

**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**

VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

ADC 43 MC / DF

Em 28/6/91, o Supremo Tribunal Federal, na voz do Plenário, manifestou-se pela primeira vez, pós Constituição de 1988, a respeito do princípio constitucional da presunção de inocência (CF, art. 5º, LVII) no que toca à execução provisória da pena.

Refiro-me ao HC nº 68.726/DF, Relator o Ministro **Néri da Silveira**, cuja ementa foi lavrada nos seguintes termos:

“**HABEAS CORPUS**. SENTENÇA CONDENATÓRIA MANTIDA EM SEGUNDO GRAU. MANDADO DE PRISÃO DO PACIENTE. INVOCAÇÃO DO ART. 5º, INCISO LVII, DA CONSTITUIÇÃO. CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, ART. 669. A ORDEM DE PRISÃO, EM DECORRÊNCIA DE DECRETO DE CUSTODIA PREVENTIVA, DE SENTENÇA DE PRONUNCIA OU DE DECISÃO DE ÓRGÃO JULGADOR DE SEGUNDO GRAU É DE NATUREZA PROCESSUAL E CONCERNE AOS INTERESSES DE GARANTIA DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL OU DE EXECUÇÃO DA PENA IMPOSTA, APÓS O DEVIDO PROCESSO LEGAL. NÃO CONFLITA COM O ART. 5º, INCISO LVII, DA CONSTITUIÇÃO. DE ACORDO COM O PAR. 2 DO ART. 27 DA LEI nº 8.038/1990, OS RECURSOS EXTRAORDINÁRIO E ESPECIAL SÃO RECEBIDOS NO EFEITO DEVOLUTIVO. MANTIDA, POR UNANIMIDADE, A SENTENÇA CONDENATÓRIA, CONTRA A QUAL O RÉU APELARA EM LIBERDADE, EXAURIDAS ESTÃO AS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS CRIMINAIS, NÃO SENDO, ASSIM, ILEGAL O MANDADO DE PRISÃO QUE ÓRGÃO JULGADOR DE SEGUNDO GRAU DETERMINA SE EXPEÇA CONTRA O RÉU. HABEAS CORPUS INDEFERIDO” (DJ de 20/11/92 – grifos nossos).

Assentou o voto condutor desse acórdão que

“a ordem de prisão, em decorrência de decreto de custódia preventiva, de sentença de pronúncia ou de decisão de órgão julgador de segundo grau, é de natureza processual;

ADC 43 MC / DF

concerne aos interesses da garantia da aplicação da lei penal ou da execução da pena imposta, após reconhecida a responsabilidade criminal do acusado, segundo o devido processo legal, com respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa”.

A Suprema Corte, então, assentou que não contrastaria com o art. 5º, LVII, da Constituição Federal a execução provisória de sentença condenatória na pendência de recursos especial ou extraordinário, ao fundamento de que ambos não têm efeito suspensivo.

Essa decisão foi proferida por unanimidade, registrando-se que, justificadamente, não participaram daquela assentada os eminentes Ministros **Celso de Mello** e **Marco Aurélio**, consoante se verifica na ata de julgamento.

Esse entendimento perdurou na Suprema Corte por quase 2 (duas) décadas, até que, em 5/2/09, no julgamento do HC nº 84.078/MG, Pleno, Relator o Ministro **Eros Grau**, DJe de 26/2/10, a Corte estabeleceu a exigência do trânsito em julgado da condenação para a execução da pena, assentando que, antes do trânsito em julgado, a prisão somente poderá ser decretada ou mantida a título cautelar.

O *writ* foi concedido por 7 votos a 4, observando-se que, dos atuais componentes do Supremo Tribunal Federal, concederam a ordem os Ministros **Ricardo Lewandowski**, **Celso de Mello**, **Marco Aurélio** e **Gilmar Mendes**, ao passo que a Ministra **Cármen Lúcia** a denegou.

