

**AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE 43 DISTRITO
FEDERAL**

RELATOR : **MIN. MARCO AURÉLIO**
REQTE.(S) : **PARTIDO ECOLÓGICO NACIONAL - PEN**
ADV.(A/S) : **ANTÔNIO CARLOS DE ALMEIDA CASTRO E
OUTRO(A/S)**
INTDO.(A/S) : **PRESIDENTE DA REPÚBLICA**
ADV.(A/S) : **ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO**
AM. CURIAE. : **DEFENSORIA PUBLICA DO ESTADO DO RIO DE
JANEIRO**
PROC.(A/S)(ES) : **DEFENSOR PUBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO
DE JANEIRO**
AM. CURIAE. : **INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA**
ADV.(A/S) : **AUGUSTO DE ARRUDA BOTELHO NETO**
AM. CURIAE. : **INSTITUTO BRASILEIRO DE CIENCIAS CRIMINAIS -
IBCCRIM**
ADV.(A/S) : **THIAGO BOTTINO DO AMARAL**
AM. CURIAE. : **DEFENSORIA PÚBLICA-GERAL DA UNIÃO**
PROC.(A/S)(ES) : **DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DA UNIÃO**
AM. CURIAE. : **INSTITUTO IBERO AMERICANO DE DIREITO
PÚBLICO - CAPÍTULO BRASILEIRO - IADP**
ADV.(A/S) : **FREDERICO GUILHERME DIAS SANCHES**
ADV.(A/S) : **VANESSA PALOMANES SANCHES**
AM. CURIAE. : **INSTITUTO DOS ADVOGADOS DE SAO PAULO -
IASP**
ADV.(A/S) : **JOSÉ HORÁCIO HALFELD REZENDE RIBEIRO**
AM. CURIAE. : **ASSOCIAÇÃO DOS ADVOGADOS DE SÃO PAULO -
AASP**
ADV.(A/S) : **LEONARDO SICA**
AM. CURIAE. : **ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DOS ADVOGADOS
CRIMINALISTAS - ABRACRIM**
ADV.(A/S) : **ALEXANDRE SALOMÃO**

VOTO

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI:

ADC 43 / DF

1. Em exame duas ações declaratórias de constitucionalidade que, com causas de pedir semelhantes, objetivam a confirmação da presunção de constitucionalidade do artigo 283, do Código de Processo Penal, na redação que lhe foi conferida pela Lei 12.403/11, que vem a ser a seguinte: *“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”*.

A primeira das ações, subscrita pelo Partido Ecológico Nacional – PEN, veicula objeto ligeiramente mais amplo, porque também busca obter, em uma de suas postulações subsidiárias, interpretação conforme à Constituição de dispositivo originário do CPP, o art. 637, 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 execução da sentença”*. A circunstância de ser esta norma anterior à Constituição Federal de 1988 impeliu a que se acrescentasse ao pedido principal da ADC um outro, a ser apreciado a depender do resultado do julgamento, de recebimento da ação como arguição de descumprimento de preceito fundamental.

No geral, tanto o partido político proponente quanto o Conselho Federal da OAB – que patrocina a segunda ação – narram que a partir do julgamento, por este Plenário, do HC 126.292/SP, de minha relatoria, ocorrido em 17 de fevereiro deste ano (2016), ter-se-ia instalado no ordenamento e no cotidiano judiciário uma atmosfera de controvérsia relativa à idoneidade constitucional do art. 283 do CPP, que decorreria da sua aparente incompatibilidade com o entendimento sufragado no precedente, segundo o 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”*.

A tensão entre o conteúdo dessa conclusão seria acentuada pelo fato de que (a) até então, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal abonaria conclusão em sentido contrário, não consentindo com a

ADC 43 / DF

execução provisória da pena (e.g. HC 84.078, Rel. Min. Eros Grau, j. em 5/2/09); (b) a alteração do texto do art. 283 do CPP teria sido motivada pela consolidação do entendimento anteriormente prestigiado pelo STF; (c) o *leading case* que sustentou a revisão jurisprudencial não fez juízo quanto à atual redação do art. 283 do CPP, incidindo em atentado à cláusula de reserva de colegiado e, simultaneamente, ao enunciado da Súmula Vinculante 10; e (d) embora não seja dotado de eficácia vinculante e de alcance subjetivo universal, o último precedente sobre o tema tem inegável relevância como paradigma interpretativo para os demais Tribunais do país. Esses elementos caracterizariam “controvérsia judicial relevante”, tornando cabível a ação declaratória de constitucionalidade, nos termos do art. 14, III, da Lei 9.868/99.

