

**MEDIDA CAUTELAR NA 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**

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Adoto, como relatório,

ADC 43 MC / DF

as informações prestadas pelo assessor Dr. Lucas Faber de Almeida Rosa:

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

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

Discorre sobre a legitimidade ativa e pertinência da ação. Aponta a existência de controvérsia constitucional relevante sobre a validade do preceito, ocorrida após o julgamento do *habeas corpus* nº 126.292, relator o ministro Teori Zavascki, Pleno. Reporta-se a alteração no entendimento sobre a questão atinente à possibilidade de execução provisória, no âmbito penal, de acórdão condenatório em grau de apelação. Diz da necessidade de o Supremo pronunciar-se sobre a constitucionalidade da norma. Destaca que a decisão proferida no referido *habeas* não possui efeito vinculante nem firma regra geral sobre o tema, mas vem repercutindo no sistema judicial brasileiro. Salaria a surpresa causada pelo precedente, porquanto carente de prévio debate com entidades e profissionais atuantes na esfera do Direito criminal. Ainda no tocante ao cabimento, pleiteia, sucessivamente, o recebimento da ação como arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Quanto ao mérito, alega que o artigo 283 do Código de Processo Penal revela o alcance do princípio constitucional da não culpabilidade. Sublinha haver o próprio Supremo admitido a plausibilidade da tese positivada pelo dispositivo quando

apreciou o *habeas corpus* nº 84.078, relator o ministro Eros Grau, Pleno, acórdão publicado no Diário da Justiça em 26 de fevereiro de 2010. Segundo narra, a redação atual do preceito conforma o princípio da não culpabilidade dentro da moldura normativa preconizada pelo artigo 5º, inciso LVII, da Lei Maior. Argui a liberdade de atuação do legislador, observados os limites da Carta da República, a ensejar a deferência do Poder Judiciário. Assevera a presunção de constitucionalidade reforçada de normas tutelares da liberdade.

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

Alude ter este Tribunal, na apreciação da medida cautelar na arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 347, da relatoria de Vossa Excelência, consignado o estado de coisas inconstitucional no sistema carcerário brasileiro. Consoante assinala, o pronunciamento no *habeas corpus* nº 126.292 agravará a condição das unidades carcerárias. Sustenta, caso não seja assentada a compatibilidade do artigo 283 do Código de Processo Penal com a Lei Básica da República, dever o dispositivo ser declarado ainda constitucional, enquanto perdurar o estado de coisas inconstitucional. Refere-se ao julgamento da ação direta de inconstitucionalidade nº 2.415, relator o ministro Carlos Ayres Britto, acórdão publicado no Diário da Justiça em 28 de setembro de 2012. Aduz, sucessivamente, que, em situações de constrição provisória, hão de ser adotadas medidas alternativas à segregação, até que suplantada a situação atual das penitenciárias.

Anota que eventual reconhecimento da

inconstitucionalidade do preceito não pode retroagir, sob pena de violação ao princípio da irretroatividade de norma penal mais severa, prescrito no artigo 5º, inciso XL, do Diploma Maior. Defende a observância desse dispositivo inclusive no tocante a norma processual penal, tendo em conta resultar a aludida alteração jurisprudencial em privação da liberdade.

Salienta a inadequação de equiparar-se as funções constitucionais exercidas pelo Supremo e pelo Superior Tribunal de Justiça, considerada a temática criminal. Pondera que o pronunciamento de reprovação penal consubstancia atividade de interpretação do Direito federal. Aponta que, consoante a teoria do delito consolidada em Estados democráticos, extrai-se a culpabilidade de entendimento normativo, e não da constatação empírica. Segundo expõe, o Superior Tribunal de Justiça examina matérias relevantes para a afirmação da culpa e definição das consequências jurídico-penais, tais como a licitude da prova, a correta dosimetria da reprimenda e a tipicidade da conduta. Reporta-se à indispensabilidade de aplicação isonômica do Direito Penal, concretizada, com previsibilidade, pela atuação uniformizadora do Superior Tribunal de Justiça. Afirma que, enquanto os processos em curso no Supremo foram objetivados, as atribuições do Superior Tribunal de Justiça permanecem plenamente compatíveis com o perfil institucional de Tribunal de Cassação, resultando na necessidade de condicionar a execução antecipada da pena ao crivo do Superior.