Passados 7 (sete) anos desse julgamento, no HC nº 126.292/SP, Relator o Ministro **Teori Zavascki**, DJe de 17/5/16, o Plenário voltou - curiosamente, por idêntica maioria de votos (7x4) -, a admitir a execução provisória do acórdão penal condenatório a partir do exaurimento dos recursos ordinários.

Decidiu a Corte que a execução da pena na pendência de recursos de natureza extraordinária não compromete o núcleo essencial da presunção de inocência, “na medida em que o acusado foi tratado como inocente no curso de todo o processo ordinário criminal, observados os direitos e garantias a ele inerentes, bem como respeitadas as regras probatórias e o

ADC 43 MC / DF

modelo acusatório atual”.

O Supremo Tribunal Federal, portanto, **repristinou** o entendimento que vigorou até 2009, até o julgamento do HC nº 84.078/MG.

Consoante o voto condutor do HC nº 126.292/SP, a impetração de **habeas corpus** ou o ajuizamento de medidas cautelares para conferir efeito suspensivo a recursos especial ou extraordinário se mostram adequados e eficientes para “controlar situações de injustiças ou excessos em juízos condenatórios recorridos”.

Aduziu o voto condutor do HC nº 126.292/SP que os recursos de natureza extraordinária não têm por finalidade específica examinar a justiça ou injustiça de sentenças em casos concretos, mas sim preservar a higidez do sistema normativo, tanto mais que, no recurso extraordinário, exige-se a demonstração da repercussão geral, ou seja, de que a questão transcende o interesse subjetivo do recorrente, “sendo irrelevante, para esse efeito, as circunstâncias do caso concreto”.

Destacou o Relator daquele julgado que a interposição de recursos meramente protelatórios, que almejam a prescrição da pretensão punitiva, representa mecanismo inibidor da efetividade da jurisdição penal, e que a retomada do entendimento anterior do Supremo Tribunal Federal constituía mecanismo legítimo de harmonizar o princípio da presunção de inocência com a efetividade da função jurisdicional.

Fixou-se, então, a seguinte tese de julgamento: “[a] execução de decisão penal condenatória proferida em segundo grau de jurisdição, ainda que sujeita a recurso especial ou extraordinário, não viola o princípio constitucional da presunção de inocência ou não-culpabilidade”.

No julgamento do HC nº 126.292/SP, filiei-me à corrente majoritária, observados os limites daquele caso.

Agora, trazido novamente o tema à luz, em sede de ação declaratória de constitucionalidade, tenho a oportunidade de revisá-lo.

Como aduz **Rodrigo Capez**,

“[e]m nosso regime constitucional, a liberdade de

locomoção, enquanto pressuposto para o pleno exercício das demais liberdades constitucionalmente asseguradas, constitui a regra; a prisão é a exceção.

No campo processual penal, devem ser destacadas, no art. 5º da Constituição Federal, as seguintes garantias:

a) 'ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal' (inc. LIV);

b) 'ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória' (inc. LVII);

c) 'ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei' (inc. LXI);

d) 'a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária' (inc. LXV);

e) 'ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança' (inc. LXVI).

Da conjugação desses dispositivos, que instituem um regime constitucional de garantias próprio da liberdade de locomoção, **conclui-se que essa liberdade constitui a regra; a prisão cautelar sempre será excepcional e provisória**¹

Por sua vez, o princípio constitucional da presunção de inocência se concretiza como **norma probatória, norma de juízo e norma de tratamento**²

1 CAPEZ, Rodrigo. **A individualização da medida cautelar pessoal no processo penal brasileiro**. São Paulo, 2015. dissertação (Mestrado em Direito) Universidade de São Paulo

2 ZANOIDE DE MORAES, Maurício. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 358-364.

ADC 43 MC / DF

Como **norma probatória**, presunção de inocência significa que o ônus da prova recai inteiramente sobre o órgão acusador, a quem incumbe demonstrar, de forma suficiente, a existência dos fatos em que se lastreia a hipótese acusatória. O acusado, portanto, não tem o ônus de provar sua inocência.