Quanto ao mérito, sustentam os requerentes que a atual versão do art. 283 do CPP é obra editada pelo legislador brasileiro dentro de sua liberdade de conformação, e que, ao erigir o padrão processual de trânsito em julgado em essencial à execução de pena privativa de liberdade, ela potencializou legitimamente outros preceitos da Constituição Federal de 88, tais como os princípios da presunção de inocência (art. 5º, LVII) e do *in dubio pro reo*. E, ao encampar uma dimensão humanística do direito em favor da liberdade do cidadão contra possíveis arbítrios do Estado, a garantia do art. 283 do CPP deveria ter sua legitimidade apreciada com bastante comedimento, não podendo o Supremo Tribunal Federal – numa espécie de superinterpretação – esvaziar os limites semânticos mínimos do art. 5º, LVII da CF, de modo a reescrevê-lo. Argumenta-se igualmente que a declaração de inconstitucionalidade do art. 283 do CPP resultaria em admitir prisão sem previsão legal, em detrimento da reserva absoluta de lei em sentido estrito em matéria penal, garantia presente tanto na CF como em normas internacionais que obrigam o Brasil, como o Pacto de San Jose da Costa Rica. E invoca-se, ainda, o princípio da impossibilidade de aplicação retroativa da alteração jurisprudencial, tendo em vista a garantia do art. 5º, XL, que impediria a piora da situação dos réus. Também são lembradas as circunstâncias precárias dos estabelecimentos carcerários do

ADC 43 / DF

país, que resultaram no deferimento, pelo Plenário, de medida cautelar na ADPF 347, com o reconhecimento de um estado de coisas inconstitucional neste particular.

A partir dessas razões, postulam os requerentes a concessão de medida cautelar para impedir a execução provisória de novas penas de prisão, bem como para suspender a execução de todas que tenham sido decretadas antes do trânsito em julgado, com fundamento no precedente do HC 126.292. No caso da ADC 43, há também requerimentos subsidiários para que, cautelarmente, seja (a) conferida interpretação conforme ao art. 283 do CPP, a fim de determinar a aplicação analógica das medidas alternativas à prisão previstas no art. 319 do CPP; ou, subsidiariamente, (b) interpretação conforme do art. 637 do CPP, restringindo-se a *“não produção do efeito suspensivo aos recursos extraordinários, e condicionando a aplicação da pena à análise da causa criminal pelo STJ quando houver a interposição do recurso especial”*.

Estes são os pedidos ora apreciados.

2. O cabimento de ambas as medidas aqui examinadas parece fora de qualquer disceptação. Conforme tive oportunidade de discorrer quando do julgamento da RCI 4.335, julgada em 20.3.14, as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle incidental de constitucionalidade – conquanto dotadas de uma ampla vocação expansiva – não desencadeiam diretamente a competência do Tribunal para, mediante reclamação, revisar atos eventualmente desconformes com o seu conteúdo. Essa compreensão foi recentemente corroborada pela Lei 13.256/16, que alterou o CPC/15 para excluir, do rol de hipóteses de cabimento da reclamação, o atentado a *“acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos, quando não esgotadas as instâncias ordinárias”*. Isso quer dizer que nosso ordenamento ainda não atribui, às decisões do STF prolatadas em controle de constitucionalidade em via de exceção, eficácia *erga omnes*, mas apenas uma força persuasiva qualificada.

ADC 43 / DF

Ao julgar o precedente do HC 126.292, de minha relatoria, o Tribunal realmente procedeu a uma reformulação da jurisprudência que vinha aplicando até então, emitindo juízo que, embora proferido em causa subjetiva – e, por isso, desprovido de exigibilidade imediata em relação às demais instâncias judiciárias – endossou mensagem de olhar diverso a respeito do princípio da presunção de inocência, a repercutir, pois, na legislação infraconstitucional correlata, a exemplo do invocado art. 283 do CPP. Essas circunstâncias geram implicações naturalmente negativas para a higidez da ordem jurídica e enseja o surgimento de múltiplos impasses, estado de coisas que, pela sua relevância, enquadra-se na categoria de “controvérsia judicial e relevante”, permitindo o conhecimento das ações declaratórias de constitucionalidade.

Quanto ao pedido subsidiário formulado na ADC 43, de conhecimento da ação como ADPF para permitir análise a respeito do art. 637 do CPP, tampouco há qualquer objeção. Como a Corte veio a afirmar no julgamento da ADI 5316 MC, Rel. Min. Luiz Fux, a cumulação de pedidos é instituto processual perfeitamente adaptável aos processos de natureza objetiva – já naturalmente caracterizados por sua natureza dúplice –, e encontra plena justificativa nas hipóteses em que for necessária a avaliação de um conjunto de diferentes normas, de origem nem sempre contemporânea.

3. Superados esses pontos, passo à análise do mérito da controvérsia. O que se afirmou, quando do julgamento do HC 126.292, foi que a presunção de inocência, encampada pelo art. 5º, LVII, é uma garantia de sentido processualmente dinâmico, cuja intensidade deve ser avaliada segundo o âmbito de impugnação próprio a cada etapa recursal, em especial quando tomadas em consideração as características próprias da participação dos Tribunais Superiores na formação da culpa, que são sobretudo duas: (a) a impossibilidade da revisão de fatos e provas; e (b) a possibilidade da tutela de constrangimentos ilegais por outros meios processuais mais eficazes, nomeadamente mediante *habeas corpus*.

