

05/10/2016

PLENÁRIO

**MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DECLARATÓRIA DE
CONSTITUCIONALIDADE 43 DISTRITO FEDERAL**

VOTO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Eu vou pedir vênia 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.

Como fiz ao proferir um longo voto no HC 84.078, relatado pelo eminente Ministro Eros Grau, quero reafirmar, assim como expressou o Ministro Marco Aurélio naquela oportunidade, que não consigo 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 tal garantia.

Eu me recordo que, daquela feita, o Ministro Eros Grau, com muita propriedade ao meu ver, disse que nem mesmo constelações de ordem prática - dizendo que ninguém mais vai ser preso, que os tribunais superiores vão ser inundados de recursos -, nem mesmo esses argumentos importantes, que dizem até com a efetividade da Justiça, podem ser evocados para ultrapassar esse princípio fundamental, o postulado da presunção de inocência.

Pois bem, consigno que as constituições modernas surgiram na esteira das revoluções liberais do século XVIII como expressão da vontade do povo soberano, veiculada por seus representantes nos parlamentos.

Desde então, revestiram-se da forma escrita para conferir rigidez aos

ADC 43 MC / DF

seus comandos eis que foram concebidas como instrumentos para conter o poder absoluto dos governantes, inclusive dos magistrados.

Apesar de sua rigidez, logo se percebeu que as constituições não poderiam permanecer estáticas, pois 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 alterações.

Resumem-se basicamente a dois: um formal, em que determinado preceito é modificado pelo legislador ou mediante interpretação judicial, e outro informal, no qual ele cai em desuso por não corresponder mais à realidade dos fatos.

Seja qual for a maneira como se dá a mutação do texto constitucional, este jamais poderá vulnerar os valores fundamentais que lhe dão sustentação.

A Constituição Federal de 1988 definiu tais barreiras em seu art. 60, § 4º, denominadas de cláusulas pétreas, 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 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 cerca de 100 milhões de processos a cargo de pouco mais de 16 mil juízes, obrigados, inclusive, a cumprir metas de produtividade fixadas pelo Conselho Nacional de

ADC 43 MC / DF

Justiça - CNJ.

Salta aos olhos que em tal sistema o qual, de resto, convive com a intolerável existência de aproximadamente 700 mil presos, encarcerados em condições sub-humanas, dos quais 40% são provisórios, multiplica-se exponencialmente a possibilidade do cometimento de erros judiciais por magistrados de primeira e segunda instâncias.

Daí a relevância da presunção de inocência, concebida pelos constituintes originários no art. 5º, LVII, da Constituição em vigor, com a seguinte dicção: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença criminal condenatória, o que subentende decisão final dos tribunais superiores”.

Afigura-se até compreensível que alguns magistrados queiram flexibilizar essa tradicional garantia para combater a corrupção endêmica que assola o país.

Nem sempre emprestam, todavia, 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.

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.

Com maior razão não é dado aos juízes fazê-lo por meio da estreita via da interpretação, pois esbarrariam nos intransponíveis obstáculos das cláusulas pétreas, verdadeiros pilares de nossas instituições democráticas.

A questão trazida nesta ação declaratória de constitucionalidade diz

ADC 43 MC / DF

respeito à possibilidade ou não de execução da pena logo após julgamento do recurso em segundo grau de jurisdição, haja vista a tese fixada pelo Plenário desta Suprema Corte no julgamento do HC 126.292/SP, de relatoria do saudoso Ministro Teori Zavascki.

No entanto, observo que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal - STF se consolidou no sentido de que ofende o princípio da presunção de inocência, insculpido no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, a execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, ressalvada a hipótese de prisão cautelar, desde que presentes os requisitos autorizadores previstos no art. 312 do Código de Processo Penal.

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” (art. 5º, LVII, da CF/1988).

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.

Como se sabe, a nossa Constituição não é uma mera folha de papel, que pode ser rasgada sempre que contrarie as forças políticas do momento.

