constituição reserva tônicas normativas distintas para "presunção de inocência" (tratamento processual justo) e "vedação de prisões arbitrárias". A garantia do artigo .5º, LVII, não viabiliza, nem mesmo por intermediação legislativa, uma associação inflexível entre "execução antecipada da pena" e "prisão arbitrária". Fosse assim, o conceito de crime inafiançável não . faria sentido. Conferir interpretação hipergarantista à presunção de inocência equivale a embotar os direitos fundamentais de vítimas e o valor do sistema de justiça para a coesão social. A revisão jurisprudencial de 2016 repõe senso de coerência normativa na proteção dos bens jurídicos básicos da sociedade.

É a síntese do necessário.

Saliento, inicialmente, a importância desse julgamento e a dolosa desinformação, o radicalismo político e as exacerbadas paixões ideológicas que geraram um absurdo, inédito e ofensivo grau de desrespeito, ofensas e ameaças ao SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, a seus Ministro e a seus familiares, muito acima das necessárias e salutares manifestações imprescindíveis em uma democracia.

Discursos agressivos, populistas e demagógicos se somaram a dados falsos, pesquisas direcionadas, manipulação de informações, *fake news* e

ADC 44 / DF

ataques virtuais, produzindo alguns dos piores ingredientes utilizados por aqueles que insistem em não respeitar a independência do Poder Judiciário e de seus juízes, que insistem em fomentar as tradicionais fórmulas autoritárias para sepultar o livre debate de ideias, a íntegra interpretação da Constituição e a honesta valoração de princípios.

Chegamos a tal grau de intolerância que aqueles que não concordam com determinadas opiniões, por mais fundamentadas que tenham sido suas manifestações, não só as definem como erradas, mas também rotulam seu emissor de leviano, de irresponsável, quando não de corrupto, incentivando ofensas psíquicas e físicas.

Não é essa a Democracia que queremos. Não é esse o Estado Democrático de Direito que todos nós brasileiros pretendemos fortalecer e deixar para nossos filhos e netos.

O necessário, imprescindível e salutar debate entre diferentes posicionamentos fundamentados e razoáveis foi substituído por uma falsa pregação fundamentalista da chegada do Armagedon (Apocalipse, Revelação 16:16), após cada decisão judicial, em que do resultado da pseudoluta do bem (que é sempre no que se acredita) contra o mal (que é sempre a posição contrária) dependeria o sucesso ou a ruína da nação; em que aqueles que não concordam conosco sempre estariam de má-fé, tendo se tornado incentivadores, senão verdadeiros cúmplices da corrupção e da criminalidade. Nesse Armagedon, em vez de granizo, terremoto, enxurradas, fogo, enxofre, raios e doenças, o STF é ameaçado com *fake news*.

Lamentavelmente, a população passou a ser, em grande parte, desinformada e bombardeada incessantemente com repetidos falsos mantras:

“Direitos humanos atrapalham o combate à criminalidade”; “o respeito ao Devido Processo legal, contraditório e ampla defesa impede a luta contra a corrupção”; “o STF precisa ouvir o clamor das ruas”; “os juízes precisam decidir de acordo com a vontade da maioria” e, mais recentemente, “o STF precisa ouvir o barulho dos motores de

ADC 44 / DF

alguns caminhões”.

Nesses momentos radicalizados e não poucas vezes insanos, não podemos nos esquecer das sóbrias palavras de Winston Churchill, em sua clássica obra Memórias da Segunda Guerra:

“O único caminho sensato consiste em agir, dia após dia, de acordo com o que a própria consciência parece ditar”.

Não há possibilidade de omissão perante a negativa ou o afastamento de uma das grandes conquistas da Sociedade: o Estado Constitucional. O verdadeiro Estado Constitucional consagra a Democracia baseada na Soberania Popular e o Estado de Direito fundado no respeito às leis e à independência do Judiciário.

Disso deriva a legitimidade da Jurisdição Constitucional, e não do pseudo “clamor das ruas” a fomentar perigoso “populismo judicial” baseado em agradar sempre grupos de pressão majoritariamente barulhentos ou setores midiáticos ideologicamente engajados, nem sempre é possível agradar a todos. E não é esse o compromisso constitucional do STF.

O “Populismo Judicial” é incompatível com o exercício da judicatura, pois sempre é mais fácil, como já advertia Gandhi,

“se posicionar no meio da multidão, mas é preciso coragem para se posicionar sozinho”.

Prestar contas à Sociedade, ao povo brasileiro é obrigação do STF e de todo o Judiciário. Mas isso não se faz covardemente, apenas alinhando-se automaticamente à posição mais cômoda, fácil e populista, simplesmente para evitar incômodos ou críticas.

A obrigação de prestação de contas será cumprida com a rigorosa observância do papel constitucional do Judiciário, atuando o STF com seriedade, imparcialidade e transparência, como esta CORTE, por cada uma de suas ministras e ministros faz diariamente, expondo,

ADC 44 / DF

publicamente e com transmissão ao vivo por rádio, TV e internet, seus fundamentos, seus raciocínios, suas razões e conclusões.

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL se mantém à altura de sua imprescindível missão constitucional atuando com seriedade, imparcialidade, transparência e coragem, tentando, sempre dentro de suas limitações inerentes a qualquer órgão composto por seres humanos, conceder à Constituição Federal a melhor interpretação para o fortalecimento do nosso país e de todos os brasileiros.

Um Poder Judiciário sem coragem jamais exerceria sua missão constitucional com independência e altivez.

Coragem de pautar, de debater, de votar e de decidir questões complexas, controvertidas e sensíveis de acordo com o que a consciência de cada julgador entende como o correto caminho da interpretação constitucional, afastando o populismo e as vaidades, como nos ensinou Martin Luther King, que, em bonito sermão, lembrou que

“a vaidade faz a pergunta: isso é popular? Mas a consciência faz a pergunta: isso é certo?”.

Com esse espírito e com sincero e absoluto respeito às posições diversas, todas sempre expostas de maneira transparente e fundamentada, baseadas no entendimento independente de cada julgador, com base somente na interpretação constitucional e na própria consciência, peço vênias ao eminente Ministro Relator para divergir pelos fundamentos a seguir expostos.

Em relação à preliminar arguida pela Procuradoria-Geral da República, no tocante à necessidade de manutenção dos precedentes anteriores em face da segurança jurídica, gostaria de salientar que a tradicional e antiga vinculação do judiciário aos seus precedentes, derivada do sistema inglês, no qual não se permitia à Câmara dos Lordes Juízes – mais alta instância do Judiciário inglês – alterar seus entendimentos anteriores, sempre se baseou na segurança jurídica e

ADC 44 / DF

inconveniência de constantes alterações interpretativas de um mesmo e idêntico assunto.

Porém, essa regra, que foi adotada pela Câmara dos Lordes em 1898, no caso *London Tramways v. London County Council* e permaneceu no ordenamento jurídico inglês por 68 anos, alcançando nova orientação, que afastou da Câmara dos Lordes à obrigatoriedade de seus precedentes, tendo sido adotada em 26-7-66, no *Practice Statement of 1966*, lido pelo Lord Gardiner. O fundamento da alteração foi a consciência de que uma rígida aderência aos precedentes pode levar a injustiças e também restringir indevidamente a adequada evolução do Direito.

Obviamente, devem ser excepcionais e raríssimos os casos em que se altere posicionamentos já pacificados, em respeito à segurança jurídica.

Nossa jurisdição constitucional, porém, já prevê isso, ao impedir repetição de ação de controle concentrado já julgada ou mesmo ação rescisória nessas hipóteses.

Não se trata, porém, do caso em questão, onde é a primeira vez que o Plenário julgou abstratamente a questão.

Na presente hipótese, o que requerido pelo PGR confunde-se com o próprio mérito da ação, pois cada julgador poderá entender não ser o momento de alterar o posicionamento da Corte, em que pese seja necessário definir a questão com efeitos *erga omnes* e vinculantes.

Afasto, portanto, a preliminar.

Analiso o MÉRITO.

Promulgada a Constituição Federal, em 5 de outubro de 1988, a análise da compatibilidade da execução provisória de decisão penal condenatória proferida em 2ª instância com o princípio da presunção de inocência foi realizada pela primeira vez em 29 de março de 1989, pela Segunda Turma do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, no HC 67.245/MG, relatado pelo Min. ALDIR PASSARINHO, com a participação dos Ministros FRANCISCO REZEK, CARLOS MADEIRA e CÉLIO BORJA, que, por unanimidade, decidiram pela constitucionalidade da prisão, salientando os seguintes pontos:

ADC 44 / DF

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

Posteriormente, em 28 de junho de 1991, houve a primeira decisão do Plenário desta CORTE sobre a matéria, no HC 68.726/DF, relatado pelo Ministro NÉRI DA SILVEIRA. Novamente, por unanimidade – ausentes os Ministros CELSO DE MELLO e MARCO AURÉLIO –, o STF entendeu “*não conflitar com o art. 5º, inciso LVII, da Constituição*” a expedição de mandado de prisão para o início da execução provisória da pena:

“Mantida, por unanimidade, a sentença condenatória, contra a qual o réu apelara em liberdade, exauridas estão as instâncias ordinárias criminais, não sendo, assim, ilegal o mandado de prisão que o órgão julgador de segundo grau determina se expeça contra o réu.”

É importante ressaltar que, durante os 31 anos de vigência da Constituição, esse posicionamento – possibilidade de execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação – foi amplamente majoritário em 24 anos.

ADC 44 / DF

Tanto da promulgação da Constituição até a decisão proferida no HC 84.078, relatado pelo Ministro EROS GRAU, em 5 de fevereiro de 2009, como da decisão no HC 126.292, relatado pelo saudoso Ministro TEORI ZAVASCKI, em 17/02/2016, aos dias de hoje.

Somente no período compreendido entre 5 de fevereiro de 2009 e 17 de fevereiro de 2019, ou seja, durante sete anos, prevaleceu a tese contrária que exigia o trânsito em julgado.

Da mesma maneira, durante esses 31 anos de vigência da Constituição Federal, dos 34 (trinta e quatro) Ministros que atuaram na Corte, somente 9 (nove) Ministros se posicionaram contrariamente à possibilidade de execução provisória da pena após condenação em segunda instância. E, mesmo entre esses nove Ministros, quatro deles haviam, em posicionamento anterior, considerado constitucional a possibilidade de execução provisória. A grande maioria, vinte e dois, sempre defendeu a atual jurisprudência da CORTE (três Ministros não chegaram a se posicionar sobre o assunto: Rafael Mayer – aposentadoria em 14/5/89, Oscar Corrêa, aposentadoria em 17/1/89 e Carlos Madeira, aposentadoria em 1990).

A possibilidade de execução da pena após decisão de 2º grau, saliente-se, foi o pressuposto básico para a edição de duas Súmulas do Supremo Tribunal Federal editadas em sessão Plenária de 24/9/2003:

SÚMULA 716: Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

SÚMULA 717: Não impede a progressão de regime de execução da pena, fixada em sentença não transitada em julgado, o fato de o réu se encontrar em prisão especial.

Durante todos esses anos, 31 anos, as alterações de posicionamento do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL não produziram nenhum impacto significativo no sistema penitenciário nacional, mas, principalmente nos últimos anos, produziu uma grande evolução no efetivo combate à

ADC 44 / DF

corrupção no Brasil.

A interpretação constitucional, obviamente, não se pauta por estatísticas, porém, para a análise do caso concreto, esses números são essenciais para que possamos afirmar que não existe qualquer *ilegalidade* no ato do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA que aplicou em sua decisão não só o atual posicionamento do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, como também sua tradicional e majoritária posição, que vem prevalecendo em quase 80% do período de vigência da atual Constituição Federal e que foi adotado por 71% dos Ministros desta Casa, que atuaram nesse período.

A segurança jurídica é fator essencial e indispensável para o fortalecimento do ordenamento jurídico.

A possibilidade de início da execução da pena após decisão condenatória de 2º grau não desrespeita o princípio da presunção de inocência, que é uma presunção *juris tantum* e exige, para ser afastada, a existência de um mínimo necessário de provas produzidas por meio de um devido processo legal e que está prevista no art. 9º da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, promulgada em 26/8/1789 (“*Todo o acusado se presume inocente até ser declarado culpado*”).

A *presunção de inocência* condiciona toda condenação a uma atividade probatória produzida pela acusação e veda, taxativamente, a condenação, inexistindo as necessárias provas, devendo o Estado comprovar a culpabilidade do indivíduo, que é constitucionalmente presumido inocente, sob pena de voltarmos ao total arbítrio.

Trata-se de um dos princípios basilares do Estado de Direito como garantia processual penal, visando à tutela da liberdade pessoal e possui quatro básicas funções: (a) limitação à atividade legislativa; (b) critério condicionador das interpretações das normas vigentes; (c) critério de tratamento extraprocessual em todos os seus aspectos (inocente); (d) obrigatoriedade de o ônus da prova da prática de um fato delituoso ser sempre do acusador.

No direito brasileiro, a *presunção de inocência* é consagrada constitucionalmente pelo art. 5º, LVII, ao estabelecer que “*ninguém será*

ADC 44 / DF

considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória ". Com razão o eminente Ministro CELSO DE MELLO, Decano desta CORTE, quando alerta ser *"mais intensa, portanto, no modelo constitucional brasileiro, a proteção à presunção de inocência"* (voto no HC 126.292), em face da redação constitucional que se refere ao *"trânsito em julgado"*.

A condicionante constitucional ao *"trânsito em julgado"*, portanto, exige a análise de sua razão de existência, finalidade e extensão, para que seja possível, no exercício de interpretação constitucional, realizar a delimitação do âmbito normativo do inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal em face dos demais princípios constitucionais penais e processuais penais, em especial os da efetividade da tutela judicial, do juízo natural, do devido processo legal, ampla defesa e contraditório, estabelecidos nos incisos LIII, LIV, LV, LVI e LXI do referido artigo 5º.

A interligação e complementariedade entre todos esses princípios no exercício da persecução penal são ínsitas ao Estado democrático de Direito, uma vez que somente por meio de uma sequência de atos processuais, realizados perante a autoridade judicial competente, poder-se-á obter provas lícitas produzidas com a integral participação e controle da defesa pessoal e técnica do acusado, a fim de obter-se uma decisão condenatória, escrita e fundamentada, afastando-se, portanto, a presunção constitucional de inocência.

A interpretação constitucional deverá superar aparentes contradições entre os citados princípios por meio da adequação proporcional do âmbito de alcance de cada um deles, de maneira harmônica e que prestigie o esquema organizatório-funcional constitucionalmente estabelecido pelo legislador constituinte originário, garantindo-lhes a maior eficácia e aplicabilidade possível, pois, como salienta CANOTILHO, o intérprete deve:

"considerar a Constituição na sua globalidade e procurar harmonizar os espaços de tensão existentes entre as normas constitucionais a concretizar" (*Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 2. Ed. Coimbra: Almedina, 1998).

ADC 44 / DF

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL deverá, portanto, compatibilizar o texto da Constituição Federal a partir da interdependência e complementaridade dos citados princípios e regras, que não deverão, como nos lembra GARCIA DE ENTERRÍA, ser interpretados isoladamente, sob pena de desrespeito à vontade do legislador constituinte (*Reflexiones sobre la ley e los principios generales del derecho*. Madri: Civitas, 1996, p. 30), sendo impositivo e primordial guardar a coerência lógica dos dispositivos constitucionais, analisando-os com prudência, razoabilidade e coerência, de maneira a impedir que a eficácia de uns simplesmente anule a eficácia dos demais, negando-lhes efetividade.

A eficácia do *princípio do juiz natural* exigirá, sempre, que a decisão criminal condenatória tenha sido proferida em ambas as instâncias ordinárias por integrantes do Poder Judiciário, com todas as garantias institucionais e pessoais previstas na Constituição Federal, devendo ser interpretada em sua plenitude, de forma a não só proibir a criação de Tribunais ou juízos de exceção, como também exigir respeito absoluto às regras objetivas de determinação de competência, para que não seja afetada a independência e a imparcialidade do órgão julgador.

A eficácia do *princípio da tutela judicial efetiva* estará observada quando houver o estrito cumprimento pelos órgãos judiciários dos princípios processuais previstos no ordenamento jurídico, em especial o *devido processo legal*, o *contraditório* e a *ampla defesa*, incluído o direito a uma dupla instância de mérito em relação aos recursos existentes (*“direito de recorrer”*), visando a assegurar a justa e imparcial decisão final e sua eficácia, após duas análises diversas da matéria fática e jurídica.

A eficácia do *devido processo legal* estará configurada quando presente sua dupla proteção individual, tanto no âmbito material de proteção ao direito de liberdade – cuja supressão exige decisão judicial escrita e fundamentada da autoridade competente (CF, art. 5º, LXI) –, quanto no âmbito formal, ao assegurar ao réu paridade total de condições com o Estado-persecutor e plenitude de defesa, visando a impedir o arbítrio do Estado.

ADC 44 / DF

O *devido processo legal* tem como corolários a *ampla defesa* e o *contraditório*, que deverão ser assegurados a todos os litigantes. A eficácia do *princípio da ampla defesa* estará presente quando ao réu forem garantidas as condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade (direito à defesa técnica, à publicidade do processo, à citação, à produção ampla de provas, direito de ser processado e julgado pelo juiz competente, direito aos recursos previstos em lei, à decisão imutável, à revisão criminal) ou mesmo de calar-se, se entender necessário, enquanto a eficácia do *princípio do contraditório*, como exteriorização da ampla defesa, será respeitada quando houver a condução dialética do processo (*par conditio*), pois a todo ato produzido pela acusação caberá igual direito da defesa de opor-se-lhe ou de dar-lhe a versão que lhe convenha, ou, ainda, de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor da ação penal.

Por sua vez, a eficácia do inciso LVII do artigo 5º do texto constitucional – *princípio da presunção da inocência* – estará observada, em cada etapa processual, se as três exigências básicas decorrentes da razão da previsão constitucional da *presunção de inocência* tiverem sido observadas pelo Poder Judiciário: (1) o ônus da prova dos fatos constitutivos da pretensão penal pertencer com exclusividade à acusação, sem que se possa exigir a produção por parte da defesa de provas referentes a fatos negativos (*provas diabólicas*); (2) necessidade de colheita de provas ou de repetição de provas já obtidas, sempre perante o órgão judicial competente, mediante o devido processo legal, contraditório e ampla defesa; (3) absoluta independência funcional dos magistrados na valoração livre das provas, tanto em 1ª quanto em 2ª instância, por possuírem cognição plena.

Dessa maneira, respeitadas essas três exigências básicas, haverá eficácia nas finalidades pretendidas pela previsão constitucional da *presunção de inocência* no tocante à análise de mérito da culpabilidade do acusado, permitindo-se, conseqüentemente, a plena eficácia aos já citados *princípios da tutela judicial efetiva e do juízo natural*, com a possibilidade de as condenações criminais de mérito proferidas pelos Tribunais de 2º grau,

ADC 44 / DF

no exercício de suas competências jurisdicionais, serem respeitadas, sem o “congelamento de sua efetividade” pela existência de *competências recursais restritas e sem efeito suspensivo* do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, cuja atuação não possibilita a realização de novas análises probatórias e de mérito da questão penal, respectivamente, nos recursos especial e extraordinário, uma vez que essa competência jurisdicional foi constitucionalmente atribuída às instâncias ordinárias do Poder Judiciário, definidas como únicos juízos naturais com cognição fática e probatória ampla.

Ignorar a possibilidade de execução de decisão condenatória de segundo grau, escrita e fundamentada, mediante a observância do devido processo legal, ampla defesa e contraditório e com absoluto respeito as exigências básicas decorrentes do princípio da presunção de inocência perante o juízo natural de mérito do Poder Judiciário – que, repita-se, não é o Superior Tribunal de Justiça nem o Supremo Tribunal Federal –, seria atribuir eficácia zero ao *princípio da efetiva tutela jurisdicional*, em virtude de uma aplicação desproporcional e absoluta do *princípio da presunção de inocência*, que não estaria levando em conta na interpretação constitucional o *método da justeza ou conformidade funcional*, que aponta, como ensina VITAL MOREIRA, a necessidade de os órgãos encarregados da interpretação da norma constitucional não poderem chegar a uma posição que subverta, altere ou perturbe o esquema organizatório-funcional constitucionalmente estabelecido pelo legislador originário (*Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991, p. 134 ss).

O “*esquema organizatório-funcional*” estabelecido pelo legislador constituinte no tocante à persecução penal estatal garante aos juízes e tribunais de 2º grau a competência para analisar o conjunto probatório e decidir o mérito das causas penais, afastando a não culpabilidade do réu e impondo-lhe pena privativa de liberdade, pela presença do que o Ministro NÉRI DA SILVEIRA denominava de “*juízo de consistência*” (HC 72.366/SP).

As instâncias ordinárias não podem ser transformadas em meros juízos de passagem sem qualquer efetividade de suas decisões penais. A

ADC 44 / DF

decisão de segundo grau é fundamentada, analisando de forma muito mais ampla a materialidade e autoria que a decisão, por exemplo, que decretou a prisão temporária ou a prisão preventiva. Basta compararmos a decisão de eventual prisão preventiva com acórdão condenatório.

A decisão condenatória de 2º grau esgota a possibilidade legal de análise probatória e, formando o “juízo de consistência”, afasta a não culpabilidade do réu, impondo-lhe pena privativa de liberdade e, de maneira fundamentada com a remissão da Súmula do próprio Tribunal, determina o início da execução da pena imposta pelo último grau de jurisdição ordinária com cognição plena.

Essa análise do conjunto probatório não pode ser revista pelo Superior Tribunal de Justiça ou pelo Supremo Tribunal Federal, pois, em relação a essas Cortes, a competência constitucional é restrita, não permitindo nova análise da justiça ou injustiça da valoração probatória realizada pelos juízos ordinários competentes.

Esse mesmo “esquema organizatório-funcional” autoriza constitucionalmente a prisão por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente e reserva para eventuais abusos dos tribunais de segunda instância a possibilidade do ajuizamento de *Habeas Corpus* perante o Superior Tribunal de Justiça com recurso ordinário constitucional ao Supremo Tribunal Federal.

Exigir o trânsito em julgado ou decisão final do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal para iniciar a execução da pena aplicada após a análise de mérito da dupla instância judicial constitucionalmente escolhida como juízo natural criminal seria subverter a lógica de harmonização dos diversos princípios constitucionais penais e processuais penais e negar eficácia aos diversos dispositivos já citados em benefício da aplicação absoluta e desproporcional de um único inciso do artigo 5º, com patente prejuízo ao princípio da tutela judicial efetiva.

A *tutela judicial efetiva*, com efeito, exige o início da execução provisória da pena como marco interruptivo da prescrição penal, de maneira a impedir a inefetividade da jurisdição penal em face da ocorrência de grandes lapsos temporais entre a sentença ou acórdão

ADC 44 / DF

condenatório e eventual início do cumprimento da pena após o trânsito em julgado, postergado pela demora nos julgamentos dos recursos especiais e extraordinários.

Trata-se do mesmo entendimento nos ordenamentos jurídicos do Direito Comparado, que, no máximo, exigem para iniciar o cumprimento da pena a efetivação do duplo grau de jurisdição, conforme detalhadamente destacado no brilhante voto do saudoso Ministro TEORI ZAVASCKI (HC 126.292).

Da mesma maneira, não há nenhuma exigência normativa, seja na Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de *San Jose* da Costa Rica), seja na Convenção Europeia dos Direitos do Homem que condicione o início do cumprimento da pena ao trânsito em julgado da sentença condenatória. Ambas – respectivamente artigo 8.2 e 6º, 2 – consagram o *princípio da presunção de inocência* até o momento em que a culpabilidade do acusado for legalmente comprovada, respeitados os demais princípios e garantias penais e processuais penais já analisados.

Conforme apontam JOSÉ RIBAS VIEIRA e RANIERI LIMA RESENDE, em detalhado artigo denominado “*Execução provisória da pena: Causa para a Corte Interamericana de Direitos Humanos?*”, que, inclusive, analisa importantes precedentes relacionados a presente hipótese (casos *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, 2004; *Ricardo Canese vs. Paraguay*, 2004; *Rosendo Cantú y outra vs. México*, 2011; *Mohamed vs. Argentina*, 2012):

“Identifica-se com clareza a validade convencional da decisão condenatória criminal, desde que atendidos os pressupostos do devido processo legal e disponibilizado ao condenado um recurso de natureza ordinária dirigido à instância que lhe seja superior. Entretanto, cumpre registrar que não se identificou na Convenção Americana sobre Direitos Humanos um dispositivo normativo específico que condicione o cumprimento da condenação penal ao trânsito em julgado da causa. Do mesmo modo, não se logrou êxito em localizar precedente do Tribunal Interamericano a defender tal linha interpretativa”.

ADC 44 / DF

As exigências decorrentes da previsão constitucional do *princípio da presunção de inocência* não são desrespeitadas mediante a possibilidade de execução provisória da pena privativa de liberdade, quando a decisão condenatória observar todos os demais princípios constitucionais interligados, ou seja, quando o juízo de culpabilidade do acusado tiver sido firmado com absoluta independência pelo juízo natural, a partir da valoração de provas obtidas mediante o devido processo legal, contraditório e ampla defesa em dupla instância e a condenação criminal tiver sido imposta, em decisão colegiada, devidamente motivada, de Tribunal de 2º grau, com o consequente esgotamento legal da possibilidade recursal de cognição plena e da análise fática, probatória e jurídica integral em respeito ao princípio da tutela penal efetiva.

Esse posicionamento não retira a eficácia da previsão constitucional do inciso LVII do artigo 5º, que sob sua importante perspectiva processual (voto da Min. ELLEN GRACIE no HC 84.078) manterá sua incidência em relação aos demais efeitos da condenação criminal que deverão aguardar os julgamentos dos recursos especiais e extraordinários, com respectivo trânsito em julgado: efeitos extrapenais (indenização do dano), perda do cargo ou função pública, perda da primariedade e possibilidade de reincidência e aumento do prazo prescricional no caso do cometimento de nova infração penal, por exemplo.

Em conclusão, a possibilidade de execução de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou a recurso extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal.

Diante do exposto, julgo PARCIALMENTE PROCEDENTE as ADCs 43, 44 e 54, no sentido de conceder INTERPRETAÇÃO CONFORME à CONSTITUIÇÃO FEDERAL ao artigo 283 do CPP, de maneira a se admitir o início da execução da pena, seja privativa de liberdade, seja restritiva de direitos, após decisão condenatória proferida por Tribunal de 2º grau de jurisdição.

23/10/2019

PLENÁRIO

AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE 44 DISTRITO FEDERAL**V O T O ADC 43, 44 e 54**

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN: Novamente o Tribunal está a se debruçar sobre o conteúdo normativo, único na experiência constitucional brasileira e na comparada, contido no art. 5º, LVII, da CRFB: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

1) Dissenso constitucional e papel do direito penal na tutela de direitos fundamentais

Retomo minha compreensão desenvolvida quando do julgamento da medida cautelar, em outubro de 2016, em que iniciei pontuando justamente o difícil compromisso normativo estabelecido pela Constituição, como se sabe, produzida num democrático ambiente de dissensos, o que nos legou um texto eclético, onde coabitam concepções ideológicas, avanços civilizatórios e desafios hermenêuticos. Do mesmo modo, esta Corte reflete este dissenso, cabendo-lhe conformar a pluralidade e a alteridade, que reside inclusive em nós mesmos, em busca do sentido da Constituição e da pacificação em sua interpretação controvertida.

Quanto a esse dissenso, no âmbito da política criminal, há aqueles que veem nos aparelhos repressores do Estado a panaceia para qualquer infração à lei, cuja solução é a violência estatal própria da prisão, e aqueles que pregam, por pior que seja o crime cometido, a extinção da pena privativa de liberdade, representativa de uma violência que julgam sempre irracional, desnecessária e ineficaz. Todos buscam guarida no texto constitucional: seja a imposição do rigor criminal, seja a exaltação mais completa da tutela da liberdade.

ADC 44 / DF

Entre os extremos, não se pode, de qualquer forma, como preconizado pelo eminente Ministro Eros Roberto Grau em obra doutrinária, perder de vista que *“não se interpreta o direito em tiras, aos pedaços.//A interpretação de qualquer texto de direito impõe ao intérprete, em qualquer circunstância, o caminhar pelo percurso que se projeta a partir dele – do texto – até a Constituição. (...) // A interpretação do direito – lembre-se – desenrola-se no âmbito de três distintos contextos: o linguístico, o sistêmico e o funcional [Wróblewski 1985:38 e ss.]. No contexto linguístico é discernida a semântica dos enunciados normativos. Mas o significado normativo de cada texto somente é detectável no momento em que se o toma como inserido no contexto do sistema, para após afirmar-se, plenamente, no contexto funcional.”* (GRAU, Eros Roberto. **Porque tenho medo dos juízes – a interpretação/aplicação do direito e os princípios**. 7 ed. São Paulo : Malheiros. 2016. p. 86).

Nessa linha, repiso minha concepção sobre a tutela dos direitos fundamentais, proteção que o Estado também provê pela via do direito penal. Tal como decidido por esta Corte na ADO n.º 26 (j. 13.06.2019), há mandados de criminalização na própria Constituição.

Todos nos irmanamos na utopia de que um dia viveremos numa sociedade livre de toda e qualquer violência, até mesmo da violência institucional representada pela pena privativa de liberdade. A Constituição, porém, quer se queira ou não à luz das concepções que cada um sustenta, escolheu o direito penal como um de seus instrumentos de proteção de direitos fundamentais, havendo inúmeros dispositivos constitucionais que o invocam expressamente, sendo exemplos os seus arts. 5º, incisos XLI, XLII, XLIII e XLIV (impondo expressamente punição à qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais, ao racismo, tortura, tráfico de drogas, terrorismo, crimes hediondos, ação de grupos armados), assim como o art. 7º, X (necessária tipificação da retenção dolosa do salário dos trabalhadores) e o art. 225, § 3º (tipificação de condutas lesivas ao meio ambiente).

Esta Suprema Corte, por mais de uma vez, invocou o princípio da proteção deficiente para declarar a inconstitucionalidade de normas que,

ADC 44 / DF

de alguma forma, embaraçavam a proteção penal a interesses fundamentais previstos na Constituição: *Habeas Corpus* 123.971, Relator Min. Teori Zavascki, para entender como incondicionada a ação penal no caso de crime de estupro praticado contra criança ou adolescente; RE 418.376/MS, rel. Ministro Gilmar Mendes.

Não se olvide, ademais, que a República Federativa do Brasil tem sido questionada em organismos internacionais de tutela dos direitos humanos em razão da ineficiência do seu sistema de proteção penal a direitos humanos básicos. Estão todos descritos no voto da Medida Cautelar, de modo que apenas lhes referencio novamente: caso Maria da Penha, caso Sétimo Garibaldi, caso Ximenes Lopes, caso dos Meninos Emasculados do Maranhão.

Trouxe - novamente - essa digressão para rechaçar a insistente pecha de que esta Suprema Corte, desde o julgamento do *Habeas Corpus* 126.292/SP, em fevereiro de 2016, vem sucumbindo aos anseios de uma criticável “sociedade punitivista” ou apenas a preocupações fundadas na baixa eficácia do sistema punitivo quanto à denominada criminalidade do “colarinho branco”, comprimindo direitos humanos num “ambiente de histeria”

Essas não foram e não são a essência desse entendimento. Trata-se, na realidade, de compreender o direito penal também como instrumento de tutela de direitos humanos.

Estou convicto que o enfrentamento do crime, qualquer que seja, se faz dentro das balizas constitucionais. Cabe ao Poder Judiciário assegurar que os órgãos de persecução comportem-se de acordo com a Constituição e as leis. Abuso de poder, especialmente do Poder Judiciário, cumpre coibir onde e quando houver. Digo isso, porque não soa adequada a decisão desta Corte que valha apenas para uma determinada modalidade de crime, como se chega a sugerir.

A interpretação do princípio da presunção de inocência deve ser uniforme a todos os cidadãos, qualquer que tenha sido o crime que cometeram ou estejam sendo acusados de cometer. Dito isso, convém rememorar, ainda que de forma breve como tenho feito em decisões em

ADC 44 / DF

Habeas Corpus (HC 165.139), a narrativa da discussão da questão no âmbito desta Corte, por dever de coerência e integridade.

2) Narrativa da questão no STF

A jurisprudência tradicional da Corte admitia a execução da pena após a condenação em segunda instância. Como bem explicitado pelo saudoso Min. Teori Zavascki (HC 126292, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016), com citação, na ocasião, de diversos precedentes, *“a possibilidade da execução provisória da pena privativa de liberdade era orientação que prevalecia na jurisprudência do STF, mesmo na vigência da Constituição Federal de 1988.”* Em suma, segundo Sua Excelência, já naquele contexto, o *“princípio da presunção de inocência não inibia a execução provisória da pena imposta, ainda que pendente o julgamento de recurso especial ou extraordinário.”*

Essa interpretação da Constituição vigorava e *stare decisis et non quieta movere*.

A pretensa guinada jurisprudencial acerca da matéria operou-se pelo Plenário no HC 84078/MG (Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 05/02/2009), oportunidade em que o Supremo Tribunal Federal afirmou a impossibilidade de deflagração da execução penal na pendência de recursos excepcionais, aplicando uma interpretação restritiva ao artigo 105 da Lei de Execuções Penais (Lei n.º 7.210/1984).

As decisões tomadas pela Corte têm, porém, uma mera pretensão de última palavra e se submetem a um diálogo interno e externo pós-decisional com novos textos e contextos.

Foi assim que, num diálogo externo, ocorreu a alteração do art. 283 do Código de Processo Penal, o qual, por força da lei n. 12.403/2011, teve a sua redação alterada nos seguintes termos: *“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.”*

ADC 44 / DF

No entanto, apesar do debate intenso que fundou a decisão do HC 84.078/MG e da alteração do texto legal que lhe seguiu – que, a rigor, pouco difere do art. 105 da LEP-, a questão não parece ter sido decidida com a força – e a resignação – que natural ou impositivamente decorre de um efetivo precedente.

No âmbito da doutrina tradicional de precedentes, há técnicas específicas que indicam justamente a falta de efeito persuasivo de certas decisões, que demandarão, senão uma certa flexibilização em algumas hipóteses (e a necessária “distinção”), a sua “superação”, que, no entanto, costuma vir “sinalizada”. Tudo isso necessariamente acompanhado de um forte ônus argumentativo.

É assim que várias decisões e manifestações posteriores a 2009, e mesmo a 2011, já vinham renunciando a necessidade de restaurar a compreensão anterior, antes mesmo de qualquer situação decorrente dos acontecimentos mais recentes ligados à corrupção e lavagem de dinheiro, como já citei no voto da medida cautelar, reiterando, a título de exemplo, a manifestação doutrinária do Min. Gilmar Mendes, defendendo a tese segundo a qual *“os recursos extraordinários têm sua fundamentação vinculada a questões federais (recurso especial) e constitucionais (recurso extraordinário) e, por força da lei (art. 673 do CPP) e mesmo da tradição, não têm efeito suspensivo. A análise das questões federais e constitucionais em recursos extraordinários, ainda que decorra da provocação da parte recorrente, serve preponderantemente não ao interesse do postulante, mas ao interesse coletivo no desenvolvimento e aperfeiçoamento da jurisprudência. (...) Nesse estágio, é compatível com a presunção de não culpabilidade determinar o cumprimento das penas, ainda que pendentes recursos”*. (MENDES, Gilmar Ferreira. **A presunção de não culpabilidade**. In Marco Aurélio Mello – Ciência. Ribeirão Preto : Migalhas, 2015, pp. 39-40).

Assim, esta Suprema Corte retomou um entendimento que vigorou desde a promulgação da Constituição em 1988 até 2009, por quase vinte e um anos portanto, segundo o qual o efeito meramente devolutivo dos recursos especial e extraordinário não colide com o princípio constitucional da presunção de inocência, previsto no artigo 5º, inciso

ADC 44 / DF

LVII, da Constituição Federal. Foram mais de duas décadas em que vigorou essa compreensão sob a égide da mesma CRFB, tempo no qual as portas do STF, para proteger a liberdade, jamais se fecharam por esse motivo.

Desse modo, em fevereiro de 2016, ao julgar o *Habeas Corpus* 126.292/SP, reasentou a tese segundo a qual “A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal.”

Referido pronunciamento foi atacado por meio de embargos de declaração. Em sede de aclaratórios, além do pedido de modulação de efeitos, também se alegava omissão quanto à incidência do art. 283, CPP. O recurso, contudo, foi rejeitado por maioria, vencido o eminente decano, Min. Celso de Mello (HC 126292 ED, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 02/09/2016).

Em seguida, o Tribunal Pleno, em 05/10/2016, indeferiu as medidas cautelares requeridas nestas ADCs 43 e 44, ações nas quais os fundamentos decisórios explicitados no HC 126.292 eram impugnados sob a premissa da higidez constitucional do art. 283, CPP.

Selando a consolidação do tema, a Corte, sob a sistemática da repercussão geral, reafirmou a jurisprudência (Tema 925), nos seguintes termos:

“CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). ACÓRDÃO PENAL CONDENATÓRIO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. JURISPRUDÊNCIA REAFIRMADA. 1. Em regime de repercussão geral, fica reafirmada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não

ADC 44 / DF

compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal. 2. Recurso extraordinário a que se nega provimento, com o reconhecimento da repercussão geral do tema e a reafirmação da jurisprudência sobre a matéria.” (ARE 964246 RG, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, julgado em 10/11/2016, grifei)

Em seguida, o Plenário voltou a debruçar-se sobre o tema (HC 152.752/PR), salientando, por maioria de votos, que não se qualifica como configurador de constrangimento ilegal o ato judicial que, ao se alinhar aos precedentes da Suprema Corte, chancela a deflagração da execução provisória da pena:

Ementa: HABEAS CORPUS. MATÉRIA CRIMINAL. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL. COGNOSCIBILIDADE. ATO REPUTADO COATOR COMPATÍVEL COM A JURISPRUDÊNCIA DO STF. ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER. INOCORRÊNCIA. ALEGADO CARÁTER NÃO VINCULANTE DOS PRECEDENTES DESTA CORTE. IRRELEVÂNCIA. DEFLAGRAÇÃO DA ETAPA EXECUTIVA. FUNDAMENTAÇÃO ESPECÍFICA. DESNECESSIDADE. PEDIDO EXPRESSO DA ACUSAÇÃO. DISPENSABILIDADE. PLAUSIBILIDADE DE TESES VEICULADAS EM FUTURO RECURSO EXCEPCIONAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ORDEM DENEGADA. 1. Por maioria de votos, o Tribunal Pleno assentou que é admissível, no âmbito desta Suprema Corte, impetração originária substitutiva de recurso ordinário constitucional. 2. O habeas corpus destina-se, por expressa injunção constitucional (art. 5º, LXVIII), à tutela da liberdade de locomoção, desde que objeto de ameaça concreta, ou efetiva coação, fruto de ilegalidade ou abuso de poder. 3. **Não se qualifica como ilegal ou abusivo o ato cujo conteúdo é compatível com a compreensão do Supremo Tribunal Federal,**

ADC 44 / DF

sobretudo quando se trata de jurisprudência dominante ao tempo em que proferida a decisão impugnada. 4. Independentemente do caráter vinculante ou não dos precedentes, emanados desta Suprema Corte, que admitem a execução provisória da pena, não configura constrangimento ilegal a decisão que se alinha a esse posicionamento, forte no necessário comprometimento do Estado-Juiz, decorrente de um sistema de precedentes, voltado a conferir cognoscibilidade, estabilidade e uniformidade à jurisprudência. 5. **O implemento da execução provisória da pena atua como desdobramento natural da perfectibilização da condenação sedimentada na seara das instâncias ordinárias e do cabimento, em tese, tão somente de recursos despidos de automática eficácia suspensiva, sendo que, assim como ocorre na deflagração da execução definitiva, não se exige motivação particularizada ou de índole cautelar.** 6. **A execução penal é regida por critérios de oficialidade (art. 195, Lei n. 7.210/84), de modo que sua inauguração não desafia pedido expresso da acusação.** 7. Não configura reforma prejudicial a determinação de início do cumprimento da pena, mesmo se existente comando sentencial anterior que assegure ao acusado, genericamente, o direito de recorrer em liberdade. 8. Descabe ao Supremo Tribunal Federal, para fins de excepcional suspensão dos efeitos de condenação assentada em segundo grau, avaliar, antes do exame pelos órgãos jurisdicionais antecedentes, a plausibilidade das teses arguidas em sede de recursos excepcionais. 9. Ordem denegada.

(HC 152752, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 04/04/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-127 DIVULG 26-06-2018 PUBLIC 27-06-2018, grifei)

A questão volta agora para o julgamento do mérito da Ações Declaratórias de Constitucionalidade, ganhando, pois, a relevância, a abrangência e a legitimidade que o diálogo nelas promovido confere.

Dito isso, reitero as minhas manifestações anteriores seja nestas ADCs, seja nos votos dos HCs, no sentido de que a interpretação do art.

ADC 44 / DF

283 do CPP à luz da Constituição – e, logo, não a interpretação da Constituição à luz do CPP – sustenta a tese de que “a execução de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal.”

Passo, então, a explicitar o que considero o efetivo conteúdo constitucional desse princípio.

3) Conteúdo constitucional do princípio: texto, sim, plurívoco

A Constituição Federal estabelece no inciso LVII do art. 5º que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”.

A primeira referência ao termo aparece na Emenda Modificativa 1P11998-7, apresentada pelo então constituinte José Ignácio Ferreira ao Plenário da Constituinte de 1988. O objetivo, segundo aduzia o parlamentar, era o de “caracterizar mais tecnicamente a denominada “presunção de inocência”, expressão doutrinariamente criticável, mantida inteiramente a garantia do atual dispositivo”. Com efeito, o texto por ele proposto substituiria a anterior referência à “presunção de inocência.

A mudança de redação, que acabou fazendo parte do texto final da Constituição, refletiu, assim, o disposto na Constituição da Itália, segundo a qual “*l'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva*”, conforme a letra do art. 27.

A opção italiana, por sua vez, reflete longa tradição naquele país. Como relata Helio Tornaghi, já quando da elaboração do Código italiano de 1913, houve um debate sobre o alcance que se deveria dar à garantia da presunção de inocência. Um dos senadores, Mortara, defendeu que:

“O verdadeiro conceito que se deve aceitar e defender é este: ninguém pode ser tido por culpado enquanto não condenado por sentença irrevogável; por essa razão o acusado, durante o processo, deve gozar de todas as garantias da

ADC 44 / DF

liberdade de plena e completa defesa; não deve ser oprimido (*angariato*, submetido a vexames), torturado, submetido a tormentos morais, para se lhe extorquir a confissão; não deve ser impedido de fazer valer todas as provas necessárias a fim de demonstrar a insubsistência das acusações que lhe são feitas; essas lhe devem ser manifestadas com exatidão e solicitude; da mesma forma, deve ele conhecer as provas em seu desfavor; também sua liberdade pessoal deve ser limitada o mínimo possível, ou seja, apenas na medida estritamente necessária para que a justiça não seja defraudada em seus legítimos intentos e jamais com a finalidade ou com o efeito de impedir o acusado de provar, se puder, a própria inocência. Essas são verdades dogmáticas que nenhum jurista pode pôr em dúvida; mas uma coisa é afirmar que não se deve tratar o acusado como culpado e outra é dizer que lhe deve presumir a inocência. É evidente o exagero da segunda fórmula, na qual se subverte o conceito da primeira”.

(FRANCHI, Bruno, *Nuovo Codice di Procedura Penale*, p. 179180, apud. TORNAGHI, Helio, *Instituições de Processo Penal*, 3º Volume, 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 1978, p. 189).

Ecoando essa linha de preocupações, o próprio Helio Tornaghi afirmava ser o “caminho certo” falar-se de culpabilidade e não de inocência:

“Para resguardar o réu contra a prepotência ou o rigor demasiado, o caminho certo não é o de presumir-se a inocência em todos os casos, sempre, haja o que houver; mas o de considerá-lo sujeito de uma relação jurídica, com direitos subjetivos que lhe permitam defender-se amplamente e exigir do Estado o devido tratamento.

(...)

Na verdade não é preciso tomar como ponto de partida a presunção de que o réu é inocente; basta admitir que ele pode ser ou, pelo menos, pode ser menos culpado do que se supõe ou de que diz o acusador e deve ser resguardado contra o excesso

ADC 44 / DF

injusto”.

(TORNAGHI, Helio, Instituições de Processo Penal, 3º Volume, 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 1978, p. 188-189).

Segundo a linha de raciocínio indicada por Tornaghi, há uma nítida diferença entre a presunção de inocência e a de não-culpabilidade: o princípio da presunção de inocência não serve para justificar, por exemplo, o ônus da prova nos casos em que se invocam as excludentes de ilicitude. Levado às últimas consequências, ao se admitir um princípio da inocência, caberia à acusação demonstrar que não houve legítima defesa ou estado de necessidade. Essa argumentação, que visa a afastar as críticas no emprego da expressão “presunção de inocência”, é indício da proximidade que os conceitos de presunção de inocência e não culpabilidade têm no texto constitucional brasileiro.

É possível que seja à luz dessa crítica que a alteração do texto constitucional, na opção pelo sintagma “culpado”, tenha sido formulada. Afinal, era essa a controvérsia e a crítica que uma parcela relevante da dogmática penal fazia ao chamado “princípio da presunção de inocência”. Noutras palavras, se o inciso LVII for interpretado a partir do que pensaram à época os constituintes, o sentido de “culpado” não era sinônimo de “prisão”, mas o de **indicar apenas que a presunção de inocência não exigiria da acusação a prova negativa de que o réu não tinha excludente de ilicitude.**

A interpretação originalista desse dispositivo não tem, porém, o condão de afastar a obrigação do intérprete de examiná-lo à luz do atual contexto constitucional e, bem assim, da natureza emancipatória das próprias normas contidas no texto. Serve, porém, para indicar que é precisamente no conceito de “culpado” que está a chave de interpretação da norma.

E é natural que o seja.

Em clássico artigo que serviu de base para a reforma da parte geral do Código Penal, Francisco de Assis Toledo observava que “o mais importante instrumento de “descriminalização” indireta, de que se têm valido os penalistas através dos tempos, é sem dúvida a manipulação do

ADC 44 / DF

conceito de culpabilidade” (TOLEDO, Francisco de Assis. Culpabilidade e a Problemática do Erro Jurídico-Penal. Revista dos Tribunais, Ano 67, Novembro 1978, Volume 517, p. 251).

Um exemplo dessa “manipulação” seria exatamente o atual art. 19 do Código Penal que passou a exigir ao menos culpa para os resultados que agravam especialmente a pena. Culpabilidade, nesse contexto, seria o que o saudoso Ministro Francisco de Assis Toledo definiu como sendo “a ideia de punição do agente só pelo fato-crime que lhe possa ser imputado e que lhe possa ser censurado” (*ibid.*).

Como se observa dessas considerações, o princípio da culpabilidade é utilizado como verdadeira fonte de controle da política criminal, rechaçando qualquer modalidade de responsabilidade penal objetiva. De acordo com essa acepção, não há identidade entre presunção de não-culpabilidade e presunção de inocência, porquanto é possível que haja ofensa à culpabilidade – como, por exemplo, na responsabilização independentemente de culpa pelo resultado que agrava o dano – sem que haja qualquer violação da presunção de inocência. Dito de outra forma, por meio da ampliação do conceito de culpabilidade, é possível defender a descriminalização de algumas condutas, como, *v.g.*, a alegação de inconstitucionalidade dos crimes preterdolosos sustentada pelo Prof. Juarez Cirino do Santos. Assim, as presunções de fato que deixem de perquirir a culpa do agente seriam incompatíveis com essa leitura do princípio previsto no inciso LVII.

Essa acepção do termo “culpabilidade” parece incongruente com o restante do texto contido no inciso art. 5º, LVII, da CRFB. O sintagma “trânsito em julgado de sentença penal” designa, nitidamente, um momento processual. No entanto, seria incorreto afirmar que uma sentença penal transitada em julgado que estabeleça a responsabilidade objetiva do agente possa convalidar a ausência de culpa na legislação ou na apreciação judicial. Em outras palavras, o princípio da culpabilidade nessa acepção não tem prazo e sequer poderia ser suplantado por legislação superveniente, porquanto cláusula pétrea.

Essas considerações materiais sobre o alcance do inciso LVII estão a

ADC 44 / DF

indicar a plurissignificação do conceito de “culpado” nele contido. Há, com efeito, dois possíveis sentidos para o mesmo inciso: o primeiro é formal e o equipara ao que na experiência comparada e de tribunais de direitos humanos é conhecido como presunção de inocência; o segundo, material, só admite a punição do agente cuja conduta for considerada reprovável. Inexiste, assim, uma literalidade, um sentido unívoco da palavra “culpado”.

Sem embargo, **em nenhuma dessas interpretações é necessária a conclusão a que chegam os requerentes de que o disposto nesse inciso está a indicar que “ninguém será preso até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.**

Foi sobre a perspectiva de um princípio de presunção de inocência que este Tribunal, ao examinar nas primeiras vezes o alcance do art. 5º, LVII, da CRFB, entendia, como visto, ser possível a prisão do agente na pendência de recursos que não tinham efeito suspensivo. Foi nesse sentido, por exemplo, a manifestação do Min. Carlos Velloso, quando do julgamento do HC 67.841, Rel. Min. Aldir Passarinho, DJ 05.04.1991:

“O que deve ser entendido é que esse princípio [da não-culpabilidade] não desautoriza as diversas espécies de prisão processual, a prisão instituída em lei para o fim de fazer cumprida, por exemplo, a lei processual, ou para fazer vingar a ação penal.”

O mesmo relator, Min. Aldir Passarinho, afirmou, em outro voto, o seguinte:

“O dispositivo no item LVII, do art. 5º da Carta Política de 1988, ao declarar que “ninguém será considerado culpado até o réu o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” não significa que o réu condenado não possa ser recolhido à prisão, antes daquela fase, salvo nos casos em que a legislação ordinária expressamente lhe assegura a liberdade provisória, o que decorre do disposto em outros preceitos da Carta Magna,

ADC 44 / DF

tais como itens LIV, LXI e LXVI, do mesmo artigo 5º.”

(HC 68037, Relator(a): Min. ALDIR PASSARINHO, Segunda Turma, julgado em 10/05/1990, DJ 21-05-1993 PP-09766 EMENT VOL-01704-02 PP-00299 RTJ VOL-00148-03 PP-00729).

Quanto ao efeito prático que o inciso imporia, os precedentes acolhiam o parecer do Ministério Público Federal, da lavra do Subprocurador Mardem da Costa Pinto, segundo o qual:

“O que o constituinte pretendeu, com a disposição do inciso LVII, do art. 5º, da Constituição Federal, não foi impedir a prisão antes de sentença penal condenatória com trânsito em julgado, já que fez a ressalva admitindo a prisão processual (art. 5º, inciso LXI), mas evitar que se mencionasse o processo ou a condenação não transitada em julgado em certidão de antecedentes criminais, diante da possibilidade de eventual e futura absolvição, garantia, aliás, que já estava assegurada em legislação infraconstitucional, mas exclusivamente em face de inquéritos policiais e se inexistisse condenação anterior (art. 20, parágrafo único do CPP)”.

Seguindo essa mesma ordem de ideias, em precedente proferido pouco tempo depois, o Plenário do Tribunal julgou não-recepcionada a previsão de inscrição do réu pronunciado no rol dos culpados, conforme antiga previsão do Código de Processo Penal:

“O lançamento do nome do acusado no rol dos culpados viola o princípio constitucional que, proclamado pelo art. 5., inciso LVII, da Carta Política, consagra, em nosso sistema jurídico, a presunção "juris tantum" de não-culpabilidade daqueles que figurem como réus nos processos penais condenatórios. A norma inscrita no art. 408, PAR. 1., do CPP - que autoriza o juiz, quando da prolação da sentença de pronuncia, a ordenar o lançamento do nome do réu no rol dos culpados - esta derogada em face da superveniência de

ADC 44 / DF

preceito constitucional com ela materialmente incompatível (CF, art. 5., LVII). A expressão legal "rol dos culpados" não tem sentido polissêmico. Há, pois, de ser entendida como locução designativa da relação de pessoas já definitivamente condenadas. - A jurisprudência do STF tem reiteradamente proclamado a legitimidade jurídico-constitucional da prisão cautelar que, não obstante a presunção "*juris tantum*" de não-culpabilidade dos réus, PODE validamente incidir sobre o seu "*status libertatis*". Com a pronuncia do réu, que havia anteriormente sofrido decreto de prisão preventiva, torna-se legítima - desde que subsistentes os motivos dessa custódia - a manutenção de sua prisão cautelar, ainda que se trate de acusado primário e de bons antecedentes. - Reveste-se de plena validade jurídico-processual a sentença de pronuncia que, atendendo aos requisitos do art. 408 e do art. 416 do CPP, especifica "todas as circunstancias qualificativas do crime".

(HC 69696, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 18/12/1992, DJ 01-10-1993 PP-20213 EMENT VOL-01719-02 PP-00187).

Esse entendimento não só era acompanhado à quase unanimidade na Corte, ressalvado o posicionamento dos Ministros Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence que reconheciam, no disposto no art. 5º, LVII, a exigência de que a ordem de prisão não transitada em julgado fosse fundamentada na cautelaridade, como também perdurou, como visto, até o julgamento do HC 84.078, pelo Plenário.

Fundamental para a alteração da posição original da Corte foram os precedentes que reconheceram a constitucionalidade do art. 147 da Lei de Execuções Penais e que julgaram constitucionais as previsões contidas na lei de inelegibilidades (ADPF 144, Rel. Min. Celso de Mello, Pleno, DJe 25.02.2010). Símbolo da consolidação desse entendimento, é o voto do Ministro Celso de Mello no HC 84.078, Rel. Min. Eros Grau, DJe 25.02.2010, em que a extensão do inciso LVII foi definida de modo a contemplar, até o trânsito em julgado, que: (i) o ônus da prova incumbe a quem acusa; (ii) os agentes do Estado devem abster-se de tratar o réu e o

ADC 44 / DF

acusado como se culpados fossem; (iii) a presunção não se esvazia à medida que sucedem os graus de jurisdição; (iv) a existência de processos em curso não pode ser utilizada para agravar a pena; (v) não se pode suspender direitos políticos.

É evidente que, nessa acepção, o conceito de não-culpabilidade é coincidente com o que, na experiência dos Tribunais de Direitos Humanos, convencionou-se chamar de “presunção de inocência”. A presunção de direito é garantida nos seguintes termos pelos tratados internacionais:

Pacto de São José da Costa Rica

“Artigo 8. Garantias judiciais

(...)

2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. (...).”

Convenção Europeia de Direitos Humanos

“Artigo 6º. Direito a um processo equitativo.

(...)

2. Qualquer pessoa acusada de uma infração presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada.”

Pacto Internacional de Direito Civis e Políticos

“Artigo 14

(...)

2. Toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa.”

A proximidade dos textos está a indicar a possibilidade de que as interpretações a ele dadas sejam utilizadas para fixar o alcance do princípio. Nesse sentido, há diversos precedentes dos órgãos responsáveis pela interpretação desses tratados. O Comitê de Direitos

ADC 44 / DF

Humanos, por exemplo, em seu Comentário Geral n. 32 (CCPR/C/GC32) afirmou que:

“A presunção de inocência, que é fundamental para a proteção dos direitos humanos, impõe à promotoria o ônus de provar a acusação, garante que nenhuma culpa pode ser presumida até que a acusação seja provada para além de uma dúvida razoável, garante que o acusado tem o benefício da dúvida e exige que as pessoas acusadas de um ato criminal devam ser tratadas de acordo com esse princípio. É um dever de todas as autoridades públicas evitar previsões sobre o resultado do julgamento, abstando-se de, v.g., de fazer comentários públicos afirmando a culpa de um acusado. Os réus não devem, como regra, estar acorrentados ou enjaulados durante os julgamentos ou de outra forma apresentados como se eles fossem criminosos perigosos. A mídia deve evitar a cobertura jornalística que enfraqueça a presunção de inocência. Além disso, a duração detenção provisória jamais poderá indicar a culpa ou o seu grau”.

A Corte Interamericana, por sua vez, reconhece que o direito à presunção de inocência engloba: (i) o direito de ser considerado culpado apenas quando houver prova plena e suficiente da responsabilidade penal (Caso Cantoral Benevides v. Peru, Sentença de 18.08.2000); (ii) o direito de não ser condenado informalmente pelo Estado ou por pessoa que emita juízo perante a sociedade contribuindo para a formação de uma opinião pública (Caso Lori berenson Mejía v. Peru, Sentença de 25.11.2004); (iii) a apreciação da prova deve ser racional, objetiva e imparcial (Caso Zagarra Marín v. Peru, Sentença de 15.02.2017); (iv) o caráter cautelar não punitivo da prisão preventiva que deve ser decretada nos limites estritamente necessários para assegurar o desenvolvimento normal do processo (Caso Suárez Rosero v. Equador, Sentença de 12.11.1997), sendo certo que a duração prolongada da prisão configura violação do direito à presunção de inocência (Caso Bayarri v. Argentina, Sentença de 30.10.2008); (v) a obrigatoriedade de tratar o acusado como

ADC 44 / DF

sujeito do processo, aplicando-se-lhe todas as garantias do devido processo legal (Caso Ruano Torres e outros v. El Salvador, Sentença de 05.10.2015); (vi) o direito a ter um defensor dativo (Caso Acosta e outros v. Nicarágua, Sentença de 25.03.2017); (vii) e o entendimento segundo o qual o direito de defesa perdura até o fim do processo, o que inclui, no entender da Corte, a execução da pena (Caso Barreto Leiva v. Venezuela, Sentença de 17.11.2009).

A partir das razões de decidir dos precedentes citados pela Corte Interamericana, é possível depreender que é à luz da rica jurisprudência da Corte Europeia que o alcance da presunção de inocência é delimitado. Com efeito, há uma vasta série de precedentes sobre esse tema na Corte Europeia. Por meio deles, é possível indicar que integram a presunção de inocência: (i) o ônus de prova para a acusação (Telfner v. Áustria, § 15); (ii) o privilégio contra a autoincriminação (Saunders v. Reino Unido, § 68); (iii) a restrição à publicidade antes do julgamento (G.C.P. v. Romênia, § 46); (iv) a impossibilidade de expressões prematuras pelo órgão de julgamento ou por qualquer outro oficial do Estado sobre a culpa de um acusado (Allenet de Ribemont v. França, §§ 35- 36); (v) a sua incidência até o final do processo (Poncelet v. Bélgica. § 50); (vi) a aplicação do princípio também para a cobertura jornalística (Bédat v. Suíça, § 51); (vii) o direito à não autoincriminação (Heaney e McGuinness v. Irlanda, § 40); (viii) *in dubio pro reo* (Barberà, Messegué e Jabardo v. Espanha, § 77).

Desses precedentes é possível extrair duas conclusões. A primeira é a de que os direitos formais que caracterizam a presunção de inocência perduram até o julgamento final do processo, vale dizer, até a última decisão proferida, até o trânsito em julgado. A segunda é a de que, dentre esses direitos, não está o de não ser preso até que o trânsito em julgado ocorra. Por isso, o tratamento processual do acusado não se confunde com a possibilidade de se realizar sua prisão, cautelar ou para o cumprimento da pena.

“Ninguém, absolutamente ninguém, pode ser tratado como se culpado fosse antes que sobrevenha contra ele condenação penal transitada em julgado”, como bem observou o e. Ministro Celso de Mello

ADC 44 / DF

no brilhante voto proferido quando do julgamento cautelar das presentes ações declaratórias. Isso não significa, porém, que ninguém possa ser preso antes do implemento do mesmo marco processual.

Contra essa constatação, poder-se-ia objetar: muito embora não seja esse o texto *expresso* da Constituição, não seria essa a conclusão necessária à luz desses precedentes? Não seria esse o destino do “romance em cadeia” escrito pelos precedentes desta Corte? O reconhecimento de que a privação cautelar não representa antecipação da pena, de que a gravidade em abstrato do crime não justifica a prisão cautelar, de que a recusa em responder a interrogatório ou em cooperar no âmbito da investigação criminal não traduz tratamento negativo, de que processos sem trânsito em julgado não podem ser utilizados de forma desfavorável, de que o lançamento do acusado no rol de culpados só pode ser feito após o trânsito em julgado, não implica, finalmente, assentar como sendo incompatível com a presunção de inocência a prisão executória antes do trânsito em julgado? Não seria paradoxal impedir a inclusão no rol de culpados e, ao mesmo tempo, autorizar a execução provisória da pena?

A resposta, com a devida vênia, é negativa.

Todos os direitos reconhecidos por esta Corte são substancialmente os mesmos que os tratados internacionais de direitos humanos e os organismos internacionais de proteção da pessoa humana reconhecem como sendo um dos desdobramentos da garantia da presunção de inocência.

Como há pouco se indicou, a presunção implica uma série de obrigações que recaem exclusivamente sobre a acusação: a culpa depende de prova e prova produzida pela acusação. O processo deve ser público e presidido por magistrado imparcial e independente. O Estado deve garantir o exercício da defesa e o réu ou acusado não é obrigado a cooperar para a formação de sua culpa. O Estado deve abster-se de prematuramente manifestar-se sobre a culpa do acusado e ao réu assegura-se o privilégio contra a autoincriminação. Além disso, todas essas garantias são plenamente aplicáveis desde o início da atividade investigativa até o trânsito em julgado da sentença condenatória.

ADC 44 / DF

Há, contudo, um segundo desdobramento dessa garantia, não raro esquecido quando se debate o alcance do inciso LVII. A presunção de inocência é também um “*standard*” de avaliação probatória. Nessa acepção, dizer que todas as pessoas são presumidas inocentes significa que os fatos devem ser provados para além de uma dúvida razoável e que, caso remanesçam dúvidas sobre eles, elas devem ser julgadas favoravelmente ao réu, ou seja, *in dubio pro reo*. O postulado converte-se, portanto, em uma obrigação para o juiz (ou para o júri) no que tange à avaliação das provas: ele deve considerar o réu inicialmente como sendo inocente, somente podendo se desfazer dessa consideração, caso, para além de uma dúvida razoável, julgar procedente a imputação formulada pela acusação. Converte-se, também, em uma obrigação para os órgãos colegiados quando o *status* do acusado estiver em exame: caso haja empate na votação, ele deve beneficiar o réu.

Esse último desdobramento do princípio da presunção de inocência incide pontualmente ao longo da marcha processual. Nessa acepção, ele só é exigido quando se trata de estabelecer a prova dos fatos. Noutras palavras, a presunção de inocência, quando estabelece um *standard* de prova, só tem aplicação nas fases em que a prova é objeto de exame por parte das autoridades do Estado. Se a prova não está em jogo, a presunção de inocência não é desafiada.

É precisamente em relação a esse ponto que o entendimento fixado quando do julgamento da medida cautelar da presente ação declaratória tem pleno sentido: “a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal”. Como não há efeito suspensivo nos recursos extraordinários e especiais e – de modo ainda mais relevante – como é limitado o efeito devolutivo desses recursos, não faria sentido exigir-se que a atividade persecutória do Estado a eles se estenda, mesmo após o julgamento condenatório proferido em grau de apelação.

ADC 44 / DF

4) Ausência de efeito suspensivo dos recursos extraordinários. Interpretação do art. 283 à luz da Constituição (e não o contrário).

É errôneo, com a devida vênia, imaginar que a atribuição de efeito suspensivo aos recursos especial e extraordinário traduzem mera discricionariedade do legislador.

Esses recursos nunca tiveram efeito suspensivo, seja na vigência do art. 27, §2º, da Lei n.º 8.038/90, c/c art. 637 do CPP, seja, atualmente, segundo o art. 995 c/c o art. 1.029, § 5º, ambos do CPC, **permanecendo excepcional a possibilidade de atribuição de efeito suspensivo aos recursos especial e extraordinário na seara criminal.**

Mas a inexistência de efeito suspensivo não decorre de texto expresso de lei – embora texto exista –, mas do próprio cabimento dos recursos.

A Constituição prevê, no art. 102, III, as hipóteses de admissibilidade do recurso extraordinário. Para tanto, é preciso, em suma, que a decisão recorrida contrarie dispositivo da Constituição ou que declare a inconstitucionalidade de lei federal. Noutras palavras, considerando que os juízes são obrigados a seguir a Lei (art. 3º do Decreto-Lei n. 4.657, de 1942), a decisão em face da qual é interposto um recurso extraordinário deve, necessariamente, ter aplicado norma cuja constitucionalidade é contestada.

Note-se que é apenas em relação à constitucionalidade da interpretação que se restringe o julgamento do Supremo Tribunal Federal. O reexame das provas é vedado não em razão de uma Súmula que assim o determina, mas porque o recurso se destina exclusivamente a examinar questão de direito, qual seja, a constitucionalidade da interpretação fixada pelas instâncias inferiores.

Em virtude desse limitado âmbito de análise não há como se reconhecer um efeito suspensivo automático nos recursos extraordinários, pois isso implicaria afirmar algo próximo do seguinte: “a lei federal que deu base à condenação é, até manifestação em contrário do Supremo Tribunal Federal, inconstitucional”. Ainda que se invoque o

ADC 44 / DF

princípio da presunção de inocência, resta evidente que essa presunção não pode desconstituir a presunção de constitucionalidade das leis. Não há sistema jurídico que sobreviva a uma presunção geral de inconstitucionalidade, ainda que para beneficiar o réu, ainda que no limitado âmbito do direito penal.

Registre-se que essa constatação nada diz sobre a chamada preocupação com a efetividade da norma penal e nada tem a ver com o cognominado “pragmatismo da ordem penal”. Trata-se, antes, de simplesmente reconhecer que a tarefa de elaboração legislativa atende a critérios mínimos de compatibilidade constitucional e, apenas com a manifestação desta Corte, é que a presunção de constitucionalidade das leis pode ser desfeita. A inexistência de efeitos suspensivos no recurso extraordinário decorre, em última análise, da competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal para expurgar a lei inconstitucional do ordenamento jurídico. Por isso, com renovadas vênias, é inviável sustentar que toda e qualquer prisão só pode ter seu cumprimento iniciado quando o último recurso da Corte Constitucional tenha sido examinado. Ainda que o texto constitucional seja único na experiência comparada, a eficácia do ato legislativo não pode se subordinar à apreciação conclusiva da Corte mais alta de um país.

Do mesmo modo, a Constituição prevê, no art. 105, III, as hipóteses de admissibilidade do recurso especial. Em suma, o recurso é cabível sempre que houver negativa ou desarmonia na aplicação da lei federal. Considerando que não apenas os juízes são obrigados a seguir a lei, mas que “ninguém se escusa de cumpri-la”, o recurso especial tem lugar sempre que a legalidade da norma for questionada.

Note-se que é apenas em relação à legalidade da interpretação que se restringe o julgamento do Superior Tribunal de Justiça. Tal como ocorre com o recurso extraordinário, o reexame das provas é vedado não em razão de uma Súmula, cujo texto se assemelha ao da desta Corte, mas porque o recurso se destina exclusivamente a examinar questão de direito, qual seja, a legalidade da interpretação fixada pelas instâncias inferiores.

ADC 44 / DF

Em virtude desse limitado âmbito de análise não há como se reconhecer um efeito suspensivo automático nos recursos especiais, pois isso implicaria afirmar algo próximo do seguinte: “a interpretação dada à lei federal que deu base à condenação é, até manifestação em contrário do Superior Tribunal, incompatível com a própria lei”. Conquanto se invoque o princípio da presunção de inocência, resta evidente que essa presunção não pode desconstituir a presunção de legalidade da atuação dos Tribunais inferiores. Não há sistema jurídico que sobreviva a uma presunção geral de ilegalidade, ainda que para beneficiar o réu, ainda que no limitado âmbito do direito penal.

Registre-se, aqui também, que essa constatação nada diz sobre a chamada preocupação com a efetividade da norma penal e nada tem a ver com o cognominado “pragmatismo da ordem penal”. Trata-se, antes, de simplesmente reconhecer a soberania do Poder Legislativo. A inexistência de efeitos suspensivos no recurso especial decorre, em última análise, do truísmo singelo de que ninguém está acima da lei e que ninguém pode deixar de cumpri-la.

Essa ordem de ideias longe está de esvaziar o conteúdo, rico em sentidos, do direito estabelecido no inciso LVII do art. 5º da Constituição. Ainda estão plenamente vigentes – e perduram até o trânsito em julgado – todas as garantias que se amoldam à presunção de inocência. Essa presunção de inocência, no entanto, não afasta nem a presunção de constitucionalidade das leis, nem a de sua vigência.

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

Por essa razão, a condenação criminal poderá surtir o imediato efeito do encarceramento. Como constou no acórdão do HC 152.72 acima transcrito: “O *implemento da execução provisória da pena atua como*

ADC 44 / DF

desdobramento natural da perfectibilização da condenação sedimentada na seara das instâncias ordinárias e do cabimento, em tese, tão somente de recursos despidos de automática eficácia suspensiva, sendo que, assim como ocorre na deflagração da execução definitiva, não se exige motivação particularizada ou de índole cautelar.”

Assim, se o direito penal é instrumento para a tutela dos bens jurídicos mais caros a uma sociedade, se a Constituição, ao organizar o Estado brasileiro e os Tribunais Superiores, reservou a estes uma estrita parcela recursal, não foi para vedar a prisão até que todas as instâncias (que deveriam ser) excepcionais tenham sido esgotadas. Seria uma contradição que implicaria(ou) o desvirtuamento das funções dessa Corte.

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

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

5) Retroatividade

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

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

ADC 44 / DF

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

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

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

II. Exame de corpo de delito: substantivada a imputação do desvio de recursos públicos na contratação e parcial pagamento de obras superfaturadas, a realidade desse superfaturamento integrava o corpo de delito e, por conseguinte, deveria ter sido objeto de exame pericial por dois expertos oficiais (CPrPen., art. 159, cf. L. 8.862/94): não pode, contudo, a defesa alegar anulidade da perícia feita por perito único e não integrante da instituição oficial de criminalística, se, ciente de sua designação, sem protesto, ofereceu quesitos e discutiu as conclusões do laudo: dever de lealdade consagrado no art. 565 CPrPenal. (HC 75793, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 31/03/1998, DJ 08-05-1998 PP-00003 EMENT VOL-01909-01 PP-00184).

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

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

Nessas situações, faz sentido afirmar a impossibilidade de

ADC 44 / DF

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

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

“Quando uma ação, que até certo momento era considerada lícita, passa a ser tratada como ilícita em razão de um novo critério interpretativo, ela não pode ser imputada ao agente, porque isso equivaleria a pretender que os cidadãos devessem abster-se não apenas daquilo que a jurisprudência considera legalmente proibido mas também daquilo passível de vir a ser julgado proibido (ou seja, do “proibível”) em virtude de possíveis e inovadores critérios interpretativos. Não se trata de uma questão de legalidade nem de tipicidade, mas sim de culpabilidade, que deve ser apresentada como erro de proibição invencível.” (Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal – Rio de Janeiro: Revan. 2003, p. 223, *grifei*)

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

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

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

ADC 44 / DF

entendimento jurisprudencial se refere à configuração do fato como ilícito, mas não nas hipóteses como a presente.

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

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

“A Constituição Federal, ao estabelecer o princípio da anterioridade da lei, em matéria penal, diz expressamente que tal princípio se aplica ao crime e à pena (art. 5º, XXXIX). O Código Penal, nos art. 1º. e 2º., tem igualmente endereço certo ao “crime” e à “pena”. Nada impede, pois, tratamento **diferenciado em relação às normas de processo e de execução**, não abrangidas pelos mencionados preceitos.” (Princípios básicos de direito penal – 5. ed. - São Paulo: Saraiva. 1994, p. 39, grifei)

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

6) Não contradição com a declaração do estado de coisas inconstitucional

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

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

Com a devida vênia dos que pensam o contrário, o correto reconhecimento de um estado de coisas inconstitucional do sistema

ADC 44 / DF

carcerário não pode ser o fundamento da interpretação das regras penais e processuais penais.

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

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

7) Conclusão

Renovo o pedido de vênia ao e. Relator, reconhecendo no voto de Sua Excelência balizas de entendimento que suscita respeito e reconhecimento. Nada obstante, outra se me afigura a solução à hipótese, sem destoar da proteção à liberdade, às garantias constitucionais e ao princípio da inocência.

O legislador, sob pena de usurpação da competência constitucional dos tribunais superiores e de ofensa à supremacia da lei, não pode retirar a presunção de constitucionalidade e de vigência das leis que fundamentam o juízo condenatório. Não há faculdade do legislador para dispor sobre a inexistência, como regra, de efeito suspensivo nos recursos especial e extraordinário. A literalidade do dispositivo cede à sua manifesta inconstitucionalidade.

Não desconsidero, tal como já tive oportunidade de me manifestar, que o atual sistema prisional brasileiro constitui-se em verdadeiro estado de coisas inconstitucional. A inconstitucionalidade não diz respeito apenas à prisão para o cumprimento da sentença, mas a toda e qualquer

ADC 44 / DF

modalidade de encarceramento. A decisão cautelar proferida na ADPF 347, Rel. Min. Marco Aurélio, não afasta a necessidade urgente de políticas públicas no âmbito carcerário, e é medida que se impõe, seja qual for o resultado do presente julgamento.

Posto isso, voto pela improcedência integral das ADCs 43, 44 e 54, e assim declarar inconstitucional a interpretação do art. 283 do Código de Processo Penal, no que exige o trânsito em julgado para o início da execução da pena, assentando que é coerente com a Constituição da República brasileira o principiar de execução criminal quando houver condenação confirmada em segundo grau, salvo atribuição expressa de efeito suspensivo ao recurso cabível.

É como voto.

23/10/2019

PLENÁRIO

**AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE 44 DISTRITO
FEDERAL**

APARTE

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: O Supremo Tribunal Federal, Senhor Ministro EDSON FACHIN, proferiu importantes decisões, conferindo precedência à presunção constitucional de inocência e formulando, em razão de seu indiscutível relevo jurídico, juízo negativo de recepção de regras legais pré-constitucionais, inscritas no Código de Processo Penal, que mandavam lançar o nome do réu no rol dos culpados, antes do trânsito em julgado, tanto nos casos de condenação meramente recorrível (art. 393, II, hoje derogado pela Lei nº 12.403/2011, HC 82.812/PR, Rel. Min. CARLOS VELLOSO) quanto na hipótese de decisão de pronúncia (art. 408, § 1º, alterado pela Lei nº 11.689/2008, HC 69.696/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Pois, não. Isso revela, eminente Ministro Celso, que não tinha razão, com todas as vênias, o grande doutrinador e Ministro Carlos Maximiliano quando, na sua hermenêutica, dizia que *in claris cessat interpretatio*; tudo é sujeito a interpretação. E nada melhor do que a interpretação original ou originária de Vossa Excelência. De fato, eu estava me referindo precisamente à derrogação que este acórdão reconheceu. Mais adiante chegarei à pena, ou seja, à prisão como pena.

23/10/2019

PLENÁRIO

**AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE 44 DISTRITO
FEDERAL**

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Presidente, Senhoras Ministras, Senhores Ministros, Senhor Procurador-Geral da República, Senhores Advogados.

Presidente, trata-se aqui, como bem sabemos, de três ações declaratórias de constitucionalidade que têm como pano de fundo o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade, inscrito no art. 5º, LVII, da Constituição, e a consequente possibilidade, ou não, de executar a decisão condenatória depois do segundo grau de jurisdição, também chamado de segunda instância.

O dispositivo constitucional, já outras vezes lido aqui, tem a seguinte dicção:

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

O objeto específico das três ações de declaração de constitucionalidade é um específico dispositivo do Código de Processo Penal, o art. 283, que, na leitura que fazem os autores das ações, impediria a, assim chamada, execução provisória da decisão condenatória.

Este art. 283 lê-se da seguinte forma:

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

Portanto, é o sentido e alcance deste dispositivo que está em discussão conjugadamente com o inciso LVII do art. 5º da Constituição.

ADC 44 / DF

Estiveram na tribuna, Presidente, ilustres advogados de grande qualidade ou de grande suposição, como diria o professor de todos nós, Celso Antônio Bandeira de Mello, que defenderam os seus pontos de vista com maestria. E eu gosto de dizer: ninguém nessa vida tem nem o monopólio da verdade nem o monopólio da virtude. Portanto, penso que os ilustres profissionais defenderam, do seu ponto de observação, os interesses que lhes cabia defender, inclusive os dos seus clientes.

As sustentações orais, em geral, se fundaram em três argumentos que eu gostaria de destacar aqui.

O primeiro, a suposta textualidade do art. 5º, LVII, da Constituição, que não permitiria outra interpretação senão aquela que a eles parece bem.

O segundo fundamento das sustentações, em geral, foi o suposto impacto da nova jurisprudência do Supremo sobre os níveis de encarceramento.

E o terceiro fundamento da sustentação foi o suposto impacto sobre os réus pobres.

Eu gosto de usar uma frase que já se tornou um pouco lugar-comum: as pessoas têm direito à própria opinião, mas não aos próprios fatos. Portanto, eu gostaria de problematizar e discutir essas premissas de fato, que foram lançadas da tribuna.

Gostaria de dizer que, das minhas constatações, para bem e para mal, nenhum desses três fundamentos resiste ao teste da realidade - nem o da textualidade, nem o do encarceramento, nem o do interesse dos pobres. São ideias que não correspondem aos fatos, diria Cazuza.

Não é difícil demonstrar o ponto.

Primeira linha de argumentação, não se trata aqui de interpretação gramatical ou literal de texto, como já pontuou o eminente Ministro Luiz Edson Fachin. Penso que é uma ilusão, quando não um equívoco puro, achar que nós estamos aqui discutindo atribuição de sentido a textos normativos ou a signos linguísticos. Já vai tempo que se superou a ideia de que a interpretação é a mera exegese de textos, uma atribuição abstrata de sentidos, uma mecânica subjunção de fatos às normas, sem que a

ADC 44 / DF

realidade da vida e o intérprete façam alguma diferença.

Portanto, a primeira premissa da nossa discussão é que não se trata aqui de uma discussão sobre interpretação gramatical ou literal. A realidade é parte da normatividade do Direito. Os textos normativos oferecem um ponto de partida para a interpretação e oferecem os limites possíveis da interpretação, mas, na terminologia que se tornou clássica, existe uma moldura dentro da qual o intérprete pode e deve fazer escolhas legítimas. Detalhe: não é discricionariedade, porque o juiz tem o dever de fazer a melhor interpretação possível, e, evidentemente, dentre as possibilidades, as suas escolhas não devem ser a projeção das suas próprias preferências, mas, sim, aquelas escolhas que melhor realizem a vontade constitucional e o interesse da sociedade. E gostaria de dizer que respeitar direitos fundamentais faz parte da realização dos interesses da sociedade, não há antagonismo entre interesse da sociedade e respeito aos direitos fundamentais. Mas a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, no seu art. 5º, oferece uma diretriz clara para o modo como o juiz deve interpretar os textos normativos. Diz o dispositivo:

"Art. 5º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum."

Nada de textualidade. Fins sociais e bem comum são os parâmetros que devem reger a atividade interpretativa.

Portanto, e a meu ver, nós estamos aqui discutindo visões diferentes do que seja fins sociais, do que seja o bem comum. Na minha visão, que evidentemente tem posições contrárias, consiste basicamente em se decidir se o indivíduo condenado em segundo grau tem o direito de procrastinar indefinidamente o processo - sabendo-se que o percentual de mudança, lá no final, é mínimo, como vamos ver em seguida - ou se o interesse social, na prevenção geral do Direito Penal em que o crime não compensa, deve prevalecer nesses casos.

Não é difícil demonstrar esse ponto que estou afirmando de que não se trata de atribuir sentidos a textos normativos de significado único e unívoco. Tanto não é assim - lembrou o Ministro Fachin - que este Tribunal, de pessoas esclarecidas e bem-intencionadas, já decidiu, até

ADC 44 / DF

2009, de uma forma; de 2009 a 2016, de outra forma; e, agora, em 2019, estamos rediscutindo esta matéria.

Portanto, se houvesse uma única inteligência possível para estes signos normativos, nada justificaria. Não se trata de um Tribunal ciclótico; trata-se de uma situação que é afetada pela realidade e pelas diferentes percepções que as pessoas têm de quais sejam os fins sociais do Direito e o interesse do bem comum.

E a definitivamente confirmar o argumento, há pessoas de louvável formação e conhecimento jurídico que já defenderam que podia, que não podia, que podia e que não pode. Portanto, evidentemente, há mais de um sentido possível. De modo que essa é a primeira premissa que eu acho que é preciso estabelecer.

Nós não estamos aqui conversando sobre textos de significado inequívoco e que quem pense de um modo ou quem pense de outro esteja contrariando o sentido normativo. Há sentidos possíveis dessa norma, e, portanto, as pessoas fazem escolhas de acordo com a maneira como interpretam os valores constitucionais a serem realizados.

O segundo ponto que eu gostaria de enfrentar respeitosamente, com o apreço que tenho pela advocacia, onde militei por mais de trinta anos, é que, ao contrário do sugerido, a possibilidade de execução da pena após a condenação em segundo grau diminuiu o índice de encarceramento no Brasil. Se as pessoas estiverem surpresas, eu também fiquei surpreso quando estudei esses dados, mas, em uma das belíssimas sustentações, um dos ilustres advogados enfatizou que o senso comum, muitas vezes, está errado. Pois este era um desses casos: a mudança da jurisprudência com a conseqüente possibilidade de encarceramento depois do segundo grau diminuiu o índice de encarceramento.