Embora a ação de *habeas corpus* não deva ser utilizada para estimular

ADC 43 / DF

técnicas defensivas *per saltum*, é inevitável reconhecer que a jurisdição dos Tribunais Superiores em relação a imputações, condenações e prisões ilegítimas é, na grande maioria dos casos, “antecipada” pelo conhecimento deste instrumento constitucional de proteção das liberdades, que desfruta de ampla preferencialidade normativa em seu favor, seja constitucional, legal ou regimentalmente. Isso vai a ponto de percebermos que, em qualquer Tribunal, há Câmaras, Seções ou Turmas cuja competência é integralmente (ou quase) dedicada ao julgamento dessa *persona* processual, formando verdadeiros “colegiados de garantias”, cujo âmbito de cognição é muito maior do que aquele inerente aos recursos de natureza extraordinária.

Foi à vista da ampla receptividade do sistema processual brasileiro à ação constitucional do *habeas corpus* e da restrita participação dos Tribunais Superiores na definição de aspectos da culpa que o Supremo Tribunal Federal veio a concluir que a presunção de inocência não impede irremediavelmente o cumprimento da pena. A dignidade defensiva dos acusados deve ser calibrada, em termos de processo, a partir das expectativas mínimas de justiça depositadas no sistema de justiça criminal do país. Se de um lado a presunção de inocência – juntamente com as demais garantias de defesa – devem viabilizar ampla disponibilidade de meios e oportunidades para que o acusado possa intervir no processo crime em detrimento da imputação contra si formulada, de outro, ela não pode esvaziar o sentido público de justiça que o processo penal deve ser minimamente capaz de prover para garantir a sua finalidade última, de pacificação social.

Segundo os requerentes, essa interpretação, a respeito da garantia da presunção da inocência ou não culpabilidade, contradiz os termos do art. 283 do CPP. O raciocínio, porém, não procede.

4. Foram estas as razões que me levaram a denegar a ordem no julgamento do HC 126.292:

3. A possibilidade da execução provisória da pena privativa de liberdade era orientação que prevalecia na

ADC 43 / DF

jurisprudência do STF, mesmo na vigência da Constituição Federal de 1988. Nesse cenário jurisprudencial, em caso semelhante ao agora sob exame, esta Suprema Corte, no julgamento do HC 68.726 (Rel. Min. Néri da Silveira), realizado em 28/6/1991, assentou que a presunção de inocência não impede a prisão decorrente de acórdão que, em apelação, confirmou a sentença penal condenatória recorrível, em acórdão assim ementado:

“Habeas corpus. Sentença condenatória mantida em segundo grau. Mandado de prisão do paciente. Invocação do art. 5º, inciso LVII, da Constituição. Código de Processo Penal, art. 669. A ordem de prisão, em decorrência de decreto de custódia preventiva, de sentença de pronúncia ou de decisão e órgão julgador de segundo grau, é de natureza processual e concernente 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. 5º, inciso LVII, da Constituição. De acordo com o § 2º do art. 27 da Lei nº 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 estão as instâncias ordinárias criminais, não sendo, assim, ilegal o mandado de prisão que órgão julgador de segundo grau determina se expeça contra o réu. Habeas corpus indeferido”.

Ao reiterar esses fundamentos, o Pleno do STF asseverou que, “com a condenação do réu, fica superada a alegação de falta de fundamentação do decreto de prisão preventiva”, de modo que “os recursos especial e extraordinário, que não têm efeito suspensivo, não impedem o cumprimento de mandado de prisão” (HC 74.983, Rel. Min. Carlos Velloso, julgado em 30/6/1997).

E, ao reconhecer que as restrições ao direito de apelar em liberdade determinadas pelo art. 594 do CPP (posteriormente revogado pela Lei 11.719/2008) haviam sido recepcionadas pela

ADC 43 / DF

Constituição Federal de 1988, o Plenário desta Corte, nos autos do HC 72.366/SP (Rel. Min. Néri da Silveira, DJ 26/1/1999), mais uma vez invocou expressamente o princípio da presunção de inocência para concluir pela absoluta compatibilidade do dispositivo legal com a Carta Constitucional de 1988, destacando, em especial, que a superveniência da sentença penal condenatória recorrível imprimia acentuado “juízo de consistência da acusação”, o que autorizaria, a partir daí, a prisão como consequência natural da condenação.