Como **norma de juízo**, a presunção de inocência orienta e conforma o momento decisório, no qual o juiz analisa a suficiência ou a aptidão da prova da materialidade e da autoria de uma infração para formar seu convencimento. Um dos mais significativos desdobramentos da presunção de inocência como norma de juízo é o **in dubio pro reo**: a dúvida fática, em todas as decisões judiciais, deve favorecer o imputado.

Por fim, como **norma de tratamento**, a presunção de inocência significa que, diante do estado de inocência que lhe é assegurado por esse princípio, o imputado, no curso da persecução penal, não pode ser tratado como culpado nem a esse equiparado.

Em sua mais relevante projeção como norma de tratamento, a presunção de inocência implica a vedação de medidas cautelares pessoais automáticas ou obrigatórias, isto é, que decorram, por si sós, da existência de uma imputação e, por essa razão, importem em verdadeira antecipação de pena.

Estabelecidas essas premissas, passo à análise do art. 283 do Código de Processo Penal, cuja constitucionalidade é o objeto das presentes ações declaratórias. O artigo assim dispõe:

“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

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Presunção de inocência e prisão cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 37. CAPEZ, Rodrigo. **A individualização da medida cautelar pessoal no processo penal brasileiro**. São Paulo, 2015. dissertação (Mestrado em Direito) Universidade de São Paulo.

preventiva”.

Essa redação foi conferida ao art. 283 do Código de Processo Penal pela Lei nº12.403/11, em atenção ao quanto decidido pelo Supremo Tribunal Federal no HC nº 84.078/MG, Pleno, Relator o Ministro **Eros Grau**, DJe de 26/2/10.

Com efeito, na redação original do Decreto-lei nº 3.689/41, limitava-se o referido artigo a dispor que “a prisão poderá ser efetuada em qualquer dia e a qualquer hora, respeitadas as restrições relativas à inviolabilidade do domicílio”.

Segundo **José Joaquim Gomes Canotilho**, densificar uma norma

“significa preencher, complementar e precisar o espaço normativo de um preceito constitucional, especialmente carecido de concretização, a fim de tornar possível a solução, por esse preceito, dos casos concretos”. Assim, “densifica-se um espaço normativo (= preenche-se uma norma) para tornar possível a sua concretização e consequente aplicação a um caso concreto”.³

O art. 283 do Código de Processo Penal, portanto, limita-se a **densificar** os dispositivos constitucionais que estabelecem que a liberdade de locomoção constitui a regra, e a prisão, a exceção. Mais precisamente, densifica o art. 5º, LVII, CF, que consagra a presunção de inocência.

Assentados os dispositivos constitucionais que constituem o fundamento de validade material do art. 283 do Código de Processo Penal, **cuja compatibilidade com a Constituição Federal é inequívoca**, resta, tão somente, atribuir a ele a correta significação, ou seja, dar a ele uma interpretação conforme à Constituição Federal, para o fim de se autorizar ou não a execução provisória da pena.

3 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 1075.

ADC 43 MC / DF

Como salienta **Eros Grau**, não se interpretam os textos do direito em tiras, aos pedaços. O significado normativo de cada texto só é detectável no momento em que ele é inserido no contexto do sistema, para após afirmar-se, plenamente, no contexto funcional⁴

Nesse diapasão, não se pode olvidar que a Lei nº 7.210/84 (Lei de Execução Penal) estabelece que o preso provisório e o condenado por sentença transitada em julgado deverão ser custodiados separadamente, observados os critérios legalmente fixados (arts. 2º e 84).

A Lei de Execução Penal também delimita os estabelecimentos prisionais destinados ao condenado e ao preso provisório, preconizando que a penitenciária se destina ao condenado à pena de reclusão, em regime fechado (art. 87); que a Colônia Agrícola, Industrial ou Similar se destina ao cumprimento da pena em regime semiaberto (art. 91); que a Casa do Albergado se destina ao cumprimento de pena privativa de liberdade em regime aberto (art. 93) e que a cadeia pública se destina ao recolhimento de preso provisório (art. 102).

Ora, admitida a execução provisória da pena, onde seriam recolhidos os presos a ela submetidos?