Ao revés, a Constituição da República possui força normativa suficiente, de modo que os seus preceitos, notadamente aqueles que garantem aos cidadãos direitos individuais e coletivos, previstos no seu art. 5º, sejam obrigatoriamente observados, ainda que os anseios momentâneos, mesmo aqueles mais nobres, a exemplo do combate à corrupção, requeiram solução diversa, uma vez que, a única saída

ADC 43 MC / DF

legítima para qualquer crise consiste, justamente, no incondicional respeito às normas constitucionais.

Isso porque não se deve fazer política criminal em face da Constituição, mas sim, com amparo nela.

Ora, a Constituição Federal atribuiu ao Supremo Tribunal Federal inúmeras e relevantíssimas atribuições, dentre as quais a mais importante é a guarda da própria Constituição (art. 102).

Nesse sentido, com a devida vênia à corrente majoritária que se formou no julgamento do HC 126.292/SP, naquela assentada, o Plenário da Suprema Corte extraiu do art. 5º, LVII, da Constituição, um sentido que dele não se pode e nem, no mais elástico dos entendimentos, se poderia extrair, vulnerando, conseqüentemente, mandamento constitucional claro, direto e objetivo, protegido, inclusive, pelo próprio texto constitucional contra propostas de emendas constitucionais tendentes a aboli-lo, conforme dispõe o art. 60, § 4º, IV, da Carta.

Ressalto que não se mostra possível ultrapassar 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 juriconsultos de antanho, *in claris cessat interpretatio*. E o texto do inciso LVII do art. 5º da Carta Magna, além de ser claríssimo, à toda a evidência, não permite uma inflexão jurisprudencial de maneira a dar-lhe uma interpretação *in malam partem*.

Em consonância com o dispositivo constitucional supramencionado, o art. 283 do Código de Processo Penal e o art. 594 do Código de Processo Penal Militar dispõem, respectivamente, que:

“Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade

ADC 43 MC / DF

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”.

“Art. 594. Transitando em julgado a sentença que impuser pena privativa da liberdade, se o réu já estiver preso ou vier a ser preso, o auditor ordenará a expedição da carta de guia, para o cumprimento da pena”.

Ao comentar o dispositivo da lei processual penal, Eugênio Paccelli consigna que “a nova redação dada ao art. 283 do CPP constitui, inegavelmente, empecilho à execução provisória da pena”. O referido autor afirma, ainda, que,

“[a]ntes dela (da Lei nº 132.403/11), a determinação constitucional no sentido de que toda prisão decorreria de ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente já impunha a regra da proibição da execução provisória.

No entanto, pensamos que a previsão legal de imposição de prisão antes do trânsito em julgado poderia autorizar uma interpretação conforme (à Constituição), para o fim de, excepcionalmente, aplicar-se a execução provisória, quando ausentes quaisquer dúvidas a respeito da condenação e da imposição concreta de sua modificação nas instâncias extraordinárias.

Agora, como se vê, também essa porta parece fechada. A própria Lei impede o juízo de exceção à regra geral da proibição da execução provisória”¹(grifei).

No mesmo sentido é a posição de Guilherme de Souza Nucci, para quem “a solidificação da pena, após a sentença condenatória, perpetua-se

1 PACELLI, Eugênio e FISCHER, Douglas. *In Comentários ao código de processo penal e sua jurisprudência*. 9. ed. rev. e atual. - São Paulo: Atlas, 2017, pág. 590.

ADC 43 MC / DF

em face do trânsito em julgado”. Segundo o mencionado doutrinador, “essa situação processual sempre obteve, doutrinária e jurisprudencialmente, uma única definição: forma-se a coisa julgada material (trânsito em julgado), quando se esgotam todos os recursos possíveis contra determinada decisão”².

Ademais, deve ser mencionado que a Lei de Execução Penal também exige, para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade, o trânsito em julgado da sentença condenatória. Essa é a inteligência do art. 105, combinado com o art. 107, *in verbis*:

“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.

[...]

Art. 107. Ninguém será recolhido, para cumprimento de pena privativa de liberdade, sem a guia expedida pela autoridade judiciária.”

Não pode ser esquecido, também, que, até o momento, não houve declaração de inconstitucionalidade dos referidos dispositivos infraconstitucionais, de modo que, com espreque no art. 5º, LVII, da Constituição, todos são plenamente aplicáveis.