Em diversas oportunidades – antes e depois dos precedentes mencionados –, as Turmas do STF afirmaram e reafirmaram que o princípio da presunção de inocência não inibia a execução provisória da pena imposta, ainda que pendente o julgamento de recurso especial ou extraordinário: HC 71.723, Rel. Min. Ilmar Galvão, Primeira Turma, DJ 16/6/1995; HC 79.814, Rel. Min. Nelson Jobim, Segunda Turma, DJ 13/10/2000; HC 80.174, Rel. Min. Maurício Corrêa, Segunda Turma, DJ 12/4/2002; RHC 84.846, Rel. Carlos Velloso, Segunda Turma, DJ 5/11/2004; RHC 85.024, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, DJ 10/12/2004; HC 91.675, Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJe de 7/12/2007; e HC 70.662, Rel. Min. Celso de Mello, Primeira Turma, DJ 4/11/1994; esses dois últimos assim ementados:

“*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 suspensivo. (...) 3. *Habeas corpus* denegado.

“(...) - A INTERPOSIÇÃO DE RECURSO ESPECIAL NÃO

ADC 43 / DF

IMPEDE - PRECISAMENTE POR SE TRATAR DE MODALIDADE DE IMPUGNAÇÃO RECURSAL DESVESTIDA DE EFEITO SUSPENSIVO - A IMEDIATA EXECUÇÃO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA, INVIABILIZANDO, POR ISSO MESMO, A CONCESSÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA MEDIANTE FIANÇA”.

Ilustram, ainda, essa orientação as Súmulas 716 e 717, aprovadas em sessão plenária realizada em 24/9/2003, cujos enunciados têm por pressupostos situações de execução provisória de sentenças penais condenatórias. Veja-se:

Súmula nº 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 nº 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.

A alteração dessa tradicional jurisprudência – que afirmava a legitimidade da execução da pena como efeito de decisão condenatória recorrível – veio de fato a ocorrer, após debates no âmbito das Turmas, no julgamento, pelo Plenário, do HC 84.078/MG, realizado em 5/2/2009, oportunidade em que, por sete votos a quatro, assentou-se que o princípio da presunção de inocência se mostra incompatível com a execução da sentença antes do trânsito em julgado da condenação.

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.

ADC 43 / DF

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 conseqüente 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 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*

ADC 43 / DF

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 palavras, com o

ADC 43 / DF

juízo 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

ADC 43 / DF

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. 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

ADC 43 / DF

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 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

ADC 43 / DF

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'.

(...)

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 norte-americano 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.

ADC 43 / DF

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, 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

ADC 43 / DF

(...)

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 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

ADC 43 / DF

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.

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**

ADC 43 / DF

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

ADC 43 / DF

de declaração, o qual, conhecido, mas 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

ADC 43 / DF

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 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*

ADC 43 / DF

de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência.

As razões de meu convencimento, além daquelas constantes do julgamento do HC 126.292, foram ainda sinaladas nos embargos de declaração no HC 126.292, submetidos à julgamento no Plenário Virtual do STF. Eis os pontos mais relevantes:

“(…) 2. As razões recursais evidenciam, claramente, que, quanto aos demais pontos, não há ambiguidade, omissão, obscuridade ou contradição a ser sanada. O que se pretende é, na verdade, uma nova apreciação da matéria, para o que não se prestam os embargos declaratórios, cujo âmbito está delimitado pelo art. 619 do CPP. Pode-se, quem sabe, objetar que houve omissão consistente na ‘declaração da inconstitucionalidade do art. 283, *caput*, do Código de Processo Penal’, inserto no Título IX, que trata das prisões, das medidas cautelares e da liberdade provisória. Mas nem essa objeção procede. A dicção desse dispositivo, cujo fundamento constitucional de validade é o princípio da presunção de inocência, comunga, a toda evidência, da mesma interpretação a esse atribuída. Assim, o controle da legalidade das prisões decorrentes de condenação sem o trânsito em julgado submete-se aos mesmos parâmetros de interpretação conferidos ao princípio constitucional. Equivale a dizer que a normatividade ordinária deve compatibilizar-se com a Constituição, dela extraindo fundamento inequívoco de legitimidade. Aliás, a propósito da temática, o Ministro Roberto Barroso, em seu voto, bem sintetizou a questão ao afirmar que ‘naturalmente, não serve o art. 283 do CPP para impedir a prisão *após a condenação em segundo grau* – quando já há certeza acerca da materialidade e autoria – por fundamento diretamente constitucional’; afinal, ‘interpreta-se a legislação ordinária à luz da Constituição, e não o contrário.’.

Sinale-se que esse dispositivo do art. 283 do CPP teve que conviver com o disposto no seu art. 27, § 2º, segundo a qual os

ADC 43 / DF

recursos especiais e extraordinários (inclusive os criminais) devem ser recebidos apenas no efeito devolutivo. Esse dispositivo de lei foi, é certo, revogado pelo novo CPC (Lei 13.105/15), o qual, todavia, manteve o mesmo regime aos referidos recursos (CPC, art. 995). A solução para permitir a convivência harmônica do art. 283 do CPP com os dispositivos que sempre conferiram efeito apenas devolutivo aos recursos para instâncias extraordinárias, sem reconhecer a revogação ou a inconstitucionalidade de qualquer deles (*v.g.* Lei de Execução Penal, arts. 105 e 147), foi essa adotada pelo acórdão embargado, como também já havia sido a da jurisprudência anterior ao 2008, do Supremo Tribunal Federal.