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

Requer, liminarmente, não sejam deflagradas novas execuções provisórias de sanção de prisão até o julgamento

final deste processo, bem assim sejam suspensas as que já estiverem em curso, libertando-se os cidadãos recolhidos sem a preclusão maior do ato condenatório. Sucessivamente, busca seja determinada, mediante interpretação conforme à Constituição Federal, a aplicação analógica de medidas alternativas à segregação de acusados com pronunciamento condenatório não transitado em julgado, aludindo ao artigo 319 do Código de Processo Penal. Pede, caso não acolhidos os pleitos anteriores, o condicionamento da execução provisória da reprimenda à apreciação do recurso especial pelo Superior Tribunal de Justiça.

Postula, em definitivo, a declaração de constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal. Sucessivamente, que o preceito seja assentado compatível com a Carta Federal enquanto perdurar o estado de coisas inconstitucional no sistema carcerário brasileiro ou até a apreciação definitiva da arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 347. Ainda de forma sucessiva, pretende a realização de interpretação conforme à Constituição para substituir-se a prisão, antes da preclusão maior, pelas medidas alternativas prescritas no artigo 319 do Código de Processo Penal, durante o tempo em que permanecer o estado de coisas inconstitucional. Requer, sucessivamente, que eventual reconhecimento de inconstitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal alcance apenas decisões condenatórias relativas a fatos posteriores ao exame desta ação ou ao do *habeas corpus* nº 126.292, bem assim que a execução antecipada da pena seja condicionada à análise do recurso especial pelo Superior Tribunal de Justiça.

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

ADC 43 MC / DF

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

Assevera a validade da norma penal, com alicerce na tese da constitucionalidade espelhada, segundo a qual se reconhece a compatibilidade de dispositivo infraconstitucional no que reproduz a ordem da Carta Federal. Consoante aduz, o preceito em jogo não apenas é compatível com a Lei Maior, mas também replica o texto. Enfatiza que este Tribunal, ao analisar o *habeas corpus* nº 126.292, esvaziou o artigo 5º, inciso LVII, do Diploma Básico, efetuando mutilação inconstitucional.

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

ADC 43 MC / DF

Em 23 de maio de 2016, Vossa Excelência determinou o apensamento do processo revelador da ação declaratória de constitucionalidade nº 44 ao da registrada sob o nº 43.

Em junho seguinte, Vossa Excelência deferiu a intervenção, como terceiros interessados, das Defensorias Públicas dos Estados de São Paulo e do Rio de Janeiro, do Instituto de Defesa do Direito de Defesa Márcio Thomaz Bastos, do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, da Defensoria Pública da União, do Instituto Ibero Americano de Direito Público – Capítulo Brasileiro, da Associação dos Advogados de São Paulo, do Instituto dos Advogados de São Paulo, da Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas e do Instituto dos Advogados Brasileiros.

No mesmo mês, Vossa Excelência não acolheu o pedido de ingresso da Associação dos Juízes Federais do Brasil, considerada a necessidade de resguardar a imparcialidade dos magistrados representados pela entidade.

Os processos estão conclusos no Gabinete.

É o relatório.

MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE 43 DISTRITO FEDERAL

V O T O

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Trago este processo para exame do pedido de liminar, acionando o artigo 21 da Lei nº 9.868/1999, presentes a urgência, a relevância da causa de pedir lançada na inicial e o risco decorrente da persistência do estado de insegurança em torno da constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal.

Ante o disposto na lei de regência da ação declaratória de constitucionalidade, é impróprio implementar a medida acauteladora por meio de decisão monocrática, considerada a competência do Pleno para deferimento de liminar, exigida a maioria absoluta – seis votos.

Os autores das ações declaratórias de constitucionalidade ora apreciadas – partido político com representação no Congresso Nacional (artigo 103, inciso VIII, da Lei Fundamental), Partido Ecológico Nacional, e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (inciso VII do referido preceito) – sustentam a adequação da via eleita, porquanto configurada controvérsia judicial relevante sobre ato normativo federal.

No tocante ao artigo 14, inciso III, da Lei nº 9.868/1999, a versar a inadmissibilidade da ação declaratória quando ausente controvérsia judicial relevante sobre o tema, está atendida a condição. Atentem para a função desempenhada pela ação declaratória no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade, tendo em vista o objetivo do sistema de guarda da Lei Maior, qual seja, afastar dúvida quanto à higidez de certa norma.

Fixadas essas balizas, consigno que tal pressuposto de admissibilidade não deve ser meramente quantitativo, alcançando também situações cujo aspecto qualitativo impõe a intervenção jurisdicional.