Outrossim, observo que, em nosso sistema jurídico, desde 1988, o trânsito em julgado da decisão condenatória sempre se deu com o esgotamento de todos os recursos e instâncias ordinárias e extraordinárias.

Ademais, foi opção do constituinte de 1998 exigir o trânsito em julgado da decisão condenatória, ao invés do esgotamento do duplo grau

2 *In Código de processo penal comentado*. 16 ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2017, pág. 730.

ADC 43 MC / DF

de jurisdição, para considerar o acusado “culpado” pelo cometimento de um crime. Nesse sentido, ainda que o sistema do duplo grau de jurisdição seja adotado em outros países, o Estado brasileiro é soberano em suas escolhas políticas e jurídicas.

Por conseguinte, entendo que a detenção de alguém, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, reveste-se de caráter excepcional, sendo regra – nos países civilizados – a preservação da liberdade de ir e vir das pessoas. Assim, afigura-se inadmissível que a finalidade da custódia cautelar, qualquer que seja a modalidade (prisão em flagrante, prisão temporária, prisão preventiva, prisão decorrente de decisão de pronúncia ou prisão em razão de sentença penal condenatória recorrível) seja deturpada a ponto de configurar uma antecipação do cumprimento de pena.

Se, por um lado, o princípio constitucional da presunção de inocência não resta malferido diante da previsão em nosso ordenamento jurídico das prisões cautelares, desde que observados os requisitos legais, por outro, não permite que o Estado trate como culpado aquele que não sofreu condenação penal transitada em julgado, sobretudo sem qualquer motivação idônea para restringir antecipadamente sua liberdade.

Como se vê, a subtração antecipada desse direito fundamental somente é lícita se estiver arrimada em bases empíricas concretas. Inexiste em nosso sistema legal, insisto, a prisão automática.

A custódia antes da condenação transitada em julgado, como se sabe, apenas é autorizada se demonstrada a real necessidade com a satisfação dos pressupostos a que se refere o art. 312 do Código de Processo Penal, não bastando, frise-se, a mera explicitação literal de tais condicionantes. Nesse sentido, Renato Brasileiro Lima afirma que “é indispensável que o magistrado aponte, de maneira concreta, as circunstâncias fáticas que apontam no sentido da adoção da medida

ADC 43 MC / DF

cautelar, sob pena de manifesta ilegalidade do decreto prisional” (LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*, vol. 1. Niterói-RJ: Impetus, 2011. p. 1.373).

No HC 115.613/SP, de relatoria do Ministro Celso de Mello, a Segunda Turma desta Suprema Corte também referendou esse entendimento:

“[...]

A PRISÃO CAUTELAR CONSTITUI MEDIDA DE NATUREZA EXCEPCIONAL. - A privação cautelar da liberdade individual reveste-se de caráter excepcional, somente devendo ser decretada em situações de absoluta necessidade. A prisão preventiva, 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 presença de indícios suficientes 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. - A questão da decretabilidade da prisão cautelar. Possibilidade excepcional, 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.”

Destaco, ainda, que ao tratarmos de cerceamento da liberdade individual, a decisão judicial correspondente há de ter em conta o princípio da individualização da pena, abrigado no art. 5º, XLVI, do Texto Magno, que não admite qualquer prisão baseada em expressões vagas ou genéricas. Em outras palavras, precisa levar em consideração a situação particular do condenado.

Essa é a orientação pacífica deste Supremo Tribunal, segundo a qual:

ADC 43 MC / DF

“A exigência de motivação da individualização da pena – hoje, garantia constitucional do condenado (CF, arts. 5º, XLVI, e 93, IX) –, não se satisfaz com a existência na sentença de frases ou palavras quaisquer, a pretexto de cumpri-la: a fundamentação há de explicitar a sua base empírica, e esta, de sua vez, há de guardar relação de pertinência, legalmente adequada, com a exasperação da sanção penal, que visou a justificar” (HC 69.419/MS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence).