3. Para além da inexistência de omissão, é preciso reafirmar que a interpretação do princípio da presunção de inocência conferida pelo acórdão embargado de modo algum inviabiliza ou sequer dificulta o acesso do condenado em segundo grau ao Superior Tribunal de Justiça ou ao Supremo Tribunal Federal. Pelo contrário, a realidade nos mostra, todos os dias, que, com a largueza com que o STF admite a ajuizamento de *habeas corpus*, não somente os condenados, mas até os simples acusados ou investigados podem submeter à Corte Suprema qualquer lesão ou ameaça à violação, direta ou indireta, ao seu direito constitucional de liberdade de locomoção. Nesse sentido, são incontáveis os precedentes do Supremo Tribunal Federal de *habeas corpus* envolvendo questões, até mesmo processuais, surgidas antes mesmo da prolação de sentença criminal pelo juízo de origem (*v.g.* HC 123.019, Rel. Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, Dje 28/4/2016; HC 126.536, Rel. Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, Dje 28/3/2016; HC 130.219, Rel. Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, Dje 15/3/2016). Releva mencionar, ainda, que controvérsias sobre dosimetria da pena, regime prisional inicial, nulidades processuais e outras da espécie igualmente são submetidas e, não raro, apreciadas com maior agilidade que as postas em recursos de natureza extraordinária, muitas vezes

ADC 43 / DF

superando até mesmo o esgotamento da tramitação normal pelas várias instâncias anteriores (v.g. HC 132.098, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, Dje 27/4/2016; HC 131.918, Rel. Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, Dje 2/3/2016; HC 128.714, Rel. Min. Rosa Weber, Dje 16/12/2015; HC 124.022, Rel. Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, Dje 14/4/2015). Há casos em que o Tribunal admitiu habeas de *habeas corpus* mesmo para invalidar ato praticado em sede de inquérito policial (v.g. HC 115.015, Relator(a): Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, DJe de 12-09-2013), e até como substituto de ação de revisão criminal (v.g., HC 133027, Relator(a): Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, DJe de 26-04-2016; RHC 116947, Relator(a): Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, DJe de 12-02-2014).

4. E, o que é tão ou mais importante, a matéria suscetível de apreciação em *habeas corpus* é muito mais ampla do que as invocáveis em recurso extraordinário, limitado a questões constitucionais e desde que ostentam a marca da repercussão geral. Ao contrário disso, o *habeas corpus* não enfrenta maiores óbices processuais para o seu conhecimento. Registre-se, ademais, que grandes temas de direito não são estranhos ao *habeas corpus*. Mesmo sendo via processual sumária no trato dos direitos do acusado e de acentuada celeridade, nele veiculam-se questões de grande relevo, inclusive o próprio controle de constitucionalidade de preceitos normativos, com nítida repercussão no ordenamento jurídico penal. À guisa de mera exemplificação, alguns importantes julgados recentemente proferidos pelo plenário do STF em sede de *habeas corpus*: (a) análise do devido processo legal no âmbito do processo penal militar (HC 127.900, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 3/3/2016); (b) aplicação do princípio da insignificância (HC 123.108, Rel. Min. Roberto Barroso, Dje 1/02/2016); (c) impossibilidade de sopesar-se a natureza e a quantidade da droga na fixação da pena-base e, simultaneamente, na escolha da fração de redução da terceira etapa da dosimetria (HC 112.776, Rel. Min. Teori Zavascki, Dje 30/10/2014); (d)

ADC 43 / DF

declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito *ex nunc*, da obrigatoriedade de fixação do regime fechado para início do cumprimento de pena decorrente da condenação por crime hediondo ou equiparado (HC 111.840, Rel. Dias Toffoli, Dje 17/12/2013; (e) declaração de inconstitucionalidade da vedação abstrata da liberdade provisória prevista no art. 44, *caput*, da Lei 11.343/2006 (HC 104.339, Rel. Min. Gilmar Mendes, Dje 6/12/2012; (f) declaração de inconstitucionalidade da proibição de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos constante do art. 44 da Lei 11.343/2006 (HC 97.256, Rel. Min. Ayres Britto, Dje 15/12/2010).