E aqui eu só vou trabalhar com dados oficiais. No Brasil, existe esta estatística: metade das pessoas que saem com guarda-chuva esquecem na rua. Assim, cada um saca do bolso a sua estatística. Eu pedi, no Departamento Penitenciário Nacional, a evolução do número de presos definitivos e provisórios para chegar à seguinte e surpreendente conclusão: em 2010, primeiro ano após se haver proibido a execução da

ADC 44 / DF

pena após a condenação em segundo grau - a jurisprudência mudou em 2009 -, havia 496 mil presos no sistema penitenciário; 4,79 % a mais do que em 2009. Portanto, a jurisprudência muda em 2009; em 2010, o índice de encarceramento aumenta 4,79%. No ano seguinte, em 2011, havia 514.600 presos, um aumento de 3,68%. Em 2012, 549.800 presos, 6,84% a mais. Em 2013, 581.500, 5,76% a mais. Em 2014, 622.200 presos, 6,99% a mais. Em 2015, 698.600 presos, 12,27% a mais do que no ano anterior. E, em 2016, 722.923 presos, 3,48% a mais do que no ano anterior.

Pois bem, em 17 de fevereiro de 2016, o Supremo muda a jurisprudência e passa a permitir a execução da pena após a condenação em segundo grau. Ao final de 2017 - mudamos em 2016 -, já com o impacto da nova orientação, o número de presos no sistema penitenciário é de 726.354. Opa, um aumento 0,47%, o menor da série histórica iniciada em 2009!

Aí, vamos ver o aumento no ano seguinte, pelos números do Departamento Penitenciário: 2018, 744.216 presos, um aumento de 2,45% - o segundo menor desde 2009. Portanto, nos dois anos que se seguiram à mudança de jurisprudência do Supremo, o índice do encarceramento, o índice de crescimento do encarceramento diminuiu aos menores percentuais da série histórica de 10 anos.

Note-se, bem, entre 2009 e 2016, período em que vigorou a proibição da execução após o segundo grau, a média de aumento anual de encarceramento foi de 6,25% e, após 2016, quando volta a possibilidade de execução após o segundo grau, a média foi de 1,46%, menos de um terço.

Esses são dados objetivos, oficiais, fornecidos pelo Departamento Penitenciário. Vale dizer, a mudança da jurisprudência diminuiu o índice de encarceramento de maneira expressiva.

Eu não gostaria de tirar conclusões apressadas desse fato, até porque é uma série histórica ainda reduzida, mas é preciso considerar algumas possibilidades para esta redução.

Uma delas: os tribunais, diante da inexorabilidade do cumprimento imediato da pena, passaram a ser mais parcimoniosos na decretação de

ADC 44 / DF

prisão. Acho que esse é um argumento ou um fator que pode e deve ser considerado. Portanto, a mudança da jurisprudência não prejudicou os réus; favoreceu os réus.

Uma segunda possibilidade: diante da inevitabilidade do cumprimento da pena, o efeito dissuasório do Direito Penal funcionou de maneira mais eficiente.

Sejam estas as causas, ou não, porque, como disse, não se devem extrair conclusões apressadas, a verdade é que os índices de encarceramento diminuíram após a mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal, que permitiu a execução após o esgotamento das instâncias ordinárias. Fatos, números, estatísticas oficiais.

Outro dado valioso que, com todas as vênias, também infirma parte das premissas da pretensão dos autores. O percentual médio das prisões provisórias entre 2010 e 2016 foi de 35,6%.

Eu tenho os dados, vou liberar o quadro do Depen logo em seguida ao meu voto e reproduzo o quadro no meu voto.

Em 2017 e 2018, o percentual médio caiu para 32,45%, vale dizer, o percentual de prisões provisórias, depois da mudança de jurisprudência do Supremo, caiu 10%.

Uma especulação possível é que o juiz, quando não pode dar execução da decisão após o segundo grau, antecipa a prisão provisória. É quase um instinto natural. Para coibir a impunidade, muitas vezes ele prende antes do que talvez pudesse ser necessário.

Portanto, Presidente, e em resumo desse tópico do meu voto, que, se surpreendeu os Colegas, me surpreendeu também, a população carcerária aumentou em sua menor proporção histórica depois que o Supremo Tribunal Federal retomou a sua jurisprudência tradicional. Além disso, o percentual de presos provisórios diminuiu. Isso demonstra que a nova orientação não agravou o problema do hiperencarceramento e pode indicar ainda que: os Tribunais de Apelação, cientes da maior gravidade de sua decisão, que levará o acusado imediatamente à cadeia, passaram a ser mais cautelosos; e os juízes de primeira instância, cientes da maior efetividade da justiça criminal, passaram a decretar menos

ADC 44 / DF

prisões provisórias; e, possivelmente, houve um efeito de prevenção geral diante da probabilidade do cumprimento da pena.

E por fim, Presidente, pedindo todas as vênias igualmente a quem pense de forma diferente, não foram os pobres que sofreram o impacto da possibilidade de execução da pena após a condenação em segundo grau. Não foram os pobres que mobilizaram os mais brilhantes e caros advogados criminais do país. Não creio nisso.

Numa sociedade estratificada como a nossa, há uma clara divisão entre crimes de pobre e crimes de rico. Os crimes que mais geram ocupação de vagas no sistema penitenciário - de novo, dados oficiais do Depen - são, como a intuição e as estatísticas revelam, os crimes dos pobres. Confirmam-se a seguir os números do Sistema Penitenciário fornecidos pelo Depen.

Os crimes que mais geram ocupação de vagas nos presídios brasileiros são:

I- tráfico de drogas e associação para o tráfico: 220.284 presos.

Qual é a regra geral que o sistema aplica em relação aos réus acusados de tráfico? Prisão em flagrante, conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, e permanecem presos, desde antes da decisão de primeiro grau até que, se tiverem sorte de o *habeas corpus* cair comigo, eu solto aqui, porque acho que é uma péssima política pública prender preventivamente meninos, jovens e pobres, por pequenas quantidades de droga para engrossar os exércitos do tráfico, como lembrava o Ministro Alexandre de Moraes.

O segundo crime que mais gera encarceramento no Brasil é:

II - roubo qualificado: 109.284 presos. Estamos falando geralmente de assalto à mão armada.

III - roubo simples: 64.106 presos. Estamos falando geralmente de assalto mediante violência ou grave ameaça.

O quarto crime que mais prende no Brasil é:

IV - homicídio simples ou qualificado: 66.777 presos.

V - crimes contra a dignidade sexual (estupro, estupro de vulnerável e atentado violento ao pudor).

ADC 44 / DF

VI - latrocínio, que é roubo seguido de morte ou de lesão corporal grave.

Qual é a característica de todos esses crimes que ocupam o maior percentual do sistema penitenciário brasileiro? São crimes em que o agente é considerado violento e, normalmente, preso preventivamente, igualmente, antes mesmo da sentença de primeiro grau.

Portanto, os seis crimes que mais lotam o sistema penitenciário são os crimes de pobres, 100% praticamente da clientela desses crimes.

Há um destaque que deve ser feito ao crime de furto simples, que é o do art. 155, § 2º, do Código Penal. Há 34.330 presos no sistema por furto simples, que é aquele em que, se o réu for primário e se for de pequeno valor a coisa furtada, o juiz pode - e no geral deve - aplicar penas restritivas de direitos em lugar de pena de prisão. Portanto, como regra, só estará preso por furto quem for reincidente e, muitas vezes, multirreincidente.

E gostaria de lembrar que eu mesmo trouxe a este Plenário três casos em que entendia deveria se aplicar o princípio da insignificância, mas envolvia reincidência - e a jurisprudência do Supremo entendia que, em caso de reincidência, não podia haver insignificância -, e eu trouxe os três casos para o Plenário e perdi os três. O garantismo nem sempre funciona quando o réu é pobre, no caso de insignificância, muito pobre.

Só para documentar que o sistema é duríssimo com os pobres e bem manso com os ricos, vejam-se os números de condenação por crimes como corrupção passiva, corrupção ativa e peculato, que é desvio de dinheiro público. Números oficiais do Depen: existem, no Brasil, 116 presos por corrupção passiva; 522 por corrupção ativa; e 1.161 por peculato.

O Conselho Nacional de Justiça divulgou que o número de presos que pode ser afetado por uma mudança de jurisprudência é de apenas 4.895. Porém, como vimos, muito maior que esse número, foi o impacto sobre o sistema da possibilidade de execução depois do segundo grau, diminuindo de maneira expressiva o índice de encarceramento no País.

A imprensa divulgou alguns dos beneficiários mais notórios dentre

ADC 44 / DF

os 4.895 condenados por corrupção ativa, passiva, peculato ou lavagem de dinheiro. Pobre não corrompe, não desvia dinheiro público, nem lava dinheiro. Não é de pobres que nós estamos tratando aqui, com todas as vênias.

Gostaria, ainda e, por fim, de desfazer o que considero um equívoco. Esse debate não tem nada a ver com opinião pública. Uma das formas que se tem encontrado de desqualificar os que defendem a manutenção da possibilidade de execução da condenação depois do segundo grau é afirmar que se trata de tese para agradar a opinião pública, que constitui populismo judicial, que constitui punitivismo ou que constitui moralismo. Essa é apenas uma das faces da intolerância, da inaceitação do outro, da obsessão pelas próprias convicções.

Na outra face da intolerância - porque ela tem duas faces -, estão os que acham que os que defendem o modelo antigo têm pacto com a impunidade, querem proteger os amigos ou os clientes, ou vivem da ganância de lucrar com crime alheio.

A crença de que quem pensa diferente de mim só pode estar a serviço de uma causa sórdida ou escusa é uma forma primitiva de viver a vida. Gritos e ofensas não mudam opiniões nem, muito menos, mudam a realidade. É a frase feliz do Bispo Desmond Tutu: "Não levante a voz, melhore o argumento". Portanto, é preciso partir do pressuposto de que todos estejam bem-intencionados e preocupados em fazer o melhor.

Pois bem, opinião pública é um conceito volátil que muda com as nuvens, ela não serve de fundamento para interpretação de coisa alguma. E menos ainda serve o clamor público; os conceitos relevantes aqui são outros. São justiça, direitos fundamentais e interesse público. E eles precisam estar presentes em qualquer sociedade que não deseje regredir ao estado de natureza.

Quando um cidadão de bem se sente indignado com a morte de uma criança por tiro de fuzil, com o estupro ou a violência doméstica contra uma mulher, com um grileiro que toca fogo na floresta ou com o desvio de milhões de reais por agentes públicos corruptos, não é de opinião pública que se trata; é a justa indignação, do natural sentimento de justiça

ADC 44 / DF

que todas as pessoas trazem dentro de si, que une as pessoas de bem e distingue as sociedades civilizadas das sociedades primitivas. Um país que perde o senso de justiça é um país que se perdeu na História.

Ainda algumas palavras sobre esse tópico, porque ele mobiliza a teoria constitucional em todo o mundo.

Numa democracia, todo poder é representativo. Ninguém exerce poder em nome próprio ou interesse próprio. Todo poder, em uma democracia, é exercido em nome e no interesse da sociedade. Assim o é porque isso é que é democracia.

Compilando ideias desenvolvidas pela teoria constitucional em todo mundo, ideias pacíficas:

Primeiro, o juiz não é um ser isolado do mundo, encastelado em uma torre de marfim, intérprete de textos abstratos e indiferente à vida lá fora. Juízes têm o dever de ter janelas para o mundo, ter olhos para a realidade e a capacidade de identificar o sentimento social, passando-o obrigatoriamente pelo filtro da Constituição.

E note-se bem, eu estou falando de interpretação constitucional, teoria constitucional e não de julgamento de processo criminal. Numa ação penal, a única coisa relevante é se há prova ou não há prova. Ninguém deve ser condenado por simpatia, por antipatia ou qualquer tipo de preferência política. É importante que isso fique bem claro. A lógica de um juiz é certo ou errado, justo ou injusto, legítimo ou ilegítimo; a lógica de um juiz não é uma lógica amigo/inimigo.

Segunda observação importante: juízes constitucionais têm uma autocompreensão de qual a sua missão institucional, de qual o seu papel na vida do país, de qual a melhor forma de realizar os valores constitucionais. Se violência, corrupção e impunidade são mazelas do seu tempo, ao lado da desigualdade extrema - eu quero acrescentar -, cabe ao juiz, sim, participar do esforço coletivo para enfrentar esses males, dentro da Constituição e dentro da lei.

Por fim, uma última observação: o Supremo Tribunal Federal é o intérprete final da Constituição, mas não é o dono dela, tampouco o seu intérprete único. A definição do sentido e alcance da Constituição cabe

ADC 44 / DF

também à sociedade como um todo. Com as cautelas próprias, com os filtros adequados, não se deve ter a arrogância de se achar proprietário da Constituição, com o poder de excluir a cidadania do acesso a ela. Não preciso lembrar aqui o que ocorre com o prestígio e a credibilidade de uma instituição que repetida e prolongadamente frustra as demandas legítimas da sociedade.

Faço esse longo introito para dar texto e contexto ao tema que nós estamos discutindo e para trabalhar sobre dados da vida real, com estatísticas oficiais. Não preciso recapitular os antecedentes dessa controvérsia, é o que já foi feito, com maestria, pelos votos que me antecederam. E, aqui, cumprimento, com atraso, mas não tarde demais, o voto do eminente Ministro Marco Aurélio que, de longa data, sustenta uma posição diferente. E, desde que eu entrei no Tribunal, em muitas matérias, temos consensos, em algumas, temos divergências profundas, o que jamais afetou a relação afetuosa e de admiração que mantenho com Sua Excelência. Também saúdo os votos dos Ministros Alexandre de Moraes e Edson Fachin.

Só para lembrar, desde a promulgação do Código de Processo Penal, podia-se executar a pena. Aliás, gostaria de lembrar que, por largo período, que vai até 2011, ao menos nos textos do Código de Processo Penal, a execução da pena podia ser feita desde o primeiro grau. Na verdade, por largo período, vigorou a exigência de que, para apelar, o réu tinha que se recolher preso. Por largo período, como é em muitas partes do mundo, pôde-se executar a decisão condenatória depois do primeiro grau. E depois, passou-se a poder executar depois do segundo grau.

Esse dispositivo conviveu com a Constituição de 1988 até a mudança de jurisprudência do Supremo. Como lembrou o Ministro Alexandre de Moraes, por mais de duas décadas se pôde prender depois do segundo grau, e o mundo não caiu, o devido processo não foi arruinado. São, portanto, escolhas possíveis e legítimas. É preciso apenas determinar o que respeita, na proporção adequada, os direitos fundamentais dos acusados e o interesse da sociedade na pretensão punitiva.

O Supremo mudou esta jurisprudência em 2009 e proibiu a execução

ADC 44 / DF

depois de segundo grau. E revisitou esta jurisprudência pelas mãos honradas, queridas e saudosas do Ministro Teori Zavascki em 2016, aliás, em três julgamentos: primeiro, no Habeas Corpus 126.292, de fevereiro de 2016; depois, no julgamento da cautelar em duas dessas ações declaratórias de constitucionalidade aqui em discussão; e, por fim, em repercussão geral, em 11 de novembro de 2016, reafirmando vinculativamente a ideia de que é possível a execução.

Houve razões específicas e importantes para essa mudança de jurisprudência, que eu sustentei lá atrás, em 2016: a figura da mutação constitucional, que ocorre quando uma Suprema Corte muda uma interpretação que constantemente vinha dando a um dispositivo constitucional. Quando é que ocorre esse tipo de mutação constitucional que gera um *overruling*, uma mudança da jurisprudência?

No modo como eu penso, em três situações.

Na primeira, mudou a percepção do Direito em relação àquela matéria - igualdade hoje é completamente diferente do que era há 50 anos.

Na segunda, muda a realidade fática - a ação afirmativa que se justifica hoje pode não se justificar daqui a 50 anos.

Em terceiro lugar, muito importante, e foi isso que aconteceu - pelos impactos negativos produzidos por um determinado entendimento jurisprudencial.

Quais foram os impactos dramaticamente negativos que a mudança da jurisprudência em 2009 trouxe para o Direito brasileiro?

Primeiro, poderoso incentivo à infundável interposição de recursos protelatórios. E aqui, queria realçar, não há nenhuma crítica ao advogado, cujo papel é, dentro das possibilidades do sistema, manter o seu cliente solto. A crítica, portanto, não é à advocacia. A crítica é ao sistema que permite a interposição de recurso descabido atrás de recurso descabido, até que se produza a prescrição. E era o que acontecia. Um poderoso e incentivo à litigância procrastinatória, que, com o respeito devido e merecido, a meu ver, faz mal para advocacia; e não bem.

Em segundo lugar, reforço à seletividade do sistema, porque a

ADC 44 / DF

Defensoria Pública não litiga assim, e as pessoas pobres não têm recursos financeiros para pagar recursos judiciais indefinidamente, e que se contavam às dezenas, às vezes, só no Supremo Tribunal Federal.

Em terceiro lugar, pelo mais absoluto descrédito que trouxe para o sistema de justiça, junto à sociedade, pela demora interminável na punição e pelas frequentes prescrições, gerando mais do que uma sensação, uma realidade de impunidade.

Esta é a quarta vez que nós discutimos essa matéria - essa é a verdade. Eu bem entendo que nós somos uma democracia felizmente estabilizada, mas ainda em formação. Portanto, muitas questões são rediscutidas frequentemente. Mas, em algum lugar do futuro, que eu espero próximo, a jurisprudência vai ser estabilizada. Uma vez produzida uma decisão da Suprema Corte, aquele assunto está definido, como o é em toda parte do mundo. Aqui nós decidimos uma vez, depois, a segunda e, ainda, a terceira. Estamos decidindo a quarta. E nada me diz que, no ano que vem, não seja possível alguém mudar de opinião, ou possa haver uma substituição, e vamos discutir de novo.

A jurisprudência é um valor intrínseco em si, independentemente do mérito do que ela represente. E, como o sistema de precedentes e de respeito à jurisprudência é relativamente novo no Brasil, nós ainda não consolidamos essa ideia, mas vamos fazê-lo. O precedente existe para ser respeitado.

Em votos anteriores, eu citei, com detalhes sórdidos, os casos absurdos de impunidade que se multiplicaram pelo Direito brasileiro, muitos chegando aqui: o jornalista que matou a namorada e, por dez anos, ficou livre; o parlamentar que desviou muitos milhões e só foi cumprir a pena catorze anos depois, às vésperas da prescrição, por uma atuação proativa - justiça seja feita -, de última hora, do Ministro Dias Toffoli.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Quando chegou aqui, faltavam três horas para a prescrição.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - O que seria um escândalo, aqui para nós, um desvio de R\$ 160 milhões na construção

ADC 44 / DF

de um tribunal.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Aí eu decretei o trânsito em julgado pelo abuso de recorrer, monocraticamente, **ad referendum** da Turma. Por sugestão do Ministro **Marco Aurélio**, acatei, de imediato, na Turma, a proposta de trazer ao Plenário, que deliberou, colegiadamente, que o abuso de recorrer se configurava presente no caso concreto, vencido o Ministro **Marco Aurélio**.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Na ocasião, Vossa Excelência destacou que haviam sido 21 recursos.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Só no Superior Tribunal de Justiça.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Há o suplente de deputado federal que contratou pistoleiros para matar a titular e tomar a sua vaga, que só foi preso treze anos depois; o caso dos assassinos da missionária Dorothy Stang, morta em 2005, que só foram cumprir a pena agora, dias atrás, em 2019; o caso do propinoduto do Rio de Janeiro, ocorrido entre 1999 e 2002, cuja pena só veio a ser executada em 2018; o caso que motivou a virada jurisprudencial em 2009 - uma tentativa de homicídio praticada em 1991, que, com a decisão do Supremo, prescreveu em 2012, sem trânsito em julgado.

São tantos os casos! Eu até mandei fazer mais uma pesquisa. Aí vem a chacina de Unai, em que quatro servidores do Ministério do Trabalho foram assassinados em 2004, e, só em 2019, conseguiu-se prender finalmente os acusados.

Por essas razões, pela injustiça que passeava impunemente pelos tribunais brasileiros, o Supremo, em boa hora, mudou esta jurisprudência, em 2016, por sete votos a quatro, em uma votação expressiva.

Vejam, Vossas Excelências, o impacto positivo, trazido pela nova jurisprudência que impulsionou a solução de boa parte dos crimes de colarinho branco, porque o temor real da punição levou a uma grande quantidade de colaborações premiadas, por réus, e de acordos de

ADC 44 / DF

leniência, por empresas. Apenas no âmbito da Lava Jato, em Curitiba, foram 48 acordos de colaboração e 13 acordos de leniência. Nós estamos falando de processos que tramitam celeremente, com provas e devolução de dinheiros.

No Rio de Janeiro, foram 37 acordos de colaboração e 3 acordos de leniência. Em São Paulo, foram 10 acordos de colaboração e 2 de leniência. Aqui, no Supremo, 136 acordos de colaboração premiadas.

Vejam o impacto positivo que se produziu. E é preciso ter a compreensão de que, na criminalidade do colarinho branco, sobretudo quando envolva lavagem de dinheiro, se não tem um colaborador premiado que conheça o esquema, que conheça o caminho do dinheiro e a conta onde ele foi parar, não tem como destrinchar o crime e, efetivamente, responsabilizar essas pessoas.

A colaboração premiada foi incentivada pela probabilidade ou pela possibilidade real da punição, que, agora, com a vênia devida a todos os que pensam diferente, vai ficar retardada tão largamente que vamos voltar ao modelo anterior, em que ninguém fazia colaboração premiada, porque antes de 2016 era difícil a colaboração premiada.

As teses jurídicas aplicáveis, Presidente, já foram discutidas largamente nas vezes anteriores em que esse tema foi debatido, portanto, eu vou ser muito breve em relação a elas, apenas para dizer, também pedindo vênias a quem pense diferente, que o que o art. 5º, LVII, diz é que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado.

O artigo que cuida da prisão não é esse, é outro. É o inciso LXI, que diz:

"LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, ..."

O requisito para se decretar a prisão no Direito brasileiro não é o trânsito em julgado; é a ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente. A regra que a Constituição quis estabelecer é a da reserva de jurisdição. Só o juiz é que pode mandar prender. Tanto assim é que o sistema admite as prisões processuais, preventiva e temporária, e admite prisão para fins de extradição, expulsão e deportação. Todas elas

ADC 44 / DF

sem que se exija trânsito em julgado. Muitas delas sem que se exija sequer decisão de primeiro grau.

O sistema anterior era muito ruim. É por isso que ele incentivava as prisões provisórias. Essas estatísticas, que nós vimos de 2016 para cá, elas vão melhorar em termos de prisão provisória, porque os juízes prendem provisoriamente para antecipar uma justiça que eles sabem que não vai acontecer. No final, é o que acontece muitas vezes. 40% dos presos são presos provisórios. Quem são os presos provisórios? São os pobres, são aqueles crimes que eu falei no início da minha apresentação, gente que é presa em flagrante e fica lá esquecida, muitas vezes sem formação de culpa.

Portanto, parte do problema das prisões provisórias, boa parte, é a ineficiência do sistema. E a ineficiência do sistema é agravada pela impossibilidade de execução da pena depois do segundo grau. E, portanto, procrastinar o fim do processo é dar incentivo a esta mazela que é a prisão provisória, com todas as vênias de quem pensa diferente.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Ministro **Luís Roberto**, Vossa Excelência me permite? Esse tema em que Vossa Excelência toca, neste momento, é extremamente importante, porque é algo de que, sinceramente, nem eu tinha conhecimento diretamente até assumir o Conselho Nacional de Justiça, quando também assumi o Supremo Tribunal Federal.

Existe um banco já, um levantamento feito, seja pelo Depen, do Ministério da Justiça e Segurança Pública, do qual Vossa Excelência, inclusive, citou números, seja por parte do Conselho Nacional de Justiça, a partir do qual, na gestão da Ministra **Cármen**, se fez o censo penitenciário. Agora, estamos implementando o Sistema Eletrônico de Execução Unificada com um banco nacional de dados. Mas, no que concerne às prisões cautelares, Ministro **Celso** e Ministro **Marco Aurélio**, como não estão no juízo de execução, ficam a critério do juiz que as decreta, e, portanto, nós não temos os dados sobre esse tipo de prisão, a não ser por um número estatístico. Nós não sabemos, no dia a dia, em que fase estão essas prisões provisórias, há quanto tempo foram

ADC 44 / DF

decretadas e o potencial de condenação. E é uma dificuldade, realmente. Estamos pensando sobre isso. Acho que todos que passaram pelo Conselho Nacional de Justiça sabem disso, cada um vai avançando um degrau, vai avançando, como fez o Ministro **Lewandowski** nas audiências de custódia, como fez a Ministra **Cármen**, como fez, lá atrás, o Ministro **Gilmar Mendes** com os mutirões carcerários. E todos esses eventos se converteram exatamente em benefício àqueles mais pobres e mais carentes.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Contribuíram para diminuir o número de encarcerados substancialmente, Senhor Presidente.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Citando meus predecessores no Conselho Nacional de Justiça, que ainda estão na Corte - quando os Ministros **Celso** e **Marco Aurélio** presidiram a Corte, ainda não havia o Conselho Nacional de Justiça -, registro que o Ministro **Gilmar** fez os mutirões carcerários, o Ministro **Lewandowski** fez as audiências de custódia, a Ministra **Cármen** enfrentou bastante essa questão, assim como a questão da presa mulher, temas que exigiram o levantamento de dados para se ter uma certa objetividade.

E, no que diz respeito à prisão cautelar, é a maior dificuldade, porque, como isso não está na vara de execução, está sob o controle dos milhares de juízes criminais pelo Brasil afora, o que torna difícil o acompanhamento desse tipo de prisão.

Faço esse registro. Mas estamos atentos a isso, porque, realmente, isso em que Vossa Excelência toca é de extrema importância, dado o número e a porcentagem dos presos provisórios.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - O cadastro de presos do Conselho Nacional de Justiça hoje traz quanto tempo, onde está, exatamente para se saber em que condições está e para que imediatamente o juiz possa ser alertado. Há até um *push*, exatamente para vencer isso, e é em reafirmação do que o Ministro Barroso aqui expõe.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Eu,

ADC 44 / DF

inclusive, tenho um tópico aqui, Presidente, em que elogio o Conselho Nacional de Justiça, porque nós, finalmente, estamos começando a trabalhar com dados e com diagnósticos, o que permite a cura.

A propósito, também eu gostaria de ter saudado no início os dez anos de judicatura de Vossa Excelência. Somos amigos, divergimos aqui e ali, mas nos queremos bem e torcemos pelo sucesso um do outro. E também eu, como os demais, tenho muita alegria de tê-lo como Presidente, conduzindo os nossos trabalhos.

Mas, então, dizia eu: essa interpretação, a ideia de que é a única interpretação possível não pode subsistir, ela não tem amparo na Constituição. E não é assim praticamente em nenhum lugar do mundo. O Ministro Teori, no seu memorável voto de 2016, citou a quantidade de países, em que não é assim: Inglaterra, Estados Unidos, Canadá, Alemanha, França, Portugal, Espanha, Argentina. E eu fui a todas as declarações de direitos humanos: Declaração Universal dos Direitos Humanos, Convenção para Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos, Declaração Islâmica dos Direitos Humanos, Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que é o Pacto de São José da Costa Rica. Nenhum deles exige trânsito em julgado para a possibilidade de prisão.

Portanto, nós estamos aqui numa escolha entre o padrão de justiça praticado mundialmente ou um padrão de justiça que não é praticado em lugar nenhum, nem nos países menos desenvolvidos.

Portanto, a primeira tese é: a Constituição não exige trânsito em julgado; a Constituição exige ordem da autoridade competente, que é o juiz.

Em segundo lugar, a presunção de não culpabilidade ou de inocência é um princípio constitucional. É inequívoco que é um princípio constitucional, porque, se ela fosse uma regra, eu não poderia prender provisoriamente. Portanto, é um princípio que é ponderado com outros valores constitucionais. Alguém pode não gostar que seja assim, mas nós

ADC 44 / DF

não podemos quebrar o espelho por não gostar da imagem. Há um princípio constitucional, que é o princípio da presunção de inocência.

O que significa ser um princípio? Regras, são comandos definitivos que ou se cumpre, ou se descumpre; tudo ou nada. Princípios são fins públicos, são estados ideais que se cumpre, como dignidade, como justiça, como liberdade, como igualdade, que se cumpre, na maior medida possível, em confronto, muitas vezes, com situações fáticas ou jurídicas a ele, princípio, contrapostos. Assim é em toda parte do mundo.

E, portanto, há princípios em jogo aqui, a presunção de inocência é muito importante, mas o interesse da sociedade na persecução penal e num sistema penal minimamente efetivo também é muito importante, porque o sistema penal minimamente eficiente não existe para produzir vingança privada, nem por desfastio de autoridade perversas; ele existe é para proteger os direitos fundamentais de todos. O sistema punitivo existe para proteger a vida, a integridade física, a liberdade, a propriedade, a probidade das pessoas de uma maneira geral.

Portanto, nós estamos falando de direitos fundamentais dos acusados e de direitos fundamentais de outras pessoas. E evidentemente um direito fundamental não é mais do que o outro. Os direitos fundamentais são ponderados. Como disse o eminente Advogado-Geral da União numa sustentação memorável feita da tribuna, vítimas também têm direitos humanos. Assim, as instituições também têm que zelar por isso. E esse é um ponto muito importante.

Eu fui advogado muitos anos. O advogado só julga a causa uma vez: quando ele a aceita. A partir dali, ele tem um compromisso: fazer tudo que é legal e eticamente possível para defender o interesse que ele patrocina. Mas, quando se muda de lado de balcão, esse papel muda, porque se tem de ponderar os direitos fundamentais do acusado, que são muito importantes, porque o abuso no sistema penal é sempre um risco, com os interesses do sistema e com a próxima vítima. Nós somos, em alguma medida, guardiões da próxima vítima. Quando se prende alguém, não é por prazer, não é por desfastio, é porque se está protegendo pessoas e instituições.

ADC 44 / DF

Portanto, não é com regozijo que se troca de lado da advocacia para a magistratura; é uma missão muito espinhosa. É mais bacana defender a liberdade do que mandar prender, mas eu tenho de evitar o próximo estupro, o próximo homicídio, o próximo roubo, quando isso seja perceptível dos autos.

E, além disso, foi introduzido na Constituição pela Emenda Constitucional nº 41, logo em 2005, o Ministro Márcio Thomaz Bastos era o Ministro da Justiça e introduziu na Constituição. Estivemos o Ministro Fachin e eu numa comissão constituída por ele, que impulsionou o trâmite dessa reforma do Judiciário - eu me lembro que nós escolhemos pontos específicos que incluíam a repercussão geral, a súmula vinculante, a autonomia para a Defensoria Pública -, para investir naqueles pontos na aprovação no Congresso Nacional. E ali se aprovou este dispositivo:

"LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação."

Portanto, entre teses alternativas razoáveis, se uma acelera a tramitação e a outra retarda indefinidamente, também aqui há um vetor constitucional que aponte.

Agora, nada disso estaria acontecendo se os processos demorassem o que têm que demorar: seis meses, um ano, um ano e meio se for muito complexo. Aí se poderia esperar. O que não pode é a execução da pena se dar doze, catorze, quinze, dezoito anos, recentemente, na Primeira Turma, nós condenamos um agente público, com pena, porque já estava entrado em anos, octogenário. Mas desviava dinheiro desde cedo, viu? Portanto, a punição retardada não é boa para ninguém. Àquela altura da vida, já deveria estar solto, desfrutando dos netos.

O sistema tem que ser eficiente. Não é possível nós nos acomodarmos com esse patamar muito ruim de justiça de uma maneira geral.

O terceiro motivo é que, depois da condenação em segundo grau, já não há mais dúvida sobre autoria e materialidade. Não é possível

ADC 44 / DF

produzir provas depois e, portanto, se já não há mais dúvida de que o crime foi cometido e de que aquele é o autor, considero um mandamento de ordem pública que se dê cumprimento à decisão.

E, se alguém quiser um fundamento infraconstitucional para a prisão depois do segundo grau, é o art. 312 do Código de Processo Penal - garantia da ordem pública -, porque alguém condenado em segundo grau permanecer mais três, cinco, sete, oito, dez anos levando vida normal, muitas vezes desfrutando do dinheiro que desviou ou convivendo com a família da vítima que tem que ver todos os dias é negação de justiça. Portanto, para a credibilidade da Justiça, uma vez assentada a culpabilidade e tendo em vista os índices irrisórios de reforma - e vou chegar a esse ponto, Presidente, vou acelerar um pouquinho aqui, mas essa é uma questão muito importante. E aqui outra coisa: estatística é uma coisa séria. Não é assim 30%, 50%, 70%. É preciso trabalhar com dados reais.

Portanto, esses são três dos argumentos jurídicos, aqui acrescidos de que o art. 283, que é o do qual se pede a declaração de constitucionalidade, evidentemente não impede a execução depois do segundo grau.

Aliás, nas ações, diz-se que, no julgamento do *habeas corpus*, não se discutiu o art. 283. Eu fui ao meu voto no *habeas corpus* e aqui transcrevo exatamente o que disse no primeiro *habeas corpus* trazido pelo Ministro Teori:

"Essa ponderação de bens jurídicos não é obstaculizada pelo art. 283 do Código de Processo Penal, (...) Note-se que esse dispositivo admite prisão temporária e prisão preventiva, que podem ser decretadas por fundamentos puramente infraconstitucionais (...)."

Quando é que se pode decretar?

"(...) quando imprescindível para as investigações no inquérito (...) ou por conveniência da instrução criminal (...) . Naturalmente, não serve

ADC 44 / DF

o art. 283 do CPP" - dizia eu lá - "para impedir a prisão após a condenação em segundo grau - quando já há certeza acerca da materialidade e autoria - por fundamento diretamente constitucional. Acentue-se, porque relevante: interpreta-se a legislação ordinária à luz da Constituição, e não o contrário."

E digo agora em português simples e claro: se o dispositivo não impede a prisão nem antes da sentença de primeiro grau, porque permite a prisão cautelar e provisória, por que razão haveria de proibi-la depois de assentada a culpa por uma decisão de segundo grau?

Admitindo-se, sem conceder, mas admitindo-se que essa fosse uma interpretação possível, evidentemente ela não é a única e, sobretudo, ela não é a melhor, até porque tem que ser conciliada com o art. 637 do próprio Código de Processo Penal, que diz:

"Art. 637. O recurso extraordinário não tem efeito suspensivo (...) e os originais da decisão baixarão à primeira instância, para a execução da sentença."

Se o recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, pode-se, naturalmente, executar a decisão. Foi isso o que largamente disse o Ministro Teori Zavascki no voto do *habeas corpus* e depois no voto em que reafirmou a jurisprudência deste Tribunal.

Por fim, Presidente, chego ao capítulo final do meu voto e peço desculpas por ser um voto alongado, mas essa é uma questão muito importante. E eu, de novo, voltarei a trabalhar com números e impacto sobre a realidade, porque considero que isso é muito importante.

Como eu já me manifestei diversas vezes aqui, nessa bancada, nós precisamos de um giro empírico-pragmático no Brasil. Nós temos que abdicar da retórica tonitruante e vazia e trabalhar com dados da realidade. Empírico, porque depende da experiência, e pragmático, porque é preciso ver os resultados que se produzem.

E aqui, Presidente, embora existam muitas complexidades e sutilezas que eu estou aqui abreviando, não estando em jogo valores ou

ADC 44 / DF

direitos fundamentais, ou estando em jogo direitos fundamentais contrapostos, será legítimo, quando não exigível, que o intérprete construa como solução mais adequada a que produza as melhores consequências para a sociedade.

Eu não estou falando de prender A B ou C. Nós não estamos falando de um processo criminal. Processo criminal é prova. Nós estamos falando de sentidos a serem dados a um texto constitucional. Nós estamos discutindo qual a tese produz melhores resultados para a sociedade.

E aqui, eu gostaria de, nesse capítulo final, trabalhar com alguns números, alguns deles recentemente obtidos, também gentilmente, na Presidência do Supremo, fornecidos pela Secretária-Geral.

No voto anterior, na cautelar, eu trouxe os dados de que, no período entre 1º de janeiro de 2009 até 19 de abril de 2016, os recursos extraordinários em matéria penal no Supremo apresentavam os seguintes números: 25.707 recursos extraordinários ou agravos em matéria criminal. Desse total, um percentual de 2,93% foram acolhidos, tanto em favor da acusação quanto da defesa.

Quando se vai verificar o percentual de recursos extraordinários acolhidos em favor dos réus, cai para 1,12%. E, quando se vai examinar o percentual de absolvições, é de 0,035%. Em 25 mil recursos extraordinários, houve 9 casos de absolvição.

Disse eu, na época:

"(...) aguardar-se o trânsito em julgado do recurso extraordinário produz impacto de 1,12% em favor da defesa, sendo que apenas 0,035% de absolvições."

Subordinar todo o sistema de justiça a esses números irrisórios de reforma da decisão, a meu ver, não tem razoabilidade nem racionalidade.

Já agora, a meu pedido, a Presidência do Tribunal atualizou esses dados. E de novo me surpreendi com os dados oficiais da Presidência. Entre os processos que transitaram em julgado de 2009 a 2019, Presidente, 97,23% dos recursos criminais foram desprovidos e o índice de provimento foi de 2,77%, entre defesa e acusação. Não houve tempo de se

ADC 44 / DF

fazer a separação de quantos eram da defesa e da acusação, mas, mesmo que se dividesse ao meio, o que não é fato, porque tem mais recurso provido para a acusação, nós estaríamos falando de 1,38% no total de recursos, e de novo vamos cair em 0,0 alguma coisa de absolvição.

De modo que eu insisto que protelar o processo por muitos anos - e vou chegar a esse ponto do muitos dos anos -, por uma porcentagem ínfima de reforma, todas as vênias, não faz sentido. Eu entendo a posição dos que acham que bastaria um caso para justificar. Eu entendo. Mas, por essa lógica, iríamos fechar todos os aeroportos, porque apesar de todos os esforços e de toda segurança, vez por outra, tem um acidente, ou o mesmo para a indústria automobilística, ou para construção civil, ou para quase todas as atividades humanas do mundo. Não há sistema de justiça, não há atividade humana imune a algum grau de erro. Sendo certo que, quando um tribunal superior reforma decisão de um tribunal inferior, não quer necessariamente dizer que o inferior estava errado; quer dizer apenas que alguém falou por último. E se tiver alguém acima do Supremo, vai reformar decisões do Supremo, porque assim é a vida.

Os números no Superior Tribunal de Justiça são os mesmos do meu voto anterior, Presidente. Não vou reiterar, mas são muito parecidos com os do Supremo: 0,62% de absolvição no Superior Tribunal de Justiça. Eu consideraria razoável somar a este número 1,02% de substituição de pena privativa por medida restritiva. Portanto, estamos falando de 1,64%.

Há uma reportagem, Presidente, da Folha de São Paulo, dos jornalistas Flávia Faria e Guilherme Garcia, publicada na semana passada, 16/10/2019, em que se afirma - suponho que com base nas informações da Presidência - que 63% dos recursos levam até um ano para transitar em julgado no STJ; e, no STF, 77% transitam em julgado em um ano. Eu não vi a pesquisa, ela não é oficial, mas vou aceitar como uma pesquisa correta. Mas é preciso ler esta pesquisa a *contrario sensu*: no STJ, 37% dos casos levam mais de um ano; e, no STF, 23% dos casos levam mais de um ano. É aí que mora o problema. Como bem constataram os próprios jornalistas:

“Quem tem recursos financeiros para arcar com bons

ADC 44 / DF

advogados tem mais poder para recorrer às cortes superiores e há, assim, casos que se desenrolam por anos, ainda que sejam minoria”.

É nesses 37% do STJ e nos 23% do Supremo que se encontram os casos da alta criminalidade, as situações emblemáticas de réus ricos e poderosos que não deixam o processo acabar. Esses é que serão os grandes beneficiários da mudança de orientação jurisprudencial. Esses casos levam anos, muitos anos. Ninguém se iluda.

Eu fui colher os números da Lava Jato: 74 pessoas foram condenadas, em segunda instância, nos processos da Lava Jato, no Paraná, segundo Ministério Público. Dentre essas pessoas: João Vaccari Neto, José Dirceu, Eduardo Cunha, Delúbio Soares, Sérgio Cabral, Gim Argello, José Carlos Bumlai, Renato Duque e André Vargas. Desses, 36 fizeram acordos de colaboração premiada. Em relação aos 38 restantes, só 8 transitaram em julgado. As decisões são de 2015.

Portanto, quando nós estamos falando de alta criminalidade, o trânsito em julgado é lerdo, é muito lerdo - ainda está no STJ.

Outra observação, Presidente, os números do tempo de tramitação, nos tribunais superiores, não levam em conta o tempo que os processos tramitam nos tribunais de origem; leva de um a três anos para subir. E, aí, esse é um dado difícil, porque, como julgamento foi marcado, Presidente, com um curto período, não foi possível levantar todas as estatísticas, e essa não é uma estatística que se obtenha com facilidade. Mas há uma inspeção do Conselho da Justiça Federal, no Tribunal Regional Federal da 1ª Região, de 2015. Na 1ª Região, leva de um a dois anos o juízo de admissibilidade, sem contar o período que vai da interposição do recurso, contrarrazões, até chegar ao juízo de admissibilidade. Portanto, nós estamos falando que, depois da decisão de segundo grau até chegar ao Supremo, passam-se, em muitos tribunais, dos mais sobrecarregados, no mínimo um ano, com frequência, dois anos. No caso do TRF-1, era de um a dois anos, em 2015. Mas, de lá para cá, aumentou 48% a carga de processos, segundo o Conselho da Justiça Federal. Portanto, deve estar levando mais de dois. Assim, o tempo que leva no Tribunal Superior deve

ADC 44 / DF

ser adicionado ao tempo que leva no tribunal de origem.

E o que acontece quando finalmente se decide isso? Vamos analisar um processo que andou relativamente rápido: levou dois anos no primeiro grau, dois anos no segundo grau, dois anos para subir e um ano aqui. Estamos falando de pelo menos seis anos. E esses são os processos simples, porque, se for complicado, pode dobrar esse tempo. Não é bom esse sistema. Logo, não poder executar depois do segundo grau, ainda tem que contabilizar o tempo que passa no tribunal de origem.

Eu tenho aqui, Presidente, a estatística de mil casos em que houve prescrição, ou no STJ ou no Supremo, e chego à conclusão do meu voto.

O Brasil vive uma epidemia de violência e de corrupção. Nós nos tornamos o país mais violento do mundo, com 60 mil mortes por homicídio ao ano. É um número superior ao da guerra da Síria. O Brasil também vive uma epidemia de corrupção. Todos nós assistimos ao que aconteceu aqui.

De acordo com a Transparência Internacional, organização reconhecida globalmente, o índice da percepção da corrupção no País tem piorado dramaticamente. Entre 180 países, nós ficamos na metade considerada mais corrupta. Em 2015, ocupávamos a 69ª posição; em 2016, pioramos para a 79ª; em 2017, caímos para a 96ª e, em 2018, estamos na 105ª posição na percepção de corrupção por parte da população.

Esse é o contexto brasileiro, são os números da nossa vergonha. O que justificaria, diante deste quadro, o Supremo Tribunal Federal, revertendo o entendimento anterior que produziu resultados relevantes, adotar uma posição a qual vai dificultar o enfrentamento dessa situação dramática? Respeitando todas as posições, de que lado da História nós estamos?

Outro ponto. Eu tenho grande apreço pelas instituições, inclusive pela instituição em que trabalho, o Supremo Tribunal Federal, e não tenho nenhuma ambição nessa vida que não seja fazer um País melhor e maior. Considero que instituições políticas e econômicas inclusivas, eficientes e responsivas à sociedade estão na origem da prosperidade das nações, fazendo coro ao que escreveram Daron Acemoglu e James

ADC 44 / DF

Robinson no livro *Por que as nações fracassam*. Porque acredito nas instituições e tenho um apreço real pela instituição em que trabalho, preocupo-me, sim, com a imagem e com percepção que sociedade tem do Supremo Tribunal Federal. E a sociedade questiona, porque não consegue compreender muitas das decisões. E, aqui, eu respeito, e nada do que vou dizer importa em crítica ou despreço à variedade de posições dentro de um Tribunal, o qual deve ser independente. Estou documentando o fato de que a sociedade tem dificuldade de compreender um conjunto de decisões que, ao ver dela, sociedade, torna mais difícil a superação do quadro descrito por mim antes. Já listei essas hipóteses em decisão anterior, retirada dos casos da 13ª Vara Federal, onde estava funcionando, transferência da Justiça Federal para Justiça Eleitoral; considerou-se inconstitucional a condução coercitiva que vigorava há décadas; entendeu-se que o afastamento de parlamentar que utiliza o cargo para praticar crimes está sujeito à casa legislativa; mais de 50 *habeas corpus* no Rio de Janeiro, um Estado devastado pela corrupção; tivemos a situação de que, se as alegações finais foram apresentadas pelo réu não colaborador em conjunto com o réu colaborador, anula tudo para trás; a suspensão dos processos em que houve compartilhamento de dados da Receita e do Coaf; e agora essa discussão do segundo grau. É um conjunto de decisões que, muitas vezes, a sociedade não compreende e tampouco eu.

Por fim, há uma questão que considero importante. Há décadas o Brasil tenta furar o cerco da renda média e se tornar um país verdadeiramente desenvolvido. Ser desenvolvido significa melhor educação, melhor saúde, melhores salários, melhor qualidade de vida para a população. Não é um objetivo desimportante. O clube das nações desenvolvidas é a OCDE, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico. Pois também me preocupa a percepção que o mundo desenvolvido tem do meu País. Essa não é uma questão supérflua. As sociedades capitalistas vivem da segurança jurídica, da confiança nas instituições e nos atores públicos e privados. É isso que determina o nível de investimento e o volume de negócios de um país e,

ADC 44 / DF

consequentemente, seu nível de emprego e perspectivas de desenvolvimento. E a percepção do Brasil pela OCDE, que é o clube dos países ricos em que o Brasil quer entrar, não é boa. Notícias da imprensa:

O Globo - *Barrar prisão após segunda instância será sinal muito ruim para o mundo, diz chefe anticorrupção da OCDE.* A notícia é dura, não vou ler.

UOL - *Preocupada com a capacidade do Brasil de investigar corrupção, OCDE envia missão ao país.*

Vortex - *Decisões do Supremo causaram desgaste com grupo da OCDE.*

Há uma percepção crítica do retrocesso que isso representa no enfrentamento da corrupção pelo mundo desenvolvido. E aqui, evidentemente, nem eu nem ninguém neste Tribunal é pautado por opinião seja doméstica, seja externa. Aqui cada um forma a sua própria opinião. Mas, no mundo globalizado, nenhum país pode ser uma ilha, menos ainda uma ilha de impunidade. Na frase inspirada do Vinícius de Moraes, *bastar-se a si mesmo é a maior solidão.*

Portanto, Presidente, tal como vejo, e esta é a minha compreensão sobre esse tema - de novo, sempre respeitando as visões diferentes -, nós precisamos substituir o pacto oligárquico que se celebrou aqui no Brasil, de apropriação privada e dos recursos públicos, por um pacto de integridade fundado em duas regras: no espaço público, não desviar dinheiro; no espaço privado, não passar os outros para trás. A integridade vem antes da ideologia, antes das escolhas políticas. A democracia tem espaço para liberais, progressistas, conservadores, mas não para a desonestidade aceita pacificamente. Esta é uma questão prévia. A busca por integridade não tem nada a ver com direita, não tem nada a ver com esquerda, centro, ou qualquer lugar do espectro político, tampouco com moralismo. Tem a ver com civilização, progresso e humanismo.

Quando eu interpreto a Constituição e estabeleço limites legítimos para direitos fundamentais, para o devido processo legal e para legítimas pretensões do sistema de defesa da sociedade, eu me preocupo em dar os incentivos certos para as pessoas, a fim de criar um tempo que supere tempos passados no Brasil, a ideia de que o crime compensa, de que os

ADC 44 / DF

bandidos sempre acabam perseguindo os mocinhos e que o mal vence no final. Nós queremos mudar essa história e restabelecer, nas pessoas em geral, a crença de que vale a pena ser honesto, agir de boa-fé e reafirmar a primazia dos bons sobre os espertos. É assim que eu interpreto a Constituição, porque acho que esses são os valores que estão nela escritos.

Portanto, acho que o Supremo, em boa hora, mudou para melhor a jurisprudência. Nós começamos a melhorar o País. O crime cada vez mais passou a oferecer mais riscos. Diminuímos os incentivos para o desvio de dinheiro. E penso, do fundo do coração, que não há pobre nessa história. Nós estamos falando da alta criminalidade, dos desvios graúdos de dinheiros públicos. E não gostaria de voltar atrás nessa matéria.

Assim sendo, tal como votara na cautelar, voto também aqui no sentido de julgar parcialmente procedente a ação, para interpretar conforme a Constituição o art. 283 do Código de Processo Penal, a fim de excluir a interpretação que impeça a possibilidade de execução de condenação criminal depois do segundo grau, porque acho que essa é a interpretação mais adequada da Constituição.

Peço desculpas por ter me alongado, Presidente e meus caros Colegas, mas considero este um ponto decisivo na mudança do Brasil.

Muito obrigado.

23/10/2019

PLENÁRIO

**AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE 44 DISTRITO
FEDERAL**

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

ADC 44 / DF

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

SUSPENSÃO DE JULGAMENTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Agradeço ao Ministro Luís **Roberto Barroso**; não há que se desculpar em relação ao tempo. A Presidência, como aprendi com o Ministro **Marco Aurélio**, é um coordenador dos trabalhos. Como coordenador dos trabalhos, entendo que cada qual dos Ministros terá o tempo que julgar necessário para proferir seu voto nesta tão importante matéria.

Registro a excelência dos votos proferidos, a partir do voto do Ministro **Marco Aurélio** e dos votos divergentes dos Ministros **Alexandre de Moraes**, **Luiz Edson Fachin** e, agora, encerrando, com um primoroso voto, o Ministro Luís **Roberto Barroso**. Todos esses votos honram e engrandecem o Supremo em um tema de tamanha importância.

Também registro e saúdo as manifestações orais do dia de hoje, a partir do Dr. Miguel Pereira Neto, do Dr. Tércio Lins e Silva, do Dr. André Mendonça, Advogado-Geral da União, e do Procurador-Geral da República, Antônio Augusto Aras, que, pela primeira vez, falou da bancada, mas que não pela primeira vez falou nesta Suprema Corte. Tal qual outros de nós - Ministro **Fachin** e Ministra **Cármen** -, já utilizou, no passado, honradamente, a outra tribuna, a da advocacia.

Eu registro, então, que, após o voto do Relator julgando procedente a ação para se declarar a constitucionalidade do art. 283, nos termos do dispositivo de seu voto, e dos votos dos Ministros **Alexandre de Moraes** - que julgava parcialmente procedente para se dar interpretação conforme -, Luís **Roberto Barroso** - que também votou nesse sentido da

ADC 44 / DF

interpretação conforme - e Luiz Edson Fachin - que julgava improcedente e declarava a inconstitucionalidade de interpretação que exija o trânsito em julgado do art. 283 -, o julgamento foi suspenso para a continuidade amanhã, às 14h.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE 44

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. MARCO AURÉLIO

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

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

INTDO.(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA

ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

INTDO.(A/S) : PRESIDENTE DA CÂMARA DOS DEPUTADOS

ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

INTDO.(A/S) : PRESIDENTE DO SENADO FEDERAL

ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

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

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

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

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

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

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

AM. CURIAE. : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

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

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

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

AM. CURIAE. : INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS - IAB

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

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

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

AM. CURIAE. : ASSOCIACAO DOS ADVOGADOS DE SAO PAULO

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

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

AM. CURIAE. : INSTITUTO DOS ADVOGADOS DE SÃO PAULO

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

AM. CURIAE. : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO (00000/DF)

Decisão: Após a leitura do relatório e a realização de sustentações orais, o julgamento foi suspenso. Falaram: pelo requerente, o Dr. Juliano Breda; pelo *amicus curiae* Defensoria Pública da União, o Dr. Gabriel Faria Oliveira, Defensor Público-Geral Federal; pelo *amicus curiae* Defensoria Pública do Estado de São Paulo, o Dr. Rafael Muneratti, Defensor Público do Estado de São Paulo; pelo *amicus curiae* Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, o Dr. Pedro Carriello, Defensor Público do Estado do

Rio de Janeiro; pelo *amicus curiae* Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas - ABRACRIM, o Dr. Lênio Streck; pelo *amicus curiae* Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCRIM, o Dr. Mauricio Stegemann Dieter; pelo *amicus curiae* Instituto Ibero Americano de Direito Público - Capítulo Brasileiro - IADP, o Dr. Frederico Guilherme Dias Sanches; pelo *amicus curiae* Instituto de Defesa do Direito de Defesa - Márcio Thomaz Bastos - IDDD, o Dr. Hugo Leonardo; e, pelo *amicus curiae* Associação dos Advogados de São Paulo, o Dr. Leonardo Sica. Presidência do Ministro Dias Toffoli. Plenário, 17.10.2019.

Decisão: Após o voto do Ministro Marco Aurélio (Relator), que julgava procedentes os pedidos formulados nas ações declaratórias de constitucionalidade n° 43, 44 e 54 para assentar a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal e, como consequência, determinava a suspensão de execução provisória de pena cuja decisão a encerrá-la ainda não haja transitado em julgado, bem assim a libertação daqueles que tenham sido presos, ante exame de apelação, reservando-se o recolhimento aos casos verdadeiramente enquadráveis no art. 312 do mencionado diploma processual, abrangendo, ainda, o pedido sucessivo, formulado na ação declaratória n° 43, no sentido de poderem ser implementadas, analogicamente ao previsto no art. 319 do Código de Processo Penal, medidas alternativas à custódia quanto a acusado cujo título condenatório não tenha alcançado a preclusão maior, o julgamento foi suspenso. Falaram: pelo *amicus curiae* Instituto dos Advogados de São Paulo - IASP, o Dr. Miguel Pereira Neto; pelo *amicus curiae* Instituto dos Advogados Brasileiros - IAB, o Dr. Tércio Lins e Silva; pela Advocacia-Geral da União, o Ministro André Luiz de Almeida Mendonça, Advogado-Geral da União; e, pela Procuradoria-Geral da República, o Dr. Antônio Augusto Brandão de Aras, Procurador-Geral da República. Ausente, justificadamente, o Ministro Celso de Mello. Presidência do Ministro Dias Toffoli. Plenário, 23.10.2019 (Sessão Extraordinária).

Decisão: Após os votos dos Ministros Alexandre de Moraes e Roberto Barroso, que julgavam parcialmente procedentes as ações declaratórias de constitucionalidade n° 43, 44 e 54, para dar interpretação conforme a Constituição ao art. 283 do Código de Processo Penal; e do voto do Ministro Edson Fachin, que julgava improcedentes as ações, o julgamento foi suspenso. Presidência do Ministro Dias Toffoli. Plenário, 23.10.2019 (Sessão Ordinária).

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

Procurador-Geral da República, Dr. Antônio Augusto Brandão de
Aras.

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Assessora-Chefe do Plenário

24/10/2019

PLENÁRIO

AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE 44 DISTRITO FEDERAL**VOTO**

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

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

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

ADC 44 / DF

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

Rememoro: a ADC 43 – distribuída em 19.5.2016 –, tem como autor o então denominado **Partido Ecológico Nacional – PEN**, desde 2018 nominado **Patriota (PATRI)**, e busca o reconhecimento da **higidez constitucional do art. 283 do CPP, com a redação conferida pela Lei nº 12.403/2011**. Nela veiculados, ainda, pedidos subsidiários: (i) declaração de que o **art. 283 do CPP é “ainda constitucional”**, “enquanto perdurar o atual “estado de coisas inconstitucional” no sistema penitenciário brasileiro ou venha a ser julgado o mérito da **ADPF 347**¹;

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

ADC 44 / DF

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

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

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

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

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

ADC 44 / DF

art. 283 do Código de Processo Penal, à anotação de que tal preceito, “*cuja redação foi alterada por meio da Lei na 12.403/11 - repetiu o dispositivo constitucional- precisamente para adequar a legislação processual à Carta Magna*”.

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

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

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

Conheço, pois, das três ações declaratórias de constitucionalidade.

3. Como também ontem o meu igualmente querido amigo Ministro Luís Roberto, em substancioso voto, pelo qual o cumprimento, apontou, o

ADC 44 / DF

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

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

I - processar e julgar, originariamente:

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

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

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

ADC 44 / DF

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

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

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

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

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

É que o conceito de democracia não se fisionomiza, nas sociedades contemporâneas, pela simples prevalência do princípio majoritário. Vai

ADC 44 / DF

além, identificando-se pela **conjugação de instituições majoritárias representativas do povo e instituições não eleitas de tutela dos direitos fundamentais**, a desenvolverem funções distintas e complementares para o funcionamento do Estado de Direito.²

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

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

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

ADC 44 / DF

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

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

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

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

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

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

ADC 44 / DF

“Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, **em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado** ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.” (redação dada pela Lei nº 12.403/2011)

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

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

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

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

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

ADC 44 / DF

jurisprudencial.

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

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

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

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

Optou, todavia, o Constituinte de 1988 não só por consagrar

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

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

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

ADC 44 / DF

expressamente a presunção de inocência, como a fazê-lo com a fixação de marco temporal expresse, **ao definir, com todas as letras, queiramos ou não, como termo final da garantia da presunção de inocência o trânsito em julgado da decisão condenatória.** Repito, *in verbis*: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

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

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

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

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

Da autoria do Constituinte Bonifácio de Andrada, em 09.6.1987, na Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da

ADC 44 / DF

Mulher, rejeitada a Emenda Substitutiva 670, que propunha delimitar a presunção de inocência da seguinte forma: *“Presume-se inocente todo acusado, até que haja declaração judicial de culpa”*.

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

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

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

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

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

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

ADC 44 / DF

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

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

Na mesma linha, ao indeferir o HC 68.726 (Relator Ministro Néri da Silveira, Tribunal Pleno, julgamento em 28.6.1991), o Plenário desta Corte, conforme consignado no voto condutor, adotou, por unanimidade, em

ADC 44 / DF

sessão em que ausentes os Ministros Sydney Sanches, Celso de Mello e Marco Aurélio, a compreensão de que a ordem de prisão decorrente de decisão de órgão julgador de segundo grau de jurisdição é de **natureza processual**, tal como a prisão decorrente de decreto de custódia preventiva, e “*concerne aos interesses da garantia da aplicação da lei penal ou da execução da pena imposta, após reconhecida a responsabilidade criminal do acusado, segundo o devido processo legal*”. Transcrevo a ementa:

“*HABEAS CORPUS. SENTENÇA CONDENATÓRIA MANTIDA EM SEGUNDO GRAU. MANDADO DE PRISÃO DO PACIENTE. INVOCAÇÃO DO ART. 5 , INCISO LVII, DA CONSTITUIÇÃO. CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, ART. 669. A ORDEM DE PRISÃO, EM DECORRÊNCIA DE DECRETO DE CUSTODIA PREVENTIVA, DE SENTENÇA DE PRONUNCIA OU DE DECISÃO DE ÓRGÃO JULGADOR DE SEGUNDO GRAU E DE NATUREZA PROCESSUAL E CONCERNE AOS INTERESSES DE GARANTIA DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL OU DE EXECUÇÃO DA PENA IMPOSTA, APÓS O DEVIDO PROCESSO LEGAL. NÃO CONFLITA COM O ART. 5 , INCISO LVII, DA CONSTITUIÇÃO. DE ACORDO COM O PAR. 2 DO ART. 27. DA LEI N 8.038/1990, OS RECURSOS EXTRAORDINÁRIO E ESPECIAL SÃO RECEBIDOS NO EFEITO DEVOLUTIVO. MANTIDA, POR UNANIMIDADE, A SENTENÇA CONDENATÓRIA, CONTRA A QUAL O RÉU APELARA EM LIBERDADE, EXAURIDAS ESTAO AS INSTANCIAS ORDINARIAS CRIMINAIS, NÃO SENDO, ASSIM, ILEGAL O MANDADO DE PRISÃO QUE ÓRGÃO JULGADOR DE SEGUNDO GRAU DETERMINA SE EXPECA CONTRA O RÉU. HABEAS CORPUS INDEFERIDO.*” (HC 68726/DF, Relator Ministro Néri da Silveira, Tribunal Pleno, julgamento em 28.6.1991, DJ 20.11.1992)

O entendimento se manteve no julgamento do **HC 69964/RJ** (Relator Ministro Ilmar Galvão, Tribunal Pleno, julgamento em 18.12.1992, DJ

ADC 44 / DF

01.7.1993), por maioria, cujo fundamento central foi já ter sido formada, naquele momento, cadeia de precedentes sobre a matéria:

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

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

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

ADC 44 / DF

presunção de inocência do acusado não impede a prisão antes do trânsito em julgado de decisão condenatória. Constituição Federal, art. 5., incisos LVII e LXI. Precedentes do STF. *Habeas Corpus* indeferido.” (HC 70363 (Relator Ministro Néri da Silveira, Segunda Turma, julgamento em 08.6.1993, DJ 13.12.1993)

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

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

ADC 44 / DF

13.9.1995, DJ 26.11.1999)

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

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

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

ADC 44 / DF

previsto no artigo 12 dessa mesma Lei com a causa especial de aumento prevista no dispositivo acima referido. Precedentes do S.T.F. "*Habeas corpus*" indeferido, cassada a liminar concedida, e negada a concessão, de ofício, da ordem." (HC 75233/SP, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, Redator p/ acórdão Ministro Moreira Alves, Primeira Turma, julgamento em 23.9.1997, DJ 19.11.1999)

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

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

ADC 44 / DF

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

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

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

ADC 44 / DF

ontem ouvimos, por ocasião do voto do Ministro Luiz Edson Fachin, seu eminente Relator, Ministro Celso de Mello, e assim ementado:

"HABEAS CORPUS - RÉU PRIMARIO E DE BONS ANTECEDENTES - PRISÃO PREVENTIVA - LEGALIDADE DE SUA DECRETAÇÃO - REFERENCIA NA SENTENÇA DE PRONUNCIA AS CIRCUNSTANCIAS QUALIFICADORAS - POSSIBILIDADE - PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA NÃO-CULPABILIDADE DOS REUS - ROL DOS CULPADOS (CPP, ART. 408, PAR. 1.) - INSUBSISTENCIA EM FACE DO ORDENAMENTO CONSTITUCIONAL SUPERVENIENTE - NECESSIDADE DO TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA - HIPÓTESE INOCORRENTE - PEDIDO DEFERIDO EM PARTE. - O lançamento do nome do acusado no rol dos culpados viola o princípio constitucional que, proclamado pelo art. 5., inciso LVII, da Carta Política, consagra, em nosso sistema jurídico, a presunção "*juris tantum*" de não-culpabilidade daqueles que figurem como réus NOS processos penais condenatórios. A norma inscrita no art. 408, PAR. 1., do CPP - que autoriza o juiz, quando da prolação da sentença de pronuncia, a ordenar o lançamento do nome do réu no rol dos culpados - esta derogada em face da superveniência de preceito constitucional com ela materialmente incompatível (CF, art. 5., LVII). A expressão legal "rol dos culpados" não tem sentido polissêmico. Há, pois, de ser entendida como locução designativa da relação de pessoas ja definitivamente condenadas. - A jurisprudência do STF tem reiteradamente proclamado a legitimidade jurídico-constitucional da prisão cautelar que, não obstante a presunção "*juris tantum*" de não-culpabilidade dos réus, PODE validamente incidir sobre o seu "*status libertatis*". Com a pronuncia do réu, que havia anteriormente sofrido decreto de prisão preventiva, torna-se legitima - desde que subsistentes os motivos dessa custodia - a manutenção de sua prisão cautelar, ainda que se trate de acusado primário e de bons antecedentes. - Reveste-se de plena validade jurídico-processual a sentença de

ADC 44 / DF

pronuncia que, atendendo aos requisitos do art. 408 e do art. 416 do CPP, especifica "todas as circunstâncias qualificativas do crime." (HC 69696/SP, Relator Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgamento em 18.12.1992, DJ 01.10.1993, destaquei)

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

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

1. O art. 637 do CPP estabelece que "[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença". A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória".

ADC 44 / DF

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 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

ADC 44 / DF

funcional [art. 2º da Lei n. 2.364/61, que deu nova redação à Lei n. 869/52], o STF afirmou, por unanimidade, que o preceito implica flagrante violação do disposto no inciso LVII do art. 5º da Constituição do Brasil. Isso porque --- disse o relator --- "a se admitir a redução da remuneração dos servidores em tais hipóteses, estar-se-ia validando verdadeira antecipação de pena, sem que esta tenha sido precedida do devido processo legal, e antes mesmo de qualquer condenação, nada importando que haja previsão de devolução das diferenças, em caso de absolvição". Daí porque a Corte decidiu, por unanimidade, sonoramente, no sentido do não recebimento do preceito da lei estadual pela Constituição de 1.988, afirmando de modo unânime a impossibilidade de antecipação de qualquer efeito afeto à propriedade anteriormente ao seu trânsito em julgado. A Corte que vigorosamente prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade não a deve negar quando se trate da garantia da liberdade, mesmo porque a propriedade tem mais a ver com as elites; a ameaça às liberdades alcança de modo efetivo as classes subalternas.

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

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

ADC 44 / DF

diferentes relatorias:

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

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

“HABEAS CORPUS - IMPETRAÇÃO FUNDADA, EM PARTE, EM RAZÕES NÃO APRECIADAS PELO TRIBUNAL APONTADO COMO COATOR - INCOGNOSCIBILIDADE, NO PONTO, DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL - PRISÃO CAUTELAR - CONDENAÇÃO PENAL RECORRÍVEL - SUBSISTÊNCIA, MESMO ASSIM, DA PRESUNÇÃO

ADC 44 / DF

CONSTITUCIONAL DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII) - RECONHECIMENTO DO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE - EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA - INADMISSIBILIDADE - DECRETABILIDADE DA PRISÃO CAUTELAR DO CONDENADO - POSSIBILIDADE, DESDE QUE SATISFEITOS OS REQUISITOS MENCIONADOS NO ART. 312 DO CPP - NECESSIDADE DA VERIFICAÇÃO CONCRETA, EM CADA CASO, DA IMPRESCINDIBILIDADE DA ADOÇÃO DESSA MEDIDA EXTRAORDINÁRIA - AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA IDÔNEA - SITUAÇÃO EXCEPCIONAL NÃO VERIFICADA NA ESPÉCIE - INJUSTO CONSTRANGIMENTO CONFIGURADO - PEDIDO CONHECIDO EM PARTE E, NESSA PARTE, DEFERIDO. IMPETRAÇÃO DE *HABEAS CORPUS* COM APOIO EM FUNDAMENTO NÃO EXAMINADO PELO TRIBUNAL APONTADO COMO COATOR: HIPÓTESE DE INCOGNOSCIBILIDADE DO *WRIT* CONSTITUCIONAL. - Revela-se insuscetível de conhecimento, pelo Supremo Tribunal Federal, o remédio constitucional de *habeas corpus*, quando impetrado com suporte em fundamento que não foi apreciado pelo Tribunal apontado como coator. Se se revelasse lícito ao impetrante agir *per saltum*, registrar-se-ia indevida supressão de instância, com evidente subversão de princípios básicos de ordem processual. Precedentes. PRISÃO CAUTELAR - CARÁTER EXCEPCIONAL. - A privação cautelar da liberdade individual - cuja decretação resulta possível em virtude de expressa cláusula inscrita no próprio texto da Constituição da República (CF, art. 5º, LXI), não conflitanda, por isso mesmo, com a presunção constitucional de inocência (CF, art. 5º, LVII) - reveste-se de caráter excepcional, somente devendo ser ordenada, por tal razão, em situações de absoluta e real necessidade. A MANUTENÇÃO DA PRISÃO EM FLAGRANTE - ENQUANTO MEDIDA DE NATUREZA CAUTELAR - NÃO PODE SER UTILIZADA COMO INSTRUMENTO DE PUNIÇÃO ANTECIPADA DO INDICIADO OU DO RÉU. - A prisão cautelar não pode - nem

ADC 44 / DF

deve - ser utilizada, pelo Poder Público, como instrumento de punição antecipada daquele a quem se imputou a prática do delito, pois, no sistema jurídico brasileiro, fundado em bases democráticas, prevalece o princípio da liberdade, incompatível com punições sem processo e inconciliável com condenações sem defesa prévia. A prisão cautelar - que não deve ser confundida com a prisão penal - não objetiva infligir punição àquele que sofre a sua decretação, mas destina-se, considerada a função cautelar que lhe é inerente, a atuar em benefício da atividade estatal desenvolvida no processo penal. Precedentes. **AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO, NO CASO, DA NECESSIDADE CONCRETA DE MANTER-SE A PRISÃO CAUTELAR DO PACIENTE. - Sem que se caracterize situação de real necessidade, não se legitima a privação cautelar da liberdade individual do indiciado ou do réu. Ausentes razões de necessidade, revela-se incabível, ante a sua excepcionalidade, a decretação ou a subsistência da prisão cautelar. A PRESUNÇÃO CONSTITUCIONAL DE INOCÊNCIA IMPEDE QUE O ESTADO TRATE COMO SE CULPADO FOSSE AQUELE QUE AINDA NÃO SOFREU CONDENAÇÃO PENAL IRRECORRÍVEL. - A prerrogativa jurídica da liberdade - que possui extração constitucional (CF, art. 5º, LXI e LXV) - não pode ser ofendida por interpretações doutrinárias ou jurisprudenciais que, fundadas em preocupante discurso de conteúdo autoritário, culminam por consagrar, paradoxalmente, em detrimento de direitos e garantias fundamentais proclamados pela Constituição da República, a ideologia da lei e da ordem. Mesmo que se trate de pessoa acusada da suposta prática de crime hediondo, e até que sobrevenha sentença penal condenatória irrecorrível, não se revela possível - por efeito de insuperável vedação constitucional (CF, art. 5º, LVII) - presumir-lhe a culpabilidade. Ninguém, absolutamente ninguém, pode ser tratado como culpado, qualquer que seja o ilícito penal cuja prática lhe tenha sido atribuída, sem que exista, a esse respeito, decisão judicial condenatória transitada em julgado.**

ADC 44 / DF

O princípio constitucional do estado de inocência, tal como delineado em nosso sistema jurídico, consagra uma regra de tratamento que impede o Poder Público de agir e de se comportar, em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao réu, como se estes já houvessem sido condenados, definitivamente, por sentença do Poder Judiciário. Precedentes.” (HC 93261/BA, Relator Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, julgamento em 12.8.2008, DJe 19.11.2012)

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

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

ADC 44 / DF

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

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

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

ADC 44 / DF

quando do julgamento do HC nº 109.956/PR, Relator o Ministro Marco Aurélio, a inadmissibilidade do *habeas corpus* que tenha por objetivo substituir o recurso ordinário. 2. Nada impede, entretanto, que a Suprema Corte, quando do manejo inadequado do *habeas corpus* como substitutivo (art. 102, inciso II, alínea a, da CF), analise a questão de ofício nas hipóteses de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou teratologia, o que é o caso dos autos. 3. Não vislumbro, nesse caso, subsistirem os requisitos cautelares previstos no art. 312 do Código de Processo Penal. Entendo que os argumentos do Juízo de origem que ensejaram a decretação da prisão preventiva não mais remontam, de fato, à garantia da paz e da tranquilidade social. 4. **O posicionamento da Suprema Corte, de há muito conhecido, é de que ofende o princípio da não culpabilidade a execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, ressalvada a hipótese de prisão cautelar do réu, desde que presentes os requisitos autorizadores previstos no art. 312 do Código de Processo Penal. Precedentes.** 5. não mais subsistente a situação fática que ensejou a manutenção da prisão cautelar, é o caso de concessão de ordem de *habeas corpus*, de ofício, para que o juízo de piso substitua a segregação cautelar por qualquer das medidas cautelares diversas da prisão previstas nos incisos I, II, IV e V do art. 319 do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei nº 12.403/11. 6. *Habeas corpus* extinto, por inadequação da via processual eleita. Ordem concedida de ofício.” (HC 113910/RJ, Relator Ministro Dias Toffoli, Primeira Turma, julgamento em 07.5.2013, DJe 31.7.2013, destaquei)

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

ADC 44 / DF

01/1969.

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

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

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

(i) em flagrante delito;

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

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

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

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

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

ADC 44 / DF

Política, ou, dito de outra forma, se com ela guarda conformidade.

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

“CONSTITUCIONAL. *HABEAS CORPUS*. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. **A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal.** 2. *Habeas corpus* denegado.” (HC 126.292/SP, Relator Ministro Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgamento em 17.02.2016, DJe 17.5.2016, destaquei)

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

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

ADC 44 / DF

extraordinária. Extraio do percuciente voto condutor, da lavra do saudoso e querido Ministro Teori Zavascki, parágrafos que reputo contemplarem o cerne da justificativa de tal razão de decidir:

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

(…)

Não custa insistir que **os recursos de natureza extraordinária não têm por finalidade específica examinar a justiça ou injustiça de sentenças em casos concretos. Destinam-se, precipuamente, à preservação da higidez do sistema normativo**. Isso ficou mais uma vez evidenciado, no que se refere ao recurso extraordinário, com a edição da EC 45/2004, ao inserir como requisito de admissibilidade desse recurso a existência de repercussão geral da matéria a ser

ADC 44 / DF

julgada, impondo ao recorrente, assim, o ônus de demonstrar a relevância jurídica, política, social ou econômica da questão controvertida. Vale dizer, **o Supremo Tribunal Federal somente está autorizado a conhecer daqueles recursos que tratem de questões constitucionais que transcendam o interesse subjetivo da parte, sendo irrelevante, para esse efeito, as circunstâncias do caso concreto.** E, mesmo diante das restritas hipóteses de admissibilidade dos recursos extraordinários, tem se mostrado infrequentes as hipóteses de êxito do recorrente. Afinal, os julgamentos realizados pelos Tribunais Superiores não se vocacionam a permear a discussão acerca da culpa, e, por isso, apenas excepcionalmente teriam, sob o aspecto fático, aptidão para modificar a situação do sentenciado.” (destaquei)

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

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

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

ADC 44 / DF

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

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

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

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

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

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

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

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

ADC 44 / DF

dominante, em julgamento do qual não participei.

E minha postura, frente ao estado da arte naquele momento, foi a de acatar o entendimento sedimentado pelo Plenário, vale dizer, **a de decidir em conformidade com a jurisprudência do STF**, em atenção ao **dever de equidade que há de nortear a prestação jurisdicional – (*treat like cases alike* – tratar casos semelhantes de modo semelhante) –, e em respeito ao princípio da colegialidade - meio de atribuir autoridade e institucionalidade às decisões desta Casa**, enquanto expressão da exigência de **integridade da jurisprudência -**, hoje positivada no **art. 926, caput, do CPC/2015⁹**, e em respeito ainda à **impessoalidade e à eficácia das decisões desta Corte em processos de índole objetiva**, como já ressaltei incontáveis vezes.

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

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

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

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

ADC 44 / DF

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

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

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

ADC 44 / DF

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

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

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

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

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

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

ADC 44 / DF

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

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

Afinal, o que é o *habeas corpus*?

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

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

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

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

ADC 44 / DF

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

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

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

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

ADC 44 / DF

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

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

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

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

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

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

13

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

ADC 44 / DF

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

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

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

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

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

ADC 44 / DF

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

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

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

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

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

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

16 Idem.

ADC 44 / DF

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

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

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

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

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

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

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

ADC 44 / DF

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

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

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

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

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

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

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

ADC 44 / DF

EUA de 1956 a 1990:

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

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

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

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

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

ADC 44 / DF

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

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

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

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

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

ADC 44 / DF

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

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

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

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

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

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

25 [Ó vós que tendes inteligência sadia,
atentai à doutrina que se esconde
sob o véu dos versos estranhos.]
(Dante, Inferno, IX, 61-63).

ADC 44 / DF

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

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

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

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

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

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

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

ADC 44 / DF

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

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

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

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

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

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

ADC 44 / DF

detenção deve ser severamente reprimido pela lei.”

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

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

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

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

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

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

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

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

ADC 44 / DF

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

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

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

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

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

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

ADC 44 / DF

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

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

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

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

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

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

No Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, a presunção

32

BECCARIA, Cesare. Dos Delitos e das Penas.

ADC 44 / DF

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

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

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

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

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

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

ADC 44 / DF

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

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

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

ADC 44 / DF

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

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

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

ADC 44 / DF

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

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

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

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

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

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

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

ADC 44 / DF

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

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

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

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

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

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

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

ADC 44 / DF

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

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

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

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

35

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

ADC 44 / DF

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

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

Lembro Kaváfis, em *À Espera dos Bárbaros*:

O que esperamos na ágora reunidos?

É que os bárbaros chegam hoje.

(...)

Por que subitamente esta inquietude?

(Que seriedade nas fisionomias!)

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

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

Sem bárbaros o que será de nós?

Ah! eles eram uma solução.

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

É como voto.

24/10/2019

PLENÁRIO

**AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE 44 DISTRITO
FEDERAL**

OBSERVAÇÃO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

A eminente Ministra **Rosa Weber** acompanha o Relator no dispositivo, no sentido da procedência da ação.

Gostaria de registrar que o voto de Vossa Excelência é um voto que também, como os votos proferidos na data de ontem, honram essa Casa, tal qual, ontem, também já me manifestara.

Isso demonstra exatamente a razão de ser de uma Corte Constitucional: a pluralidade. E Vossa Excelência, inclusive, acaba de mencionar que está julgando procedente, mas, na eventualidade do resultado final, há algumas ponderações a serem feitas.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Presidente, creio que, talvez, Sua Excelência não subscreva a cláusula em que determino a soltura daqueles presos indevidamente. O faria até mesmo mediante concessão de *habeas corpus* de ofício.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Esse é um tema que será ou não debatido futuramente, de acordo com o resultado.

O que eu gostaria de registrar realmente é a razão de ser de uma colegialidade: são as diferenças, a pluralidade. Como diz o Ministro **Marco Aurélio**, é a soma das forças distintas que faz a grandeza desta Corte. Ou, citando Hannah Arendt, que já foi citada aqui ontem e hoje: Democracia é pluralidade. O Poder que não é plural é autoritário. E é exatamente nessa pluralidade que residem a força e a democracia interna desta Corte.

24/10/2019

PLENÁRIO

AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE 44 DISTRITO FEDERAL**ANTECIPAÇÃO AO VOTO**

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Queria parabenizar os Colegas que me antecederam na votação: Ministros Marco Aurélio - sempre coerente com seus pensamentos e entendimentos firmados na Primeira Turma -, Alexandre de Moraes, Edson Fachin, Luís Roberto Barroso e Ministra Rosa Weber, que acaba de proferir um magnífico voto.

Tudo isso a demonstrar, Senhor Presidente, como é difícil nossa tarefa de julgar. Não é à toa que o Professor Piero Calamandrei, quando lavrou a obra "O elogio aos juízes feito pelo advogado", dizia que, realmente, a Justiça era o maior sacerdócio, o maior apostolado a que um homem poderia se dedicar neste mundo de Deus.

Realmente, nós estamos diante de uma questão objetiva e, nessas questões objetivas, é natural que haja manifestações objetivas de apreço ou despreço por esta ou aquela questão. Mas, como o Ministro Marco Aurélio, nosso Decano da Primeira Turma, costuma destacar sempre, temos aqui a nossa independência jurídica, que é insindicável por qualquer Colega.

Por outro lado, a beleza dessa votação, em sentido, às vezes, divergente, às vezes, convergente, é que faz a beleza do Colegiado.

Queria destacar também um aspecto muito interessante, Senhor Presidente. Verificamos, ontem e hoje, serem proferidos os votos sem nenhuma intervenção, de qualquer Colega, permitindo que o votante pudesse digredir com tranquilidade e chegar a suas conclusões, digamos assim, obedecidas as adversidades. Nós temos aqui dissenso, mas não temos discórdia: isso é elogiável!

Também anotei, Senhor Presidente, no sentido de lavrar elogio dos Juízes aos advogados. Quando Piero Calamandrei escreveu a obra "O elogio aos juízes feito por advogados", sofreu a crítica de que os juízes jamais fariam elogios aos advogados. Mas eu gostaria, aqui, de negar esta

ADC 44 / DF

afirmação, para dizer do elogio aos eminentes advogados, que trouxeram subsídios, de acordo com seu convencimento, e tornaram este debate riquíssimo.

Senhor Presidente, cada Colega tem uma forma de votar e de expor suas ideias. Há uns que são mais profundos e serenos e outros são mais eloquentes, depende muito do temperamento de cada um. Eu vou manter minha tradição: às vezes, chego um pouquinho à eloquência, mas, digamos assim, eu mesmo ouço a minha voz.

24/10/2019

PLENÁRIO

**AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE 44 DISTRITO
FEDERAL**

VOTO

**AÇÃO DECLARATÓRIA DE
CONSTITUCIONALIDADE. ART. 283 DO
CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.
NORMA QUE CONDICIONA A PRISÃO
À FLAGRÂNCIA DELITIVA, À
PRESENÇA DOS REQUISITOS
CAUTELARES OU AO TRÂNSITO EM
JULGADO DA CONDENAÇÃO.
EXECUÇÃO DA PENA A PARTIR DO
ESGOTAMENTO DAS INSTÂNCIAS
ORDINÁRIAS. PRINCÍPIO
CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO
DE INOCÊNCIA. COMPATIBILIDADE.
INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA.
EXISTÊNCIA DE NORMAS
CONSTITUCIONAIS, SUPRALEGAIS E
ORDINÁRIAS A AUTORIZAR A
EXECUÇÃO DA PENA A PARTIR DO
ESGOTAMENTO DAS INSTÂNCIAS
ORDINÁRIAS.**

1. (a) A interpretação jurídica, no dizer de Gustav Radbruch, *“não é pura e simplesmente um pensar de novo aquilo que já foi pensado, mas, pelo contrário, um saber pensar até o fim aquilo que já começou a ser pensado por um outro”*.