Ressalto que esta Corte, ao analisar a vedação de progressão de regime nos crimes hediondos, decidiu pela sua inconstitucionalidade, haja vista que a aplicação genérica da norma afrontaria o princípio da individualização da pena. Creio que o mesmo acontecerá se o Plenário do Supremo Tribunal Federal, numa espécie de sentença normativa, definir que o condenado em segunda instância deve iniciar o cumprimento de sua pena de forma antecipada, antes do trânsito em julgado da condenação. Por tal motivo, deve ser feita a ressalva de que “poderá” haver o início do cumprimento da reprimenda, se preenchidos os requisitos de cautelaridade, analisados caso a caso, sob pena de afrontar o princípio da individualização da pena, outrora tão defendido por esta Suprema Corte.

Contudo, não se ignora que, com o triunfo das revoluções liberais no já longínquo século XVIII, 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”. No mesmo diapasão, é possível afirmar, com segurança, que não se pode hoje atender a uma determinação judicial ou, pior, mandar alguém para a prisão simplesmente porque *le juge le veut*, quer dizer, porque “o juiz o quer”.

Daí a previsão - ainda que tardiamente acolhida entre nós - dos arts. 5º, LXI, e 93, IX, da Constituição de 1988, os quais exigem expressamente a motivação das ordens judiciais, que não podem emanar da simples vontade subjetiva dos julgadores e nem veicular meras fórmulas legais ou

ADC 43 MC / DF

jurisprudenciais desapegadas de um contexto fenomenológico real e concreto.

Com efeito, a antecipação do cumprimento da pena, em qualquer grau de jurisdição, somente pode ocorrer mediante um pronunciamento específico e fundamentado que demonstre, à sociedade, e com base em elementos concretos, a necessidade da custódia cautelar.

Aliás, constata-se que, a partir do entendimento do STF, o qual, por julgamento majoritário, restringiu o princípio constitucional da presunção de inocência, prisões passaram a ser decretadas, após a prolação de decisões de segundo grau, de forma automática, na maior parte das vezes, como já afirmado, sem qualquer fundamentação idônea. Esse retrocesso jurisprudencial, de resto, como se viu, mereceu o repúdio praticamente unânime dos especialistas em direito penal e processual penal, em particular daqueles que militam na área acadêmica.

Observe-se, além disso, que a decisão proferida no HC 126.292/SP, de relatoria do Ministro Teori Zavascki, não respeitou, necessariamente, o princípio do duplo grau de jurisdição, uma vez que deu azo ao início do cumprimento de pena tanto do indivíduo absolvido em primeiro grau e condenado em segundo grau de jurisdição, bem como daquele que apenas foi condenado em segunda instância, por ter foro por prerrogativa de função em Tribunal de Justiça ou em Tribunal Regional Federal.

Essa última hipótese, inclusive, tive a oportunidade de analisar, no exercício da Presidência (art. 13, VIII, do RISTF), quando deferi a liminar no HC 135.752 MC/PB, de relatoria do Ministro Edson Fachin, para suspender a execução provisória do paciente, utilizando, dentre outros, os seguintes fundamentos:

“Não bastasse isso, observo que, na hipótese sob exame, nem ao menos se assegurou ao paciente o duplo grau de jurisdição, implícito no art. 5º, LV, da CF, como se observa da

leitura de trecho significativo do acórdão combatido:

'7. É verdade que, na hipótese presente, como um dos réus tem foro especial por prerrogativa de função, a Ação Penal é de competência originária do TRF, inexistindo sentença de Juiz singular anterior ao julgamento por este Órgão Colegiado. No entanto, tal situação não afasta a aplicação do entendimento do STF, uma vez que está encerrada a análise fático-probatória da Ação Penal nº 37/PB, com condenação por Órgão Colegiado. Precedentes do STJ'.

Nesse ponto, cumpre ressaltar que o duplo grau de jurisdição integra a cláusula do *due processo of law*, a qual compreende não apenas um conjunto de regras de caráter formal e substantivo destinado a assegurar a regularidade do processo judicial, mas também uma garantia material de que ninguém será arbitrariamente privado de seus direitos e liberdades.