Em meu sentir, constituiria flagrante injustiça permitir que o preso submetido à execução provisória de pena permanecesse recolhido em cadeias públicas ou delegacias.

O quadro é dramático, haja vista que o Estado, ao não cumprir a exigências legais de alojamento do condenado em cela individual e os requisitos mínimos de salubridade da unidade celular (art. 88 da Lei nº 7.210/84), acaba por fomentar a atuação de organizações criminosas no sistema prisional.

Feito esse registro, observo que o art. 283 do Código de Processo Penal contempla as três modalidades de prisão constitucionalmente previstas no âmbito do processo penal: **i)** prisão em flagrante, **ii)** prisão cautelar (temporária ou preventiva) e **iii)** prisão-pena ou sanção.

4 GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 127-128.

A **prisão em flagrante** é despida de natureza cautelar porque não visa assegurar os meios ou o resultado do processo, mas sim colocar o detido, imediatamente, à disposição do juiz, para que analise sua legalidade e adote ou não uma verdadeira medida cautelar, a teor do que dispõe o art. 310 do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei nº 12.403/11.

Nesse sentido, **Maurício Zanoide de Moraes** aduz que a prisão em flagrante é uma prisão provisória sem finalidade cautelar decorrente de razões materiais (“certeza visual do cometimento do crime pelo tido autor”), tanto que, no momento em que ocorre, nem sequer se terá iniciado a persecução penal.⁵

Efêmera, sua força coercitiva somente subsiste entre a lavratura do auto de prisão em flagrante e a análise judicial da legalidade dessa prisão e da necessidade, ou não, de imposição de medida cautelar diversa da prisão ou, em último caso, de sua conversão em prisão preventiva.

Por sua vez, a **prisão cautelar** é um instrumento a serviço de um instrumento (processo). Sua finalidade precípua é resguardar os meios (cautela instrumental) ou os fins (cautela final) do processo.

Finalmente, a **prisão-pena**, como sanção imposta pelo Estado pela violação de um bem jurídico penalmente tutelado, exige a formulação de um juízo definitivo de culpabilidade em um título judicial condenatório transitado em julgado.

Logo, **se não for hipótese de prisão em flagrante ou de prisão cautelar, não se admitirá a prisão antes do trânsito em julgado da condenação, vale dizer, antes que se forme a coisa julgada penal.**

Coisa julgada penal é um termo inequívoco: **imutabilidade dos efeitos da sentença penal condenatória.**

Trânsito em julgado, portanto, significa que **se tornaram imutáveis os efeitos da sentença condenatória**, pela preclusão ou pelo exaurimento do **legítimo exercício do direito à interposição dos recursos cabíveis** – *sublinhe-se “legítimo”, para bem estremá-lo do ilegítimo, enquanto abusivo ou procrastinatório.*

5 ZANOIDE DE MORAES, 2010, p. 387.

Nesse contexto, a execução provisória da pena, **por tratar o imputado como culpado e configurar punição antecipada, violaria a presunção de inocência como “norma de tratamento”**, bem como a expressa disposição do art. 283 do Código de Processo Penal.

Em sua interpretação literal, a presunção de inocência exige que o réu seja tratado como inocente não apenas até o exaurimento dos recursos ordinários, mas sim até o trânsito em julgado da condenação, o que é bem diverso.

Daí porque interpretar trânsito em julgado como mero exaurimento dos recursos ordinários subverteria o texto legal, haja vista que não se concebe a existência do **trânsito em julgado provisório: ou se exaure a legítima possibilidade de recorrer, e a pena pode ser executada, ou não se exaure, e a execução da pena é vedada.**

Analogamente, o entendimento de que, após o julgamento dos recursos ordinários, a presunção de inocência se convolaria em presunção de culpabilidade colide frontalmente com o texto do art. 5º, LVII, da Constituição Federal.