(b) Na clássica lição do jurista alemão

ADC 44 / DF

Friedrich Müller, *“Uma norma no sentido da metódica tradicional (isto é: o teor literal de uma norma) pode parecer “clara” ou mesmo “unívoca” no papel, já o próximo caso prático ao qual ela deve ser aplicada pode fazer que ela se afigure extremamente “destituída de clareza”.* Isto se evidencia sempre somente na tentativa efetiva da concretização. Nela não se “aplica” algo pronto e acabado a um conjunto de fatos igualmente compreensível como concluído. O positivismo legalista alegou e continua alegando isso. Mas a norma jurídica não está pronta nem substancialmente concluída” (MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional.** 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 61/62).

(c) Deveras, é mediante o exercício da atividade jurisdicional que *“as exigências sociais são imediatamente absorvidas e racionalizadas pelo aplicador do direito, sob a forma de mutações normativas ou novas leituras dos mesmos enunciados normativos”* (MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional.** São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 51).

(d) A complexidade do ordenamento jurídico impõe a observância de todo o sistema normativo pelo intérprete, sob pena de, mediante simplificada *“interpretação em tiras”*, estabelecer-se absoluta

ADC 44 / DF

desfuncionalidade, danosa para todo o corpo social.

(e) Em sede de interpretação de normas constitucionais, dotadas de alto grau de vagueza, abstração e de possíveis antinomias a serem superadas na harmonização geral do sistema, é sempre válida a lição do eminente jurista e ex-Ministro desta Corte, Carlos Maximiliano, *in verbis*: “*Não raro os brocardos já se acham destituídos de valor científico (exemplo - in claris cessat interpretatio), ou, pelo menos, são falsos e inexatos na sua generalidade forçada, em desacordo com a origem [...] Aplicam-se mais extensamente do que se deve, tornam-se fontes de erros e confusões, pelo motivo apontado, de ser a forma muito mais geral do que o conteúdo*” (MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 19ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010, p. 196).

2. (a) A presunção de inocência deve ser protegida em seu núcleo essencial, revelando-se um **princípio de natureza processual penal**, a conferir ao réu o **privilégio contra a autoincriminação** (*nemo tenetur se detegere*), o **direito de ser absolvido em caso de dúvida razoável quanto às provas** (*in dubio pro reo*) e a **atribuir o ônus da prova à acusação, sem possibilidade de sua inversão ou de obrigá-lo a colaborar com a acusação em qualquer fase do processo**. Nesse sentido:

ADC 44 / DF

HC 68.726, Tribunal Pleno, Rel. Min. Néri da Silveira; HC 126.292, Tribunal Pleno, Rel. Min. Teori Zavascki; HC 152.752, Tribunal Pleno, Rel. Min. Edson Fachin; ADCs 43 e 44-MC, Tribunal Pleno, Rel. p/ Acórdão Min. Edson Fachin; RE 964.246-RG, Tribunal Pleno, Rel. Min. Teori Zavascki).

(b) Nesse sentido, salientei, no julgamento do HC 152.752, que, sob o prisma histórico, o princípio da presunção de inocência **lança raízes na superação dos abusos do processo inquisitorial**, no qual era o acusado quem deveria provar sua inocência. Com efeito, durante toda a Idade Média até o Iluminismo, a ausência de provas da prática criminosa conduzia ao emprego das “ordálias” como prova judicial, submetendo-se o acusado a testes extremos, aos quais somente triunfaria mediante intervenção divina, que, então, revelava a inocência do réu.

(c) O princípio da presunção de inocência, como regra processual, desdobra-se em dois aspectos distintos: (1) regra de tratamento, em que a pessoa deve ser considerada inocente durante todo o decorrer do processo, até que haja o trânsito em julgado da condenação; e (2) regra probatória, incumbindo à acusação o ônus de produzir provas lícitas e cabais, suficientes para alterar a qualidade inicial de inocente para a de culpado.

(e) Vale mencionar, ainda, a manifestação

ADC 44 / DF

do ex-Procurador-Geral da República, Dr. Cláudio Fontelles, lançada no HC 68.726, no sentido de que **o princípio da presunção de inocência “não está direcionado a colocar o réu em ‘posição de intangibilidade’, sob pena de não se justificar a prisão provisória do infrator, também constitucionalmente assegurando à sociedade pleitear ante o Poder Judiciário - prisão preventiva -, mas há de ser entendido, muito mais adequadamente, ‘na ótica dos efeitos processuais’ para significar corretamente que ‘a circunstância de estar alguém respondendo a processo-crime jamais significará a sua culpabilidade”**.

(f) No mesmo sentido, reproduzo memorável passagem do voto da Ministra Ellen Gracie no HC 84.078, no sentido de que *“a prática da doutrina da presunção de inocência há de corresponder a um compromisso entre (1) o direito de defesa da sociedade contra os comportamentos desviantes criminalmente sancionados e (2) a salvaguarda dos cidadãos contra o todo poderoso Estado (acusador e juiz). Longe estamos, felizmente, da fórmula inversa em que ao acusado incumbia demonstrar sua inocência, fazendo provas negativas das faltas que lhe eram imputadas”* (HC 84.078).

3. (a) A natureza de princípio processual, no que atine à produção probatória, conduz à conclusão de que o princípio da presunção de inocência não impede a prisão como efeito da condenação em segundo grau de

ADC 44 / DF

jurisdição.

(b) Daí porque, em sede de repercussão geral, restou fixada a seguinte tese por esta Corte: *“A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal”*.

(c) A interpretação do princípio da presunção de inocência, conferida por esta Corte, assenta-se na necessidade de interpretação sistemática deste princípio constitucional, insculpido no art. 5º, LVII, da Lei Maior, com outros princípios constitucionais, bem como com os Tratados Internacionais de que o Brasil é signatário, e que consubstanciam normas de nível hierárquico superior ao da legislação ordinária.

(d) Ora, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e o Pacto de San José da Costa Rica **não associam a presunção de inocência ao direito de recorrer em liberdade ou de permanecer em liberdade até o trânsito em julgado da condenação**. Da mesma maneira, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, à qual o Brasil aderiu, estabelece, em seu art. 11.1, que *“Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não se prova sua culpabilidade, de acordo com a lei e em processo público no qual se assegurem todas*

ADC 44 / DF

as garantias necessárias para sua defesa”.

(e) Cuida-se de vetores interpretativos relevantes, que não podem ser desprezados pelo intérprete.

4. (a) Sob o prisma consequencialista, propugnado pela nova Lei de Introdução ao Direito Brasileiro, impõe-se a interpretação que protege o **núcleo essencial da presunção de inocência**, sem estendê-lo às raias da **ineficácia do sistema penal brasileiro**, já à beira da falência com todas as mazelas que um processo excessivamente demorado impõe aos acusados e à sociedade.

(b) Como salientou o Ministro Francisco Rezek, no HC 71.026, segundo o qual *“Há países onde se pode conviver, sem consequências desastrosas, com a tese segundo a qual a pessoa não deveria ser presa senão depois do trânsito em julgado da decisão condenatória. São países onde o trânsito em julgado ocorre com rapidez, porque não conhecem nada semelhante à nossa espantosa e extravagante prodigalidade”* (HC 71.026, 2ª Turma, Rel. p / o Acórdão Min. Maurício Corrêa, j. 19/04/1994).

(c) A ineficácia da condenação depois do esgotamento das instâncias ordinárias pode, ainda, produzir efeito maléfico para a administração da justiça, ao incentivar a interposição de recursos meramente procrastinatórios, com o único fim de se postergar o início da execução da condenação.

ADC 44 / DF

(d) Demais disso, eventual ilegalidade ou abuso de direito, que tenha sido praticado no curso do processo e desaguado na condenação, revela-se superável pela via do *habeas corpus*, razão pela qual inexistente desproteção inconstitucional do condenado gerada pela autorização do início da execução da pena a partir do esgotamento das instâncias ordinárias.

(e) O próprio conceito de “trânsito em julgado” mereceu, nesta Corte, interpretações restritivas em julgamentos anteriores, com espeque na distinção entre “sentença condenatória transitada em julgado” e “coisa julgada”: *“Reproduzindo lição de Espínola Filho, in Código de Processo Penal Brasileiro Anotado, 1959, vol. 7º, p. 296, nºs 1.404 e 1.405, observa DAMÁSIO DE JESUS, in Código de Processo Penal Anotado, 3ª ed. p. 397, acerca da sentença com trânsito em julgado: ‘Ocorre quando: a) não é admissível recurso ordinário (cujo efeito é suspensivo) contra ela; b) decorreu o prazo legal sem interposição do recurso ordinário (cujo efeito é suspensivo) contra ela; c) decididos os recursos ordinários (cujo efeito é suspensivo) contra ela’.* Na obra referida, p. 396, *ESPÍNOLA FILHO* escreve: *‘O que diferencia o caso julgado, ou seja, a sentença com trânsito em julgado, da coisa julgada, é ser mister, para ter-se esta, que, contra a decisão não caiba mais recurso de espécie alguma, ordinário ou extraordinário; ao passo que há caso julgado, passa em julgado a*

ADC 44 / DF

sentença, quando pode ser executada, se bem que seja ainda suscetível de impugnação por meio de recurso de caráter extraordinário, sem efeito suspensivo, por já se terem esgotado, ou não mais se poderem usar, os recursos ordinários admitidos' (HC 68.726, Plenário, Rel. Min. Néri da Silveira, unânime, j. 28/06/1991".

5. (a) No julgamento da Medida Cautelar nas ADCs 43 e 44, ora *sub judice*, assentou-se que *"Inexiste antinomia entre a especial regra que confere eficácia imediata aos acórdãos somente atacáveis pela via dos recursos excepcionais e a disposição geral que exige o trânsito em julgado como pressuposto para a produção de efeitos da prisão decorrente de sentença condenatória a que alude o art. 283 do CPP"*.

(b) De qualquer maneira, permanece em vigor o art. 637 do Código de Processo Penal, segundo o qual *"O recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para a execução da sentença"*.

(c) A norma do art. 283 do Código de Processo Penal (*"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"*) deve,

ADC 44 / DF

portanto, ser interpretada sistematicamente, à luz das normas constitucionais, supralegais e da legislação ordinária que autorizam o início da execução da pena com fundamento no esgotamento das instâncias ordinárias.

6. *Ex positis*, voto no sentido de manter a decisão proferida em sede cautelar, para assentar **interpretação conforme a Constituição, “assentando que é coerente com a Constituição o principiar de execução criminal quando houver condenação assentada em segundo grau de jurisdição, salvo atribuição expressa de efeito suspensivo ao recurso cabível”**.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (VOGAL): Trata-se de Ações Declaratórias de Constitucionalidade, nas quais se pede, em síntese, que esta Corte pronuncie a constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, a fim de impedir a prisão, para fins de execução da pena, antes do trânsito em julgado.

O dispositivo controvertido estabelece o seguinte:

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

Argumenta-se que o legislador ordinário conferiu regulamentação ao art. 5º, LVII, da CRFB, respeitando a margem de razoabilidade conferida pela Lei Maior, em verdadeiro *feedback* legislativo ao julgamento do Supremo Tribunal Federal no HC 84.078.

Segundo os impetrantes, a controvérsia quanto à constitucionalidade do dispositivo refere-se à interpretação conferida ao princípio da presunção de inocência, no que tange à possibilidade ou não de ser

ADC 44 / DF

iniciada a execução da condenação, a partir do exaurimento das instâncias ordinárias.

Sustenta-se que o legislador, na nova interpretação conferida ao art. 283, teria reproduzido o teor da norma constitucional.

Pois bem.

De plano, afasto a alegação de que a norma do art. 5º, LVII, da Constituição Federal, tenha sido meramente **reproduzido** pelo legislador ordinário.

O art. 5º, LVII, da Lei Maior, prevê que *“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”*.

Como se observa, o princípio da presunção de inocência, tal como previsto na Constituição, **não estabelece proibição de prisão para fins de execução da condenação, antes do trânsito em julgado.**

A redação do art. 283 do Código de Processo Penal, portanto, expandiu o teor do art. 5º, LVII, **contradizendo outra norma da Constituição Federal, também prevista no art. 5º, insculpida no inciso LXI, in verbis: “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”**.

Portanto, esta é a pergunta que se coloca no presente julgamento: o art. 283 do Código de Processo Penal é mera reprodução da Constituição? Ele infringe o sistema constitucional, no que a Lei Maior autoriza a prisão antes do trânsito em julgado?

Faço, inicialmente, um breve retrospecto dos debates sobre a matéria.

Em três momentos distintos, desde a promulgação da Constituição de 1988 e do princípio da presunção de inocência, esta Corte manifestou a compreensão de que referido princípio, extraído da norma do art. 5º, LVII, da Constituição Federal, não impede o início da execução da pena fixada na condenação, uma vez esgotados os recursos cabíveis nas instâncias ordinárias.

Na primeira fase, de 1988 a 2009, o Supremo Tribunal Federal

ADC 44 / DF

compreendeu ser constitucional a execução da pena a partir do exaurimento das instâncias ordinárias.

Em 2009, com o HC 84.078, procedeu-se ao *overruling* da compreensão até então prevalecente, passando-se a interpretar o art. 5º, LVII, da Constituição Federal como apto a gerar a inconstitucionalidade dos dispositivos que autorizam a execução da pena antes do trânsito em julgado.

Por fim, em 2016, retornou-se à compreensão anterior.

Deveras, nos últimos três anos, o Supremo Tribunal Federal, em três oportunidades, assentou a constitucionalidade da execução da condenação a partir do exaurimento das instâncias ordinárias. Cito os acórdãos dos julgamentos em que este entendimento foi exarado:

“CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado.” (HC 126.292, Tribunal Pleno, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 17/2/2016).

“MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE. ART. 283 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. EXECUÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE APÓS O ESGOTAMENTO DO PRONUNCIAMENTO JUDICIAL EM SEGUNDO GRAU. COMPATIBILIDADE COM O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. ALTERAÇÃO DE ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DO HC 126.292. EFEITO MERAMENTE DEVOLUTIVO DOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS E ESPECIAL. REGRA ESPECIAL

ADC 44 / DF

ASSOCIADA À DISPOSIÇÃO GERAL DO ART. 283 DO CPP QUE CONDICIONA A EFICÁCIA DOS PROVIMENTOS JURISDICIONAIS CONDENATÓRIOS AO TRÂNSITO EM JULGADO. IRRETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS GRAVOSA. INAPLICABILIDADE AOS PRECEDENTES JUDICIAIS. CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 283 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. MEDIDA CAUTELAR INDEFERIDA. 1. No julgamento do Habeas Corpus 126.292/SP, a composição plenária do Supremo Tribunal Federal retomou orientação antes predominante na Corte e assentou a tese segundo a qual “A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal”. 2. No âmbito criminal, a possibilidade de atribuição de efeito suspensivo aos recursos extraordinário e especial detém caráter excepcional (art. 995 e art. 1.029, § 5º, ambos do CPC c/c art. 3º e 637 do CPP), normativa compatível com a regra do art. 5º, LVII, da Constituição da República. Efetivamente, o acesso individual às instâncias extraordinárias visa a propiciar a esta Suprema Corte e ao Superior Tribunal de Justiça exercer seus papéis de estabilizadores, uniformizadores e pacificadores da interpretação das normas constitucionais e do direito infraconstitucional. 3. Inexiste antinomia entre a especial regra que confere eficácia imediata aos acórdãos somente atacáveis pela via dos recursos excepcionais e a disposição geral que exige o trânsito em julgado como pressuposto para a produção de efeitos da prisão decorrente de sentença condenatória a que alude o art. 283 do CPP. 4. O retorno à compreensão emanada anteriormente pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido de conferir efeito paralisante a absolutamente todas decisões colegiadas prolatadas em segundo grau de jurisdição, investindo os Tribunais Superiores em terceiro e quarto graus, revela-se inapropriado com as competências atribuídas constitucionalmente às Cortes de cúpula. 5. A irretroatividade figura como matéria atrelada à aplicação da lei penal no tempo, ato

ADC 44 / DF

normativo idôneo a inovar a ordem jurídica, descabendo atribuir ultratividade a compreensões jurisprudenciais cujo objeto não tenha reflexo na compreensão da ilicitude das condutas. Na espécie, o debate cinge-se ao plano processual, sem reflexo, direto, na existência ou intensidade do direito de punir, mas, tão somente, no momento de punir. 6. Declaração de constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, com interpretação conforme à Constituição, assentando que é coerente com a Constituição o principiar de execução criminal quando houver condenação assentada em segundo grau de jurisdição, salvo atribuição expressa de efeito suspensivo ao recurso cabível. 7. Medida cautelar indeferida.” (ADC 43-MC, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, Red. p/ Acórdão Min. Edson Fachin, j. 5/10/2016).

“CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). ACÓRDÃO PENAL CONDENATÓRIO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. JURISPRUDÊNCIA REAFIRMADA. 1. Em regime de repercussão geral, fica reafirmada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal. 2. Recurso extraordinário a que se nega provimento, com o reconhecimento da repercussão geral do tema e a reafirmação da jurisprudência sobre a matéria.” (ARE 964.246, Tribunal Pleno, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 10/11/2016).

Procedo à fundamentação do meu voto, que é no sentido de manter os precedentes firmados nesta Corte e conferir, ao art. 283 do CPP, interpretação conforme a Constituição, para restringir o âmbito de sua incidência, de modo a que **não impeça o início da execução da**

ADC 44 / DF

condenação antes do trânsito em julgado.

REGRAS DE HERMENÊUTICA E A INTERPRETAÇÃO DO TEXTO DO
ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO

O denominado princípio da presunção de inocência decorre da previsão contida no art. 5º, LVII, da CF/88, cujo teor é o seguinte:

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

Embora parte da doutrina e da jurisprudência defenda que a “literalidade” do artigo não admitiria interpretações, o fato é que há divergência juridicamente relevante sobre o que signifique, para os fins da Constituição, a expressão “**ninguém será considerado culpado**”.

Para a **definição do sentido e alcance da norma**, recorre-se às regras de hermenêutica que orientam o intérprete na fiel execução das normas, à luz do ordenamento jurídico-constitucional.

Revela-se importante, conseqüentemente, fixar algumas premissas teóricas, que orientarão o raciocínio e a conclusão do presente voto.

TEXTO *vs.* NORMA

Na feliz expressão do aclamado jurista alemão Friedrich Müller, o texto de um preceito jurídico positivo revela apenas a **ponta do iceberg normativo**. Leciona Müller:

*“Normas jurídicas não são dependentes do caso, mas referidas a ele, sendo que não constitui problema prioritário se se trata de um caso efetivamente pendente ou de um caso fictício. **Uma norma não é carente de interpretação** porque e à medida em que ela não é “unívoca”, “evidente”, porque e à medida em que ela é “destituída de clareza” – mas sobretudo porque ela deve ser aplicada a um caso (real ou fictício). Uma norma no sentido da metódica tradicional*

ADC 44 / DF

(isto é: o teor literal de uma norma) *pode parecer “clara” ou mesmo “unívoca” no papel, já o próximo caso prático ao qual ela deve ser aplicada pode fazer que ela se afigure extremamente “destituída de clareza”*. Isto se evidencia sempre somente na tentativa efetiva da concretização. Nela não se “aplica” algo pronto e acabado a um conjunto de fatos igualmente compreensível como concluído. O positivismo legalista alegou e continua alegando isso. Mas “a” norma jurídica não está pronta nem “substancialmente” concluída.” (MÜLLER, Friedrich. Métodos de trabalho do direito constitucional. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 61/62).

A interpretação jurídica, no dizer de Gustav Radbruch, “*não é pura e simplesmente um pensar de novo aquilo que já foi pensado, mas, pelo contrário, um saber pensar até o fim aquilo que já começou a ser pensado por um outro*”.

Deveras, é mediante o exercício da atividade jurisdicional que “*as exigências sociais são imediatamente absorvidas e racionalizadas pelo aplicador do direito, sob a forma de mutações normativas ou novas leituras dos mesmos enunciados normativos*” (MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 51).

A complexidade do ordenamento jurídico impõe a observância de todo o sistema normativo pelo intérprete, sob pena de, mediante simplificada “*interpretação em tiras*”, estabelecer-se absoluta desfuncionalidade, danosa para todo o corpo social.

Com efeito, a controvérsia quanto ao que efetivamente se entende como “*ser considerado culpado*” afasta a incidência do brocardo “*in claris cessat interpretatio*”, de resto há muito superado pelas lições dos maiores juristas e modernamente entendido *cum granum salis*.

Um dos maiores exegetas do direito brasileiro, CARLOS MAXIMILIANO, já salientava que

“A palavra é um mau veículo do pensamento; por isso, embora de aparência translúcida, a forma não revela todo o conteúdo da lei, resta sempre margem para conceitos e dúvidas; a

ADC 44 / DF

própria letra nem sempre indica se deve ser entendida à risca, ou aplicada extensivamente; enfim, até mesmo a clareza exterior ilude; sob um só invólucro verbal se conchegam e escondem várias idéias, valores mais amplos e profundos do que os resultantes da simples apreciação literal no texto. [...]

Não raro os brocardos já se acham destituídos de valor científico (exemplo - in claris cessat interpretatio), ou, pelo menos, são falsos e inexatos na sua generalidade forçada, em desacordo com a origem [...] **Aplicam-se mais extensamente do que se deve,** tornam-se fontes de erros e confusões, pelo motivo apontado, de ser a forma muito mais geral do que o conteúdo.” (MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 19ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010, p. 196).

No processo interpretativo, adverte MAXIMILIANO, **cumpre evitar “o demasiado apego à letra dos dispositivos”**, além, é claro, de se dever evitar também o excesso contrário (MAXIMILIANO, 2010, p. 84).

Na mesma esteira, Miguel Reale ressalta a essencialidade do ato interpretativo, reveladora da impossibilidade de uma norma dispensar interpretação (REALE, Miguel. *O Direito como Experiência: Introdução à epistemologia Jurídica*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 250).

Também Canotilho, com fundamento na Teoria Estruturante de Müller, consigna a seguinte compreensão:

“Elemento decisivo para a compreensão da estrutura normativa é uma teoria hermenêutica da norma jurídica que arranca da não identidade entre norma e texto normativo; o texto de um preceito jurídico positivo é apenas a parte descoberta do iceberg normativo (F. Müller), correspondendo em geral ao programa normativo (ordem ou comando jurídico na doutrina tradicional); mas a norma não compreende apenas o texto, antes abrange um “domínio normativo”, isto é, um “pedaço de realidade social” que o programa normativo só parcialmente contempla; conseqüentemente, a concretização normativa deve considerar e trabalhar com dois tipos de concretização: um formado pelos elementos resultantes da interpretação do texto da norma

ADC 44 / DF

(elemento literal da doutrina clássica); outro, o elemento de concretização resultante da investigação do referente normativo (domínio ou região normativa)." (GOMES CANOTILHO, José Joaquim. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7º ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1213).

Na lição de FRANCESCO FERRARA, *"A interpretação deve ser objetiva, desapaixonada, equilibrada, às vezes audaciosa, porém não revolucionária, aguda, mas sempre atenta respeitadora da lei"* (*Trattato di Diritto Civile Italiano*. Vol. 1, 1921, p. 206).

Também é devida ao célebre jurista italiano a distinção *"Voluntas legis, non legislatoris"*, ou seja, o intérprete deve analisar a vontade da lei, do texto normativo, dentro de seu âmbito de aplicação, independentemente de qual tenha sido a vontade do legislador: *"a lei não é o que o legislador quis ou não quis exprimir, mas tão somente aquilo que ele exprimiu em forma de lei"*.

Em síntese, a clareza das regras somente é obtida pelo procedimento de interpretação, procedendo-se à sua análise sistêmica, conciliando-a com as demais normas do ordenamento jurídico pátrio e com a realidade a ele subjacente.

INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA: A UNIDADE DA CONSTITUIÇÃO

A unidade do sistema jurídico e da Constituição Federal determina a necessidade de eliminar incoerências, inconsistências e contradições internas. Vale dizer, a interpretação dos preceitos do ordenamento jurídico deve harmonizá-los, em observância à unidade e funcionalidade do sistema normativo. Quando duas ou mais normas parecem incompatíveis, no momento de sua aplicação a um caso concreto, procede-se à atividade de interpretação (voltada à definição do significado das normas, concebidas em termos gerais e abstratos, preservando-se a unidade do Direito) e, quando necessário, de ponderação (atribuindo-se pesos relativos às normas em conflito, à luz da principiologia constitucional, para decidir qual será concretamente

ADC 44 / DF

aplicada).

O princípio da presunção de inocência encontra-se insculpido em um sistema unitário, devendo harmonizar-se com outras normas e garantias também previstas na Constituição, cujos conteúdos se delimitam mutuamente.

Especificamente no que diz respeito às regras para que seja decretada a prisão de alguém, temos várias previsões que devem ser compatibilizadas.

Primeiramente, verifica-se que, nos casos em que o Constituinte pretendeu conferir imunidade à prisão, ele o fez expressamente, como se nota nos dispositivos a seguir:

“Art. 53. §2º Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável. Nesse caso, os autos serão remetidos dentro de vinte e quatro horas à Casa respectiva, para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão”.

“Art. 86. §3º Enquanto não sobrevier sentença condenatória, nas infrações comuns, o Presidente da República não estará sujeito a prisão”.

Portanto, pode-se, inicialmente, considerar que se a Constituição impedisse a prisão antes do trânsito em julgado da condenação, a norma deveria estatuí-lo expressamente (“enquanto não sobrevier o trânsito em julgado da condenação, não será iniciada a execução da pena”).

Resta plausível, portanto, concluir que a presunção de inocência até o trânsito em julgado não se confunde com a impossibilidade de prisão decorrente de condenação não transitada em julgado.

Mais do que isso, verifica-se que o mesmo art. 5º, em que está prevista a garantia da presunção de inocência, estabelece duas normas que contemplam a possibilidade de prisão anteriormente ao trânsito em julgado da condenação. A única exigência é de que a decisão seja emitida por autoridade judiciária competente e esteja devidamente fundamentada, como se extrai dos incisos LIV e LXI, cujo teor reproduzo:

ADC 44 / DF

“LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

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

A leitura dos dispositivos constitucionais, analisados em conjunto, autoriza concluir que a presunção de inocência não proíbe a execução da pena de prisão imposta em acórdão condenatório proferido por órgão colegiado do Poder Judiciário.

Ora, a “fundamentação” será legítima sempre que consentânea com as leis penais e processuais penais que autorizam o encarceramento, e não há dúvida de que o juízo condenatório, emitido pela autoridade judiciária competente, constitui o fundamento máximo para a decretação da prisão no ordenamento jurídico de um Estado Democrático de Direito, com muito maior razão do que a prisão para fins meramente securitários – perigo conjectural da ordem pública, econômica, instrução criminal ou aplicação da lei penal.

Deveras, é absolutamente inegável que a condenação proferida por órgão colegiado de segundo grau, mediante análise exauriente das provas, confere garantia contra prisões arbitrárias, violadoras da Constituição.

Ademais, o juízo condenatório, uma vez emitido pela autoridade judiciária competente, revela fundamentos muito mais robustos do que os que autorizam a prisão em flagrante ou a prisão preventiva – estas últimas calcadas em argumentos cautelares, hipotéticos e que, comparativamente com o juízo de mérito da ação penal realizado por órgão jurisdicional de segundo grau, submetem-se ao contraditório e à ampla defesa em grau muito mais reduzido.

À luz destes fundamentos, a análise sistemática da Constituição, autoriza concluir que a previsão de que *“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”* **não impede a**

ADC 44 / DF

decretação da prisão do condenado antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, tampouco condiciona a prisão antes do trânsito em julgado da condenação às hipóteses do art. 302 (flagrante delito) ou 312 (prisão preventiva) do Código de Processo Penal.

Nenhum dispositivo da Constituição exige que a prisão do condenado antes do trânsito em julgado da condenação esteja fundamentada exclusivamente em requisitos cautelares.

Seria, ademais, absolutamente contraditório admitir que uma ordem de prisão decretada em juízo meramente conjectural, exercido no início do inquérito ou da ação penal, revela-se compatível com a Constituição, enquanto seria incompatível com a Lei Maior uma ordem de prisão decorrente do juízo de mérito, por órgão colegiado, não no sentido do perigo futuro e eventual para a ordem pública, mas no sentido da condenação do acusado pelos fatos criminosos por ele praticados.

**ANÁLISE HISTÓRICA DA JURISPRUDÊNCIA E
CONSEQUENCIALISMO**

Cumprindo, ainda, acrescentar uma análise da história de interpretação do princípio da presunção de inocência na jurisprudência do STF. Ela se divide em três períodos: de 1988 até 2009; de 2009 a 2016; desde 2016 até o momento atual. As sucessivas alterações deveram-se: 1) à influência do garantismo na interpretação ampliativa, em 2009; 2) à influência do consequencialismo na interpretação restritiva, em 2016.

Confiram-se, inicialmente, alguns acórdãos do STF sobre o tema em julgamento, no período de 1988 até 2009:

“HABEAS CORPUS. MANDADO DE PRISÃO. CONDENAÇÃO MANTIDA EM SEGUNDA INSTÂNCIA. TRÂNSITO EM JULGADO. FIXAÇÃO DA PENA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. I - Contra decisão condenatória mantida em segundo grau cabe recurso extraordinário, que não tem efeito suspensivo. Possibilidade de dar cumprimento a mandado de prisão. Inocorrência de afronta ao artigo 5º-LVII

ADC 44 / DF

da Constituição Federal. II - O tribunal de origem aumentou a pena originalmente imposta. A nova dosimetria, por seu turno, fez-se à conta de suficiente motivação. Ausência de constrangimento ilegal. Ordem denegada.” (HC 71.443, Segunda Turma, Rel. Min. Francisco Rezek, j. 4/10/1994).

“RECURSO DE “HABEAS CORPUS”. SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA. TRÂNSITO EM JULGADO. RECURSO ESPECIAL PENDENTE. ARTIGO 27 § 2º DA LEI 8.038/90. COMPATIBILIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PRECEDENTES DO STF. RECURSO IMPROVIDO. O julgamento do recurso de apelação, com desfecho condenatório, sem que se tenha o trânsito em julgado da decisão não impede a prisão do réu. O direito do condenado permanecer em liberdade termina com o julgamento dos recursos ordinários. Os recursos de natureza extraordinária não tem efeito suspensivo (artigo 27 - § 2º da Lei 8.038/90). A jurisprudência do STF não vê incompatibilidade entre o que diz a lei e o disposto no artigo 5º - LVII da Constituição Federal. Recurso improvido.” (RHC 71.959, Segunda Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. P/ Acórdão Min. Francisco Rezek, j. 3/2/1995).

“PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. DENÚNCIA: ALEGAÇÃO DE INÉPCIA. CRIME INAFIANÇÁVEL. NOTIFICAÇÃO EXIGIDA PELO ART. 514 DO CPP. RÉU DENUNCIADO E CONDENADO PELOS CRIMES PREVISTOS NOS ARTS. 312 E 288 DO CÓD. PENAL. INAPLICABILIDADE DO ART. 514 DO CPP ÀS AÇÕES PENAS ORIGINÁRIAS. LEI 8.038, ART. 4º E LEI 8.658/93. PRETENSÃO DE AGUARDAR EM LIBERDADE JULGAMENTO DE RECURSOS SEM EFEITO SUSPENSIVO. I. - Denúncia que atende aos requisitos do art. 41 do CPP. II. - O art. 514 do CPP não se aplica às ações penais originárias, que têm rito próprio (Lei 8.038/90, art. 4º e Lei 8.658/93). III. - O benefício de apelar, em liberdade não se aplica relativamente ao recurso extraordinário e ao recurso especial, que não têm efeito

ADC 44 / DF

suspensivo, o que não contraria a presunção de não culpabilidade inscrita no art. 5º, LVII, da Constituição. Precedentes do S.T.F. IV. - H.C. Indeferido.” (HC 75.048, Segunda Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 2/9/1997).

“Habeas corpus. 2. Paciente condenado, em segundo grau, por infringência ao art. 12 c.c. o art. 18, III, da Lei n.º 6.368/1976. Determinação de imediata expedição de mandado de prisão. Inexistência de ilegalidade. 3. Certo está que não possuem efeito suspensivo os recursos especial e extraordinário, interponíveis do acórdão condenatório. Lei n.º 8.038/1990, art. 27, § 2º. 4. Habeas corpus indeferido.” (HC 74.850, Segunda Turma, Rel. Min. Néri da Silveira, j. 8/4/1997).

““HABEAS CORPUS” - PENA BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL - RÉU PRIMÁRIO E DE BONS ANTECEDENTES - POSSIBILIDADE - DECISÃO FUNDAMENTADA - LEGITIMIDADE DA OPERAÇÃO DE DOSIMETRIA PENAL - CONDENAÇÃO PENAL SUJEITA A RECURSO DE ÍNDOLE EXTRAORDINÁRIA - MODALIDADE DE IMPUGNAÇÃO RECURSAL DESPOJADA DE EFICÁCIA SUSPENSIVA - PRIVAÇÃO CAUTELAR DA LIBERDADE RESULTANTE DE CONDENAÇÃO PENAL RECORRÍVEL - POSSIBILIDADE - PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA NÃO CULPABILIDADE - NÃO CONFIGURAÇÃO COMO OBSTÁCULO JURÍDICO À IMEDIATA CONSTRICÇÃO DO “STATUS LIBERTATIS” DO CONDENADO - ADVOGADO - CONDENAÇÃO PENAL MERAMENTE RECORRÍVEL - PRISÃO CAUTELAR - RECOLHIMENTO A “SALA DE ESTADO-MAIOR” ATÉ O TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA - PRERROGATIVA PROFISSIONAL ASSEGURADA PELA LEI Nº 8.906/94 (ESTATUTO DA ADVOCACIA, ART. 7º, V) - INEXISTÊNCIA, NO LOCAL DO RECOLHIMENTO PRISIONAL, DE DEPENDÊNCIA QUE SE QUALIFIQUE COMO “SALA DE ESTADO-MAIOR” - HIPÓTESE EM QUE SE

ADC 44 / DF

ASSEGURA, AO ADVOGADO, O RECOLHIMENTO “EM PRISÃO DOMICILIAR” (ESTATUTO DA ADVOCACIA, ART. 7º, V, “IN FINE”) - ADOÇÃO DA TÉCNICA DA MOTIVAÇÃO “PER RELATIONEM” - LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL - PEDIDO DEFERIDO EM PARTE.” (HC 73.868, Primeira Turma, Rel. Min. Celso de Mello, j. 28/5/1996).

“HABEAS CORPUS - RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO PELO ACUSADO - INEXISTÊNCIA DE EFEITO SUSPENSIVO - POSSIBILIDADE DE PRISÃO IMEDIATA DO CONDENADO - MAGISTRADO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA QUE CONDICIONA A EXPEDIÇÃO DO MANDADO DE PRISÃO AO PRÉVIO TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO PENAL - DELIBERAÇÃO QUE NÃO VINCULA OS TRIBUNAIS SUPERIORES - PEDIDO INDEFERIDO. PRISÃO DO SENTENCIADO E INTERPOSIÇÃO DOS RECURSOS EXCEPCIONAIS. - *A mera interposição dos recursos de natureza excepcional - recurso especial (STJ) e recurso extraordinário (STF) - não tem, só por si, o condão de impedir a imediata privação da liberdade individual do condenado, eis que as modalidades recursais em referência não se revestem de eficácia suspensiva. Precedentes. JUIZ QUE CONDICIONA A EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE PRISÃO AO TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO PENAL. - A deliberação do magistrado de primeira instância, que condiciona a expedição do mandado de prisão ao prévio trânsito em julgado da condenação penal, embora garanta ao réu o direito de apelar em liberdade contra a sentença, não vincula os Tribunais incumbidos de julgar os recursos ordinários ou extraordinários eventualmente deduzidos pelo sentenciado. O Tribunal ad quem, em consequência, pode ordenar, em sede recursal, a prisão do condenado, quando improvido o recurso por este interposto. O acórdão do Tribunal ad quem - porque substitui a sentença recorrida no que tiver sido objeto de impugnação recursal - faz cessar, uma vez negado provimento ao recurso da defesa, a eficácia da decisão*

ADC 44 / DF

de primeiro grau no ponto em que esta assegurou ao sentenciado o direito de recorrer em liberdade. Precedente. PRINCÍPIO DA NÃO-CULPABILIDADE DO RÉU. - O postulado constitucional da não- culpabilidade do réu impede que se lance o nome do acusado no rol dos culpados, enquanto não houver transitado em julgado a condenação penal contra ele proferida. Esse princípio, contudo, não constitui obstáculo jurídico a que se efetive, desde logo, a prisão do condenado, desde que desprovido de efeito suspensivo o recurso por ele interposto contra o acórdão condenatório. Precedente. CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS E PRISÃO ANTECIPADA DO CONDENADO. - O Pacto de São José da Costa Rica, que instituiu a Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, não impede - em tema de proteção ao status libertatis do réu (Artigo 7º, n. 2) -, que se ordene a privação antecipada da liberdade do indiciado, do acusado ou do condenado, desde que esse ato de constrição pessoal se ajuste às hipóteses previstas no ordenamento doméstico de cada Estado signatário desse documento internacional. O sistema jurídico brasileiro, além das diversas modalidades de prisão cautelar, também admite aquela decorrente de sentença condenatória meramente recorrível. Precedente: HC nº 72.366-SP, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA, Pleno. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos não assegura ao condenado, de modo irrestrito, o direito de sempre recorrer em liberdade.” (HC 72.610, Primeira Turma, Rel. Min. Celso de Mello, j. 05/12/1995).

“HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. CONDENAÇÃO PELO CRIME DE ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA: POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. NÃO-CONFIGURAÇÃO DE REFORMATIO IN PEJUS. HABEAS CORPUS DENEGADO. 1. A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de ser possível a execução provisória da pena privativa de liberdade, quando os recursos pendentes de julgamento não têm efeito

ADC 44 / DF

suspensivo. 2. Não configurada, na espécie, reformatio in pejus pelo Tribunal de Justiça do Paraná. A sentença de primeiro grau concedeu ao Paciente "o benefício de apelar" em liberdade, não tendo condicionado a expedição do mandado de prisão ao trânsito em julgado da decisão condenatória. 3. Habeas corpus denegado." (HC 91.675, Primeira Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 4/9/2007).

A partir de 2007, algumas ordens de *habeas corpus* foram concedidas, em atenção a uma interpretação ampliativa do princípio da presunção de não-culpabilidade. Somente em 2009, no julgamento do HC 84.078, alterou-se, em Plenário, a compreensão do Supremo Tribunal Federal quanto à interpretação do princípio da presunção de inocência, em acórdão da lavra de meu antecessor, eminente Min. Eros Grau, assim ementado:

"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 apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena

ADC 44 / DF

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 ST] 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

ADC 44 / DF

garantia da liberdade, mesmo porque a propriedade tem mais a ver com as elites; a ameaça às liberdades alcança de modo efetivo as classes subalternas. 8. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual Ordem concedida.” (HC 84.078, Tribunal Pleno, Rel. Min. Eros Grau, j. 5/2/2009).

Passou-se, então, a compreender que a prisão, antes do trânsito em julgado da condenação, somente seria legítima se fundada em requisitos cautelares, previstos no art. 312 do Código de Processo Penal, que prevê a possibilidade de “prisão preventiva”, nos seguintes termos:

“Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.”

Porém, como anteriormente mencionado, em 2016 esta Suprema Corte reviu o entendimento fixado em 2009, no julgamento do HC 126.292, assim concluindo: *“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”*. Confirmam-se trechos do voto vencedor, da lavra do saudoso Min. Teori Zavascki:

“2. O tema relacionado com a execução provisória de sentenças penais condenatórias envolve reflexão sobre (a) o alcance do princípio da presunção da inocência aliado à (b) busca de um necessário equilíbrio entre esse princípio e a efetividade da função jurisdicional penal, que deve atender a valores caros não

ADC 44 / DF

apenas aos acusados, mas também à sociedade, diante da realidade de nosso intrincado e complexo sistema de justiça criminal.

[...]

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

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

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

O plexo de regras e princípios garantidores da liberdade previsto em nossa legislação revela quão distante estamos, felizmente, da fórmula inversa em que ao acusado incumbia demonstrar sua

ADC 44 / DF

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

5. Realmente, antes de prolatada a sentença penal há de se manter reservas de dúvida acerca do comportamento contrário à ordem jurídica, o que leva a atribuir ao acusado, para todos os efeitos – mas, sobretudo, no que se refere ao ônus da prova da incriminação –, a presunção de inocência. A eventual condenação representa, por certo, um juízo de culpabilidade, que deve decorrer da logicidade extraída dos elementos de prova produzidos em regime de contraditório no curso da ação penal.

Para o sentenciante de primeiro grau, fica superada a presunção de inocência por um juízo de culpa – pressuposto inafastável para condenação –, embora não definitivo, já que sujeito, se houver recurso, à revisão por Tribunal de hierarquia imediatamente superior. É nesse juízo de apelação que, de ordinário, fica definitivamente exaurido o exame sobre os fatos e provas da causa, com a fixação, se for o caso, da responsabilidade penal do acusado. É ali que se concretiza, em seu sentido genuíno, o duplo grau de jurisdição, destinado ao reexame de decisão judicial em sua inteireza, mediante ampla devolutividade da matéria deduzida na ação penal, tenha ela sido apreciada ou não pelo juízo a quo. Ao réu fica assegurado o direito de acesso, em liberdade, a esse juízo de segundo grau, respeitadas as prisões cautelares porventura decretadas.

Ressalvada a estreita via da revisão criminal, é, portanto, no âmbito das instâncias ordinárias que se exaure a possibilidade de exame de fatos e provas e, sob esse aspecto, a própria fixação da responsabilidade criminal do acusado. É dizer: os recursos de natureza extraordinária não configuram desdobramentos do duplo grau de jurisdição, porquanto não são recursos de ampla devolutividade, já que não se prestam ao debate da matéria fático-probatória. Noutras

ADC 44 / DF

palavras, com o julgamento implementado pelo Tribunal de apelação, ocorre espécie de preclusão da matéria envolvendo os fatos da causa. Os recursos ainda cabíveis para instâncias extraordinárias do STJ e do STF – recurso especial e extraordinário – têm, como se sabe, âmbito de cognição estrito à matéria de direito. Nessas circunstâncias, tendo havido, em segundo grau, um juízo de incriminação do acusado, fundado em fatos e provas insuscetíveis de reexame pela instância extraordinária, parece inteiramente justificável a relativização e até mesmo a própria inversão, para o caso concreto, do princípio da presunção de inocência até então observado. Faz sentido, portanto, negar efeito suspensivo aos recursos extraordinários, como o fazem o art. 637 do Código de Processo Penal e o art. 27, § 2º, da Lei 8.038/1990.

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

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

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

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

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

Disso se deflui que o espaço de conformação do legislador é lato. A cláusula não obsta que a lei regulamente os procedimentos, tratando o implicado de forma progressivamente mais gravosa, conforme a imputação evolui.

ADC 44 / DF

Por exemplo, para impor a uma busca domiciliar, bastam 'fundadas razões' - art. 240, § 1º, do CPP. Para tornar implicado o réu, já são necessários a prova da materialidade e indícios da autoria (art. 395, III, do CPP). Para condená-lo é imperiosa a prova além de dúvida razoável.

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

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

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

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

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

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

ADC 44 / DF

contra o acusado.

7. Não é diferente no cenário internacional. Como observou a Ministra Ellen Gracie quando do julgamento do HC 85.886 (DJ 28/10/2005), “em país nenhum do mundo, depois de observado o duplo grau de jurisdição, a execução de uma condenação fica suspensa, aguardando referendo da Corte Suprema”. A esse respeito, merece referência o abrangente estudo realizado por Luiza Cristina Fonseca Frischeisen, Mônica Nicida Garcia e Fábio Gusman, que reproduzo:

‘a) Inglaterra.

Hoje, a legislação que trata da liberdade durante o trâmite de recursos contra a decisão condenatória é a Seção 81 do Supreme Court Act 1981. Por esse diploma é garantida ao recorrente a liberdade mediante pagamento de fiança enquanto a Corte examina o mérito do recurso.

Tal direito, contudo, não é absoluto e não é garantido em todos os casos. (...)

O Criminal Justice Act 2003 representou restrição substancial ao procedimento de liberdade provisória, abolindo a possibilidade de recursos à High Court versando sobre o mérito da possibilidade de liberação do condenado sob fiança até o julgamento de todos os recursos, deixando a matéria quase que exclusivamente sob competência da Crown Court’.

(...)

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

(...)

b) Estados Unidos.

A presunção de inocência não aparece expressamente no texto constitucional americano, mas é vista como corolário da 5ª, 6ª e 14ª Emendas. Um exemplo da importância da garantia para os norte-americanos foi o célebre Caso ‘Coffin versus Estados Unidos’ em 1895. Mais além, o Código de Processo Penal americano (Criminal Procedure Code), vigente em todos os Estados, em seu art. 16 dispõe que ‘se deve presumir inocente o acusado até que o oposto seja estabelecido em um veredicto efetivo’.

ADC 44 / DF

(...)

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

(...)

Segundo Relatório Oficial da Embaixada dos Estados Unidos da América em resposta a consulta da 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, ‘nos Estados Unidos há um grande respeito pelo que se poderia comparar no sistema brasileiro com o ‘juízo de primeiro grau’, com cumprimento imediato das decisões proferidas pelos juízes’. Prossegue informando que “o sistema legal norteamericano não se ofende com a imediata execução da pena imposta ainda que pendente sua revisão”.

c) Canadá

(...)

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

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

d) Alemanha

(...)

Não obstante a relevância da presunção da inocência, diante de uma sentença penal condenatória, o Código de Processo Alemão (...) prevê efeito suspensivo apenas para alguns recursos. (...) Não há dúvida, porém, e o Tribunal Constitucional assim tem decidido, que nenhum recurso aos Tribunais Superiores tem efeito suspensivo. Os alemães entendem que eficácia (...) é uma qualidade que as decisões judiciais possuem quando nenhum controle judicial é mais permitido,

ADC 44 / DF

exceto os recursos especiais, como o recurso extraordinário (...). As decisões eficazes, mesmo aquelas contra as quais tramitam recursos especiais, são aquelas que existem nos aspectos pessoal, objetivo e temporal com efeito de obrigação em relação às consequências jurídicas.

e) França

A Constituição Francesa de 1958 adotou como carta de direitos fundamentais a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, um dos paradigmas de toda positivação de direitos fundamentais da história do mundo pós-Revolução Francesa. (...)

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

f) Portugal

(...)

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

g) Espanha

(...)

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

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

h) Argentina

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

Isso não impede, porém, que a execução penal possa ser iniciada

ADC 44 / DF

antes do trânsito em julgado da decisão condenatória.

De fato, o Código de Processo Penal federal dispõe que a pena privativa de liberdade seja cumprida de imediato, nos termos do art. 494. A execução imediata da sentença é, aliás, expressamente prevista no art. 495 do CPP, e que esclarece que essa execução só poderá ser diferida quando tiver de ser executada contra mulher grávida ou que tenha filho menor de 6 meses no momento da sentença, ou se o condenado estiver gravemente enfermo e a execução puder colocar em risco sua vida” (Garantismo Penal Integral, 3ª edição, ‘Execução Provisória da Pena. Um contraponto à decisão do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus n. 84.078’, p. 507).

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

‘Aliás, na maioria esmagadora das questões que nos chegam para julgamento em recurso extraordinário de natureza criminal, não é possível vislumbrar o preenchimento dos novos requisitos traçados pela EC 45, isto é, não se revestem expressivamente de repercussão geral de ordem econômica, jurídica, social e política.

ADC 44 / DF

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

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

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

'Movido pela curiosidade, verifiquei no sítio do Superior Tribunal de Justiça a quantas andava a tramitação do recurso especial do Sr. Omar. Em resumo, o recurso especial não foi recebido pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, sendo impetrado agravo para o STJ, quando o recurso especial foi, então, rejeitado monocraticamente (RESP n. 403.551/MG) pela ministra Maria Thereza de Assis. Como previsto, foi interposto agravo regimental, o qual, negado, foi combatido por embargos de declaração, o qual, conhecido, mas

ADC 44 / DF

improvido. Então, fora interposto novo recurso de embargos de declaração, este rejeitado in limine. Contra essa decisão, agora vieram embargos de divergência que, como os outros recursos anteriores, foi indeferido. Nova decisão e novo recurso. Desta feita, um agravo regimental, o qual teve o mesmo desfecho dos demais recursos: a rejeição. Irresignada, a combativa defesa apresentou mais um recurso de embargos de declaração e contra essa última decisão que também foi de rejeição, foi interposto outro recurso (embargos de declaração). Contudo, antes que fosse julgado este que seria o oitavo recurso da defesa, foi apresentada petição à presidente da terceira Seção. Cuidava-se de pedido da defesa para – surpresa – reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva. No dia 24 de fevereiro de 2014, o eminente Ministro Moura Ribeiro, proferiu decisão, cujo dispositivo foi o seguinte: ‘Ante o exposto, declaro de ofício a extinção da punibilidade do condenado, em virtude da prescrição da pretensão punitiva da sanção a ele imposta, e julgo prejudicado os embargos de declaração de fls. 2090/2105 e o agravo regimental de fls. 2205/2213’ (Presunção de inocência e recursos criminais excepcionais, 2015).

Nesse ponto, é relevante anotar que o último marco interruptivo do prazo prescricional antes do início do cumprimento da pena é a publicação da sentença ou do acórdão recorríveis (art. 117, IV, do CP). Isso significa que os apelos extremos, além de não serem vocacionados à resolução de questões relacionadas a fatos e provas, não acarretam a interrupção da contagem do prazo prescricional. Assim, ao invés de constituírem um instrumento de garantia da presunção de não culpabilidade do apenado, acabam representando um mecanismo inibidor da efetividade da jurisdição penal.

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

ADC 44 / DF

julgador determinar o imediato início do cumprimento da pena, inclusive com restrição da liberdade do condenado, após firmada a responsabilidade criminal pelas instâncias ordinárias.

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

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

13. Na linha da tese proposta, voto no sentido de denegar a ordem de habeas corpus, com a consequente revogação da liminar concedida. É o voto."

Concluiu-se, a partir das citações que informaram o julgamento do HC 126.292, que para a proteção dos direitos fundamentais do homem e defesa dos valores democráticos, o princípio da presunção de inocência, ou de não-culpabilidade, demanda, tão somente, que sejam produzidas provas da culpa do acusado, como condição para sua condenação, não

ADC 44 / DF

significando, portanto, que alguém, somente por ser presumido inocente, não possa ser submetido à privação de liberdade.

Mais ainda: verificou-se, naquele julgamento, que na maioria dos países democráticos, o título condenatório constitui fundamento suficiente para o encarceramento, dotado de força legitimadora *per se*, sem submetê-lo a fundamentos cautelares característicos da prisão que antecede o julgamento de mérito.

Consignou-se, por fim, que situações excepcionais, em que haja probabilidade de provimento dos recursos especial ou extraordinário, poderão ser resolvidas pela concessão cautelar, pela Corte competente, do efeito suspensivo pleiteado pela defesa, ou de *habeas corpus* preventivo voltado a impedir a execução da prisão, quando manifestamente presente a possibilidade de provimento dos recursos.

O acórdão prolatado no HC 126.292 cercou-se, portanto, de todas as cautelas, voltadas à garantia dos direitos fundamentais e ao seu equilíbrio com a efetividade do sistema jurídico-penal e com a dissuasão de comportamentos da defesa voltados exclusivamente à obtenção da prescrição das penas.

Nada obstante, submete-se, novamente, à discussão deste plenário a questão atinente à significação e ao alcance da presunção de inocência, a evidenciar que a norma não é clara como se alega e que sua interpretação e aplicação gera reiteradas perplexidades.

Antecipo **minha adesão integral aos fundamentos lançados no voto condutor do acórdão proferido no HC 126.292** e, em acréscimo, lanço fundamentos adicionais para consolidar minha compreensão na análise do âmbito normativo da presunção de inocência, à luz de sua origem histórica e do contexto atual de sua incidência, para bem delimitar seu sentido e a extensão constitucionalmente legítima da sua aplicação.

INSTITUIÇÕES DEMOCRÁTICAS E PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Conforme adverti nas premissas teóricas deste voto, a compreensão da norma jurídica demanda a interpretação do texto ou programa

ADC 44 / DF

normativo e, simultaneamente, a análise do domínio normativo, da realidade à qual ele deve ser aplicado, do contexto fático em jogo (de que emanam os *distinguishings* e *overrulings* sucedâneos de eventual *mudança constitucional*).

À luz da compreensão de que a norma é o resultado da interpretação do texto/programa normativo e do seu âmbito de aplicação, passo à análise do âmbito da norma da presunção de inocência, considerando-se sua origem história e sua atualidade.

Anota Simone Schreiber (Presunção de Inocência. In TORRES, Ricardo Lobo et al. (org.). *Dicionário de Princípios Jurídicos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2001, p. 1004-1016) que dito princípio foi consagrado na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, refletindo uma concepção do processo penal como instrumento de tutela da liberdade, em reação ao sistema persecutório do Antigo Regime francês, “[...] no qual a prova dos fatos era produzida através da sujeição do acusado à prisão e tormento, com o fim de extrair dele a confissão. [...]”. Sua recepção no ordenamento jurídico brasileiro, particularmente na jurisprudência deste STF, vinha tratando como sinônimos as expressões *presunção de inocência* e *não culpabilidade*.

Por outro lado, o percuciente exame do Min. Celso de Mello na ADPF 144 (em que se julgava matéria eleitoral) buscou as raízes históricas da norma em apreço, resgatando o debate que vicejou na doutrina italiana para salientar o caráter democrático da previsão constitucional da presunção de inocência na Carta de 1988, sobretudo na superação da ordem autoritária que se instaurou no país de 1964 a 1985, e para afirmar a aplicação extrapenal do princípio.

Assinalo, então, que, neste momento, vive-se – felizmente, aliás – quadra histórica bem distinta daquela temida pelos constituintes.

Inicialmente, ressalto que a *voluntas legislatoris*, além de insondável, revela-se inócua para a fiel interpretação do texto, em especial quando ultrapassadas três décadas desde a sua elaboração até o momento atual de verificação do âmbito de aplicação da norma.

São notórios a crise do sistema representativo brasileiro e o anseio da

ADC 44 / DF

população pela efetividade do direito penal, não em uma dimensão meramente punitivista, mas em sua função democrática de garantia das normas mais relevantes para o convívio social.

O salutar amadurecimento institucional do país recomenda a interpretação da presunção de inocência sem sobrepô-lo a todos os demais princípios e direitos fundamentais inscritos na Lei Maior.

Como visto no capítulo precedente, nos julgamentos procedidos por esta Corte no HC 126.292, no ARE 964.246-RG e nas ADCs 43 e 44 (estas últimas, em sede cautelar), procedeu-se a um *overruling dos precedentes relativos à matéria da presunção de inocência*, não para um mero retorno à jurisprudência anterior a 2009, mas para estabelecer novas considerações sobre o âmbito de sua incidência e, com base nele, reconhecer a legitimidade da execução imediata de condenações, sucessivamente ao esgotamento dos recursos nas instâncias ordinárias.

De acordo com as lições de Patrícia Perrone Campos Mello (*Precedentes: O Desenvolvimento Judicial do Direito no Constitucionalismo Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 233 e seguintes), o abandono de precedentes jurisprudenciais nos sistemas de *common law* se dá, basicamente, em virtude de incongruência sistêmica ou social. Nesta última hipótese, a possibilidade de *overruling* pode advir de obsolescência decorrente de mutações sociais. *In verbis*:

“[...] A incongruência social alude a uma relação de incompatibilidade entre as normas jurídicas e os standards sociais; corresponde a um vínculo negativo entre as decisões judiciais e as expectativas dos cidadãos. Ela é um dado relevante na revogação de um precedente porque a preservação de um julgado errado, injusto, obsoleto até pode atender aos anseios de estabilidade, regularidade e previsibilidade dos técnicos do direito, mas aviltará o sentimento de segurança do cidadão comum.

Este será surpreendido sempre que não houver uma convergência plausível entre determinada solução e aquilo que seu bom senso e seus padrões morais indicam como justo, correto, ou, ao menos, aceitável, à luz de determinados argumentos, porque são tais elementos que ele utiliza, de boa-fé, na decisão sobre suas condutas. Para o leigo, a certeza e a previsibilidade do direito dependem de uma

ADC 44 / DF

correspondência razoável entre as normas jurídicas e as normas da vida real. Em virtude disso, embora para os operadores do Direito, justiça e segurança jurídica possam constituir valores em tensão, para os jurisdicionados em geral, devem ser minimamente convergentes”.

A mesma lógica é aplicável à ordem jurídica brasileira e, com ainda maior razão, ao presente caso: desde que procedemos ao *overruling* do julgamento do HC 84.078, considerou-se que a compreensão da presunção de inocência como impeditiva do início da execução da pena, depois do esgotamento das instâncias ordinárias, tornou-se um excesso, violando a proporcionalidade.

A presunção de inocência não deve ser tida como absoluta, cedendo ante requisitos qualificados como os exigidos para a condenação em segundo grau de jurisdição.

Essa postura encontra justificativas plenamente razoáveis e aceitáveis.

Primeiramente, o cuidado do legislador na definição dos requisitos para a condenação, as regras de produção probatória, a ampla possibilidade de interposição de recursos e *habeas corpus* no curso de um processo de natureza criminal, tudo a revelar que a execução da pena com o esgotamento das instâncias ordinárias não está a serviço de minimização de direitos e garantias individuais.

Em segundo lugar, a própria *ratio essendi* do princípio, que tem sua origem primeira na vedação ao Estado de, na sua atividade persecutória, valer-se de meios degradantes ou cruéis para a produção da prova contra o acusado no processo penal.

Deveras, é importante considerar que o princípio da presunção de inocência – ou de não culpabilidade – tem como raiz histórica a **superação dos abusos do processo inquisitorial, no qual era o acusado quem deveria provar sua inocência.**

Com efeito, durante a Idade Média, sempre que não houvesse provas da prática criminosa, procedia-se ao uso da “ordália” como prova judicial: submetia-se o acusado a testes extremos, aos quais somente triunfaria mediante intervenção divina, que era então interpretada como um sinal de sua inocência. Caso sucumbisse ao teste, estava selada sua

ADC 44 / DF

culpa.

Atualmente, o quadro é absolutamente diverso.

A garantia de um processo justo, em que o acusado é considerado inocente até o trânsito em julgado da condenação, é resguardada por todo um conjunto de normas constitucionais, como, por exemplo, as cláusulas do devido processo legal (art. 5º, LIV), do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV), a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º, LVI) e a vedação da tortura – à qual a Constituição Federal reconheceu a qualidade de crime inafiançável (art. 5º, XLIII) – e do tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III).

No plano infraconstitucional, a presunção de inocência exige a atribuição do ônus da prova à acusação, impede que o silêncio seja interpretado como sinônimo de culpa e garante o exercício do direito de defesa, que se manifesta sempre depois da acusação e tem ao seu dispor todo um instrumental recursal e de *writs* que eliminam a possibilidade de arbítrio ou ilegalidade por parte das autoridades que intervêm no curso do processo.

Demais disso, é de meridiana clareza que as cobranças da sociedade civil de ética no manejo da coisa pública se acentuaram gravemente. Para o cidadão, hoje é certo que a probidade é condição inafastável para a boa administração pública e, mais do que isso, que a corrupção e a desonestidade são as maiores travas ao desenvolvimento do país. A este tempo em que ora vivemos deve corresponder a leitura da Constituição e, em particular, a exegese da presunção de inocência, seguindo-se o sempre valioso escólio de Konrad Hesse (*A Força Normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p.20), em textual:

“[...] Quanto mais o conteúdo de uma Constituição lograr corresponder à natureza singular do presente, tanto mais seguro há de ser o desenvolvimento de sua força normativa.

Tal como acentuado, constitui requisito essencial da força normativa da Constituição que ela leve em conta não só os elementos sociais, políticos, e econômicos dominantes, mas também que, principalmente, incorpore o estado espiritual (geistige Situation) de

ADC 44 / DF

seu tempo. Isso lhe há de assegurar, enquanto ordem adequada e justa, o apoio e a defesa da consciência geral."

Em outras palavras, ou bem se alinha a interpretação da presunção de inocência com a unidade da Constituição e do âmbito normativo vigente, ou se anulará a força normativa do sistema jurídico, mediante análise puramente formalista, divorciada da realidade social que pretende regular.

Por oportuno, ressalte-se que não pode haver dúvida sobre a percepção social do tema.

A elevação do risco de prescrição e o retardamento da prestação jurisdicional gera situações em que crimes gravíssimos, depois de ultrapassarem todos os obstáculos à sua descoberta, investigação, obtenção de provas de autoria e de materialidade, acabam enredados na teia de recursos que resulta na impunidade.

A verdade é que a jurisprudência do STF nesta matéria gera fenômeno similar ao que os juristas norteamericanos Robert Post e Reva Siegel (*Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash*, disponível no sítio papers.ssrn.com/abstract=990968) identificam como *backlash*, expressão que se traduz como um forte sentimento de um grupo de pessoas em reação a eventos sociais ou políticos. É crescente e consideravelmente disseminada a crítica, no seio da sociedade civil, à resistência do Poder Judiciário na compreensão da presunção de inocência em aparente descaso com a realidade subjacente, de elevada criminalidade, em todas as camadas sociais e, especialmente, nas altas esferas do Poder político.

Obviamente, o Supremo Tribunal Federal não pode renunciar à sua condição de instância contramajoritária de proteção dos direitos fundamentais e do regime democrático. No entanto, a própria legitimidade democrática da Constituição e da jurisdição constitucional depende, em alguma medida, de sua responsividade à opinião popular. Post e Siegel, debruçados sobre a experiência dos EUA – mas tecendo considerações aplicáveis à realidade brasileira –, sugerem a adesão a um *constitucionalismo democrático*, em que a Corte Constitucional esteja atenta à divergência e à contestação que exurgem do contexto social quanto às

ADC 44 / DF

suas decisões.

Se a Suprema Corte é o último ator, nas sucessivas rodadas de interpretação da Constituição pelos diversos integrantes de uma sociedade aberta de intérpretes (cf. Häberle), é certo que tem o privilégio de, observando os movimentos realizados pelos demais, poder ponderar as diversas razões antes expostas para, ao final, proferir sua decisão.

Assim, não cabe a este Tribunal desconsiderar a existência de um descompasso entre a sua jurisprudência e a hoje fortíssima opinião popular a respeito do tema. Sua função política, participando da soberania popular ao lado dos outros poderes, é relevante no exercício da *judicial review*.

A toda evidência, não se está a defender uma obediência ou submissão irracional às demandas populares ou midiáticas. O que se propõe é um movimento da Corte em direção a compreensões juridicamente fundamentadas na Constituição, voltadas à concretização do que Pablo Lucas Verdú chamara de *sentimento constitucional*, de maneira a fortalecer a própria legitimidade democrática do constitucionalismo.

A necessidade de que a sociedade civil se identifique com a sua Constituição deve orientar também as decisões do Supremo Tribunal Federal, na relevante função da interpretação constitucional.

Idênticas conclusões podem ser atingidas sob perspectiva metodológica diversa.

A ampliação do espectro de alcance da presunção de inocência, operada pela jurisprudência desta Corte, significou verdadeira interpretação extensiva, possibilitando a manipulação do instrumental jurídico **em proveito da impunidade, sem vínculo direto e estrito com a proteção dos direitos fundamentais dos acusados em geral no curso do processo.**

O que ora se sustenta é uma redução teleológica, mas, que, na verdade, só reaproxima o enunciado normativo da sua própria origem histórica, da qual se distanciou em demasia.

Como ensina Karl Larenz (*Metodologia da Ciência do Direito*. Trad. José

ADC 44 / DF

Lamego. 4. edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p. 556), a redução teleológica pode ser exigida “*pelo escopo, sempre que seja prevalecente, de outra norma que de outro modo não seria atingida*”.

Ora, é exatamente disso que se cuida na espécie: a previsão, no art. 5º, LIV e LXI – portanto, de mesma hierarquia do art. 5º, LVII – que veicula permissivos para a prisão, anteriormente ao trânsito em julgado da condenação, mediante aplicação do devido processo legal, e sempre por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente.

Destarte, deve-se reconduzir a presunção de inocência aos efeitos próprios de regra de tratamento do acusado durante o processo, de modo que, sem danos à presunção de inocência, seja preservada a possibilidade de execução da pena, uma vez esgotados os recursos voltados à discussão da prova.

Com essas ponderações, passo à última seção deste voto.

DELIMITAÇÃO DO SENTIDO DO ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO
DA REPÚBLICA: RECONDUÇÃO DA PRESUNÇÃO JURÍDICA À
NOÇÃO DE DISPENSA DE PROVA: ANÁLISE ECONÔMICA DO
DIREITO

Qual seria, então, o alcance do princípio da presunção de inocência? O que a Constituição garante ao indivíduo, ao afirmar que ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença condenatória?

Juridicamente, o conceito de “presunção” está associado ao de prova. Cuida-se de dispensar a prova de determinado fato, que se presume verdadeiro com base na sua aparência. A presunção de inocência, portanto, significa que não se exige que alguém prove que é inocente. O acusado, portanto, não pode ser obrigado a provar que é inocente, porque a inocência se presume.

Cuida-se, porém, diante da unidade do Direito, de presunção *juris tantum*, ou seja: presume-se que o réu é inocente, mas admite-se prova em contrário.

ADC 44 / DF

Daí porque parte da significação do princípio em análise liga-o à sua eficácia como **regra processual**, voltada a “*garantir que o ônus da prova cabe à acusação e não à defesa*” (NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 12ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 46).

Ou seja: “*para quebrar tal regra [da presunção de inocência], torna-se indispensável que o Estado-acusação evidencie, com provas suficientes, ao Estado-juiz a culpa do réu*” (NUCCI, 2012, p. 46).

Considera-se a presunção de inocência um “*desdobramento do princípio do devido processo legal, no qual são assegurados o contraditório, a ampla defesa e que ninguém seja privado de sua liberdade sem o devido processo legal (artigo 5º, LIV e LV, da CF/88)*” (SCHMITT, Ricardo Augusto. *Prisões provisórias: espécies, natureza e alcance*. In: MOREIRA, Rômulo (Org.). *Leituras complementares de processo penal*. Salvador: Editora Jus Podium, 2008, p. 327/342).

O princípio da presunção de inocência, como regra processual, desdobra-se em dois aspectos distintos:

1) **regra de tratamento**, em que a pessoa deve ser considerada inocente durante todo o decorrer do processo, até que haja o trânsito em julgado da condenação; e

2) **regra probatória**, incumbindo à acusação o ônus de produzir provas lícitas e cabais, suficientes para alterar a qualidade inicial de inocente para a de culpado.

Em resumo, “*o princípio da presunção de inocência impede qualquer antecipação de juízo condenatório ou de culpabilidade, seja por situações práticas, palavras, gestos, etc., podendo-se exemplificar: a impropriedade de se manter o acusado em exposição humilhante ao 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, etc.*” (GOMES, Luiz Flávio. *Estudos de direito penal e processual penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 114).

Consectariamente, a melhor interpretação do princípio da presunção

ADC 44 / DF

de inocência é a que garante ao acusado da prática criminosa os seguintes direitos:

1) não ser obrigado a produzir prova de sua inocência nem a submeter-se a procedimentos voltados a produzir prova contra si mesmo, até o trânsito em julgado da condenação;

2) não ser obrigado a se recolher à prisão para interpor recursos; e

3) direito à absolvição em caso de dúvida razoável quanto à verossimilhança da acusação formulada, não se podendo interpretar em desfavor do acusado o silêncio da defesa ou a ausência de prova de que o réu é inocente.

Por fim, cumpre pontuar argumentos associados à análise econômica do direito, em especial sob o prisma dos incentivos e desestímulos aos comportamentos dos indivíduos.

A decisão segundo a qual a interposição de recursos sucessivos pela defesa é dotada do efeito de impedir a execução da pena acaba por gerar **efeitos deletérios para a normatividade jurídica e para a prestação jurisdicional**.

No plano da normatividade jurídica, os prejuízos advêm da elevação do risco de prescrição das penas, considerado o sistema processual brasileiro, no qual são infinitas e praticamente incontáveis as possibilidades de interposição de recursos pela defesa, desde a instauração do inquérito até o julgamento final pelo Tribunal competente.

Na prática, significa incentivar a interposição sucessiva de recursos protelatórios, com fito de obter não a justiça, mas a impunidade.

Já no que diz respeito aos prejuízos para a prestação jurisdicional, conferir ao princípio da presunção de inocência a eficácia de impedir a execução da condenação contra a qual não caibam mais recursos ordinários incrementa a quantidade de incidentes manejados pela defesa em juízo, obrigando as instâncias ordinárias e também os Tribunais Superiores a dedicarem seu tempo, de resto já absolutamente escasso, à análise de pleitos sistematicamente despidos de juridicidade.

São vários os casos – e me dispense de citá-los nominalmente neste voto - em que a interpretação ampliativa do princípio da presunção de

ADC 44 / DF

inocência incentivou o comportamento hostil da defesa relativamente ao princípio da razoável duração dos processos e da prestação jurisdicional em tempo oportuno.

Essa jurisprudência, somada a uma compreensão também benevolente no que tange à restrição da incidência do princípio da boa-fé processual na seara penal, conduz à injustiça, à ineficácia das normas penais, quando não à ineficiência e perda de coercibilidade do ordenamento jurídico como um todo, podendo culminar no reforço de uma cultura de desrespeito às normas em geral, numa sociedade de quase-anomia, que deve ser evitada pelo Poder Judiciário, em seu papel de pacificação social.

CONCLUSÃO

No julgamento da Medida Cautelar nas ADCs 43 e 44, ora *sub judice*, assentou-se que *“Inexiste antinomia entre a especial regra que confere eficácia imediata aos acórdãos somente atacáveis pela via dos recursos excepcionais e a disposição geral que exige o trânsito em julgado como pressuposto para a produção de efeitos da prisão decorrente de sentença condenatória a que alude o art. 283 do CPP”*.

Importante consignar que permanece em vigor o art. 637 do Código de Processo Penal, segundo o qual *“O recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para a execução da sentença”*.

Neste sistema é que a presunção de inocência **não se confunde com garantia de imunidade à prisão decorrente de condenação**, razão pela qual revela-se **compatível com a Constituição Federal o início da execução da pena a partir o esgotamento das instâncias ordinárias**, e compreendendo, à luz de uma análise sistemática da Lei Maior e das normas constitucionais que autorizam a prisão anteriormente à própria condenação, que **o sentido da presunção de inocência** estabelecido no art. 5º, LVII, da CRFB confere ao acusado e mesmo ao condenado os seguintes direitos:

ADC 44 / DF

1) não ser obrigado a produzir prova de sua inocência nem a submeter-se a procedimentos voltados a produzir prova contra si mesmo, até o trânsito em julgado da condenação;

2) não ser obrigado a se recolher à prisão para interpor recursos; e

3) direito à absolvição em caso de dúvida razoável quanto à verossimilhança da acusação formulada, não se podendo interpretar em desfavor do acusado o silêncio da defesa ou a ausência de prova de que o réu é inocente.

A norma do art. 283 do Código de Processo Penal (*“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”*) deve, portanto, ser interpretada sistematicamente, à luz das normas constitucionais, supralegais e da legislação ordinária que autorizam o início da execução da pena com fundamento no esgotamento das instâncias ordinárias.

Ex positis, voto no sentido de manter a decisão proferida em sede cautelar, para assentar **interpretação conforme a Constituição**, *“assentando que é coerente com a Constituição o principiar de execução criminal quando houver condenação assentada em segundo grau de jurisdição, salvo atribuição expressa de efeito suspensivo ao recurso cabível”*.

É como voto.

24/10/2019

PLENÁRIO

AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE 44 DISTRITO FEDERAL**ADITAMENTO AO VOTO**

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Presidente, encaminhando-me para o final, muito embora Vossa Excelência tenha sido de uma generosidade ímpar e tenha corrido um risco grave ao me oferecer todo o tempo do mundo, eu queria fazer apenas algumas observações da minha percepção particular.

À luz do princípio da isonomia, o princípio da presunção de inocência de que só se pode iniciar a execução de uma sentença condenatória depois do trânsito em julgado, porque é uma presunção *juris et de jure* de inocência, efetivamente o Ministro Marco Aurélio tem razão, tem de se deferir a liminar para liberar todos aqueles que foram presos, segundo a ótica, injustamente, por uma má interpretação da presunção de inocência. Pelo princípio da isonomia, não há outra solução.

Por outro lado, claro, a justiça é cega; os juízes não o são. Será que, aqui, nós estamos falando de réus pobres? Só a Defensoria Pública veio aqui sustentar, e também por dever de ofício, para se acoplar ao ideário da advocacia de lutar pelas garantias. Eu não critico. Entendo que os advogados estão no seu papel.

Mas, evidentemente, Senhor Presidente, os crimes a que nós temos assistido e que são cobertos pela presunção de inocência não são crimes de pessoas humildes. As pessoas humildes, elas não gostam de ficar devendo, elas se preocupam em levantar o FGTS para pagar dívidas que têm ali na esquina, na padaria, na loja que lhes vendeu a geladeira. Não é delas que nós estamos tratando. Nós estamos tratando de pessoas que até podem não ter condições, mas que foram condenadas em segunda instância por aqueles delitos que nós analisamos em nossa Turma diuturnamente, por condenações em segunda instância em que sempre fica em jogo essa questão da execução provisória: traficantes, pedófilos, organização criminosa, PCC. Há vários integrantes do PCC, vários

ADC 44 / DF

pedófilos, vários traficantes de uma tonelada de cocaína - estão aqui os Ministro Alexandre Moraes e Luís Roberto Barroso, que não me deixam mentir que esses casos foram levados em *habeas corpus* na Turma - que foram condenados em segunda instância.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Eu também confirmo, Ministro Fux.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - E Vossa Excelência também.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER – Eu acompanho Vossas Excelências.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Pois é, mas eu não sei se, depois de hoje, vai continuar acompanhando. É claro que Vossa Excelência tem a sua independência de decidir.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Ao menos não ficarei sozinho e isolado na Turma!

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Mas o Ministro Marco Aurélio tem esse dom, essa bossa da combatividade. Ele fica sozinho, mas fica bem.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Fico, comigo mesmo, com a minha consciência, com a minha verdade quanto ao Direito substancial.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Exatamente, Vossa Excelência tem esse hábito de dizer que julga de acordo com a sua ciência e consciência.

Então, Senhor Presidente, como entendo que essa regra não perpassa até pela lógica do razoável, eu também gostaria de refutar essa questão de que a visão tortuosa da sociedade é levada a efeito por uma opinião pública apaixonada ou por uma opinião pública construída à base de uma mídia tendenciosa. Absolutamente não, Senhor Presidente.

O que hoje nós verificamos é que a mídia reproduz o sentimento social, a mídia reproduz o sentimento constitucional do povo. E, mesmo assim, com a liberdade de imprensa que o Supremo Tribunal Federal chancelou, é muito comum ver, no mesmo periódico, um editorial a favor e um artigo contra, porque não se interfere na linha editorial dos jornais.

ADC 44 / DF

Então, não tem nenhuma ingerência da mídia aqui. Aqui é puro sentimento constitucional do povo.

Uma integrante da Corte Suprema, *Justice Sandra O'Connor*, julgou a mesma causa de forma diferente em dois casos. E lhe perguntaram como é que ela julgava um caso de uma maneira e depois julgava de outra. Ela disse: "*Nós não temos exército. Uma corte suprema vive da confiança legítima que o povo deposita nela*". Por isso não é ruim ouvir: "*Na corte we trust*". Não é ruim, não; é bom. Isso significa dizer que a sociedade tem confiança no Supremo - e confiança legítima. Então, explicou ela, que naquele momento o sentimento constitucional do povo era outro.

Nós verificamos na história da Suprema Corte americana - que foi a grande corte de criação judicial do Direito, que superou a escola francesa, que não ensinava o direito francês, mas ensinava Código Napoleônico, que superou a glosa dos pós-glosadores -, a Suprema Corte americana é um exemplo de criação judicial e se ajusta ao sentimento constitucional do povo. Isso não é ser pressionado pela opinião pública. Absolutamente! Isso significa dizer que se há um valor social em jogo, se há uma razão pública, o Judiciário deve contas à sociedade, porque ele não está abdicando da sua independência para julgar A ou B; ele está aferindo como a Constituição é perceptível pelo povo.

O professor Konrad Hesse afirmava que a força normativa da Constituição está exatamente na coincidência do pensamento constitucional da corte com o sentimento constitucional do povo. E o professor Peter Häberle, aqui citado pela Ministra Rosa Weber hoje, assentou que a Constituição não é de ninguém, a Constituição pertence a uma sociedade aberta de intérpretes da Constituição. Então, com essa afirmação de professores eméritos que estudaram a Constituição, como é que nós vamos dar as costas para o sentimento constitucional da sociedade? Absolutamente não é possível. E isso sem que nós percamos de forma alguma, Senhor Presidente, a nossa postura de independência.

A contramajorietariedade do Supremo Tribunal Federal está em declarar inconstitucional uma lei que vem da Casa do Povo, aí ele é contramajoritário. Mas o Supremo Tribunal Federal não é

ADC 44 / DF

contramajoritário para dizer que não quer saber como a sociedade pensa sobre a Constituição. Não é assim.

Ontem foi aqui citado, com muita propriedade, pelo Ministro Luís Roberto Barroso, que a Lei de Introdução ao Código Civil, a velha Lei de Introdução ao Código Civil, que foi agora substituída pela nova Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, sempre afirmou que o juiz deve aplicar a lei tendo em vista os fins sociais a que ela se destina e o bem comum. O novo Código de Processo Civil, pela vez primeira, tem uma parte geral que estabelece normas *in procedendo* para os juízes, dentre outras, se vai julgar uma questão humana, respeite a dignidade da pessoa humana; se vai julgar uma questão de direito público, respeite a questão da moralidade administrativa; e se vai julgar uma questão que diz respeito à sociedade em geral, tem que observar que a lei deve atender aos fins sociais a que ela se destina e as exigências do bem comum.

Então, Senhor Presidente, concluindo, eu assento que uma viragem jurisprudencial a essa altura, mercê de considerá-la, com a devida vênia, inoportuna e antijurídica - por isso eu acho que não se pode falar em segurança jurídica; qual é a juridicidade, a confiança legítima que pode ter uma pessoa que já foi condenada em duas instâncias? Isso não é segurança jurídica -, entendo que essa viragem jurisprudencial trará danos incomensuráveis ao País e à sociedade brasileira.

E aí, Senhor Presidente, me vem à mente, como aqui todos findaram seus votos com passagens da Literatura, de aqui e de alhures, de maneira brilhante, me veio à mente uma passagem de Shakespeare, na peça *Júlio César*, no discurso de Marco Antônio à beira do túmulo de Júlio César. E dizia ele: *O bem que os homens puderam fazer é enterrado com seus ossos. Os males que os homens fizeram sobrevivem depois da morte desses homens.*

Senhor Presidente, com essa convicção, com essa percepção que eu tenho do que é melhor para o meu País e para a sociedade brasileira, voto no sentido de manter a decisão proferida em sede cautelar, para assentar a interpretação conforme o artigo 283 do Código de Processo Penal, no sentido de que é possível e constitucional o início da execução da pena privativa de liberdade após a sentença condenatória de segunda

ADC 44 / DF

instância, posto ordem escrita da autoridade competente.

Então, eu julgo parcialmente procedente, no sentido em que votaram o Ministro Alexandre Moraes e o Ministro Luís Roberto Barroso.

24/10/2019

PLENÁRIO

**AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE 44 DISTRITO
FEDERAL**

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Senhor Presidente, eu tinha em mente trazer certos dados estatísticos para que a Corte pudesse melhor refletir sobre essa questão da decisão que tomamos recentemente, precária e efêmera, sobre a possibilidade de prisão em segunda instância, dos efeitos dessa decisão.

Eu, de ontem para hoje, inclusive, pedi ao Conselho Nacional de Justiça, superiormente presidido por Vossa Excelência, alguns dados sobre as audiências de custódia e recebi esses dados hoje de manhã. Verifiquei que, de 2015 a 2019, foram realizadas 550.238 audiências de custódia, com resultado, parece-me, extremamente auspicioso e significativo, porquanto 39,9% dos presos em flagrante foram libertados, mediante condições - portanto, quase 40% -, resultando em um total de 219.673 presos ou possíveis presos.

Queria, portanto, lançar uma hipótese, para meditação deste egrégio Plenário, de que a alegada redução na população carcerária se deve ao trabalho do CNJ, iniciado, sobretudo, pelo Ministro Gilmar Mendes, com os mutirões carcerários, depois, continuado pelos sucessores, com as audiências de custódia, que reduziram significativamente a população carcerária.