Para que isso se concretize, na prática, é preciso que o sistema legal seja dotado de mecanismos que evitem, o mais possível, a ocorrência de erros judiciários, sob pena de transformar-se em letra morta o princípio do devido processo legal.

O direito ao reexame das decisões judiciais configura uma garantia constitucional, de caráter instrumental, pois, ademais de estar compreendida no postulado do devido princípio legal, configura axioma conatural ao atingimento dos fins últimos do próprio Estado de Direito, que se assenta, antes de mais nada, no princípio da legalidade, que não convive com qualquer tipo de arbítrio, especialmente de cunho judicial.

Os recursos, com efeito, têm uma finalidade eminentemente política, visto que constituem instrumento de proteção das liberdades individuais contra o despotismo dos agentes públicos, em geral, e a própria falibilidade dos magistrados, em particular

Desse modo, não se mostra admissível que a interpretação de normas infraconstitucionais, notadamente daquelas que

ADC 43 MC / DF

integram o Código de Processo Penal – instrumento cuja finalidade última é proteger o *jus libertatis* do acusado diante do *jus puniendi* estatal – derogue a competência constitucional estrita fixada pela Carta Magna aos diversos órgão judicantes e, mais, permita malferir o consagrado postulado do duplo grau de jurisdição na esfera criminal, nela abrigado, em distintas ocasiões acolhido, de livre e espontânea vontade, pelo Brasil, após a promulgação daquela, quando aderiu sem reservas – que fique claro – ao Pacto de San José da Costa Rica, dentre outras convenções internacionais de proteção aos direitos humanos.”

Registro, no entanto, que o eminente Relator do feito, Ministro Edson Fachin, posteriormente negou seguimento à impetração, aplicando ao caso o entendimento consolidado na Súmula 691. Em seguida, no julgamento do agravo regimental interposto, a Primeira Turma desta Suprema Corte negou provimento ao recurso.

Não custa recordar, nesta oportunidade, que a proibição do retrocesso, em matéria de direitos fundamentais, encontra-se expressamente estampada no art. 30 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, elaborada sob os auspícios da Organização das Nações Unidas, considerada pelos especialistas verdadeiro *jus cogens* em matéria de direito internacional.

No que pertine ao art. 637 do CPP, o qual dispõe ser o recurso extraordinário desprovido de efeito suspensivo, permito-me rememorar que, por ocasião do julgamento do HC 84.078/MG, de relatoria do Ministro Eros Grau, trouxe à colação o ensinamento de três eminentes professores, titulares de legislação processual, da Universidade de São Paulo, os mestres Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Filho, Antônio Scarance Fernandes, de cujas lições selecionei um pequeno trecho:

“Para o processo penal, pode-se afirmar que a

ADC 43 MC / DF

interposição, pela defesa, do recurso extraordinário ou especial, e mesmo do agravo da decisão denegatória, obsta a eficácia imediata do título condenatório penal, ainda militando em favor do réu a presunção de não culpabilidade, incompatível com a execução provisória da pena (ressalvados os casos de prisão cautelar)''.

O efeito suspensivo - diziam aqueles professores e dizem ainda, porque a achega doutrinária deles sobrevive incólume - dos recursos extraordinários, com relação à aplicação da pena, deriva da própria Constituição, devendo as regras da lei ordinária, o art. 637 do CPP, serem revistas à luz da Lei Maior.

Ademais, traçando um outro paralelo, agora entre o Direito Penal e o Direito Civil, eu queria dizer também, sempre atento, não apenas à literatura jurídica, estritamente, que é o nosso dever conhecê-la com maior profundidade, mas também atento à leitura dos historiadores e dos sociólogos brasileiros, eu vejo e constato isso, que, em nossa história, a propriedade sempre foi um valor que se sobrepôs ao valor liberdade.

Especulam os especialistas que se debruçam sobre o tema que isso talvez venha do Código Civil Napoleônico, de 1804, que consagrou o triunfo da burguesia, do estado liberal, e que deu início exatamente à economia capitalista ou consolidou a revolução industrial, repercutindo no Direito Positivo.