Se a finalidade da ação é revelar a integridade do preceito normativo, há de analisar-se a profundidade e a importância da atuação deste Tribunal para a solução de controvérsia de envergadura maior.

ADC 43 MC / DF

No caso, o acórdão formalizado no exame do *habeas corpus* nº 126.292, relator ministro Teori Zavascki, Tribunal Pleno, constituiu notável reviravolta na óptica até então consolidada no Supremo e, conseqüentemente, no sistema de precedentes brasileiro. A fissura causada pelo pronunciamento em processo subjetivo não pode ser ignorada, pois repercute na liberdade de milhões de indivíduos.

A partir da decisão do Supremo na referida impetração, surgiram ópticas diversas sobre o alcance do princípio constitucional da não culpabilidade, com o qual se teve, nesses 27 anos de vigência da Constituição Federal, harmônico o artigo 283 do Código de Processo Penal.

Vislumbro, a mais não poder, a necessidade de apreciação da matéria em processo objetivo, com ampla cognição, efeitos vinculantes e eficácia geral. A ação declaratória de constitucionalidade mostra-se adequada ao postulado nas petições iniciais.

Observem a organicidade do Direito, levando em conta o preconizado no artigo 5º, inciso LVII, da Lei Maior – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. A literalidade do preceito não deixa margem para dúvidas: a culpa é pressuposto da reprimenda, e a constatação ocorre apenas com a preclusão maior.

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

A exceção corre à conta de situações individualizadas nas quais se possa concluir pela incidência do disposto no artigo 312 do Código de Processo Penal.

O abandono do sentido unívoco do texto constitucional gera perplexidades, presente a situação veiculada nestas ações: pretende-se a declaração de constitucionalidade de dispositivo que reproduz o prescrito

ADC 43 MC / DF

na Carta Federal. Não vivêssemos tempos estranhos, o pleito soaria teratológico; mas, infelizmente, a pertinência do requerido na inicial surge inafastável.

Ao editar o dispositivo em jogo, o Poder Legislativo, mediante a Lei nº 12.403/2011, limitou-se a concretizar, no campo do processo, garantia explícita da Lei Maior, adequando-se à compreensão então assentada pelo próprio Supremo.

Evidencia-se a repercussão negativa do entendimento assentado na apreciação do *habeas corpus* nº 126.292: reverteu-se a compreensão da garantia que embasou a própria reforma do Código de Processo Penal. Revela-se quadro lamentável, no qual o legislador alinhou-se ao Diploma Básico, enquanto este Tribunal dele afastou-se.

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

O preceito, a meu ver, não permite interpretações. Há uma máxima, em termos de noção de interpretação, de hermenêutica, segundo a qual, onde o texto é claro e preciso, cessa a interpretação, sob pena de se reescrever a norma jurídica, e, no caso, o preceito constitucional. Há de vingar o princípio da autocontenção. Já disse, nesta bancada, que, quando avançamos, extravasamos os limites que são próprios ao Judiciário, como que se lança um bumerangue e este pode retornar e vir à nossa testa. Considerado o campo patrimonial, a execução provisória pode inclusive ser afastada, quando o recurso é recebido não só no efeito devolutivo, como também no suspensivo. Pressuposto da execução provisória é a possibilidade de retorno ao estágio anterior, uma vez reformado o título.

Indaga-se: perdida a liberdade, vindo o título condenatório e provisório – porque ainda sujeito a modificação por meio de recurso – a ser alterado, transmudando-se

condenação em absolvição, a liberdade será devolvida ao cidadão? Àquele que surge como inocente? A resposta, Presidente, é negativa.

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

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

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

especial ou do recurso extraordinário.

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

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

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

Essa determinação constitucional não surge desprovida de fundamento. Coloca-se a preclusão maior como marco seguro para a severa limitação da liberdade, ante a possibilidade de reversão ou atenuação da condenação nas instâncias superiores.

ADC 43 MC / DF

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

Daí se extrai a importância do marco do trânsito em julgado: em cenário de profundo desrespeito ao princípio da não culpabilidade, sobretudo quando versada constrição cautelar, descabe antecipar, com contornos definitivos – execução da pena –, a supressão da liberdade. Deve-se buscar a solução consagrada pelo legislador nos artigos 312 e 319 do Código de Processo Penal, em consonância com a Carta da República e presente outra garantia constitucional – a do inciso LXVI do artigo 5º: “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”.