Senhor Presidente, não quero verticalizar essa discussão e passo rapidamente para o meu voto.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Eu só gostaria, Ministro **Ricardo Lewandowski**, de fazer um registro.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Pois não.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

As audiências de custódia, que Vossa Excelência teve a capacidade e o mérito de ter espreado por todo o Brasil, cumprem compromisso

ADC 44 / DF

assinado pelo Estado brasileiro em convenção internacional aprovada pelo Congresso Nacional e promulgada pela Presidência da República, ou seja, do ponto de vista da legislação, são lei em nosso País. Não são algo criado pelo Judiciário ou pelo Conselho Nacional de Justiça. As audiências de custódia têm fundamento legal em tratados internacionais e o Judiciário só deixaria de as cumprir se o Brasil rompesse com esse tratado internacional.

Só registro, porque, muitas vezes, fica-se com a ideia de que a audiência de custódia é coisa inventada pelo Judiciário brasileiro, o que não é verdade. Ela é vinculada à legislação nacional e a tratados internacionais que o Estado brasileiro firmou perante o mundo.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Senhor Presidente, aproveito a oportunidade para cumprimentar Vossa Excelência, que tem o mérito de ter continuado e ampliado as audiências de custódia em todo o Brasil.

Senhor Presidente, meu voto é singelo, eu fiz o resumo do resumo.

24/10/2019

PLENÁRIO

**AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE 44 DISTRITO
FEDERAL**

VOTO

O Senhor Ministro **Ricardo Lewandowski** (Vogal): Antes de proferir meu voto, recordo que ao ser empossado no cargo de Ministro do Supremo Tribunal Federal, em sessão realizada no dia 16/3/2006, assumi o solene compromisso de cumprir a Constituição e as leis da República, sem concessões à opinião pública ou publicada e nem a grupos de pressão.

E desse compromisso jamais me desviei e não posso desviar-me agora, pois tenho o inequívoco dever - sob pena inclusive de prevaricação - de dar estrito cumprimento à vontade do legislador constituinte e ordinário - que vocalizam a vontade do povo soberano -, especialmente quando o texto normativo não comporta, como é o caso dos autos, qualquer margem de interpretação.

Pois bem. As constituições modernas surgiram na esteira das sublevações libertárias do século XVIII como expressão da vontade dos cidadãos, veiculada por seus representantes nos parlamentos. Desde então, revestiram-se da forma escrita para conferir rigidez aos seus comandos, pois foram concebidas como instrumentos para conter o poder absoluto dos governantes, dentre os quais se incluem os magistrados.

Apesar de sua rigidez, logo se percebeu que as constituições não poderiam permanecer estáticas, porque tinham de adaptar-se à dinâmica das sociedades que pretendiam ordenar, sujeitas a permanente transformação. Se assim não fosse, seus dispositivos perderiam a eficácia, no todo ou em parte, ainda que vigorassem no papel. Por esse motivo, passou-se a cogitar do fenômeno da mutação constitucional, que corresponde aos modos pelos quais as constituições podem sofrer

ADC 44 / DF

alterações.

Resumem-se basicamente a dois: um formal, em que determinado preceito é modificado pelos legisladores ou pelos juízes, mediante interpretação, e outro informal, no qual se reconhece o seu desuso por não corresponder mais à realidade dos fatos. Seja qual for a maneira como se dá a mutação do texto constitucional, ela jamais poderá vulnerar os valores fundamentais sobre os quais se sustenta.

A Constituição Federal de 1988 definiu tais barreiras, em seu art. 60, § 4º, denominadas pela doutrina de “cláusulas pétreas”, justamente para evocar o seu caráter de alicerce de todo o ordenamento legal, a saber: a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes; e os direitos e garantias individuais.

A presunção de inocência, com toda a certeza, integra a última dessas cláusulas, representando talvez a mais importante das salvaguardas do cidadão, considerado o congestionadíssimo e disfuncional sistema judiciário brasileiro, no bojo do qual tramitam atualmente perto de 100 milhões de processos a cargo de pouco mais de 17 mil juízes, obrigados, inclusive, a cumprir metas de produtividade, fixadas pelo Conselho Nacional de Justiça, em uma emulação daquela disciplina industrial stakanovista, taylorista ou fordista de há muito superada.

Salta aos olhos que em tal sistema, o qual, de resto, convive com a intolerável existência de aproximadamente 800 mil presos, encarcerados em condições sub-humanas, dos quais mais 40% são provisórios, situação que caracteriza, segundo esta Suprema Corte, um “estado de coisas inconstitucional”, multiplica-se exponencialmente a possibilidade do cometimento de erros judiciais por parte de magistrados de primeira e segunda instâncias.

ADC 44 / DF

Daí a relevância da presunção de inocência, concebida pelos constituintes originários no art. 5º, LVII, da Constituição, com a seguinte - e cristalina - dicção: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença criminal condenatória”, o que, a toda a evidência, subentende decisão final dos tribunais superiores.

Afigura-se até compreensível que alguns magistrados queiram flexibilizar essa importante garantia dos cidadãos por ingenuamente acreditarem que assim melhor contribuirão para combater a corrupção endêmica e a criminalidade violenta que assola o país.

Nem sempre, contudo, emprestam a mesma ênfase a outros problemas igualmente graves, como o inadmissível crescimento da exclusão social, o lamentável avanço do desemprego, o inaceitável sucateamento da saúde pública e o deplorável esfacelamento da educação estatal, para citar apenas alguns exemplos, cuja solução contribuiria sobremaneira para a erradicação das condutas ilícitas, especialmente aquelas praticadas pelas classes economicamente menos favorecidas.

Mesmo aos deputados e senadores é vedado, ainda que no exercício do poder constituinte derivado do qual são investidos, extinguir ou minimizar a presunção de inocência, plasmada na Constituição de 1988, porquanto foi concebida como um antídoto contra a volta de regimes ditatoriais, como aquele instalado no Brasil depois de 1964, em que sequestros, torturas, desaparecimentos e o encarceramento sistemático de dissidentes políticos eram praticados sob as vistas de um Judiciário emasculado pelos atos de exceção, quando não complacente com os desmandos.

Com maior razão não é dado aos juízes fazê-lo por meio da estreita via da interpretação, eis que esbarrariam nos intransponíveis obstáculos das cláusulas pétreas, verdadeiros pilares de nossas instituições democráticas.

ADC 44 / DF

Ora, a questão trazida nestas ações declaratórias de constitucionalidade diz respeito à possibilidade ou não de execução da pena logo após julgamento do recurso em segundo grau de jurisdição, diante tese provisoriamente fixada pelo Plenário desta Suprema Corte no julgamento do HC 126.292/SP, no qual foi reconhecida repercussão geral da questão constitucional nele ventilada.

Lamentavelmente, a partir desse entendimento precário e efêmero do STF, um grande número de prisões passou a ser decretado, após a prolação de decisões de segunda instância, de forma automática, sem qualquer fundamentação idônea, com simples remissão a súmulas ou julgados, em franca violação ao que dispõe o art. 5º, LXI, segundo o qual “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente”. Esse retrocesso jurisprudencial mereceu o repúdio praticamente unânime dos especialistas em direito penal e processual penal, particularmente daqueles que militam na área acadêmica.

Não se ignora que, com o triunfo das revoluções liberais no já longínquo “século das luzes”, acabou-se com a obrigatoriedade do cumprimento dos caprichos régios sob a justificativa de que *le roi le veut*, ou seja, “o rei o quer”. Como consequência, nos dias atuais, ninguém mais pode ser compelido - ao menos nos países civilizados - a cumprir uma determinação judicial ou, pior, a recolher-se a uma prisão simplesmente porque *le juge le veut*, quer dizer, simplesmente porque “o juiz o quer”.

Como se sabe, a jurisprudência deste Supremo Tribunal consolidou-se - salvo por um breve lapso de tempo - no sentido de que ofende o princípio da presunção de inocência a execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, ressalvada a hipótese de prisão cautelar, e desde que presentes os

ADC 44 / DF

requisitos autorizadores previstos no art. 312 do Código de Processo Penal.

Esse, aliás, é o entendimento ao qual sempre me filiei. No julgamento do aludido HC 126.292/SP, em que o Plenário sinalizou possível mudança de paradigma, assentei oralmente, de modo enfático, o seguinte:

“Eu vou pedir vênua ao eminente Relator e manter a minha posição, que vem de longa data, no sentido de prestigiar o princípio da presunção de inocência, estampado, com todas as letras, no art. 5º, inciso LVII, da nossa Constituição Federal.

Assim como fiz, ao proferir um longo voto no HC 84.078, relatado pelo eminente Ministro Eros Grau, eu quero reafirmar que não consigo, assim como expressou o Ministro Marco Aurélio, ultrapassar a taxatividade desse dispositivo constitucional, que diz que a presunção de inocência se mantém até o trânsito em julgado. Isso é absolutamente taxativo, categórico; não vejo como se possa interpretar esse dispositivo.

A Constituição Federal de 1988, ao tratar dos direitos e deveres individuais e coletivos, garante que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Logo, o texto constitucional é expresso em afirmar que apenas depois do trânsito em julgado da sentença penal condenatória alguém poderá ser considerado culpado. Trata-se do princípio, hoje universal, da presunção de inocência das pessoas.”

Nem se argumente que certas nações culturalmente avançadas adotam a possibilidade de prisão após a decisão condenatória em segundo grau, pois a realidade delas é completamente distinta da nossa, não apenas porque as garantias do cidadão em juízo são escrupulosamente asseguradas, como também porque existe um rigoroso controle externo da atividade judiciária, bem assim um estrito respeito às

ADC 44 / DF

prerrogativas dos advogados.

Não fosse isso, a opção do constituinte brasileiro, soberanamente adotada em 1988, foi no sentido de não admitir a prisão antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, em virtude das notórias distorções que, desde os tempos coloniais, caracterizam a persecução penal entre nós, branda com os privilegiados e implacável com os desassistidos.

A nossa Constituição - convém lembrar - não é uma mera folha de papel, que pode ser rasgada sempre que contrarie as forças políticas do momento. Ao revés, a Carta Magna possui força normativa suficiente para fazer com seus preceitos, notadamente aqueles que garantem os direitos individuais e coletivos das pessoas, sejam cabalmente observados, ainda que anseios momentâneos, mesmo aqueles tidos como prioritários em um determinado momento histórico - a exemplo do combate à corrupção, que um setor mais mobilizado da sociedade, politicamente motivado, hoje reclama com estridência - requeiram solução diversa. É que a única saída legítima para qualquer crise, real ou imaginária, em um regime que se pretenda democrático, consiste justamente no incondicional respeito às normas constitucionais.

Isso porque não se pode fazer política criminal contra o que dispõe a Constituição, mas sim - e sempre - com amparo nela!

Ora, os constituintes de 1988 atribuíram ao Supremo Tribunal Federal inúmeras e relevantíssimas atribuições, dentre as quais a mais importante é a guarda da própria Constituição, conforme assentado com todas as letras em seu art. 102.

Por isso, entendo, com a devida vênia à corrente majoritária, a qual ocasionalmente se formou no julgamento do HC 126.292/SP, que naquela assentada o Plenário da Corte retirou do art. 5º, LVII, da Constituição um sentido que dele não poderia extrair - nem mesmo no mais elástico dos

ADC 44 / DF

entendimentos - pois resultou na vulneração de um mandamento constitucional claro, unívoco, direto e objetivo, inclusive protegido pelo próprio texto magno, como visto, contra iniciativas tendentes a aboli-lo.

Insisto em que não se mostra possível superar a taxatividade daquele dispositivo constitucional, salvo em situações de cautelaridade, por tratar-se de comando constitucional absolutamente imperativo, categórico, com relação ao qual não cabe qualquer tergiversação, pois, como já diziam os juristas de antanho, *in claris cessat interpretatio*. E o texto do inciso LVII do art. 5º da Carta Magna, ademais, além de ser claríssimo, jamais poderia ser objeto de uma inflexão jurisprudencial para interpretá-lo *in malam partem*, ou seja, em prejuízo dos acusados em geral.

Por fim, não custa recordar que o art. 30 da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, elaborada sob os auspícios da Organização das Nações Unidas e subscrita pelo Brasil - considerada pelos especialistas verdadeiro *jus cogens* internacional, ou seja, de observância obrigatória por todos os Estados que a assinaram -, consagrou o princípio da proibição do retrocesso em matéria de direitos e garantias fundamentais, plenamente aplicável à espécie.

Em face do exposto, outra não pode ser a minha conclusão se não a de que o art. 283 do Código de Processo Penal é plenamente compatível com a Constituição em vigor, razão pela qual me pronuncio no sentido de julgar inteiramente procedentes as ADCs 43, 44 e 54 sob exame.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE 44

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. MARCO AURÉLIO

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

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

INTDO.(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA

ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

INTDO.(A/S) : PRESIDENTE DA CÂMARA DOS DEPUTADOS

ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

INTDO.(A/S) : PRESIDENTE DO SENADO FEDERAL

ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

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

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

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

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

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

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

AM. CURIAE. : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

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

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

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

AM. CURIAE. : INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS - IAB

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

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

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

AM. CURIAE. : ASSOCIACAO DOS ADVOGADOS DE SAO PAULO

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

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

AM. CURIAE. : INSTITUTO DOS ADVOGADOS DE SÃO PAULO

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

AM. CURIAE. : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO (00000/DF)

Decisão: Após a leitura do relatório e a realização de sustentações orais, o julgamento foi suspenso. Falaram: pelo requerente, o Dr. Juliano Breda; pelo *amicus curiae* Defensoria Pública da União, o Dr. Gabriel Faria Oliveira, Defensor Público-Geral Federal; pelo *amicus curiae* Defensoria Pública do Estado de São Paulo, o Dr. Rafael Muneratti, Defensor Público do Estado de São Paulo; pelo *amicus curiae* Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, o Dr. Pedro Carriello, Defensor Público do Estado do

Rio de Janeiro; pelo *amicus curiae* Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas - ABRACRIM, o Dr. Lênio Streck; pelo *amicus curiae* Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCRIM, o Dr. Mauricio Stegemann Dieter; pelo *amicus curiae* Instituto Ibero Americano de Direito Público - Capítulo Brasileiro - IADP, o Dr. Frederico Guilherme Dias Sanches; pelo *amicus curiae* Instituto de Defesa do Direito de Defesa - Márcio Thomaz Bastos - IDDD, o Dr. Hugo Leonardo; e, pelo *amicus curiae* Associação dos Advogados de São Paulo, o Dr. Leonardo Sica. Presidência do Ministro Dias Toffoli. Plenário, 17.10.2019.

Decisão: Após o voto do Ministro Marco Aurélio (Relator), que julgava procedentes os pedidos formulados nas ações declaratórias de constitucionalidade n° 43, 44 e 54 para assentar a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal e, como consequência, determinava a suspensão de execução provisória de pena cuja decisão a encerrá-la ainda não haja transitado em julgado, bem assim a libertação daqueles que tenham sido presos, ante exame de apelação, reservando-se o recolhimento aos casos verdadeiramente enquadráveis no art. 312 do mencionado diploma processual, abrangendo, ainda, o pedido sucessivo, formulado na ação declaratória n° 43, no sentido de poderem ser implementadas, analogicamente ao previsto no art. 319 do Código de Processo Penal, medidas alternativas à custódia quanto a acusado cujo título condenatório não tenha alcançado a preclusão maior, o julgamento foi suspenso. Falaram: pelo *amicus curiae* Instituto dos Advogados de São Paulo - IASP, o Dr. Miguel Pereira Neto; pelo *amicus curiae* Instituto dos Advogados Brasileiros - IAB, o Dr. Tércio Lins e Silva; pela Advocacia-Geral da União, o Ministro André Luiz de Almeida Mendonça, Advogado-Geral da União; e, pela Procuradoria-Geral da República, o Dr. Antônio Augusto Brandão de Aras, Procurador-Geral da República. Ausente, justificadamente, o Ministro Celso de Mello. Presidência do Ministro Dias Toffoli. Plenário, 23.10.2019 (Sessão Extraordinária).

Decisão: Após os votos dos Ministros Alexandre de Moraes e Roberto Barroso, que julgavam parcialmente procedentes as ações declaratórias de constitucionalidade n° 43, 44 e 54, para dar interpretação conforme a Constituição ao art. 283 do Código de Processo Penal; e do voto do Ministro Edson Fachin, que julgava improcedentes as ações, o julgamento foi suspenso. Presidência do Ministro Dias Toffoli. Plenário, 23.10.2019 (Sessão Ordinária).

Decisão: Após os votos dos Ministros Rosa Weber e Ricardo Lewandowski, que acompanhavam o Relator para julgar procedentes os pedidos formulados nas ações declaratórias de constitucionalidade n° 43, 44 e 54; e do voto do Ministro Luiz Fux, que julgava parcialmente procedentes as ações, para dar interpretação conforme

a Constituição ao art. 283 do Código de Processo Penal, o julgamento foi suspenso. Presidência do Ministro Dias Toffoli. Plenário, 24.10.2019.

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

Procurador-Geral da República, Dr. Antônio Augusto Brandão de Aras, e Vice-Procurador-Geral da República, Dr. José Bonifácio Borges de Andrada.

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Assessora-Chefe do Plenário

VOTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Senhor Presidente, Senhores Ministros. Faço uma saudação especial ao Ministro Marco Aurélio, Relator destas ações.

Senhor Vice-Procurador-Geral da República, Senhores Advogados, um cumprimento especial a todos aqueles que assomaram à tribuna e que tanto contribuíram com todos os argumentos trazidos, Senhores presentes nesta sessão.

Começo por dizer, Senhor Presidente, que considero, como aqui já foi reiterado, de inegável importância o tema que está em questão nas ações agora examinadas. Em minha compreensão, pela interpretação e aplicação que se espalhará por todo o sistema penal que prevalece no Brasil segundo a interpretação e compreensão oferecidas por este Supremo Tribunal Federal quanto às normas especificadas nestas ações.

Sobre o tema objeto destas ações, Senhor Presidente, pronunciei-me, desde 5 de fevereiro de 2009, neste Plenário, em quatro processos. Sobrevieram argumentos, dados e lições novas - algumas com roupagem nova e algumas introduzindo argumentos muito significativos e importantes, como vi aqui na ação dos Senhores Advogados.

Publicado sem revisão. Art. 95 do RISTF

Mantenho-me, contudo, Senhor Presidente, com o convencimento que expressei naquele primeiro julgamento, no HC 84.078, conquanto tenha atentado ao que exposto - com fundamentos, como disse, da maior importância, merecedores de cuidados, mas que não chegaram a alterar minha compreensão sobre a matéria, com as vênias dos que pensam diferente. A despeito de expressar, de pronto, a manutenção do meu convencimento que conduz à conclusão do voto que proferirei, Senhor Presidente, permito-me, contudo, tecer algumas breves considerações antes de entrar nos fundamentos que gostaria de apresentar - ainda que de forma mais alinhavada -, reiterando compreensão sobre o tema na linha do que votei em outras assentadas em que posta em exame, neste Supremo Tribunal, a matéria.

De 2009 - data em que teve lugar o julgamento do HC 84.078 -, até a data atual, ouvi e aprendi, com tribunos e alguns não tribunos, em tribunais e em espaços públicos e privados, ao exararem vasta argumentação sobre o tema objeto do julgamento que hoje se leva a efeito. Muitas vezes, ouvi que a interpretação num ou noutro sentido era óbvia e que o assunto era extremamente fácil. Escutei manifestações que demonstraram, de alguma forma e em alguns momentos - até com pouco de apreço aos que pensam em sentido diferente do autor do discurso, quer quanto àqueles que interpretam, e que é adotado por alguns Ministros deste Supremo, quer no sentido oposto -, sempre tendo como

Publicado sem revisão. Art. 95 do RISTF

objeto a questão referente à execução provisória da pena ou início da execução da pena.

Não faria observação preliminar, Senhor Presidente, não fossem dois elementos que me parecem merecer alguma atenção, especialmente neste momento.

Primeiro, democracia pratica-se segundo o valor do respeito a posições contrárias, porque democracia do pensamento único, intolerante com diferente ser, agir e pensar, há de ser rotulada com outro nome.

Em tempo de tanta intolerância com tudo e com todos, causa espécie que, em nome da defesa de ideias, teses e práticas, adotem-se discursos e palavras contrárias ao que é da essência do Direito e da democracia. O respeito a posições contrárias, o comedimento ao se ouvir a exposição e a aplicação de teses diversas daquela que se adota ou que se quer que seja adotada é exatamente o que marca o núcleo da convivência democrática.

O contraditório - o Ministro Alexandre de Moraes, acentuou no primeiro voto, após o voto do Ministro-Relator, e já se contém, na prática e na vida, nos exemplos do Ministro-Relator - é do Direito porque é da vida. Quem gosta de unanimidade é ditadura. Democracia sempre é plural. Diferente não é errado apenas por não ser mero reflexo. O Direito vive do contraditório, se assim não

Publicado sem revisão. Art. 95 do RISTF

fosse, o que se dizer da dialética que vivifica o Direito. Se o Direito fosse arte de pensamento único, jamais teria passado da fórmula adotada desde a antiguidade

Imaginar-se ou discursar como se quem pensa diferente não presta é arvorar-se em dono de ideia, não de interlocutor sobre um pensamento. Não é por acaso que os órgãos judiciais colegiados são compostos em número ímpar. É por ser de sabença geral que, na divergência, haverá de prevalecer e valer o que se contar como consenso formado a partir da maioria - quando unanimidade não se puder formar -, mas sempre no sentido de se ter um resultado que privilegie também pensamentos diferentes, ainda que minoritários.

Em tempos de maior intolerância, que conduz ao desrespeito de pessoas privadas e públicas, a intolerância se converte em desrespeito. Desrespeito torna-se desconfiança quanto às instituições, gera afastamento e abre caminho para vinganças particulares. O melhor exemplo de democracia não é a soberba de um pensar que parece desconhecer que o outro também pensa, é a generosidade de abrir-se ao pensar do outro, mesmo quando não se convença da ideia expressa.

O segundo dado que me leva a essas breves observações iniciais está em que, no encargo de julgar, defendem-se posições em favor do cumprimento do Direito - no caso específico do cumprimento da pena apenas após o trânsito em julgado da condenação -, certamente se conhecendo que há igual compromisso de

Publicado sem revisão. Art. 95 do RISTF

todos os magistrados com o Direito e com a Constituição.

Cito, aqui, como exemplo, apenas para lembrar, aquele primeiro julgado, o HC 84.078, em que, magistrados, como, por exemplo, o Ministro Menezes Direito, modelo de juiz e de cidadão comprometido com o País, baseou seu voto no convencimento sobre o Direito, não decidiu por subjetivismo descuidado. Foi este grande magistrado que inaugurou a divergência, naquele caso, em voto que não angariou convencimento da maioria, mas que - no julgamento daquele *habeas corpus* tantas vezes lembrado - apresentou argumentos que lhe pareceram serem os corretos.

Não formar com a maioria não significa ser menor a ideia exposta. A Ministra Ellen Grace, que também formou na corrente minoritária naquele julgamento do HC 84.078, por igual, há de ser considerada exemplo de magistrada séria, estudiosa, dedicada a este Supremo Tribunal Federal e de aplicação séria do Direito. Nunca atuou aqui segundo palpites, mas de acordo com sua compreensão estudada e racional do sistema jurídico.

O mesmo se diga do Ministro Joaquim Barbosa - que honrou este Tribunal e orgulha o Brasil -, que também adotou posição contrária aos que entenderam, naquela ocasião, e que entendem necessário o trânsito em julgado para o início do cumprimento da pena.

Publicado sem revisão. Art. 95 do RISTF

Não eram, Senhores Ministros, Senhores Advogados, magistrados menores; antes, o contrário. Formei com aqueles eminentes magistrados na corrente minoritária naquele julgamento. E assim o fiz, convencida de ser a interpretação e os fundamentos que melhor atendiam aos princípios e fins constitucionais e legais do sistema jurídico e à busca do Direito pelo Direito, da eficiência do ordenamento posto à observância de todos. Interpretação que me pareceu perfeitamente compatível ao que haveria de ser acolhido.

Não há, pois, de insistir ser matéria simplória e que apenas - estou citando entre aspas por uma referência feita - "nécios seriam incapazes de compreender os termos literais da norma constitucionalmente posta". Tanto não é assim, que sempre foi por maioria que se deram os julgados desta matéria, desde 2009, neste Supremo Tribunal. Como demonstrado em votos antes proferidos, adotaram a tese que prevaleceu em boa parte do período pós Constituição de 1988, adotada no Brasil antes mesmo desta Constituição.

Não parece, Senhor Presidente, exemplo de boa convivência democrática uma comunidade jurídica que teima em não respeitar interpretações jurídicas diversas. É pior exemplo em tempos de intolerância, falta de prudência, ensurdecer-se ao outro, menosprezar qualquer pensamento que não reflita o pensamento exposto. Não me parece um modelo bom de quem deveria, por dever, pela necessária convivência do contraditório, expor suas teses, ideias e

Publicado sem revisão. Art. 95 do RISTF

embasamentos sem atacar pensares diversos e expor menoscabos a posições adversas.

Como disse, formei na corrente minoritária deste Supremo Tribunal Federal, Senhor Presidente, desde aquele julgamento de fevereiro de 2009. Era um *habeas corpus*. Não por ser processo subjetivo, nem por estar convencida, mas fui voto vencido, respeitei, como respeito, integralmente e completamente, este Colegiado e jamais deixei de acatar e aplicar o que aqui se decidiu.

Este é "um" Tribunal, como é a comunidade jurídica que tem a responsabilidade com a democracia constitucional deste País. Por isso, respeito a prudência, o comedimento e a urbanidade, não a agressão, o deboche ou o desprezo pelo pensar diferente. Acho que é o que deve prevalecer na interpretação do Direito e na convivência dos profissionais de Direito.

Exemplo dessa minha observação de respeito ao diferente é o modelo que tenho em todos os Ministros, mas que vou fazer questão de repetir, neste momento, na figura do Ministro-Relator destas ações, o Ministro Marco Aurélio, que acentua o valor do Colegiado, em numerosíssimas vezes, e que, desde que aqui cheguei, sempre afirmou que defende seus votos, não ofende seus Pares. Para mim, este é o modelo que quero seguir para sempre.

Toda ofensa à diferença, nesses tempos de tanta virulência e

desavença, cheira a descompromisso com a democracia e com a Constituição democrática, que é nosso dever guardar - tarefa que não é simples. E o que é pior: descompromisso de faz de conta de defesa, do que defesa, às vezes, não é, mas agressão ao princípio do pluralismo.

Cansei de ouvir, nos últimos tempos, que o tema posto nestas ações, como disse, é simples, que a interpretação da norma constitucional é óbvia. Se fosse, não teriam os onze juízes deste Tribunal, em composições diferentes, em momentos diversos, despendido, algumas vezes, tempo de estudo e julgamento, para assentar interpretação a prevalecer segundo o que concluir, com fundamentos jurídicos, a maioria - sem ter chegado à unanimidade -, para a adequada aplicação do sistema de direito.

Senhor Presidente, Senhores Ministros, não realizarei a leitura integral de meu voto - que se perdeu em um acidente de computador.

Alertava a eminente Ministra Ellen Grace, jurista honrada, generosa amiga, Colega séria e exemplar, ao votar, naquela assentada de 5 de fevereiro de 2009, no HC 84.078:

"Senhor Presidente, desejo iniciar a minha manifestação ressaltando - e o faço com muita ênfase - o profundo respeito que guardo pelas posições manifestadas neste Plenário e que são diversas da que manifestarei a seguir.

Em segundo lugar, manifesto também a minha profunda preocupação com os rumos que o julgamento já toma. Creio que o

Publicado sem revisão. Art. 95 do RISTF

juízo deste caso transcende em muito ao caso concreto. Revela, Senhor Presidente, antes de mais nada, a falibilidade humana e a falibilidade deste Plenário, porque estamos a alterar jurisprudência velha de vinte anos, em regime plenamente democrático, formada por nada menos que todos os lumináres que nos antecederam nessas cadeiras. E sobre uma matéria que não é matéria de somenos; uma matéria que diz respeito a direitos fundamentais, tema de liberdade humana. Portanto estamos concluindo, ao que tudo indica, na sessão de hoje, que estiveram equivocados todos aqueles que nos antecederam durante vinte anos.

Também percebi, Senhor Presidente, pelo andamento das discussões, que o Tribunal se encaminha para considerar possível o recolhimento à prisão, após julgamento de segunda instância confirmando a decisão originária, a decisão de primeiro grau, portanto quando já não mais cabe reexame nem de fatos nem de provas (...) - Ficando, então adstrita a prisão preventiva. Finaliza a eminente Ministra Ellen Grace: "(...) o eminente Ministro Menezes Direito foi extremamente cuidadoso ao referir que o réu (...) - pode colocar-se em situação de insegurança em face da lei penal.

"Portanto, chego à conclusão de que raras, raríssimas serão as hipóteses em que esta Corte concederá qualquer valia, seja à sentença de primeiro grau, onde extensamente foi examinada prova e fato, ou à sua eventual confirmação pelo segundo grau de jurisdição que, como todos sabemos, tem ampla liberdade para revisar a produção dessas provas e definir a certeza sobre os fatos.

Portanto, essa é a situação, essa é a consequência deste julgamento."

Anoto, ao lado das observações tecidas há quase dez anos pela Ministra Ellen Grace naquele julgamento, que a jurisprudência deste Supremo Tribunal marchou no sentido de, cada vez mais, comprometer-se com os direitos fundamentais de todos - incluídos os dos presos em prisão provisória - e também, no caso específico do qual estamos a cuidar, desde 2016, daqueles que deram início ao cumprimento de suas penas pela condenação após segunda instância.

Marchou também este Supremo Tribunal Federal no sentido de deixar claro que era necessário que houvesse uma série de garantias

constitucionalmente asseguradas que o Poder Judiciário brasileiro precisa preservar, como, por exemplo, não permitir excesso de prazo em prisão, mesmo preventiva; não considerar legítima a prisão preventiva não contemporânea à data dos fatos.

Toda essa jurisprudência, de alguma forma, interferiu no entendimento que veio a se firmar na mudança jurisprudencial em 2016.

O autor da presente ação sustenta que, em razão da decisão proferida por este Supremo Tribunal Federal no HC 126.292 - decisão da maioria dos Ministros -, haveria a possibilidade de início de cumprimento da pena de forma provisória - pena de prisão - antes do trânsito em julgado da condenação, alterando jurisprudência consolidada neste Tribunal. É este o objeto específico dessas ações.

A questão posta em causa neste sentido refere-se, portanto, à possibilidade ou não de prisão contra pessoa que teve sua condenação confirmada, em segunda instância, pelos órgãos judiciais competentes.

Não se põe em causa a imprescindibilidade do devido processo legal, da insuperável observância do princípio do contraditório, das garantias da defesa, até porque, se não se observassem esses princípios, se não se tivesse tido o respeito ao devido processo legal, o caso seria de nulidade do processo.

O que se cuida aqui é estabelecer se há imposição constitucional

Publicado sem revisão. Art. 95 do RISTF

de ter-se o trânsito em julgado como único momento constitucionalmente legitimado para início de execução da pena.

As normas que conformam o ordenamento jurídico brasileiro, especialmente aquelas constantes da Constituição, são basicamente os incisos LVII do art. 5º e LXXI daquele mesmo dispositivo.

Afirmo, Senhor Presidente, que, em minha compreensão, exarada desde a primeira vez em que aqui pude votar na matéria, o inciso LVII do art. 5º não comporta leitura isolada.

Em voto exarado em 21/5/1993, no HC 680.372, o Ministro Aldir Passarinho, já sob a égide da Constituição de 1988, anotou exatamente isto:

"É certo que aludido dispositivo legal dispõe que 'ninguém será considerado culpado até trânsito sentença penal condenatória', mas o preceito não pode ser considerado isoladamente, mas sim em harmonia com outros dispositivos constitucionais, inclusive os diretamente referentes à prisão, como o item LIV, do mesmo art. 5º, segundo o qual 'ninguém será privado da liberdade ou de seus bens, sem o devido processo legal', e o item LXI, igualmente do art. 5º, que dispõe:

'Ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar delito ou por crime propriamente militar, definidos em lei.'

Tais dispositivos já de si revelam que pode haver prisão independentemente de sentença transitada em julgado. No caso, houve processo legal que se completou na fase de tramitação ordinária, havendo decisão condenatória, e em consequência houve a ordem de prisão, com atenção, portanto, ao disposto nos itens transcritos."

No mesmo sentido, foram as palavras do Ministro Menezes

Direito no julgamento do HC 84.078:

"Não me parece, acentuo desde logo, que o inciso LVII do art. 5º da Constituição da República ganhe o alcance que se vem pretendendo conferir-lhe. A norma 'ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória' não pode ser equiparada a uma vedação da privação da liberdade antes do julgamento dos recursos extraordinário e especial. Nesses recursos o que está em discussão é a tese jurídica e não matéria de fato. O esgotamento do exame da matéria de fato se dá nas instâncias ordinárias. (...) Não é por outra razão que os efeitos desses recursos são limitados, não suspendendo a execução.

A se admitir a vedação da execução da pena antes do julgamento dos recursos extraordinário e especial estar-se-ia atribuindo por via de interpretação efeito suspensivo a tais recursos. Ora, o princípio da presunção da inocência não está enlaçado pela natureza típica desses recursos, o que quer dizer que o início da execução da pena com o encerramento do julgamento nas instâncias ordinárias não o atinge. Anote-se que esse raciocínio levaria ao resultado de subordinar sempre o julgamento penal proferido nas instâncias ordinárias ao julgamento dos recursos excepcionais, tornando-os também ordinários. A simples interposição dos recursos conduziria ao impedimento de cumprir-se a decisão condenatória.

Não se diga que isso acarretaria qualquer lesão ao sistema jurídico de proteção do cidadão subordinado a processo penal. Não, porquanto seria possível sempre obter-se a suspensão da execução pelos amplos meios de defesa que nosso sistema processual confere aos réus."

Em entendimento majoritário no Supremo Tribunal Federal, até fevereiro de 2009 - quando foi alterado por maioria -, prevaleceu esta compreensão, retomada - como muitas vezes citado, e não vou repetir - pelo Plenário, no julgamento do HC 126.292, relatado pelo Ministro Teori Zavascki.

Reiterando meu entendimento, antes externado, quanto à constitucionalidade de interpretação do sistema, no sentido da possibilidade de início de execução de pena após a fase de exaurimento das instâncias ordinárias comprobatórias da culpa, afirmo que a defesa das teses jurídicas e eventuais

Publicado sem revisão. Art. 95 do RISTF

equivocos havidos por nulidades comprovadas nos processos dispõem de vias legais específicas, mas não impõem, como regra, a incerteza da punição que a condenação impôs.

No caso que agora discutimos, o que se discute é a higidez constitucional da interpretação e a aplicação do entendimento quanto ao início da execução da pena, nos termos do art. 283 do Código de Processo Penal, na esteira da interpretação oferecida à norma constitucional.

A análise, portanto, é feita no sentido da possibilidade jurídica, ou não, de decretação de prisão que não seja de natureza cautelar, a partir do transcurso, esgotamento ou preclusão dos recursos ordinários com efeitos suspensivos, excluídos, portanto, os de natureza extraordinária - especial, no Superior Tribunal; extraordinário, no Supremo Tribunal.

Transcrevo passagem do que asseverei no HC 126.292, que me escuso de ler.

Nos termos do que antes manifestei neste Supremo, em cujo resultado fiquei vencida, em uma primeira hora, na honrosa companhia dos Ministros Menezes Direito, Joaquim Barbosa e Ellen Gracie, foi enfatizado - no caso, pelo Ministro Joaquim Barbosa - que o instituto da presunção de inocência - eu falo, sempre, em princípio da não-culpabilidade penal - não é absoluto, disse o Ministro

Publicado sem revisão. Art. 95 do RISTF

Joaquim Barbosa, nem contrastado em nosso ordenamento jurídico.

Foi com base em sua ponderação com o direito fundamental do cidadão à efetividade da prestação jurisdicional que esta Corte sempre entendeu e continua entendendo legítimos os institutos de prisão preventiva e de prisão temporária.

Além disso, afirmou Sua Excelência:

"(...) é de se ressaltar que os recursos extraordinário e especial não são dotados de efeito suspensivo em nosso ordenamento jurídico positivo, razão pela qual não se configura violação ao princípio da não-culpabilidade a determinação de cumprimento da pena após o julgamento da apelação pelo Tribunal competente."

Ali, ainda, afirmou-se - naquela ocasião foi objeto, ponto de discussão - que o Supremo reafirma, em numerosíssimas vezes em sua jurisprudência, que não há nenhum direito absoluto. É preciso que se compadeça a interpretação com a garantia de muitos direitos assegurados, incluídos os daqueles que estão tendo de se submeter à custódia do Estado, mas também daqueles que sofreram as consequências e que esperam a punição após a condenação, depois de um devido processo legal.

Também já se asseverou, aqui, neste Tribunal, que, desde 2004, ficou reforçada aquela conclusão, quando a transcendência foi assumida pelo recurso extraordinário, com a EC nº 45, que passou a condicionar o conhecimento do recurso extraordinário à repercussão geral das questões constitucionais

Publicado sem revisão. Art. 95 do RISTF

discutidas no caso, considerada a relevância jurídica, política, social ou econômica, nos termos do § 3º do art. 102 da Constituição. Estou citando alguns julgados nesse sentido.

O direito fundamental do cidadão à efetividade da prestação jurisdicional baseia-se no direito à segurança e à busca de paz social. Sem a garantia da liberdade de cada um e de todos, os direitos que devem ser devidamente respeitados - de todos: investigados, processados, condenados, vítimas, cidadãos - não se aperfeiçoam - se não houver liberdade em situação de segurança jurídica plena e conhecida.

A eficácia do Direito Penal afirma-se, em minha compreensão, pela definição dos delitos e pela certeza do cumprimento das penas. Se não se tem a certeza de que a pena será imposta, de que será cumprida, o que impera não é a incerteza da pena, mas a certeza - ou, pelo menos, a crença - da impunidade. Os que mais contam com essa certeza, com essa crença, não são os mais pobres, são aqueles que dispõem de meios para usar - e até para abusar - de todo um rebuscado e intrincado sistema recursal, de todos os meios para não precisar responder pelo delito, para protrair o processo no tempo, até se chegar à prescrição da pretensão punitiva e à frustração dos direitos daqueles que sofreram as consequências do delito. Por isso, a tarefa de interpretar a Constituição há de considerar, em primeiro lugar, ser ela, a Constituição, um sistema de normas, não se interpretando cada

Publicado sem revisão. Art. 95 do RISTF

princípio ou regra isoladamente.

A Constituição é elaborada segundo um retrato, portanto, leva em consideração o passado ou a história de um povo; prepara as condições para a construção do presente; e possibilita o florescer de um futuro com objetivos marcados. No caso brasileiro - formalmente afirmados -, de todos, repito, daqueles que erraram, daqueles que tiveram o seu erro processado e, ao final, foram condenados, mas também dos cidadãos que esperam essa prestação e das vítimas que contam com isso.

O sistema de direitos fundamentais constitucionalmente abrigado na Constituição considera o direito dos que erraram e que foram condenados pelos seus erros, mas também dos que foram vítimas e renunciaram à prática bárbara de se vingarem, porque o Estado assumiria a força de sua autoridade, para prestar a justiça - força racionalizada, normatizada, previamente conhecida quanto aos delitos definidos e quanto às penas para eles fixados. Sobre delitos e penas, pôs-se, como conquista civilizatória, a definição clara dos crimes e a certeza da punição. Como antes afirmei - não fui só eu, desde sempre, desde Beccaria, pelo menos -: punição incerta não é incerteza do Direito, é certeza ou crença de impunidade, o que fomenta mais crimes, injuria a vítima e enfraquece o sistema de direito.

Publicado sem revisão. Art. 95 do RISTF

Também não se afirme que a situação das prisões ou estado de coisas inconstitucionais do antissistema penitenciário brasileiro - declarado por este Supremo Tribunal Federal - respalda a interpretação de ser conveniente afastar-se o cumprimento da pena até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Crimes ou infrações por omissão, quanto ao respeito ao direito dos presos, não qualificam nem sustentam todo o equívoco de não se cumprir o direito penal eficiente porque o Estado também não cumpre seu dever de eficiente prestação de condições para a manutenção de um sistema carcerário respeitoso ao direito dos condenados. Tudo precisa ser visto e resolvido sem novos equívocos, em minha compreensão, repito, e com absoluto respeito às compreensões em contrário.

Afirme-se que não se vai cumprir o direito penal no que se refere à condenação, porque não há como ele ser aplicado, mas não se afirme que é impossível dar a ele cumprimento. Altere-se o Direito, mas, principalmente, alterem-se as estruturas determinadas pela Constituição e pelas leis.

No HC 126.292, julgado pelo Plenário, em 17 de maio de 2016, o Supremo restabeleceu a interpretação que preponderava, em sua jurisprudência, desde 2009, nos termos do voto do Ministro-Relator, o saudoso Ministro Teori Zavascki - e deixo de fazer leitura desta passagem. Evoluindo o sistema manifestado naquele HC 84.078, minudenciou-se, no HC 126.292, a necessidade de melhor adequação ao tratamento do princípio da não culpabilidade penal para se

Publicado sem revisão. Art. 95 do RISTF

conferir efetividade à persecução penal e, conseqüentemente, à subsistência da própria jurisdição criminal, ou seja, para se dotar de plena eficácia o direito penal e se dar uma resposta à sociedade sobre a forma escoreita, constitucional, legítima e respeitosa de direitos na aplicação do sistema penal.

No caso aqui examinado, o autor opõe-se à possibilidade de execução antecipada da pena - art. 283 do Código Penal, alterado pela Lei nº 12.403, de 2011.

Reiterando meu respeito mais genuíno aos que concluem de maneira diversa, tenho que a norma mostra-se compatível com a interpretação conferida à matéria por este Supremo Tribunal Federal desde o HC 126.292, devendo ser aplicada de modo a conjugar, sem suprimir, as diferentes hipóteses em que se pode dar a prisão.

Diversamente do que defende o autor e todos os outros que participaram como *amici curiae* desses processos, a norma do art. 283, na esteira de uma interpretação a ser dada pela Constituição, não institui, nem poderia instituir, exclusividade dos provimentos transitados em julgado para a execução de pena privativa de liberdade, havendo de ser interpretada no sentido consequencial de assegurar a eficácia do sistema criminal, resguardando-se os direitos de todos os cidadãos a ter a ação do Estado-Juiz a partir do processo, no qual se tenha

Publicado sem revisão. Art. 95 do RISTF

garantida a plena observância do acatamento à lei e às garantias constitucionais do investigado, do acusado, mas também de todos os que compõem a sociedade brasileira.

Faço uma rápida referência, Presidente, sobre o que foi alegado quanto ao descumprimento do princípio da proporcionalidade, pela possibilidade adotada na compreensão de alguns de nós do início de execução da pena antes do trânsito em julgado. Essa matéria também não é novidade neste Supremo Tribunal Federal.

O exame e o pronunciamento sobre a compatibilidade ou não da execução provisória de pena de sentença penal condenatória, após o esgotamento das instâncias de provas, com a norma constitucional garantidora do princípio da não culpabilidade penal foi abordada, por exemplo, pela Ministra Ellen Gracie, no julgamento daquele *habeas corpus*, tantas vezes citado, de nº 84.078, quando afirmou Sua Excelência:

"O Princípio da Proporcionalidade é uma via de mão dupla, ao mesmo tempo em que proíbe o excesso, proíbe também a insuficiência do Direito Penal. De fato, a noção de proporcionalidade na seara penal não se esgota na categoria da proibição do excesso, já que vinculado igualmente a um dever de proteção por parte do Estado em relação às agressões a bens jurídicos praticados por terceiros. Ou seja, de um lado, a proibição do excesso, de outro, a proibição de insuficiência."

A Ministra Ellen Gracie, naquela ocasião, afirmava não identificar excesso nenhum quando o legislador torna eficaz, enquanto não

Publicado sem revisão. Art. 95 do RISTF

modificada, uma sentença condenatória mantida pelo tribunal. Parte-se da presunção de que a condenação foi acertada. Não seria razoável partir da presunção de que uma sentença confirmada por um tribunal, por um órgão colegiado, também fosse desacertada. Qualquer magistrado de segundo, terceiro ou quarto grau de jurisdição sabe que é mínimo o percentual de reformas em decisões condenatórias. Afetado estaria o princípio se aceitássemos que alguém pudesse ser privado de sua liberdade, mas não pudesse, em sentença condenatória mantida por um tribunal, manter uma presunção quando já há, pelo menos, um juízo de certeza reiterado.

A Ministra Ellen Gracie, naquela ocasião, também afirmou que seria frágil, na compreensão de Sua Excelência, a tese de que as formas diferentes de execução de uma sentença poderiam conduzir a um comprometimento do princípio da proporcionalidade na esfera penal, porque teria tratamento normativo desigual. E, aí, ela afirma que os bens jurídicos tutelados também são desiguais.

O que foi aportado aqui - e não vou repetir, até para ter um pouco mais de rapidez na conclusão do meu voto - sobre o direito penal, em área internacional, nas convenções internalizadas pelo Brasil, parece-me compatível com o que vem sendo interpretado - e foi demonstrado, principalmente, no voto do Ministro Alexandre e muito minudenciado no voto do Ministro Fachin.

Publicado sem revisão. Art. 95 do RISTF

Dou apenas uma última palavra sobre a questão referente à prisão preventiva, sobre se poderia ser apreciada ou aproveitada de alguma forma, nos casos em que se fizesse necessário, para se substituir ou para se superar a possibilidade de execução provisória da pena. A Ministra Rosa Weber, inclusive, fez uma distinção quanto a natureza, requisitos, possibilidades, para concluir no sentido de que não há substituição de uma pela outra, embora, em alguns casos, possa-se até adotar, para que o processo penal tenha bom êxito.

Faço uma referência a isso em meu voto, Senhor Presidente, para concluir que, mantendo, portanto, como disse, a compreensão que já vinha adotando desde sempre. Tenho que a própria jurisprudência do Supremo hoje permite que interpretação no sentido de permitir ou de se considerar legítimo o início de execução da sentença penal condenatória após a confirmação pelo segundo grau de jurisdição, quando as provas já foram examinadas. A prisão preventiva se sustenta em bases e condições conformadas por jurisprudência do Poder Judiciário brasileiro que, de algum modo, poderia substituir a interpretação que estamos a adotar.

Termino este voto, Senhor Presidente, Senhores Ministros, fazendo coro, ainda uma vez, com a corrente minoritária que integrei em 2009 - com todo o respeito pelos que formaram a corrente majoritária -, com profunda preocupação com o novo quadro interpretativo e a aplicação do direito penal
Publicado sem revisão. Art. 95 do RISTF

positivado no Brasil. Como disse, não desconheço - aliás, no meu caso, não desconheço mesmo - as precárias condições e o péssimo estado do sistema carcerário. Não deixei de visitar em nenhum estado desta Federação, quer na condição de responsável pelo Conselho Nacional de Justiça, quer por outros compromissos cívicos, pelo menos duas penitenciárias em todos os estados desta Federação.

Tenho profundo respeito por aqueles que acham que isso, de alguma forma, precisa influenciar a interpretação, mas não se está aqui a testar, conforme o resultado, a falibilidade dos processos, mas a buscar a melhor interpretação, que favoreça os direitos fundamentais previstos no Brasil e que perpasse os julgamentos de homens, segundo o sistema jurídico posto. A mutabilidade pela interpretação e adoção da compreensão por este Colegiado em um tema tão sensível não pode ser alterada sem que haja - e tenho certeza que haverá, na linha da corrente que se formará majoritariamente - compreensão, interpretação e aplicação do princípio constitucional de que estamos a cuidar com grave e profundo espraçamento e consequências para o entendimento, a interpretação e a prática de todo o sistema de justiça criminal no País.

Estamos em uma fase de mudanças. Mudamos já algumas jurisprudências que se foram formando em sentido diferente. Como sempre, volto a acentuar e a modelar a fala e a prática do Ministro Marco Aurélio, no sentido de Publicado sem revisão. Art. 95 do RISTF

que o Colegiado é assim: maioria que se forma por uma interpretação que se compromete com o que parece ser o melhor, o melhor na compreensão que vier a ser proclamada. Superamos - ou, pelo menos, estamos em vias de superar -, o que vinha sendo aplicado no sentido de que, na fase investigatória, prevalecia o *in dubio pro societate*. Agora, começa a prevalecer que as investigações não podem ser senão *in dubio pro reo* - sempre relevando direitos fundamentais dos cidadãos, o reconhecimento, a transferência e a mudança de competências para julgamento de casos. Há uma mudança em curso sobre o sistema penal brasileiro.

Espero, mesmo ficando vencida, como fiquei em 2009, que, quem vota vote no sentido de sua compreensão, buscando dar pleno cumprimento à Constituição brasileira, o que é próprio da democracia.

Por isso, comecei meu voto fazendo homenagem ao Ministro Marco Aurélio - e poderia fazer a todos os outros - pela ênfase que dá, ao dizer que: é para isso que temos o Colegiado e que os órgãos são colegiados, porque somos plurais, como é plural a sociedade brasileira. A Constituição é feita exatamente em atendimento a todos.

Voto, portanto, Senhor Presidente, no sentido de julgar parcialmente procedente as ações declaratórias de constitucionalidade, para dar interpretação conforme à norma do art. 283 do Código do Processo, no sentido de

Publicado sem revisão. Art. 95 do RISTF

que a execução provisória da sentença penal condenatória confirmada em segundo grau de jurisdição, ainda que sujeita a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da não culpabilidade penal. Acompanho, portanto, com as vênias do Ministro-Relator, que mais uma vez homenageio, a divergência inaugurada pelo Ministro Alexandre de Moraes.

É como voto.

07/11/2019

PLENÁRIO

**AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE 44 DISTRITO
FEDERAL**

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Boa-tarde a todos! Eu começo, Presidente, cumprimentando o Ministro Marco Aurélio pela iniciativa que teve, quando do julgamento das ações declaratórias de constitucionalidade, de refutar a possibilidade de que ali já se julgasse o mérito.

Creio que exatamente graças a essa iniciativa de Sua Excelência - e, talvez, a uma antevisão - é que nos permite hoje ter a possibilidade de revisitar um tema que, como se revelou ao longo de todo esse debate, é extremamente importante e assaz controvertido. Daí as divisões que se produzem, tendo em vista o caráter de garantia institucional que se manifesta no nosso sistema e nos sistemas de vários países, e os seus reflexos na vida prática. Mas gostaria de fazer esse registro *a priori*, Presidente, desta antevisão que Sua Excelência teve diante da proposta, que foi por mim formulada, de que julgássemos já o mérito da ação - isto precisa ser reconhecido.

Cumprimento, em seguida, a Ministra Rosa Weber,

ADC 44 / DF

pelo seu brilhantíssimo voto, aqui, proferido. Sua Excelência sofreu, ao longo desses anos, e ela bem o disse no seu voto, uma série de insultos e vilipêndios. E trouxe, de maneira equilibrada, ponderada, com respostas claras, a interpretação, inclusive fazendo um levantamento precioso sobre a evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal na matéria e fazendo também - o que é digno de nota - um apanhado sobre o histórico desta norma no processo constituinte.

Portanto, gostaria de fazer também de forma de voz expressa esse cumprimento, Presidente.

O meu penúltimo cumprimento vai para Vossa Excelência, Presidente, por ter pautado esta matéria. Já era hora. Cansou o Ministro Marco Aurélio - e também nosso Decano - de reiterar a necessidade que esse tema fosse esclarecido, e que, de fato, essa matéria precisava ser arrostada - como diz o Ministro Marco Aurélio, é preciso abrir o embrulho -, e era preciso que este tema fosse discutido.

E, finalmente - eu disse que eram três, mas eram quatro -, cumprimento aos Advogados Brasileiros. Sem dúvida nenhuma, trata-se de uma brilhante iniciativa, dos mais diversos setores da comunidade jurídica que insistiram no julgamento, seja de processos

ADC 44 / DF

subjetivos, seja de processos objetivos. Meu querido amigo, Professor Peter Häberle, diz que o Direito muito deve aos advogados. Eles realizam, de certa forma, essa ideia que ele desenvolve da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição. A partir das abordagens que venham ao Tribunal é que é possível deitar luz sobre novas interpretações. E isso se explica também no campo do Processo Penal.

E aqui vimos, de maneira muito clara, nas diversas sustentações que foram feitas, inclusive, a integração entre Advocacia privada, a mais qualificada, e também a mais qualificada da Advocacia destinada à assistência judiciária. Vimos belas sustentações feitas por defensores públicos, que desmistificaram, Presidente, esses números que são apresentados e esse discurso de que o tema que está em jogo, aqui, diz respeito a interesses de ricos e poderosos. Mostraram os defensores públicos, com resultados, mas agora são as pesquisas que indicam - inclusive, a Folha de São Paulo acaba de publicar, ontem, esses dados - que os defensores públicos conseguem inúmeras façanhas ou fazendo com que determinados crimes sejam reconhecidos como atípicos, ou que se aplique uma pena que não a pena de prisão. E, portanto, tudo isso tem consequências.

07/11/2019

PLENÁRIO

AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE 44 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES:

1. A questão em debate nesta ADC

Trata-se de ação declaratória de constitucionalidade ajuizada pelo Partido Ecológico Nacional (PEN), para questionar a conformidade constitucional do artigo 283 do Código de Processo Penal. Transcrevo os dispositivos apontados:

Constituição Federal:

“Art. 5º (...)

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

Código de Processo Penal:

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

Na ação, afirma-se que o art. 283 do CPP constitui interpretação razoável da presunção de inocência, constitucionalmente prevista. Sublinha-se haver o Supremo reconhecido a plausibilidade da tese positivada pelo preceito quando apreciou o *Habeas Corpus* 84.078 (Tribunal Pleno, rel. Min. Eros Grau, DJe 26.2.2010). Conforme relatado, aponta-se que a redação atual do dispositivo conforma o princípio da não

ADC 44 / DF

culpabilidade dentro da moldura normativa preconizada pelo artigo 5º, inciso LVII, da Lei Maior.

2. Breve resumo das discussões sobre execução provisória da pena

Inicialmente, deve-se examinar brevemente o histórico recente sobre execução provisória da pena, conforme decidido por este Supremo Tribunal Federal.

Em 5.2.2009, o Plenário desta Corte assentou a inconstitucionalidade da chamada “execução antecipada da pena” diante do disposto no art. 5º, LVII da CF. Do julgado no **HC 84.078**, relatado pelo eminente Min. Eros Grau, destaco os seguintes trechos:

“(…) 3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. 4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão. (…)” (HC 84078, Rel. Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, DJe 26.2.2010)

Em 17.2.2016, no HC 126.292 houve a mudança de tal entendimento. No referido julgamento, afirmou-se a possibilidade de execução provisória da pena após o juízo de apelação, ou seja, após o exaurimento do segundo grau de jurisdição:

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.

ADC 44 / DF

A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado. (HC 126292, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, DJe 17.5.2016)

A partir de tal precedente, monocraticamente, os Ministros do STF têm aplicado a jurisprudência do Supremo no sentido de que a execução provisória da sentença já confirmada em sede de apelação, ainda que sujeita a recurso especial e extraordinário, não ofende o princípio constitucional da presunção de inocência, consoante decidido no HC 126.292/SP.

Em 5.10.2016, esse posicionamento foi mantido pelo STF ao indeferir medidas cautelares nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44. Depois, em 10.11.2016, no julgamento do **Recurso Extraordinário com Agravo 964.246/SP**, com repercussão geral reconhecida pelo Plenário Virtual, assentou-se a seguinte tese:

“CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). ACÓRDÃO PENAL CONDENATÓRIO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. JURISPRUDÊNCIA REAFIRMADA. 1. Em regime de repercussão geral, fica reafirmada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal. 2. Recurso extraordinário a que se nega provimento, com o reconhecimento da repercussão geral do tema e a reafirmação da jurisprudência sobre a matéria.” (ARE 964246 RG, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, DJe 25.11.2016)

ADC 44 / DF

Já no julgamento do **HC 126.292/SP**, o Ministro Dias Toffoli consignou que a execução da pena deveria ficar suspensa com a pendência de recurso especial ao STJ, mas não de recurso extraordinário ao STF. Para fundamentar sua posição, sustentou que a instituição do requisito de repercussão geral dificultou a admissão do recurso extraordinário em matéria penal, que tende a tratar de tema de natureza individual, e não de natureza geral, ao contrário do recurso especial, que abrange situações mais comuns de conflito de entendimento entre tribunais.

Ainda, no julgamento do **HC 142.173/SP** (de minha relatoria, sessão da Segunda Turma de 23.5.2017), manifestei minha tendência em acompanhar o Ministro Dias Toffoli no sentido de que a execução da pena com decisão de segundo grau deve aguardar o julgamento do recurso especial pelo STJ.

Posteriormente, em 4.4.2018, o Plenário julgou o **HC 152.752/PR** (DJe 27.6.2018), quando novamente me manifestei no sentido de que o julgamento pelo Superior Tribunal de Justiça é a opção que confere maior segurança à execução provisória da pena.

Isso porque, como anteriormente citado, o STJ pode corrigir questões relativas à tipicidade, antijuridicidade ou culpabilidade do agente, alcançando inclusive a dosimetria da pena.

Esse novo marco, com o fim da prisão automática no segundo grau, consubstancia apenas um ajustamento do momento inicial para a execução da pena, mais consentâneo com o nosso ordenamento jurídico e a com a nossa realidade.

Naquele momento, destaquei que, fora desse referido marco, existiriam três possibilidades de antecipação da execução da pena, **desde que devidamente motivadas em cada caso concreto:**

ADC 44 / DF

A primeira: possibilidade de antecipar-se a execução da pena ocorreria com o trânsito em julgado progressivo da sentença condenatória, tendo em vista que parte ou parcela da pena tornou-se líquida por falta de argumentação recursal. A pena incontroversa poderia ser executada ainda na primeira instância (execução da pena mínima).

A segunda: possibilidade de antecipação da execução da pena, na mesma linha do trânsito em julgado progressivo, decorrente agora da precipitação em habeas corpus (denegado) do exame pelo STJ ou pelo STF de questões iguais ou mais abrangentes que aquelas perfiladas nos recursos extraordinários (especial e extraordinário), tornando desnecessário aguardar o julgamento destes para o cumprimento da reprimenda.

A terceira: uma vez confirmada a condenação em segundo grau de jurisdição, formando-se, portanto, título executivo mais robusto, abre-se a possibilidade, em crimes graves, de nova análise do cabimento da antecipação da execução da pena para garantia da ordem pública ou da aplicação da lei penal, mediante uma nova interpretação do conceito de ordem pública”.

Assim, a partir de observações compartilhadas com o Min. Dias Toffoli, **passei a adotar a posição intermediária em decisões monocráticas**, determinando que se aguarde uma decisão colegiada do Superior Tribunal de Justiça para que se autorize a execução provisória da pena, salvo as três exceções acima elencadas.

Contudo, desde as minhas primeiras manifestações sobre a matéria, ressaltei preocupação com a possibilidade de prisões decretadas de modo automático, sem a devida especificação e individualização aos casos concretos. Ainda que tenha me posicionado favoravelmente à execução provisória da pena, **ressaltei que tal medida careceria da devida motivação, considerando-se os elementos de cada caso concreto.**

ADC 44 / DF

Na própria ementa assentada no referido precedente, HC 126.292, assentou-se que a **execução provisória da pena seria uma possibilidade, e não uma obrigatoriedade:**

“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”.

Como afirmei no julgamento do HC 152.752: *“a execução antecipada da pena de prisão, após julgamento em 2ª instância, na linha do quanto decidido por esta Corte, seria possível. Porém, essa possibilidade tem sido aplicada pelas instâncias inferiores automaticamente, para todos os casos e em qualquer situação, independentemente da natureza do crime, de sua gravidade ou do quantum da pena a ser cumprida”*.

Ou seja, o resultado do que decidido por este Tribunal, no HC 126.292, foi destoante das premissas a partir das quais assentei meu posicionamento. Cito, por exemplo, a Súmula 122 do TRF4, segundo a qual *“encerrada a jurisdição criminal de segundo grau, deve ter início a execução da pena imposta ao réu, independentemente da eventual interposição de recurso especial ou extraordinário”*.

Além disso, nos termos do inciso LXI do art. 5º da CF: *“ninguém será preso senão em flagrante delito **ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente**, salvo nos casos de transgressão militar ou*

ADC 44 / DF

crime propriamente militar, definidos em lei”.

Penso, portanto, que o debate sobre presunção de inocência e execução da pena precisa ser orientado a partir de tal visão.

Após a decisão tomada em 2016, muito se alterou e se descobriu no cenário da persecução penal no Brasil. As ilegalidades cometidas em operações midiáticas atestam a necessidade de busca por limites ao poder punitivo estatal.

Desde que votei favoravelmente à execução provisória da pena, muito refleti sobre as consequências amplas de tal posicionamento e percebi que uma leitura tão destoante do texto expresso da Constituição Federal só acarretaria abertura de brechas para cada vez mais arbitrariedades por todo o sistema penal.

E, sem dúvidas, isso reflete essencialmente naqueles que são, inevitavelmente, a clientela preferencial do Direito Penal. Por óbvio, precisamos adotar medidas para que todas as pessoas, ricas ou pobres, que cometam crimes graves sejam devidamente punidas. Contudo, não podemos esquecer que todas as medidas adotadas para expandir o Direito Penal incidiram forte e diretamente nessa clientela preferencial. Isso é, infelizmente, inevitável.

Diante desse quadro, não há como manter o precedente assentado no HC 126.292.

3. A presunção de inocência como pedra de toque do processo penal

Por um lado, a imparcialidade é a base fundamental de qualquer processo judicial, que pressupõe a existência de um terceiro, afastado dos interesses das partes, para decidir o caso de um modo justo. Isso vale tanto para o processo civil como para o penal.

Contudo, o processo penal possui uma característica singular, uma

ADC 44 / DF

premissa que orienta toda a estruturação dogmática do direito processual penal: a *presunção de inocência*. Na doutrina, afirma-se:

“[...] a presunção de inocência não é mais um princípio do processo, é o próprio processo. O princípio da presunção de inocência constitui uma proibição de desautorização ao processo”. (SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier. *Variaciones sobre la presunción de inocencia*. Análisis funcional desde el Derecho penal. Madrid: Marcial Pons, 2012. p. 37) (tradução livre).

Já em 1979, Giulio Illuminati, na introdução de livro que é referência fundamental sobre a temática, afirmava:

“Falar de presunção de inocência do imputado pode parecer anacrônico em um momento no qual a criminalidade e o terrorismo – preocupantes manifestações degenerativas do equilíbrio da sociedade – colocaram no centro das atenções o problema da ordem pública e da repressão à criminalidade”. (ILLUMINATI, Giulio. **La presunzione d’innocenza dell’imputato**. Bologna: Zanichelli, 1979, p. 1, tradução livre)

Em estudo clássico da dogmática penal alemã, Arthur Kaufmann afirma que o princípio da culpabilidade representa um valor ontológico, inerente à ordem jurídico-penal democrática e que não pode ser afastado em hipótese alguma. O princípio da culpabilidade é uma barreira constitucional contra a violência estatal sobre a esfera do indivíduo que não pode ser retirada do sistema penal, ao menos do sistema penal que pretende ser democrático. (KAUFMANN, Arthur. **Das Schuldprinzip**, 1961. S. 15 ff.)

Trata-se de uma opção democrática para assegurar que uma pessoa não possa ser considerada culpada sem o devido transcorrer do processo penal, com a proteção efetiva de direitos e garantias fundamentais. Exatamente por isso não podemos simplesmente acusar uma pessoa de

ADC 44 / DF

haver cometido um crime e já restringir sua liberdade como se culpada fosse, sem a comprovação concreta dos fatos, com respeito ao contraditório.

Conforme assentado no voto do Min. Celso de Mello no HC 126.292:

“Mostra-se importante assinalar, neste ponto, Senhor Presidente, que a presunção de inocência, legitimada pela ideia democrática – não obstante golpes desferidos por mentes autoritárias ou por regimes autocráticos que absurdamente preconizam o primado da ideia de que todos são culpados até prova em contrário (!!?) –, tem prevalecido, ao longo de seu virtuoso itinerário histórico, no contexto das sociedades civilizadas, como valor fundamental e exigência básica de respeito à dignidade da pessoa humana”.

O poder tende ao abuso e, portanto, precisa de freios constantes para sua contenção. Nas palavras de Montesquieu, “(...) *trata-se de uma experiência eterna que todo homem que possui poder é levado a dele abusar; ele vai até onde encontra limites. Quem diria! Até a virtude precisa de limites*”. (MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis*. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 166).

E tal característica assume perspectivas incomparáveis quando se trata do dispositivo mais intrusivo do âmbito de atuação estatal: o direito penal. Como há muito apontado por EUGENIO ZAFFARONI, “*a seletividade, a reprodução da violência, a criação de condições para maiores condutas lesivas, a corrupção institucionalizada, a concentração de poder, a verticalização social e a destruição das relações horizontais ou comunitárias não são características conjunturais, mas estruturais do exercício de poder de todos os sistemas penais*”. (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas. A perda de legitimidade do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2014. p. 15).

Diante disso, pode-se afirmar que o *fundamento* do processo penal,

ADC 44 / DF

sua razão de existir, é o reconhecimento de que, em um Estado democrático de direito, uma sanção penal somente pode ser imposta após a obtenção de uma condenação definitiva com total respeito às regras do devido processo penal.

E, assim, ele adquire o *sentido* de ser um instrumento de limitação do poder punitivo ao condicionar a aplicação de uma sanção penal ao seu transcorrer e encerramento com uma sentença condenatória, em respeito às regras do devido processo. (BINDER, Alberto M. *La implementación de la nueva justicia penal adversarial*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2012. p. 74)

Trata-se de sentido compartilhado com os diplomas internacionais de proteção de direitos humanos, que consolida uma perene tensão entre legitimação e contenção do sistema punitivo. Desse modo, o Direito Penal *“enquanto saber científico, deve ser construído e compreendido tendo como horizonte de sentido a restrição, mais hermética possível, ao mais intenso poder Estatal – o punitivo (potestas puniendi)”*. (SCALCON, Raquel Lima. *Ilícito e pena. Modelos opostos de fundamentação do direito penal contemporâneo*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2013. p. 152)

No texto constitucional, a presunção de inocência destaca-se entre os direitos fundamentais elencados no rol do art. 5º da Constituição Federal. O inciso LVII determina: *“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”*.

A Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) prevê a garantia no artigo 8, 2: *“Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa”*.

A partir de tal dispositivo, há relevantes precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos. No caso *Suárez Rosero vs. Equador*, consignou-se que a *“Corte estima que o princípio da presunção de inocência atende ao propósito das garantias, ao firmar a ideia de que uma pessoa é inocente*

ADC 44 / DF

até que a sua culpabilidade seja demonstrada” (tradução livre).

Já no caso *Ricardo Canese vs. Paraguai*, assentou-se que “*a Corte considera que o direito à presunção de inocência é um elemento essencial para a realização efetiva do direito de defesa e acompanha o acusado durante toda a tramitação do processo até que uma sentença condenatória que determine a sua culpabilidade se torne imutável” (tradução livre).*

A Convenção Europeia dos Direitos do Homem regula, no artigo 6º, 2, que “*qualquer pessoa acusada de uma infração presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada”.*

Já o nosso texto constitucional segue a tradição das Constituições da Itália – artigo 27: “*L’imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva”* – Portugal – artigo 32, 2: “*Todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa”.*

Em suma, a presunção de inocência é um direito fundamental, que impõe o ônus da prova à acusação e impede o tratamento do réu como culpado até o trânsito em julgado da sentença. Essas são duas das três consequências determinadas pela presunção de inocência: regra de tratamento, regra probatória e regra de juízo. (MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010)

Afirma-se que “*como regra de tratamento, a presunção de inocência se refere à condição do imputado durante o processo*”, de modo que “*é vedada qualquer forma de equiparação do imputado ao culpado em qualquer aspecto*” e, igualmente, veda-se a “*execução provisória da sentença condenatória e qualquer antecipação da pena*” (ILLUMINATI, Giulio. **La presunzione d’innocenza dell’imputato.** Bologna: Zanichelli, 1979, p. 29-30, tradução livre).

ADC 44 / DF

A ideia de que “direitos fundamentais não são absolutos” autoriza, exatamente, a existência de prisões cautelares, ao se ponderar a presunção de inocência aqui analisada. Se adotássemos uma visão rigorosa, nem mesmo poderiam existir restrições cautelares, como as prisões preventivas e temporárias.

Contudo, não se pode aceitar que a determinação expressa e clara do inciso LVII do art. 5º da CF, “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, possa ser um princípio ponderável. Trata-se de uma regra precisa, um direito fundamental, assegurado para limitar o poder punitivo estatal.

4. O conteúdo da presunção de inocência como regra de tratamento no inciso LVII do art. 5º da CF e a impossibilidade de execução da pena sem definição da culpa

O texto constitucional é autoevidente, não há como dar interpretação diversa a um dispositivo com determinação tão clara: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Nos termos do voto do Min. Marco Aurélio, no HC 126.292:

“O preceito, a meu ver, não permite interpretações. Há uma máxima, em termos de noção de interpretação, de hermenêutica, segundo a qual, onde o texto é claro e preciso, cessa a interpretação, sob pena de se reescrever a norma jurídica, e, no caso, o preceito constitucional. Há de vingar o princípio da autocontenção. Já disse, nesta bancada, que, quando avançamos, extravasamos os limites que são próprios ao Judiciário, como que se lança um bumerangue e este pode retornar e vir à nossa testa”.

Por decorrência de opção democrática e, inclusive, corolário de

ADC 44 / DF

interpretação lógica e epistemológica, o Estado só pode aplicar uma pena a quem praticou um crime, ou seja, só podemos sancionar penalmente quem for culpado por um fato tipificado por lei criminal. Assim, a prisão-pena, imposta como retribuição ao crime praticado e com finalidades preventivas a novos delitos, só pode ser aplicada a quem for culpado.

Antes de se ter a definição da culpa, não se pode prender para impor pena. As hipóteses de prisão antes da formação da culpa seriam aquelas elencadas como prisões cautelares (preventiva e temporária).

Portanto, fixada a primeira premissa: ninguém pode ser punido sem ser considerado culpado; ninguém pode ser preso sem ter a sua culpa definida por ter cometido um crime; não se pode executar uma pena a alguém que não seja considerado culpado.

E, a partir disso, a segunda premissa é decorrência clara do texto constitucional: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Se “não se pode executar uma pena a alguém que não seja considerado culpado” e “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, conclui-se que não se pode executar uma pena até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Nesse sentido, alguns Ministros desta Corte têm proferido decisões monocráticas em respeito ao texto constitucional. Cito as recentes decisões do Ministro Marco Aurélio, em 14.8.2019, nos autos do HC 173.741 MC, e Ministro Ricardo Lewandowski, em 27.6.2019, nos autos do HC 172.603.

Além disso, na doutrina, verifica-se contundente crítica à interpretação assentada no HC 126.292, pois “*ao atribuir uma nova*

ADC 44 / DF

concepção para a expressão 'trânsito em julgado', o entendimento majoritário da Suprema Corte, num impulso de injustificável inquisitorialidade, acabou por arruinar a garantia fundamental do cidadão de ser considerado inocente" (AMARAL, Augusto J.; CALEFFI, Paulo S. P. Pré-ocupação de inocência e execução provisória da pena. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, vol. 3, n. 3, 2017, p. 1093).

Precisamos, portanto, pensar com cautelas sobre o precedente e sua compatibilidade com o texto constitucional.

5. Breve histórico das reformas legislativas no CPP

As sucessivas alterações legislativas no CPP deram ensejo a diferentes experiências de concretização do princípio da presunção de inocência. O olhar em retrospecto nos mostra que os diferentes regimes vigentes ora atenuavam, ora reforçavam, a excepcionalidade da segregação cautelar antes do trânsito em julgado. A trajetória histórica revela um verdadeiro processo de aprendizado do Poder Legislativo e do Poder Judiciário na elaboração desses modelos normativos.

O CPP de 1941 foi estruturado a partir de uma lógica de antecipação da culpabilidade, de modo que a fundamentação das prisões provisórias se dava muito mais pela incidência direta da hipótese normativa do que pela avaliação discricionária da proporcionalidade da medida por parte do aplicador do Direito.

Em sua acepção original, o art. 312 do CPP estabelecia a prisão preventiva obrigatória para os crimes a que fosse cominada pena de reclusão por tempo, no máximo, igual ou superior a dez anos, bastando para tanto a prova da existência do crime e indícios suficientes de materialidade.

ADC 44 / DF

O CPP concebía como efeito da prolação da sentença condenatória recorrível a automática prisão do réu (art. 393, inciso I, o CPP). O manejo do recurso de apelação ficava condicionado ao recolhimento à prisão ou à prestação de fiança (art. 594). Ainda, a sentença de pronúncia implicava necessariamente a custódia imediata do réu (art. 408, §§ 1 e 2).

Esse sistema, que fora essencialmente influenciado pelo modelo do fascismo italiano, modernizou-se significativamente nas décadas seguintes, ainda durante os anos da Ditadura Militar. Já em 1967, a Lei nº 5.349 extinguiu a prisão preventiva obrigatória, atendendo ao apelo da doutrina que denunciava o exagero dos juízes na utilização do instituto.

A principal virada na matéria ocorreu com a edição da Lei nº 5.941/1973, a inaugurou a possibilidade de o réu sentenciado ou pronunciado recorrer em liberdade. A edição desse diploma teve como pano de fundo a instauração de investigações contra o delegado Sérgio Fernando Paranhos Fleury, que chefiava o Departamento de Ordem Política e Social (DOPS) em São Paulo e que passara a ser investigado por associação ao tráfico e atos de extermínio.

A Lei nº 5.941/1973 conferiu nova redação aos arts. 408 e 594 do CPP para prever que, se o réu condenado ou pronunciado fosse primário e apresentasse bons antecedentes, poderia o juiz sentenciante “*deixar de decretar-lhe a prisão ou revogá-la, caso já se encontrasse preso*”. Além disso, a alteração legislativa inseria as mesmas excepcionalidades para afastar a necessidade de o réu estar preso para interpor o recurso de apelação.

Embora o “*Fator Fleury*” seja apontado como um “salto” no regime de segregações cautelares, fato é que as modificações posteriores do CPP caminharam igualmente no sentido da liberalização e da consagração da excepcionalidade das prisões provisórias.

Ainda na década de 1970, a Lei 6.416/1977 alterou a redação do art.

ADC 44 / DF

310 do CPP para restringir a manutenção da prisão em flagrante às hipóteses em que estivessem presentes os mesmos requisitos autorizativos da decretação da prisão preventiva.

O regime inaugurado pela Constituição de 1988, de certo modo, quedou-se contrastante com o movimento de liberalização. A referência contida no art. 5, LXVI, da CF/88 no sentido de que *“ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”* é objeto de críticas. Nesse sentido, Eugênio Pacceli aponta que:

Não é porque o Constituinte de 1988, desavisado e desatualizado com a legislação processual penal de sua época, tenha se referido à liberdade provisória, com e sem fiança, que a nossa história deve permanecer atrelada a este equívoco. O que é provisório é sempre a prisão, assim como todas as demais medidas cautelares, que sempre implicarão restrições a direitos subjetivos.

Nos últimos anos, especialmente em 2008 e 2011, o Código de Processo Penal sofreu relevantes alterações, com o objetivo de adequar o texto legal às disposições constitucionais de 1988, tendo em vista as origens autoritárias do texto de 1941.

As Leis 11.689 e 11.719, de 2009, revogaram a prisão decorrente de pronúncia (antigo art. 408, §1º, CPP) e a obrigatoriedade de prisão para apelar (art. 594, CPP). Sem dúvidas, foi uma clara inclinação do legislador no sentido de que a prisão antes do trânsito em julgado seria somente decretada se presentes fundamentos de preventiva. Na doutrina, apontou-se que *“esses novos diplomas aboliram aqueles títulos de prisão, compreendendo-se na única modalidade prisão preventiva e, com isso, ficou melhor sistematizado o ordenamento processual nesse ponto”* (GOMES FILHO, Antonio M. In: FERNANDES, Og. (coord.). **Medidas cautelares no processo penal**. Comentários à Lei 12.403, de 4.5.2011. p. 37).

ADC 44 / DF

Então, em 2010, este Tribunal avançou no sentido de que a execução da pena dependeria do trânsito em julgado da condenação, nos termos do decidido no HC 84.078.

Depois, a Lei 12.403, de 2011, revogou o art. 393, que previa a prisão decorrente de sentença condenatória e alterou o art. 283 nos termos agora vigentes:

“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”.

Ao comentar tal alteração legislativa em texto doutrinário, o Ministro Og Fernandes destaca que:

“A prisão é o máximo de constrangimento imposto por uma medida cautelar a quem está sendo processado. E não é pouco. O *caput* do dispositivo em estudo enumera as providências coativas à liberdade individual: prisão em flagrante; prisão temporária; prisão preventiva; e a decorrente da sentença condenatória transitada em julgado. Ajustada ao postulado constitucional da motivação das decisões (art. 93, IX, da CF/1988), a providência judicial que retira a liberdade do indivíduo não pode se circunscrever a um nada jurídico”. (FERNANDES, Og. In: FERNANDES, Og. (coord.). **Medidas cautelares no processo penal**. Comentários à Lei 12.403, de 4.5.2011. p. 59)

Ou seja, o legislador consolidou no CPP a orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal em 2009. A decisão assentada no HC 126.292 destoou claramente de tais diretrizes, conflitando com os textos constitucional e legal. Nesse sentido, a posição anterior ao precedente de

ADC 44 / DF

2009 pautava-se por legislação infraconstitucional que não previa dispositivo semelhante ao agora existente art. 283.

Conclui-se, portanto, no sentido da inviabilidade da execução provisória da pena, pois “entrando em vigor o artigo 283 no ano de 2011, a única interpretação constitucionalmente admissível é a mesma que adotavam todos os ministros do STF em relação ao artigo 147 da LEP” (STRECK, Lenio; BRENDA, Juliano. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jun-13/senso-incomum-novos-argumentos-adcs-prisao-segunda-instancia>)

6. A visão do Supremo Tribunal Federal sobre o sistema carcerário brasileiro

A discussão travada nesta ADC quanto à necessidade de aguardo do trânsito em julgado para início da execução do título condenatório deve ser racionalizada a partir de uma ótica de aperfeiçoamento da gestão da política criminal brasileira. A decisão deste STF sobre a matéria deve ter em conta não apenas o impacto sobre a esfera individual dos apenados, mas, de um modo geral, as repercussões desse *decisium* na construção de uma *policy* criminal voltada à compatibilização da eficácia normativa do texto constitucional.

O Supremo Tribunal Federal há muito tem reconhecido a situação de calamidade que permeia o sistema carcerário. Como ressaltai anteriormente, a situação de penúria do sistema prisional do país é tão notória, o que quer se diga será expletivo e, claro, vergonhoso para todos nós. E como tenho destacado, não temos, no âmbito do Judiciário, sequer a desculpa de dizer que isso é responsabilidade da Administração, porque somos nós os administradores do sistema.

Em julgamento histórico, o Plenário deste Tribunal reconheceu um estado de coisas inconstitucional no sistema penitenciário brasileiro, ressaltando a violação sistemática e reiterada de direitos fundamentais em razão do tratamento desumano e da superlotação carcerária. Nos termos da ementa da ADPF 347 MC:

ADC 44 / DF

“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”. (ADPF 347 MC, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, DJe 19.2.2016)

Vivemos um cenário claro de **encarceramento em massa** e expansão do Direito Penal, eminentemente com fins simbólicos. Pode-se afirmar que o encarceramento em massa não se restringe à incorporação de populismo punitivo por parte das agências legislativas, mas pressupõe que os atores com poder de decisão na esfera processual penal legitimem as diretrizes punitivistas, concretizando-as através da racionalidade

ADC 44 / DF

jurídico-instrumental (CARVALHO, Salo. **O Papel dos Atores do Sistema na Era do Punitivismo**. Lumen Juris, 2010, p. 59-60).

Nas últimas décadas, a sociedade brasileira tem assistido à emergência de uma nova forma de governar que é, na sua essência, lastreada em uma estratégia de manipulação e espraiamento do medo. Essa estratégia, que é cunhada nos estudos de criminologia de “o governo por meio do crime” (“*Governing Through Crime*”), consiste em difundir o mito de que o cidadão, exposto ao constante perigo, só poderá ser protegido por um governo forte e com capacidade de punir.

A realidade brasileira amolda-se com clareza a esse cenário. As nossas opções políticas e atuações jurisdicionais têm nos movido de um Estado de Bem-Estar Social para um verdadeiro Estado Penal. Nessa transição, “os legisladores e governantes passam a definir o cidadão (‘de bem’) como um sujeito político idealizado (o sujeito modelo), cujas circunstâncias e experiências passaram a representar o bem-geral, o qual só pode ser protegido por governantes que levantam a bandeira do punitivismo estatal”. (SIMON, Jonathan. **Governing Through Crime: how the war on crime transformed American Democracy and created a culture of fear**. Oxford University Press: 2007, p. 110, tradução livre).

Conforme ressaltado no voto de minha lavra no RE 641320/RS, um dos principais gargalos da gestão do sistema prisional brasileiro é patente a deficiência dos métodos de colheita, tratamento e gestão de dados dos encarcerados no Brasil. Embora o uso de ferramentas de tecnologia da informação na execução penal seja consagrado pela Lei 12.714/2012 como um dever da Administração Pública, a realidade do país ainda é em muito coincidente com o quadro diagnosticado no julgamento do RE 641320/RS.

