

**AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE 44 DISTRITO
FEDERAL**

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

ADC 44 / DF

DE JANEIRO

VOTO ADC 43 e 44

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

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

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

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

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

ADC 44 / DF

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

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

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

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

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

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

Recentemente, no julgamento do *Habeas Corpus* 123.971, Relator Min. Teori Zavascki, teve lugar o princípio da proteção penal

ADC 44 / DF

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

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

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

O caso mais notório, julgado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em 04 de abril de 2001, teve como autora Maria da Penha Fernandes, vítima de tentativas de homicídio por parte de seu marido, que tentou eletrocutá-la, no ápice de uma série de agressões sofridas durante toda sua vida matrimonial. O Ministério Público ofereceu denúncia contra o agressor em 28.09.1984, porém passados dezessete anos da data dos fatos, sem que o Poder Judiciário brasileiro tivesse proferido uma sentença definitiva sobre o caso que se aproximava da prescrição, a Comissão condenou o Brasil, por reconhecer a ineficiência da proteção penal à vítima, a uma série de medidas que resultaram, por exemplo, na hoje conhecida Lei nº 11.340/2006 (Comissão Interamericana de Direitos Humanos, Caso 12.051, Relatório 54/01, Maria da Penha Maia Fernandes v. Brasil, 2001, disponível em <https://cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm><https://cidh.oas.org/an>

<https://cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm><https://cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm><https://cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm><https://cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>, acesso em 06.09.2016).

Há ainda, dentre outros exemplos dignos de nota, o caso Sétimo Garibaldi versus Brasil, julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em 23 de setembro de 2009. A Corte condenou o Brasil por reconhecer a inefetividade do Estado brasileiro em oferecer uma resposta para a morte de Sétimo Garibaldi, ocorrida em 27 de novembro de 1998, no Município de Querência do Norte no Estado do Paraná, onde foi vitimado. Considerou a Corte que há direito de obter uma resposta justa e efetiva sobre o acontecido (CORTE IDH. Caso Garibaldi vs. Brasil. Exceções Preliminares, Mérito, Reparação e Custas. Sentença de 23 de setembro de 2009. Série C n. 203, disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_202_esp.pdfhttp://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_202_esp.pdfhttp://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_202_esp.pdfhttp://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_202_esp.pdfhttp://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_202_esp.pdf, acesso em 06.09.2016).

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

http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_por.pdf .
Último acesso em: 3 de outubro de 2016).

A deficiência da proteção penal a vítimas de violações graves a direitos humanos foi decisiva na acusação que o Brasil sofreu perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, no caso que ficou conhecido como o Caso dos Meninos Emascarados do Maranhão. Entre 1991 e 2003, uma série de homicídios foi praticada no Maranhão contra crianças de 8 a 15 anos. Apurou-se o total de 28 homicídios, tendo a maioria dos corpos sido encontrada com as genitais mutiladas. O Brasil firmou acordo reconhecendo a ineficiência da proteção penal às vítimas, assumindo uma série de compromissos em decorrência disso. (Comissão Interamericana de Direitos Humanos. 2006. Caso Meninos Emascarados do Maranhão. Casos 12.426 e 12.427 contra a República Federativa do Brasil. Solução amistosa de 15 de março de 2006. Disponível em: <https://cidh.oas.org/annualrep/2006port/https://cidh.oas.org/annualrep/2006port/https://cidh.oas.org/annualrep/2006port/https://cidh.oas.org/annualrep/2006port/BRSA12426PO.doc>. Último acesso em: 3 de outubro de 2016).

Digo isso, Senhora Presidente, para rechaçar a pecha de que esta Suprema Corte, em 17 de fevereiro próximo passado, ao julgar o *Habeas Corpus* 126.292/SP, sucumbiu aos anseios de uma criticável “sociedade punitivista”, comprimindo direitos humanos num “ambiente de histeria”.