A via de acesso a este Tribunal, para salvaguarda da liberdade, tem se estreitado sem respaldo constitucional. Em vez de incisivo na tutela de princípio tão caro ao Estado Democrático de Direito, o Supremo vem viabilizando a livre condução do processo persecutório por instâncias inferiores.

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

A harmonia do artigo 283 do Código de Processo Penal com a

ADC 43 MC / DF

Constituição Federal é completa, considerados os contornos do princípio da não culpabilidade.

Sob a óptica do perigo da demora, não há que se tergiversar em face da iminência de prisão ou efetivo recolhimento de milhares de indivíduos – e nem todos são acusados de haver cometido os denominados crimes do colarinho branco –, antes da preclusão maior da sentença condenatória. O direito de ir e vir não fica submetido a esta ou aquela fase processual. Se essa temática não for urgente, desconheço outra que o seja. Salta aos olhos a presença dos requisitos para o deferimento da medida acauteladora.

Ante o quadro, implemento a liminar pleiteada na ação declaratória de constitucionalidade nº 43 para, reconhecendo a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal, determinar a suspensão de execução provisória de pena cuja decisão a encerrá-la ainda não haja transitado em julgado, bem assim a libertação daqueles que tenham sido presos, ante desprovimento de apelação, reservando-se o recolhimento aos casos enquadráveis no artigo 312 do mencionado diploma processual.

Conseqüentemente, defiro a medida acauteladora em extensão maior do que o requerido na ação declaratória de constitucionalidade nº 44, na qual somente se busca a suspensão da execução antecipada da pena quando determinada por órgãos fracionários de segunda instância, com base no acórdão do *habeas corpus* nº 126.292, ignorando o disposto no artigo 283 do Código de Processo Penal.

O pronunciamento abrange também o pedido sucessivo, formulado na ação declaratória de constitucionalidade nº 43, no sentido de aplicar, analogicamente ao prescrito no artigo 319 do Código de Processo Penal, medidas alternativas à custódia quanto a acusado cuja decisão condenatória não tenha alcançado a preclusão maior. É que se pretende, em última análise, realinhar a sistemática da segregação ao disposto na literalidade do artigo 5º, inciso LVII, da Lei Maior.

Explico: o manejo de providências diversas da custódia pressupõe a impossibilidade de recolher-se indivíduo antes do trânsito em julgado do pronunciamento, situação na qual cabe ao magistrado, cautelarmente,

ADC 43 MC / DF

impor a preventiva ou outras medidas veiculadas na norma processual. O pedido subsidiário apenas evidencia que, antes do exaurimento dos mecanismos recursais, surge imprópria a prisão do réu, salvo se configurados os requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal. Essa sistemática é suficientemente restaurada com o reconhecimento da constitucionalidade do preceito em jogo, cujas balizas direcionam à excepcionalidade da constrição.

Passo a apreciar o requerimento liminar formulado na ação declaratória de constitucionalidade nº 43, concernente ao condicionamento da execução provisória da reprimenda ao julgamento do recurso especial pelo Superior Tribunal de Justiça.

Ao analisar o *habeas corpus* nº 126.292, a maioria então formada destacou o baixo grau de reforma das sentenças penais condenatórias nos Tribunais Superiores como fundamento para a execução antecipada. Observou que a condenação dos réus em segundo grau de jurisdição estabelece certezas jurídicas suficientes à superação do óbice da não culpabilidade. Embora argumentos metajurídicos não me seduzam para a transposição do texto constitucional, é necessário atentar para o perfil institucional do Superior Tribunal de Justiça, considerada a reviravolta do entendimento do Supremo sobre o tema.

Os desdobramentos normativos decorrentes do advento da Carta de 1988 gradativamente colaram aos processos judiciais em trâmite neste Tribunal contornos e consequências de processos objetivos, inclusive no tocante às ações de índole subjetiva. Conferiu-se ao Supremo faceta típica de Tribunal Constitucional, dificultando o acesso do jurisdicionado.

O Superior Tribunal de Justiça consolidou função uniformizadora relativamente à legislação federal, espaço prioritário de aplicação do Direito Penal. Percebam serem os Códigos Penal e de Processo Penal leis federais. Cumpre-lhe examinar a correta interpretação da lei penal, sob o ângulo da configuração dos substratos do delito, sendo admissível o recurso especial por simples divergência jurisprudencial.