Ainda hoje a maior parte das unidades da federação não contam com órgãos centrais de administração da execução penal, ficando à cargo das respectivas varas a tarefa de administrar as vagas e inspecionar as situações de excesso no cumprimento da pena. O judiciário é desafiado a realizar essa gestão, muitas vezes, sem a padronização de um sistema

ADC 44 / DF

unificado que informe tempestiva e automaticamente as datas previstas para progressão de regime e livramento condicional ou mesmo que identifique as unidades prisionais sobrelotadas.

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), sob a gestão do Presidente Dias Toffoli, tem contribuído para o avanço da informatização da execução penal no Brasil, sendo aqui digna de destaque a iniciativa de criação do Sistema Eletrônico de Execução Unificado – SEEU, previsto pela Resolução 280, de 09 de abril de 2019.

Referido sistema busca concretizar as determinações impostas por este STF no RE 641320/RS, atinentes à criação de um cadastro nacional de presos. O SEEU contém ferramentas que informam ao juiz as datas previstas em cada processo para a respectiva conclusão de inquéritos, para o oferecimento de denúncia, para a obtenção de progressão de regime, para o cálculo de remição da pena, entre outros dados relevantes.

Essas medidas são imprescindíveis para o combate à sobrelotação dos presídios. De acordo com dados do CNJ de 2019, temos 812 mil presos no país, para apenas 415 mil vagas no sistema prisional. Em alguns estados como Pernambuco, a taxa de sobrelotação chega a 178,6%. Desse universo de presos, cerca de 41% são presos provisórios, isto é, que sequer tiveram sentença condenatória proferida.

A própria discussão aqui desenvolvida sobre a prisão em segunda instância parece ter carecido de um apuramento dos dados disponíveis sobre o universo de encarcerados afetados por uma possível mudança de entendimento do STF.

No país, temos atualmente duas bases de dados sobre o sistema prisional, ambas sujeitas a imprecisões. A primeira delas é o Banco de Dados do Infopen, vinculado ao Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça, cujo último relatório foi divulgado em 2017. A segunda base é o Banco Nacional de Monitoramento de Prisões do CNJ, que só foi criado em 2018.

Cada uma das bases é alimentada de forma distinta. O Banco do Infopen é alimentado pela contagem feita pelas próprias unidades prisionais. Já o BNMP é alimentado pelos mandados de prisão expedidos

ADC 44 / DF

pelos juízes.

O principal problema dessa duplicidade de bases é que nenhuma delas torna possível a comparação de séries históricas. A base do Infopen não só apresenta dados até 2017 e a base do CNJ só apresenta dados a partir de 2018.

Ainda na semana anterior ao início do julgamento desta ADC, alguns portais de notícias falavam em 170 mil possíveis beneficiados. Esse número foi posteriormente retificado pelo CNJ que apontou menos de 5 mil presos que teriam mandado de prisão expedido unicamente em razão da condenação em segunda instância.

Esse episódio demonstra a necessidade de aprimorarmos a gestão das informações e dos dados do sistema carcerário a nível nacional. O Judiciário e o Supremo Tribunal Federal precisam adotar medidas concretas para reduzir os danos inevitavelmente causados por esse cenário de violações constantes de direitos fundamentais em um Estado de Coisas Inconstitucional. E aqui surge uma evidente contradição na posição adotada para antecipar a possibilidade de execução da pena para o julgamento em segundo grau.

7. O sistemático desrespeito à jurisprudência dos Tribunais Superiores em juízos inferiores

Ainda que os recursos de natureza extraordinária (como o RExt e o REsp) não possibilitem um reexame amplo da matéria fática assentada pelas instâncias inferiores, não há dúvidas de que o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal atuam ativamente para a proteção efetiva de direitos fundamentais, desempenhando, assim, um papel proeminente no sistema jurídico.

Primeiramente, na doutrina, questiona-se a premissa de que o juízo realizado por tais Tribunais Superiores não seja relevante para a formação

ADC 44 / DF

da culpa do réu. Sustenta-se que:

“(...) o pressuposto *sine qua non* da aplicação da pena é a afirmação da culpa (em sentido lato) de um sujeito concreto acusado por um crime concreto. A afirmação dessa culpa só pode se dar por meio das regras do devido processo legal.

Com outras palavras, a afirmação da culpa (em sentido lato) é uma conclusão acerca da tipicidade, ilicitude e de culpabilidade daquele concreto acusado, alcançada por meio de um devido processo legal, no âmbito do qual se tenha obtido a comprovação empírica de todos os pressupostos da pena. Disso deriva que a discussão sobre qualquer um desses pressupostos impede uma afirmação definitiva de culpa daquele acusado por aquele fato concreto.

Daí que a exigência constitucional de definitividade do juízo de culpa para a aplicação da pena só possa se dar quando não estejam sendo mais discutidos esses pressupostos, o que independe de o recurso admitir ou não a discussão de fatos ou provas, e de ter ou não efeito suspensivo”. (ESTELLITA, Heloisa. A flexibilização da legalidade no Supremo Tribunal Federal: o caso da execução da condenação sujeita a apelos extremos. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 4, n. 2, 2018. p. 721-722)

Portanto, a tese de que o exame em RE e REsp não é determinante para a formação da culpa não pode ser aceita sem maiores ressalvas. A análise exercida pelo STJ e STF possui fundamental importância para a legitimação da imposição de uma pena no Estado Democrático de Direito.

Tal relevância é, inclusive, demonstrada por pesquisas empíricas. Cite-se, por exemplo, pesquisa publicada a partir de estudo de *habeas corpus* concedidos, em que se demonstrou sistemático descumprimento de orientações do Supremo Tribunal Federal (BOTTINO, Thiago. **Habeas corpus nos Tribunais superiores**. Escola de Direito da FGV, 2016).

ADC 44 / DF

E diversos são os exemplos de precedentes, inclusive sumulados, constantemente desrespeitados: aplicação do princípio da insignificância, inconstitucionalidade de vedação à substituição por pena restritiva de direitos; fixação de regime inicial mais gravoso sem fundamentação concreta. Sem dúvidas, os enunciados das Súmulas 718 e 719 do STF, e 440, 443 e 444 do STJ são frequentemente ressaltados como fundamentos para alterações de decisões tomadas por Tribunais de segundo grau.

Conforme afirmado pela Defensoria Pública da União:

“Diante desse quadro, a primeira conclusão que formulamos é a de que o título de segunda instância, que o STF pretende utilizar para nortear o início da execução da pena, não é dotado de suficiente confiabilidade para tal fim. Em outros termos, há acentuada incidência de casos em que, iniciando a execução da pena a partir dos parâmetros dados pelo título condenatório de segunda instância, sujeitar-se-á o réu a um excesso de execução. Em alguns casos, poderá ele vir a ser absolvido.

A segunda conclusão que formulamos, sob outra ótica, é a de que não há como deixar de aguardar o provimento judicial do STJ, antes do início da execução da pena, nas hipóteses em que há a interposição de recurso especial. Dessa forma, mesmo que, por mera hipótese argumentativa, não se venha a aguardar o trânsito em julgado, é imprescindível, ao menos, aguardar-se o trânsito em julgado do recurso especial interposto”. (eDoc 12, p. 10)

Diante disso, pode-se concluir que diversos elementos indicam a insuficiência e ilegitimidade de uma decisão proferida por Tribunal de segundo grau para, diretamente, autorizar a imposição de uma pena. O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça constantemente proferem decisões determinantes para resguardar direitos fundamentais e, só assim, após tais manifestações, pode-se aventar a possibilidade de imposição de uma pena de modo legítimo e

ADC 44 / DF

democrático.

7. Dados sobre o sistema carcerário brasileiro e suas interpretações

Conforme ressaltado no voto de minha lavra no RE 641320/RS, um dos principais gargalos da gestão do sistema prisional brasileiro é a deficiência dos métodos de colheita, tratamento e gestão de dados dos encarcerados. Embora a Lei 12.714/2012 preveja como um dever da Administração Pública o uso de ferramentas de tecnologia da informação na execução penal, a realidade do país ainda é em muito coincidente com o quadro diagnosticado por este STF em 2016, quando esta Corte determinou a criação do Cadastro Nacional dos Presos.

Ainda hoje a maior parte das unidades da federação não contam com órgãos centrais de administração da execução penal, ficando à cargo das respectivas varas a tarefa de administrar as vagas e inspecionar as situações de excesso no cumprimento da pena. Os juízes em muitos casos não dispõem de um sistema unificado que informe tempestiva e automaticamente as datas previstas para progressão de regime e livramento condicional.

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), sob a gestão do Presidente Dias Toffoli, tem contribuído para o avanço dessa informatização, sendo aqui digna de destaque a iniciativa de criação do Sistema Eletrônico de Execução Unificado – SEEU, previsto pela Resolução 280, de 09 de abril de 2019.

Essas medidas são imprescindíveis para o combate à sobrelotação dos presídios. De acordo com dados do CNJ de 2019, temos 812 mil presos no país, para apenas 415 mil vagas no sistema prisional. Em alguns estados como Pernambuco, a taxa de sobrelotação chega a 178,6%. Desse universo de presos, cerca de 41% são presos provisórios, isto é, que sequer tiveram sentença condenatória proferida.

Nesse ponto, gostaria de contribuir com algumas interpretações alternativas dos dados trazidos pelos votos que me antecederam. **Faço isso porque a análise de dados estatísticos, quando feita a partir de uma**

ADC 44 / DF

honestidade intelectual, exige moderação e responsabilidade. A seriedade científica é incompatível com a crença em respostas e verdades universais.

Assim como os gestores públicos assumem uma grande responsabilidade na colheita e tratamento dessas informações, também a nós – como julgadores – é imposta a responsabilidade de interpretar os dados com cautela, evitando interpretações enviesadas que representam manifestações da chamada heurística, estratégia de ignorar parte da informação com o objetivo de tornar a escolha mais fácil e rápida.

7.1. Impactos da mudança de entendimento do STF quanto à execução provisória da pena no ano de 2009.

Uma primeira heurística trazida nesse julgamento é a ideia de que a decisão do STF de 2009 teria, na realidade, gerado um aumento do encarceramento entre aquele ano e 2016. Por outro lado, no período de 2016 até 2019, o crescimento da população carcerária teria sido menor.

Há uma enorme dificuldade em avançar nesse raciocínio principalmente porque ele irresponsavelmente presume que as decisões do STF sobre a matéria são os únicos fatores relevantes para explicar as flutuações no número de presos.

Aqui não se faz qualquer exercício estatístico sério que demonstre um nexo de causalidade direto entre as prisões após condenação e segunda instância e o aumento da população carcerária. Tal variável não é isolada de todas aquelas outras que contribuem para o número do aumento de presos. A diminuição das taxas de crescimento do sistema carcerário a partir de 2016 pode ser explicada por diversas outras razões.

Neste ano, como já dito, o STF reconheceu o estado de coisas inconstitucional no sistema penitenciário brasileiro e, dentre outras determinações, impões que os juízes e tribunais estavam obrigados a realizar, 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 (ADPF 347 MC, Rel.

ADC 44 / DF

Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJe 19-02-2016).

Em complementação, o CNJ, sob a presidência do Min. Ricardo Lewadowski, ampliou o programa Audiência de Custódia, o qual, segundo estimativas do próprio Conselho, evitou o encarceramento de pelo menos 115 mil presos nos últimos quatro anos.

Além dessas medidas, também em 2016, o Tribunal aprovou a edição da Súmula Vinculante 56, a qual estabeleceu que *“a falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso”*. No julgamento do RE 641.320, a Corte estabeleceu que *“havendo déficit de vagas, deveriam ser determinados: (i) a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas; (ii) a liberdade eletronicamente monitorada ao sentenciado que sai antecipadamente ou é posto em prisão domiciliar por falta de vagas; (iii) o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao sentenciado que progride ao regime aberto”* (RE 641320, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJe 01-08-2016).

Assim, as medidas determinadas pelo STF para conter a superlotação é que parecem ter surtido efeito mais impactante na diminuição das taxas de crescimento da população carcerária.

7.2. Possíveis beneficiados pela mudança da jurisprudência do STF no julgamento destas ADCs

Uma segunda heurística que vinha sido desenvolvida ainda na semana anterior ao início do julgamento desta ADC tem relação com o número de presos que poderiam ser beneficiados por uma mudança entendimento do STF no presente julgamento.

Ainda às vésperas do início do julgamento, alguns portais de notícias falavam em 190 mil possíveis beneficiados por uma mudança de entendimento do STF. Desde o início, titubeei em acreditar nesse número por uma razão muito simples: ele era incrivelmente superior ao próprio incremento da população carcerária no período de 2016 a 2019.

Segundo o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias do

ADC 44 / DF

Departamento Penitenciário Nacional (Depen), do Ministério da Justiça, o Brasil tinha 726.700 presos em junho de 2016, antes da decisão do Supremo de novembro de 2016 que autorizou a prisão após a segunda instância. Em 2019, segundo dados do CNJ, população carcerária seria de 812.000 presos.

Tal dado ainda se apresenta sobrestimado em relação àquele apresentado pelo portal *World Prison Brief* que aponta 746.532 presos no Brasil em 2019. Contudo, mesmo que considerássemos o dado do CNJ de que hoje existem 812.000 presos, é difícil chegar a uma estimativa tão elevada de possíveis beneficiados por uma viragem na jurisprudência do STF.

Ainda que se admitisse, por absurdo, que todo o acréscimo de encarcerados de 2016 a 2019 seja resultado direto da decisão de 2016 do Supremo, mesmo assim teríamos um total de 85.300 presos possivelmente beneficiados. Essa estimativa é muito inferior aos 170 mil divulgados pela imprensa.

Apesar dessas inferências, a verdade é que a aferição correta do impacto de possíveis beneficiados só pode ser feita a partir de uma delimitação clara do universo de pessoas afetadas.

Como discutido em texto recentemente publicado no Portal Conjur, para que o número correto ou estimado de pessoas atingidas com o fim da execução da pena em segunda instância seja definido seria necessário que: (i) fossem retratados presos fora das hipóteses de prisão preventiva; (ii) fossem contabilizados apenas os presos que não estão cumprindo pena que tenha transitado em julgado e (iii) não fossem consideradas as execuções provisórias de presos que tiveram sua situação convertida para fins de facilitar o acesso aos direitos de progressão, remição etc (CAMPOS, Fabrício de Oliveira. **Prisão em segunda instância: como distorcer os números**).

Em outras palavras, a conta teria que ser feita sobre as prisões exclusivamente executadas a partir de 2016 porque o acusado estava solto até o recurso de apelação e passou a ficar preso porque, mantida a condenação, recorreu ao STJ e/ou ao STF.

ADC 44 / DF

Ainda na semana passada, o CNJ por fim apresentou um dado que tentasse retratar essa filtragem. Conforme a Nota do CNJ publicada em 16 de outubro de 2019: *“extraindo-se os dados corretos do BNMP para os casos exclusiva e potencialmente afetado pelas ADCs, foram expedidos apenas 4.895 mandados de prisão pelo segundo grau dos Tribunais Regionais Federais e dos Tribunais de Justiça. Portanto, o número correto seria de 4.895 e não de 190 mil presos”*.

7.3. A relevância do juízo revisional do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal no processo penal

Uma terceira heurística trazida é a de que as instâncias extraordinárias (STJ e STF) reveem pouco o número de condenações e, quando o fazem, visam a beneficiar apenas criminosos do colarinho branco.

Traçar conclusões sobre esse ponto é exatamente difícil no processo penal brasileiro, considerando o amplo cabimento do *Habeas Corpus*. Essa via é muitas vezes utilizada em complementação ou em substituição às demais classes recursais para impugnar capítulos específicos da sentença ou do acórdão. Assim, examinar as estatísticas do juízo revisional do STJ e STF sem levar em conta os números de HC gera um claro subdimensionamento.

Todavia, mesmo se considerássemos apenas o universo subdimensionado de Recurso Especial (REsp) ou Recurso Especial com Agravo (AREsp) para o STJ e Recurso Extraordinário (RE) ou Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) para o STF, ainda assim as revisões das decisões de segunda instância seriam consideráveis.

Ainda que os recursos de natureza extraordinária não possibilitem um reexame amplo da matéria fática assentada pelas instâncias inferiores, não há dúvidas de que o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal atuam ativamente para a proteção efetiva de direitos fundamentais, desempenhando, assim, um papel proeminente no sistema

ADC 44 / DF

jurídico.

Tal relevância é, inclusive, demonstrada por pesquisas empíricas. Cite-se, por exemplo, pesquisa publicada a partir de estudo de *habeas corpus* concedidos, em que se demonstrou sistemático descumprimento de orientações do Supremo Tribunal Federal (BOTTINO, Thiago. *Habeas corpus nos Tribunais superiores*. Escola de Direito da FGV, 2016).

E diversos são os exemplos de precedentes, inclusive sumulados, constantemente desrespeitados: aplicação do princípio da insignificância, inconstitucionalidade de vedação à substituição por pena restritiva de direitos; fixação de regime inicial mais gravoso sem fundamentação concreta. Sem dúvidas, os enunciados das Súmulas 718 e 719 do STF, e 440, 443 e 444 do STJ são frequentemente ressaltados como fundamentos para alterações de decisões tomadas por Tribunais de segundo grau.

Levantamento recentemente publicado pela Folha de São Paulo em 17 de outubro de 2019, diagnosticou que, **de todos os REsp e AResp criminais analisados pelo STJ entre 2009 e 2019, o percentual de provimentos foi dos recursos foi de 37%**. Ou seja, em cada 3 (três) decisões de segunda instância questionadas no STJ, pelo menos 1 (uma) é revista.

Outra interessante pesquisa realizada pela Folha apontou o tempo médio de tramitação dos Recursos Especiais no STJ e dos Recursos Extraordinários no STF em matéria criminal, também no período de 2009 a 2019. O levantamento indicou que, no STJ, 63% dos recursos levaram até um ano para transitar em julgado, a contar da data em que o caso chegou ao tribunal. Já no STF, em 77% dos casos, o Tribunal analisou os recursos criminais em menos de um ano.

Aqui, também gostaria de complementar essas informações com alguns números de Habeas Corpus no STF. Em livro recentemente publicado que foi organizado por assessores desta Corte, mostrou-se que os ministros do STF e as Turmas concederam 642 ordens em HC somente em 2018. A pesquisa aponta que os principais fundamentos para as ordens concedidas são: (i) descabimento de prisão preventiva (20,4%), (ii) necessidade de início do cumprimento da pena em regime mais benéfico

ADC 44 / DF

(16,0%) e (iii) revisões na dosimetria da pena (14,3%) (PEDRINA, NUNES, SOUZA e VASCONCELLOS. **Habeas Corpus no Supremo Tribunal Federal**, São Paulo: RT, 2019).

A partir desses dados, levantamento realizado pelo meu gabinete buscou identificar quais são os principais crimes discutidos nas impetrações que chegam até o STF. Considerando os dados de 2018, podemos estimar que apenas 4,0% (quatro por cento) dos HC concedidos pelo STF no ano passado versavam sobre os chamados crimes de colarinho branco (o que inclui crimes de corrupção, lavagem de capitais e organização criminosa). Por outro lado, a esmagadora maioria das nossas concessões se referem a crimes de tráfico (correspondente a 49,4% das concessões) e furto (correspondente a 9,0% das concessões).

Essa realidade mostra com clareza que este Supremo Tribunal Federal diariamente luta em favor dos direitos dos mais pobres. Não são os criminosos ricos a principal classe atendida pela nossa prestação jurisdicional.

É claro que, como dito desde o início, todos esses levantamentos estão sujeitos às suas contingências. O que visei a demonstrar é apenas que não há fórmulas prontas e nem conclusões universalmente abstratas sobre o assunto. Parcimônia e autocontenção acadêmica são características que devem ser inegavelmente cultivadas quando exercícios como esse são desenvolvidos.

8. Reflexos das decisões deste STF sobre a chamada agenda internacional anticorrupção

Por fim, também gostaria de endereçar o argumento de que decisões recentes desta Suprema Corte estariam afastando o Brasil da realização de uma agenda internacional anticorrupção.

Tal alegação tem sido alimentada por manifestações de membros da OCDE (o chamado “*clube dos países ricos*”) e de outras organizações como

ADC 44 / DF

a Transparência Internacional. Entendo que tais avaliações, com as devidas vênias, parecem carecer de maior aprofundamento e de aderência à realidade local.

Não afirmo aqui que as recomendações de entidades como a OCDE sejam irrelevantes para o nosso país. Muito pelo contrário. O combate à corrupção deve, sem dúvida, ser pauta prioritária das instituições brasileira. Contudo, acredito que nenhuma entidade multilateral que respeita a autonomia das nações seria capaz de defender a estruturação de um aparato criminal em desrespeito aos valores constitucionais.

A verdade é que qualquer reflexão sobre os desafios do combate à corrupção que se pretenda séria e profunda não pode menosprezar ou simplificar a complexidade dos múltiplos arranjos institucionais disponíveis.

Permito-me, aqui, recuperar algumas das diretrizes da própria OCDE que aclaram que o combate a corrupção não é feito, de forma unilateral, pelo emponderamento ilimitado dos órgãos de persecução.

O Brasil ainda em 2000 ratificou a *Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais* da OCDE, a qual foi internalizada em nosso ordenamento jurídico por meio do Decreto nº 3.678/2000.

Ao esclarecer o alcance da previsão contida no art. 5º desta Convenção, a própria OCDE adverte que, para que haja independência dos órgãos de acusação, a discricionariedade dos órgãos de acusação “deve ser exercida com base em motivos profissionais e não deve ser sujeita à influência imprópria por preocupações de natureza política” (tradução livre) (OCDE. *Convention On Combating Bribery Of Foreign Public Officials in International Business Transactions And Related Documents*. Paris: OCDE Publishing, 2011, p. 17).

A preocupação com os limites da discricionariedade dos órgãos de acusação tem sido cada vez maior nos países desenvolvidos, sobretudo em razão do aumento do número de acordos realizados por esses órgãos com grandes empresas.

A literatura aponta que o amplo escopo de liberdade negocial de

ADC 44 / DF

entidades como o Ministério Público no direito norte-americano, por exemplo, tem se traduzido em soluções negociadas altamente benéficas às empresas e incapazes de dissuadir a reiteração delitiva das empresas. (GARRET, Brandon. **Too Big to Jail: How Prosecutors Compromise With Corporations**. Harvard University Press. 2014).

Quanto ao debate sobre a legalidade do compartilhamento de dados entre autoridades tributárias e os órgãos de persecução penal, por exemplo, a OCDE em seu documento-guia sobre o tema reconhece que a falta de base legal para a cooperação entre autoridades tributárias e órgãos de investigação criminal constitui um desafio fundamental às nações (OCDE. *Improving Co-operation between Tax Authorities and Anti-corruption Authorities in Combating Tax Crime and Corruption*. OCDE: Paris, 2018).

A decisão do Min. Dias Toffoli nos autos do RE 1.055.941 em julho deste ano esboça justamente essa preocupação. Essa decisão não afirma a impossibilidade absoluta de compartilhamento de informações entre a Administração Tributária e o Ministério Público. A discussão versada no RE consiste em saber, na realidade, quais são os limites desse compartilhamento nas hipóteses em que não há autorização judicial para tanto. Não se trata de discussão basilar. Aliás, a própria decisão do Min. Toffoli reconheceu a possibilidade desse compartilhamento, desde que nos moldes das balizas objetivas do art. 5 da Lei Complementar 101/2001. Trata-se, portanto, do desafio de compatibilizar o combate à corrupção com o direito constitucional ao sigilo.

Ainda voltando ao estudo-guia da OCDE sobre o compartilhamento de informações entre autoridades fiscais e criminais, o documento traz como um *case* bem sucedido de cooperação a Operação Zelotes. A própria OCDE ressalta que, nessa operação, as apurações de corrupção se desenvolveram com estrita supervisão judicial, o qual garantiu que todas as informações fiscais relevantes fossem adequadamente compartilhadas entre as agências envolvidas a partir de uma ordem judicial prévia. Para que não haja dúvidas: essa referência encontra-se na página 62 do

ADC 44 / DF

relatório da OCDE intitulado “*Improving Co-operation between Tax Authorities and Anti-corruption Authorities in Combating Tax Crime and Corruption*”.

Outro dado interessante é que a própria OCDE reconhece que essas cooperações têm eficácia limitada no combate à corrupção. Segundo a entidade, apesar de 95% dos países do grupo dos países ricos permitirem ou exigirem que as autoridades fiscais compartilhem dados com o Ministério Público desses países, **apenas 2% (dois por cento) dos casos internacionais de corrupção foram desvendados a partir da atuação de autoridades fiscais.** Transcrevo no meu voto o texto do documento para que não existam dúvidas quanto a essa conclusão:

“Despite the fact that 95% countries surveyed require or permit the tax authority to report suspicions of corruption, a 2017 OECD study on the Detection of Foreign Bribery found that only 2% of concluded foreign bribery cases between 1999 and 2017 were detected by tax authorities. While not representative of all corruption offences, the access that tax administrations have to detailed financial information suggests that there could remain significant scope for improvement in how tax administrations identify, capture, and report suspicions of corruption that arise during the course their work. This was supported by many jurisdictions involved in the study which provided anecdotal evidence that co-operation can be inconsistent from case to case, occurring on an ad-hoc basis rather than systematically.” (OCDE. *Improving Co-operation between Tax Authorities and Anti-corruption Authorities in Combating Tax Crime and Corruption*. OCDE: Paris, 2018, p. 56).

Outra seara em que a crítica ao Brasil tem se desenvolvido diz respeito à aprovação recente da Lei de Abuso de Autoridade. Ocorre que os próprios países da OCDE preveem em seu ordenamento jurídico a responsabilização dos agentes encarregados da persecução penal.

Em países com democracia consolidada, como é o caso da

ADC 44 / DF

Alemanha, o direito penal descreve, tanto nos crimes próprios de funcionários públicos, quanto naqueles crimes impróprios, em que a qualidade de funcionário público apenas agrava uma punição dirigida a todo e qualquer cidadão, uma série de condutas típicas que podem se enquadrar em uma noção de punição de abuso de autoridade.

No caso dos crimes próprios de funcionário público, o Código Penal Alemão prevê:

- 1- O delito de corrupção pública, do §331 StGB;
- 2- O delito de violação do Direito, a Rechtsbeugung do §339 StGB;
- 3- O delito de perseguição de inocente, a Verfolgung Unschuldiger do §344 StGB;

No caso dos crimes impróprios, o código alemão prevê:

- 1- O delito de lesão corporal no exercício da função, do §340 StGB;
- 2- O delito de corrupção política, o §108e StGB, que é impróprio porque os membros do Poder Legislativo, na Alemanha, não são considerados funcionários públicos para fins penais

Nesse sentido, ainda sobre os delitos comuns, esclarece a doutrina de Alaor Leite e Ricardo Campos:

“Naturalmente, os delitos comuns dirigem-se igualmente aos funcionários da justiça. É perfeitamente possível falar em um constrangimento ilegal – a “*Nötigung*” do §240 StGB – agravado para casos em que o funcionário da justiça constrange outra pessoa por meio de violência ou de ameaça com um mal sensível a uma ação, omissão ou, ainda, a tolerar alguma situação, valendo-se do exercício de sua função (§240, n. 2 StGB), com pena de seis meses a cinco anos. O exercício da função não exclui a responsabilidade, antes a agrava expressamente: o ilícito praticado adquire outra dignidade e passa a ser um ilícito praticado em nome do Estado, merecedor, segundo o direito alemão, de pena maior.” (<https://www.conjur.com.br/2019-set-14/opinioao-limites-abuso->

ADC 44 / DF

autoridade-direito-alemao-parte)

Portanto, a nova legislação brasileira sobre abuso de autoridade não destoa de ordenamentos estrangeiros democráticos e de nenhum modo impede a fundamental repressão à corrupção, mas busca assegurar a contenção de abusos.

9. Possíveis alternativas à vedação de execução provisória da pena

Considerando que a opção constitucional e legislativa atual é evidentemente e inquestionavelmente no sentido de que se aguarde o trânsito em julgado da condenação para que se possa iniciar a execução de uma prisão-pena, devemos pensar (e até sugerir) possíveis alternativas à vedação de execução provisória da pena.

Extraio três opções do próprio ordenamento jurídico atual e uma quarta como possível proposta de alteração normativa a partir da perspectiva do direito comparado.

9.1. Prisão preventiva e o conceito de ordem pública para possibilitar a segregação quando existirem fundamentos concretos

A necessidade de aguardar-se o trânsito em julgado da condenação para se considerar o réu culpado e, assim, iniciar-se a execução de uma pena, não impede, de modo algum, que possa ocorrer o encarceramento em momento anterior.

Nesse sentido, vale aqui destacar a necessidade de um aprimoramento no cenário de gestão de dados e estatísticas no Brasil. Precisamos consolidar bancos de dados, especialmente em matéria tão relevante como penal e penitenciária, para que se possa estabelecer políticas criminais adequadas à realidade e com potencial efetividade aos objetivos pretendidos.

Nos termos do CPP, reformado pela Lei 11.403, de 2011, quatro são

ADC 44 / DF

as possíveis justificações à prisão preventiva: conveniência da instrução criminal, garantia da ordem pública e da ordem econômica e para assegurar a aplicação da lei penal.

As duas primeiras possibilidades são denominadas “endoprocessuais”, por serem ligadas a exigências instrutórias e “*se destinarem à tutela do processo perante uma situação de perigo ao seu ‘normal desenvolvimento’*” (GIAMBERARDINO, André. Fundamentos Teóricos das Novas Hipóteses de Prisão Preventiva. In: COUTINHO; CARVALHO (org.). *O Novo Processo Penal à Luz da Constituição*. Vol. 2. Lumen Juris, 2011. p. 121)

A primeira – conveniência da instrução criminal – é vista como meio para proteger a tutela da prova no processo penal, ou seja, seria cabível a prisão preventiva quando “*o estado de liberdade do imputado coloca em risco a coleta da prova ou o normal desenvolvimento do processo, seja porque ele está destruindo documento ou alterando o local do crime, seja porque está ameaçando, constrangendo ou subornando testemunhas, vítimas ou peritos*”, também o juiz ou o promotor do feito. (LOPES JR., Aury. *O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas*. Lumen Juris, 2011. p. 72)

Já a segunda – assegurar a aplicação da lei penal – busca evitar que o processo penal torne-se inócuo diante do desaparecimento do réu, em caso de elementos concretos a indicar o risco de fuga.

Depois, surgem as hipóteses de proteção da “ordem pública” e da “ordem econômica”. Sem dúvidas, a ordem pública é um conceito aberto, que foi delimitado paulatinamente por este Tribunal.

Assentou-se, especialmente, que a liberdade de um indivíduo suspeito da prática de infração penal somente pode sofrer restrições se houver decisão judicial devidamente fundamentada, amparada em fatos

ADC 44 / DF

concretos e não apenas em hipóteses ou conjecturas, na gravidade do crime ou em razão de seu caráter hediondo. Nesse sentido, os seguintes julgados: HC 84.662/BA, Rel. Min. Eros Grau, 1ª Turma, unânime, DJ 22.10.2004; HC 86.175/SP, Rel. Min. Eros Grau, 2ª Turma, unânime, DJ 10.11.2006; HC 88.448/RJ, de minha relatoria, 2ª Turma, por empate na votação, DJ 9.3.2007; HC 101.244/MG, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, unânime, DJe 8.4.2010.

Ou seja, vedou-se a imposição de prisões cautelares automáticas, embasadas exclusivamente na gravidade abstrata do delito imputado, pelo simples fato de haver uma investigação em relação a uma espécie de crime.

Conforme expus em meu voto por ocasião do julgamento do HC 91.386/BA, tenho que:

“Na linha da jurisprudência deste Tribunal, porém, não basta a mera explicitação textual dos requisitos previstos pelo art. 312 do CPP. De fato, a tarefa de interpretação constitucional para a análise de excepcional situação jurídica de constrição da liberdade dos cidadãos exige que a alusão a esses aspectos estejam lastreados em elementos concretos. (...)

Com relação ao tema da garantia da ordem pública, faço menção à manifestação já conhecida desta Segunda Turma em meu voto proferido no HC nº 88.537/BA e recentemente sistematizado nos HC's 89.090/GO e 89.525/GO acerca da conformação jurisprudencial do requisito dessa garantia. Nesses julgados, pude asseverar que o referido requisito legal envolve, em linhas gerais e sem qualquer pretensão de exaurir todas as possibilidades normativas de sua aplicação judicial, as seguintes circunstâncias principais:

- i) a necessidade de resguardar a integridade física ou psíquica do paciente ou de terceiros;
- ii) o objetivo de impedir a reiteração das práticas criminosas, desde que lastreado em elementos concretos

ADC 44 / DF

expostos fundamentadamente no decreto de custódia cautelar;
e

iii) associada aos dois elementos anteriores, para assegurar a credibilidade das instituições públicas, em especial do poder judiciário, no sentido da adoção tempestiva de medidas adequadas, eficazes e fundamentadas quanto à visibilidade e transparência da implementação de políticas públicas de persecução criminal”.

Há muito, a doutrina e a jurisprudência tentam delimitar o possível conteúdo do conceito aberto definido como “ordem pública”. Afirma-se que é possível definir um conceito negativo, ou seja, o que não é aceitável como motivação para prisão, mas não exatamente o que se trata como “ordem pública” (CHOUKR, Fauzi H. A ordem pública como fundamento da prisão cautelar: uma visão jurisprudencial. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 4, p. 89-93., 1993).

Sempre defendi e apontei abusos em certas interpretações. Não podemos aceitar argumentos abstratos, como a gravidade abstrata do delito imputado, o clamor social, eventual sentimento geral de insegurança, etc. (HC 80.719/SP, relator Min. Celso de Mello, DJ 28.9.2001). O STF, como se sabe, tem repellido, de forma reiterada e enfática, a prisão preventiva baseada apenas na gravidade do delito, na comoção social ou em eventual indignação popular dele decorrente. O clamor das ruas não deve orientar as decisões judiciais. Ainda que nesse precedente de 2008 tenha me referido à ideia de “credibilidade das instituições públicas” – o que hoje vejo com certas ressalvas – creio que ali se destaca a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a imposição de prisões preventivas.

Sem dúvidas, o STF aceita que motivos relacionados à gravidade em concreto das condutas criminosas praticadas possam legitimar a imposição da prisão cautelar. Ou seja, não é possível autorizar a prisão com argumentos que possam encaixar-se em qualquer caso, abstratos,

ADC 44 / DF

sem conexão com o caso específico em análise, mas sim com argumentos que diferenciem o crime que enseja a prisão dos demais da mesma espécie.

Não se pode decretar uma prisão preventiva porque uma pessoa foi acusada por tráfico de drogas ou qualquer outro crime, simplesmente por ser este ou aquele crime que fundamenta a denúncia. Mas, sem dúvidas, é possível impor a segregação cautelar por motivos e circunstâncias específicas do caso concreto.

Penso que, nos termos do que sustentei anteriormente, há uma progressiva fragilização da presunção de inocência ao longo da persecução penal, com decisões como o recebimento da denúncia, a sentença condenatória e a confirmação de tal decisão em segundo grau. Isso não autoriza o início da execução da pena, mas é sem dúvidas relevante para eventual imposição e fundamentação de uma prisão preventiva.

A produção e a verificação das provas ao longo do processo são relevantes ao menos em relação ao fundamento da medida cautelar, o *fumus comissi delicti*, ou seja, a existência de lastro probatório suficiente a demonstrar a plausibilidade da ocorrência do fato criminoso narrado e de sua autoria. Mas igualmente pode contribuir para assentar a gravidade concreta dos fatos ou elementos concretos que indiquem consistente risco de reiteração criminosa.

Ou seja, o transcorrer do procedimento penal e as decisões proferidas pelos juízos de primeiro e segundo grau podem ser relevantes e fortalecer elementos para justificar legitimamente a imposição de uma prisão preventiva, desde que a partir de fundamentos compatíveis com a presunção de inocência e a jurisprudência deste Tribunal.

Foi isso o que sustentei quando assentei três hipóteses que justificariam a imposição de prisão após a decisão de segundo grau, nos seguintes termos:

"A terceira: uma vez confirmada a condenação em segundo grau de jurisdição, formando-se, portanto, título

ADC 44 / DF

executivo mais robusto, abre-se a possibilidade, em crimes graves, de nova análise do cabimento da antecipação da execução da pena para garantia da ordem pública ou da aplicação da lei penal, mediante uma nova interpretação do conceito de ordem pública”.

Nesse sentido, destaco decisões monocráticas em que manteve a prisão de condenados, em razão da gravidade em concreto: RHC 159.326, Dje 2.10.2018; HC 165.949, Dje 14.12.2018; e HC 149.672, Dje 1º.12.2017.

Portanto, o restabelecimento do trânsito em julgado da condenação, nos termos expressamente determinados pela Constituição Federal, como marco temporal para o início da execução de prisão-pena não impede a decretação anterior de prisão cautelar, desde que a partir de fundamentos legítimos e embasados em elementos do caso concreto.

9.2. Execução parcial da condenação criminal não impugnada ou já fragilizada por Tribunais Superiores em sede de decisões incidentais

Além da possibilidade de decretação de prisão preventiva, no HC 152.752 assentei outras duas hipóteses excepcionais que autorizariam a segregação do condenado, **desde que devidamente motivadas em cada caso concreto:**

“A primeira: possibilidade de antecipar-se a execução da pena ocorreria com o trânsito em julgado progressivo da sentença condenatória, tendo em vista que parte ou parcela da pena tornou-se líquida por falta de argumentação recursal. A pena incontroversa poderia ser executada ainda na primeira instância (execução da pena mínima).

A segunda: possibilidade de antecipação da execução da pena, na mesma linha do trânsito em julgado progressivo, decorrente agora da precipitação em habeas corpus (denegado) do exame pelo STJ ou pelo STF de questões iguais ou mais

ADC 44 / DF

abrangentes que aquelas perfiladas nos recursos extraordinários (especial e extraordinário), tornando desnecessário aguardar o julgamento destes para o cumprimento da reprimenda”.

A propósito, o sistema italiano estatui, nos termos dos arts. 648 e 650 do *Codice di Procedura Penale*, que as sentenças penais são executáveis após o julgamento pela Corte de Cassação (equivalente ao nosso STJ em termos simples). Esta é a dicção literal dos preceptivos:

"Artigo 648. Irrevogabilidade de sentenças e decretos penais.

1. São irrevogáveis as sentenças proferidas em juízo contra as quais não seja admitido um recurso distinto da revisão.

2. Se o recurso for admitido, a sentença é irrevogável quando o expirar inutilmente prazo para a sua proposição ou o prazo para contestar a ordem que a declara inadmissível. Se houver um recurso de cassação, a decisão é irrevogável a partir do dia em que for julgado, declarando a sua inadmissibilidade ou rejeitando o recurso.

(...)

Artigo 650. Execução de sentenças e decretos criminais.

1. Salvo disposição em contrário, as sentenças e os decretos penais têm força executiva quando se tornam irrevogáveis.

2. As decisões absolutórias têm força executiva quando não estão mais sujeitas a recurso”. (tradução livre)

O modelo italiano tem ainda outra regra bastante interessante, ao admitir a **formação progressiva do trânsito em julgado**. Havendo uma pena mínima (líquida) já com trânsito em julgado, dá-se início à execução. São hipóteses em que, exemplificativamente, a sentença condena o réu em dois crimes (furto e receptação), mas a apelação volta-se apenas contra um dos delitos. Nesse cenário, já se permite desde logo a execução da parte não recorrida:

ADC 44 / DF

“Artigo 624.

1. Se a anulação não for pronunciada para todas as disposições da sentença, ela adquirirá autoridade de coisa julgada nas partes em que não têm conexão essencial com a parte anulada”. (tradução livre)

Perceba-se, o trânsito em julgado progressivo está em sintonia com o entendimento desta Corte, esposado no aludido HC 126.292, ao estabelecer a definitividade da condenação com o esgotamento do debate sobre aspectos fáticos da imputação. Não recorrendo o réu de alguma das penas aplicadas, ou apelando para discutir outras questões, passa-se a ter a chamada pena mínima exequível “*il giudicato può avere una formazione non simultanea, ma progressiva,*” formação de coisa julgada progressiva, não simultânea.

A execução parcial da sentença não é um instituto por nós desconhecido. Integra nosso arcabouço jurídico, estando assentado no Código de Processo Civil sobre a execução por capítulos da sentença, conforme dicção dos arts. 509, § 1º, 523, 975 do CPC, que autorizam a execução da parcela incontroversa da sentença. Com essa ótica, não parece incompatível com a presunção de inocência que a pena possa ser cumprida, independentemente da tramitação do recurso, quando parte da condenação tornou-se incontroversa.

Na mesma linha da formação progressiva do trânsito em julgado da condenação, podemos situar **questões precipitadas em *habeas corpus incidental***, impetrado paralelamente à interposição de recursos extraordinários (especial e extraordinário).

A prática forense tem demonstrado a utilização estratégica do sistema recursal, como meio para se adiar o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Contudo, a discussão real acaba sendo deflagrada, com amplitude, em *habeas corpus*. As questões colocadas no remédio heroico consubstanciarium o continente em relação àquelas

ADC 44 / DF

matérias lançadas em sede recursal.

Por essa razão, deve-se dar alguma consequência prática ao julgamento antecipado da causa por meio do *habeas corpus*. Não se está fechando as portas ao remédio heroico, mas uma vez analisada a matéria nele tratada, normalmente ainda mais abrangente que o conteúdo dos recursos extraordinários, torna-se despiciendo aguardar o julgamento desses (caso venham a ser admitidos). Há também aqui uma fragilização da viabilidade da impugnação veiculada, de modo que a tese não possui plausibilidade a ensejar a suspensão da execução da pena.

Sendo assim, analisada a matéria em sede de *habeas corpus* precipitado pela defesa, não se justifica aguardar o julgamento de recursos extraordinários (no STF ou no STJ), devendo-se, desde logo, por força da formação progressiva do trânsito em julgado, dar-se início ao cumprimento da pena já definitiva.

9.3. Recursos manifestamente protelatórios e determinação de trânsito em julgado imediato após decisão colegiada

Uma questão importante de se destacar refere-se à possibilidade de alongamento indevido do processo, com a postergação do trânsito em julgado por meio de recursos protelatórios.

Sobre esse ponto, ressalto que a jurisprudência desta Corte se sedimentou no sentido que a oposição de recursos, com nítido intuito protelatório, e a injustificável reiteração do recurso demonstram atitude abusiva, apta a justificar, por si só, a certificação do trânsito em julgado e imediata baixa dos autos à origem ou o seu arquivamento, independentemente da publicação do acórdão. (ARE-AgR-ED-EDv-AgR 934.762, Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, DJe 13.10.2017)

Além disso, este Supremo Tribunal Federal, atento à possibilidade de práticas abusivas para forçar a prescrição dos fatos delituosos e, assim, a impunidade, assentou jurisprudência no sentido de que “recursos especial e extraordinário indeferidos na origem, porque inadmissíveis, em decisões mantidas pelo STF e pelo STJ, não têm o condão de empecer

ADC 44 / DF

a formação da coisa julgada” (HC nº 86.125/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 2.9.05).

Ou seja, se os recursos ao STJ e ao STF forem inadmitidos, pois não atendidos os seus requisitos de admissibilidade, considera-se que a formação da coisa julgada ocorreu antes de sua interposição, de modo a impedir que a prescrição da pretensão punitiva seja considerada até o pronunciamento dos Tribunais Superiores se o conhecimento do recurso não for legítimo.

Portanto, já existem mecanismos legítimos e razoáveis para evitar abusos e determinar o trânsito em julgado para início da execução da condenação.

9.4. Trânsito em julgado e recurso ao Tribunal Constitucional em direito comparado

Na **Alemanha**, uma sentença condenatória pode ser executada apenas depois de passada em julgado. Assim determina o parágrafo 449, do código de processo penal alemão: *“As sentenças penais não podem ser executadas até se tornarem definitivas”*. Esta regra se manifesta tanto no caso da *Berufung*, que desempenha no ordenamento jurídico alemão o papel da apelação, devolvendo ao Tribunal estadual a análise das questões de fato e direito, quanto no caso da *Revision*, que leva o processo a julgamento pelo *Bundesgerichtshof*, equiparável ao nosso STJ.

Ambos esses recursos gozam de efeito suspensivo, não sendo possível a execução da pena antes de sua apreciação. É o que se depreende dos parágrafos 316, 1 e 342, 1 do código de processo penal alemão:

“StPO, §§ 316,1: Ao interpor o recurso (Berufung) tempestivamente, impede-se a execução da decisão recorrida, na medida do conteúdo contestado.

StPO, §§ 343, 1: Ao interpor o recurso (Revision) tempestivamente, impede-se a execução da decisão recorrida, na

ADC 44 / DF

medida do conteúdo contestado”.

Importante mencionar que o trânsito em julgado do processo penal na Alemanha se dá após o julgamento do processo pelo *Bundesgerichtshof*, equiparável ao nosso STJ, e não depois do julgamento pelo *Bundesverfassungsgericht*, que seria a Corte Constitucional equiparável ao nosso STF, já que não existe um recurso próprio, nesse caso, para levar os autos ao *Bundesverfassungsgericht* no processo penal alemão.

No entanto, existe na Alemanha a figura da reclamação constitucional (*Verfassungsbeschwerde*), prevista no § 93, I, da Constituição Federal alemã. A reclamação constitucional é uma ação de caráter rescisório, devendo ser interposta, no prazo de um mês, apenas depois do trânsito em julgado do processo penal. Desse modo, a Corte Constitucional alemã irá participar do processo penal somente após o trânsito em julgado, não existindo um recurso manejável antes disso. A reclamação constitucional, porém, diferentemente do que ocorre com a *Berufung* e a *Revision*, não tem efeito suspensivo. Sobre esse ponto, esclarecedora é a doutrina alemã:

*“Uma vez interposta a reclamação constitucional (Verfassungsbeschwerde), a mesma não importa em efeito suspensivo, ou seja, o julgamento proferido permanece, via de regra, executável. Como compensação para isso, no entanto, a Constituição Federal da Alemanha oferece para o reclamante, no § 32, a possibilidade de uma medida proteção de direitos cautelar (einstweiligen Rechtsschutzes [Anordnung]) para evitar uma grave violação aos direitos fundamentais do indivíduo. Especialmente em matéria penal, existe sempre a ameaça de que prejuízos irreparáveis, ligados a fatos já consumados, atinjam direitos fundamentais do reclamante. A medida de proteção de direitos cautelar (einstweiligen Rechtsschutzes [Anordnung]) é um meio para evitar tal prejuízo”. (BADURA, Martin; KRANZ, Meik. **Die Verfassungsbeschwerde in Strafsachen**. ZJS 4/2009. p. 387.)*

Sobre o instituto da medida de proteção de direitos constitucionais

ADC 44 / DF

cautelar (*einstweiligen Rechtsschutzes [Anordnung]*), existem diversos julgados do *Bundesverfassungsgericht* no sentido que deve haver um juízo de equilíbrio e ponderação entre a gravidade das consequências se a cautelar não for concedida, mas a reclamação for julgada, ao fim, procedente e se, ao contrário, a cautelar for concedida, mas a reclamação, ao final, for julgada improcedente. Trata-se, de fato, de uma análise sobre as consequências para o sentenciado e para a sociedade da execução da pena antes do julgamento da reclamação constitucional. (BVerfGE 99, 5757<66>; stRspr/ BVerfGE 22, 178 <180>; 104, 220 <234/ BVerfG, Beschluss vom 4.6.2014 - 2 BvR 878/14)

Na **Espanha**, com relação ao início do cumprimento da pena restritiva de liberdade, o artigo 3º do Código Penal espanhol determina que a sentença penal condenatória poderá ser executada somente quando a sentença for “firme”:

“Artículo 3 1. Não se poderá executar pena ou medida de segurança salvo em razão de sentença definitiva proferida por Juiz ou Tribunal competente, de acordo com as leis processuais”
(tradução livre)

De acordo com o artigo 141 da *Ley de Enjuiciamiento Criminal*, lei processual espanhola, “sentencia firme” é aquela que não possui contra ela nenhum recurso pendente, seja ordinário ou extraordinário, salvo os de revisão e habilitação. Destaca-se:

“Sentenças definitivas, quando não restar contra qualquer recurso ordinário ou extraordinário, salvo de revisão e reabilitação” (tradução livre)

Nesse sentido, o texto legal é claro em proibir a execução da condenação criminal antes do trânsito em julgado, ou seja, antes do julgamento de apelação e cassação.

Contudo, o Tribunal Constitucional Espanhol, que possui

ADC 44 / DF

competência de Corte Constitucional, somente examinará a questão na hipótese de violação ao direito fundamental da presunção de inocência através do recurso de amparo constitucional (artigo 53.2, Constituição Espanhola), nos termos dos artigos 41 a 58 da Lei Orgânica 2/1979. No entanto, esse recurso não possui efeito suspensivo.

Como já citado, também na **Itália** as condenações penais são executáveis após o julgamento pela Corte de Cassação, nos termos já transcritos dos artigos 648-650 do *Codice di Procura Penale*. Trata-se de instrumento recursal de certo modo semelhante ao recurso especial brasileiro, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça.

Portanto, em perspectiva de *lege ferenda* a partir de uma análise de direito comparado, ao menos nos limites dos países aqui citados, pode-se concluir que é plausível a possibilidade de trânsito em julgado da condenação após o pronunciamento em nível de cassação, por tribunal equiparado ao Superior Tribunal de Justiça brasileiro.

Contudo, **essa opção precisaria ser feita pelo legislador brasileiro** e não por nós julgadores, que devemos interpretar a Constituição Federal e a legislação nos limites lá fixados. Não podemos alterar os textos constitucional e legal, que são expressos ao determinar que se aguarde o trânsito em julgado. Precisamos perceber que essa é uma opção do Poder Legislativo, e é lá o local onde tal debate deve se dar de modo legítimo e louvável.

Nesse sentido, vale lembrar a proposta apresentada pelo Ministro Cezar Peluso, que pretendia alterar o texto constitucional para transformar os recursos especial e extraordinário em ações rescisórias. Ou seja, seria antecipado o trânsito em julgado, de modo a reestruturar o sistema recursal brasileiro de um modo amplo. Tal proposta foi apresentada ao Congresso na PEC 15/2011, arquivada em 21.12.2018.

10. Dispositivo

ADC 44 / DF

Diante do exposto, acompanho o relator, para julgar procedente o pedido desta ADC, de modo a declarar a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal, determinando que “ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva”.

Desse modo, assento a impossibilidade de prisão para execução automática e provisória de sentença condenatória não transitada em julgado, salvo se presentes os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal, motivadamente reconhecidos no caso concreto.

Determino aos juízos inferiores, após manifestação do acusador natural, que analisem e motivem eventual necessidade de imposição de prisão preventiva, nos termos do CPP, em um prazo de 10 (dez) dias, a partir da publicação da ata deste julgado, sob pena de imediata expedição do alvará de soltura do paciente após o transcurso do referido prazo.

É como voto.

07/11/2019

PLENÁRIO

**AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE 44 DISTRITO
FEDERAL**

INCIDÊNCIAS AO VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Em suma, aqui há uma discussão, que temos que travar, que envolve normas de organização e procedimento.

Já foi falado da demora que se tem, por exemplo, para dar um despacho de admissibilidade, ou não, de um Resp ou de um RE. Obviamente que isso é uma questão que não pode justificar a ablação de uma norma constitucional. Ao revés, temos que melhorar é o sistema de funcionamento, a distribuição, o atendimento.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Ministro **Gilmar**, só para registrar que esse momento processual que Vossa Excelência acabou de citar, a admissibilidade do recurso especial e do recurso extraordinário, é um momento processual do tribunal local.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Sim. Mais de um ano!

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Isso no tribunal local, não nos tribunais superiores.

07/11/2019

PLENÁRIO

AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE 44 DISTRITO FEDERAL

INCIDÊNCIAS AO VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Quando se faz o discurso de que esses *habeas corpus* são concedidos para ricos, são concedidos para ricos e para pobres. Certa feita, num programa de televisão, eu fui perguntado por uma jornalista sobre esse assunto, e eu disse exatamente isto. E ela disse: "Mas por que eu não sei?". Eu disse: "Porque jornalista gosta de rico, não gosta de pobre! Vocês não cuidam de pobres!".

A toda hora, ainda anteontem na Turma, Sua Excelência era a Relatora de um processo complexo, e tivemos a atuação da Defensoria Pública, discutindo temas e teses. Quantos casos são concedidos, a questão do tráfico privilegiado, a aplicação do § 4º! Mas isto não aparece na mídia! E isso serve para mentes assanhadas fazer populismo judicial contra o Tribunal.

Ainda ontem, a Folha de São Paulo publicou um novo levantamento que indicou que a Defensoria Pública tem a maior taxa de sucesso que os advogados particulares quando recorre ao Superior Tribunal de Justiça - eu até fico com medo desse tipo de publicação, porque, daqui a pouco, os defensores públicos vão abandonar a atividade e vão passar para o lado privado, vão se sentir atraídos.

Mas isso mostra exatamente a seriedade do trabalho que nós, costumeiramente, Ministro Ricardo Lewandowski, eu, Ministro Fachin, Ministra Cármen, destacamos a importância do trabalho da Defensoria Pública - estaduais e da União - no âmbito da Turma nesses processos.

Agora, Presidente, caminho para o final e vou acelerar, eu digo o seguinte: Até mesmo o debate sobre o que é, de construção, de *jure constituendo*, ou, eventualmente, de *lege ferenda*, do papel do STJ, precisa ser verificado.

E o grande teste, discutimos muita essa questão da segunda

ADC 44 / DF

instância tendo como pano de fundo o caso Lula. O caso Lula, de alguma forma, contaminou todo esse debate, tendo em vista essa politização. E isto acabou não sendo bom para um debate racional.

Eu, inclusive, sou chamado, nas redes sociais, por esses grupos que estão aí, de um corifeu do petismo, já fui acusado de muita coisa.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Ministro **Gilmar Mendes**, é bom registrar que a força-tarefa de Curitiba, comandada pelo Procurador Deltan Dallagnol, deu parecer e pediu progressão de regime da pena do ex-presidente Lula, ou seja, segundo a própria força-tarefa de Curitiba, ele já deveria estar fora do regime fechado.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Mas só o fez - é interessante, Presidente, perdoe-me a ironia -, só o fez quando...

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Não é o Supremo Tribunal Federal que decidirá sobre isso. A própria força-tarefa de Curitiba já requereu à juíza local que, em razão de uma decisão anterior do Supremo, a qual proibiu a transferência, encaminhasse o pedido para cá, o qual chegou ao Ministro Luiz **Edson Fachin**. Trata-se de um pedido do Ministério Público para que ele saia do regime fechado.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Mas só fez Presidente, eu dizia, a partir da possibilidade de que o Tribunal decidisse a questão de segunda instância. Na verdade, foi um tipo de benevolência compulsória, compulsiva; em suma, é importante a observação.

O caso Lula mostrou o déficit da construção, inclusive da decisão pela via do Superior Tribunal de Justiça. Depois da demora na admissão do recurso, chegado no STJ, o que faz o Relator, o Ministro Fischer? Indefere liminarmente o recurso, com base na Súmula nº 7: envolvia revolvimento de fatos e provas. Isso, em 26/11/2018. Foi interposto, então, agravo regimental, que só foi julgado em 23/4/2019, fazendo a revisão do caso. E, até hoje, tem lá uma discussão sobre eventual aproveitamento, uma vez que a prisão é de caráter provisório, que se fizesse a detração, nos termos do Código de Processo Penal. E isso, até hoje, não foi

ADC 44 / DF

decidido, porque ele poderia ter sido libertado na mesma ocasião, quando foi decidido.

Veja, Vossa Excelência que este é um caso, e veja - eu estava esquecendo, Vossa Excelência me interrompeu, mas me interrompeu bem -, eu disse: Eu posso ser suspeito de tudo, menos de petismo; também não sou antipetista, não é?

Mas, veja, portanto, que este caso Lula é um caso para estudo, porque, de fato, mostrou como o sistema funciona mal - e eu não estou falando de *The Intercept*, ainda não estou.

Presidente, tudo leva, pela literalidade, portanto, tudo que já se falou, quer dizer, a despeito da possibilidade de se discutir, de *lege ferenda* ou de *jus constituendo*, que se aplique a norma tal como assentamos aqui e como está posta na norma penal, no Código de Processo Penal, tal como foi recomendada pelo legislador e como está agora requerido nas ADC's já referida.

Eu vou encerrar, Presidente, lembrando dois aspectos apenas: as críticas que a OCDE teria feito ao Brasil, por conta de fragilização no combate à corrupção; e isso deve ser esclarecido. Uma delas pela aprovação da Lei de Abuso de Autoridade. É chocante! Todos os países da OCDE tratam severamente o abuso de autoridade. Eu listo aqui as situações e exemplos na França e na Alemanha.

Na Alemanha, existe um tipo penal da prevaricação judicial, chama-se: *Rechtsbeugung*, se o juiz mal aplicar deliberadamente uma lei, comete crime! Veja! Na Espanha, o art. 446, do Código Penal, diz: o juiz ou magistrado que intencionalmente ditar sentença ou resolução injusta será castigado com a pena de multa de 12 a 24 meses e inabilitação por emprego ou cargo público. Esse foi o caso do famoso Juiz Baltasar Garzón.

E agora, inclusive, a OCDE adiciona, a partir da decisão de Vossa Excelência, no caso do COAF, e diz haver razões para a preocupação, quando ela mesma diz que há resoluções afirmando que há de se ter cautela nesse compartilhamento de dados. Grupo de trabalho da OCDE orienta nesse sentido.

ADC 44 / DF

Portanto, a mim, parece-me estarmos longe de sermos ineficientes no que diz respeito ao combate à corrupção. Mas o combate à corrupção, como o combate a qualquer criminalidade, tem que ser feito dentro de marcos legais e do devido processo legal.

Há outra crítica aqui também muito comum, vinda da Transparência Internacional, que ecoa barulhos, ecos, ruídos em torno disso.

Presidente, há uma coisa que precisa ser dita, a Transparência Internacional - e eu conheço o presidente da Transparência Internacional, é um alemão - tornou-se uma grife e, talvez, também um selo de franquia, o qual pode ser bem e mal utilizado.

Nos últimos anos, a Transparência Internacional atuou como verdadeira cúmplice da Força-Tarefa da Lava Jato nos abusos perpetrados no modelo de justiça criminal brasileiro. Estou fazendo essa comunicação porque deve ir para a Transparência Internacional, para sua sede.

07/11/2019

PLENÁRIO

AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE 44 DISTRITO FEDERAL

APARTE

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Ministro **Gilmar**, permita-me - desculpe-me interromper seu voto - fazer uma pergunta ao Ministro **Alexandre de Moraes**: quantos milhões dessa Fundação seriam destinados ao pagamento dos honorários de um dado advogado?

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - *Cancelado em razão da juntada de voto escrito.*

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Por Vossa Excelência.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - *Cancelado em razão da juntada de voto escrito.*

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - O advogado é o Advogado Carvalhosa, aquele falso professor da Universidade de São Paulo, que foi reprovado em concurso. E receberia R\$ 1,4 bilhão.

Vejam que negociata! É preciso dizer para a OCDE que eles nos ensinem a fazer combate à corrupção sem corromper os agentes de corrupção.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

E isso em conta gráfica, sem CNPJ, sem CPF.

07/11/2019

PLENÁRIO

AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE 44 DISTRITO FEDERAL

V O T O

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO:

1. “O direito do cidadão ao governo honesto”: a corrupção governamental e o perigo de captura das instituições estatais por organização criminosa

Os elementos de informação *que vêm sendo coligidos* **ao longo** de diversos procedimentos de investigação penal **instaurados** no contexto da denominada “Operação Lava a Jato” **evidenciam que a corrupção** impregnou-se, *profundamente*, no tecido **e** na intimidade de algumas agremiações partidárias e das instituições estatais, **contaminando** o aparelho de Estado, **transformando-se** em método de ação governamental **e caracterizando-se** como conduta administrativa endêmica, **em claro** (e preocupante) **sinal de degradação** da própria dignidade da atividade política, **reduzida** por esses agentes criminosos **ao plano subalterno da delinquência institucional**.

O efeito imediato que resulta desses comportamentos alegadamente delituosos **justifica** o reconhecimento de que as práticas ilícitas perpetradas por referidos agentes **têm um só objetivo: viabilizar a captura das instituições governamentais por determinada organização criminosa, constituída** para dominar os mecanismos de ação governamental, **em detrimento** do interesse público **e em favor** de pretensões *inconfessáveis e lesivas aos valores ético-jurídicos que devem conformar*, **sempre**, a atividade do Estado.

Convenço-me, *cada vez mais*, Senhor Presidente, de que os fatos delituosos **objeto** de investigação e de persecução penais **no âmbito da “Operação Lava a Jato” nada mais constituem senão episódios criminosos** que, **anteriores, contemporâneos ou posteriores** aos do denominado

ADC 44 / DF

“Mensalão”, **compõem um vasto e ousado painel revelador** do assalto **e** da tentativa de captura do Estado e de suas instituições por uma organização criminosa, identificável, em ambos os contextos, por elementos que são comuns tanto ao “Petrolão” quanto ao “Mensalão”.

Daí a corretíssima advertência do eminente Professor CELSO LAFER, **para quem nenhum cidadão** poderá viver com dignidade numa comunidade política corrompida:

“Numa República, como diz Bobbio num diálogo com Viroli, o primeiro dever do governante é o senso de Estado, vale dizer, o dever de buscar o bem comum, e não o individual, ou de grupos; e o primeiro dever do cidadão é respeitar os outros e se dar conta, sem egoísmo, de que não se vive em isolamento, mas sim em meio aos outros.

É por essa razão que a República se vê comprometida quando prevalece, no âmbito dos governantes, em detrimento do senso de Estado, o espírito de facção voltado não para a utilidade comum, mas para assegurar vantagens e privilégios para grupos, partidos e lideranças. (...).

.....
Numa República, as boas leis devem ser conjugadas com os bons costumes de governantes e governados, que a elas dão vigência e eficácia. A ausência de bons costumes leva à corrupção (...), que significa destruição e vai além dos delitos tipificados no Código Penal. (...). A corrupção, num regime político (...), é um agente de decomposição da substância das instituições públicas.

O espírito público da postura republicana é o antídoto para esse efeito deletério da corrupção. É o que permite afastar a mentira e a simulação, inclusive a ideológica, que mina a confiança recíproca entre governantes e governados, necessária para o bom funcionamento das instituições democráticas e republicanas. (...).”
(grifei)

É por isso, Senhor Presidente, que os fatos **emergentes** da denominada “Operação Lava a Jato” **revelam** que ainda subsiste, **no âmbito**

ADC 44 / DF

do aparelho estatal, aquela estranha e profana aliança entre determinados setores do Poder Público, de um lado, e agentes empresariais, de outro, reunidos em um imoral sodalício **com o objetivo perverso e ilícito** de cometer uma pluralidade de delitos *gravemente vulneradores* do ordenamento jurídico **instituído** pelo Estado brasileiro.

Tais práticas delituosas – *que tanto afetam a estabilidade e a segurança da sociedade, ainda mais quando veiculadas por intermédio de organização criminosa – enfraquecem as instituições, corrompem os valores da democracia, da ética e da justiça e comprometem a própria sustentabilidade do Estado Democrático de Direito, notadamente nos casos em que os desígnios dos agentes envolvidos guardam homogeneidade, **eis que dirigidos, em contexto de criminalidade organizada e de delinquência governamental,** a um fim comum, **consistente** na obtenção, à margem das leis da República, de inadmissíveis vantagens e de benefícios *de ordem pessoal, de caráter empresarial ou de natureza político-partidária.**

A gravidade da corrupção governamental evidencia-se pelas múltiplas consequências que dela decorrem, **tanto aquelas** que se projetam no plano da criminalidade oficial **quanto as que se revelam** na esfera civil (afinal o ato de corrupção **traduz** um gesto de improbidade administrativa) **e, também, no âmbito** político-institucional, **na medida em que** a percepção de vantagens indevidas representa um ilícito constitucional.

A ordem jurídica, Senhor Presidente, não pode permanecer indiferente a condutas de **quaisquer** autoridades da República **que hajam** incidido em *censuráveis* **desvios éticos e em reprováveis transgressões criminosas** no desempenho da elevada função de representação política do Povo brasileiro.

ADC 44 / DF

Esse entendimento – cabe enfatizar – é compartilhado por todos os Ministros desta Suprema Corte, pois nenhum Juiz do Supremo Tribunal Federal, independentemente de ser favorável, ou não, à tese do trânsito em julgado, discorda ou é contrário à necessidade imperiosa de combater e de reprimir com vigor, respeitada, sempre, a garantia constitucional do devido processo legal, todas as modalidades de crime praticadas por agentes públicos, qualquer que seja a posição hierárquica por eles ostentada nos quadros da República, ou por delinquentes empresariais investidos de grande poder econômico.

O fato inquestionável, Senhor Presidente, é que a corrupção deforma o sentido republicano da prática política, afeta a integridade dos valores que informam e dão significado à própria ideia de República, frustra a consolidação das Instituições, compromete a execução de políticas públicas em áreas sensíveis como as da saúde, da educação, da segurança pública e do próprio desenvolvimento do País, além de vulnerar o princípio democrático, como sustentam, sem exceção, todos os Ministros desta Suprema Corte, tanto aqueles que entendem imprescindível o trânsito em julgado, quanto os que admitem a execução provisória.

O Brasil assumiu importantes compromissos internacionais em relação ao combate à corrupção, como o evidencia a assinatura, por nosso País, da Convenção Interamericana contra a Corrupção (celebrada na Venezuela em 1996), da Convenção das Nações Unidas (celebrada em Mérida, no México, em 2003) e da Convenção de Palermo (celebrada sob a égide da Organização das Nações Unidas, em 2000).

As razões determinantes da celebração dessas convenções internacionais (uma de caráter regional e outras duas de projeção global) residem, basicamente, na preocupação da comunidade internacional com a extrema gravidade dos problemas e das consequências nocivas decorrentes da corrupção para a estabilidade e a segurança da sociedade, considerados os vínculos entre a corrupção e outras modalidades de

ADC 44 / DF

delinquência, **com particular referência à criminalidade organizada, à delinquência governamental e à lavagem de dinheiro.**

Torna-se importante advertir, neste ponto, Senhor Presidente, que, com a instauração de procedimentos de persecução penal **destinados a reprimir a prática da corrupção governamental e de outros atos criminosos **cometidos** no contexto dessa verdadeira macrodelinquência revelada pela Operação Lava-Jato, **não se está a incriminar a atividade política**, mas, isso sim, a **promover** a responsabilização penal daqueles **que não se mostraram** capazes de exercê-la com honestidade, integridade e elevado interesse público, **preferindo, ao contrário, longe** de atuarem com dignidade, **transgredir** as leis penais de nosso País, **com o objetivo espúrio** de conseguir vantagens indevidas e de controlar, de maneira absolutamente ilegítima e criminosa, o próprio funcionamento do aparelho de Estado.**

Mostra-se intolerável, desse modo, Senhor Presidente, em face da ação predatória desses verdadeiros profanadores dos valores republicanos, **transigir** em torno de princípios fundamentais **que repudiam práticas desonestas de poder, pois elas deformam** o sentido democrático das instituições e **conspurcam** a exigência de probidade inerente a um regime de governo e a uma sociedade **que não admitem nem podem permitir** a convivência, na intimidade do poder, **com os marginais da República**, cuja atuação criminosa **tem o efeito deletério de subverter a dignidade** da função política e da própria atividade governamental, **degradando-as ao plano subalterno da delinquência institucional e transformando-as em um meio desprezível de enriquecimento ilícito.**

Todos esses eventos permitted lembrar a afirmação, inquestionavelmente atual, do saudoso Ministro ALIOMAR BALEEIRO, homem público que honrou tanto esta Suprema Corte quanto a Câmara dos Deputados, cujo pensamento **sempre atribuiu** à seriedade, à impessoalidade, à probidade e à honestidade – **enquanto signos**

ADC 44 / DF

luminosos de uma constelação de valores a que os governantes **devem** permanente respeito – a condição de fatores determinantes da ação **e** do comportamento daqueles que desempenham *qualquer* função pública em nosso País, **tecendo valiosas considerações a propósito das relações entre a ética e a política, entre o exercício do poder e o respeito à coisa pública** (“A Política e a Mocidade”, 2ª ed., 1957, Progresso):

“A política é a conquista do poder a serviço do bem comum. Logo, fica excluída a gula do poder para gozo próprio, ou de sua família ou classe.

*Se ao político, no interêsse comum, é defeso o emprego de meios imorais (...), **que nome terá quem, sob a capa da política, esconde apenas o apetite depravado** de usufruir as vantagens do poder, **monopolizando-o, degradando-o** a instrumento de opressão e abastardamento de seu país?*

Êsse é apenas o delinqüente da política. Será tratado como tal se malograr-se o crime. (...).” (grifei)

O saudoso Deputado ULYSSES GUIMARÃES, por sua vez, na sessão solene de promulgação da vigente Constituição, **ao encerrar** os trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte *que tão bem soube conduzir*, **repudiou, com extremo vigor, qualquer prática comprometedora** da integridade ética dos agentes públicos **e ultrajante** da correção e lisura dos costumes políticos, administrativos e empresariais *que devem prevalecer* em nosso País:

“A vida pública brasileira será também fiscalizada pelos cidadãos. Do presidente da República ao prefeito, do senador ao vereador.

A moral é o cerne da Pátria.

A corrupção é o cupim da República. República suja pela corrupção impune tomba nas mãos de demagogos, que, a pretexto de salvá-la, a tiranizam.

Não roubar, não deixar roubar, pôr na cadeia quem roube, eis o primeiro mandamento da moral pública.” (grifei)

ADC 44 / DF

É por essa e por outras razões, Senhor Presidente, **que se impõe repudiar e reprimir – sempre, porém, sob a égide dos princípios que informam o Estado Democrático de Direito e que consagram o regime dos direitos e garantias individuais – todo e qualquer ato de corrupção, pois não constitui demasia insistir no fato de que a corrupção traduz um gesto de perversão da ética do poder e de erosão da integridade da ordem jurídica, cabendo ressaltar que o dever de probidade e de comportamento honesto e transparente configura obrigação cuja observância impõe-se a todos os cidadãos desta República que não tolera o poder que corrompe nem admite o poder que se deixa corromper.**

Daí, Senhor Presidente, a essencialidade de Juízes e Tribunais que, **conscientes** de sua alta missão constitucional e de seu dever de fidelidade ao texto da Lei Fundamental do Estado, **ajam, com isenção e serenidade**, como membros de um Poder *livre de injunções marginais e imune a pressões ilegítimas*, **para que a magistratura possa cumprir, como já vem cumprindo, com incondicional respeito ao interesse público e com absoluta independência moral, os elevados objetivos inscritos na Carta Política, consistentes em servir, com reverência e integridade, ao que proclamam e determinam a Constituição e as leis da República.**

Vale ressaltar, bem por isso, um aspecto que deve ser fortemente enfatizado: o Supremo Tribunal Federal, **ao decidir** os litígios penais, quaisquer que sejam, **respeitará, sempre, como é da essência do regime democrático, os direitos e garantias fundamentais que a Constituição da República assegura a qualquer acusado, observando, em todos os julgamentos, além do postulado da impessoalidade e do distanciamento crítico em relação às partes envolvidas no processo, os parâmetros legais e constitucionais que regem, em nosso sistema jurídico, os procedimentos de índole penal.**

ADC 44 / DF

Em uma palavra, Senhor Presidente: o Supremo Tribunal Federal, como órgão de cúpula do Poder Judiciário nacional e máximo guardião e intérprete da Constituição da República, **garantirá**, de modo pleno, às partes de tais processos, **na linha** de sua longa e histórica tradição republicana, **o direito a um julgamento justo, imparcial e independente**, em contexto que, **legitimado pelos princípios estruturantes** do Estado Democrático de Direito, **repele a tentação autoritária** de presumir-se provada qualquer acusação criminal e de tratar *como se culpado fosse* aquele em favor de quem milita a presunção constitucional de inocência.

2. A observância da racionalidade jurídica como padrão referencial dos julgamentos, inclusive penais, pelo Poder Judiciário: a questão da opinião pública e das manifestações populares

A controvérsia jurídica ora em julgamento, **resultante** dos debates em torno da extensão e abrangência da presunção constitucional de inocência, **tal como reconhecida** pelo direito constitucional positivo brasileiro (CF, art. 5º, inciso LVII), **consiste em definir-se o momento a partir do qual** a pessoa sob persecução criminal **pode ser legitimamente considerada culpada**, especialmente para efeito de sua imediata submissão à **prisão penal** (“*carcer ad poenam*”).

Ao participar, no Plenário desta Corte, de julgamentos sobre essa questão, **expendi** algumas observações *que tenho por necessárias e indissociáveis* do tema em causa, **que se referem** às delicadas relações **entre** o poder persecutório e punitivo do Estado e o complexo de direitos e garantias *de índole legal e constitucional* **que compõem**, em nosso sistema normativo, **o estatuto das liberdades fundamentais dos cidadãos da República**.

Tenho enfatizado, em diversos votos que já proferi no Supremo Tribunal Federal, **que os poderes do Estado**, em nosso sistema constitucional, **são essencialmente definidos e limitados pela própria Carta Política**, “E a

ADC 44 / DF

Constituição foi feita para que esses limites não sejam mal interpretados ou esquecidos” (HUGO L. BLACK, “Crença na Constituição”, p. 39, 1970, Forense – grifei).

Uma Constituição escrita – *já o afirmei nesta Suprema Corte (RTJ 146/707-708, Rel. Min. CELSO DE MELLO) – não configura mera peça jurídica, nem representa simples estrutura de normatividade, nem pode caracterizar um irrelevante acidente histórico na vida dos Povos e das Nações.*

Na realidade, a Constituição traduz documento político-jurídico da maior importância, cuja superioridade impõe-se à observância de todos, notadamente daqueles que exercem o poder político, destinando-se a proteger as liberdades, a tutelar os direitos e a inibir os abusos do Estado e daqueles que em seu nome atuam.

Torna-se essencial proclamar, por isso mesmo, que a Constituição não pode submeter-se à vontade dos poderes constituídos nem ao império dos fatos e das circunstâncias. A supremacia de que ela se reveste – enquanto for respeitada – constituirá a garantia mais efetiva de que os direitos e as liberdades jamais serão ofendidos. Ao Supremo Tribunal Federal incumbe a tarefa, magna e eminente, de velar para que essa realidade não seja desfigurada, pois – como ninguém o desconhece – todos os atos estatais que repugnem à Constituição expõem-se à censura jurídica (dos Tribunais, especialmente) porque são írritos, nulos e desvestidos de qualquer validade (*v., a respeito, MARCELO REBELO DE SOUSA, “O Valor Jurídico do Acto Inconstitucional”, 1988, Gráfica Portuguesa).*

Sabemos todos, Senhor Presidente, que a Constituição da República de 1988, passados mais de 31 anos de sua promulgação, atribuiu ao Supremo Tribunal Federal um papel de imenso relevo no aperfeiçoamento das instituições democráticas e na afirmação dos princípios sob cuja égide floresce o espírito virtuoso que anima e informa a ideia de República.

ADC 44 / DF

Se é certo, portanto, Senhor Presidente, que esta Suprema Corte constitui, por excelência, um espaço de proteção e defesa das liberdades fundamentais, não é menos exato que os julgamentos do Supremo Tribunal Federal, para que sejam imparciais, isentos e independentes, não podem expor-se a pressões externas, como aquelas resultantes do clamor popular e da pressão das multidões, sob pena de completa subversão do regime constitucional dos direitos e garantias individuais e de aniquilação de inestimáveis prerrogativas essenciais que a ordem jurídica assegura a qualquer réu mediante instauração, em juízo, do devido processo penal.

A questão da legitimidade do Poder Judiciário e do exercício independente da atividade jurisdicional foi bem analisada em brilhante artigo da lavra do eminente Juiz Federal PAULO MÁRIO CANABARRO T. NETO, que examinou o tema na perspectiva das manifestações populares e da opinião pública, sustentando, com razão, que “a legitimidade do Poder Judiciário não repousa na coincidência das decisões judiciais com a vontade de maiorias contingentes, mas na aplicação do direito sob critérios de correção jurídica, conforme as regras do discurso racional” (grifei).

Assim como a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem entendido qualificar-se como abusiva e ilegal a utilização do clamor público como fundamento da prisão cautelar e de outras medidas restritivas da esfera jurídica das pessoas, notadamente daquelas sob investigação do Estado (RTJ 112/1115 – RTJ 172/159 – RTJ 180/262-264 – RTJ 187/933-934 – RTJ 193/1050, v.g.), torna-se importante destacar um aspecto relevantíssimo concernente ao processo decisório que deve ocorrer em “ambiente institucional que valorize a racionalidade jurídica”.

Nesse contexto, e embora jamais deixando de reconhecer que todos os cidadãos da República têm direito à livre expressão de suas ideias e pensamentos, torna-se necessário advertir que, sem prejuízo da ampla liberdade de crítica que a todos é garantida por nosso ordenamento

ADC 44 / DF

jurídico-normativo, **os julgamentos** do Poder Judiciário, *proferidos em ambiente de serenidade, não podem* deixar-se contaminar, *qualquer que seja o sentido pretendido, por juízos paralelos* resultantes de manifestações da opinião pública **que objetivem** condicionar o pronunciamento de magistrados e Tribunais, **pois, se tal pudesse ocorrer, estar-se-ia a negar** a qualquer acusado em processos criminais **o direito fundamental a um julgamento justo, o que constituiria manifesta ofensa** não só ao que proclama a própria Constituição, **mas, também, ao que garantem** os tratados internacionais de direitos humanos **subscritos** pelo Brasil **ou** aos quais o Brasil aderiu.

É preciso que fique claro, Senhor Presidente, que esta Suprema Corte **não julga** em função da qualidade das pessoas **ou** de sua condição econômica, política, social ou funcional.

Este julgamento **refere-se ao exame de um direito fundamental** – que traduz *relevantíssima conquista histórica da cidadania* em face do Estado – **sempre combatido** por regimes despóticos **e contestado** por mentes autoritárias, **vocacionado a amparar** qualquer cidadão da República **contra** práticas arbitrárias, **independentemente** da natureza do delito pelo qual esteja sendo processado **ou** pelo qual tenha sido condenado, **ainda mais se se considerar**, como observa GILMAR MENDES (“Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade”, p. 28, item n. 1.1, 1998, Celso Bastos Editor), que “A experiência histórica de diferentes países parece confirmar que os eventuais detentores de poder, inclusive o legislador, não são infalíveis e sucumbem, não raras vezes, à tentação do abuso de poder e da perversão ideológica”.

Daí a advertência feita por JORGE DE FIGUEIREDO DIAS (“O Defensor e as Declarações do Arguido na Instrução Preparatória”, p. 185 e ss., nota 37, 1987), **que reconhece a essencialidade da presunção de inocência como prerrogativa básica que compõe o estatuto constitucional de defesa** daqueles que sofrem persecução estatal **e cujos direitos**,

ADC 44 / DF

impregnados de um sentido de fundamentalidade, muitas vezes veem-se expostos a práticas estatais ditadas por razões fundadas em visões autoritárias que exprimem a filosofia da lei e ordem ou que, muitas vezes, aproximam-se, perigosamente, das concepções próprias do direito penal do inimigo:

“(...) é de resto um facto amplamente comprovado nos países mais dados a estudos de sociologia processual penal (...) que sempre que, através de campanhas de ‘luta contra o crime’ e de ‘manutenção da ordem’ ‘a todo o custo’, levadas a cabo por entidades oficiais e secundadas pelos meios de informação, se abala a presunção de inocência do acusado até à condenação, o efeito necessário é a permissão de um sistema informal de ‘justiça penal sem julgamento’ onde, é claro, sofrem irreparável dano as liberdades e garantias do cidadão. Por isso não apresenta qualquer dúvida para mim que aquela ‘presunção’ pertence aos princípios fundamentais de qualquer processo penal em um Estado-de-direito (...)” (grifei)

O Supremo Tribunal Federal **possui** a exata percepção dessa realidade e **tem**, por isso mesmo, **no desempenho** de suas funções, **um grave compromisso** na preservação da intangibilidade da Constituição que nos governa a todos, **sendo o garante** de sua integridade, **impedindo que razões de pragmatismo ou de mera conveniência** de grupos, instituições ou estamentos, **bem assim** motivações fundadas em um **irracional punitivismo**, **prevaleçam e deformem** o significado da própria Lei Fundamental.

Nesse contexto, incumbe aos magistrados e Tribunais, **notadamente** aos Juízes da Corte Suprema do Brasil, **o desempenho** dos deveres que lhes são inerentes, **entre os quais avultam**, por seu **inquestionável** relevo, **o de velar** pela integridade dos direitos fundamentais de todas as pessoas, **o de repelir** condutas governamentais abusivas, **o de conferir** prevalência à essencial dignidade da pessoa humana e **o de neutralizar** qualquer ensaio de opressão estatal.

ADC 44 / DF

Torna-se de vital importância reconhecer, por tal razão, que o Supremo Tribunal Federal – **que é o guardião** da Constituição *por expressa delegação do poder constituinte* – **não pode renunciar** ao exercício desse encargo, **pois, se** a Suprema Corte **falhar** no desempenho da **gravíssima** atribuição que lhe foi outorgada, *a integridade* do sistema político, *a proteção* das liberdades públicas, *a estabilidade* do ordenamento normativo do Estado, *a segurança* das relações jurídicas e *a legitimidade* das instituições da República **restarão** profundamente comprometidas.