Com efeito, a presunção de inocência, por expressa disposição constitucional, **subsiste íntegra até o trânsito em julgado.**

Pouco importa, nesse contexto, que os recursos especial e extraordinário, **via de regra** (arts. 995 e 1.029, § 5º, do Código de Processo Civil), não tenham efeito suspensivo: não bastasse a letra expressa do art. 283 do Código de Processo Penal, o art. 5º, LVII, CF, se mostra suficiente para impedir a execução provisória do julgado penal.

Outrossim, com a devida vênia, não me parece correta a assertiva de que não é função dos tribunais superiores examinar a justiça ou a injustiça das decisões proferidas pelas instâncias inferiores.

Fazer justiça não é somente reexaminar fatos e provas – *questão indiscutivelmente afeta aos tribunais de segundo grau* -, **mas também corrigir ilegalidades na tipificação de crimes, na dosimetria da pena, na fixação do regime prisional**, máxime quando se considera que, não obstante sumulados diversos entendimentos pelos tribunais superiores, em inúmeros casos, as instâncias inferiores se negam a observá-los, a pretexto

da inexistência de efeito vinculante, forçando, assim, o acusado a percorrer uma autêntica **via crucis** recursal.

De toda sorte, **em meu sentir, é possível interpretar-se o requisito do trânsito em julgado, previsto no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, como exigência de certeza na formação da culpa, para, ato contínuo, precisar o momento em que se atinge essa certeza.**

Nas palavras de **Juarez Freitas**, o intérprete está “vinculado ao dever indeclinável de encontrar soluções sistematicamente melhores”: a interpretação jurídica é sistemática ou não é interpretação⁶

Note-se, a propósito, que, por força do art. 102, § 3º, da Constituição Federal, o recurso extraordinário, ao exigir a repercussão geral da questão constitucional suscitada, pressupõe a transcendência dos interesses subjetivos do recorrente.

Dessa feita, **como o recurso extraordinário não se presta à correção de ilegalidades de cunho meramente individual**, não há razão para se impedir a execução da condenação na pendência de seu julgamento, ou de agravo em recurso extraordinário.

Já o recurso especial, embora precipuamente voltado à tutela do direito federal, efetivamente se presta à correção de ilegalidades de cunho individual, desde que a decisão condenatória contrarie tratado ou lei federal, negue vigência a eles ou “[dê à] lei federal interpretação divergente da que lhe haja dado outro tribunal” (art. 105, III, a e c, CF).

Assentadas essas premissas, há que se precisar o momento em que se atinge a certeza na formação da culpa.

Essa certeza não advém apenas do alto grau de probabilidade – vale dizer, para além de qualquer dúvida razoável – da autoria e da materialidade do delito, questões de natureza eminentemente fática, cuja apreciação ordinariamente se exaure nas instâncias locais.

Com efeito, para além dessas questões fáticas, a certeza na formação da culpa deriva de um juízo de valor sobre a tipicidade, a antijuridicidade da conduta e a culpabilidade do agente, bem como

6 FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito.** 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 76-79.

sobre a **própria sanção penal a ser concretamente imposta**, atividade que pressupõe o estabelecimento: **i)** das penas aplicáveis dentre as cominadas; **ii)** da quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; **iii)** do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade e **iv)** da substituição da pena privativa de liberdade por outra espécie de pena, se cabível (art. 59, CP).

Ora, não há dúvida de que a enunciação desses juízos de valor está reservada ao Superior Tribunal de Justiça, em razão da missão constitucional que lhe foi outorgada de zelar pela higidez da legislação penal e processual penal e pela uniformidade de sua interpretação.

Corroborando essa assertiva, a jurisprudência desta Suprema Corte é assente no sentido de que a afronta aos princípios da legalidade, do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, dos limites da coisa julgada e da prestação jurisdicional, quando depende, para ser reconhecida como tal, da análise de normas infraconstitucionais, não configura ofensa direta e frontal à Constituição da República **e, portanto, não autoriza a via do recurso extraordinário**.