O Código Civil Napoleônico, todos nós sabemos, inspirou, de forma bastante intensa, o Código Civil brasileiro de 1916, elaborado, fundamentalmente, pelo grande jurista Clóvis Beviláqua, de modo a confirmar essa constatação dos historiadores, sociólogos, politólogos, em relação à prevalência ou esse valor maior que se dá à propriedade com relação à liberdade, e isto também se encontra refletido no próprio Código Penal brasileiro.

ADC 43 MC / DF

Examinando alguns tipos penais, é possível verificar que a ofensa à propriedade, tais como os crimes de furto ou roubo são punidos - claro que sopesados de forma relativa - com muito mais rigor do que os crimes contra a pessoa.

Os dois exemplos de ilícitos contra a propriedade são apenados com maior rigor do que o delito de lesão corporal, por exemplo, ou o crime contra a honra - a calúnia, a difamação, a injúria. Estes últimos com penas insignificantes se nós considerarmos que a pena mínima de furto é de dois anos, e do roubo é de quatro anos. Ou seja, no Brasil, o sistema jurídico sempre deu maior valor à propriedade.

Antes mesmo que o Ministro Marco Aurélio fizesse alusão à disparidade de tratamento que o nosso sistema jurídico dá à execução provisória, à propriedade e à liberdade, eu fazia aqui uma consulta - e eu externo meu pensamento com muita reverência, e até com um certo temor, diante do grande especialista no Código de Processo Civil, que é o Ministro Luiz Fux, um dos principais elaboradores do novo Código do Processo Civil -, mas eu verifiquei aqui, e confirmando aquilo que o Ministro Marco Aurélio acaba de afirmar, que o art. 520 do novo CPC estabelece que:

"Art. 520. O cumprimento provisório da sentença impugnada por recurso desprovido de efeito suspensivo será realizado da mesma forma que o cumprimento definitivo, sujeitando-se ao seguinte regime:

I - corre por iniciativa e responsabilidade do exequente, que se obriga, se a sentença for reformada, a reparar os danos que o executado haja sofrido;

II - fica sem efeito, sobrevindo decisão que modifique ou anule a sentença objeto da execução, restituindo-se as partes ao estado anterior e liquidando-se eventuais prejuízos nos mesmos autos;

III - se a sentença objeto de cumprimento provisório for

ADC 43 MC / DF

modificada ou anulada apenas em parte, somente nesta ficará sem efeito a execução;

IV - o levantamento de depósito em dinheiro e a prática de atos que importem transferência de posse ou alienação de propriedade ou de outro direito real, ou dos quais possa resultar grave dano ao executado, dependem de caução suficiente e idônea, arbitrada de plano pelo juiz e prestada nos próprios autos.”

Observo, ainda, o rigor com o qual o Código de Defesa do Consumidor repressende a cobrança indevida, ou seja, quando o cidadão paga pelo que não deve. Diz o parágrafo único do art. 42 da Lei Consumerista que “o consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável”.

Logo vem a necessidade de indagar-se: e o cidadão que paga com a liberdade por um crime que não cometeu, como terá esse indébito repetido?

A pergunta é oportuna, pois, no exercício da Presidência do Supremo Tribunal Federal, solicitei ao Superior Tribunal de Justiça - STJ e também à Secretaria Judiciária do STF dados sobre o percentual de condenações reformadas em recursos especiais e extraordinários.

A Secretaria-Geral do STJ respondeu que, no período entre 1º/1/2009 até 20/6/2016, 8.493 decisões em recursos especiais (REsp) ou recursos especiais com agravo (AREsp) foram proferidas em favor do réu, reformando sentenças condenatórias, de um total de 82.519 casos analisados, o que corresponde à 10,29%. Ou seja, é provável que, no período mencionado, mais de 8 mil pessoas seriam encarceradas injustamente após a condenação em segunda instância, pagando pelo que não deviam.

ADC 43 MC / DF

No âmbito do STF, os dados revelam que, mesmo após o crivo de três instâncias judiciais, 465 recursos extraordinários foram providos a favor de pessoas até então condenadas. Se considerarmos a concessão de *habeas corpus*, que muitas vezes levam à redução da pena, possibilitando a adoção de regimes menos gravoso como o semiaberto ou até mesmo o aberto, o número de condenados beneficiados sobe para 4.079, correspondente à 7,46% dos casos analisados.