Nenhum dos Poderes da República **pode submeter** a Constituição *a seus próprios* desígnios, **ou** a manipulações hermenêuticas, **ou, ainda**, a avaliações discricionárias **fundadas em razões de conveniência ou de pragmatismo**, **eis que** a relação *de qualquer* dos Três Poderes com a Constituição **há de ser, necessariamente, uma relação de incondicional respeito**, sob pena de juízes, legisladores e administradores **converterem** o alto significado do Estado Democrático de Direito *em uma promessa frustrada* pela prática autoritária do poder.

Nada compensa a ruptura da ordem constitucional, *porque nada recompõe os gravíssimos efeitos* que derivam **do gesto de infidelidade** ao texto da Lei Fundamental, **como adverte** KONRAD HESSE (“A Força Normativa da Constituição”, p. 22, 1991, **tradução** de Gilmar Ferreira Mendes, Fabris Editor).

É que uma Constituição democrática – muito mais do que um estatuto de organização do poder e de garantia das liberdades públicas – **reveste-se de alta significação emblemática**, pois representa a expressão **mais intensa** do processo de transformação histórica da sociedade e do Estado, **nela concentrando-se o modelo legitimador** das práticas governamentais e do exercício dos direitos, garantias e deveres individuais e coletivos.

ADC 44 / DF

3. O processo penal como instrumento de salvaguarda dos direitos e liberdades fundamentais de quem sofre persecução criminal

Ninguém desconhece que se instaura, no âmbito do processo penal, situação de evidente conflituosidade **entre** o poder acusatório do Estado, de um lado, **e** a pretensão de liberdade do acusado, de outro.

O dever de proteção das liberdades fundamentais dos réus, de qualquer réu – **tal como tenho advertido** em julgamentos recentes realizados no âmbito desta Corte –, **representa** encargo constitucional de que o Supremo Tribunal Federal **não pode demitir-se**, mesmo que o clamor popular manifeste-se contrariamente, **sob pena** de frustração de conquistas históricas que culminaram, após séculos de lutas e reivindicações do próprio povo, **na consagração** de que o processo penal **traduz** instrumento garantidor de que a reação do Estado à prática criminosa **jamaís poderá constituir** *reação instintiva, arbitrária, injusta ou irracional*.

Na realidade, *a resposta do poder público ao fenômeno criminoso* – resposta essa **que não pode** manifestar-se de modo cego e instintivo – **há de ser uma reação** pautada por regras **que viabilizem** a instauração, **perante** juízes isentos, imparciais e independentes, **de um processo** que neutralize as paixões exacerbadas das multidões, **em ordem a que prevaleça**, *no âmbito de qualquer persecução penal movida* pelo Estado, aquela velha (e clássica) definição aristotélica de que o Direito há de ser compreendido em sua dimensão racional, *da razão desprovida de paixão!*

Nesse sentido, o processo penal **representa** uma fundamental garantia instrumental *de qualquer réu, em cujo favor – é o que impõe a própria Constituição da República* – **devem ser assegurados todos os meios e recursos** inerentes à defesa, **sob pena** de nulidade radical dos atos de persecução estatal.

O processo penal **figura**, *desse modo, como exigência constitucional* (“*nulla poena sine iudicio*”) **destinada a limitar e a impor contenção** à vontade

ADC 44 / DF

do Estado, cuja atuação **sofre, necessariamente**, os condicionamentos que o ordenamento jurídico **estabelece** aos organismos policiais, ao Ministério Público e ao Poder Judiciário.

Daí a observação de LUIGI FERRAJOLI (“Direito e Razão”, traduzido por Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes, p. 91, 4ª ed., 2014, RT), **cuja precisa lição** – *ao discutir a questão pertinente aos princípios e modelos estruturantes das garantias penais e processuais penais, notadamente os postulados “da consequencialidade da pena em relação ao delito”, “da legalidade”, “da necessidade”, “da lesividade ou da ofensividade do evento delituoso”, “da materialidade da ação”, “da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal”, “da jurisdicionalidade”, “da separação entre juiz e acusação (princípio acusatório)”, “do ônus da prova” e “do contraditório ou da defesa” (grifei) – põe em destaque, a partir de tais diretrizes essenciais, dez axiomas que resumem a fórmula doutrinária do garantismo penal:*

- *Nulla poena sine crimine*
- *Nullum crimen sine lege*
- *Nulla lex (poenalis) sine necessitate*
- *Nulla necessitas sine injuria*
- *Nulla injuria sine actione*
- *Nulla actio sine culpa*
- *Nulla culpa sine iudicio*
- *Nullum iudicium sine accusatione*
- *Nulla accusatio sine probatione*
- *Nulla probatio sine defensione.” (grifei)*

O processo penal e os Tribunais, nesse contexto, são, por excelência, espaços institucionalizados de defesa e proteção dos réus contra eventuais excessos da maioria, ao menos – é importante acentuar – enquanto este E. Supremo Tribunal Federal, **sempre fiel e atento** aos postulados que regem a ordem democrática, **puder julgar, de modo independente e imune a indevidas pressões externas**, as causas submetidas ao seu exame e decisão.

ADC 44 / DF

É por isso que o tema da preservação e do reconhecimento dos direitos fundamentais daqueles **que sofrem** persecução penal **por parte** do Estado **deve compor**, por tratar-se de questão **impregnada** do mais alto relevo, a agenda permanente desta Corte Suprema, **incumbida**, por efeito de sua destinação institucional, **de velar pela supremacia** da Constituição **e de zelar pelo respeito** aos direitos que encontram fundamento legitimador **no próprio** estatuto constitucional e nas leis da República.

Com efeito, a necessidade de outorgar-se, em nosso sistema jurídico, proteção judicial efetiva à cláusula do “*due process of law*” **qualifica-se**, na verdade, **como fundamento imprescindível** à plena legitimação material do Estado Democrático de Direito.

De outro lado, mostra-se relevante ter sempre presente a antiga advertência, que ainda guarda permanente atualidade, de JOÃO MENDES DE ALMEIDA JÚNIOR, **ilustre** Professor das *Arcadas* e **eminente** Juiz deste Supremo Tribunal Federal (“*O Processo Criminal Brasileiro*”, vol. I/10-14 e 212-222, 4ª ed., 1959, Freitas Bastos), **no sentido** de que a persecução penal, que se rege por estritos padrões normativos, **traduz** atividade necessariamente subordinada a limitações de ordem jurídica, **tanto** de natureza legal **quanto** de ordem constitucional, **que restringem** o poder do Estado, **a significar**, desse modo, **tal como enfatiza** aquele Mestre da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, **que o processo penal** só pode ser concebido – **e assim deve ser visto** – como instrumento de salvaguarda da liberdade jurídica do réu.

É por essa razão que o processo penal condenatório **não** constitui **nem** pode converter-se em instrumento de arbítrio do Estado. Ao contrário, ele representa poderoso meio de contenção e de delimitação dos poderes **de que dispõem** os órgãos incumbidos da persecução penal. **Não exagero** ao ressaltar a decisiva importância do processo penal **no contexto** das liberdades públicas, **pois** – insista-se – o Estado, **ao delinear um círculo de proteção em torno da pessoa do réu**, **faz do processo penal** um

ADC 44 / DF

instrumento **destinado a inibir** a opressão judicial **e a neutralizar** o abuso de poder **perpetrado** por agentes e autoridades estatais.

Dá a corretíssima observação do eminente e saudoso Professor ROGÉRIO LAURIA TUCCI (“Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro”, p. 33/35, item n. 1.4, 2ª ed., 2004, RT), **no sentido** de que o processo penal **há de ser analisado** em sua precípua condição de **“instrumento de preservação da liberdade jurídica do acusado em geral”**, **tal como entende, também em autorizado magistério**, o saudoso Professor HÉLIO TORNAGHI (“Instituições de Processo Penal”, vol. 1/75, 2ª ed., 1977, Saraiva), **cuja lição bem destaca a função tutelar do processo penal:**

“A lei processual protege os que são acusados da prática de infrações penais, impondo normas que devem ser seguidas nos processos contra eles instaurados e impedindo que eles sejam entregues ao arbítrio das autoridades processantes.” (grifei)

Essa mesma percepção a propósito da **vocação protetiva do processo penal**, **considerado** o regime constitucional das liberdades fundamentais **que vigora em nosso País, é também perfilhada** por **autorizadíssimo (e contemporâneo)** magistério doutrinário, **que salienta** a significativa importância do processo judicial **como “garantia dos acusados”** (VICENTE GRECO FILHO, “Manual de Processo Penal”, p. 61/63, item n. 8.3, 11ª ed., 2015, Saraiva; GUSTAVO HENRIQUE BADARÓ, “Processo Penal”, p. 37/94, 4ª ed., 2016, RT; JAQUES DE CAMARGO PENTEADO, “Duplo Grau de Jurisdição no Processo Penal – Garantismo e Efetividade”, p. 17/21, 2006, RT; ROGERIO SCHIETTI MACHADO CRUZ, “Garantias Processuais nos Recursos Criminais”, 2ª ed., 2013, Atlas; GERALDO PRADO, “Sistema Acusatório – A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais”, p. 41/51 e 241/243, 3ª ed., 2005, Lumen Juris; ANDRÉ NICOLITT, “Manual de Processo Penal”, p. 111/173, 6ª ed., 2016, RT; AURY LOPES JR., “Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional”, p. 171/255, 9ª ed., 2012, Saraiva, v.g.).

ADC 44 / DF

Essa é a razão básica que me permite insistir na afirmação de que **a persecução penal** – cuja instauração **é justificada** pela prática de ato *supostamente* criminoso – **não se projeta nem se exterioriza** como *manifestação de absolutismo estatal*. **De exercício indeclinável**, a “*persecutio criminis*” **sofre** os condicionamentos **que lhe impõe** o ordenamento jurídico. **A tutela da liberdade**, *nesse contexto*, **representa insuperável** limitação constitucional ao poder persecutório do Estado, **mesmo porque** – *ninguém o ignora* – o processo penal **qualifica-se** como *instrumento de salvaguarda dos direitos e garantias fundamentais* daquele **que é submetido**, *por iniciativa do Estado*, a atos de persecução penal **cuja prática somente se legitima dentro de um círculo intransponível e predeterminado** pelas restrições fixadas pela própria Constituição da República, **tal como tem entendido a jurisprudência** do Supremo Tribunal Federal:

“O PROCESSO PENAL COMO INSTRUMENTO DE SALVAGUARDA DAS LIBERDADES INDIVIDUAIS

– **A submissão** de uma pessoa à jurisdição penal do Estado **coloca em evidência a relação de polaridade conflitante** que se estabelece **entre** a pretensão punitiva do Poder Público e o resguardo à intangibilidade do ‘*jus libertatis*’ titularizado pelo réu.

A persecução penal rege-se, **enquanto atividade estatal** **juridicamente vinculada**, por padrões normativos que, **consagrados** pela Constituição e pelas leis, **traduzem limitações significativas** ao poder do Estado. **Por isso mesmo**, o processo penal **só pode ser concebido** – e **assim deve ser visto** – como instrumento de salvaguarda da liberdade do réu.

O processo penal condenatório **não é um instrumento de arbítrio do Estado**. Ele representa, **antes**, um poderoso meio de contenção e de delimitação dos poderes de que dispõem os órgãos incumbidos da persecução penal. **Ao delinear um círculo de proteção** em torno da pessoa do réu – **que jamais se presume culpado**, até que sobrevenha **irrecorrível** sentença condenatória –, o processo penal revela-se instrumento **que**

ADC 44 / DF

inibe a opressão judicial e que, condicionado por parâmetros ético-jurídicos, impõe ao órgão acusador o ônus integral da prova, ao mesmo tempo em que faculta ao acusado, que jamais necessita demonstrar a sua inocência, o direito de defender-se e de questionar, criticamente, sob a égide do contraditório, todos os elementos probatórios produzidos pelo Ministério Público.

A própria exigência de processo judicial representa poderoso fator de inibição do arbítrio estatal e de restrição ao poder de coerção do Estado. A cláusula 'nulla poena sine iudicio' exprime, no plano do processo penal condenatório, a fórmula de salvaguarda da liberdade individual."

(HC 73.338/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

Nesse contexto, é de registrar-se – e acentuar-se – o decisivo papel que desempenha, no âmbito do processo penal condenatório, a garantia constitucional do devido processo legal, cuja fiel observância condiciona a legitimidade jurídica dos atos e resoluções emanados do Estado e, em particular, das decisões de seu Poder Judiciário.

4. A garantia da liberdade e as prerrogativas essenciais inerentes à cláusula do "due process of law", inclusive o reconhecimento do direito fundamental à presunção de inocência

A declaração constitucional de direitos e garantias inscrita em nossa Lei Fundamental proclama, em defesa de qualquer pessoa, que "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal" (CF, art. 5º, inciso LIV – grifei), notadamente naqueles casos em que se estabelece uma relação de polaridade conflitante entre o Estado, de um lado, e o indivíduo, de outro.

Isso significa que, em tema de privação da liberdade ou de restrição à esfera jurídica de qualquer pessoa, o Estado não pode exercer a sua autoridade de maneira abusiva ou arbitrária, pois o reconhecimento da

ADC 44 / DF

legitimidade ético-jurídica de qualquer medida **imposta** pelo Poder Público de que **resultem** consequências **gravosas** no plano de direitos e garantias individuais **exige a obediência ao princípio do devido processo legal** (CF art. 5º, LV), **consoante adverte autorizado magistério doutrinário** (MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, “Comentários à Constituição Brasileira de 1988”, vol. 1/68-69, 1990, Saraiva; PINTO FERREIRA, “Comentários à Constituição Brasileira”, vol. 1/176 e 180, 1989, Saraiva; JESSÉ TORRES PEREIRA JÚNIOR, “O Direito à Defesa na Constituição de 1988”, p. 71/73, item n. 17, 1991, Renovar; EDGARD SILVEIRA BUENO FILHO, “O Direito à Defesa na Constituição”, p. 47/49, 1994, Saraiva; CELSO RIBEIRO BASTOS, “Comentários à Constituição do Brasil”, vol. 2/268-269, 1989, Saraiva; MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, “Direito Administrativo”, p. 401/402, 5ª ed., 1995, Atlas; LÚCIA VALLE FIGUEIREDO, “Curso de Direito Administrativo”, p. 290 e 293/294, 2ª ed., 1995, Malheiros; HELY LOPES MEIRELLES, “Direito Administrativo Brasileiro”, p. 588, 17ª ed., 1992, Malheiros, v.g.).

A jurisprudência dos Tribunais, por sua vez, *notadamente* a do Supremo Tribunal Federal, **tem reafirmado a essencialidade** desse princípio, **nele reconhecendo uma insuprimível garantia**, que, **instituída em favor de qualquer** pessoa **ou** entidade, **rege e condiciona** o exercício, *pelo Poder Público*, de sua atividade, *quer em sede materialmente administrativa, quer em sede processual penal, sob pena de nulidade da própria medida privativa de liberdade ou restritiva de direitos*, especialmente quando **revestidas** de caráter punitivo (**RDA** 97/110 – **RDA** 114/142 – **RDA** 118/99 – **RTJ** 163/790, Rel. Min. CARLOS VELLOSO – **AI** 306.626/MT, Rel. Min. CELSO DE MELLO, “in” Informativo/STF nº 253/2002 – **RE** 140.195/SC, Rel. Min. ILMAR GALVÃO – **RE** 191.480/SC, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – **RE** 199.800/SP, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, v.g.):

**“RESTRICÇÃO DE DIREITOS E GARANTIA DO
'DUE PROCESS OF LAW'”**

ADC 44 / DF

– **O Estado**, em tema de punições disciplinares **ou de restrição a direitos, qualquer** que seja o destinatário de tais medidas, **não pode** exercer a sua autoridade **de maneira abusiva ou arbitrária, desconsiderando**, no exercício de sua atividade, **o postulado da plenitude de defesa, pois o reconhecimento da legitimidade ético-jurídica de qualquer** medida estatal – **que importe** em punição disciplinar **ou em limitação de direitos** – **exige**, ainda que se cuide de procedimento **meramente** administrativo (**CE**, art. 5º, LV), a **fiel** observância do princípio do devido processo legal.

A **jurisprudência** do Supremo Tribunal Federal **tem reafirmado** a essencialidade desse princípio, **nele reconhecendo uma insuprimível garantia, que, instituída em favor de qualquer** pessoa ou entidade, **rege e condiciona** o exercício, **pelo Poder Público**, de sua atividade, **ainda que em sede materialmente administrativa, sob pena de nulidade do próprio ato punitivo ou da medida restritiva de direitos. Precedentes. Doutrina.**

(RTJ 183/371-372, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

O exame da garantia constitucional do “*due process of law*” **permite nela identificar**, em seu conteúdo material, **alguns elementos essenciais à sua própria configuração, dentre os quais avultam, por sua inquestionável importância, as seguintes prerrogativas: (a) direito** ao processo (garantia de acesso ao Poder Judiciário); **(b) direito** à citação e ao conhecimento prévio do teor da acusação; **(c) direito** a um julgamento público e célere, sem dilações indevidas; **(d) direito ao contraditório e à plenitude de defesa** (direito à autodefesa e à defesa técnica); **(e) direito** de não ser processado e julgado com base em leis “*ex post facto*”; **(f) direito** ao benefício da gratuidade; **(g) direito** ao silêncio (privilégio contra a autoincriminação); **(h) direito à prova; (i) direito** de não ser processado com fundamento em provas revestidas de ilicitude; **(j) direito** à igualdade entre as partes; **(k) direito** ao juiz natural; **(l) direito** de ser julgado por Juízes e Tribunais imparciais e independentes; **e (m) direito de ser presumido inocente até o advento do trânsito em julgado de sentença penal condenatória.**

ADC 44 / DF

5. A presunção de inocência como direito fundamental de qualquer pessoa sujeita a atos de investigação ou de persecução criminal, independentemente da natureza do delito a ela atribuído

Tem sido constante e inalterada a minha posição, no Supremo Tribunal Federal, Senhor Presidente, **em torno** da questão referente ao alcance e ao conteúdo da presunção de inocência.

Para não recuar muito no tempo, localizei acórdãos meus, de que fui Relator, **que datam** de 1989, 1996, 2000 e 2004, entre muitos outros, **proferidos em períodos nos quais – assinale-se – nem mesmo existiam** as operações referentes ao “Mensalão” e à “Lava-Jato”.

Vê-se, desse modo, que há mais de 30 (trinta) anos tenho julgado a controvérsia ora em exame **sempre no mesmo sentido, ou seja, reconhecendo**, expressamente, **com fundamento na presunção de inocência**, **que as sanções penais somente podem sofrer execução definitiva, não se legitimando**, quanto a elas, **a possibilidade de execução provisória, em razão** de as penas **impostas ao condenado, a qualquer condenado, dependerem**, para efeito de sua efetivação, **do trânsito em julgado** da sentença que as aplicou, **eis que o postulado constitucional do estado de inocência consagra uma regra de tratamento que impede** o Poder Público de agir e de comportar-se, **em relação** ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao réu, **como se estes já houvessem sido condenados definitivamente** por sentença do Poder Judiciário (**HC 67.707/RS**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, 07/11/1989 – **HC 73.338/RJ**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, 13/08/1996 – **HC 79.812/SP**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, 08/11/2000 – **HC 84.859/RS**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, 14/12/2004, v.g.).

É interessante observar, Senhor Presidente, que o Supremo Tribunal Federal, em diversos outros julgamentos, sempre tendo em consideração

ADC 44 / DF

a presunção de inocência, tal como formalmente positivada em nossa Lei Fundamental, reconheceu, neste E. Plenário, que a regra legal inscrita no art. 393 do CPP, hoje derogada pela Lei nº 12.403/2011, por revelar-se materialmente incompatível com a vigente Constituição Federal (art. 5º, LVII), não foi recebida pela nova ordem constitucional, como observa RENATO BRASILEIRO DE LIMA (“Código de Processo Penal Comentado”, p. 1.092, item n. 1, 2ª ed., 2017, JusPODIVM):

“(...) em sua redação original, o art. 393 do CPP dispunha serem efeitos da sentença condenatória ‘recorrível’ ser o acusado preso ou conservado na prisão, assim nas infrações inafiançáveis, como nas afiançáveis enquanto não prestar fiança, além da inclusão de seu nome no rol dos culpados. Este rol dos culpados é um livro cartorário destinado à inclusão do nome de condenados, sua qualificação e referência ao processo em que foi proferida sentença condenatória. Tais dispositivos sempre foram tidos pela doutrina como não recepcionados pela Constituição Federal, porquanto contrários à regra de tratamento decorrente do princípio da presunção de inocência. Com o advento da Lei n. 12.403/11, houve a revogação expressa do art. 393. Destarte, conclui-se que, nos mesmos moldes que o cumprimento da pena, o lançamento do nome do acusado no rol dos culpados somente poderá ocorrer com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.” (grifei)

Observo, por relevante, que essa orientação sempre teve o beneplácito de ambas as Turmas deste Supremo Tribunal (HC 80.174/SP, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA – HC 80.535/SC, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, v.g.), valendo referir, por expressivo desse entendimento, o seguinte julgado:

“CONSTITUCIONAL. PENAL. PROCESSUAL PENAL. ‘HABEAS CORPUS’. PENA DE DEMISSÃO. CABIMENTO. C.F., art. 5º, LXVIII. RECURSOS ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIO: PRETENSÃO DE AGUARDAR EM

ADC 44 / DF

LIBERDADE O JULGAMENTO: IMPOSSIBILIDADE. C.F., art. 5º, LVII. LANÇAMENTO DO NOME DO RÉU NO ROL DOS CULPADOS ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO. OFENSA AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA NÃO-CULPABILIDADE.

.....
III. – A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que o princípio constitucional da não-culpabilidade impede que se lance o nome do réu no rol dos culpados antes do trânsito em julgado da decisão condenatória. Precedentes.

IV. – ‘H.C.’ conhecido, em parte, e, nessa parte, deferido parcialmente para que o nome do paciente seja retirado do rol dos culpados, até o trânsito em julgado da decisão condenatória.”

(HC 82.812/PR, Rel. Min. CARLOS VELLOSO – grifei)

O E. Plenário do Supremo Tribunal Federal, de outro lado, **também com apoio** na presunção constitucional de inocência, **formulou** juízo **negativo** de recepção **do § 1º** do art. 408 do CPP, na redação **anterior** à Lei nº 9.033/95, **no ponto** em que mencionada regra legal – **hoje constante** do § 1º do art. 413 do CPP, **nos termos** da Lei nº 11.689/2008 – **determinava** que o Juiz, **ao pronunciar** o acusado no procedimento penal do Júri, **ordenasse** o lançamento do nome do réu **no rol dos culpados**:

“– **O lançamento** do nome do acusado **no rol dos culpados viola** o princípio constitucional que, **proclamado** pelo art. 5º, inciso LVII, da Carta Política, **consagra**, em nosso sistema jurídico, a **presunção ‘juris tantum’** de não-culpabilidade daqueles que figurem como réus nos processos penais condenatórios.

A norma inscrita no art. 408, § 1º, do CPP – que autoriza o juiz, na prolação da sentença de pronúncia, a ordenar o lançamento do nome do réu no rol dos culpados – **está derogada** em face da superveniência de preceito constitucional com ela materialmente incompatível (CF, art. 5º, LVII).

ADC 44 / DF

*A expressão legal 'rol dos culpados' não tem sentido polissêmico. Há, pois, de ser entendida como locução designativa da relação de pessoas **já definitivamente** condenadas."*

(HC 69.696/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno)

Posta a questão nesses termos, não há como compreender que esta Corte, em nome da presunção de inocência, afaste a possibilidade da inclusão do nome do réu no rol dos culpados antes do trânsito em julgado da decisão condenatória, mas permita, paradoxalmente, a execução prematura (ou provisória) da pena, que se projeta com efeitos muito mais gravosos sobre o "status poenalis" do condenado.

Extremamente valioso o magistério do eminente Advogado Dr. Pierpaolo Cruz Bottini, **ilustre Professor** de Direito Penal nas "Arcadas" (Faculdade de Direito da USP), **quando**, ao referir-se à controvérsia **em torno** da denominada "execução provisória da pena" (**Conjur**, edição de 23/02/2016), **expende** considerações **extremamente** relevantes, **especialmente** no ponto em que assim se pronuncia:

"A Constituição Federal dita que 'ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória' (CF, artigo 5º, LVII, sem grifos). Para alguns, tal dispositivo consagra a presunção de inocência. Para outros, a presunção de não culpabilidade. Nomes à parte, o texto constitucional é claro ao dispor que sem trânsito em julgado não há culpa.

No plano legal, o artigo 283 do Código de Processo Penal expressa que 'ninguém poderá ser preso senão em virtude de 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'.

Não se trata de dispositivo antigo. A atual redação do artigo 283 do CPP foi aprovada em 2011. O anteprojeto que lhe deu origem foi subscrito, ainda em 2001, por ninguém menos que

ADC 44 / DF

Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho, Scarance Fernandes, Petrônio Calmon Filho, Miguel Reale Jr., Luiz Flávio Gomes, Nilzardo Carneiro Leão, René Ariel Dotti, Rogério Lauria Tucci e Sidney Beneti. Na Exposição de Motivos, consta o seguinte trecho:

'O projeto sistematiza e atualiza o tratamento da prisão, das medidas cautelares e da liberdade provisória, com ou sem fiança. Busca, assim, superar as distorções produzidas no Código de Processo Penal com as reformas que, rompendo com a estrutura originária, desfiguraram o sistema (...) Nessa linha, as principais alterações com a reforma projetada são (...) d) impossibilidade de, antes da sentença condenatória transitada em julgado, haver prisão que não seja de natureza cautelar' (...).

A justificativa do Poder Executivo à época (2001) para o projeto também é clara:

'Finalmente é necessário acentuar que a revogação, estabelecida no projeto, dos artigos 393, 594, 595 e dos parágrafos do artigo 408, todos do Código de Processo Penal, tem como propósito definir que toda prisão, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, terá sempre caráter cautelar. A denominada execução antecipada não se concilia com os princípios do Estado constitucional e democrático de direito.' (...)

Assim, lei e Constituição eram – e ainda são – harmônicas. Somente há culpa, e, portanto, prisão como execução de pena, com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, com o fim do processo, após o julgamento de todos os recursos. Chega-se a isso com a interpretação literal, com a interpretação histórica e com a interpretação sistemática.

Por isso, antes do julgamento definitivo, é possível restringir direitos do réu diante de tumulto processual

ADC 44 / DF

(destruição de provas, aliciamento de testemunhas), **da reiteração** de condutas delitivas, ou de indício concreto de possibilidade de fuga. **Fora disso, ele é inocente – ou não culpado – e como tal deveria ser tratado.**

.....
Há quem diga – e muitos o fazem – **que a decisão é importante porque os réus usam recursos demais, postergam o final do processo e, com isso, geram impunidade** pela prescrição. **Aqui, duas ponderações:**

Uma: se os recursos **estão previstos** em lei, **devem ser usados**. Se não o forem, o advogado **infringe** seus deveres profissionais por assistir de forma inepta ao seu cliente. **Duas:** a mesma legislação **prevê filtros** para o exagero recursal, como a necessidade de demonstrar a repercussão geral do recurso extraordinário e a possibilidade de decisão monocrática no recurso especial quando a tese já esteja sedimentada em sentido contrário ao pretendido.

Porém, ainda que se insista que existem recursos demais, esse é um problema da lei. Poderia o legislador **restringir** as hipóteses de recursos especiais e extraordinários, **ampliar** seus requisitos, **dificultar** sua interposição, como propôs o ex-ministro do Supremo Tribunal Federal Cezar Peluso **em anteprojeto** de emenda constitucional. Assim, o processo terminaria mais cedo e seria possível executar a pena sobre culpados, sobre decisões **transitadas** em julgado.” (grifei)

Cabe acentuar, por necessário, que a presunção de inocência, que confere suporte legitimador a um direito fundamental, protegido por cláusula pétrea, titularizado, sem exceção, pela generalidade das pessoas, não se reveste de valor absoluto, porque encontra limite no trânsito em julgado da sentença penal condenatória, a partir de cujo transcurso o condenado passa, então, em razão de seu novo “status poenalis”, a ostentar a condição de culpado.

ADC 44 / DF

Cumpre também esclarecer, ainda, *por relevante*, que a presunção de inocência **não impede a imposição de prisão cautelar**, em suas diversas modalidades (**prisão** em flagrante, **prisão** temporária, **prisão** preventiva, **prisão** resultante de decisão de pronúncia e **prisão** fundada em condenação penal recorrível), **tal como tem sido reiteradamente reconhecido, desde 1989, pela jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal:**

“PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA NÃO-CULPABILIDADE – GARANTIA EXPLÍCITA DO IMPUTADO – CONSEQÜÊNCIAS JURÍDICAS – COMPATIBILIDADE COM O INSTITUTO DA TUTELA CAUTELAR PENAL

– O princípio constitucional da não-culpabilidade, que sempre existiu, de modo imanente, em nosso ordenamento positivo, impede que se atribuam à acusação penal conseqüências jurídicas apenas compatíveis com decretos judiciais de condenação irrecorrível. Trata-se de princípio tutelar da liberdade individual, cujo domínio mais expressivo de incidência é o da disciplina jurídica da prova. A presunção de não-culpabilidade, que decorre da norma inscrita no art. 5º, LVII, da Constituição, é meramente relativa (‘juris tantum’). Esse princípio, que repudia presunções contrárias ao imputado, tornou mais intenso para o órgão acusador o ônus substancial da prova. A regra da não-culpabilidade – inobstante o seu relevo – não afetou nem suprimiu a decretabilidade das diversas espécies que assume a prisão cautelar em nosso direito positivo. O instituto da tutela cautelar penal, que não veicula qualquer idéia de sanção, revela-se compatível com o princípio da não-culpabilidade.”

(HC 67.707/RS, Rel. Min. CELSO DE MELLO, 07/11/1989)

“PRISÃO PROCESSUAL. NÃO A IMPEDE O ART. 5º, ITEM LVII, DA NOVA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

O Supremo Tribunal Federal tem decidido que o disposto no item LVII do art. 5º da Constituição Federal de 1988, ao dizer que ‘ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de

ADC 44 / DF

sentença penal condenatória', não revogou os dispositivos do Código de Processo Penal que preveem a prisão processual."

(HC 67.841/SC, Rel. Min. ALDIR PASSARINHO, 05/04/1991 – grifei)

"PRESUNÇÃO CONSTITUCIONAL DE NÃO-CULPABILIDADE E CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS – COMPATIBILIDADE DA PRISÃO CAUTELAR DECORRENTE DE SENTENÇA CONDENATÓRIA RECORRÍVEL, DESDE QUE SE EVIDENCIE A IMPRESCINDIBILIDADE DESSA MEDIDA EXCEPCIONAL.

– A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de reconhecer que a prisão decorrente de sentença condenatória meramente recorrível não transgride o princípio constitucional da não-culpabilidade, desde que a privação da liberdade do sentenciado – satisfeitos os requisitos de cautelaridade que lhe são inerentes – encontre fundamento em situação evidenciadora da real necessidade de sua adoção. Precedentes.

– A Convenção Americana sobre Direitos Humanos não assegura, de modo irrestrito, ao condenado o direito de (sempre) recorrer em liberdade, pois o Pacto de São José da Costa Rica, em tema de proteção ao 'status libertatis' do réu, estabelece, em seu Artigo 7º, nº 2, que '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', admitindo, desse modo, a possibilidade de cada sistema jurídico nacional instituir os casos em que se legitimará, ou não, a privação cautelar da liberdade de locomoção física do réu ou do condenado. Precedentes.

– O Supremo Tribunal Federal – embora admitindo a convivência entre os diversos instrumentos de tutela cautelar penal postos à disposição do Poder Público, de um lado, e a presunção constitucional de não-culpabilidade (CF, art. 5º, LVII) e o Pacto de São José da Costa Rica (Artigo 7º, nº 2), de outro – tem advertido sobre a necessidade de estrita observância, pelos órgãos

ADC 44 / DF

*judiciários competentes, de determinadas exigências, em especial a demonstração – apoiada em decisão impregnada de fundamentação substancial – **que evidencie a imprescindibilidade**, em cada situação ocorrente, **da adoção** da medida constritiva do ‘status libertatis’ do indiciado/réu, **sob pena de caracterização** de ilegalidade ou de abuso de poder na decretação da prisão **meramente processual.**”*

(**HC 89.754/BA**, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

Isso significa, portanto, **ao contrário do que se tem erroneamente divulgado, que a prisão cautelar, como a prisão preventiva e a prisão fundada em condenação meramente recorrível, pode ser imposta, sim, aos réus antes mesmo** de sua eventual condenação **ou** do trânsito em julgado de sentença condenatória, **eis que** – *insista-se* – a prisão cautelar **não tem por fundamento** um juízo de culpabilidade, **pois, como ninguém o ignora**, a prisão cautelar (“*carcer ad custodiam*”) – **que não se confunde** com a prisão penal (“*carcer ad poenam*”) – **não objetiva infligir punição** à pessoa que a sofre. **Não traduz**, em face da finalidade a que se destina, **qualquer ideia de sanção**. **Na realidade**, a prisão cautelar **constitui** instrumento destinado a atuar “*em benefício da atividade desenvolvida no processo penal*” (BASILEU GARCIA, “Comentários ao Código de Processo Penal”, vol. III/7, item n. 1, 1945, Forense). **Por isso mesmo**, a prisão cautelar – **que não envolve** antecipação satisfativa da pretensão executória do Estado – **revela-se compatível** com a presunção constitucional de inocência. **Tanto** que, *como já salientado*, **a própria** Constituição **possibilita** a prisão em flagrante **ou aquelas** decorrentes de ordem, *escrita e fundamentada*, de autoridade judiciária competente, nos termos da lei.

Não constitui demasia assinalar, de outro lado, **que o conceito de presunção de inocência**, notadamente quando examinado **na perspectiva** do ordenamento constitucional brasileiro, **deve ser considerado nas múltiplas dimensões** em que se projeta, **valendo destacar**, por expressivas, **como registra** PAULO S. P. CALEFFI (“Presunção de Inocência e Execução Provisória da Pena no Brasil”, p. 24/50, itens ns. 1.2, 1.3 e 1.4, 2017,

ADC 44 / DF

Lumen Juris), **as seguintes abordagens** que esse postulado constitucional enseja: (a) a **presunção de inocência como norma de tratamento**, (b) a **presunção de inocência como norma probatória** e (c) a **presunção de inocência como norma de juízo**.

É por essa razão, acentua esse eminente Advogado gaúcho (“op. cit.”, p. 49, item n. 1.4), **que, “(...) desde os primeiros momentos da investigação preliminar, havendo um juízo de atribuição de conduta criminosa a alguém, o princípio da presunção de inocência protegerá o imputado com toda a amplitude exigida pela Constituição, seja como ‘norma de tratamento’, ‘norma probatória’ ou ‘norma de juízo’ (ou também como ‘regra de fechamento’), assegurando que tão importante garantia não se torne mera retórica em nosso cotidiano jurídico” (grifei), a significar, portanto, que o direito fundamental de ser presumido inocente, nos precisos termos em que vem proclamado e assegurado por nossa Carta Magna, não deve expor-se, sob pena de frontal transgressão à autoridade da Constituição da República, a quaisquer “interpretações flexibilizadoras do seu conteúdo e da extensão dos seus efeitos”.**

Vale enfatizar, neste ponto, que o magistério do Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a presunção de inocência como norma probatória, tem reiteradamente advertido que as acusações penais **não se presumem** provadas, **pois** – como tem reconhecido a jurisprudência desta Corte – **o ônus da prova** referente aos fatos constitutivos da imputação penal **incumbe, exclusivamente, a quem acusa.**

Isso significa que não compete ao réu demonstrar a sua própria inocência. **Ao contrário, cabe ao Ministério Público comprovar, de forma inequívoca,** em plenitude, **para além de qualquer dúvida razoável, a culpabilidade do acusado e os fatos constitutivos** da própria imputação penal **pertinentes à autoria e à materialidade do delito (RTJ 161/264-266, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.).**

ADC 44 / DF

É por tal motivo que a presunção de inocência, enquanto limitação constitucional ao poder do Estado, faz recair sobre o órgão da acusação, agora de modo muito mais intenso, o ônus substancial da prova, fixando diretriz a ser indeclinavelmente observada pelo magistrado e pelo legislador.

Na realidade, os princípios democráticos que informam o modelo constitucional consagrado na Carta Política de 1988 repelem qualquer comportamento estatal transgressor do dogma segundo o qual não haverá culpa penal por presunção nem responsabilidade criminal por mera suspeita (RT 690/390 – RT 698/452-454).

A jurisprudência desta Suprema Corte ênfatiza, bem por isso, com particular veemência, que “Não podem repercutir contra o réu situações jurídico-processuais ainda não definidas por decisão irrecorrível do Poder Judiciário, especialmente naquelas hipóteses de inexistência de título penal condenatório definitivamente constituído” (RTJ 139/885, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

Insista-se, pois, na asserção de que o postulado do estado de inocência repele suposições ou juízos prematuros de culpabilidade até que sobrevenha – como o exige a Constituição do Brasil – o trânsito em julgado da condenação penal. Só então deixará de subsistir, em relação à pessoa condenada, a presunção de que é inocente.

Lembro-me de que, no passado, sob a égide autoritária do Estado Novo, editou-se o Decreto-lei nº 88/37, que impunha ao acusado, nos processos por delitos contra a segurança nacional, o dever de provar, em sede penal, que não era culpado!!!

Essa regra legal – como salientei no julgamento do HC 83.947/AM, de que fui Relator – consagrou uma esdrúxula fórmula de despotismo explícito, pois exonerou, absurdamente, o Ministério Público, nos processos por delitos contra a segurança nacional, de demonstrar a culpa do réu.

ADC 44 / DF

O diploma legislativo em questão, com a falta de pudor que caracteriza os regimes despóticos, veio a consagrar, em dado momento histórico do processo político brasileiro (Estado Novo), a obrigação de o réu provar a sua própria inocência!!!

Com efeito, o art. 20, n. 5, do Decreto-lei nº 88, de 20/12/1937, estabeleceu, nos processos por delitos contra a segurança do Estado, uma regra absolutamente incompatível com o modelo democrático, como se vê da parte inicial de seu texto: “presume-se provada a acusação, cabendo ao réu prova em contrário (...)” (grifei).

Há a considerar, ainda, a presunção de inocência como norma de tratamento. No que concerne a essa outra perspectiva, cumpre rememorar o entendimento que o Supremo Tribunal Federal tem adotado ao longo de sua prática jurisprudencial, sempre enfatizando que o postulado constitucional da presunção de inocência impede que o Estado trate, como se culpado fosse, aquele que ainda não sofreu condenação penal irrecorrível (HC 79.812/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO – HC 105.556/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.):

“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 ou juridicamente a este equiparado, e até que sobrevenha sentença penal condenatória irrecorrível, não se revela possível – por efeito de insuperável vedação constitucional (CF, art. 5º, LVII) – presumir-lhe a culpabilidade.

Ninguém pode ser tratado como culpado, qualquer que seja a natureza do ilícito penal cuja prática lhe tenha sido atribuída, sem

ADC 44 / DF

que exista, a esse respeito, decisão judicial condenatória **transitada em julgado**.

O princípio constitucional da presunção de inocência, em nosso sistema jurídico, **consagra**, além de outras relevantes consequências, **uma regra de tratamento que impede** o Poder Público de agir e de se comportar, **em relação** ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado **ou** ao réu, **como se estes** já houvessem sido condenados, **definitivamente**, por sentença do Poder Judiciário. **Precedentes.**"

(HC 115.613/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

São consequências que emanam diretamente da presunção de inocência, **enquanto norma de tratamento**, a proibição de prisões cautelares compulsórias (**como já ocorreu**, em nosso sistema normativo, com a prisão preventiva obrigatória) e a impossibilidade constitucional de **execução provisória** da condenação criminal.

Como se sabe, o Supremo Tribunal Federal, **a partir** da decisão proferida no HC 126.292/SP e **com apoio** em sucessivos julgados emanados do Plenário desta Corte Suprema (**ADC 43-MC/DF e ADC 44-MC/DF**), inclusive **em sede de repercussão geral** (**ARE 964.246-RG/SP**), veio a firmar orientação no sentido **da legitimidade constitucional** da execução provisória da pena.

Ao participar dos julgamentos **que consagraram** os precedentes referidos, **integrei a corrente minoritária**, por entender que a tese **da execução provisória** de condenações penais **ainda recorríveis transgride, de modo frontal**, a presunção constitucional de inocência, **que só deixa de subsistir ante o trânsito em julgado** da decisão condenatória (**CF**, art. 5º, LVII).

Antes desse momento, portanto – **é preciso advertir** –, o Estado **não pode** tratar os indiciados **ou** os réus **como se culpados fossem**. A presunção de inocência **impõe, desse modo**, ao Poder Público **um dever de**

ADC 44 / DF

tratamento que não pode ser desrespeitado por seus agentes e autoridades, **como vinha advertindo**, em sucessivos julgamentos, esta Corte Suprema (HC 96.095/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO – HC 121.929/TO, Rel. Min. ROBERTO BARROSO – HC 124.000/SP, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – HC 126.846/SP, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI – HC 130.298/SP, Rel. Min. GILMAR MENDES, v.g.):

“(…) O POSTULADO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA IMPEDE QUE O ESTADO TRATE, COMO SE CULPADO FOSSE, AQUELE QUE AINDA NÃO SOFREU CONDENAÇÃO PENAL IRRECORRÍVEL.

– **A prerrogativa jurídica da liberdade** – que possui extração constitucional (CF, art. 5º, LXI e LXV) – **não pode ser ofendida** por interpretações doutrinárias **ou** jurisprudenciais que, **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 pode ser tratado como culpado, qualquer que seja a natureza do ilícito penal cuja prática lhe tenha sido atribuída, **sem que exista**, a esse respeito, decisão judicial condenatória **transitada em julgado.**

O princípio constitucional da presunção de inocência, em nosso sistema jurídico, **consagra**, além de outras relevantes consequências, **uma regra de tratamento que impede** o Poder Público de agir **e** de se comportar, **em relação** ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado **ou** ao réu, **como se estes já houvessem sido condenados, definitivamente**, por sentença do Poder Judiciário. **Precedentes.**”

(HC 93.883/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

ADC 44 / DF

Penso ser importante, pois, dar-se consequência efetiva ao postulado constitucional da presunção de inocência, que representa uma prerrogativa de caráter bifronte, cujos destinatários são, de um lado, o Poder Público, que sofre limitações no desempenho das suas atividades institucionais, e, de outro, o próprio cidadão, que encontra, nesse princípio, o fundamento de uma garantia essencial que lhe é reconhecida pela Constituição da República e que se mostra inteiramente oponível ao poder do Estado, neutralizando-lhe, por isso mesmo, qualquer iniciativa que objetive impor ao cidadão restrições à sua esfera jurídica, sem que exista, para tanto, qualquer título judicial definitivo.

O fato irrecusável, Senhor Presidente, é que, em nosso sistema jurídico e em face de expressa formulação constitucional, a inocência é sempre presumida. Trata-se de presunção “*juris tantum*”, de caráter relativo, que subsiste temporariamente, até que se consume o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Toda e qualquer pessoa deve ser presumida inocente até que tenha sido reconhecida a sua culpabilidade em sede de condenação penal transitada em julgado.

São essas as razões que me levaram a sustentar, em voto vencido, a tese segundo a qual a execução provisória (ou prematura) da sentença penal condenatória revela-se frontalmente incompatível com o direito fundamental do réu de ser presumido inocente até que sobrevenha o efetivo e real trânsito em julgado de sua condenação criminal, tal como expressamente assegurado pela própria Constituição da República (CF, art. 5º, LVII).

Tenho-me indagado, por isso mesmo, Senhor Presidente, quantos valores essenciais consagrados pelo estatuto constitucional que nos rege precisarão ser negados para que prevaleçam razões fundadas no clamor público e em inescandível pragmatismo de ordem penal?

ADC 44 / DF

Até quando dados meramente estatísticos **poderão autorizar** essa inaceitável hermenêutica de submissão, de cuja utilização resulte, como efeito perverso, **gravíssima e frontal transgressão** ao direito fundamental de ser presumido inocente?

É possível, Senhor Presidente, a uma sociedade livre, **apoiada** em bases genuinamente democráticas, **subsistir sem que se assegurem direitos fundamentais** tão arduamente conquistados pelos cidadãos em sua histórica e permanente luta contra a opressão do poder, **como aquele** que assegura a qualquer pessoa a **insuprimível** prerrogativa de sempre ser considerada inocente até que sobrevenha, **contra ela**, sentença penal condenatória **transitada** em julgado?

Entendo, presentes tais razões, **tal como já sustentei** em julgamentos anteriores neste Tribunal, **que a majestade** da Constituição **não pode** ser transgredida **nem** degradada **pela potestade do Estado**, **pois**, em um regime de perfil democrático, **ninguém**, a **começar dos agentes e autoridades do aparelho estatal**, **pode** pretender-se **acima e além do alcance da normatividade subordinante** dos grandes princípios **que informam e dão essência** à Lei Fundamental da República.

Já afirmei nesta Corte que o Supremo Tribunal Federal, **ao decidir** os litígios penais, **quaisquer** que sejam, **respeitará**, **sempre**, como é da **essência** do regime democrático, os direitos e garantias fundamentais que a Constituição da República **assegura a qualquer acusado**, **notadamente o direito de ser presumido inocente até o trânsito em julgado de eventual condenação criminal**, **observando**, em todos os julgamentos, **além do postulado da impessoalidade e do distanciamento crítico em relação a todas as partes envolvidas no processo**, **os parâmetros legais e constitucionais** que regem, em nosso sistema jurídico, os procedimentos de índole penal.

É preciso repelir, desse modo, como anteriormente já assinalado, **a tentação autoritária** de presumir-se provada qualquer acusação criminal **e**

ADC 44 / DF

de tratar *como se culpado fosse* aquele em favor de quem milita a presunção constitucional de inocência.

Este julgamento, por isso mesmo, Senhor Presidente, **impõe**, uma vez mais, **consoante enfatizei** no início deste voto, que se proceda a **reflexões sobre o papel institucional, sobre as funções constitucionais e sobre a responsabilidade política e social do Supremo Tribunal Federal no contexto do processo de consolidação e aperfeiçoamento da ordem democrática em nosso País e, mais diretamente, no plano da construção de uma jurisprudência das liberdades concebida e formulada** em favor dos direitos e garantias da pessoa humana.

Não se pode desconhecer que o Poder Judiciário **assume**, na estrutura institucional em que se organiza o aparelho de Estado, **significativo relevo** político, jurídico e social, **pois não há**, na história das sociedades políticas, **qualquer** registro de um Povo que, **despojado de juízes e Tribunais independentes**, **tenha conseguido** preservar os seus direitos e conservar a sua própria liberdade.

Eventual inefetividade da jurisdição penal **ou** do sistema punitivo **motivada pela prodigalização de meios recursais, culminando** por gerar no meio social a sensação de impunidade, **não pode ser atribuída ao reconhecimento constitucional do direito fundamental de ser presumido inocente, pois não é essa** prerrogativa básica **que frustra o sentimento de justiça** dos cidadãos **ou** **que provoca qualquer crise de funcionalidade** do aparelho judiciário.

A **solução dessa questão**, que não guarda pertinência – *insista-se* – com a presunção constitucional de inocência, **há de ser encontrada na reformulação do sistema processual e na busca de meios** que, **adotados** pelo Poder Legislativo, **confirmam maior coeficiente de racionalidade** ao modelo recursal, **mas não, como se pretende, na inaceitável desconsideração** de um dos direitos fundamentais **a que fazem jus** os cidadãos desta República **fundada** no conceito de liberdade **e legitimada** pelo princípio democrático.

ADC 44 / DF

A posição que vem prevalecendo nesta Corte reflete – e digo isto com todo o respeito – preocupante inflexão hermenêutica, de índole regressista, em torno do pensamento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal no plano sensível dos direitos e garantias individuais, retardando, em minha percepção, o avanço de uma significativa agenda judiciária concretizadora das liberdades fundamentais em nosso País.

Ninguém desconhece, Senhores Ministros, que a presunção de inocência representa uma notável conquista histórica dos cidadãos em sua permanente luta contra a opressão do Estado e o abuso de poder.

Já se escreveu, Senhor Presidente – e aqui me refiro a um texto de Sérgio Azevedo publicado em 02/04/2018 (<https://ionline.sapo.pt>) –, que a questão da presunção de inocência, “com origem remota no direito romano, com as regras probatórias que constam do Digesto, na Bíblia – Livro de Deuterônômio – e no direito comum medieval, continua ainda hoje a ser um tema tanto fulcral como controverso no seu conteúdo e contornos. A sua consagração explícita num texto legal apenas foi conseguida com a Revolução Francesa de 1789, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, profundamente influenciada pela obra de Beccaria (‘Dos Delitos e das Penas’, que Voltaire apelidou de ‘Código da Humanidade’), não só no pensamento jurídico europeu, mas também no pensamento jurídico norte-americano, transferindo-se esta perspectiva para alguns textos internacionais como a Declaração Universal dos Direitos do Homem (art. 11 n. 1), o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (art. 14 n. 2), a Convenção Europeia dos Direitos do Homem (art. 6) e a Carta Europeia dos Direitos Fundamentais (art. 48 n. 1)” (grifei).

Na realidade, a presunção de inocência, a que já se referia Tomás de Aquino em sua “Suma Teológica”, constitui resultado de um longo processo de desenvolvimento político-jurídico, com raízes, para alguns, na Magna Carta inglesa (1215), embora, segundo outros autores, o marco histórico de implantação desse direito fundamental resida no

ADC 44 / DF

século XVIII, **quando**, sob o influxo das ideias iluministas, **veio esse direito-garantia a ser consagrado**, inicialmente, na Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia (1776).

A consciência do sentido fundamental desse direito básico, **enriquecido** pelos grandes postulados políticos, doutrinários e filosóficos do Iluminismo, **projetou-se**, com grande impacto, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, **cujo art. 9º solenemente proclamava a presunção de inocência**, com expressa repulsa às práticas absolutistas do Antigo Regime.

Mostra-se importante assinalar, neste ponto, Senhor Presidente, **que a presunção de inocência**, legitimada pela ideia democrática – não obstante golpes desferidos por mentes autoritárias **ou** por regimes autocráticos **que absurdamente preconizam** o primado da ideia de que todos são culpados até prova em contrário (!!?) –, **tem prevalecido**, ao longo de seu virtuoso itinerário histórico, **no contexto** das sociedades civilizadas, como valor fundamental e exigência básica de respeito à dignidade da pessoa humana.

Não foi por outra razão que a Declaração Universal de Direitos da Pessoa Humana, **promulgada** em 10/12/1948, pela III Assembleia Geral da ONU, **em reação** aos abusos inomináveis **cometidos** pelos regimes totalitários nazi-fascistas, **proclamou**, em seu art. 11, **que todos**, sem exceção, **presumem-se inocentes**.

Essa mesma reação do pensamento democrático, **que não pode nem deve conviver** com práticas, medidas **ou** interpretações que golpeiem o alcance **e** o conteúdo de tão fundamental prerrogativa **assegurada a toda e qualquer pessoa**, **mostrou-se** presente em **outros** importantes documentos internacionais, **alguns de caráter regional**, **como a Declaração Americana** dos Direitos e Deveres do Homem (Bogotá, 1948, Artigo XXVI), **a Convenção Americana** sobre Direitos Humanos (São José da Costa Rica, 1969, Artigo 8º, § 2º), **a Convenção Europeia** para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais

ADC 44 / DF

(Roma, 1950, Artigo 6º, § 2º), **a Carta dos Direitos Fundamentais** da União Europeia (Nice, 2000, Artigo 48, § 1º), **a Carta Africana** dos Direitos Humanos e dos Povos/Carta de Banjul (Nairóbi, 1981, Artigo 7º, § 1º, “b”) **e a Declaração Islâmica** sobre Direitos Humanos (Cairo, 1990, Artigo 19, “e”), **e outros de caráter global**, como o **Pacto Internacional** sobre Direitos Civis e Políticos (Artigo 14, § 2º), **adotado** pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1966.

É certo que esses importantes documentos internacionais, *como aqui já foi assinalado*, **embora proclamem** a presunção de inocência, **não estabelecem**, *contudo*, quanto a ela, **a exigência do trânsito em julgado**.

Em nada altera o exame da questão, *no entanto*, **se se atribuir** aos tratados ou convenções internacionais de direitos humanos **qualificação constitucional**, **conferindo-lhes**, em consequência, **no plano hierárquico-normativo**, **posição idêntica à das normas internas de direito constitucional**.

Não questiono essa posição, *que expressamente acolho*, **por também reconhecer**, *com fundamento em expressivas lições doutrinárias* (ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE, “**Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**”, vol. I/513, item n. 13, 2ª ed., 2003, Fabris; FLÁVIA PIOVESAN, “**Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**”, p. 51/77, 7ª ed., 2006, Saraiva; CELSO LAFER, “**A Internacionalização dos Direitos Humanos: Constituição, Racismo e Relações Internacionais**”, p. 16/18, 2005, Manole; VALERIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI, “**Curso de Direito Internacional Público**”, p. 682/702, item n. 8, 2ª ed., 2007, RT; LUIZ FLÁVIO GOMES, “**Estado Constitucional de Direito e a Nova Pirâmide Jurídica**”, p. 30 e ss., 2008, São Paulo, Premier Máxima, v.g.), **que os tratados internacionais de direitos humanos assumem**, *na ordem positiva interna brasileira*, **hierarquia constitucional**, **muito embora seja diversa** a orientação firmada pela jurisprudência desta Corte Suprema, **que adotou**, *quanto a tais convenções internacionais*, **o critério da supralegalidade** (RE 349.703/RS, Red. p/ o acórdão Min. GILMAR MENDES, v.g.).

ADC 44 / DF

Não se pode desconhecer, no entanto, que, em ocorrendo eventual situação de antinomia, **em tema** de interpretação de tratados ou convenções internacionais de direitos humanos, **há de prevalecer, sempre, a cláusula mais favorável**, tal como ressalta o **magistério doutrinário** (VALERIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI, “Curso de Direito Internacional Público”, p. 302/303, item n. 15, 4, e, 9ª ed., 2015, RT; ANDRÉ DE CARVALHO RAMOS, “Responsabilidade Internacional por Violação de Direitos Humanos”, p. 146/149, item n. 3, e, 2004, Renovar; ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE, “Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos”, vol. I/434-436, itens ns. 55/59, 1997, Fabris) e **acentua a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (HC 90.983/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO – HC 91.361/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO – RMS 32.752-AgR/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.)**:

“HERMENÊUTICA E DIREITOS HUMANOS: A NORMA MAIS FAVORÁVEL COMO CRITÉRIO QUE DEVE REGER A INTERPRETAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

– Os magistrados e Tribunais, no exercício de sua atividade interpretativa, **especialmente** no âmbito dos tratados internacionais de direitos humanos, **devem observar** um princípio hermenêutico básico (tal como aquele proclamado no **Artigo 29** da Convenção Americana de Direitos Humanos), **consistente em atribuir primazia** à norma que se revele **mais favorável** à pessoa humana, **em ordem** a dispensar-lhe **a mais** ampla proteção jurídica.

– **O Poder Judiciário**, nesse processo hermenêutico **que prestigia** o critério da norma **mais favorável** (que tanto pode ser **aquela** prevista no tratado internacional como a que se acha positivada no próprio direito interno do Estado), **deverá extrair a máxima eficácia** das declarações internacionais e das proclamações constitucionais de direitos, **como forma de viabilizar** o acesso dos indivíduos e dos grupos sociais, **notadamente** os mais vulneráveis, a sistemas institucionalizados de proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana, **sob pena** de a liberdade, a tolerância e o respeito à alteridade humana **tornarem-se palavras vãs**.

ADC 44 / DF

– Aplicação, ao caso, do Artigo 7º, n. 7, c/c o Artigo 29, ambos da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica): um caso típico de primazia da regra mais favorável à proteção efetiva do ser humano.”

(HC 90.450/MG, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

Não constitui demasia relembrar, de outro lado, Senhor Presidente, que o Supremo Tribunal Federal, nestas ações de controle abstrato, está a analisar e a interpretar uma cláusula fundamental da Constituição do Brasil, cujo texto, ao referir-se ao postulado do estado de inocência, exige e impõe o requisito adicional do trânsito em julgado, cuja previsão – ausente nas convenções internacionais de direitos humanos acima referidas – confere, na perspectiva do direito interno brasileiro, maior intensidade à proteção jurídica fundada no reconhecimento da presunção de inocência, o que torna plenamente invocável, na espécie, o critério da norma mais favorável, que é aquela inscrita no inciso LVII do art. 5º de nossa Carta Política, que faz cessar a presunção de não culpabilidade – insista-se – somente após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

É por isso que se justifica a asserção, Senhor Presidente, de que a repulsa à presunção de inocência, por mergulhar suas raízes em uma visão incompatível com os padrões ortodoxos do regime democrático, não pode legitimar, inclusive mediante procedimento hermenêutico, a imposição de restrição desautorizada pela Constituição da República e que se mostra, por isso mesmo, absolutamente indevida e arbitrária!

Vale rememorar, neste ponto, importante decisão do E. Tribunal Superior Eleitoral, do início da década de 1970, a propósito da preponderância da presunção de inocência, mesmo em sede extrapenal, como no campo das inelegibilidades eleitorais.

Refiro-me a julgado daquela Alta Corte eleitoral que, proferido sob a égide do anterior ordenamento constitucional, reconheceu a inconstitucionalidade do art. 1º, I, “n”, da Lei Complementar nº 05/70,

ADC 44 / DF

que, **dentre** as várias hipóteses de inelegibilidade, **previu a perda** da capacidade eleitoral passiva **em decorrência da mera instauração** de processo judicial **contra** qualquer potencial candidato **que houvesse** incidido **em suposta prática de determinadas** infrações penais.

Eis o teor dessa norma legal, **inscrita** em referido diploma legislativo:

“Art. 1º – São inelegíveis:

I – para qualquer cargo eletivo:

.....
*n) os que tenham sido condenados **ou** respondam a processo judicial, **instaurado** por denúncia do Ministério Público recebida pela autoridade judiciária competente, **por crime** contra a segurança nacional e a ordem política e social, a economia popular, a fé pública e a administração pública, o patrimônio ou pelo delito previsto no art. 22 desta Lei Complementar, **enquanto não absolvidos** ou penalmente reabilitados;” (grifei)*

Bastava, portanto, **para gerar** situação de inelegibilidade, **o simples recebimento** de uma denúncia, **por alegado** cometimento **de certos** ilícitos penais.

Essa cláusula legal provocou, **mesmo** sob a égide de um regime autoritário, **amplo debate** em torno de sua constitucionalidade, **valendo relembrar** que o E. Tribunal Superior Eleitoral **pronunciou-se**, diversas vezes, sobre a matéria, **reconhecendo**, num momento inicial, a validade constitucional da regra legal em questão, **até que** o eminente Ministro XAVIER DE ALBUQUERQUE, **em voto que prevaleceu** no julgamento do REspe 4.221/RS, **dissentiu** dessa orientação jurisprudencial, “(...) *pela razão de considerar inconstitucional o art. 1º, inciso I, letra ‘n’, da Lei Complementar nº 5, de acordo com o voto **que ontem** proferi neste Tribunal” (grifei).*

Cabe reproduzir, neste ponto, por relevante, **os fundamentos** pelos quais o eminente Ministro XAVIER DE ALBUQUERQUE, **mesmo** em

ADC 44 / DF

votos vencidos, **como aquele** proferido no julgamento, pelo TSE, do Recurso Ordinário nº 4.189/RJ, **entendia**, com absoluta razão, **ser inconstitucional** a norma inscrita no art. 1º, inciso I, alínea “n”, da Lei Complementar nº 05/70:

*“(...) **Por que admitir que o simples fato de pendência de um processo, com denúncia oferecida e recebida, pese indelevelmente sobre a moralidade de alguém, a ponto de lhe acarretar o ônus brutal da inelegibilidade? Não posso admitir. – E não posso admitir, porque estou lidando com princípios eternos, universais, imanes, que não precisam estar inscritos em Constituição nenhuma.***

***Mas**, por acaso, esse princípio, se não está exposto na Constituição da República Federativa do Brasil, está inscrito, de modo o mais veemente e peremptório, na famosa ‘Declaração Universal dos Direitos do Homem’, que é capítulo de uma inexistente, mas evidente Constituição de todos os povos. O Brasil contribuiu, com sua participação e voto, para que a Terceira Assembleia Geral das Nações Unidas, há mais de 25 anos, aprovasse uma ‘Declaração Universal dos Direitos do Homem’, e essa declaração insculpiu, no primeiro inciso do seu art. 11, esta regra de verdadeira Moral e do mais límpido Direito:*

‘Todo homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada, de acordo com a lei, em julgamento público, no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa’.

Este princípio é inerente ao nosso regime, pois está compreendido entre aqueles que a Constituição adota. Não precisa ele estar nela explicitado, em letra de forma. Basta que o comparemos com o regime da Constituição brasileira (...), tanto que ela o inscreve como um daqueles bens jurídicos que se devem preservar no estabelecimento das inelegibilidades. Basta que comparemos o princípio com o regime, a vermos se há entre eles

ADC 44 / DF

coincidência ou repulsa. É evidente que a coincidência é a única alternativa. O Brasil proclamou, num documento internacional e no regime que adotou, essa verdade universal, que, insisto, não precisa estar inscrita em lei nenhuma, porque é princípio ético e jurídico, imanente.

O fato de alguém responder a processo criminal adere, objetivamente, à sua vida. Ninguém, que respondeu a um processo criminal, retira jamais esse episódio da sua história pessoal. Mas não pode ele, por si só, comprometer a moralidade do cidadão, que deve ser presumido inocente enquanto não for julgado culpado.”
(grifei)

É certo, no entanto, que esta Suprema Corte, **ao julgar o RE 86.297/SP**, Rel. Min. THOMPSON FLORES, **após reformar** aquele julgado do E. Tribunal Superior Eleitoral, **proclamou a validade constitucional** da norma legal em questão.

Torna-se importante registrar, a esse respeito, que se revelava tão evidente o conteúdo autoritário do preceito legal em causa, **porque transgressor** do princípio que **consagra**, nas sociedades democráticas, **a presunção de inocência**, que os próprios **curadores do regime militar, já no Governo do Presidente Figueiredo, decidiram banir** semelhante regra jurídica do sistema de direito positivo nacional, **fazendo-o** mediante a edição da Lei Complementar nº 42/82, cujo art. 1º assim dispunha:

*“Art. 1º - As alíneas b e n do inciso I do art. 1º da Lei Complementar nº 5, de 29 de abril de 1970, **passam a vigorar** com a seguinte redação:*

‘Art. 1º –

I –

*n) **os que tenham sido condenados** (Vetado) por crime contra a segurança nacional e a ordem política e social, a economia*

ADC 44 / DF

popular, a fé pública, a Administração Pública e o patrimônio, ou pelo delito previsto no art. 22 desta Lei Complementar, enquanto não penalmente reabilitados; (...).” (grifei)

Devo observar, por necessário, que o Supremo Tribunal Federal, **ao decidir o RE 99.069/BA**, Rel. Min. OSCAR CORRÊA, e **tendo presente** a alteração **introduzida** pela Lei Complementar nº 42/82, **que condicionava o reconhecimento da inelegibilidade de qualquer candidato à existência** de sentença condenatória, **expressamente proclamou** que a perda da capacidade eleitoral passiva **dependeria do trânsito em julgado da condenação, não bastando**, para tanto, **a mera prolação** de uma sentença condenatória ainda recorrível.

Extremamente esclarecedoras, e muito atuais, as razões com que o eminente e saudoso Ministro OSCAR CORRÊA, **na condição** de Relator, **fundamentou**, em referido julgamento, **o seu douto voto**:

“(...) Não há como querer distinguir entre efeitos da sentença condenatória para fins comuns e para fins especiais, como seriam os da lei de inelegibilidade. Tal distinção – que não se encontra em nenhum texto e não nos cabe criar – não tem razão de ser, tanto mais excepcionada contra o réu, para agravar-lhe a situação.

Na verdade, quando a lei – qualquer que seja – se refere a condenação, há que se entender condenação definitiva, transitada em julgado, insuscetível de recurso que a possa desfazer.

***Nem se alegue** (...) que ‘essa interpretação era a que se coadunava com a moralidade que o art. 151, IV da Constituição visa a preservar’: **há que preservar a moralidade, sem que**, sob pretexto de defendê-la e resguardá-la, **se firam os direitos do cidadão à ampla defesa, à prestação jurisdicional, até a decisão definitiva**, que o julgue, e condene, ou absolva.*

***Não preserva a moralidade interpretação que considera condenado quem o não foi, em decisão final irrecorrível. Pelo contrário**: a ela se opõe, porque põe em risco a reputação de alguém,*

ADC 44 / DF

que se não pode dizer sujeito a punição, pela prática de qualquer ilícito, senão depois de devida, regular e legalmente condenado, por sentença de que não possa, legalmente, recorrer.

.....
A verdade é que a decisão singular desta Egrégia Corte, que acolheu a constitucionalidade daquele preceito – com os memoráveis debates que provocou – não chegou a ser provada em outros casos. E tanto não era esta a melhor solução que a L.C. nº 42/82 a excluiu, com o que, em verdade, valorizou a posição assumida pelos que a combateram.

14. Não há de se exigir que a lei se refira a condenação transitada em julgado, o que seria levar adiante demais as exigências de explicitação.

Na verdade, quando o art. 151 delegou à legislação complementar estabelecer os casos de inelegibilidades e os prazos nos quais cessará esta, não lhe autorizou alterar o sistema legal brasileiro (e, pode dizer-se, universal) para considerar condenação a que, desde logo, em primeiro grau, se imponha, sem que transite em julgado. Assinalou bem o recorrente que esse entendimento ‘implica, nada mais, nada menos, do que atribuir, ao Juiz criminal de 1º grau, que nem eleitoral é, o poder de decretar inelegibilidades.

Pior: de fazê-lo em caráter irrevogável, quando se sabe que a sentença de que se recorre em tempo hábil é apenas um projeto de decisão judicial a que a lei, por forma expressa, ao atribuir efeito suspensivo ao recurso, negou executoriedade’ (fs. 5/6 do agravo).

Considero que, com isso, em realidade, se vulnerou o § 15 do artigo 153 da C.F., recusando a ampla defesa a que têm direito os acusados, e, mais, desconsiderando recurso que lhe é inerente, e conferindo efeitos agravadores que não tem, tomando, como definitiva, sentença reformável, e tanto, que o foi. (...).”

(RE 99.069/BA, Rel. Min. OSCAR CORRÊA – grifei)

Torna-se relevante observar, neste ponto, a partir da douta lição exposta por ANTÔNIO MAGALHÃES GOMES FILHO (“Presunção de Inocência e Prisão Cautelar”, p. 12/17, 1991, Saraiva), que esse conflito ideológico entre o valor do princípio democrático, que consagra o

ADC 44 / DF

primado da liberdade, e o desvalor do postulado autocrático, **que privilegia a onipotência do Estado, revelou-se muito nítido na Itália, a partir do século XIX, quando se formaram, em momentos sucessivos, três escolas de pensamento em matéria penal: a Escola Clássica, cujos maiores expoentes foram FRANCESCO CARRARA e GIOVANNI CARMIGNANI, que sustentavam, inspirados nas concepções iluministas, o dogma da presunção de inocência, a que se seguiram, no entanto, os adeptos da Escola Positiva, como ENRICO FERRI e RAFFAELE GAROFALO, que preconizavam a ideia de ser mais razoável presumir a culpabilidade das pessoas, e, finalmente, a refletir o “espírito do tempo” (“Zeitgeist”) que tão perversamente buscou justificar visões e práticas totalitárias de poder, a Escola Técnico-Jurídica, que teve em EMANUELE CARNEVALE e em VINCENZO MANZINI os seus corifeus, responsáveis, entre outros aspectos, pela formulação da base doutrinária que deu suporte a uma noção prevalecente ao longo do regime totalitário fascista – a noção **segundo a qual não tem sentido nem é razoável** presumir-se a inocência do réu!!!**

O exame da obra de VINCENZO MANZINI (“Tratado de Derecho Procesal Penal”, tomo I/253-257, item n. 40, tradução de Santiago Sentís Melendo e Mariano Ayerra Redín, 1951, Ediciones Juridicas Europa-América, Buenos Aires) **reflete, com exatidão, essa posição nitidamente autocrática, que repudia “A chamada tutela da inocência” e que vê na “pretendida presunção de inocência” algo “absurdamente paradoxal e irracional” (“op. cit.”, p. 253, item n. 40).**

Mostra-se evidente, Senhor Presidente, que a Constituição brasileira **promulgada** em 1988 **e destinada** a reger uma sociedade fundada em bases genuinamente democráticas **é bem o símbolo representativo da antítese ao absolutismo do Estado e à força opressiva do poder, considerado** o contexto histórico **que justificou, em nosso processo político, a ruptura com paradigmas autocráticos do passado e o banimento, por isso mesmo, no plano das liberdades públicas, de qualquer ensaio autoritário de uma inaceitável hermenêutica de submissão, somente justificável numa perspectiva “ex parte principis”, cujo efeito mais**

ADC 44 / DF

*conspícuo, em face daqueles que presumem a culpabilidade do réu, **será a virtual** (e gravíssima) **esterilização** de uma das mais expressivas conquistas históricas da cidadania: **o direito** do indivíduo *de **jamais ser tratado***, pelo Poder Público, *como se culpado fosse, enquanto não transitada em julgado* sentença penal condenatória contra ele proferida.*

Disso resulta, segundo entendo, que a consagração constitucional da presunção de inocência como direito fundamental de qualquer pessoa – independentemente da gravidade, natureza ou hediondez do delito que lhe haja sido imputado – há de viabilizar, sob a perspectiva da liberdade, uma hermenêutica essencialmente emancipatória dos direitos básicos da pessoa humana, cuja prerrogativa de ser sempre considerada inocente, para todos e quaisquer efeitos, deve prevalecer, até o superveniente trânsito em julgado da condenação criminal, como uma cláusula de insuperável bloqueio à imposição prematura de quaisquer medidas que afetem ou restrinjam a esfera jurídica das pessoas em geral.

É por isso, Senhor Presidente, que ninguém, absolutamente ninguém, pode ser tratado como se culpado fosse antes que sobrevenha contra ele condenação penal transitada em julgado, tal como tem advertido o magistério jurisprudencial desta Suprema Corte:

“O POSTULADO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA IMPEDE QUE O ESTADO TRATE, COMO SE CULPADO FOSSE, AQUELE QUE AINDA NÃO SOFREU CONDENAÇÃO PENAL IRRECORRÍVEL

– A prerrogativa jurídica da liberdade – que possui extração constitucional (CF, art. 5º, LXI e LXV) – não pode ser ofendida por interpretações doutrinárias ou jurisprudenciais que culminem por consagrar, paradoxalmente, em detrimento de direitos e garantias fundamentais proclamados pela Constituição da República, a ideologia da lei e da ordem.

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

ADC 44 / DF

vedação constitucional (CF, art. 5º, LVII) – presumir-lhe a culpabilidade.

Ninguém pode ser tratado como culpado, qualquer que seja a natureza do ilícito penal cuja prática lhe tenha sido atribuída, sem que exista, a esse respeito, decisão judicial condenatória transitada em julgado.

O princípio constitucional da presunção de inocência, em nosso sistema jurídico, consagra, além de outras relevantes consequências, uma regra de tratamento que impede o Poder Público de agir e de se comportar, em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao réu, como se estes já houvessem sido condenados, definitivamente, por sentença do Poder Judiciário. Precedentes.”

(HC 96.095/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

A necessária observância da cláusula constitucional consagradora da presunção de inocência (que só deixa de prevalecer após o trânsito em julgado da condenação criminal) representa, de um lado, como já assinalado, fator de proteção aos direitos de quem sofre a persecução penal e traduz, de outro, requisito de legitimação da própria execução de sanções privativas de liberdade, de penas restritivas de direitos ou, até mesmo, de simples pena de multa.

Coerentemente com esse entendimento, tenho proferido decisões, no Supremo Tribunal Federal, que bem refletem a posição por mim ora exposta, como se vê, p. ex., de decisão cuja ementa a seguir reproduzo:

“– A privação cautelar da liberdade individual – qualquer que seja a modalidade autorizada pelo ordenamento positivo (prisão em flagrante, prisão temporária, prisão preventiva, prisão decorrente de decisão de pronúncia e prisão resultante de condenação penal recorrível) – não se destina a infligir punição antecipada à pessoa contra quem essa medida excepcional é decretada ou efetivada. É que a idéia de sanção é absolutamente estranha à prisão cautelar (‘carcer ad custodiam’), que não se confunde com a prisão penal (‘carcer ad poenam’). Doutrina. Precedentes.”

ADC 44 / DF

– A utilização da prisão cautelar com fins punitivos traduz deformação desse instituto de direito processual, eis que o desvio arbitrário de sua finalidade importa em manifesta ofensa às garantias constitucionais da presunção de inocência e do devido processo legal. Precedentes.

.....
– A recusa em responder ao interrogatório policial e/ou judicial e a falta de cooperação do indiciado ou do réu com as autoridades que o investigam ou que o processam traduzem comportamentos que são inteiramente legitimados pelo princípio constitucional que protege qualquer pessoa contra a auto-incriminação, especialmente aquela exposta a atos de persecução penal.

O Estado – que não tem o direito de tratar suspeitos, indiciados ou réus como se culpados fossem (RTJ 176/805-806) – também não pode constrangê-los a produzir provas contra si próprios (RTJ 141/512).

Aquele que sofre persecução penal instaurada pelo Estado tem, entre outras prerrogativas básicas, o direito (a) de permanecer em silêncio, (b) de não ser compelido a produzir elementos de incriminação contra si próprio nem constrangido a apresentar provas que lhe comprometam a defesa e (c) de se recusar a participar, ativa ou passivamente, de procedimentos probatórios que lhe possam afetar a esfera jurídica, tais como a reprodução simulada do evento delituoso e o fornecimento de padrões gráficos ou de padrões vocais, para efeito de perícia criminal. Precedentes.

– O exercício do direito contra a auto-incriminação, além de inteiramente oponível a qualquer autoridade ou agente do Estado, não legitima, por efeito de sua natureza constitucional, a adoção de medidas que afetem ou restrinjam a esfera jurídica daquele contra quem se instaurou a 'persecutio criminis'. Medida cautelar deferida."

(HC 96.219-MC/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJE de 15/10/2008)

ADC 44 / DF

6. A presunção “*juris tantum*” de inocência, por ostentar caráter meramente relativo, deixa de subsistir com o trânsito em julgado da condenação penal

A **nossa Constituição** estabelece, **de maneira muito nítida, limites que não podem ser transpostos** pelo Estado (e por seus agentes) **no desempenho** da atividade de persecução penal. **Na realidade**, é a própria Lei Fundamental **que impõe, para efeito de descaracterização da presunção de inocência, o trânsito em julgado da condenação criminal.**

Veja-se, pois, que esta Corte, no caso em exame, está a expor e a interpretar o sentido da cláusula constitucional consagrada da presunção de inocência, **tal como vem ela definida em nossa Constituição**, cujo art. 5º, inciso LVII (“**ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória**”), **estabelece, de modo inequívoco**, que a presunção de inocência **somente perderá a sua eficácia e a sua força normativa após o trânsito em julgado** da sentença penal condenatória.

É por isso que se mostra inadequado invocar-se a prática e a experiência **registradas nos Estados Unidos da América, na República Francesa ou no Reino da Espanha**, entre outros Estados democráticos, cujas Constituições, **ao contrário da nossa, não impõem a necessária observância do trânsito em julgado da condenação criminal, mesmo porque não contêm** cláusula como aquela inscrita **em nosso texto constitucional que faz cessar a presunção de inocência somente em face da definitiva irrecorribilidade** da sentença penal condenatória (CF, art. 5º, inciso LVII), **o que revela ser mais intensa, no modelo constitucional brasileiro, a proteção a esse inderrogável direito fundamental.**

Assinalo, para efeito de mero registro, que a exigência de trânsito em julgado da condenação penal **não representa singularidade do constitucionalismo brasileiro, pois também encontra correspondência, no plano do direito comparado, na Constituição da República Italiana (art. 27) e na Constituição**

ADC 44 / DF

da República Portuguesa (art. 32, n. 2), como se pode ver do conteúdo normativo dos preceitos inscritos nos textos de referidas Constituições:

Constituição Italiana (1947)

“Art. 27 – A responsabilidade penal é pessoal.

O imputado não é considerado réu até condenação definitiva.

As penas não podem comportar tratamentos contrários ao senso de humanidade e devem visar à reeducação do condenado.

Não é admitida a pena de morte.” (grifei)

Constituição Portuguesa (1976)

“Artigo 32º – Garantias de processo criminal

.....
2. Todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa.” (grifei)

É importante ter presente a lição magistral de JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, Professor de Direito e Processo Penal na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, **ao tratar da proteção** dos direitos da pessoa humana no processo penal português, **consideradas** as grandes e transformadoras inovações **introduzidas** pela Constituição daquele País, **promulgada**, *democraticamente*, em 1976, **após a queda** da ditadura salazarista (“Revista Brasileira de Direito Processual”, vol. 26/51-72, p. 57, 1981):

“As duas normas constitucionais mais importantes neste domínio são o art. 32, 1, proclamando que ‘o processo criminal assegurará todas as garantias de defesa’, e o art. 32, 2, segundo o qual ‘todo o arguido se presume inocente até o trânsito em julgado da sentença de condenação’. Daqui resulta que toda a lei ordinária que afete o ‘conteúdo essencial’ (art. 18, 2) destas garantias padeça de inconstitucionalidade material.

ADC 44 / DF

1. O conteúdo essencial do 'princípio da presunção de inocência do argüido' é praticamente incontestado na jurisprudência e na doutrina portuguesas. Reconhecem elas que, segundo este princípio, 'ninguém pode ser processado a não ser nos casos previstos pela lei e de acordo com as formas que ela prescreve; ninguém pode ser julgado sem ter sido regularmente citado e chamado ao processo; e que, enquanto o argüido não for declarado culpado por decisão com força de coisa julgada, é reputado inocente – ainda que daqui se não possa concluir pela ilegitimidade da utilização de meios coativos sobre ele, a exemplo da prisão preventiva." (grifei)

Essa mesma visão doutrinária a respeito da presunção constitucional de inocência no Direito português – cuja Lei Fundamental, nesse específico ponto, veio a ser virtualmente reproduzida pelo constituinte brasileiro no inciso LVII do art. 5º de nossa Constituição – reflete-se em julgamentos proferidos não pelo Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, mas, sim, pelo Tribunal Constitucional daquele país, órgão incumbido da guarda, defesa e interpretação da Carta Política da República Portuguesa (Acórdão nº 273/2016, Rel. Conselheiro FERNANDO VENTURA, v.g.):

"2 – O artigo 32º da Constituição, que define os mais importantes princípios materiais do processo criminal e consagra as garantias que lhe são próprias, dispõe assim no nº 2:

Todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa.

Hoje em dia, deve ter-se por restritivo o entendimento tradicional do princípio da presunção de inocência do arguido em termos de o equiparar ao princípio 'in dubio pro reo'. Com efeito, para além de uma regra válida em matéria de prova, é irrecusável que o princípio consagrado naquela norma constitucional contém

ADC 44 / DF

implicações ao nível do próprio estatuto ou da condição do arguido em termos de, seguramente, tornar ilegítima a imposição de qualquer ónus ou a restrição de direitos que, de algum modo, representem e se traduzam numa antecipação da condenação.”

(Acórdão nº 123/92, Rel. Conselheiro MONTEIRO DINIZ – grifei)

Quando esta Suprema Corte, **apoiando-se** na presunção de inocência e **adstringindo-se** à estrita textualidade da cláusula constitucional que a contempla, **afastou, em 2009, a possibilidade de execução antecipada** da condenação criminal (**HC 84.078/MG, Rel. Min. EROS GRAU, Pleno**), **nada** mais fez, em tal julgamento, **senão** dar ênfase e conferir amparo a um direito fundamental **que assiste a qualquer cidadão: o direito de ser presumido inocente** até que sobrevenha condenação penal **irrecorrível**.

Por isso mesmo, impõe-se repelir, *vigorosamente*, **os fundamentos** daqueles que, **apoiando-se** em autores como Enrico Ferri, Raffaele Garofalo, Emanuele Carnevale e Vincenzo Manzini, **vislumbram** algo “absurdamente paradoxal e irracional” na “pretendida presunção de inocência” (**a frase** é de Manzini).

O Supremo Tribunal Federal, **ao revelar fidelidade ao postulado constitucional do estado de inocência, não inviabiliza, como anteriormente enfatizado, a decretação de prisão cautelar (como a prisão temporária e a prisão preventiva)** de indiciados **ou** réus, **pois expressamente reconhece, uma vez presentes razões concretas que a justifiquem, a possibilidade de utilização, por magistrados e Tribunais, das diversas modalidades de tutela cautelar penal, em ordem a preservar e proteger os interesses da investigação criminal e do processo penal.**

É inquestionável, portanto, que **a antecipação meramente cautelar da prisão – qualquer que seja a modalidade** autorizada pelo ordenamento positivo (prisão em flagrante, prisão temporária, prisão preventiva,

ADC 44 / DF

prisão decorrente da decisão de pronúncia e prisão resultante de sentença penal condenatória recorrível) – não se revela incompatível com a presunção constitucional de inocência (RTJ 133/280 – RTJ 138/216 – RTJ 142/855 – RTJ 142/878 – RTJ 148/429 – HC 68.726/DF, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA, v.g.), mesmo porque o instituto da prisão cautelar **encontra fundamento** em texto **da própria** Constituição da República (art. 5º, LXI) e **destina-se**, em face de seu caráter de ordem instrumental, **a atuar em benefício** da atividade desenvolvida pelo Estado **no processo penal**, como já tive o ensejo de acentuar em julgamentos **nesta** Suprema Corte (RHC 146.526/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.):

*“A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal **tem reiteradamente proclamado** que o instituto da prisão preventiva, **que desempenha** nítida função de natureza cautelar em nosso sistema jurídico, não se revela incompatível com a presunção constitucional de não-culpabilidade das pessoas.”*

(HC 71.402/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO, **Pleno**)

“PRISÃO CAUTELAR – CARÁTER EXCEPCIONAL.