Ao assim atuar, o Superior funciona como verdadeiro Tribunal de Cassação apesar de lhe serem vedadas incursões fático-probatórias. É que

ADC 43 MC / DF

o Direito Penal não se limita à análise de fatos, abrangendo também normas essenciais para a configuração da culpa.

A evolução da teoria do crime aponta para o abandono do causalismo, a revelar o equívoco daqueles que equivalem o Direito Penal ao exame do fato, sobretudo no tocante à culpabilidade.

Observem algumas decisões do Superior Tribunal de Justiça em matéria penal. Consolidou-se, por exemplo, a tese de que o aumento da pena-base em virtude das circunstâncias judiciais desfavoráveis depende de fundamentação concreta e específica que extrapole os elementos vinculados ao tipo. Com alicerce nesse entendimento, tem-se a diminuição da reprimenda em inúmeros processos nos quais verificada a dupla punição.

Nesse Tribunal também se assentou que a caracterização da continuidade delitiva exige o preenchimento de requisitos de ordem objetiva e subjetiva (recurso ordinário em *habeas corpus* nº 43.601/DF, relatora ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, acórdão publicado no Diário da Justiça eletrônico em 18 de junho de 2014).

O Superior proclamou ser indispensável, no delito de corrupção passiva, o nexo de causalidade entre a conduta objeto de imputação e a prática de ato funcional de competência do servidor (*habeas corpus* nº 123.234/SP, relatora ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, acórdão veiculado no Diário da Justiça em 2 de agosto de 2010). O tipo penal foi interpretado não apenas sob o ângulo das circunstâncias fáticas do caso, mas também ante o próprio significado da norma em jogo.

Mesmo em situações mais próximas da tênue linha entre revolvimento do arcabouço fático e reavaliação da prova, o Superior Tribunal tem avançado para fazer cumprir a legislação pertinente, como ocorreu nos casos de desproporcionalidade da pena-base.

São muitos os exemplos de pronunciamentos do Superior a revelarem a influência determinante em inúmeras oportunidades, considerado o regime do recurso especial e a interpretação do Direito Penal, sendo equivocada diminuir o papel exercido pelo Tribunal nesse campo. Tal como ao Supremo compete a guarda da Constituição Federal,

ADC 43 MC / DF

cabe ao Superior Tribunal a palavra final sobre a vasta quantidade de controvérsias alusivas à disciplina criminal.

Consectário lógico dessa estrutura é o alto grau de reversão das sentenças penais condenatórias no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. Conforme se extrai do Relatório Estatístico do referido Tribunal, a taxa média de sucesso dos recursos especiais em matéria criminal variou, no período de 2008 a 2015, entre 29,30% e 49,31%.

Dados apresentados pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo apontam que, em fevereiro de 2015, 54% dos recursos especiais interpostos pelo Órgão foram ao menos parcialmente providos pelo Superior. Em março seguinte, a taxa de êxito alcançou 65%. Os mesmos índices são verificados no tocante ao *habeas corpus*, na razão de 48% em 2015 e de 49% até abril de 2016.

Para além da argumentação metajurídica – usualmente retórica –, esses dados demonstram o espaço de atuação reservado ao Superior Tribunal como intérprete definitivo da legislação federal. Percebam a função desempenhada no Direito Penal, considerado o papel institucional a ele conferido pela Carta Federal. Não há como aproximá-lo daquele hoje atribuído ao Supremo. É responsável pela unidade do Direito Penal, e de outros ramos, no território nacional. O papel é, acima de tudo, uniformizador, a fim de que, ante os mesmos fatos, a mesma norma jurídica, não prevaleçam decisões conflitantes dos 27 Tribunais de Justiça e dos 5 Regionais Federais.

Se este Pleno suplanta, no controle objetivo de constitucionalidade, o que não acredito, a literalidade do artigo 5º, inciso LVII, da Lei Maior, admitindo a gradação da formação da culpa para fins de incidência da garantia em jogo, é necessário admitir que a certeza jurídica não ocorre em segunda instância, mas, sim, perante o Superior Tribunal de Justiça.

Caso vencido na extensão maior do voto, defiro a liminar para, reconhecendo a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal, determinar a suspensão de execução provisória de réu cuja culpa esteja sendo questionada no Superior Tribunal de Justiça, bem assim a libertação daqueles presos com alicerce em fundamentação diversa.

ADC 43 MC / DF

É como voto.

Cópia