A busca pela racionalidade do sistema penal passa pela compreensão dos direitos humanos também sob uma outra perspectiva, ou seja, pela perspectiva segundo a qual, como tem entendido esta Suprema Corte, ao acatar o princípio da proibição de proteção deficiente, e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, desde o julgamento do caso Velásquez Rodríguez *versus* Honduras, que as condutas violadoras de direitos humanos devem ser investigadas e punidas, evitando-se a reincidência.

ADC 44 / DF

Afinal, como bem se colhe da obra de Antonio Escrivão Filho e José Geraldo de Sousa Junior, “na medida em que os direitos humanos sejam compreendidos como produtos dos processos sociais de lutas por dignidade, identifica-se no conceito de exigibilidade uma condição de duplo efeitos essencial para os direitos humanos: de um lado, a delegação de legitimidade política e jurídica para a sociedade exigir a efetivação de seus direitos, e de outro, a noção imperativa de respeito e promoção ativa e contínua destes direitos por parte do Estado (GEDIEL, GORS DORE, ESCRIVÃO FILHO et. all, 2012)” **(Para um debate teórico-conceitual e político sobre os direitos humanos.** Belo Horizonte : De Plácido. 2016, p. 64)

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

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

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

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

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

Exemplo disso é o conteúdo da entrevista do eminente

ADC 44 / DF

Ministro Gilmar Mendes à Folha de São Paulo, em 27 de junho de 2013, quando Sua Excelência afastou a necessidade de uma PEC para a alteração do entendimento desta Corte, bem como antecipou que, em sua opinião, era necessária uma modificação no entendimento para assentar a possibilidade de prisão a partir do julgamento em segunda instância. Naquela oportunidade, assim se manifestou o Ministro: “Podemos tanto dizer que a partir do 2º grau já pode ocorrer a prisão se o juiz assim avaliar, se o Tribunal assim avaliar. Vamos estar consoantes com todas as declarações de direito, inclusive com a Convenção Interamericana de Direitos. Portanto, não acredito que haja aqui tantos problemas **Mas não é necessário fazer uma emenda constitucional para...** Não. Não é necessário fazer uma emenda. (<http://www1.folha.uol.com.br/poder/poderepolitica/2013/07/1303523http://www1.folha.uol.com.br/poder/poderepolitica/2013/07/1303523http://www1.folha.uol.com.br/poder/poderepolitica/2013/07/1303523http://www1.folha.uol.com.br/poder/poderepolitica/2013/07/1303523http://www1.folha.uol.com.br/poder/poderepolitica/2013/07/1303523-leia-a-transcricao-da-entrevista-de-gilmar-mendes-a-folha-e-ao-uol.shtmlleia-a-transcricao-da-entrevista-de-gilmar-mendes-a-folha-e-ao-uol.shtmlleia-a-transcricao-da-entrevista-de-gilmar-mendes-a-folha-e-ao-uol.shtmlleia-a-transcricao-da-entrevista-de-gilmar-mendes-a-folha-e-ao-uol.shtmlleia-a-transcricao-da-entrevista-de-gilmar-mendes-a-folha-e-ao-uol.shtml>). Ultimo acesso: 03/10/2016).

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

ADC 44 / DF

Ciência. Ribeirão Preto : Migalhas, 2015, pp. 39-40).

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

Sendo assim, Senhora Presidente, peço vênias ao eminente Relator para, uma vez mais, reafirmar o voto que proferi em 17 de fevereiro próximo passado, quando esta Corte, ao julgar o *Habeas Corpus* 126.292/SP, assentou a tese segundo a qual “*A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal.*”.

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

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

ADC 44 / DF

primordialmente a tutela da ordem jurídica constitucional, em detrimento de uma inalcançável missão de solver casos concretos.