*– **A privação cautelar** da liberdade individual – cuja decretação resulta possível em virtude de expressa cláusula **inscrita no próprio texto** da Constituição da República (CF, art. 5º, LXI), **não conflitando**, por isso mesmo, com a presunção constitucional de inocência (CF, art. 5º, LVII) – **reveste-se** de caráter excepcional, **somente devendo ser ordenada**, por tal razão, em situações de absoluta e real necessidade.*

*A prisão processual, **para legitimar-se** em face de nosso sistema jurídico, **impõe** – além da satisfação dos pressupostos a que se refere o art. 312 do CPP (**prova** da existência material do crime e **indício** suficiente de autoria) – **que se evidenciem**, com fundamento em base empírica idônea, razões justificadoras **da imprescindibilidade** dessa **extraordinária** medida cautelar de privação da liberdade do indiciado **ou** do réu. **Doutrina. Precedentes.***

ADC 44 / DF

A PRISÃO PREVENTIVA – ENQUANTO MEDIDA DE NATUREZA CAUTELAR – NÃO PODE SER UTILIZADA COMO INSTRUMENTO DE PUNIÇÃO ANTECIPADA DO INDICIADO OU DO RÉU.

*– A prisão cautelar **não pode** – **nem deve** – ser utilizada, pelo Poder Público, como instrumento **de punição antecipada** daquele a quem se imputou a prática do delito, **pois**, no sistema jurídico brasileiro, **fundado** em bases democráticas, **prevalece** o princípio da liberdade, **incompatível com punições sem processo e inconciliável com condenações sem defesa prévia.***

*A **prisão cautelar** – que **não deve** ser confundida com a prisão penal – **não objetiva** infligir punição àquele que sofre a sua decretação, **mas destina-se, considerada a função cautelar que lhe é inerente, a atuar em benefício** da atividade estatal desenvolvida **no processo penal. Precedentes (...).***

(HC 95.290/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

A jurisprudência que o Supremo Tribunal **vem construindo** em tema de direitos e garantias individuais **confere expressão concreta**, em sua formulação, **a uma verdadeira agenda das liberdades, cuja implementação** é legitimada pelo dever institucional, **que compete à Corte Suprema, de fazer prevalecer o primado da própria Constituição da República.**

O que se mostra relevante, bem por isso, Senhor Presidente, tal como já decidiu esta Suprema Corte a **propósito do efeito irradiante** da presunção de inocência, **que se projeta, até mesmo, em domínio extrapenal** (ADPF 144/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO – AI 741.101-AgR/DF, Rel. Min. EROS GRAU – ARE 915.004-AgR/RJ, Rel. Min. DIAS TOFFOLI – ARE 847.535-AgR/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO – RE 450.971-AgR/DF, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI – RE 482.006/MG, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI – RE 1.066.072-AgR/AC, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.), **é a preocupação com a preservação** da integridade de um princípio **que não pode ser transgredido** por atos estatais que veiculem, **prematuramente,**

ADC 44 / DF

medidas **gravosas** à esfera jurídica das pessoas, que são, *desde logo*, **indevidamente** tratadas, pelo Poder Público, *como se culpadas fossem*, **porque presumida**, por arbitrária antecipação fundada em juízo de mera suspeita, a **culpabilidade** de quem figura, em processo penal, **como simples réu!**

Daí a advertência de MÁRIO TORRES, autor português de trabalho sobre o aspecto ora ressaltado (“Suspensão e demissão de funcionários ou agentes como efeito de pronúncia ou condenação criminais”, “in” “Revista do Ministério Público”, vols. 25/119 e 26/161):

“A sujeição do argüido a uma medida que tenha a mesma natureza de uma pena e que se funde num juízo de probabilidade de futura condenação viola, intoleravelmente, a ‘presunção de inocência’ que lhe é constitucionalmente garantida até a sentença definitiva, pois tal antecipação de pena basear-se-á, justamente, numa ‘presunção de culpabilidade’. É porque se julga o argüido culpado – antes de a sua culpa ser firmada em sentença transitada – que se lhe aplicam antecipadamente verdadeiras penas (eventualmente a descontar na pena definitiva).” (grifei)

Vale rememorar, por oportuno, **que o Plenário** do Supremo Tribunal Federal, **em julgamento** proferido sob a égide da *Carta Política de 1967* – que **não** previa, de modo explícito, o direito fundamental à presunção de inocência, **reconhecido**, no entanto, por esta Corte, **como imanente** ao sistema constitucional (art. 150, § 35) –, **declarou a inconstitucionalidade parcial** do art. 48 do Decreto-lei nº 314/67 (a antiga *Lei de Segurança Nacional*), **no ponto** em que essa regra legal **impunha** ao réu, **como efeito automático** da prisão em flagrante delito **ou** do mero recebimento da denúncia, a *“suspensão do exercício da profissão, emprego em entidade privada (...), até a sentença absolutória”* (**HC 45.232/GB**, Rel. Min. THEMÍSTOCLES CAVALCANTI, **RTJ 44/322 – grifei**).

ADC 44 / DF

Há, portanto, *segundo penso*, **considerado** o que dispõe o ordenamento positivo brasileiro, **um momento**, *claramente definido no texto constitucional*, **a partir do qual se descaracteriza a presunção de inocência, vale dizer**, aquele instante **em que sobrevém o trânsito em julgado da condenação criminal**. **Antes** desse momento, *cabe advertir*, o Estado **não pode** tratar os indiciados **ou** os réus *como se culpados já fossem*. **A presunção de inocência impõe**, *desse modo*, ao Poder Público **um dever de tratamento que não pode ser desrespeitado** por seus agentes e autoridades.

Acho importante referir, de outro lado, *por necessário*, que a presunção de inocência *não se esvazia progressivamente*, **à medida** em que se sucedem os graus de jurisdição. **Isso significa**, *portanto*, que, **mesmo confirmada** a condenação penal por um Tribunal **de segunda** instância, **ainda assim subsistirá**, *em favor do sentenciado*, **esse direito fundamental, que só deixará de prevalecer – repita-se – com o trânsito** em julgado da sentença penal condenatória, **como claramente estabelece**, *em texto inequívoco*, a Constituição da República.

Enfatizo, ainda, que o “*status poenalis*” **não pode** sofrer – **antes de sobrevir** o trânsito em julgado de condenação judicial – **restrições lesivas** à esfera jurídica das pessoas em geral **e** dos cidadãos em particular. **Essa opção do legislador constituinte** (*pelo reconhecimento do estado de inocência*) **claramente fortaleceu** o primado de um direito básico, *comum a todas as pessoas*, **de que ninguém – absolutamente ninguém – pode ser presumido culpado** em suas relações com o Estado, **exceto se já existente sentença penal condenatória transitada em julgado**.

Não é por outro motivo que o Supremo Tribunal Federal **tem repellido**, *por incompatíveis com esse direito fundamental*, **restrições** de ordem jurídica **somente justificáveis** em face **da irrecurribilidade** de decisões judiciais.

ADC 44 / DF

Indiscutível, desse modo, *segundo penso*, **que o pressuposto legitimador** das sanções de direito penal, **notadamente a efetivação executória** da pena privativa de liberdade, **é a existência da coisa julgada penal**, a significar que o ordenamento constitucional brasileiro (no ponto complementado pela legislação ordinária) – **embora admitindo a utilização, pelo Estado, dos instrumentos de tutela cautelar penal** (como, *p. ex.*, a prisão temporária, a prisão preventiva e a prisão resultante de condenação criminal meramente recorrível), **independentemente** de decisão condenatória **ou, até mesmo**, do respectivo trânsito em julgado – **não permite a antecipação executória** da sanção penal, **valendo lembrar, por oportuno, o magistério** de CLAUS ROXIN a propósito da legislação alemã (“Derecho Procesal Penal”, p. 435, 2000, Buenos Aires, Editores del Puerto), **em lição segundo a qual, “en contraposición con el proceso civil, en lo proceso penal no hay una ejecución ‘provisional’, esto es, no es posible la ejecución sin cosa juzgada”** (grifei).

Incensurável, a esse respeito, **o preciso e autorizado magistério** de JOSÉ AFONSO DA SILVA (“Comentário Contextual à Constituição”, p. 158, item n. 9, 9ª ed., 2014, Malheiros), **ao discorrer, com absoluta clareza, sobre o direito fundamental de qualquer pessoa à presunção de inocência, considerado** o que estritamente prescreve o texto da Lei Fundamental da República:

*“Na verdade, o texto brasileiro **não significa outra coisa senão que fica assegurada** a todos a presunção de inocência **até o trânsito em julgado** de sentença penal condenatória. **O trânsito em julgado se dá quando a decisão não comporta mais recurso ordinário, especial ou extraordinário**. Essa garantia de inocência é que fundamenta a prescrição do inciso LXXV, segundo a qual ‘o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença’.”* (grifei)

ADC 44 / DF

7. A importância político-constitucional da coisa julgada em sentido material, notadamente em sede processual penal: “res judicata pro veritate habetur”

Mostra-se relevante destacar, neste ponto, o alto significado que assume, em nosso sistema normativo, a coisa julgada, pois, ao propiciar a estabilidade das relações sociais e a superação dos conflitos, culmina por consagrar a segurança jurídica, que traduz, na concreção de seu alcance, valor de transcendente importância política, jurídica e social, a representar um dos fundamentos estruturantes do próprio Estado Democrático de Direito.

Daí a correta observação de NELSON NERY JUNIOR e de ROSA MARIA DE ANDRADE NERY (“Código de Processo Civil Comentado”, p. 680, item n. 1, p. 685, item n. 23, e p. 687, itens ns. 27 e 29, 10ª ed., 2007, RT):

“A segurança jurídica, trazida pela coisa julgada material, é manifestação do Estado Democrático de Direito (CF 1º ‘caput’). Entre o ‘justo absoluto’, utópico, e o ‘justo possível’, realizável, o sistema constitucional brasileiro, a exemplo do que ocorre na maioria dos sistemas democráticos ocidentais, optou pelo segundo (‘justo possível’), que também se consubstancia na segurança jurídica da coisa julgada material. Descumprir-se a coisa julgada é negar o próprio Estado Democrático de Direito, fundamento da República brasileira.

.....
A doutrina mundial reconhece o instituto da coisa julgada material como ‘elemento de existência’ do Estado Democrático de Direito (...). A ‘supremacia da Constituição’ está na própria coisa julgada, enquanto manifestação do Estado Democrático de Direito, fundamento da República (CF 1º ‘caput’), não sendo princípio que possa opor-se à coisa julgada como se esta estivesse abaixo de qualquer outro instituto constitucional. Quando se fala

ADC 44 / DF

na intangibilidade da coisa julgada, não se deve dar ao instituto tratamento jurídico inferior, de mera figura do processo civil, regulada por lei ordinária, mas, ao contrário, impõe-se o reconhecimento da coisa julgada com a magnitude constitucional que lhe é própria, ou seja, de elemento formador do Estado Democrático de Direito (...).

.....
'Desconsiderar' a coisa julgada é ofender a Carta Magna, deixando de dar aplicação ao princípio fundamental do Estado Democrático de Direito (CF 1º 'caput').

.....
Consoante o direito constitucional de ação (CF 5º XXXV), busca-se pelo processo a tutela jurisdicional adequada e justa. A sentença 'justa' é o ideal – 'utópico' – maior do processo. Outro valor não menos importante para essa busca é a 'segurança' das relações sociais e jurídicas. Havendo choque entre esses dois valores (justiça da sentença e segurança das relações sociais e jurídicas), o sistema constitucional brasileiro resolve o choque, optando pelo valor segurança (coisa julgada)." (grifei)

Não se ignora que a sentença, enquanto sujeita a recurso, de natureza ordinária ou de caráter extraordinário, qualifica-se como um ato estatal essencialmente instável e provisório, caracteristicamente reformável e naturalmente dependente, no desenvolvimento de seu integral conteúdo eficacial, do trânsito em julgado, pois é deste fato processual que resulta a especial qualidade que torna imutável e indiscutível o comando emergente da parte dispositiva do ato sentencial.

É por isso que JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA ("Comentários ao Código de Processo Civil", vol. V/234, item n. 136, 14ª ed., 2008, Forense), ao analisar a condição jurídica da sentença sujeita a recurso, destituída, portanto, da autoridade da coisa julgada, põe em destaque o caráter instável do título sentencial:

"(...) O grau de instabilidade, aqui, é obviamente muito maior: pode ser que o pronunciamento venha a prevalecer em

ADC 44 / DF

caráter definitivo, se decorrer 'in albis' o prazo recursal, ou por qualquer outra razão o recurso se revelar inadmissível; mas, 'a priori', há pelo menos igual possibilidade de que a superveniência de outro pronunciamento, em grau superior, retire ao primeiro toda a aptidão para cristalizar-se em 'res iudicata'." (grifei)

Não se pode desconhecer, portanto, quanto à sentença ainda recorrível, que se registra, quanto a ela, a possibilidade – que não é simplesmente teórica – de vir a ser reformada pelos Tribunais de segundo grau, inclusive por Cortes judiciárias superiores, como o próprio Tribunal Superior Eleitoral, ou o Superior Tribunal de Justiça (quando não se tratar de processos de natureza eleitoral), ou, ainda, o Supremo Tribunal Federal, atuando em sua condição de instância de superposição.

Essa exigência de irrecorribilidade atende à própria racionalidade do sistema de direito positivo, considerados os fundamentos que justificam a coisa julgada como um dos valores estruturantes do Estado Democrático de Direito.

Essencial proteger a integridade desse direito fundamental (o direito de ser presumido inocente até o trânsito em julgado da condenação judicial) e destacar-lhe as origens históricas, relembrando – não obstante a sua consagração, no século XVIII, como um dos grandes postulados iluministas – que essa prerrogativa não era desconhecida pelo direito romano, como resultava de certas presunções então formuladas (“*innocens praesumitur cuius nocentia non probatur*”, p. ex.), valendo mencionar o contido no Digesto, que estabelecia, em benefício de quem era processado, verdadeiro “favor rei”, que enfatizava, ainda de modo incipiente, essa ideia-força que viria a assumir grande relevo com a queda do “Ancien Régime”.

ADC 44 / DF

8. O ordenamento positivo infraconstitucional (Código Penal, Lei de Execução Penal e Código de Processo Penal Militar) exige o trânsito em julgado como pressuposto legitimador da condenação criminal, mesmo que se trate de simples pena de multa: “*Legum servi sumus, ut liberi esse possimus*” (Cícero)

De qualquer modo, mesmo que não se considerasse o fundamento constitucional subjacente à presunção de inocência, o que se alega por mera concessão dialética, ainda assim se mostraria inconciliável com o nosso ordenamento positivo a preconizada execução antecipada da condenação criminal, não obstante sujeita esta a impugnação na via recursal excepcional (RE e/ou REsp), pelo fato de a Lei de Execução Penal impor, como inafastável pressuposto de legitimação da execução de sentença condenatória, o seu necessário trânsito em julgado.

Daí a regra inscrita no art. 105 de referido diploma legislativo, que condiciona a execução da pena privativa de liberdade à existência de trânsito em julgado do título judicial condenatório:

“Art. 105. Transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução.” (grifei)

Idêntica exigência é também formulada pelo art. 147 da LEP no que concerne à execução de penas restritivas de direitos:

“Art. 147. Transitada em julgado a sentença que aplicou a pena restritiva de direitos, o Juiz da execução, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, promoverá a execução, podendo, para tanto, requisitar, quando necessário, a colaboração de entidades públicas ou solicitá-la a particulares.” (grifei)

ADC 44 / DF

É de assinalar-se, ainda, Senhor Presidente, que, em nosso sistema jurídico, nem mesmo uma simples pena de multa imposta em processo criminal pode ser executada sem que, antes, transite em julgado a sentença condenatória que a impôs, como deixa claro o art. 50 do Código Penal:

“Art. 50 – A multa deve ser paga dentro de 10 (dez) dias depois de transitada em julgado a sentença. (...)” (grifei)

Cabe relembrar, neste ponto, que também o Código de Processo Penal Militar, ao tratar da execução da sentença penal condenatória, expressamente determina que “Somente depois de passada em julgado será exequível a sentença” (art. 592), prescrevendo, ainda, que, tratando-se da execução de pena privativa da liberdade ou cuidando-se da execução das penas principais não privativas da liberdade e das penas acessórias, o trânsito em julgado do ato sentencial que as impuser qualificar-se-á como pressuposto necessário e legitimador do cumprimento do título penal condenatório:

“Carta de guia

Art. 594. Transitando em julgado a sentença que impuser pena privativa da liberdade, se o réu já estiver prêso ou vier a ser prêso, o auditor ordenará a expedição da carta de guia, para o cumprimento da pena.

.....
Das penas principais não privativas da liberdade e das acessórias

Comunicação

Art. 604. O auditor dará à autoridade administrativa competente conhecimento da sentença transitada em julgado, que impuser a pena de reforma ou suspensão do exercício do pôsto, graduação, cargo ou função, ou de que resultar a perda de pôsto, patente ou função, ou a exclusão das fôrças armadas.” (grifei)

ADC 44 / DF

Vê-se, portanto, qualquer que seja o fundamento jurídico invocado (de caráter legal ou de índole constitucional), que nenhuma execução de condenação criminal em nosso País, mesmo que se trate de simples pena de multa, pode ser implementada sem a existência do indispensável título judicial definitivo, resultante, como sabemos, do necessário trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

9. Inconstitucionalidade da execução antecipada (ou provisória) de condenação penal ainda recorrível imposta pelo Tribunal do Júri

Impõe-se assinalar, finalmente, que a questão submetida a julgamento, nestas ações de controle abstrato, limita-se à análise em torno da possibilidade de efetivar-se a execução antecipada de acórdão condenatório proferido em segunda instância, não havendo qualquer pronunciamento decisório desta Corte, revestido de efeito geral e de eficácia vinculante, que reconheça a legitimidade da imediata execução de sentença condenatória recorrível emanada do Tribunal do Júri.

Não obstante tal circunstância, tenho para mim que não cabe invocar a soberania do veredicto do Conselho de Sentença para justificar a possibilidade de execução antecipada (ou provisória) de condenação penal recorrível emanada do Tribunal do Júri, eis que o sentido da cláusula constitucional inerente ao pronunciamento soberano dos jurados (CF, art. 5º, XXXVIII, “c”) não o transforma em manifestação decisória intangível, mesmo porque admissível, em tal hipótese, a interposição do recurso de apelação, como resulta claro da regra inscrita no art. 593, III, “d”, do CPP.

É nesse sentido – cabe insistir – que se orienta a posição jurisprudencial desta Suprema Corte, de que destaco, como expressiva desse entendimento, a seguinte decisão:

“RECURSO ORDINÁRIO EM ‘HABEAS CORPUS’ – (...) – GARANTIA CONSTITUCIONAL DA SOBERANIA DO

ADC 44 / DF

VEREDICTO DO CONSELHO DE SENTENÇA – RECURSO DE APELAÇÃO (CPP, ART. 593, III, 'd') – PRIMEIRA DECISÃO DO JÚRI CONSIDERADA MANIFESTAMENTE INCOMPATÍVEL COM A PROVA DOS AUTOS – PROVIMENTO DA APELAÇÃO CRIMINAL INTERPOSTA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO – SUJEIÇÃO DO RÉU A NOVO JULGAMENTO – POSSIBILIDADE – ACÓRDÃO PLENAMENTE FUNDAMENTADO – AUSÊNCIA DE OFENSA À SOBERANIA DO VEREDICTO DO JÚRI – RECEPÇÃO, PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988, DO ART. 593, III, 'd', DO CPP – (...) – PRECEDENTES – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.”

(RHC 132.632-AgR/PR, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

Vê-se, portanto, conforme acentua HERMÍNIO ALBERTO MARQUES PORTO (“Júri”, p. 34, item n. 27, 5ª ed., 2ª tir., 1988, RT), com fundamento no magistério de JOSÉ FREDERICO MARQUES (“Elementos de Direito Processual Penal”, vol. III/62, Forense), que a soberania dos veredictos do júri “deve ser entendida como a ‘impossibilidade de os juízes togados se substituírem aos jurados na decisão da causa’, e, por isso, o Código de Processo Penal, regulando a apelação formulada em oposição à decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos (letra ‘d’ do inciso III do art. 593), estabelece que o Tribunal ‘ad quem’, dando provimento, sujeitará o réu a novo julgamento (§ 3º do art. 593) perante o Tribunal de Júri” (grifei).

O princípio da soberania dos veredictos do Júri, desse modo, impede o Tribunal “ad quem”, ao reformar decisão emanada do Conselho de Sentença (que seja manifestamente contrária à prova dos autos), de substituí-la, em sede recursal, por um pronunciamento do próprio órgão colegiado de segunda instância. A mera possibilidade jurídico-processual de o Tribunal de Justiça invalidar a manifestação decisória do Conselho de Sentença, quando esta puser-se em situação de evidente antagonismo com a prova existente nos autos, não ofende a cláusula constitucional que assegura a soberania do veredicto do Júri,

ADC 44 / DF

eis que, em tal hipótese, **a cassação** do ato decisório, **determinada** pelo órgão judiciário “ad quem”, **não importará** em resolução do litígio penal, cuja apreciação **remanescerá** na esfera do próprio Tribunal do Júri.

ADRIANO MARREY, ALBERTO SILVA FRANCO e RUI STOCO (“Teoria e Prática de Júri”, p. 41/44, 4ª ed., 1991, RT), **apreciando** essa questão **em face do texto constitucional de 1988**, **expendem** sobre ela douto e preciso magistério:

“(…) **não são os jurados ‘onipotentes’**, com o poder de tornar o quadrado redondo e de inverter os termos da prova.

Julgam eles segundo os fatos objeto do processo; mas exorbitam se decidem contra a prova. Não é para facultar-lhes a sua subversão que se destina o preceito constitucional.

Se o veredicto do Conselho de Jurados foi ‘manifestamente contrário à prova dos autos’ (o que importa em não julgar a acusação, e sim assumir atitude arbitrária perante ela), **poderá** o Tribunal de Justiça, **em grau de recurso**, **se reconhecer a incompatibilidade entre** o veredicto proferido **e a prova** que instrui os autos, **determinar** que o próprio Júri **de novo** se manifeste, **sem substituir a decisão deste**, por outra própria.

E nisto consiste a ‘soberania dos veredictos’ – na faculdade dos jurados decidirem por íntimo convencimento, acerca da existência do crime e da responsabilidade do acusado (matéria de fato), sem o dever de fundamentar suas conclusões.

.....
Em suma, o Tribunal de Justiça, **em grau de recurso**, **apenas verifica se o veredicto se coaduna com a prova.**

E, quando apura a inversão desta, pelo Conselho de Jurados, **observando ser a decisão aberrante, insustentável, evidentemente divorciada dos elementos de convicção e manifestamente contrária à prova dos autos**, **certamente que lhe cabe**, à instância superior de Justiça, **corrigir a anomalia, reformando o julgamento, a fim** de que o próprio Júri **de novo** se manifeste, **dentro** de sua competência, **fazendo-o** com o devido critério.

ADC 44 / DF

O Tribunal 'ad quem' não faz a apreciação da causa, como se sujeita ao juízo singular, nem externa julgamento próprio, não substitui a decisão recorrida, por outra, de seu entendimento, nem manifesta juízo próprio acerca da materialidade do crime, e de sua autoria." (grifei)

Impende salientar, ainda, por relevante, que esta Suprema Corte, no julgamento do **HC 68.658/SP**, Rel. Min. CELSO DE MELLO (**RTJ 139/891**), **repeliu a existência de incompatibilidade** do art. 593, III, "d", do Código de Processo Penal **com o texto** da atual Constituição:

"A soberania dos veredictos do Júri – não obstante a sua extração constitucional – ostenta valor meramente relativo, pois as manifestações decisórias emanadas do Conselho de Sentença não se revestem de intangibilidade jurídico-processual.

A competência do Tribunal do Júri, embora definida no texto da Lei Fundamental da República, não confere a esse órgão especial da Justiça comum o exercício de um poder incontestável e ilimitado. As decisões que dele emanam expõem-se, em consequência, ao controle recursal do próprio Poder Judiciário, a cujos Tribunais compete pronunciar-se sobre a regularidade dos veredictos.

A apelabilidade das decisões emanadas do Júri, nas hipóteses de conflito evidente com a prova dos autos, não ofende o postulado constitucional que assegura a soberania dos veredictos desse Tribunal Popular. Precedentes."

Essa compreensão da matéria – vale lembrar – reflete **antiga orientação jurisprudencial** desta Corte, **consolidada** desde a Constituição de 1946 e **reafirmada**, agora, **sob a égide da vigente Lei Fundamental da República** (**HC 66.954/SP**, Rel. Min. MOREIRA ALVES – **HC 67.271/SP**, Rel. Min. CARLOS MADEIRA – **HC 67.531/SC**, Rel. Min. PAULO BROSSARD – **HC 68.219/MG**, Rel. Min. OCTAVIO GALLOTTI – **HC 70.193/RS**, Rel. Min. CELSO DE MELLO – **HC 88.707/SP**, Rel. Min. ELLEN GRACIE – **HC 93.617-AgR/SP**, Rel. Min. CELSO DE MELLO – **HC 94.730/MS**, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI – **HC 100.693/ES**, Rel. Min.

ADC 44 / DF

LUIZ FUX – HC 108.996/BA, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA – HC 110.420/SP, Rel. Min. LUIZ FUX – HC 113.627/SP, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA – RHC 103.554-MC/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO – RHC 107.250/SP, Rel. Min. ROSA WEBER – RHC 113.314-AgR/SP, Rel. Min. ROSA WEBER – RHC 118.656/ES, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI – RHC 119.887/MS, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, v.g.).

A crítica a esse entendimento, **apoiada em argumentos consistentes, foi assim exposta** por ROGÉRIO SANCHES CUNHA e RONALDO BATISTA PINTO (“Código de Processo Penal e Lei de Execução Penal Comentados”, p. 1.294/1.295, 2017, JusPODIVM):

“Partiu-se, portanto, da premissa de que, face à soberania que é inerente ao Tribunal do Júri, decorrente de expresso texto constitucional nesse sentido (art. 5º, inc. XXXVIII, ‘c’, da Carta), seria admitida a imediata prisão do réu, assim que condenado pelo Tribunal popular. (...).

O alcance do princípio da soberania do Júri e a apelação – De se ver, inicialmente, que se conferiu ao princípio da soberania do Júri um alcance que aparentemente ele não ostenta. De sorte que, embora com previsão constitucional, esse princípio é relativo, sofrendo forte mitigação quando a lei permite, na dicção do art. 593, III, ‘d’, do Código de Processo Penal, que o Tribunal de Justiça mande o réu a novo Júri, acolhendo apelação e reconhecendo que a decisão dos jurados foi manifestamente contrária à prova dos autos. E nem poderia ser diferente, já que, embora se admitindo a soberania dos veredictos, há que se ter um meio de revisão das decisões evidentemente equivocadas. Não que ao Tribunal de Justiça se autorize, por meio de uma apelação, condenar ou absolver o réu. Mas poderá, sem arranhar o aludido princípio constitucional, determinar que outro julgamento seja realizado. Nesse sentido o posicionamento do STF: (...). Daí porque já foi denominado esse recurso, quando manejado contra decisões provenientes do Júri, de apelação ‘sui generis’, já que atua como verdadeiro juízo de cassação, posto que, segundo lição de José

ADC 44 / DF

Frederico Marques, 'a soberania continua a existir, mas desaparece a onipotência arbitrária' (Elementos de Direito Processual Penal, Campinas: Bookseller, 1997, vol. IV, p. 228)."
(grifei)

Registre-se, ainda, na linha da diretriz jurisprudencial **firmada** por esta Suprema Corte (**HC** 67.737/RJ – **HC** 68.658/DF – **HC** 68.727/DF, dos quais fui Relator, v.g.), **que até mesmo** a condenação penal **definitiva imposta pelo Júri é passível de desconstituição** mediante **revisão criminal** (RTJ 115/1114), **não lhe sendo oponível** – *como reiteradamente proclamado* pela jurisprudência dos Tribunais (**RT** 475/352 – **RT** 479/321 – **RT** 488/330 – **RT** 548/331) – a cláusula constitucional *da soberania do veredicto* do Conselho de Sentença (**HC** **71.878/RS**, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

Mostra-se oportuno destacar, no ponto, que esse pensamento jurisprudencial tem o beneplácito de autorizadíssimo magistério doutrinário (FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO, “**Processo Penal**”, vol. 4/453-455, item n. 10, 11ª ed., 1989, Saraiva; JOSÉ FREDERICO MARQUES, “**A Instituição do Júri**”, vol. I/54-55, item n. 3, 1963, Saraiva; MARCELLUS POLASTRI LIMA, “**Curso de Processo Penal**”, p. 1.115/1.116, item n. 2, 7ª ed., 2013, Lumen Juris; VICENTE GRECO FILHO, “**Manual de Processo Penal**”, p. 397, item n. 84.8, 1991, Saraiva; HERMÍNIO ALBERTO MARQUES PORTO, “**Júri**”, p. 38/40, item n. 30, 12ª ed., 2007, Saraiva; DENILSON FEITOZA, “**Direito Processual Penal – Teoria, Crítica e Práxis**”, p. 1.118, item n. 24.1.2.1, 6ª ed., 2009, Impetus; PAULO RANGEL, “**Direito Processual Penal**”, p. 1.053/1.054, item n. 2.10.2, 18ª ed., 2010, Lumen Juris; EUGÊNIO PACELLI DE OLIVEIRA, “**Curso de Processo Penal**”, p. 907, item n. 17.12.2, **b**, 13ª ed., 2010, Lumen Juris; JULIO FABBRINI MIRABETE, “**Código de Processo Penal Interpretado**”, p. 1.610, item n. 621.3, 11ª ed., 2008, Atlas, v.g.).

O Tribunal de segunda instância, **ao julgar** a ação de revisão criminal, **dispõe de competência plena para formular tanto o juízo**

ADC 44 / DF

rescindente (“*judicium rescindens*”), **que viabiliza** a desconstituição da autoridade da coisa julgada penal **mediante** invalidação da condenação criminal, *quanto o juízo rescisório* (“*judicium rescissorium*”), **que legitima** o reexame do mérito da causa **e autoriza, até mesmo**, quando for o caso, **a prolação** de provimento absolutório, **ainda que se trate** de decisão emanada do júri, **pois a soberania do veredicto** do Conselho de Sentença, **que representa** garantia fundamental do acusado, **não pode, ela própria, constituir paradoxal obstáculo à restauração** da liberdade jurídica do condenado.

Essa noção ministrada pela doutrina **só faz acentuar o valor relativo** da soberania do veredicto emanado do Conselho de Sentença, **cujos pronunciamentos não se revestem, por isso mesmo, de intangibilidade** jurídico-processual.

São essas as razões que tornam inaceitável a conclusão de que a soberania do veredicto do júri **legitimaria** a execução **antecipada ou meramente provisória** da condenação proferida, *em primeira instância*, pelo Conselho de Sentença.

10. Conclusão

Os aspectos que venho de salientar neste voto, Senhor Presidente, **levam-me a concluir, presente o que se contém** na Constituição da República e na legislação processual penal do Estado brasileiro, **que o reconhecimento da tese** da “*execução provisória*” de uma condenação criminal *ainda recorrível* (**antes, portanto**, do seu trânsito em julgado) **significa admitir-se, com toda a vênia, um equívoco totalmente** *inconstitucional e ilegal*.

Na realidade, **somente** sociedades autocráticas **que não reconhecem** direitos básicos aos seus cidadãos **repudiam e desprezam** o direito

ADC 44 / DF

fundamental *de qualquer* indivíduo **de sempre ser** considerado inocente até que ocorra o definitivo trânsito em julgado de sua condenação penal, **independentemente** do caráter (*hediondo* **ou não**) do crime pelo qual está sendo investigado ou processado.

Em suma: (1) a **presunção de inocência qualifica-se como direito público subjetivo**, de caráter fundamental, **expressamente contemplado** na Constituição da República (art. 5º, inciso LVII); (2) **o estado de inocência, que sempre se presume, cessa com a superveniência do efetivo e real trânsito em julgado** da condenação criminal, **não se admitindo**, por incompatível com a cláusula constitucional que o prevê, **a antecipação ficta** do momento formativo da coisa julgada penal; (3) a **presunção de inocência não se reveste de caráter absoluto, em razão** de constituir presunção “*juris tantum*”, de índole **meramente** relativa; (4) a **presunção de inocência não se esvazia progressivamente, à medida em que se sucedem** os graus de jurisdição, **pois só deixa de subsistir quando resultar configurado o trânsito em julgado** da sentença penal condenatória; (5) **o postulado do estado de inocência não impede** que o Poder Judiciário utilize, **quando presentes os requisitos que os legitimem, os instrumentos de tutela cautelar penal, como as diversas modalidades de prisão cautelar (entre as quais, p. ex., a prisão temporária, a prisão preventiva ou a prisão decorrente de condenação criminal recorrível) ou, então, quaisquer** outras providências de índole cautelar **diversas** da prisão (CPP, art. 319); (6) **a Assembleia Constituinte brasileira, embora lhe fosse possível adotar critério diverso (como o do duplo grau de jurisdição), optou, conscientemente, de modo soberano, com apoio em escolha política inteiramente legítima, pelo critério técnico do trânsito em julgado;** (7) **a exigência de trânsito em julgado** da condenação criminal, **que atua como limite inultrapassável à subsistência** da presunção de inocência, **não traduz singularidade do constitucionalismo brasileiro, pois foi também adotada** pelas vigentes Constituições democráticas *da República Italiana de 1947* (art. 27) e *da República Portuguesa de 1976* (art. 32, n. 2); (8) **a execução provisória (ou antecipada) da sentença penal condenatória recorrível, por fundamentar-se, artificialmente, em uma antecipação ficta** do trânsito

ADC 44 / DF

em julgado, **culmina por fazer prevalecer, de modo indevido, um prematuro** juízo de culpabilidade, **frontalmente contrário** ao que prescreve o art. 5º, inciso LVII, da Constituição; **(9) o reconhecimento** da possibilidade de execução provisória da condenação criminal recorrível, **além de inconstitucional, também transgride e ofende** a legislação ordinária, que somente admite a efetivação executória da pena **após** o trânsito em julgado da sentença que a impôs (**LEP**, arts. 105 e 147; **CPPM**, arts. 592, 594 e 604), **ainda que se trate de simples multa criminal** (**CP**, art. 50, **LEP**, art. 164); **(10) as convenções e as declarações internacionais de direitos humanos, embora reconheçam a presunção de inocência** como direito fundamental de qualquer indivíduo, não estabelecem, quanto a ela, a exigência do trânsito em julgado, o que torna aplicável, configurada situação de antinomia entre referidos atos de direito internacional público e o ordenamento interno brasileiro **e em ordem a viabilizar o diálogo harmonioso entre as fontes internacionais e aquelas de origem doméstica, o critério da norma mais favorável** (Pacto de São José da Costa Rica, Artigo 29), **pois a Constituição do Brasil, ao proclamar o estado de inocência em favor das pessoas em geral, estabeleceu o requisito adicional do trânsito em julgado, circunstância essa que torna consequentemente mais intensa a proteção jurídica dispensada àqueles que sofrem** persecução criminal; **(11) a exigência do trânsito em julgado vincula-se à importância constitucional e político-social da coisa julgada penal, que traduz** fator de certeza **e** de segurança jurídica (“*res judicata pro veritate habetur*”); **e (12) a soberania dos veredictos do júri, que se reveste de caráter meramente relativo, não autoriza nem** legitima, *por si só*, a **execução antecipada (ou provisória) de condenação ainda recorrível emanada do Conselho de Sentença.**

Concluo o meu voto, Senhor Presidente. **E, ao fazê-lo, peço vênia para julgar procedentes** os pedidos deduzidos **nestas** ações declaratórias de constitucionalidade, **reafirmando, assim, no que concerne à interpretação do art. 283 do CPP, na redação** dada pela Lei nº 12.403/2011, **a tese segundo a qual a execução provisória (ou prematura) da sentença penal condenatória, mesmo aquela emanada do Tribunal do Júri,**

ADC 44 / DF

revela-se frontalmente incompatível com o direito fundamental do réu **de ser presumido inocente até que sobrevenha o trânsito em julgado** de sua condenação criminal, tal como expressamente assegurado pela própria Constituição da República (CF, art. 5º, LVII).

É o meu voto.

07/11/2019

PLENÁRIO

**AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE 44 DISTRITO
FEDERAL**

APARTE

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Vossa Excelência me permite um aparte? Mais uma brilhante contribuição de Vossa Excelência para este debate.

Mas é interessante que centremos o debate em torno desta questão, da presunção de inocência e do trânsito em julgado, quando nós temos, nos nossos presídios hoje, alguma coisa como 830 mil presos, dos quais 41%, portanto, alguma coisa perto de 400 mil, de presos provisórios, significa dizer: aqueles que não tiveram uma única sentença.

E nós tivemos esses dias na Turma, Ministra Cármen foi relatora de um processo, em que essa pessoa estava presa há 9 anos, os casos de Júri. Portanto, há uma disfuncionalidade total, brutal em todo o sistema.

Pinçamos dois ou três casos que poderiam, às vezes, até ser resolvidos, eventualmente, com a prisão provisória em segundo grau, e, a partir daí, na verdade, esquecemos toda essa questão e depois buscamos causas que nada têm a ver com o tema.

Vejam que já se fez audiência de custódia, um grande esforço nesse sentido para minimizar as prisões provisórias. O art. 319, que decorre de um pacto republicano, do Código de Processo Penal, exatamente para aplicar medidas alternativas à prisão provisória. Há uma série de esforços. Esses esforços, sim, têm a ver com eventual redução das prisões em sentido amplo, não a questão da segunda instância.

Mas, vejam, só essa situação, que é um problema seríssimo de gestão da Justiça. Eu até brinco, Ministro Toffoli e Colega Bonifácio, que talvez uma revolução na Justiça brasileira fosse a supressão das férias de juízes e promotores, as segundas férias, o segundo mês de férias, porque, certamente nós ganharíamos aí um exército, uma mão de obra para atuar nessa seara. Eu sei que estou fazendo uma proposta herética, mas só para

ADC 44 / DF

mostrar que, de fato, nós temos esse excesso de pessoas presas sem sentença. E, aí, ficamos a discutir esse outro aspecto, que, claro, precisamos discutir, precisamos melhorar o sistema.

Mas Vossa Excelência dá uma contribuição histórica para esse debate.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: É preciso afastar, de uma vez por todas, a **incorreta afirmação de que o respeito ao princípio constitucional do estado de inocência traduz** situação geradora de impunidade, por supostamente impedir a prisão daquele a quem se atribui alegada prática criminosa.

O postulado que consagra a presunção de inocência não impede que o Poder Judiciário, formalmente provocado pelos órgãos e agentes da persecução penal, **decrete a prisão cautelar** (“*carcer ad custodiam*”), **em suas várias modalidades**, do suspeito, do investigado, do acusado, do réu **ou, até mesmo**, do condenado por sentença *ainda* recorrível, **tal como tem sido reiteradamente reconhecido pela jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal (HC 67.707/RS, Rel. Min. CELSO DE MELLO – HC 67.841/SC, Rel. Min. ALDIR PASSARINHO – HC 89.754/BA, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.).**

É que o ordenamento positivo brasileiro prevê o instituto da tutela cautelar penal, em favor do Estado e da defesa social, permitindo que os magistrados e Tribunais, **apoiados em causa provável e mediante fundamentação juridicamente idônea, decretem a prisão temporária** (antes mesmo da denúncia, **ainda na fase do inquérito policial**), **a prisão preventiva** (tanto no curso do inquérito policial quanto no âmbito do processo penal em juízo), **a prisão decorrente de decisão de pronúncia** (nas hipóteses de crimes dolosos contra a vida) **ou a prisão fundada em condenação meramente recorrível** (antes, portanto, do próprio trânsito em julgado), **sem se mencionar, finalmente, a possibilidade de prisão em flagrante.**

ADC 44 / DF

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Ministro Celso, só para eu tocar nesse ponto, não vou questionar nada aqui, cada um já tem uma posição formada do tema.

Vossa Excelência acabou de afirmar que é o acórdão condenatório marco interruptivo de prescrição?

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: É certo que o acórdão que dá provimento ao recurso do Ministério Público e, em consequência, ao reformar sentença absolutória de primeiro grau, vem a condenar o réu, pela primeira vez, reveste-se de eficácia interruptiva da prescrição penal. Não, porém, quando o acórdão do Tribunal “ad quem” meramente confirma anterior sentença penal condenatória.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Sim, porque, na prática, conta-se do primeiro grau, por isso que prescreve.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Faço, nessa matéria, uma clara e necessária distinção entre a sentença condenatória recorrível, proferida em primeiro grau, que se qualifica como causa interruptiva do lapso prescricional, e o acórdão do Tribunal de segunda instância que se limita a confirmar a condenação penal previamente imposta ao réu e que, segundo entendo, não atua como fato gerador da interrupção da prescrição penal.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - O acórdão.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Sim, o acórdão. Se o acórdão meramente confirma, entendo que ele não constitui causa interruptiva do lapso prescricional. Se, no entanto, o acórdão, respondendo a um recurso do Ministério Público, elevar a pena ou, reformando sentença absolutória, impuser condenação penal pela primeira vez, aí, então, revestir-se-á tal julgado de eficácia interruptiva da prescrição penal.

ADC 44 / DF

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Mas, Ministro, a legislação não distingue se acórdão confirmatório da sentença.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Não desconheço a posição restritiva da Primeira Turma desta Corte. Com ela, no entanto, não concordo, pois entendo que a melhor doutrina e a jurisprudência mais sólida legitimam a distinção que faço.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Sempre sustentei, antes da referência, no Código Penal, a acórdão como fator interruptivo, que a alusão a “sentença” é a decisão, gênero.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Já que estamos discutindo esse tema, tenho para mim que não constitui demasia relembrar que essa distinção tem o beneplácito de sucessivos precedentes desta Suprema Corte, notadamente aquelas decisões proferidas em sede de julgamentos colegiados (RE 1.202.790-AgR/GO – RE 1.204.469-AgR/SP – RE 1.216.805-AgR/AM – RE 1.218.475-AgR/PA, v.g., dos quais fui Relator).

Com efeito, a causa de interrupção prescricional prevista no inciso IV do art. 117 do CP refere-se a “acórdão condenatório”, a cujo sentido conceitual não se subsume o acórdão meramente confirmatório de condenação penal anteriormente proferida em primeira instância.

Esse entendimento – que tem o suporte teórico do magistério doutrinário (JULIO FABBRINI MIRABETE e RENATO N. FABBRINI, “Código Penal Interpretado”, p. 644, item n. 117.5, 7ª ed., 2011, Atlas; LUIZ REGIS PRADO, “Comentários ao Código Penal”, p. 422, item n. 2.4, 8ª ed., 2013, RT; CEZAR ROBERTO BITENCOURT, “Tratado de Direito Penal”, vol. 1, p. 916/917, 19ª ed., 2013, Saraiva; DAMÁSIO E. DE JESUS, “Código Penal Anotado”, p. 467/468, 22ª ed., 2014, Saraiva,

ADC 44 / DF

v.g.) – **reflete-se** na jurisprudência desta Suprema Corte, **cujas decisões corretamente distinguem, para efeito** de interrupção da prescrição penal (CP, art. 117, IV), **entre acórdão condenatório e acórdão meramente confirmatório** de anterior condenação penal, **em ordem a não atribuir eficácia interruptiva** do lapso prescricional à **decisão** do Tribunal **que simplesmente nega provimento** ao recurso interposto pelo réu – **ou, até mesmo**, pelo Ministério Público – **contra anterior** sentença condenatória (HC 68.321/DE, Rel. Min. MOREIRA ALVES – HC 70.504/RJ, Rel. Min. ILMAR GALVÃO – HC 70.810/RS, Rel. Min. CELSO DE MELLO – HC 71.007/SP, Rel. Min. CARLOS VELLOSO – HC 96.009/RS, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA – HC 109.966/SP, Rel. Min. DIAS TOFFOLI – ARE 759.417-ED/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.):

“(...) 4. Segundo o entendimento doutrinário e jurisprudencial da Corte, o acórdão **que confirma** condenação **ou diminui** a reprimenda imposta na sentença **não interrompe** a contagem da prescrição, **pois sua natureza é declaratória.**”
(RE 751.394/MG, Rel. Min. DIAS TOFFOLI – grifei)

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Recente iniciativa tomada pelo Ministro Toffoli mostra também que é possível fazer a partir de uma consideração de *lege ferenda*.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: **Concluo** a minha intervenção e, **uma vez mais, insisto no fato de que a exigência de trânsito em julgado da condenação criminal, que atua como limite inultrapassável** à subsistência da presunção de inocência, **não traduz singularidade** do constitucionalismo brasileiro, **pois foi também adotada pelas vigentes Constituições democráticas** da República Italiana de 1947 e da República Portuguesa de 1976.

07/11/2019

PLENÁRIO

**AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE 44 DISTRITO
FEDERAL**

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Início meu voto esclarecendo qual é o objeto que nós estamos julgando nas três ações declaratórias de constitucionalidade: a compatibilidade do art. 283 do CPP, na redação dada por lei de 4 de maio de 2011, com a Constituição Federal, art. 5º, LVII. Foram ações ajuizadas, respectivamente, pelo então Partido Ecológico Nacional, pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e pelo Partido Comunista do Brasil, com o objetivo comum de que fosse declarada a constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, com a redação conferida pela Lei nº 12.403/2011. Leio o dispositivo:

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

Destaca-se que o objeto das presentes ações é saber se esse dispositivo do CPP é compatível com a Constituição. Simples assim: ele é compatível ou não é compatível com a Constituição? Nós estamos julgando um caso de controle concentrado, em que as discussões se dão em abstrato.

Se a vontade do legislador, a vontade do Parlamento, da Câmara dos Deputados e do Senado da República foi externada, nesse dispositivo, por aquela lei que alterou, além deste, outros dispositivos do CPP, essa foi a vontade dos representantes do povo, eleitos pelo povo. Devemos analisar se tal dispositivo é compatível com o seguinte dispositivo da Constituição, art. 5º, LVII:

ADC 44 / DF

"LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória".

Então, estamos analisando, em abstrato, se aquele dispositivo do CPP é compatível com esse inciso da Constituição. É importante destacar que, nos julgados anteriores desta Corte, citados nos brilhantes votos aqui proferidos - e cumprimento a todos, a partir do Relator, a partir da divergência, dos votos concorrentes ou dos votos divergentes, pelos votos realmente excepcionais proferidos; e, agora há pouco, tivemos, entre os dois intervalos, mais uma vez, as magníficas lições de nosso Decano, o Ministro **Celso de Mello** -, o debate não era sobre a compatibilidade desse dispositivo com a Constituição em abstrato.

Por exemplo, no HC de 2009, do qual foi relator o Ministro **Eros Grau**, o HC nº 84.078, julgado em 5 de fevereiro de 2009, o objeto do debate era verificar se o encarceramento do paciente logo após o julgamento da apelação na qual se confirmou a condenação pela prática do crime do art. 121, § 2º, I, IV, combinado com o art. 14, II, do Código Penal - qual seja, homicídio qualificado - poderia ter sido determinado. Esse foi o objeto daquela análise. Nem sequer havia, na época, esse dispositivo do Código de Processo Penal, cuja redação original era outra.

Da mesma forma, no julgamento do multicitado HC nº 126.292, de São Paulo, da relatoria do saudoso Ministro **Teori Zavascki**, que foi julgado em 17 de fevereiro de 2016, o STF analisou a possibilidade de se executar provisoriamente a pena a partir da análise de um caso concreto, qual seja, um paciente que fora condenado à pena de 5 anos e 4 meses de reclusão em regime inicial fechado pela prática do crime de roubo majorado - art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal.

Cabe mencionar que, também no ARE com repercussão geral nº 964.246, da relatoria do Ministro **Teori Zavascki**, julgado em 10 de novembro de 2016, o Supremo reafirmou a tese estabelecida nesse HC nº 126.292. O caso concreto que embasou o recurso versava sobre a condenação do autor do recurso ordinário em ação penal à pena de 5 anos e 4 meses de reclusão em regime fechado e à pena pecuniária de 13 dias-multa pela prática de crime de roubo duplamente qualificado.

ADC 44 / DF

Nesses julgamentos, os votos do Ministro **Teori Zavascki** não abordaram o art. 283 do Código de Processo Penal. Eu acompanhei Sua Excelência nesses julgados. Mas, a partir do voto do Relator, jamais foi exposta essa análise.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Vossa Excelência me permite? A propósito da ementa, nesse caso, e é um caso típico que também poderia ter sido enquadrado na versão anterior da jurisprudência que se consolidou em 2009, que seria a hipótese de prisão provisória a partir de uma decisão de segundo grau, que era expressamente admitida no precedente que nós firmáramos em 2009.

Portanto, esse caso realmente surpreende porque se vale do debate sobre a execução em segundo grau, quando, na verdade, poder-se-ia simplesmente afirmar, como já se admitia e sempre se admitiu, a prisão provisória em segundo grau. Tanto é que aqui foram dados vários exemplos...

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Em razão de ordem pública.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Sim, em razão de ordem pública e da gravidade do delito.

Tanto é que aqui foram dados vários exemplos de casos que, a rigor, dizia-se: "Ah, mas essas pessoas todas vão estar livres a partir da decisão!", quando elas já estavam presas. O caso do goleiro Bruno, o caso do casal Nardoni, e todos os outros, essas pessoas responderam aos processos presas, com fundamento na prisão provisória, que sempre se admitiu. Isso nunca esteve em cheque.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Presidente, só para não deixar um debate unilateral em relação à divergência, na verdade, a divergência analisou o artigo 283.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Não, eu estou falando dos votos do Ministro **Teori Zavascki**.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Sim, mas nós enfrentamos, à luz desses dispositivos, em primeiro lugar... Na verdade, entendemos que o artigo pode ser lido naqueles casos de prisão por ordem de autoridade

ADC 44 / DF

competente e também nos casos de sentença transitada em julgado. Nós dividimos o artigo, fatiamos o artigo, mas é claro que pode ser preso em segunda instância, se for caso de prisão preventiva, evidentemente, não de provisória, nem de flagrante. Essa é a questão.

Por outro lado, quando nós aqui abordamos aquelas hipóteses dramáticas da vida penal brasileira, nós abordamos no sentido da isonomia, porque uma lei não pode valer só para uns e não valer para outros. Daí ter feito a menção a esses casos que teriam que ter um tratamento isonômico. Foi nesse sentido.

Só para não deixar unilateral esse debate, mas Vossa Excelência, como nosso Presidente, o nosso respeito e a nossa submissão à sua autoridade.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Ministro **Fux**, eu estou fazendo referência aos votos do Relator, o Ministro **Teori Zavascki**. E os votos dele, nesses dois casos, não fizeram menção a essa análise que ora foi submetida, a partir da provocação dos proponentes, os quais foram legitimados pela Constituição para proporem a ação declaratória de constitucionalidade do respectivo dispositivo do art. 283. Ou seja, não fiz menção ao voto de Vossa Excelência, o qual respeito, por ser extremamente bem-fundamentado, coerente sempre com suas posições.

Mas continuo. Os casos julgados por esta Corte foram casos analisados em controle difuso de constitucionalidade e sem uma abordagem direta dos aspectos constitucionais, pelo menos a partir do voto do Relator, como ora é colocado.

No caso concreto, não se está analisando eventual constrangimento ilegal ou suposta violação de direito em determinado fato. A análise, portanto, é abstrata, e o que está em debate é se o texto do art. 283 do CPP é compatível com a Constituição.

Volto a ler os dispositivos:

"Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória

ADC 44 / DF

transitada em julgado [texto da lei, aí se faz também referência à prisão cautelar] ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva [que são medidas da genérica prisão cautelar]”.

Nesse sentido, destaco trecho do voto da eminente Ministra **Rosa Weber** em assentada anterior, no qual esclareceu Sua Excelência que “[a] questão que se apresenta é tão somente saber se o art. 283 do CPP, na redação da Lei nº 12.403/2011, mostra-se ou não constitucional”.

E é o que vou analisar também neste momento. Esse dispositivo é compatível com a Constituição ou não?

Vamos analisar o ambiente e o contexto em que se editou a lei de 4 de maio de 2011, a Lei nº 12.403. A redação original do art. 283 era a seguinte: “A prisão poderá ser efetuada em qualquer dia e a qualquer hora, respeitadas as restrições relativas à inviolabilidade do domicílio”.

Inicialmente, anteriormente, quando foi editado o CPP, havia até a prisão administrativa, que hoje só existe no âmbito das Forças Armadas, no âmbito militar disciplinar. Por quê? Porque é excepcionado na Constituição. Adiante, lerei o dispositivo constitucional.

É bom rememorar que, nas eleições de 2006, o Relator dessas ADC, Ministro **Marco Aurélio**, era Presidente do Tribunal Superior Eleitoral, em sua segunda gestão, em um total de três gestões.

Em 2006, eu estava aqui a dizer que – o Ministro **Marco Aurélio** vai se lembrar muito bem, pois presidiu o Tribunal Superior Eleitoral e presidiu a sessão em que se discutiram decisões que vinham do TRE do Rio de Janeiro antes da Lei da Inelegibilidade – Sua Excelência já entendia que, por decisão condenatória e colegiada em ações penais, poder-se-ia decretar a inelegibilidade dos candidatos e assim fazia o Tribunal Regional Eleitoral do Rio de Janeiro, o que levou à interposição de recursos no Tribunal Superior Eleitoral.

E, no Tribunal Superior Eleitoral, deu-se a discussão exatamente sobre a possibilidade ou não, diante do texto constitucional, da presunção

ADC 44 / DF

de inocência até o trânsito em julgado, de se aplicarem as inelegibilidades da Lei Complementar nº 64/90 em decorrência de decisões condenatórias colegiadas.

Tanto nas eleições de 2006, que foram eleições gerais - Presidente da República, Vice-Presidente da República, governadores de Estado e do Distrito Federal, vice-governadores de Estado e do Distrito Federal, senadores da República, deputados federais e deputados estaduais e deputados do Distrito Federal -, quanto nas de 2008, eleições locais para prefeitos, vice-prefeitos e vereadores de todo o País, esse tema chegou ao Tribunal Superior Eleitoral.

E o Tribunal Superior Eleitoral, em **self-restraint**, por maioria, decidiu que essa alteração de entendimento não poderia ocorrer por meio de decisão judicial, pois seria necessária uma alteração normativa.

Surge, então, um movimento popular em prol da "Lei da Ficha Limpa", apelido que acabou pegando – até hoje nos referimos a ela, seja no Tribunal Eleitoral, seja aqui no próprio STF dessa forma. Quando vamos fazer palestra no exterior, falamos da *Clean Report Law*, a Lei da Ficha Limpa, cuja proposição legislativa foi capitaneada pela CNBB e por várias entidades da sociedade civil.

Após a chegada da referida proposição, o parlamento rapidamente a submeteu a votação - não tenho aqui os dados, mas, de cabeça, eu me lembro que não levou um mês entre a deliberação na Câmara dos Deputados e no Senado da República. Na Câmara dos Deputados, salvo engano, foi relator da proposição, aqui presente, o então Deputado, depois Ministro da Justiça, José Eduardo Martins Cardozo. No Senado, salvo engano, de memória, o relator foi o então Senador Demóstenes Torres.

Essa lei veio a ser sancionada, a Lei Complementar nº 135 de 2010, para exatamente alterar a Lei nº 64/90, na qual se estabeleceu que, em condenações criminais, naqueles casos previstos na lei complementar, não se necessitaria de trânsito em julgado, bastando a decisão colegiada. Esse dispositivo da lei afetou, da mesma forma, algumas inexigibilidades em razão de improbidade e outras inexigibilidades em razão de decisões de

ADC 44 / DF

tribunais de contas, seja da União, seja de estados ou municípios.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Vossa Excelência me permite? Vossa Excelência trouxe histórico valioso sobre a matéria. E há distinção, a meu ver – sei que não concorda com esse entendimento o Ministro Celso de Mello –, do efeito, do que previsto na Constituição, no campo penal e no campo eleitoral, em termos de vida irreprochável para ter-se a candidatura. E, segundo a minha óptica, bastaria até mesmo a ação em andamento – mas a Lei Complementar nº 135/2010 exige o pronunciamento em segunda instância –, para caminhar-se, considerada a opção política normativa estritamente eleitoral, no sentido da inelegibilidade.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Então, vejam: em 2010, foi sancionada a Lei Complementar nº 135, de 4 de junho de 2010, a Lei da Ficha Limpa; em fevereiro de 2009, houve o precedente do Ministro **Eros Grau**; em 2010, o Congresso Nacional editou essa norma. Esse tema chegou ao Supremo Tribunal Federal, inicialmente em recurso extraordinário do então candidato ao Governo do Distrito Federal, falecido recentemente, Joaquim Roriz, que acabou desistindo do recurso extraordinário e substituindo sua candidatura a governador pela candidatura de sua esposa. Assim, o tema, que ia ser discutido no RE de autoria de Joaquim Roriz acabou não o sendo.

Posteriormente, chegou um recurso extraordinário contra decisão do TSE na qual se aplicava imediatamente a Lei da Ficha Limpa, entendendo-se superável o art. 16 da Constituição, que diz que não pode ser alterado processo eleitoral a menos de um ano antes do processo eleitoral. O autor do recurso foi o candidato a Senador Jader Barbalho. E, aqui, salvo engano de memória, foi Relator do caso o Ministro **Cezar Peluso** – não tenho certeza. Mas o STF entendeu, por maioria, que o Tribunal Superior Eleitoral – então presidido pelo nobre eminente Ministro **Ricardo Lewandowski**, meu professor querido – não poderia aplicar a Lei Complementar nº 135 às eleições de 2010, porque ela fora editada há menos de um ano das referidas eleições – a lei era de julho de 2010 e as eleições ocorreram em outubro de 2010. Por maioria, então, ela

ADC 44 / DF

não foi aplicada às eleições de 2010.

Sobrevieram, depois, as ações de controle concentrado que recaíram sobre a competente relatoria do Ministro **Luiz Fux**. Inicialmente, discutiu-se a cautelar e, depois, definitivamente o mérito. O que a maioria firmou em relação à Lei Complementar nº 135 - Lei Complementar nº 64, com as alterações da Lei Complementar nº 135? Que a vontade do legislador era compatível com o inciso LVII do artigo pertinente da Constituição. O Plenário deliberou isso.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Mas para efeito eleitoral, não para execução provisória da pena.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Para efeito eleitoral, o STF entendeu, por maioria - houve votos vencidos -, que era compatível com a Constituição que uma condenação por órgão colegiado levasse à inelegibilidade de candidatos. Foi uma grande discussão que tivemos aqui, extremamente importante, com votos brilhantíssimos de todos, a partir do Relator, como sempre, de tal sorte que quero eu mencionar aqui a vontade do legislador.

Quando a justiça eleitoral começou a aplicar a presunção de inocência aos casos que lhe foram submetidos, sem ter a lei complementar, o que decidiu o TSE? Não, não pode a Justiça dizer que não se aplica a presunção de inocência se não há normativo dizendo isso. Nas eleições de 2006 e 2008, o TSE cassou as decisões de tribunais locais que impediam candidaturas de quem fosse condenado colegiadamente, seja por tribunais de justiça, seja por tribunais regionais federais, tribunais de contas, em matéria penal, em matéria de prestação de contas e em matéria de probidade administrativa.

Ora, quando esse tema veio ao Supremo e este julgou a cautelar e entendeu ser constitucional esse dispositivo, eu vislumbrei, na deliberação do Congresso Nacional, o seguinte: o parlamento, formado por representantes do povo, eleitos democraticamente, pretendeu estabelecer que, para a execução da sanção penal condenatória, é explicitamente necessário o trânsito em julgado.

Voltarei a ler o dispositivo da lei, pedindo mil escusas, apenas para

ADC 44 / DF

compreensão do contexto.

O Congresso Nacional aprovou o Projeto de Lei nº 4.208, o qual tramitava desde 2001, ou seja, há mais de duas legislaturas, fruto de uma comissão estabelecida para propositura de projetos de lei, ainda no Governo de Fernando Henrique Cardoso. Estamos falando de 2001. Esse projeto de lei estava lá há mais de duas legislaturas parado, sem deliberação. Quando sobrevieram a lei da ficha limpa e nossa decisão de que era possível fazer execução após decisão colegiada do ponto de vista eleitoral, o Congresso editou a lei com 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”.

Essa foi a vontade do parlamento!

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Foi aí que se lavrou a divergência, Presidente, porque houve uma leitura por partes: Ninguém poderá ser preso, senão em flagrante delito, e as outras hipóteses sem a ordem da autoridade competente; ninguém poderá ser preso, senão em decorrência de prisão preventiva provisória. Foram leituras diversas do mesmo dispositivo.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Estou contextualizando, e todos sabem que gosto de história. Não tenho um por cento de conhecimento de história que tem o nosso decano, o Ministro **Celso de Mello**, e nem dois por cento do conhecimento que Vossas Excelências têm de história. Sabemos que nosso decano, no tema, é realmente **hors concours** no mundo. Sua Excelência tem todas as constituições do mundo na cabeça. É impressionante!

Mas o que estou dizendo é que eu também gosto de história. Não é a primeira vez que faço isso - em meus votos eu sempre contextualizo a origem. Até porque não fui deputado, nem senador, mas trabalhei no

ADC 44 / DF

parlamento cinco anos cotidianamente e aprendi muito lá. É uma casa em que se trabalha muito. As pessoas às vezes dizem que em Brasília não se trabalha, mas se trabalha muito. Trabalha-se muito no parlamento, trabalha-se muito no Executivo e trabalha-se muito no Poder Judiciário. Há muito tempo que eu venho desafiando a me mostrarem uma Suprema Corte que julga tantas causas como a Suprema Corte brasileira. Entre os BRICs, não há metade das causas que nós temos aqui. Na Alemanha, país em que estive há pouco tempo, o Tribunal Constitucional é dividido em duas turmas, com competências distintas, as quais têm a denominação de senado (é a denominação que eles dão). Lá, cada turma faz 10 sessões por ano. Aqui se trabalha e se trabalha muito. E no parlamento também se trabalha e se trabalha muito.

Na terça-feira, na sede do CNJ, onde eu presidi uma sessão, recebi um grupo de quarenta e dois senadores liderados pelo Senador Lasier, do Rio Grande do Sul, e eu disse para os parlamentares que não ia adiantar a minha posição, mas eles sabiam que eu tenho continuamente votado no sentido da deferência ao parlamento. E mencionei, inclusive, o dispositivo. Se o parlamento editou esse dispositivo, eu disse a eles, eu não via problema algum em o parlamento alterá-lo. É a vontade do parlamento.

O que estamos julgando hoje é esse texto normativo. E, nesse texto normativo, o parlamento expressou que, afora os casos de prisão em flagrante ou preventiva, havia a necessidade do trânsito em julgado. Não é um desejo do juiz, não é um desejo de outrem, é um desejo dos representantes do povo brasileiro. Portanto, a vontade do parlamento, em 2011, foi exatamente travar uma eventual interpretação que também aplicasse a condenação em segunda instância na esfera criminal, diante do que acontecera com a matéria de inelegibilidades.

Então, em relação a esse texto do art. 83 - com todo respeito às posições divergentes, aos votos bem fundamentos, votos que sem dúvida nenhuma honram a tradição da casa, votos que têm prevalência até o momento, com precedentes anteriores em relação à óptica dos Colegas, a partir do Ministro **Alexandre de Moraes**, que abriu divergência -, não

ADC 44 / DF

estou analisando os fatos aos quais ele se aplica, estou analisando abstratamente sua compatibilidade com a CF. E do ponto de vista da técnica normativa, é assim que vou analisar o caso. Depois, porém, dessa análise técnica, evidentemente, como todos fizeram análises teleológicas e análises factuais, eu também sinto a necessidade de abordar essas questões.

Não entendo que a norma necessite de alguma interpretação conforme. A leitura dela cabe no texto da Constituição. Como bem destacou a Ministra **Rosa Weber**

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

E, depois, Sua Excelência concluiu exatamente com o entendimento de que o dispositivo tem conformidade com o texto da Constituição.

Vou ao número de presos no país.

Segundo dados do Banco Nacional de Mandados de Prisão, o total de pessoas privadas da liberdade - isso não significa pessoas que estão condenadas; porque há pessoas condenadas que não estão privadas da liberdade, foram condenadas em multa, foram condenadas em prestação de serviços; enfim, aqui, são números de pessoas que estão privadas da liberdade - é de 845.545. Dessas, 845 mil não têm sequer condenação na primeira instância, nenhuma condenação, Senhor Vice-Procurador-Geral da República. 354.084 sem nenhuma condenação, sem nenhum juízo de culpa sequer do juiz de primeiro grau.

Em execução provisória, encontram-se 192.954 indivíduos.

Aqui houve uma confusão, pois se entendeu que nesse grupo foram incluídas todas as pessoas que já estariam naquela situação de

ADC 44 / DF

cumprimento em razão da decisão do Supremo. Houve essa confusão.

São pessoas que estão com o prazo de sua condenação já fixado em uma sentença e a essa condição se dá o nome de execução provisória, porque já se contam os benefícios, já se verifica a possibilidade de progressão de regime enquanto o processo não transita em julgado. Não transita em julgado concretamente ou fictamente.

Em execução definitiva – aqui estão incluídos aqueles casos em que já houve o trânsito em julgado real e aqueles que constituem uma minoria, muito pequena, cuja sentença transitou em julgado ficto, em razão da possibilidade de execução com uma decisão em segunda instância – encontram-se 294.090 pessoas.

Os mandados de prisão decorrentes de decisão de segundo grau sem fundamento no art. 312 para uma prisão preventiva, considerados uma execução executiva por conta da ficção de que a decisão colegiada permite a execução definitiva da pena antecipada, somam o total de 4.895. Então, é desse universo que estamos falando. A esse respeito, como Presidente do CNJ, inclusive, publiquei uma nota. E considerem o número de pessoas que estão presas civilmente. Todos nós sabemos que nossa Constituição permite a prisão civil no caso de débito de pensão alimentícia, conforme o art. 5º, LXVII:

"LXVII - não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel".

Depois, o Superior Tribunal de Justiça e, finalmente, esse Supremo Tribunal Federal entenderam que, em razão do Tratado de São José da Costa Rica, o depositário infiel, mesmo com autorização da Carta Constitucional brasileira, não poderia ser preso, dada a estatura do texto da Convenção Americana de Direitos Humanos. Restou, portanto, a única e exclusiva possibilidade de prisão civil em razão de inadimplemento inescusável da pensão alimentícia. São 2.169 pessoas que se encontram nessa situação - obviamente, há uma variação dia a dia, mas considero levantamento recente.

Passo ao quarto item de meu voto: alegações de impunidade nos

ADC 44 / DF

tribunais superiores. Já cansei de repelir isso. Quando se fala "ah, no passado, havia impunidade", é sempre bom lembrar que, desde a Constituição de 1824 até a Emenda Constitucional nº 34/2001, passando por todas as constituições, para se processar um parlamentar, era necessária a autorização da respectiva Casa Legislativa. Seja antes de 1969, quando não havia o foro por prerrogativa de função, seja posteriormente a 1969, sempre foi exigida, até a data de 14 de dezembro de 2001, a autorização da Casa Legislativa. Entre 5 de outubro de 1988 a 14 de dezembro de 2001, quando se alterou isso, o Congresso Nacional teve somente três autorizações para processar parlamentar, ou seja, não tinha como processar ninguém. Começou, lá atrás, essa lenda de impunidade, quando, na verdade, não se podia dar o processamento.

Posteriormente, com essa alteração, permitiram-se as investigações, das quais decorreram o julgamento do Mensalão, de conhecimento público. Esta Casa conduziu o processo sem prisão preventiva, diga-se, em homenagem ao relator, sem pirotecnia, e se chegou à condenação de vários parlamentares, vários ex-parlamentares, vários empresários, inclusive uma dona de banco, por decisão deste Supremo Tribunal Federal.

Já disse e repito: todo esse marco legislativo, que permitiu as operações hoje em curso, teve subscrição de presidentes deste Supremo Tribunal Federal junto ao parlamento, seja em 2004, pelo então Presidente **Nelson Jobim**; seja em 2010, pelo Presidente **Gilmar Mendes**. Todos esses marcos normativos contaram com apoio do Supremo Tribunal Federal. Se há combate à impunidade no Brasil, é em razão da ação deste Supremo Tribunal Federal, do parlamento brasileiro, que aprovou essas normas, e de quem a sancionou. Isso é uma política de Estado. Digo e repito: não é política de heróis ou de candidatos a heróis, até porque as pessoas passam, as instituições ficam.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Presidente, uma observação.

É muito interessante essa sua observação, primeiro, por chamar a atenção para o caso do Mensalão, porque, de fato, consumiu inúmeras

ADC 44 / DF

horas.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Um semestre de sessões.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Um semestre de sessões, sem nenhuma extravagância, com o reconhecimento do trânsito em julgado, sem nenhuma prisão provisória.

A toda hora se anuncia, agora mesmo, anunciou-se que o Ministro Fachin rejeitou o pedido de prisão preventiva formulado pela Polícia Federal de fatos de 2010, de 2014, portanto, sem nenhuma contemporaneidade, mas é preciso manter o estado do espetáculo. E isso está estudado, isso faz parte da cartilha, disso nós sabemos muito bem, inclusive constrange muito das pessoas.

O STJ foi inutilizado, ele está em processo de recuperação, graças a inquérito que se abriu indevidamente contra o Presidente e um Ministro. Colocou-se medo, e nós sabemos que há pessoas que têm medo; têm medo, vamos assumir isto!

E não é nenhuma constatação, por quê? Porque usa-se, e é uma técnica: *governing through crime*. Isso se estuda hoje nos Estados Unidos. Se der poder a determinados segmentos, não vamos nos surpreender.

Um procurador que comandava todo esse processo anunciava: "Vamos constranger o Laus vazando informações contra ele, porque ele está demorando com o pedido de vista". Vejam, faz refém a Corte superior! Ou o Juiz titular da 13ª Vara, dizendo no dia anterior: "Fulano foi absolvido, vamos apressar aquele processo contra ele no outro". Vejam como funciona o segundo grau. Isso tudo graças à Lava-Jato.

Eu vivenciei, Vossa Excelência esteve, Ministro Fux, no julgamento do caso Dilma-Temer. No dia do julgamento, aparece uma denúncia contra o Ministro Napoleão, que depois desapareceu. Quer dizer, técnica de amedrontamento. Tudo isso nós passamos. E precisamos saber.

Vejam, esse Procurador aparece e diz: "Vamos eleger dez senadores a partir da Procuradoria da República". Virou partido político! Vamos assumir isso.

Vejam, no Mensalão, nada disso!

ADC 44 / DF

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

E todos os condenados foram presos, cumpriram pena. Um único tentou se evadir, indo para um país do qual ele tinha a nacionalidade, a Itália. E houve o pedido de extradição, e a Itália o extraditou para o Brasil, e o condenado cumpriu ou está cumprindo pena. Nenhum deixou de cumprir sua pena ou de a estar cumprindo, porque vários ainda estão cumprindo.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhor Presidente, mas, de qualquer maneira, quer dizer, aqui, por exemplo, nós julgamos na técnica, aqui ninguém tem medo de nada, nem de ninguém.

Agora, no caso do Mensalão, é a competência originária. É diferente nos casos em que a parte responde em primeiro grau, é condenada, vem a apelação, é condenado.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Mas é um fato. Vossa Excelência vai negar um fato? Qual é o fato, Ministro Fux? O Ministro **Joaquim Barbosa** só decretou as prisões depois do trânsito em julgado definitivo.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Sim, a competência originária era nossa aqui.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

E todos foram presos.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Competência única, diferente dos processos que chegam ao segundo grau.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Mas a decisão foi colegiada, ou isto aqui não é um colegiado? Decisão colegiada.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Só para esclarecer, Presidente, porque aqui não é possível se assentar uma verdade única. Esse debate, olha quanto tempo já durou e as posições que foram aqui exteriorizadas! Então, não existe verdade absoluta de corrente absolutamente nenhuma.

Agora, o que a corrente que defendeu a prisão em segunda instância destacou? Primeiro, que a Constituição trata da prisão especificamente. Ela diz: "*Ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem de*

ADC 44 / DF

autoridade competente."

Agora, o julgamento daqui foi levado a efeito gravitando em tom de presunção de inocência. Vossa Excelência está trazendo uma outra..., é diferente.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

O tema de que estou tratando aqui – o tópico 4 de meu voto – é o seguinte: não se pode falar que há impunidade nos tribunais superiores ou neste Supremo Tribunal Federal. É disso que estou tratando!

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Não, claro que não.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Então, Vossa Excelência concorda comigo.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Eu concordo, é evidente. Eu, por exemplo, participei do julgamento do Mensalão e condenei todo mundo. Como é que eu vou concordar que os tribunais superiores deixem passar as impunidades sem repressão?

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

É porque é necessário combater essa visão de impunidade.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Presidente, só para encerrar o meu aparte, e eu agradeço a Vossa Excelência, para dizer, então, que aqui há gostosamente uma manipulação de informação. Eu até já brinquei que, considerando os aspectos jurídicos que envolvem toda essa questão, nesses dias em um programa de TV, eu disse isto: essa gente é muito melhor de *marketing* do que de Direito. E se nós lermos, quer dizer, nós precisamos de contar com a aliança da mídia. E aí nós sabemos hoje tudo o que aconteceu com os vazamentos de informação sistêmicos.

O Ministro Teori falou para Vossa Excelência e para mim, no encontro que nós tivemos, o último que tivemos, privando-se da privacidade, da intimidade, em Washington, que ele se cansava de ver as informações que eram sigilosas vazadas no Jornal Nacional.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Antes de chegar a ele, ele dizia.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Antes de chegar a ele. E se inventou também um acordo - e por isso o problema dos acordos,

ADC 44 / DF

das delações - em que o sujeito... Veja, a lei veda claramente, a lei veda claramente que se revele o conteúdo dos acordos antes da abertura de processo. Não obstante, o sujeito renunciava ao acordo, renunciava a esse benefício, mas ele renunciava a algo que ele não poderia renunciar, porque o acordo diz respeito a terceiros, mas ele renunciava.

Veja, toda uma estrutura de *marketing* que se montou aqui. Isso é vergonhoso, e a única desculpa que hoje nós podemos dizer é que isso foi conduzido por um sujeito alcoólatra, temos que dizer que era um inimputável, porque, fora daí, não se justifica, veja, uma grande manipulação. E, veja, quem fala isso não tem compromisso com a impunidade.

Nós votamos aqui - e essa era a causa inicial do meu aparte - a questão do poder de investigação do Ministério Público.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Vossa Excelência é o Relator.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Eu sou o Relator.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Que deu poderes ao Ministério Público para investigar.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Inicialmente, isso tinha sido derrotado aqui, louvando-me em um voto do Ministro Pertence, e veja o festival de abusos em que isso se transformou hoje, com os PICs. A Doutora Raquel, que já não está mais na presidência dos inquéritos e tudo mais, disse que era a herança do Doutor Janot, 800 PICs no gabinete do Procurador-Geral da República e não se observa a judicialização! Isso é uma bagunça! Veja, poderes que nós demos, dissemos que se aplicariam as regras do CPP, mas isso ficou em aberto; e o resultado é esse festival, portanto, investigações que correm na gaveta. Veja que isso tem consequências.

Anteontem nós dávamos prosseguimento a um julgamento... Infelizmente, os fatos vão se amontoando com abuso. Aqui há outra discussão que Vossa Excelência suscitou. A questão da quebra de sigilo ou da Receita *vis-à-vis* às entidades bancárias, que agora está provocando esse debate, inclusive na OCDE.

ADC 44 / DF**O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):**

Eu tive agora uma informação, Ministro **Gilmar Mendes** – esse é o tema que depois, obviamente, está pautado para o dia 21 de novembro, mas estou em diálogo, todos conhecem meu estilo de diálogo com todos os segmentos.

Em meu diálogo com o Banco Central e em meu diálogo com a Receita Federal, descobri – estava presente o Procurador-Geral da Fazenda Nacional, Dr. José Levi do Amaral, que ficou estarrecido quando verificou, Ministro **Celso**, Ministro **Marco Aurélio**, Senhoras Ministras, **Cármem Lúcia** e **Rosa Weber**, Ministro **Edson Fachin**, Ministro **Alexandre de Moraes**, Ministro **Luiz Fux**, Ministro **Ricardo Lewandowski**, Ministro **Gilmar** – que a Receita pede, detalhadamente, a movimentação financeira de qualquer cidadão ao banco, e o banco a transmite.

Isso não foi o que nós decidimos na ação direta de que fui o Relator, porque ficou evidente na decisão que o compartilhamento tem que ser de valores globais. Mas isso terá sua oportunidade de ser enfrentado. Estão usurpando a competência que é do Judiciário e a supervisão do Judiciário para investigações. Disseram isso os votos vencidos de então, porque eu votei pela constitucionalidade do compartilhamento dos valores globais, tendo alertado sobre isso o nosso Vice-Decano, Ministro **Marco Aurélio**, e o Ministro **Celso de Mello**, que ficaram vencidos naquela ação direta, porque entendiam que não poderia sequer haver qualquer tipo de compartilhamento, talvez, já vislumbrando a balbúrdia ou a irresponsabilidade que daí adviria.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Nem tampouco a Receita ter acesso a contas bancárias, porque há o primado do Judiciário.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhor Presidente, no início do julgamento, nós fizemos praticamente um pacto que foi cumprido: cada um votou sem nenhuma interrupção. E Vossa Excelência, como um grande democrata, está permitindo a todo momento que haja interrupção.

Então eu queria pedir vênica para que Vossa Excelência prosseguisse
o...

ADC 44 / DF

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Estão todos à vontade para interromper.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Se não me falha a memória, o primeiro a apartear foi o Ministro Luiz Fux!

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Eu pedi vênua.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Os incomodados que se mudem.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Eu já cansei de sair daqui, no início, à meia-noite. No julgamento do caso "Arruda", eu me lembro, Ministra **Cármen Lúcia** – eu era o primeiro a votar e Vossa Excelência, na época e até hoje é minha predecessora em tudo e no aprendizado acima de tudo, professora que é e amiga –, a gente saiu daqui à meia-noite. E no Tribunal Superior Eleitoral então! Nós estamos acostumados a ir noite adentro, não temos dificuldade.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Presidente, queria fazer a penúltima interrupção. Veja, Vossa Excelência, portanto, que nesse episódio da Receita, tomamos essa decisão, mas o que a história está a nos revelar agora a partir dessas informações da "Vaza-jato"?

Veja, conversas entre um Procurador e o Superintendente da Receita em Curitiba! "Vê se você olha lá como anda aquele personagem, o Maradona, ligado ao Lula. Mas vê se você faz à sorrelfa, às escondidas, para que ninguém saiba!" Esse sujeito, Superintendente da Receita, se torna depois o Presidente do COAF, trazido pelo Doutor Moro.

Veja, gente! Qual é a diferença entre a contabilidade do PCC e isso que se passa a praticar? Quer dizer, é isto que precisa... veja! É preciso olhar isto! Esse tipo de cooperação! Que cooperação? Observando o quê? É disso que se cuida! É preciso arrumar as coisas. Algumas concessões que foram feitas em nome, inclusive, da hígidez do sistema da celeridade precisam ser revistas! É esta questão que se coloca! Quer dizer, dê resposta para esses fatos! Dê respostas para esses fatos! Esse tipo de prática! E em nome de quê? Porque que se pode.... Quando o normal seria pedir as informações à Receita, formalizar. Por que fazer pedido de informações?

ADC 44 / DF

Mas encerro, Presidente, com uma observação: anteontem, nós continuávamos um julgamento na Turma - e esses dados são preocupantes - de um caso do Paraná envolvendo o Gaeco do Paraná.

Um sujeito foi surpreendido no motel com uma menor e fez um acordo com o Ministério Público, porque ele era um auditor fiscal e tinha lá fatos corrupção, envolvendo o crime sexual e também os passados lá de crimes de corrupção. Depois, ele se desentendeu com o Ministério Público, que cancelou, pediu o cancelamento do seu benefício. E ele imputa, ao Ministério Público, ao Gaeco de lá, fraudes nas suas declarações. Faz-se uma segunda declaração, um segundo acordo, perdando todos os crimes novamente.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Contra a vítima menor, inclusive?

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Tudo, tudo perdando, porque o acordo envolvia...