Realidade diversa é a observada nos recursos de natureza extraordinária de alçada dos Tribunais Superiores, em geral inadmitidos com arrimo em súmulas e em entendimentos pretorianos consolidados, barreiras recursais que bem sinalizam a menor eficácia de tais vias de impugnação se comparadas com a do *habeas corpus*. Reforçam essa constatação os números obtidos em pesquisa que determinei fosse realizada nos registros do Tribunal, relativamente ao período de 2009 até março de 2016 (período em que o Tribunal adotou a tese agora reconsiderada). Nesse período, de 22610 recursos extraordinários e agravos em recursos extraordinários em matéria criminal, somente obtiveram êxito 1,7%, a maioria em favos da acusação. Apenas 0,48% foi favorável à defesa, e, mesmo assim, envolvendo temas perfeitamente suscetíveis de dedução em *habeas corpus*, com muito mais eficácia e celeridade. Muitos foram providos por força da prescrição que se consumou no aguardo de seu julgamento. Apenas num julgamento (RE 755.565), o provimento do extraordinário resultou em absolvição do recorrente, em caso em que sequer havia pena privativa de liberdade (atipicidade em contravenção penal). Nos demais e raros casos de provimento, as matérias veiculadas, em geral, estavam relacionadas à execução de pena, e não ao estado de inocência do acusado (sem falar que, como já enfatizado, tais matérias poderiam ter sido julgadas, com igual profundidade e muito maior presteza, pela simples via do

ADC 43 / DF

habeas corpus, a significar que, provavelmente, em muitos casos, o que se buscou com o recurso foi, justamente, os benefícios secundários da falta de presteza no julgamento!)”.

5. Além de considerar ausente qualquer incompatibilidade insuperável entre os termos do entendimento do Plenário no HC 126.292 e o art. 283 do CPP, penso que as demais razões intituladas pelos requerentes tampouco devam recomendar hesitações quanto à eficácia dessa interpretação. Em primeiro lugar, porque, ao contrário do que vem sendo sustentado, a decisão no HC 126.292 não representou aplicação retroativa de norma penal mais gravosa, mas apenas entendimento relativo à dinâmica processual de execução das penas privativas de liberdade, proveniente de interpretação sistemática da ordem constitucional vigente.

É de se reafirmar que, a partir da restauração do regramento do sistema recursal penal tradicionalmente adotado pelo STF, por ocasião do julgamento do HC 126.292 (Pleno, Rel. Min. Teori Zavascki), os dispositivos que sempre conferiram efeito apenas devolutivo aos recursos para as instâncias extraordinárias (art. 637 do Código de Processo Penal e art. 27, § 2º, da Lei 8.038/1990, este último revogado pelo novo Código de Processo Civil Lei 13.105/15, o qual, todavia, manteve o mesmo regime aos referidos recursos, nos arts. 995 e 1.029, § 5º) são plenamente passíveis de serem invocados para determinar-se a imediata execução da reprimenda.

Decisões de igual teor, emitidas sob o pálio do referido HC 126.292, têm a chancela deste Supremo Tribunal Federal: HC 134.814, Rel. Dias Toffoli, Dje 6/6/2016; HC 134.545, Rel. Min. Luiz Fux, Dje 2/6/2016; HC 133.862, Rel. Min. Rosa Weber, Dje 31/5/2016; HC 131.610, Rel. Min. Celso de Mello, Dje 19/5/2016; HC 134.285, Rel. Min. Edson Fachin, Dje 17/5/2016; ARE 948.738, Rel. Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, Dje 3/5/2016; e HC 125.708, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, Dje 6/6/2016, este último assim ementado:

“Agravo regimental em habeas corpus. 2. Direito Processual Penal. 3. Homicídio qualificado. Prisão decorrente

ADC 43 / DF

de sentença condenatória. 4. Superveniência de julgamentos dos recursos da defesa. Perda de objeto. 5. Condenação confirmada em apelação. 6. Alegação de impossibilidade do cumprimento da sentença condenatória antes do trânsito em julgado. Improcedência. 7. Execução provisória da pena. O Plenário, no julgamento do HC n. 126.292/SP, relatoria de Teori Zavascki, firmou entendimento de ser possível o início da execução da pena na pendência de recurso extraordinário ou especial. Isso porque, no plano legislativo, o art. 637 do CPP afirma que os recursos extraordinários não têm efeito suspensivo. 8. Agravo regimental a que se nega provimento”.

Outro fundamento invocado em abono de uma pretensa postergação dos efeitos daquele precedente é o do reconhecimento, na ADPF 347, da existência de um “estado de coisas inconstitucional” na estrutura carcerária brasileira. O argumento parece indicar, pelo menos implicitamente, que não se deveria mais aplicar pena privativa de liberdade, o que, a toda evidência, é matéria absolutamente estranha ao objeto da questão aqui em debate. Também não se pode ter como certa a indicação que também decorre implicitamente desse argumento, que são sempre injustas – e, portanto, serão invariavelmente reformadas em grau de recurso especial ou extraordinário – as condenações impostas pelas instâncias ordinárias. Não é isso que demonstra a realidade. De qualquer modo, é importante registrar que o caos do sistema carcerário se deve, em significativa medida, ao enorme número de prisões provisórias, antes de condenação alguma, notadamente por tribunal de apelação. Ademais, embora seja um cenário realmente preocupante para o Estado brasileiro como um todo, o Tribunal tem buscado soluções para impedir que as penas de privação de liberdade sejam cumpridas fora do regime apropriado, do que é exemplo o pronunciamento da Corte no RE 641.320, que resultou na edição da Súmula Vinculante 56, segundo a qual: *“a falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS”*. Diversas alternativas foram