Nesse sentido: AI nº 603.952/SP-AgR, Primeira Turma, Relator o Ministro **Menezes Direito**, DJ de 27/6/08; AI nº 651.927/SP-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro **Joaquim Barbosa**, DJe de 30/5/08; AI nº 649.191/DF-AgR, Primeira Turma, Relatora a Ministra **Cármem Lúcia**, DJ de 1º/6/07; AI nº 622.527/AP-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro **Eros Grau**, DJ de 18/5/07; AI nº 562.809/SP-AgR, Primeira Turma, Relator o Ministro **Ricardo Lewandowski**, DJ de 18/5/07; e AI nº 563.028/GO-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro **Gilmar Mendes**, DJ de 11/5/07, entre inúmeros outros.

Na esteira dessa interpretação, se o trânsito em julgado se equipara à constituição da certeza a respeito da culpa – enquanto estabelecimento de uma verdade processualmente válida, para além de qualquer dúvida razoável -, reputo viável que a execução provisória da condenação se inicie com o julgamento do recurso especial ou do agravo em recurso especial pelo Superior Tribunal de Justiça.

Essa, aliás, é a tese subsidiária comungada pelo eminente Relator,

ADC 43 MC / DF

Ministro **Marco Aurélio**, que, em seu voto, bem destacou “o espaço de atuação reservado ao Superior Tribunal como intérprete definitivo da legislação federal”, **in verbis**:

“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 o Direito Penal não [s]e limita à análise de fatos, abrangendo também normas essenciais para a configuração da culpa.

(...)

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 equivocado diminuir o papel exercido pelo Tribunal nesse campo**. Tal como ao Supremo compete a guarda da Constituição Federal, cabe ao Superior Tribunal a palavra final sobre a vasta quantidade de controvérsias alusivas à disciplina **criminal**.”

Não se argumente que aguardar o julgamento do recurso especial (REsp) ou do agravo em recurso especial (ARESP) interpostos no exercício do direito de defesa frustraria a efetividade da jurisdição penal, uma vez que essa efetividade não pode ser obtida à custa da supressão de direitos fundamentais.

Ademais, existem mecanismos já consolidados na jurisprudência dominante desta Suprema Corte para se coarctar o abuso no direito de recorrer.

Cito, como exemplo, o julgamento da questão de ordem no RE nº 839.163/DF, Pleno, de **minha relatoria**, DJe de 10/2/15. Conforme assentei no voto condutor desse julgado,

“o Supremo Tribunal Federal admite a determinação de baixa dos autos independentemente da publicação de seus julgados seja quando haja o risco iminente de prescrição, seja no intuito de repelir a utilização de sucessivos recursos, com nítido abuso do direito de recorrer, cujo escopo seja o de obstar o trânsito em julgado de condenação e, assim, postergar a execução dos seus termos.

(...)

No mesmo sentido, da Primeira Turma e da Segunda Turma, colho precedentes dos Ministros **Roberto Barroso** (HC nº 120.453/PR, DJe de 1º/7/14), **Rosa Weber** (HC nº 114.384/SC, DJe de 9/8/13), **Luiz Fux** (ARE nº 752.970/DF-AgR-ED-ED, DJe de 5/2/14), **Ricardo Lewandowski** (HC nº 107.891/SC, DJe de 21/5/14) e **Gilmar Mendes** (ARE nº 665.384/RJ-AgR-ED, DJe de 5/9/12).

(...)

Portanto, dúvida não há de que a questão **é objeto da jurisprudência dominante da Corte.**

Dessa feita, longe de constituir afronta aos princípios da colegialidade e do devido processo legal, é legítima a atuação do Relator para decidir monocraticamente a questão – dado o abuso do direito de recorrer e o risco iminente da prescrição -, tendo em vista uma interpretação teleológica do art. 21, § 1º, do Regimento Interno da Corte, segundo o qual ‘[p]oderá o(a) Relator(a) negar seguimento a pedido ou recurso manifestamente inadmissível, improcedente ou contrário à jurisprudência dominante ou a Súmula do Tribunal (...)’.