Somando-se os beneficiados por decisões do STJ e do STF, chega-se a um resultado superior a 12 mil cidadãos presos indevidamente, repita-se, pagando com a liberdade pelo que não devem, ou pagando em excesso pelo crime que cometeram. Para abrigar esse montante, seriam necessários 24 novos presídios, ao custo unitário de R\$ 40 milhões de reais, conforme estudo do Conselho Nacional de Justiça. Sem levar em conta que cada preso custa ao Estado três mil reais por mês. Em conta rápida, o gasto mensal com 12 mil presos é da ordem de 36 milhões de reais.

Ou seja, em se tratando de direitos patrimoniais, o legislador pátrio, apesar de permitir a execução provisória, cercou-se de todos os cuidados para evitar qualquer prejuízo e garantir a restituição integral do bem, no caso de reversão de uma sentença posterior, por parte dos Tribunais Superiores. Mas como seria a indenização à uma pessoa que foi presa por decisão não definitiva, em segunda instância, cuja condenação ou o regime de cumprimento da pena seja reformado na via extraordinária?

Ouso responder. Em 15 de setembro de 2009, o *site* Consultor Jurídico – Conjur publicou a notícia “STJ define valor de indenizações por danos morais³”, na qual noticiou que o cidadão preso erroneamente faria

3 Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2009-set-15/stj-estipula-parametros-indenizacoes-danos-morais> > acessado em: 4/10/2016.

ADC 43 MC / DF

jus à indenização no valor de 100 mil reais. E o estupro em prédio público, crime recorrente no estado de coisas inconstitucionais que assombra o nosso sistema penitenciário, o ressarcimento é da ordem de 52 mil reais. Assim, está precificada a liberdade dos cidadãos brasileiros.

Então, vejam Vossas Excelências, com todo o respeito, há incongruência - digo isso com a maior humildade e, insisto, reverência aos votos vencedores, que agora já se consolidaram -, há uma certa disparidade, há uma certa incongruência ante o novo Código de Processo Civil, que entrou recentemente em vigor.

Quer dizer, em se tratando da liberdade, nós estamos decidindo que a pessoa tem que ser provisoriamente presa, passa presa durante anos e anos, e anos a fio e, eventualmente, depois, mantidas essas estatísticas, com a possibilidade que se aproxima de 1/5 de absolvição, não terá nenhuma possibilidade de ver restituído esse tempo em que se encontrou sob a custódia do Estado em condições absolutamente miseráveis, se me permitem o termo, haja vista que nós temos hoje no Brasil a 4ª população de presos, em termos mundiais, logo depois dos Estados Unidos, da China e da Rússia. São 600 mil presos. Desse total, 40%, ou seja, 240 mil presos são presos provisórios. Com essa nossa decisão, ou seja, na medida que nós agora autorizamos, depois de uma decisão de segundo grau, que as pessoas sejam presas, certamente, a esses 240 mil presos provisórios, nós vamos acrescentar dezenas ou centenas de milhares de novos presos.

Com a devida vênia, ousou manifestar ainda a minha perplexidade diante da guinada jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal com relação à prisão antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, sobretudo porque ocorreu logo depois de esta Suprema Corte ter assentado, na ADPF 347 e no RE 592.581/RS, que o sistema penitenciário brasileiro encontra-se em situação falimentar.

Naquela ocasião, o STF, de forma uníssona, afirmou que as prisões

ADC 43 MC / DF

do País se encontram num estado de coisas inconstitucional. Não obstante, poucas sessões depois, decidiu facilitar a entrada de acusados neste verdadeiro inferno de Dante que é o sistema prisional pátrio. Em outras palavras, abrandou esse princípio maior da Carta Magna, a presunção de inocência, que configura verdadeira cláusula pétrea.

Isso posto, defiro a medida cautelar de modo a preservar a presunção de constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, no sentido de 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.

É como voto.