ADC 43 / DF

colocadas à disposição do magistrado, no caso de se deparar com *déficit* de vagas no regime prisional adequado, como a colocação do condenado em prisão domiciliar ou até mesmo a concessão de liberdade eletronicamente monitorada. Em se tratando de medidas extremamente favoráveis ao apenado, a solução adequada para a problemática do cumprimento do regime prisional em local inapropriado deve passar pela exigibilidade desse enunciado, e não pela tolerância com o descumprimento das exigências constitucionais de realização da justiça criminal. Aliás, a ideia de efetividade no cumprimento da sanção imposta em juízo condenatório, diretamente relacionada ao alcance do princípio da presunção de inocência, tenderia a reparar, ou ao menos amenizar, a cultura da imposição deliberada e inconsequente de prisões preventivas como método de concretização da punição do acusado.

Por fim, também não merece acolhimento o pedido de interpretação conforme do art. 637 do CPP, pois, como enfaticamente registrado no HC 126.292, sempre haverá mecanismos aptos a inibir as consequências gravosas ao condenado advindas de equívocos incorridos pelos juízos condenatórios. 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 das decisões judiciais antecedentes. 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.

6. Aliás, no âmbito do processo penal, o próprio conceito de “trânsito em julgado” merece reflexão. A Constituição não trata da matéria, razão pela qual a jurisprudência do STF tem afirmado, reiteradamente, que

ADC 43 / DF

coisa julgada é matéria de conformação tipicamente infraconstitucional. Ora, o Código de Processo Penal não traz definição a respeito. A importação, para esse efeito, da legislação processual civil (“... decisão de mérito não mais sujeita a recurso” - CPC, art. 502), não pode ser acolhida em sua absoluta literalidade, até porque, no processo penal, a revisão criminal, que não tem prazo para proposição, está, literalmente, incluída no rol dos recursos (CPP, art. 621 e seguintes). Na verdade, em matéria penal, a jurisprudência do STF confere acentuada mobilidade ao momento da formação do trânsito em julgado, que fica, em determinados casos, condicionado a uma variável fictícia, reflexo da interpretação pretoriana na busca de solução que melhor se coaduna com a preservação da higidez processual em face da prescrição da pretensão punitiva. A expectativa do trânsito em julgado após o julgamento do recurso extraordinário no STF, por vezes, se aperfeiçoa em momento anterior ao do julgamento de recurso pendente. É o que ocorre, por exemplo, para efeito de cálculo da prescrição da pretensão punitiva estatal, que, segundo orientação do STF, os recursos especial e extraordinário somente obstarão a formação da coisa julgada quando admissíveis (v.g. HC 86.125/SP, Rel. Ellen Gracie). Na oportunidade, sem se aprofundar na discussão da controvérsia, o colegiado assentou que o recurso de natureza extraordinária inadmitido pelo tribunal de origem, em decisão confirmada pelo respectivo tribunal superior, equiparar-se-ia à situação de não interposição de recurso. Dentre os julgados que reafirmaram essa tese: ARE 791825 AgR-EDv-ED, Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, DJe-188 5/9/2016; HC 130.509/CE, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 15/10/2015; ARE 723.590 AgR/RS, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe 13/11/2013; HC 113.559/PE, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 5/2/2013; AI 788.612 AgR/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe 16/11/2012 e ARE 723590 AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe 13/11/2013, este último assim ementado:

II – O entendimento desta Corte fixou-se no sentido de que recursos extraordinário e especial indeferidos na origem, por inadmissíveis, em decisões mantidas pelo STF e STJ, não têm o condão de impedir a formação da coisa julgada, que

ADC 43 / DF

deverá retroagir à data do término daquele prazo recursal. Precedentes.

No Superior Tribunal de Justiça, a questão foi objeto de amplo debate no julgamento dos Embargos de Divergência em Agravo em Recurso Especial 386.266/SP (julgado em 12/8/2015), cuja corrente vencedora filiou-se à compreensão do STF. Conforme essa orientação, “somente nas hipóteses em que o agravo não é conhecido por esta Corte (art. 544, § 4º, I, do CPC), o agravo é conhecido e desprovido (art. 544, § 4º, II, ‘a’) e o agravo é conhecido e o especial tem seu seguimento negado por ser manifestamente inadmissível (art. 544, § 4º, II, ‘b’, 1ª parte), pode-se afirmar que a coisa julgada retroagirá à data do escoamento do prazo para a interposição do recurso admissível”. Para compor os fundamentos dos votos vencedores, ressaltou-se que (a) “no âmbito do processo penal, (...) realmente não é a interposição de recurso dentro do prazo legal que impede o trânsito em julgado da decisão judicial, mas sim a interposição de recurso cabível, pois (...) o recurso só terá o poder de impedir a formação da coisa julgada se o mérito da decisão recorrida puder ser modificado”; (b) esse entendimento coaduna-se com o princípio constitucional da duração razoável do processo; (c) há argumentos de ordem prática relacionados à inevitável impunidade advinda do indiscriminado manejo de vias processuais protelatórias pelo acusado, no intuito de alcançar a prescrição; (d) “haveria um desequilíbrio injustificável dos fins a que se presta o processo penal se, após sucessivas decisões negando ao recorrente o preenchimento dos requisitos legais e constitucionais para a continuidade da atividade recursal, pudesse, ainda assim, beneficiar-se do tempo naturalmente necessário para essa sucessão de atos decisórios se consumir. A conclusão é fortalecida ao rememorar-se que, a partir do julgamento, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, do HC nº 84.078, não mais se tem como possível a execução provisória da pena, na pendência do Recurso Extraordinário ou Especial”. Definiu-se, ainda, o momento da ocorrência do trânsito em julgado com fundamento na natureza jurídica eminentemente declaratória do juízo de inadmissibilidade recursal pelo tribunal local.