O magistério jurisprudencial da Corte preconiza que, ‘não viola o princípio da colegialidade a competência conferida ao

Relator para, monocraticamente, negar seguimento a recurso contrário à jurisprudência dominante do Tribunal (art. 21, § 1º, do RI/STF) (RMS nº 26.168/DF-AgR, Primeira Turma, Relator o Ministro **Roberto Barroso**, DJe de 13/10/14).

Note-se que a atuação monocrática do Relator nessas circunstâncias não é inédita na Corte. O eminente Ministro **Gilmar Mendes**, por exemplo, ao analisar o AI nº 858.084/MS, dele conheceu para negar seguimento ao recurso extraordinário (CPC, art. 544, § 4º, inciso II, alínea b), bem como, ante o risco iminente da ocorrência de prescrição, determinou a imediata baixa dos autos, independentemente da publicação da decisão proferida (DJe de 21/5/13).

Do mesmo modo, por entender configurado o abuso no direito de recorrer, o eminente Ministro **Luiz Fux**, ao não conhecer dos embargos de divergência no agravo regimental no ARE nº 735.792/SP, determinou monocraticamente a baixa dos autos, independentemente de sua publicação (DJe de 3/9/14)."

Em meu sentir, a determinação de imediata baixa dos autos, independentemente da publicação da decisão, para a execução imediata da pena constitui mecanismo suficiente para tutelar as situações de abuso do direito de recorrer, o qual pode e deve ser utilizado pelos tribunais superiores.

Com esse mesmo propósito (tutelar as situações de abuso do direito de recorrer), o Plenário, no julgamento do RE nº 465.383/ES-AgR-AgR-EDv-ED, de **minha relatoria**, admitiu, em matéria penal, a imposição de multa sobre o valor da condenação por litigância de má-fé.

Aliás, nesse mesmo julgado, entendeu a Corte que o risco iminente de consumação da prescrição da pretensão punitiva, quando caracterizada a procrastinação, legitima a baixa dos autos ao juízo de origem para a imediata execução da pena, independentemente do trânsito em julgado da decisão.

Destaco a ementa do julgado em questão:

"Embargos de declaração em embargos de divergência

no agravo regimental no agravo regimental no recurso extraordinário. Matéria criminal. Conversão em agravo regimental. Precedentes. Ausência de demonstração da divergência jurisprudencial autorizadora do recurso. Precedentes. Agravo regimental não provido. Recurso manifestamente protelatório. Litigância de má-fé. Imposição de multa sobre o valor da condenação. Precedente. Risco de prescrição. Baixa imediata para execução da pena imposta.

1. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental.

2. Não foi demonstrado o dissenso entre o que decidido e os acórdãos paradigma trazidos pelo agravante. Agravo regimental ao qual se nega provimento.

3. Imposição ao agravante de pagamento de multa sobre o valor atualizado da condenação, tendo em vista e interposição de sucessivos recursos manifestamente protelatórios, a configurar a litigância de má-fé (art. 18 do Código de Processo Civil).

4. Considerando que a consumação da prescrição da pretensão punitiva estatal está próxima, independentemente do trânsito em julgado da decisão, devem ser baixados os autos ao juízo de origem para o imediato cumprimento da pena imposta" (Tribunal Pleno, DJe de 7/6/11).

Vê-se que, nessas hipóteses, justificadamente, em razão do abuso no direito de recorrer, opera-se tão somente a antecipação do momento do trânsito em julgado da sentença condenatória, a autorizar o cumprimento definitivo da pena, em estrita conformidade com o art. 283 do Código de Processo Penal.

Com essas considerações, voto pela **concessão, em parte**, da medida cautelar, para o fim de **i) se determinar a suspensão das execuções provisórias de decisões penais ordenadas na **pendência de julgamento de recurso especial (REsp) ou de agravo em recurso especial (AREsp)** que tenham por fundamento as mesmas razões de decidir do julgado**

ADC 43 MC / DF

proferido pelo Plenário do STF no HC nº 126.292/SP; e **ii) se obstar que**, na pendência de julgamento de recursos daquela natureza, **sejam deflagradas novas execuções provisórias com base nas mesmas razões.**

Em revisão