

05/10/2016

PLENÁRIO

**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
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

EMENTA: MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DECLARATÓRIA DE

ADC 43 MC / DF

CONSTITUCIONALIDADE. ART. 283 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. EXECUÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE APÓS O ESGOTAMENTO DO PRONUNCIAMENTO JUDICIAL EM SEGUNDO GRAU. COMPATIBILIDADE COM O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. ALTERAÇÃO DE ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DO HC 126.292. EFEITO MERAMENTE DEVOLUTIVO DOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS E ESPECIAL. REGRA ESPECIAL ASSOCIADA À DISPOSIÇÃO GERAL DO ART. 283 DO CPP QUE CONDICIONA A EFICÁCIA DOS PROVIMENTOS JURISDICIONAIS CONDENATÓRIOS AO TRÂNSITO EM JULGADO. IRRETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS GRAVOSA. INAPLICABILIDADE AOS PRECEDENTES JUDICIAIS. CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 283 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. MEDIDA CAUTELAR INDEFERIDA.

1. No julgamento do *Habeas Corpus* 126.292/SP, a composição plenária do Supremo Tribunal Federal retomou orientação antes predominante na Corte e assentou a tese segundo a qual “*A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal*”.

2. No âmbito criminal, a possibilidade de atribuição de efeito suspensivo aos recursos extraordinário e especial detém caráter excepcional (art. 995 e art. 1.029, § 5º, ambos do CPC c/c art. 3º e 637 do CPP), normativa compatível com a regra do art. 5º, LVII, da Constituição da República. Efetivamente, o acesso individual às instâncias extraordinárias visa a propiciar a esta Suprema Corte e ao Superior Tribunal de Justiça exercer seus papéis de estabilizadores, uniformizadores e pacificadores da interpretação das normas constitucionais e do direito infraconstitucional.

3. Inexiste antinomia entre a especial regra que confere eficácia imediata aos acórdãos somente atacáveis pela via dos recursos

ADC 43 MC / DF

excepcionais e a disposição geral que exige o trânsito em julgado como pressuposto para a produção de efeitos da prisão decorrente de sentença condenatória a que alude o art. 283 do CPP.

4. O retorno à compreensão emanada anteriormente pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido de conferir efeito paralisante a **absolutamente todas** decisões colegiadas prolatadas em segundo grau de jurisdição, investindo os Tribunais Superiores em terceiro e quarto graus, revela-se inapropriado com as competências atribuídas constitucionalmente às Cortes de cúpula.

5. A irretroatividade figura como matéria atrelada à aplicação da **lei penal** no tempo, ato normativo idôneo a inovar a ordem jurídica, descabendo atribuir ultratividade a compreensões jurisprudenciais cujo objeto não tenha reflexo na compreensão da ilicitude das condutas. 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**.

6. Declaração de constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, com interpretação conforme à Constituição, assentando que é coerente com a Constituição o principiar de execução criminal quando houver condenação assentada em segundo grau de jurisdição, salvo atribuição expressa de efeito suspensivo ao recurso cabível.

7. Medida cautelar indeferida.

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência da Ministra Cármen Lúcia, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em indeferir a cautelar, vencidos os Ministros Marco Aurélio (Relator), Rosa Weber, Ricardo Lewandowski, Celso de Mello, e, em parte, o Ministro Dias Toffoli.

Brasília, 5 de outubro de 2016.

ADC 43 MC / DF

Ministro EDSON FACHIN
Redator para o acórdão

01/09/2016

PLENÁRIO

**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. : **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. : **DEFENSOR-PÚBLICO GERAL 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**

RELATÓRIO

ADC 43 MC / DF

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Adoto, como relatório, 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

ADC 43 MC / DF

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.

ADC 43 MC / DF

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

ADC 43 MC / DF

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.