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

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

Com a revogação expressa do artigo 27, § 2º, da Lei 8.038/90, após a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil, as regras desse diploma passaram a regulamentar os recursos especial e extraordinário também no âmbito do processo penal, em razão do que dispõe o art. 3º do CPP. Sendo assim, daquilo que se depreende do art. 995 c/c o art. 1.029, § 5º, ambos do CPC, **permanece sendo excepcional a possibilidade de atribuição de efeito suspensivo aos recursos especial e extraordinário na seara criminal.**

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

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

Essa a razão pela qual, após esgotadas as instâncias ordinárias, a condenação criminal poderá provisoriamente surtir o

ADC 44 / DF

imediate efeito do encarceramento, uma vez que o acesso às instâncias extraordinárias se dá por meio de recursos que são ordinariamente dotados de efeito meramente devolutivo.

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

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

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

Não depreendo da regra acima transcrita, a vedação a toda e qualquer prisão exceto aquelas ali expressamente previstas. Tem-se sustentado que, à exceção da prisão em flagrante, prisão temporária, prisão preventiva e prisão decorrente de sentença condenatória transitada em julgado, todas as demais formas de prisão restaram revogadas pela norma do referido art. 283 do CPP, tendo em vista o critério temporal de solução de antinomias previsto no art. 2º, § 1º, da Lei 4.657/1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).

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

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

Impende lembrar, ao contrário, o disposto no art. 2º, § 2º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Lei 4.657/1942),

ADC 44 / DF

segundo o qual regra posterior que dispõe sobre questão especial não revoga as disposições especiais já existentes. Em outras palavras, não há verdadeira antinomia entre o que dispõe o art. 283 do CPP e a regra que confere eficácia imediata aos acórdãos proferidos por Tribunais de Apelação.

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

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

Vale dizer, fosse correta a afirmação segundo a qual depois da entrada em vigor da regra do art. 283 do CPP, toda e qualquer modalidade de prisão não contemplada expressamente no referido dispositivo estaria revogada, ter-se-ia de admitir que as demais modalidades de prisão civil e administrativa teriam sido igualmente extintas.

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

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

Da forma como concebo referidas normas, no que diz

ADC 44 / DF

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

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

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

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

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

Nesse aspecto, repiso o que assentei naquela oportunidade, quando considerei que o acesso via recurso ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça se dá em caráter de excepcionalidade. A própria definição constitucional da quantidade de magistrados com assento nessas Cortes repele qualquer interpretação que

ADC 44 / DF

queria delas fazer instâncias revisoras universais, o que vai de encontro à pretensão sucessiva de firmar o STJ como locus de início da execução da pena. Não se pode nem deve, contudo, relegar a segundo plano a possibilidade do STF e do STJ, em suas respectivas searas, e na forma devida, atribuírem também efeito suspensivo ao recurso cabível interposto.

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

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

Tanto é assim que o art. 102, §3º, da Constituição Federal, exige demonstração de repercussão geral das questões constitucionais debatidas no recurso extraordinário. Ou seja, ao recorrente cabe demonstrar que, no julgamento de seu caso concreto, malferiu-se um preceito constitucional e que há, necessariamente, a transcendência e relevância da tese jurídica a ser afirmada pelo Supremo Tribunal Federal.

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

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

A opção legislativa de dar eficácia à sentença condenatória tão logo confirmada em segundo grau de jurisdição, e não mais sujeita a

ADC 44 / DF

recurso com efeito suspensivo, está consentânea com a razão constitucional da própria existência dos recursos às instâncias extraordinárias.

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

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

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

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

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

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

A despeito de maiores explicações sobre a metodologia aplicada na obtenção dos dados, considero-os importantes, mas não posso deixar de expressar algumas observações e dúvidas a respeito

ADC 44 / DF

deles, principalmente porque elencados sem maiores detalhes naquilo que poderia ser útil ao julgamento da presente causa.

