

**AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE 43 DISTRITO
FEDERAL**

RELATOR : **MIN. MARCO AURÉLIO**
REQTE.(S) : **PARTIDO ECOLÓGICO NACIONAL - PEN**
ADV.(A/S) : **PAULO FERNANDO MELO DA COSTA E
OUTRO(A/S)**
ADV.(A/S) : **HERACLES MARCONI GOES SILVA**
ADV.(A/S) : **LUCIO ADOLFO DA SILVA**
ADV.(A/S) : **LUIS SÉRGIO MONTEIRO TERRA E OUTRO(S)**
ADV.(A/S) : **MARCO VINÍCIUS PEREIRA DE CARVALHO**
INTDO.(A/S) : **PRESIDENTE DA REPÚBLICA**
ADV.(A/S) : **ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO**
INTDO.(A/S) : **PRESIDENTE DA CÂMARA DOS DEPUTADOS**
INTDO.(A/S) : **PRESIDENTE DO SENADO FEDERAL**
AM. CURIAE. : **DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO
DE JANEIRO**
PROC.(A/S)(ES) : **DEFENSOR PÚBLICO-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 DA UNIÃO**
PROC.(A/S)(ES) : **DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL**
AM. CURIAE. : **INSTITUTO IBERO AMERICANO DE DIREITO
PÚBLICO - CAPÍTULO BRASILEIRO - IADP**
ADV.(A/S) : **FREDERICO GUILHERME DIAS SANCHES**
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. : **ASSOCIACAO DOS ADVOGADOS DE SAO PAULO**
ADV.(A/S) : **LEONARDO SICA**
AM. CURIAE. : **ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DOS ADVOGADOS
CRIMINALISTAS - ABRACRIM**
ADV.(A/S) : **ALEXANDRE SALOMÃO**
AM. CURIAE. : **INSTITUTO DE GARANTIAS PENAIIS - IGP**

ADC 43 / DF

ADV.(A/S)

: ANTONIO CARLOS DE ALMEIDA CASTRO

V O T O ADC 43 e 44

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

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

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

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

Entre os extremos, não se pode, de qualquer forma, como

ADC 43 / DF

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

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

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

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

ADC 43 / DF

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

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

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

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

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

A interpretação do princípio da presunção de inocência deve ser uniforme a todos os cidadãos, qualquer que tenha sido o crime que cometeram ou estejam sendo acusados de cometer. Dito isso, convém rememorar, ainda que de forma breve como tenho feito em decisões em *Habeas Corpus* (HC 165.139), a narrativa da discussão da questão no

âmbito desta Corte, por dever de coerência e integridade.

2) Narrativa da questão no STF

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

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

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

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

Foi assim que, num diálogo externo, ocorreu a alteração do art. 283 do Código de Processo Penal, o qual, por força da lei n. 12.403/2011, teve a sua redação alterada nos seguintes termos: *“Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.”*

No entanto, apesar do debate intenso que fundou a decisão do HC

ADC 43 / DF

84.078/MG e da alteração do texto legal que lhe seguiu – que, a rigor, pouco difere do art. 105 da LEP-, a questão não parece ter sido decidida com a força – e a resignação – que natural ou impositivamente decorre de um efetivo precedente.

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

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

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

ADC 43 / DF

vigorou essa compreensão sob a égide da mesma CRFB, tempo no qual as portas do STF, para proteger a liberdade, jamais se fecharam por esse motivo.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Dito isso, reitero as minhas manifestações anteriores seja nestas ADCs, seja nos votos dos HCs, no sentido de que a interpretação do art. 283 do CPP à luz da Constituição – e, logo, não a interpretação da

ADC 43 / DF

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(...)

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

ADC 43 / DF

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

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

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

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

E é natural que o seja.

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

e a Problemática do Erro Jurídico-Penal. Revista dos Tribunais, Ano 67, Novembro 1978, Volume 517, p. 251).

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

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

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

Essas considerações materiais sobre o alcance do inciso LVII estão a indicar a plurissignificação do conceito de “culpado” nele contido. Há,

ADC 43 / DF

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

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

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

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

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

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

(HC 68037, Relator(a): Min. ALDIR PASSARINHO,

ADC 43 / DF

Segunda Turma, julgado em 10/05/1990, DJ 21-05-1993 PP-09766 EMENT VOL-01704-02 PP-00299 RTJ VOL-00148-03 PP-00729).

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

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

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

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

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

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

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

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

ADC 43 / DF

em curso não pode ser utilizada para agravar a pena; (v) não se pode suspender direitos políticos.

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

Pacto de São José da Costa Rica

“Artigo 8. Garantias judiciais

(...)

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

Convenção Europeia de Direitos Humanos

“Artigo 6º. Direito a um processo equitativo.

(...)

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

Pacto Internacional de Direito Cívico e Político

“Artigo 14

(...)

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

A proximidade dos textos está a indicar a possibilidade de que as interpretações a ele dadas sejam utilizadas para fixar o alcance do princípio. Nesse sentido, há diversos precedentes dos órgãos responsáveis pela interpretação desses tratados. O Comitê de Direitos Humanos, por exemplo, em seu Comentário Geral n. 32 (CCPR/C/GC32) afirmou que:

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

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

ADC 43 / DF

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

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

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

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

ADC 43 / DF

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

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

A resposta, com a devida vênia, é negativa.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

ADC 43 / DF

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

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

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

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

ADC 43 / DF

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

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

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

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

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

ADC 43 / DF

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

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

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

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

5) Retroatividade

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

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

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

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

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

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

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

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

Nessas situações, faz sentido afirmar a impossibilidade de

ADC 43 / DF

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

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

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

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

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

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

ADC 43 / DF

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

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

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

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

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

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

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

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

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

ADC 43 / DF

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

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

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

7) Conclusão

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

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

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

ADC 43 / DF

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

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

É como voto.

Cópia