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Qualquer coisa que envolve um menor é absolutamente inegociável, até porque o menor não tem capacidade.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Isto. Bom, mas isso se envolveu e desde que ele retirasse, desde que ele retirasse às imputações ao Ministério Público. E isso foi de novo ratificado! E agora se discute a liceidade já deste segundo acordo. E, aí, Presidente, vai-se levantar a questão, diz: "não, o chefe do Gaeco do Paraná também foi surpreendido numa blitz embriagado". Veja, parece que o alcoolismo é um problema do Ministério Público hoje! Quer dizer, vai-se fazer bafômetro nas provas; veja, é quase uma questão! Por isso, em boa hora, a Lei do Abuso de Autoridade; é preciso, de fato, delimitar isso e realmente examinar essas questões com a profundidade. Bendita hora em que o Ministro Marco Aurélio e Ministro Celso divergiram nessa questão, abrindo ensanchas para o debate no tema do acesso às contas, porque, veja, que isso termina desta forma. Recentemente, um fiscal do Rio de Janeiro, um auditor fiscal, que prestava serviços à Lava Jato, agora é preso por corrupção, extorquindo pessoas da Lava Jato que estavam sendo investigadas. Veja, é

ADC 44 / DF

preciso então que isto seja devidamente delimitado.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Ministro Gilmar, só queria deixar claro. Vossa Excelência, eu sei que se dirigiu a mim - "*os incomodados que se mudem*" -, eu não posso me mudar, pois eu estou aqui exercendo o meu dever de ofício. Mas o que estava me incomodando é que nós fomos da prisão em segunda instância aos crimes sexuais e a um eventual alcoolismo, enfim. Nós tratamos de tudo, menos do tema que está sendo debatido. O Ministro Marco Aurélio, em julgamento recente, perguntou do que nós estávamos tratando! Eu fiz essa interlocação...

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Quem concedeu o aparte foi o Ministro-Presidente, Ministro Luiz Fux?

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - É só sobre "*os incomodados que se mudem*" que eu quero dizer a Vossa Excelência que faz parte do nosso relacionamento irreverente; eu também sou irreverente.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Vamos continuar o julgamento.

Pois bem, eu estava no item 4 de meu voto - tem mais uns 20 ainda - vamos um pouco mais além.

No item 4, que traz exatamente o título "*Alegações de Impunidade nos Tribunais Superiores*", eu relembrei esses outros dados. Agora, no voto, explicitamente, eu trago os dados, que me foram enviados pelo Presidente João Otávio de Noronha, do Superior Tribunal de Justiça, dados de 24 de outubro de 2019. O total de recursos especiais com réu preso e não julgado na Corte é de 1.127 processos. Não é um número assustador ou que seja gerador de qualquer tipo de caos. Depois eu vou mostrar números que são caóticos, sim. Só de vítimas da Boate Kiss, chega-se a um número de quase 1.000 pessoas - mas vou chegar lá -, e não houve julgamento, nem júri até hoje! Não é questão de execução em primeira, segunda, terceira, última instância; é o descaso de toda a sociedade brasileira com a epidemia de homicídios, sejam as mortes violentas, sejam as mortes por acidentes automobilísticos, sejam as mortes por omissão do serviço público. E, no caso da Boate Kiss, inclusive, os pais das vítimas estiveram comigo - trouxeram uma

ADC 44 / DF

denúncia, um dossiê em que o Ministério Público teria sido omissos e, depois, não houve nada em relação a quem de direito. Mas vou chegar à Boate Kiss daqui a pouco.

O que importa? Dados do Superior Tribunal de Justiça em relação a esse tópico: 1.127 processos. Em relação ao Supremo Tribunal Federal, vejam que, a cada ano, nós estamos mais rápidos, estamos mais rápidos. Iniciamos esse ano com 38.000 processos, no geral; hoje, temos 31.000 processos. Talvez nós consigamos fechar o ano na faixa de 30.000 processos, uma baixa de 25% do acervo em um ano. Trabalho de todos, trabalhos de todas as Senhoras Ministras e Senhores Ministros e também dos que exercem funções essenciais à justiça - Ministério Público, advocacia e defensoria.

Levando em conta os últimos 10 anos, o tempo de tramitação dos recursos em matéria criminal é de 8 meses, entre a entrada e a baixa. É óbvio, há feitos com maior prazo, porque os de repercussão geral, às vezes, levam um tempo maior de maturação da análise, em razão de haver uma repercussão geral para todo um sistema.

Em matéria penal, 82% dos recursos que transitaram em julgado no Supremo Tribunal Federal (STF), nos últimos 10 anos, levaram em média 3 meses para terem seu andamento finalizado na Corte. Ao analisar 100% dos processos, verifica-se que o tempo de tramitação é de aproximadamente 8 meses (ver tabela).

Repito novamente a todos: 82% de todos os recursos - e estou falando de uma média de 10 anos - levaram três meses, desde a entrada até o trânsito em julgado e a baixa.

No julgamento desses recursos, os Ministros do STF proferiram 2,76% e negaram provimento em 97,24% dos casos, confirmando as decisões das instâncias de origem.

De 2010 até 2019, o número de recursos criminais providos subiu de 2.036 para 3.708, representando, no ano de 2019, uma taxa de provimento de 4,78%. Essa variação, conforme análise da Secretaria de Gestão e Estratégica, representa um acréscimo no volume de recursos providos de 388%. Registro que 85% dos recursos providos no Supremo Tribunal

ADC 44 / DF

Federal são em favor do Ministério Público. Como se falar em impunidade? Daí ter feito a proposição - em nome próprio e não em nome da Corte, deixei isso bem claro quando encaminhei ofício ao Presidente do Senado da República Davi Alcolumbre e ao Presidente da Câmara dos Deputados Rodrigo Maia - de que é importante aprovar uma norma em que se suspenda a prescrição a partir do recurso especial e do recurso extraordinário. Por quê? Exatamente por darmos, aqui, provimento a recursos da acusação, e a maioria deles são da acusação. Oitenta e cinco por cento, Ministro **Fux**, são recursos providos para a acusação.

O Supremo Tribunal Federal já decidiu - e já foi citado em sessões anteriores desse julgamento - o RE nº 839.163-QO. Eu recebi o recurso extraordinário em meu gabinete quando faltavam três horas para a prescrição. Lembro-me de que preparei a decisão e, em razão do excesso de recursos que entendi protelatórios, estabeleci o trânsito em julgado. Inclusive chamei uma testemunha, Ministro **Celso**, para verificar que eu estava despachando, embora o sistema fosse eletrônico, antes da meia noite, porque haveria a prescrição. Por volta de 23 horas, faltando uma hora para a prescrição, dei o despacho. E, depois, isso foi referendado pelo Plenário deste Supremo Tribunal Federal. Eu não vou aqui fazer a leitura da transcrição desses debates, mas digo que, quando se fala em excesso de recursos, existem mecanismos que podem ser aplicados, conforme esta Corte já demonstrou.

Digno de nota, ainda, o entendimento majoritário desta Corte, nas duas Turmas, de que os recursos especial e extraordinário que não foram admitidos na origem e também não foram admitidos no Supremo ou no STJ não impedem o trânsito em julgado ficto para fins de suspensão da prescrição. Cito aqui várias decisões nesse sentido. Mais recentemente, de 6 de fevereiro de 2018, o HC 149.188, quando o processo ainda estava na Segunda Turma:

"A jurisprudência contemporânea do Supremo Tribunal Federal tem acolhido a tese de que recursos especial e extraordinário indeferidos na origem, porque inadmissíveis, em

ADC 44 / DF

decisões mantidas pelo STF e pelo STJ, não têm o condão de empecer a formação da coisa julgada” (HC nº 86.125/SP, Segunda Turma, Relatora a Ministra **Ellen Gracie**, DJ de 2/9/05).

Quando a Ministra **Ellen Gracie** formou esse precedente, a jurisprudência ainda era cambiante, mas, depois, acabou por se firmar.

Em suma, em meu sentir, o sistema processual penal endossado pela jurisprudência desta Corte dispõe de mecanismos hábeis para obstar o uso abusivo ou protelatório de recursos criminais por parte da defesa. Há que se constatar, também, que, nessas hipóteses, justificadamente, em razão do abuso do direito de recorrer, opera-se tão somente a antecipação do momento do trânsito em julgado da sentença condenatória, autorizando-se o cumprimento definitivo da pena, em estrita conformidade com o art. 283 do Código de Processo Penal.

O item V aborda aquilo que entendo como uma epidemia e, aqui, sim, um caos: homicídios, uma epidemia em nosso País.

A Ministra **Cármem Lúcia**, quando esteve à frente do Conselho Nacional de Justiça, iniciou um mutirão e começou uma política de enfrentar a demora nos julgamentos de homicídios. Depois, quando eu assumi, criei um grupo de trabalho que foi coordenado pelo eminente e laborioso Ministro do Superior Tribunal de Justiça **Rogério Schietti**. Esses dados são de relatório recém-apresentado por Sua Excelência em sessão plenária do Conselho Nacional de Justiça, denominado **Diagnóstico das ações penais de competência do Tribunal do Júri**, o qual foi elaborado por esse grupo agora em 2019.

Em 2016, o Brasil registrou 62.517 casos de homicídio. Por outro lado, dados colhidos em seis unidades da Federação apontam para um índice de esclarecimento de aproximadamente 20% dos casos. Ou seja, essa amostra de seis unidades da Federação, se transposta para os 62 mil homicídios, significa que, de 62 mil homicídios, só 20 mil são identificados - 80% não chegam ao sistema. Não fiz os cálculos, mas são dezenas e dezenas de milhares. É uma impunidade do sistema de investigação. E aqui não há dúvida nenhuma de que a vítima é a periferia, a vítima é o pobre, a vítima é o trabalhador que vai para o

ADC 44 / DF

trabalho. A sociedade brasileira demorou para acordar sobre isso.

Digno de nota a criação, pelo Presidente Michel Temer, à época, de uma política pública de Segurança Pública Nacional, que não existia até então. Segurança Pública era delegada única e exclusivamente aos estados da Federação.

Os números prospectivos para 2019, segundo a Secretaria de Segurança Pública do Ministério da Justiça, que, dando continuidade à iniciativa mencionada, vem desenvolvendo um excelente trabalho, é de 45 mil homicídios. É até curioso se comemorar uma redução em relação aos 62 mil homicídios de 2016 e, aí, ter que se registrar: Olha, diminuiu para quarenta e cinco mil.

Ainda é uma catástrofe, ainda é uma tragédia. E é o pobre a vítima na amplíssima maioria dos casos. Dessa impunidade, não se ouve falar. Talvez, porque muitos não gostem de pobre.

Continuo o Relatório.

No Mês Nacional do Júri, havia, no início de novembro de 2018, um total de 186 mil processos em tramitação no âmbito das varas de júri.

É incrível, o número é impressionante. Porque isso é um estoque de 10 anos, 15 anos. Em 10 anos, são mais de 600 mil homicídios. Nenhuma guerra no mundo teve isso nos últimos 10 anos. É importante a sociedade pôr o dedo na ferida. Isso é impunidade, isso é caos. Porque esses assassinos estão à solta, não têm sequer condenação de primeira instância, não há sequer investigação em mais da metade desses casos.

No Estado do Rio de Janeiro, está a maior concentração de processos, com 35 mil casos em tramitação – dados do relatório, que continuo a ler.

O Atlas da Violência de 2018 informa que, durante o ano de 2016, ocorreram 62.517 casos de homicídios.

Já o Relatório **Justiça em Números** aponta o ingresso de 27.881 ações penais de competência do júri, em 2016, e 29.587, em 2017.

Note-se, portanto, que, guardadas as considerações a respeito do natural descompasso entre o crime e seu reflexo no Judiciário, o número de casos novos de competência tribunal do júri no período de apuração foi menor que a metade dos casos de homicídio registrados.

ADC 44 / DF

O relatório demonstra que o desfecho mais recorrente dos processos de competência do tribunal do júri foi a condenação: 47,99% dos casos decididos. Em seguida, vieram as decisões pela extinção de punibilidade: 32,4%. E, em menor proporção, as decisões absolutórias: 19,6%.

Muito embora esses números possam se justificar pela própria dinâmica bifásica do procedimento previsto em lei, um procedimento complexo, que já deveríamos ter mudado há muito tempo, não se pode deixar de cogitar a hipótese de um déficit na abrangência e na qualidade da defesa, assim como, por outro lado, um problema de eficiência, que tem colaborado para que, na maioria dos casos, 52% não cheguem à efetiva punição dos acusados. Isso falando daquilo que chega ao sistema judiciário, mas mais da metade nem sequer é apresentada ao Judiciário.

Já no que se refere a possíveis relações da natureza da decisão final com a duração dos processos, o relatório mostra que decisões condenatórias tendem a ocorrer de forma mais célere que as absolutórias - média de quatro anos e quatro meses para as decisões condenatórias e cinco anos e um mês para as absolutórias - e que há um tempo um pouco mais elevado do que o tempo médio para a tramitação de processos de conhecimento criminais no primeiro grau de jurisdição. Fora do sistema do júri, a média de tramitação de um processo condenatório é de três anos e nove meses; no júri, é de quatro anos e quatro meses. Temos que mudar esse sistema. Não há dúvida disso. E mudar esse sistema desde a prevenção, que é o que vem sendo feito. E, aí, tem havido a maior diminuição de casos, por conta de uma política nacional de segurança pública, coordenada pelos estados, identificando os locais de maior violência e dirigindo a força pública para a devida prevenção, até se chegar à execução da pena.

No momento em que o caso passa a ser investigado, o Judiciário passa a supervisioná-lo. Depois, vem a denúncia; depois, vem a pronúncia; depois, vem o tribunal do júri ou, antes disso, o recurso da pronúncia.

Eu tive oportunidade de debater com o Ministro Sérgio Moro, antes de ele encaminhar o pacote anticrime, em fevereiro deste ano, sugerindo a

ADC 44 / DF

ele acabar com a pronúncia. Ele disse na oportunidade: "Não, eu vou propor o fim do recurso da decisão de pronúncia, porque é uma análise preliminar para se verificar se é crime doloso contra a vida". E apresentou este projeto, que está em tramitação no Congresso Nacional.

Pois não, Ministro Alexandre.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Só uma observação. No projeto de alteração do Código de Processo Penal, relatoria do Deputado João Campos, há a extinção da decisão de pronúncia.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Eu sou a favor da extinção.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Até porque a existência de pronúncia demonstra, historicamente no Brasil, a desconfiança com relação ao tribunal do júri, porque precisa passar pelo Judiciário, chegar até o tribunal de justiça, não encontra paralelo em nenhum país que adota júri.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Muito obrigado, Ministro **Alexandre**. Eu também sou mais radical do que o Ministro Moro, eu também penso que tem que se extinguir a pronúncia.

Digo, então, depois da leitura do relatório de diagnóstico de processos de júri do CNJ, coordenado pelo Ministro **Rogério Schietti**: os dados são alarmantes e merecem a atenção de todas as instituições, de todos os Poderes, de toda a sociedade e de todas as instituições essenciais à Justiça. Temos que trabalhar juntos, Senhor Vice-Procurador-Geral da República, José Bonifácio. CNMP e CNJ juntos nesse projeto. Ele está dentro do observatório que criamos, no início do ano, com a então Procuradora-Geral da República, Dra. Raquel Dodge. Iniciamos isso com quatro temas: os assassinatos contra os agentes de Estado de Unai; a tragédia da Boate Kiss – a tragédia, ou a desídia, melhor dizendo, nesses casos, é fruto de ilícitos, de omissões, de corrupção também, de omissões de agentes que deveriam ter atuado; o caso de Mariana; e o episódio de Brumadinho. Depois, agregamos a questão do júri também a questão dos

ADC 44 / DF

dos homicídios como um todo.

Pois bem, continuo: com razão o Advogado-Geral da União, Ministro **André Mendonça**, em sua sustentação oral neste caso, quando ele falou muito da necessidade de valorização e proteção da vida. Temos que garantir a proteção da vida. Será que é a execução da pena, em dado momento, que está gerando esse número de processos, de homicídios? Doutor **André Mendonça**, não é, não é o momento da execução da pena que gera a violência. Ou é a omissão dos agentes públicos em identificar autores ou, antes disso, prevenir e identificar autores e levá-los, como se costuma dizer no jargão popular, às barras da Justiça? O sistema como um todo tem de ser aprimorado.

Eu digo, não obstante o foco aqui seja a constitucionalidade do art. 283 do CPP - e, como disse anteriormente, apesar do aspecto técnico que já abordei, a compatibilidade do art. 283 com o art. 5º, LVII, era necessário trazer elementos e dados -: é necessário abordar a especificidade do tribunal do júri em relação à execução de condenação. E por quê? Porque o tribunal do júri também tem estatura constitucional.

Em recente julgado, no RE nº 1.235.340, de relatoria do Ministro Luís **Roberto Barroso**, foi reconhecida, pela Corte, a repercussão geral do tema, exatamente no sentido de se discutir se a soberania dos veredictos do tribunal do júri, prevista na Constituição Federal, autoriza a imediata execução de pena imposta pelo Conselho de Sentença. Fundamental nós discutirmos isso. Vou dar alguns exemplos.

Sua Excelência teve de se ausentar justificadamente, mas dialoguei com o Ministro Luís **Roberto Barroso** e perguntei a ele se poderia, ainda em 2019, liberar esse caso para julgamento, pois eu o pautaria. E Sua Excelência me disse que liberará o mais rapidamente possível, e eu vou procurar, sim, pautar esse caso ainda em 2019. E não tenho pejo em dizer, até porque já disse isso de público e em voto a que vou fazer referência, que eu entendo que, com a devida vênia daqueles que pensam o contrário - eu sei que há Colegas com relevantes argumentos para entender de modo diferente -, sem afrontar o art. 5º, LVII, da CF ou o art. 283 do Código de Processo Penal, a estatura constitucional que estabelece a

ADC 44 / DF

soberania do júri permite, sim, a execução imediata de um condenado pelo tribunal do júri. Sobre esse tema, já tive oportunidade de votar e me manifestar no sentido do cumprimento imediato da pena após decisão do tribunal do júri. E aqui está a maior epidemia de violência e de crimes no nosso País. Já citei os números.

Por exemplo, o voto-vista proferido no HC nº 114.214, oriundo do Pará, julgado na Primeira Turma, em 5 de novembro de 2013, quando consignei que o princípio constitucional da soberania dos veredictos confere à decisão dos jurados, em tese, um caráter de intangibilidade quanto a seu mérito. Tratava-se do caso Dorothy Mae Stang, mundialmente conhecido.

Com efeito, digo: a competência do júri encontra-se no rol dos direitos e das garantias individuais da nossa Carta Constitucional, e está prevista no capítulo I, art. 5º, XXXVIII, assim disposto:

"XXXVIII - é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados:

- a) a plenitude de defesa;
- b) o sigilo das votações;
- c) a soberania dos veredictos;

- a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida."

Ou seja, o júri tem competência para decidir sobre crimes dolosos contra a vida e sua decisão é soberana.

Daí, com a devida vênia de quem entenda o contrário, para mim, é chocante verificar que, em muitos casos concretos, o parente da vítima assassinada vê e assiste, muitas vezes, no plenário do júri, a um veredicto de condenação e, ao final, o juiz diz que o condenado pode recorrer em liberdade. E aqui não é decisão em segunda instância, Ministro **Fachin**, Ministro **Alexandre de Moraes**, Ministro **Luiz Fux**, Ministra **Cármem Lúcia**! Aqui é decisão em única instância, na qual eu defendo que haja execução imediata! E já votei assim.

Conforme fiz constar em meu voto no citado HC, citei Souza Nucci,

ADC 44 / DF

citei Paulo Rangel. Não vou fazer a leitura disso, para não cansar Vossas Excelências, mas transcrevo tudo em meu voto, inclusive com força em teoria jurídica a respeito.

Vou mais adiante. Em que pesem a estatura constitucional do tribunal do júri e de seus princípios basilares, em especial a soberania dos veredictos, e a vigente posição do Supremo de que pode haver execução em segunda instância – essa execução em segunda instância só se daria depois da apelação da decisão do júri -, eu entendo que cabe, de imediato, a execução da pena. Ainda nos deparamos com notícias como a que vou ler agora. Vou transcrever a notícia sem citar o nome do condenado: “Homem que matou cinco e feriu três é condenado a 97 anos de prisão pelo tribunal do júri e, ainda assim, pode recorrer em liberdade”. Isso porque a segunda instância é o tribunal de apelação. Essa notícia saiu no Correio Braziliense há menos de 15 dias. Esse caso ocorreu em 2008, o indivíduo foi condenado, em 2019, a quase 100 anos de prisão e, ainda assim, saiu solto. E não é a prisão em segunda instância que vai levá-lo à prisão.

Nós precisamos julgar urgentemente essa repercussão geral, e adianto que vou manter meu posicionamento de que o veredicto do júri é imediato. Sei que há colegas que pensam diferentemente, com todo o respeito.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Ministro Toffoli, Vossa Excelência me permite?

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Essa é a última?

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Essa é a última. Eu falei que era a penúltima.

Vossa Excelência está observando algo, mas fez uma observação anteriormente sobre a própria estrutura relativa à investigação criminal, especialmente em matéria de homicídios e tentativa de homicídios dolosos. E aí realmente essa é a experiência que todos nós que passamos pelo CNJ temos. Eu encontrei, já falei aqui, em Alagoas, 5 mil homicídios sem inquérito aberto.

ADC 44 / DF

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Eu fiz menção a isso, os casos não chegam ao sistema do Judiciário.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Portanto, esses 20% de que Vossa Excelência fala de autores revelados revelam realmente um caos, mas, por outro lado também, quando chegamos à questão do julgamento, de fato...

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Eu vou fazer referência a isso, ao citar a Boate Kiss, em seguida.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Nós temos, na verdade, uma imensa demora. Por quê? Porque o júri é um ritual. Exige que o juiz esteja na comarca, que exista juiz na comarca, que se organize lista de jurados, que se faça, tanto é que...

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Tem o sistema da pronúncia anteriormente; depois, há possibilidade de recorrer da pronúncia!

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - E há uma questão que envolve a Justiça Criminal como um todo.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Um sistema de justiça: a polícia judicial, o Ministério Público.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Exatamente. Então, essa é uma questão realmente muito sensível, e muitas dessas questões são normas de organização e procedimento; algumas, de lei; outras, até de *praxis* administrativa, que poderiam ser resolvidas a partir do CNJ e do CNMP.

Agora, de fato, o debate, a propósito do que Vossa Excelência traz, precisa necessariamente de aprofundamento e isso precisará ser feito.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Ressalte-se que, mesmo prevalecendo a tese de possibilidade de execução da pena após a segunda instância, nós temos um condenado a 97 anos, na frente de parentes de vítima e na frente de vítimas, porque foi acidente de carro em que morreram várias pessoas e outras ficaram com sequelas de invalidez permanente, que saiu solto, com veredicto de condenação pelo tribunal do júri.

ADC 44 / DF

Como se vê, não é a prisão após condenação em segunda instância que resolve tais problemas, com a devida vênia, ou que será a panaceia a resolver problemas de unidade, evitar práticas de crimes ou atingir o cumprimento da lei penal. Relembremos aqui o Mensalão. Todos foram presos! Cumpriram pena ou ainda estão a cumprir pena.

Quanto a esse tópico, entendo, desde sempre, que, nos crimes julgados pelo tribunal do júri, em razão de sua estrutura constitucional, mormente a explícita soberania dos veredictos, a condenação deve ser imediatamente cumprida.

Faço referência, não consta em meu voto escrito, a um caso que decidimos, junto com a Dra. Raquel Dodge, colocar no Observatório Nacional, pois muito me impressionou quando li uma matéria da jornalista Thaíza Pauluze no caderno cidades do jornal Folha de São Paulo a seu respeito. A matéria é de janeiro deste ano.

Título: "Seis anos depois, o incêndio na boate Kiss acumula vítimas entre os pais - Familiares dos 242 mortos vivem em rotina de doenças, depressão e suicídio."

"Seis anos [completados em janeiro, vamos para o sétimo daqui a dois meses] após o incêndio da boate Kiss, em Santa Maria (RS), o saldo de vítimas segue crescendo para além dos 242 mortos atingidos pelo fogo na madrugada de 27 de janeiro de 2013."

O que eu vou ler agora é chocante:

"Ao menos seis pais morreram em decorrência de doenças que podem ser relacionadas à perda dos seus filhos. Familiares vivem rotina de depressão e tentativas de suicídio."

Outros já se suicidaram, conforme me informou a comissão de pais que recebi ainda neste ano.

"Ele desistiu de viver. Dizia 'não chama o Samu se eu passar mal', conta Vanessa, filha de Renato Vasconcelos, 69, que morreu em casa no dia 30 de dezembro do ano passado. O pai havia perdido Letícia, 36, recepcionista da boate, que voltou à Kiss para salvar um colega e não saiu mais.

No início, Renato era engajado na associação de pais

ADC 44 / DF

das vítimas, mas a lentidão do processo o deixou consternado. 'Vou morrer e não vou ver minha filha ser julgada', dizia. Antes, não tinha um cabelo grisalho, era gordinho. 'Agora, estava seco, definhou', diz Vanessa. O vendedor viu um coágulo se transformar em embolia pulmonar, ignorando a indicação médica de cirurgia.

Até então, Vanessa se preocupava mais com a mãe. Com depressão profunda, Erci Vasconcelos, 64, não sai de casa desde que perdeu a primogênita. 'Quem perde uma filha, o resto é o resto, a morte para mim é uma libertação' diz Erci.

Lucas, 48, que não quis ter o nome completo divulgado, nunca falou sobre a tragédia. À Folha, escreveu sobre o que viveu. Hoje, mesmo com três remédios diários, 'não durmo mais que quatro horas seguidas', diz o comerciante, que não voltou ao trabalho.

Suas duas filhas, Ritchieli, 19, e Driele, 23, estavam na Kiss e foram levadas com vida para um hospital em Porto Alegre. A mais velha morreu 40 dias após a internação. A mais nova ficou cinco meses em tratamento intensivo.

'Vi minhas filhas sofrerem muito', conta Lucas, que enterrou Driele sem a presença da irmã e da mãe, Sandra Medianeira Lucas, 50, que já estava internada em Santa Maria tratando um câncer.

'Minha filha aprendeu tudo de novo, comer, andar, falar e até respirar. Quando veio a alta médica, outra derrota.' Sandra morreu dois dias após Ritchieli deixar o hospital. 'Perdemos a mãe e companheira, que já tinha desistido de viver', diz ele sobre Sandra, que decidiu parar o tratamento após saber da morte da filha.

Só no serviço municipal Santa Maria Acolhe, 80 pessoas ainda seguem em tratamento psiquiátrico ou psicológico. Criado à época pela prefeitura com o nome Acolhe Saúde, o serviço chegou a fazer 2.107 atendimentos entre fevereiro e março de 2013.

Carina Corrêa, 40, é uma das que encontrou força na terapia. A ex-auxiliar de nutrição é mãe de Thanise, 18, uma das

ADC 44 / DF

primeiras vítimas encontradas sem vida. Desolada, Carina tentou suicídio usando remédios, mas foi parar no hospital. Depois, quis matar a outra filha, Camilly, e tirar a própria vida em seguida. Sem coragem de ferir a menina, se cortou várias vezes com a faca e foi hospitalizada de novo.

O segundo baque veio com a morte do avô de Thanise, que sofreu um ataque cardíaco menos de um ano após a tragédia. 'Ele chorava muito, de desespero, parou de falar, parou de comer', conta Carina.

Com estresse pós-traumático, depressão e síndrome do pânico, ela precisou cuidar de Camilly, que descobriu um câncer no pâncreas aos 16 anos - doença comum para os acima de 50. Curada a filha, Carina viu a mãe, Sandra, 62, adoecer com um câncer no intestino. 'Seis anos é pouco tempo. Eu vivo aquela noite toda noite', conta ela.

Carina diz conhecer cinco sobreviventes que, assim como ela, já tentaram suicídio - todos mal sucedidos. Eles se recusam a dar entrevista.

Santa Maria repete o fenômeno visto na vizinha na Argentina. O incêndio da boate República Cromañón matou 194 pessoas e feriu 1.432, em 2004."

Enfim, segue a matéria nesse sentido. Mais adiante se afirma: "os pais estão adoecendo e a impunidade só reforça. Essa é outra grande tragédia".

Está em discussão se esse caso vai a júri ou não, por conta da pronúncia, Ministro **Alexandre**; e, curiosamente, no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, houve empate na deliberação quanto à remessa do caso ao júri ou não; e aí o caso veio ao STJ, Relator o Ministro **Rogério Schietti**, que rapidamente o julgou. Agora foram opostos embargos de declaração e o processo já deve, depois, baixar para a Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. O Ministro **Rogério Schietti** e a Turma que julgou o caso deram provimento ao recurso do Ministério Público, estabelecendo a necessidade de o júri popular de Santa Maria julgar o caso. Mas, nesse tempo todo, a discussão foi sobre a competência de julgamento. É uma

ADC 44 / DF

disfunção do sistema, e não um problema de primeira instância, segunda instância, execução imediata, execução com trânsito em julgado, porque nem sequer sentença há. E essa tragédia só é lembrada em efemérides. E, ainda assim, - veja - na coluna de cotidiano. Todos estão entendendo o que quero dizer.

Sexto item de meu voto.

Para finalizar, gostaria apenas de registrar novamente que a deliberação desta Corte diz única e exclusivamente respeito à compatibilidade do art. 283 do CPP (Código de Processo Penal) com a Lei Fundamental.

A opção legislativa, expressa no referido dispositivo legal, não se confunde com a cláusula pétrea da presunção de inocência, essa sim imutável. E o próprio placar e os julgamentos existentes, embora não se apliquem explicitamente à compatibilidade do art. 283 com a Constituição, assim o demonstram.

E, mais uma vez, digo: entendo, com a devida vênia de quem diferentemente pense, que o Congresso Nacional pode dispor sobre o tema em sentido diverso, desde que de modo compatível com a presunção da inocência. Explicito, lendo o art. 5º, LVII:

"Art. 5º (...)

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória".

O art. 283 do CPP, com a redação dada pela lei de 2011, não fala em "considerado culpado", mas em "prisão". Vontade do parlamento.

Ao ler o dispositivo LVII do art. 5º, o qual menciona a culpa, verifico ser cláusula pétrea o princípio da presunção inocência. Agora, não posso entender que prisão ofenda a presunção de inocência. Vejam, por exemplo, o que diz o próprio inciso LXI do mesmo art. 5º:

"Art 5º (...)

LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei".

ADC 44 / DF

Nós temos prisão administrativa, sem nem sequer haver um processo administrativo inicial de imediato, quando há uma insubordinação dentro de um quartel. Prisão administrativa! Não passa pelo juiz, não passa pelo Judiciário. A Constituição permite. Ela aboliu a prisão administrativa de âmbito civil, que existia no passado, na qual havia a possibilidade de o delegado, a autoridade civil, fazê-lo, mas manteve a prisão administrativa em relação ao regime militar.

Por outro lado, a Constituição deixa claro, no inciso LXV:

"Art. 5º (...)

LXV - a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária".

Ou seja, pode haver ordem de prisão, mas ela poderá ser imediatamente relaxada pela autoridade judiciária; a prisão civil por inadimplência de pensão alimentícia, a que eu já fiz referência; e a prisão cautelar – os números sobre esse tipo de prisão mostram que praticamente a metade dos privados de liberdade no Brasil são presos relativamente aos quais não há sequer sentença de primeiro grau. E muitos deles são absolvidos depois, todos nós sabemos disso. Faz-se a investigação, muitas vezes sem haver denúncia e a pessoa passa um tempo encarcerada. Ou, às vezes, há denúncia, e, depois, sobrevém a absolvição.

Se nós fôssemos considerar a ideia de prisão - e aí eu estou falando por mim, evidentemente, não pelos Colegas que pensam diferente de mim -, nós não poderíamos aceitar as prisões cautelares, como a temporária e a preventiva, mas a própria Constituição as permite. Então, eu não vejo na prisão uma cláusula pétrea. Quanto à culpabilidade, na medida em que está colocada no art. 5º, LVII, da Constituição a presunção de inocência é uma cláusula pétrea.

Então, por que estou a votar pela compatibilidade do art. 283? Porque o art. 283 do CPP fala não em culpabilidade, como destacou a Ministra **Rosa Weber**, mas em prisão. Se não for naquele caso de prisão cautelar anterior, ou de flagrante, que foi mantido, que se convolou em prisão preventiva, se for única e exclusivamente com fundamento na

ADC 44 / DF

condenação, sem haver outros fundamentos dentro do normativo processual penal, o que diz a lei aprovada pelo Parlamento em 2011? Que se deve aguardar o trânsito em julgado.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Presidente, só porque há uma repercussão didática muito importante nesse voto de Vossa Excelência e porque nós vamos orientar o Judiciário.

Então, pelo que eu entendi, Vossa Excelência assenta, dentro do seu raciocínio longo, histórico, brilhante, que a presunção de inocência não inibe a prisão em qualquer instância, desde que preenchidos os requisitos da prisão cautelar, da prisão preventiva.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Penso que meu voto está bastante claro. Eu estou analisando a compatibilidade da Constituição com o art. 283, o qual menciona que a prisão, se não for a preventiva ou a em flagrante, só pode ocorrer com trânsito em julgado. Eu estou me referindo ao Código de Processo Penal, que está em jogo. Por isso, eu iniciei meu voto exatamente perguntando qual é o objeto dessa ação. Não são fatos, é uma tese. A compatibilidade é uma análise abstrata.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – As ações são declaratórias quanto ao artigo 283 do Código Processo Penal, e o preceito é expresso no que viabiliza a prisão preventiva.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Sim.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Reservome a votar, no caso sob a relatoria da ministra Cármen Lúcia, considerada a prisão dita temporária, a antiga prisão para averiguação.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Chego à conclusão de meu voto, para a felicidade de todos os Colegas e pedindo escusas pelo tempo, mas o tema necessita realmente de uma abordagem, até pela análise que eu fiz, partindo da diferenciação deste caso, que é um caso em abstrato, dos outros casos que já foram julgados e daquilo que eu entendo ser realmente um caso de extrema impunidade, que são os crimes dolosos contra a vida. E, quando se fala

ADC 44 / DF

nessa contabilidade de 62 mil homicídios, não entra acidente de automóvel, não entram outros casos. Mas, enfim, vamos adiante.

Ante o exposto, voto pela procedência das Ações Diretas de Constitucionalidade, declarando, assim como fez o Relator, a compatibilidade da vontade expressa pelo parlamento brasileiro no art. 283 do Código de Processo Penal, via Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011, com a Constituição Brasileira, uma vez que não contém o dispositivo em questão, com a devida vênia daqueles que pensam em sentido diverso, contrariedade com a deliberação realizada pelo parlamento ao editar a Constituição de 1988.

Esclareço, no entanto, que, nos casos de condenação por tribunal do júri, não incide tal previsão contida no art. 283 do CPP, tendo em vista que, nesses casos, em meu entender - mas não estou aqui a dar interpretação conforme, porque, como já havia dito antes, penso que não é o caso; o caso é de analisar a compatibilidade do art. 283 com a Constituição e entendo que ele é compatível -, não incide a previsão legal, tendo em vista que, no tribunal do júri se aplica diretamente a soberania dos veredictos, disposição expressa na alínea c do inciso XXXVIII do art. 5º da Constituição. Dessa forma, em meu entendimento, nesses casos, a execução deve ser imediata, sendo desnecessário que haja o julgamento, em segunda instância, de eventual apelação.

Além disso, destaco que, em meu entender - e penso que também o fez o Relator nesse ponto -, a decisão que ora profere esta Corte não impede o juízo, pelas instâncias competentes, nos casos hoje pendentes e nos casos que vierem a ser analisados, quanto à decretação eventual de prisão preventiva cautelar quando presentes os requisitos do art. 312 do CPP, juízo que pode ser feito em qualquer instância ou fase do processo. E, aí, sempre cabendo, como a própria Constituição prevê - eu li o inciso -, eventualmente, a impetração de um HC se a prisão for sem fundamento, como estamos a julgar, no dia a dia, nas Turmas.

É como voto.

07/11/2019

PLENÁRIO

AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE 44 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

1) OBJETO DAS ADCs – ART. 283 DO CPP E ART. 5º, LVII, DA CF

Trata-se de ações declaratórias de constitucionalidade (ADC nº 43, 44 e 54), ajuizadas, respectivamente, pelo Partido Ecológico Nacional (PEN), pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB) e pelo Partido Comunista do Brasil (PCdoB), com o objetivo comum de declarar a constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal (CPP), na redação conferida pela Lei nº 12.403/2011.

Eis o teor do dispositivo em análise:

“Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).”

Destaque-se que o objeto das presentes ações é saber se o art. 283 do CPP, alterado pela Lei nº 12.403/2011, é compatível com a Constituição da República. Se a vontade do legislador, do Congresso Nacional, explicitada na redação conferida ao art. 283 do CPP, é compatível com o seguinte dispositivo constitucional:

“Art. 5º

(...)

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

ADC 44 / DF

É importante destacar que, nos julgados anteriores desta Corte, citados nos brilhantes votos aqui proferidos, os quais representam a evolução de entendimento do STF no tocante à execução antecipada da pena, analisou-se o caso concreto de cada processo, e não a constitucionalidade, em abstrato, de um dispositivo legal.

Por exemplo, no **HC nº 84.078/MG**, de relatoria do Ministro **Eros Grau**, julgado em 5/2/09, o objeto em debate era verificar se o encarceramento do paciente logo após o julgamento da apelação em que se confirme a condenação pela prática do crime do art. 121, § 2º, I e IV, c/c o art. 14, II, do CP (**homicídio qualificado**) configuraria constrangimento ilegal.

Da mesma forma, no **HC nº 126.292/SP**, de relatoria do Ministro **Teori Zavascki**, julgado em 17/2/16 e citado várias vezes nestes autos, o STF analisou a possibilidade de se executar provisoriamente a pena a partir da análise de um caso concreto (paciente condenado à pena de 5 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial fechado, **pela prática do crime de roubo majorado** - art. 157, § 2º, I e II, do CP).

Ainda cabe mencionar que, no **ARE nº 964.246-RG**, julgado sob a sistemática da repercussão geral, de relatoria do Ministro **Teori Zavascki**, julgado em 10/11/16, o Supremo reafirmou a tese firmada no HC nº 126.292/SP. O caso concreto que embasou o recurso era o da condenação do recorrente em ação penal à pena de 5 anos e 4 meses de reclusão, em regime fechado, e à pena pecuniária de 13 dias-multa, pela prática do **crime de roubo duplamente qualificado** (art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal).

Conclui-se, portanto, **que os casos julgados por esta Corte se diferenciam dos presentes autos, porquanto aqui se discute, em juízo de controle concentrado, a constitucionalidade do art. 283 do CPP, com a redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011.**

Ou seja, **não se está analisando eventual constrangimento ilegal ou suposta violação de direito em determinado fato.**

A análise, portanto, é abstrata. O que está em debate é se o texto do

ADC 44 / DF

art. 283 do CPP, alterado pela Lei nº 12.403/2011, é compatível com a Constituição da República.

Nesse sentido, destaco excerto do voto da eminente Ministra **Rosa Weber**, proferido em assentada anterior, no qual bem esclareceu Sua Excelência que “a questão que se apresenta (...) é tão-somente saber se o art. 283 do CPP, na redação da Lei nº 12.403/2011, mostra-se ou não constitucional”.

2) PROCESSO HISTÓRICO DA LEI Nº 12.403, DE 4 DE MAIO DE 2011

Eu gostaria de lembrar fatos antecedentes à alteração legislativa realizada no art. 283 pela Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011.

A redação original do art. 283 do CPP era a seguinte:

“Art. 283. A prisão poderá ser efetuada em qualquer dia e a qualquer hora, respeitadas as restrições relativas à inviolabilidade do domicílio.”

Nas eleições de 2006, a partir de algumas decisões do TRERJ, a Justiça Eleitoral proferiu decisões no sentido de ser a condenação em segundo grau suficiente para a configuração da inelegibilidade.

Em 2006 e 2008, o Tribunal Superior Eleitoral, em **self restraint**, decidiu que essa alteração de entendimento não poderia ocorrer por meio de decisão judicial, sendo necessária lei complementar estabelecendo tal previsão.

Em 2009, como foi lembrado aqui neste julgamento, no HC nº 84.078/MG, de relatoria do Ministro **Eros Grau**, a Corte estabeleceu a exigência do trânsito em julgado da condenação para a execução da pena, assentando que, antes do trânsito, a prisão somente poderia ser decretada ou mantida a título cautelar.

Em 2010, a Lei Complementar nº 135, de 4 de junho de 2010 (Lei da Ficha Limpa), alterou a Lei das Inelegibilidades (LC nº 64/1990), estabelecendo como causa de inelegibilidade a condenação em decisão proferida por órgão judicial colegiado.

A discussão a respeito da possibilidade da incidência de

ADC 44 / DF

inelegibilidade após condenação em órgão colegiado reacendeu o debate sobre o tema da possibilidade de execução criminal após decisão condenatória em segunda instância.

Na sequência, em 2011, o Congresso Nacional aprovou o **Projeto de Lei nº 4.208, de 2001, da Câmara dos Deputados**, no qual se propunha a alteração de diversos dispositivos do Código de Processo Penal. Foi, então, aprovada a Lei nº 12.403, de 2011, que alterou a redação do art. 283 do CPP, nos seguintes termos:

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

Portanto, a vontade do parlamento, em 2011, foi exatamente **travar eventual interpretação que também aplicasse a condenação em segunda instância para a esfera criminal**, ocasião em que se estabeleceu expressamente a necessidade de condenação transitada em julgado para o início da execução da pena.

Em razão disso, indago:

Essa lei ordinária, diante do art. 5º, inciso LVII, da Constituição de 1988, é inconstitucional?

Ela necessita de alguma interpretação conforme para compatibilizá-la com o texto constitucional?

Entendo que não.

Em meu entender, a vontade do legislador expressa no art. 283 do CPP é plenamente compatível com o art. 5º, LVII, da CF.

Como bem destacou a Ministra **Rosa Weber**:

“Pontuo que em absoluto cabe a esta Corte decidir se o desenho que o art. 283/ CPP estampa é o melhor, o mais desejável, ou o mais afinado com esta ou aquela concepção

ADC 44 / DF

ideológica quanto aos fins da persecução criminal. Compete-lhe tão somente definir se a opção do legislador, a opção do Parlamento brasileiro encontra impedimento na Carta Política, ou, dito de outra forma, se com ela guarda conformidade."

3) NÚMERO DE PRESOS NO PAÍS

Passo a citar alguns dados estatísticos do Banco Nacional de Mandados de Prisão (BNMP).

São 845.545 mil pessoas privadas de sua liberdade. Desse total:

- **354.083** são presos provisórios (sem nenhuma condenação);
- **192.954** presos cumprindo execução provisória, mas com sentença condenatória;
- **294.090** presos cumprindo execução definitiva (trânsito em julgado real) e, destes, apenas **4.895** são presos em decorrência de trânsito em julgado ficto.

Há, ainda, aquelas pessoas que estão presas civilmente.

Todos nós sabemos que a nossa Constituição permite a prisão civil no caso de débito de pensão alimentícia, art. 5º, LXVII:

"Não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel."

Tanto o Superior Tribunal de Justiça quanto o Supremo Tribunal Federal entenderam que, em razão do Tratado de São José da Costa Rica, o depositário infiel, mesmo com autorização da Carta Constitucional brasileira, também não poderia ser preso, dada a estatura do texto da Convenção Americana de Direitos Humanos. Restou, portanto, a única e exclusiva possibilidade de prisão civil em razão de inadimplemento inescusável da pensão alimentícia. **E, nessa situação, temos 2.169 pessoas**

ADC 44 / DF

presas.

Destaco, ainda, que, conforme noticiado pelo Conselho Nacional de Justiça, em 17 de outubro de 2019, de acordo com o BNMP, foram expedidos **4.895 mandados de prisão em segundo grau**, ou seja, pelos TRF e pelos TJ.

4) ALEGAÇÕES DE IMPUNIDADE NOS TRIBUNAIS SUPERIORES

Não há que se acusar os tribunais superiores de impunidade ou demora na penalização dos ilícitos cometidos no país.

Em relação ao Superior Tribunal de Justiça, segundo dados do próprio Tribunal de 24/10/19, o total de recursos especiais com réus presos e não julgados na Corte era de **1.127**.

Em relação ao Supremo Tribunal Federal, a Secretaria de Gestão Estratégica divulgou dados que revelam que, nos últimos dez anos, o tempo de tramitação dos recursos em matéria criminal (RE, ARE e AI) é de **8 meses**.

Oitenta e dois por cento (82%) dos recursos criminais que transitaram em julgado no Supremo Tribunal Federal (STF) nos últimos 10 anos **levaram em média 3 meses para terem seu andamento finalizado na Corte**.

No julgamento desses recursos, os ministros do STF proferiram 2,76% dos casos e negaram provimento a 97,24% deles, confirmando as decisões das instâncias de origem.

No entanto, de 2010 até 2019, os recursos criminais providos passaram de 2.036 para 3.708, o que representa uma taxa de provimento de 4,78%.

Essa variação, conforme análise da SGE, significa um acréscimo no volume de recursos providos em favor da acusação da ordem de 388%.

Ressalte-se que 85% dos recursos providos no STF são oriundos da acusação.

Daí a razão da relevância, em meu entender, da sugestão de alteração legislativa relativa à suspensão dos prazos prescricionais quando interpostos recursos especiais e extraordinários. Isso porque,

ADC 44 / DF

quando há provimento em favor da acusação, a pessoa pode ter sido absolvida nas instâncias ordinárias, seja por matéria processual, seja por alteração de regime de cumprimento de pena ou mesmo por eventuais benefícios concedidos.

Por outro lado, é certo que também existem mecanismos já consolidados na jurisprudência dominante da Corte para se coarctar o eventual abuso no direito de recorrer.

Cito, como exemplo, o julgamento da questão de ordem no RE nº 839.163/DF-QO, Pleno, de **minha relatoria**, DJe de 10/2/15, no **caso Luiz Estevão**. Conforme assentei no voto condutor desse julgado,

“o Supremo Tribunal Federal admite a determinação de baixa dos autos independentemente da publicação de seus julgados seja quando haja o risco iminente de prescrição, seja no intuito de repelir a utilização de sucessivos recursos, com nítido abuso do direito de recorrer, cujo escopo seja o de obstar o trânsito em julgado de condenação e, assim, postergar a execução dos seus termos.

(...)

No mesmo sentido, da Primeira Turma e da Segunda Turma, colho precedentes dos Ministros **Roberto Barroso** (HC nº 120.453/PR, DJe de 1º/7/14), **Rosa Weber** (HC nº 114.384/SC, DJe de 9/8/13), **Luiz Fux** (ARE nº 752.970/DF-AgR-ED-ED, DJe de 5/2/14), **Ricardo Lewandowski** (HC nº 107.891/SC, DJe de 21/5/14) e **Gilmar Mendes** (ARE nº 665.384/RJ-AgR-ED, DJe de 5/9/12).

(...)

Portanto, dúvida não há de que a questão é **objeto da jurisprudência dominante da Corte**.

Dessa feita, longe de constituir afronta aos princípios da colegialidade e do devido processo legal, é legítima a atuação do Relator para decidir monocraticamente a questão – dado o abuso do direito de recorrer e o risco iminente da prescrição –, tendo em vista uma interpretação teleológica do art. 21, § 1º, do Regimento Interno da Corte, segundo o qual ‘[p]oderá o(a)

ADC 44 / DF

Relator(a) negar seguimento a pedido ou recurso manifestamente inadmissível, improcedente ou contrário à jurisprudência dominante ou a Súmula do Tribunal (...)'.

O magistério jurisprudencial da Corte preconiza que, 'não viola o princípio da colegialidade a competência conferida ao Relator para, monocraticamente, negar seguimento a recurso contrário à jurisprudência dominante do Tribunal (art. 21, § 1º, do RI/STF)' (RMS nº 26.168/DF-AgR, Primeira Turma, Relator o Ministro **Roberto Barroso**, DJe de 13/10/14).

Note-se que a atuação monocrática do Relator nessas circunstâncias não é inédita na Corte. O eminente Ministro **Gilmar Mendes**, por exemplo, ao analisar o AI nº 858.084/MS, dele conheceu para negar seguimento ao recurso extraordinário (CPC, art. 544, § 4º, inciso II, alínea b), bem como, ante o risco iminente da ocorrência de prescrição, determinou a imediata baixa dos autos, independentemente da publicação da decisão proferida (DJe de 21/5/13).

Do mesmo modo, por entender configurado o abuso no direito de recorrer, o eminente Ministro **Luiz Fux**, ao não conhecer dos embargos de divergência no agravo regimental no ARE nº 735.792/SP, determinou monocraticamente a baixa dos autos, independentemente de sua publicação (DJe de 3/9/14)."

Em meu sentir, a determinação de imediata baixa dos autos, independentemente da publicação da decisão, para a execução imediata da pena constitui mecanismo suficiente para tutelar as situações de abuso do direito de recorrer, o qual pode e deve ser utilizado pelos tribunais superiores.

Digno de nota, ainda, o entendimento desta Corte de que a inadmissão dos recursos especial e extraordinário na origem e sua manutenção pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça **não empecem a formação da coisa julgada, para fins de prescrição.**

Ilustrativo, a esse respeito, o voto condutor do julgado proferido no ARE nº 806.216/DF-AgR, Segunda Turma, de **minha relatoria**, DJe

ADC 44 / DF

25/9/15:

“É pacífica a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que o indeferimento do recurso extraordinário na origem, por inadmissível, e a manutenção dessa decisão pela Corte não têm o condão de obstar a formação da coisa julgada.

Confira-se julgado específico sobre o tema:

‘HABEAS CORPUS. PRESCRIÇÃO PENAL. PRETENSÃO PUNITIVA. RECURSOS ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIO INDEFERIDOS. AGRAVOS IMPROVIDOS. 1. Não tendo fluído o prazo de dois anos (CP, art. 109, VI) entre os vários marcos interruptivos (data do crime, recebimento da denúncia e sentença condenatória recorrível) e sobrevindo acórdão confirmatório da condenação, antes do decurso do período fixado em lei, está exaurida a chamada prescrição da pretensão punitiva. 2. Recursos especial e extraordinário indeferidos na origem, porque inadmissíveis, em decisões mantidas pelo STF e pelo STJ, não têm o condão de empecer a formação da coisa julgada. 3. HC indeferido’ (HC nº 86.125/SP, Segunda Turma, Relatora a Ministra **Ellen Gracie**, DJ de 2/9/05).

Conforme bem asseverou a eminente relatora daquele julgamento,

‘(...) o trânsito em julgado, da condenação é marco divisório de duas espécies de prescrição. Com o trânsito em julgado termina a fase da pretensão punitiva. E tem início a fase da prescrição executória.

Mas o condenado pode, sim, impedir e obstar a formação da coisa julgada. Basta interpor recursos especial e extraordinário. Indeferidos, porque inadmissíveis, pode o condenado lançar mão dos agravos de instrumento. E até mesmo dos agravos regimentais, caso tenham o

ADC 44 / DF

seguimento negado. Pode, ainda, manejar embargos de declaração. Porém, não pode ser olvidado que o recurso capaz de impedir a coisa julgada é o **recurso admissível**. E, se o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça reconhecem a inadmissibilidade, confirmando o que decidido no juízo de admissibilidade, os efeitos desse reconhecimento retroagem.'

Perfilhando esse raciocínio, destaco, de **minha relatoria**, o seguinte julgado:

'Agravamento regimental no agravo de instrumento. Matéria criminal. Ausência de peças de traslado obrigatório. Precedentes. Crime de apropriação indébita previdenciária. Artigo 168-A do Código Penal. Débito previdenciário incluído no programa de parcelamento ordinário de débitos tributários. Lei nº 11.941/09. Suspensão da pretensão punitiva estatal e do prazo prescricional. Artigo 68 da lei de regência. Impossibilidade. Ocorrência anterior do trânsito em julgado. Precedentes. Regimental não provido.

1. As cópias do acórdão recorrido e do acórdão do embargos de declaração são peças de traslado obrigatório, nos termos do art. 544, § 1º, do Código de Processo Civil. Incidência da Súmula nº 288/STF.

2. É da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que incumbe exclusivamente ao agravante a responsabilidade pela correta formação do instrumento com o completo traslado das peças, não se admitindo o suprimento de eventuais falhas ou a realização de diligências junto a esta Corte.

3. Na espécie, diante da jurisprudência desta Corte, preconizada no sentido de que *'recursos especial e extraordinário indeferidos na origem, porque inadmissíveis, em decisões mantidas pelo STF e pelo STJ, não têm o condão de empecer a formação da coisa julgada. 3. HC indeferido'* (HC nº

ADC 44 / DF

86.125/SP, Segunda Turma, Relatora a Ministra Ellen Gracie, DJ de 2/9/05), o feito definitivamente transitou em julgado em 15/10/09, antes, portanto, de 19/11/09, data do pagamento da primeira parcela, momento que o parcelamento começou a produzir seus efeitos. Assim, não há falar em suspensão da pretensão punitiva.

4. Agravo regimental ao qual se nega provimento' (AI nº 788.612/SP-AgR, Primeira Turma, DJe de 16/11/12 – grifei).

Diversamente do que sustenta o agravante, o reconhecimento da ausência de empecilho à formação da coisa julgada não constitui causa suspensiva da prescrição da pretensão punitiva indevidamente criada pelo Supremo Tribunal Federal, ao arrepio da legislação.

Cuida-se, em verdade, de mera questão de interpretação legal para a fixação da data em que se considera transitada em julgado a sentença condenatória, quando inadmissível o recurso extraordinário.”

Vide, mais recentemente, o HC nº 149.188/SP-AgR, Segunda Turma, de **minha relatoria**, DJe de 6/2/18, de cuja ementa extraio o seguinte:

“A jurisprudência contemporânea do Supremo Tribunal Federal tem acolhido a tese de que [r]ecursos especial e extraordinário indeferidos na origem, porque inadmissíveis, em decisões mantidas pelo STF e pelo STJ, não têm o condão de empecer a formação da coisa julgada (HC nº 86.125/SP, Segunda Turma, Relatora a Ministra Ellen Gracie, DJ de 2/9/05).”

Em suma, em meu sentir, o sistema processual penal, endossado pela jurisprudência desta Corte, dispõe de mecanismos hábeis para obstar o uso abusivo ou protelatório dos recursos criminais.

Há de se constatar, também, que, nessas hipóteses, justificadamente, em razão do abuso no direito de recorrer, opera-se tão

ADC 44 / DF

somente a antecipação do momento do trânsito em julgado da sentença condenatória, a autorizar o cumprimento definitivo da pena, em estrita conformidade com o art. 283 do Código de Processo Penal.

5) HOMICÍDIOS - UMA EPIDEMIA EM NOSSO PAÍS

Registro que a eminente Ministra **Cármem Lúcia**, à frente do Conselho Nacional de Justiça, iniciou um mutirão e começou uma política bem sucedida para enfrentar a demora nos julgamentos de homicídios.

Na minha gestão, dando continuidade ao trabalho de Sua Excelência, criei um grupo de trabalho que foi coordenado pelo eminente e laborioso Ministro do Superior Tribunal de Justiça **Rogério Schietti**.

Sua Excelência apresentou, recentemente, em sessão plenária do CNJ, o relatório denominado **Diagnóstico das ações penais de competência do Tribunal do Júri**.

De acordo com esse documento,

“[e]m 2016, o Brasil registrou 62.517 casos de homicídio. Por outro lado, dados colhidos em seis unidades da Federação apontam para um índice de esclarecimento de aproximadamente 20% (vinte por cento) desses casos.

(...)

Segundo o Relatório do Mês Nacional do Júri, havia no início de novembro de 2018 um total de 186 mil processos em tramitação, dos quais 43 mil (23%) tinham sentença de pronúncia já proferida.

(...)

No Estado do Rio de Janeiro está a maior concentração de processos, com 35 mil casos em tramitação.

(...)

O Atlas da Violência de 2018 apresenta que durante o ano de 2016 ocorreram 62.517 casos de homicídio. Já o Relatório Justiça em Números aponta para o ingresso de 27.881 ações penais de competência do Júri em 2016 e 29.587 em 2017.

(...)

Note-se, portanto, que, guardadas as considerações acerca

ADC 44 / DF

do natural descompasso entre crime e seu reflexo no Judiciário, o número de casos novos de competência do Tribunal do Júri no período de apuração foi menor que a metade dos casos de homicídio registrados.

(...)

O relatório demonstra que o desfecho mais recorrente nos processos de competência do Tribunal do Júri foi a condenação (47,9% dos casos decididos). Em seguida, vieram as decisões pela extinção da punibilidade (32,4%) e, em menor proporção, as decisões absolutórias (19,6%). Muito embora esses números possam se justificar pela própria dinâmica bifásica do procedimento previsto em lei, não se pode deixar de cogitar a hipótese de um déficit na abrangência e qualidade da defesa dos réus, assim como, por outro lado, um problema de eficiência que tem colaborado para que, na maioria dos casos (52%), não se chegue à efetiva punição dos acusados

(...)

Já no que se refere a possíveis relações da natureza da decisão final com a duração dos processos, o relatório mostra que decisões condenatórias tendem a ocorrer de forma um pouco mais célere que as absolutórias (quatro anos e quatro meses para as decisões condenatórias e cinco anos e um mês para as absolutórias) e em tempo um pouco mais elevado do que o tempo médio de tramitação de processos de conhecimento criminais no 1º grau de jurisdição publicado no Relatório Justiça em Números (três anos e nove meses).

O mesmo não se pode afirmar com relação às decisões pela extinção da punibilidade, que ocorreram em sua grande maioria em processos mais longevos (oito anos e seis meses de tramitação em média), descortinando questão relevante acerca do impacto das prescrições nesses números”.

Os dados são alarmantes e merecem atenção de todas as instituições.

Com razão o Advogado-Geral da União Dr. André Mendonça, em sua sustentação oral, por valorizar a proteção da vida afirmando que “o

ADC 44 / DF

Estado precisa garantir a proteção eficaz da vida”.

Não obstante o foco seja a constitucionalidade do art. 283 do CPP, faz-se necessário abordar a especificidade do tribunal do júri, já que previsto na Constituição Federal para julgar os crimes dolosos contra a vida.

Esta Corte, em recente julgado no RE nº 1.235.340, de relatoria do Ministro **Roberto Barroso**, reconheceu a repercussão geral do tema, exatamente no sentido de discutir se a soberania dos vereditos do tribunal do júri, prevista na Constituição Federal, autoriza a imediata execução de pena imposta pelo conselho de sentença (Tema 1068).

Sobre essa tema, já tive oportunidade de votar e me manifestar no sentido do cumprimento imediato da pena após decisão do tribunal do júri.

É o caso, por exemplo, do voto-vista proferido no HC nº 114.214/PA, julgado na Primeira Turma em 5/11/13, quando consignei que **o princípio constitucional da soberania dos vereditos confere à decisão dos jurados, em tese, um caráter de intangibilidade quanto a seu mérito**. Era o famoso caso **“Dorothy Mae Stang”**.

Com efeito, a competência do júri se encontra no rol dos direitos e garantias individuais da Magna Carta, e está previsto em seu Capítulo I, art. 5º, XXXVIII, assim disposto:

“Art. 5º (...)

XXXVIII – é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados:

- a) a plenitude de defesa;
- b) o sigilo das votações;
- c) a soberania dos veredictos;
- d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.”

Conforme fiz constar em meu voto no citado HC nº 114.214/PA,

“[a] respeito desse princípio constitucional essencial para

ADC 44 / DF

os julgamentos realizados pelo Tribunal do Júri (art. 5º, inciso XXXVIII, alínea c, da Constituição da República), ensina **Souza Nucci**, em sua obra **Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais**, que

'a soberania dos veredictos é a alma do Tribunal Popular, assegurando-lhe o efetivo poder jurisdicional e não somente a prolação de um parecer, passível de rejeição por qualquer magistrado togado. Ser soberano significa atingir a supremacia, o mais alto grau de uma escala, o poder absoluto, acima do qual inexistente outro. Traduzindo-se esse valor para o contexto do veredicto popular, quer-se assegurar seja esta a última voz a decidir o caso, quando apresentado a julgamento no Tribunal do Júri' (São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010).

Como preleciona o jurista **Paulo Rangel**,

'a verdade será aquela decidida pelos jurados, independentemente do que as partes possam alegar. Os jurados simbolizam a paz e a harmonia entre os homens, pois são os iguais decidindo o que os outros iguais querem para a sociedade. Os jurados simbolizam a verdade suprema e, por isso, suas decisões são soberanas' (**Direito Processual Penal**, 20. ed. São Paulo: Atlas, 2012).

A par desses conceitos, pode-se dizer que o princípio constitucional da soberania dos vereditos confere à decisão dos jurados, **em tese**, um caráter de intangibilidade quanto ao seu mérito.

Não ignoro, entretanto, a posição majoritária da doutrina e da jurisprudência no sentido de que o veredito do júri, **embora soberano, não é absoluto**. Todavia, essa soberania somente pode ser mitigada quando da necessidade de se verificar a existência de aspectos técnico-jurídicos e questões de direito em um rol extremamente exaustivo, sendo este o ponto

ADC 44 / DF

de encaixe do meu ponto de vista.

Refiro-me ao seu art. 593, inciso III:

'Art. 593. Caberá apelação no prazo de 5 (cinco) dias:
(...)

III - das decisões do Tribunal do Júri, quando:

a) ocorrer nulidade posterior à pronúncia (aspecto técnico-jurídico);

b) for a sentença do juiz-presidente contrária à lei expressa ou à decisão dos jurados (aspecto técnico-jurídico);

c) houver erro ou injustiça no tocante à aplicação da pena ou da medida de segurança (questão de direito);

d) for a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos (questões de fato e de direito) (...).'

Note-se que, segundo a alínea d do dispositivo, a contrariedade entre a decisão e a prova que desafia recurso é aquela que está manifesta, evidente, patente nos autos. Essa circunstância, em princípio, seria dotada de legitimidade jurídica, em seus aspectos formais e materiais, para mitigar o preceito constitucional da soberania sem afrontá-lo."

Em que pese a estatura constitucional do tribunal do júri e de seus princípios basilares, em especial a **soberania dos vereditos**, que confere à decisão dos jurados a intangibilidade do mérito, ainda nos deparamos com notícias como a do "**homem que matou cinco[,] feriu três [e foi] condenado a 97 anos de prisão**" pelo tribunal do júri e, ainda assim, pôde recorrer em liberdade.¹

Nesse caso, que ocorreu em 2008, o indivíduo foi condenado em

1

Disponível

em:

<https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/cidades/2019/10/28/interna_cidadesdf,801628/homem-que-matou-cinco-e-feriu-tres-e-condenado-a-97-anos-de-prisao>.

ADC 44 / DF

2019 a quase 100 anos de prisão e, ainda assim, saiu solto!

Ressalte-se que, mesmo no período em que prevaleceu a tese da possibilidade de execução da pena após a segunda instância, nós tivemos casos como esse.

Como se vê, a possibilidade de decretar prisão após a condenação em segunda instância, portanto, não é garantia de combate à impunidade ou de credibilidade do Poder Judiciário.

Por isso, entendo, desde sempre, que, nos crimes julgados pelo tribunal do júri, em razão da estatura constitucional desse órgão do Judiciário, mormente a soberania dos vereditos, a condenação deve ser imediatamente cumprida.

Faço referência, ainda, à deliberação conjunta, de minha parte e da então Procuradora-Geral da República, Dra. **Raquel Dodge**, de incluir no Observatório Nacional a tragédia ocorrida na Boate Kiss.

Muito me impressionou, em janeiro de 2019, quando li uma matéria da jornalista Thaíza Pauluze no caderno cidades do jornal Folha de São Paulo, que cito a seguir.

“Seis anos depois, incêndio na boate Kiss acumula vítimas entre os pais - Familiares dos 242 mortos vivem em rotina de doenças, depressão e suicídio.

'Seis anos' - [seis anos em janeiro, vamos para o sétimo daqui dois meses] - 'após o incêndio da boate Kiss, em Santa Maria (RS), o saldo de vítimas segue crescendo para além dos 242 mortos atingidos pelo fogo na madrugada de 27 de janeiro de 2013.'"

O que eu vou citar a seguir é chocante:

"Ao menos seis pais morreram em decorrência de doenças que podem ser relacionadas à perda dos seus filhos. Familiares vivem rotina de depressão e tentativas de suicídio."

Havia outros que já haviam se suicidado quando recebi a comissão

ADC 44 / DF

de pais ainda em 2019, conforme mostra o trecho a seguir da matéria:

"Ele desistiu de viver. Dizia 'não chama o Samu se eu passar mal', conta Vanessa, filha de Renato Vasconcelos, 69, que morreu em casa no dia 30 de dezembro do ano passado. O pai havia perdido Letícia, 36, recepcionista da boate, que voltou à Kiss para salvar um colega e não saiu mais.

No início, Renato era engajado na associação de pais das vítimas, mas a lentidão do processo o deixou consternado. 'Vou morrer e não vou ver minha filha ser julgada', dizia. Antes, não tinha um cabelo grisalho, era gordinho. 'Agora, estava seco, definhou', diz Vanessa. O vendedor viu um coágulo se transformar em embolia pulmonar, ignorando a indicação médica de cirurgia.

Até então, Vanessa se preocupava mais com a mãe. Com depressão profunda, Erci Vasconcelos, 64, não sai de casa desde que perdeu a primogênita. 'Quem perde uma filha, o resto é o resto, a morte para mim é uma libertação' diz Erci.

Lucas, 48, que não quis ter o nome completo divulgado, nunca falou sobre a tragédia. À Folha, escreveu sobre o que viveu. Hoje, mesmo com três remédios diários, 'não durmo mais que quatro horas seguidas', diz o comerciante, que não voltou ao trabalho.

Suas duas filhas, Ritchieli, 19, e Driele, 23, estavam na Kiss e foram levadas com vida para um hospital em Porto Alegre. A mais velha morreu 40 dias após a internação. A mais nova ficou cinco meses em tratamento intensivo.

'Vi minhas filhas sofrerem muito', conta Lucas, que enterrou Driele sem a presença da irmã e da mãe, Sandra Medianeira Lucas, 50, que já estava internada em Santa Maria tratando um câncer.

'Minha filha aprendeu tudo de novo, comer, andar, falar e até respirar. Quando veio a alta médica, outra derrota.' Sandra morreu dois dias após Ritchieli deixar o hospital. 'Perdemos a mãe e companheira, que já tinha desistido de viver', diz ele sobre Sandra, que decidiu parar o tratamento após saber da

ADC 44 / DF

morte da filha.

Só no serviço municipal Santa Maria Acolhe, 80 pessoas ainda seguem em tratamento psiquiátrico ou psicológico. Criado à época pela prefeitura com o nome Acolhe Saúde, o serviço chegou a fazer 2.107 atendimentos entre fevereiro e março de 2013.

Carina Corrêa, 40, é uma das que encontrou força na terapia. A ex-auxiliar de nutrição é mãe de Thanise, 18, uma das primeiras vítimas encontradas sem vida. Desolada, Carina tentou suicídio usando remédios, mas foi parar no hospital. Depois, quis matar a outra filha, Camilly, e tirar a própria vida em seguida. Sem coragem de ferir a menina, se cortou várias vezes com a faca e foi hospitalizada de novo.

O segundo baque veio com a morte do avô de Thanise, que sofreu um ataque cardíaco menos de um ano após a tragédia. 'Ele chorava muito, de desespero, parou de falar, parou de comer', conta Carina.

Com estresse pós-traumático, depressão e síndrome do pânico, ela precisou cuidar de Camilly, que descobriu um câncer no pâncreas aos 16 anos - doença comum para os acima de 50. Curada a filha, Carina viu a mãe, Sandra, 62, adoecer com um câncer no intestino. 'Seis anos é pouco tempo. Eu vivo aquela noite toda noite', conta ela.

Carina diz conhecer cinco sobreviventes que, assim como ela, já tentaram suicídio - todos mal sucedidos. Eles se recusam a dar entrevista.

Santa Maria repete o fenômeno visto na vizinha na Argentina. O incêndio da boate República Cromañón matou 194 pessoas e feriu 1.432, em 2004."

Enfim, segue a matéria nesse sentido. Mais adiante se afirma que "os pais estão adoecendo e a impunidade só reforça. Esse é outra grande tragédia".

Esse caso está na discussão se vai a júri ou não, por conta da pronúncia e, curiosamente, no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, houve empate na deliberação se iria a júri ou não.

ADC 44 / DF

O caso foi ao STJ e foi distribuído ao eminente Ministro **Rogério Schietti**, tendo sido rapidamente julgado. Atualmente o feito está em fase de embargos de declaração.

O Ministro **Rogério Schietti** e a Turma que julgou o caso deram provimento ao recurso do Ministério Público, estabelecendo a necessidade de o júri popular de Santa Maria o julgar.

Reparem que, durante todo esse período, a discussão não superou o campo da competência.

Temos aqui uma **verdadeira disfunção do sistema, e não um problema de primeira instância, segunda instância, execução imediata, execução com trânsito em julgado, porque nem sequer sentença há.**

E isso só é lembrado em efemérides dessa triste tragédia e, ainda sim – veja –, na coluna de cotidiano.

Ressalto que cheguei a sugerir a extinção da pronúncia ao Ministro da Justiça **Sérgio Moro**, em fevereiro de 2019, antes de Sua Excelência encaminhar o pacote anticrime ao Congresso.

Isso porque, como bem colocou o Ministro **Alexandre de Moraes** durante os debates, “a existência de pronúncia demonstra, historicamente no Brasil, a desconfiança com relação ao tribunal do júri, porque precisa passar pelo Judiciário, chegar até o tribunal de justiça, [o que] não encontra paralelo em nenhum país que adota júri”.

Não obstante, o pacote anticrime aprovado no Congresso Nacional e sancionado pelo Presidente da República (Lei nº 13964/19) não contemplou tal hipótese.

6) ALCANCE DA CLÁUSULA PÉTREA

Para finalizar, gostaria apenas de registrar novamente que a deliberação desta Corte diz respeito à compatibilidade do art. 283 do CPP com a Lei Fundamental.

No entanto, a opção legislativa expressa no referido dispositivo legal não se confunde com a cláusula pétrea da presunção de inocência, essa sim imutável.

Entendo, com a devida vênia de quem entenda distintamente, que o

ADC 44 / DF

Congresso Nacional pode dispor sobre o tema inclusive em sentido diverso, desde que compatível com a presunção de inocência.

Note-se que essa compreensão não destoa do sentido constante das normas internacionais que traçam o liame entre a presunção de inocência e o **princípio da legalidade**.

A Declaração Universal de Direitos Humanos, de 1948, afirma ser o acusado “presumido inocente até que sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei”.

A Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem assegura que “ninguém poderá ser privado de sua liberdade, a não ser nos casos previstos pelas leis e segundo as praxes estabelecidas pelas leis já existentes”, sendo todo acusado “inocente até provar-se-lhe a culpabilidade”.

De igual modo, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, de 1966, aponta a presunção de inocência “até que se prove sua culpa [do acusado] conforme a lei”.

No mesmo passo seguem o Pacto de São José da Costa Rica e a Convenção Europeia sobre Direitos Humanos.

Não obstante, a atual lei processual penal no Brasil, em seu art. 283, **exige o trânsito em julgado**.

7) CONCLUSÃO

Ante o exposto, voto pela procedência das ações diretas de constitucionalidade, declarando-se a compatibilidade da vontade expressa pelo legislador no art. 283 do Código de Processo Penal – por meio da Lei nº 12.403 – de 4 de maio de 2011, com a Constituição Federal, uma vez que não há contrariedade entre essa deliberação política do parlamento e a Carta Magna.

No entanto, entendo que, nos casos de condenação por tribunal do júri, não incide a previsão contida no art. 283 do CPP, tendo em vista que, nesse caso, se aplica diretamente a soberania dos veredictos, expressa na alínea c do inciso XXXVIII do art. 5º da Constituição, de forma que a execução da pena deve ser imediata, sem sequer se cogitar do julgamento,

ADC 44 / DF

em segunda instância, de eventual apelação.

Além disso, é importante destacar que, em meu entender, a decisão que ora profere esta Corte não impede a análise pelas instâncias competentes, nos casos hoje pendentes e nos que venham a ser analisados, de decretação de prisão cautelar quando presentes os requisitos previstos no art. 312 do CPP, análise essa que pode ser realizada em qualquer instância e fase do processo, visto que essa modalidade de prisão encontra autorização nos dispositivos da Constituição Federal de 1988, conforme cito a seguir:

“Art. 5º.

(...)

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

(...)

LXVII - não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel.”

É como voto.

07/11/2019

PLENÁRIO

**AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE 44 DISTRITO
FEDERAL**

DEBATE

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Senhor Presidente, Vossa Excelência concluiu o voto. Apenas para explicitar esse ponto, e eu não houvera feito nenhuma intervenção anteriormente, aguardando a conclusão dos votos, e havia anotado, precisamente, no voto de Sua Excelência, o eminente Ministro-Relator Marco Aurélio, que é o voto que vem de prevalecer neste Colegiado, Sua Excelência indicou como consequência, e leio...

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Eu não subscrevo a imediata aplicação dessa parte.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Ah, perfeitamente! Está bem.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Não subscrevo.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Vossa Excelência já explicitou o que eu ia traduzir, mas é precisamente isso.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

E penso que, em debate anterior, a Ministra Rosa... Desculpe-me fazer a pergunta.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Sim, Senhor Presidente, fiz o registro.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Fez o registro nessa parte específica.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Eu estava votando no sentido da procedência das ações declaratórias.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Ou seja, é bom esclarecer, então: essa parte específica do dispositivo do voto do Ministro Relator não forma a maioria. É importante esclarecer isso.

ADC 44 / DF

Eu agradeço ao Ministro Luiz **Edson Fachin**.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: *Limitei-me, Senhor Presidente, a julgar inteiramente procedentes, nos termos por mim enunciados, as presentes ações declaratórias de constitucionalidade.*

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Mas é importante a intervenção que fez o Ministro Luiz **Edson Fachin**, porque os votos são proferidos em seus termos específicos. E, evidentemente, como prevaleceu, em termos de julgamento, o sinal do julgamento, se procedente ou procedente em parte ou improcedente, formaram-se 6 votos pela posição do Relator, o julgamento é de procedência. Mas isso não significa que, nas consequências previstas em seu voto, houve a maioria.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Presidente, até porque, se me permite só uma colocação, até o momento os tribunais vinham substituindo a prisão preventiva, durante toda a instrução, no momento da decisão em segunda instância, o título que justificava a prisão era o título da execução provisória, porque este Supremo Tribunal Federal vinha autorizando. Ou seja, os tribunais não tinham nem necessidade de fundamentar, a própria decisão servia como fundamento, a materialidade e a autoria, porque a maioria do Tribunal entendia por essa possibilidade. Com a decisão hoje da maioria, obviamente, não será, daqui pra frente, possível isso.

Agora, as decisões, a meu ver, as prisões, as execuções que se iniciaram, os tribunais que condenaram devem ter a possibilidade de analisar se há os requisitos do art. 312, e manter a prisão, ou, aí sim, em não havendo, afastá-la

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Eu digo isso em meu voto.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Se o único motivo for a execução provisória, deve ser afastado, mas os tribunais devem ter a possibilidade.

ADC 44 / DF

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Vossa Excelência me permite uma observação?

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Por favor.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - O art. 312 só pode ser acionado mediante o pedido ou do Ministério Público ou da Polícia. Não me consta que, de ofício, ele possa ser acionado.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Ministro Ricardo Lewandowski, mas aqui há uma diferença porque houve a substituição da prisão por um título, de que o Supremo autorizava.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Mas concordo com Vossa Excelência que essas pessoas as quais eventualmente possam ser beneficiadas por nossa decisão estão sob a jurisdição, digamos assim, ou dos juízes de primeiro grau, ou juízes de execução.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Deve haver um pedido específico.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Exatamente. Não da Suprema Corte.

De qualquer maneira, entendo, com o devido respeito, que o pedido de prisão preventiva, ou a convalidação desta prisão feita a título de execução provisória, para que ela seja convalidada numa preventiva, é preciso haver uma provocação, porque o juiz não age de ofício, nem independentemente de provocação nesses casos, nem o tribunal.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Os juízes costumam determinar que o réu possa ou não recorrer em liberdade. Há uma regra que autoriza os juízes, está ínsito ao poder de jurisdição.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Proclamarei o resultado.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Os tribunais, a partir do posicionamento do Supremo de que era possível a execução após a decisão de segunda instância, os tribunais, ao invés de analisar até o próprio pedido do Ministério Público para prisão ou não, simplesmente aplicavam o nosso posicionamento. Então, esses mesmos tribunais devem - e obviamente o Ministério Público vai provocá-los - ter a possibilidade

ADC 44 / DF

de analisar se é caso de soltura ou não.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Ministro, os tribunais interpretaram erradamente a nossa...

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Não vamos reabrir uma discussão.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Os tribunais interpretaram.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Ministro **Ricardo Lewandowski**, vamos proclamar o resultado.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Pois não.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE 44

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. MARCO AURÉLIO

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

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

INTDO.(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA

ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

INTDO.(A/S) : PRESIDENTE DA CÂMARA DOS DEPUTADOS

ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

INTDO.(A/S) : PRESIDENTE DO SENADO FEDERAL

ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

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

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

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

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

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

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

AM. CURIAE. : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

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

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

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

AM. CURIAE. : INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS - IAB

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

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

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

AM. CURIAE. : ASSOCIACAO DOS ADVOGADOS DE SAO PAULO

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

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

AM. CURIAE. : INSTITUTO DOS ADVOGADOS DE SÃO PAULO

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

AM. CURIAE. : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO (00000/DF)

Decisão: Após a leitura do relatório e a realização de sustentações orais, o julgamento foi suspenso. Falaram: pelo requerente, o Dr. Juliano Breda; pelo *amicus curiae* Defensoria Pública da União, o Dr. Gabriel Faria Oliveira, Defensor Público-Geral Federal; pelo *amicus curiae* Defensoria Pública do Estado de São Paulo, o Dr. Rafael Muneratti, Defensor Público do Estado de São Paulo; pelo *amicus curiae* Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, o Dr. Pedro Carriello, Defensor Público do Estado do

Rio de Janeiro; pelo *amicus curiae* Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas - ABRACRIM, o Dr. Lênio Streck; pelo *amicus curiae* Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCRIM, o Dr. Mauricio Stegemann Dieter; pelo *amicus curiae* Instituto Ibero Americano de Direito Público - Capítulo Brasileiro - IADP, o Dr. Frederico Guilherme Dias Sanches; pelo *amicus curiae* Instituto de Defesa do Direito de Defesa - Márcio Thomaz Bastos - IDDD, o Dr. Hugo Leonardo; e, pelo *amicus curiae* Associação dos Advogados de São Paulo, o Dr. Leonardo Sica. Presidência do Ministro Dias Toffoli. Plenário, 17.10.2019.

Decisão: Após o voto do Ministro Marco Aurélio (Relator), que julgava procedentes os pedidos formulados nas ações declaratórias de constitucionalidade n° 43, 44 e 54 para assentar a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal e, como consequência, determinava a suspensão de execução provisória de pena cuja decisão a encerrá-la ainda não haja transitado em julgado, bem assim a libertação daqueles que tenham sido presos, ante exame de apelação, reservando-se o recolhimento aos casos verdadeiramente enquadráveis no art. 312 do mencionado diploma processual, abrangendo, ainda, o pedido sucessivo, formulado na ação declaratória n° 43, no sentido de poderem ser implementadas, analogicamente ao previsto no art. 319 do Código de Processo Penal, medidas alternativas à custódia quanto a acusado cujo título condenatório não tenha alcançado a preclusão maior, o julgamento foi suspenso. Falaram: pelo *amicus curiae* Instituto dos Advogados de São Paulo - IASP, o Dr. Miguel Pereira Neto; pelo *amicus curiae* Instituto dos Advogados Brasileiros - IAB, o Dr. Tércio Lins e Silva; pela Advocacia-Geral da União, o Ministro André Luiz de Almeida Mendonça, Advogado-Geral da União; e, pela Procuradoria-Geral da República, o Dr. Antônio Augusto Brandão de Aras, Procurador-Geral da República. Ausente, justificadamente, o Ministro Celso de Mello. Presidência do Ministro Dias Toffoli. Plenário, 23.10.2019 (Sessão Extraordinária).

Decisão: Após os votos dos Ministros Alexandre de Moraes e Roberto Barroso, que julgavam parcialmente procedentes as ações declaratórias de constitucionalidade n° 43, 44 e 54, para dar interpretação conforme a Constituição ao art. 283 do Código de Processo Penal; e do voto do Ministro Edson Fachin, que julgava improcedentes as ações, o julgamento foi suspenso. Presidência do Ministro Dias Toffoli. Plenário, 23.10.2019 (Sessão Ordinária).

Decisão: Após os votos dos Ministros Rosa Weber e Ricardo Lewandowski, que acompanhavam o Relator para julgar procedentes os pedidos formulados nas ações declaratórias de constitucionalidade n° 43, 44 e 54; e do voto do Ministro Luiz Fux, que julgava parcialmente procedentes as ações, para dar interpretação conforme

a Constituição ao art. 283 do Código de Processo Penal, o julgamento foi suspenso. Presidência do Ministro Dias Toffoli. Plenário, 24.10.2019.

Decisão: O Tribunal, por maioria, nos termos e limites dos votos proferidos, julgou procedente a ação para assentar a constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, na redação dada pela Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011, vencidos o Ministro Edson Fachin, que julgava improcedente a ação, e os Ministros Alexandre de Moraes, Roberto Barroso, Luiz Fux e Cármen Lúcia, que a julgavam parcialmente procedente para dar interpretação conforme. Presidência do Ministro Dias Toffoli. Plenário, 07.11.2019.

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

Vice-Procurador-Geral da República, Dr. José Bonifácio Borges de Andrada.

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Assessora-Chefe do Plenário