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

“As críticas que seguiram a mudança jurisprudencial decidida pelo plenário do Supremo frequentemente aludiram a um caos no sistema prisional resultando dos novos mandados de prisão a serem expedidos. Segundo o último Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias produzido pelo Ministério da Justiça, existem atualmente 622.202 presos no país. A expedição de mandado de prisão de réus condenados em segunda instância a pena igual ou maior a 8 anos e com recurso tramitando no STF e STJ significaria um aumento de 0,6% no número de apenados no sistema prisional. Longe, portanto, de previsões catastróficas propaladas pelos críticos do novo entendimento do Supremo sobre a execução da pena após condenação em segunda instância”. (HARTMANN, Ivar Alberto e KELLER, Clara Iglesias e VASCONCELOS, Guilherme Guimarães e NUNES, José Luiz e CARNEIRO, Leticia e CHAVES, Luciano e BARRETO, Matheus e CHADA, Daniel Magalhães e ARAÚJO, Felipe e CORREIA JR, Fernando. *O Impacto No Sistema Prisional Brasileiro Da Mudança De Entendimento Do Supremo Tribunal Federal Sobre Execução Da Pena Antes Do Trânsito em Julgado no HC 126.292/SP - Um Estudo Empírico Quantitativo*. Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2831802><http://ssrn.com/abstract=2831802><http://ssrn.com/abstract=2831802><http://ssrn.com/abstract=2831802>, acesso em 06.09.2016).

Tomo ainda, por exemplo, os dados da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. Informa que analisou 1.476 processos nos quais foi requerente junto ao Superior Tribunal de Justiça entre março e

ADC 44 / DF

dezembro de 2015.

Desses apenas 896 requeriam a absolvição, redução da pena ou atenuação do regime, já que os demais se referem à execução criminal, prisões provisórias e nulidades processuais.

Dos 896 feitos, 42%, ou seja 377, eram recursos especiais ou agravos em recursos especiais, já que os demais eram *habeas corpus*.

Note-se que a decisão deste colegiado não altera a forma como usualmente se tem enfrentado o *habeas corpus*.

Dentre os 377 recursos ao STJ, segundo o memorial, 41% ou seja, 155 resultaram em solução favorável no que diz respeito à libertação dos representados.

Há, sem dúvida, percentual, dentre os 155 casos favoráveis, decorrente de concessão de *habeas corpus* de ofício. Na medida em que, quando o Tribunal Superior concede ordem de ofício, não conhece ou julga improcedente o recurso, isso significa dizer que o instrumento manejado não foi o responsável direto pelo sucesso, que poderia ter sido obtido com o *habeas corpus*.

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

É mesmo sagrado o direito de liberdade dos cidadãos.

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

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

Entretanto, a solução proposta, de retornar ao entendimento anterior, que conferia efeito paralisante a **absolutamente todas** decisões colegiadas de segunda instância, transformando as Cortes Superiores em terceiro e quarto graus de jurisdição, não é a solução

ADC 44 / DF

adequada e não se coaduna, ao meu ver, com as competências atribuídas pela Constituição às Cortes Superiores.

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

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

Como dito, o art. 283 do CPP, **em regra**, exige o trânsito em julgado para a eficácia dos provimentos jurisdicionais condenatórios em geral. As regras dos arts. 637 do CPP c/c a dos arts. 995 e 1.029, § 5º, ambos do CPC, ao atribuir efeito meramente devolutivo aos recursos extraordinário e especial, excepcionam a regra geral do art. 283 do CPP, permitindo o início da execução quando o provimento condenatório for proferido por Tribunal de Apelação.

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

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

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

Assim, não reconheço aplicabilidade dos preceitos

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

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

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

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

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

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

Nessas situações, faz sentido afirmar a impossibilidade de retroatividade *in pejus* das alterações jurisprudenciais. Afinal, o cidadão

ADC 44 / DF

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

ADC 44 / DF

entendimentos jurisprudenciais estaria permitida apenas às hipóteses em que o entendimento jurisprudencial se refere à configuração do fato como ilícito, mas não nas hipóteses como a presente.

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

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

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

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

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

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

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

ADC 44 / DF

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

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

Reitero toda vênua ao e. Relator, reconhecendo do 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.

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

De consequência, indefiro a cautelar requerida.