ADC 43 / DF

Desse modo, deliberou-se que “o trânsito em julgado retroagirá à data de escoamento do prazo para a interposição de recurso admissível”.

Bem se percebe, dessa controvérsia, que o conceito de coisa julgada, em processo penal, não está, necessariamente, relacionado ao julgamento de todos os recursos e à absoluta preclusão de todas as questões debatidas no processo. Aliás, a afirmação de que há regular e contínua contagem do lapso prescricional, mesmo na pendência de recursos de natureza extraordinária, é indicativo de importante e coerente reforço à tese da legitimidade da execução provisória da pena imposta ao condenado após o julgamento da apelação. Realmente, não se poderia, logicamente, sustentar o decurso do prazo da prescrição da pretensão executória (que supõe omissão *voluntária* em promover a execução) e, ao mesmo tempo, negar a possibilidade de execução da pena no mesmo período. Registre-se, ademais, que não é novidade nesta Corte 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 (v.g.: RE 839.163-QO, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, DJe de 10/2/2015, entre outros).

7. Convém enfatizar, por fim, ser absolutamente desprovida de base real a afirmação de que a improcedência desta ADC e a manutenção do entendimento adotado pelo STF no HC 126.292 iria acarretar o “injusto” encarceramento de “dezenas de milhares” de condenados, notadamente de pessoas humildes, que estão sendo defendidas pela Defensoria Pública. Essa hipótese parte do equivocado pressuposto de que há “dezenas de milhares” de recursos criminais em instâncias extraordinárias aguardando o julgamento e, mais, de que essas instâncias acolherão tais recursos e, assim, afirmarão a inocência dos recorrentes. Para ilustrar a evidente improcedência desse pressuposto, basta ter presente que, dos processos distribuídos ao STF no período de 2009 a

ADC 43 / DF

2016 (período em que se afirmou a impossibilidade de execução provisória da pena), houve um total de 22.610 recursos criminais. Desses, foram interpostos pela Defensoria Pública 2.585 REs, AREs e AIs, ou seja, apenas 11,43%. E desses, apenas 1,54% alcançaram provimento, sendo que, isso é importante, invariavelmente envolvendo matéria não relacionada à culpabilidade do acusado (em geral, prescrição e obrigatoriedade do regime fechado para crime hediondo, matérias que poderiam, com maior celeridade e eficiência, ser suscitadas em *habeas corpus*). Aliás, nesse mesmo período, a Defensoria Pública foi responsável pela impetração de 10.712 *habeas corpus*, das quais 16,15% foram concedidos, pelo menos parcialmente. Esses números reforçam a afirmação de que os *habeas corpus*, além de superarem, em muito, o número de recursos interpostos, representam meio mais eficiente para sanar eventuais ilegalidades ou arbitrariedades.

Em recente pesquisa realizada pela Fundação Getúlio (FGV *Direito Rio – Centro Justiça e Sociedade – Projeto: ‘Panaceia universal ou remédio constitucional? Habeas corpus nos Tribunais Superiores’/Habeas Corpus nos Tribunais Superiores – Propostas para Reflexão. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ano 23 – 112 – Janeiro/Fevereiro – 2015*) mapeou-se os *habeas corpus* impetrados perante os Tribunais Superiores. Relativamente aos temas com maior incidência, destacou-se a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o erro na dosimetria da pena, a prisão cautelar, a aplicação do princípio da insignificância e o excesso de prazo da prisão, ou seja, matérias majoritariamente atreladas à prisão cautelar ou às circunstâncias do cumprimento da pena. Conclui-se, portanto, que o maior reflexo de reversão no STJ seria a expressiva e contínua divergência entre as decisões dos tribunais e as do STF e STJ. A culpabilidade propriamente raramente é objeto de questionamento – e muito menos de - acolhimento pouco reformada nas instâncias extraordinárias.

8. Ante o exposto, voto pelo indeferimento da liminar, nos exatos termos dos votos divergentes que me antecederam. É o voto.