

AÇÕES DECLARATÓRIAS DE CONSTITUCIONALIDADE 43 E 44

RELATOR : **MIN. MARCO AURÉLIO**
REQTE ADC 43 : PARTIDO ECOLÓGICO NACIONAL - PEN
ADV.(A/S) : ANTÔNIO CARLOS DE ALMEIDA CASTRO E OUTRO(A/S)
REQTE ADC 44 : CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO
BRASIL - CFOAB
ADV.(A/S) : LÊNIO LUIZ STRECK E OUTRO(A/S)

AMICI CURIAE : DEFENSORIA PÚBLICA-GERAL DA UNIÃO
(ADC 43 E 44) DEFENSORIA PUBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
DEFENSORIA PUBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA
INSTITUTO BRASILEIRO DE CIENCIAS CRIMINAIS
INSTITUTO IBERO AMERICANO DE DIREITO PÚBLICO
INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS - IAB
INSTITUTO DOS ADVOGADOS DE SAO PAULO – IASP
ASSOCIAÇÃO DOS ADVOGADOS DE SÃO PAULO – AAS
ASS. BRASILEIRA DOS ADVOGADOS CRIMINALISTAS

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO:

Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL E PENAL. MEDIDA CAUTELAR EM AÇÕES DECLARATÓRIAS DE CONSTITUCIONALIDADE. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA OU DA NÃO CULPABILIDADE. ART. 283 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. EXECUÇÃO DA PENA APÓS JULGAMENTO DE SEGUNDO GRAU. INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO. INDEFERIMENTO DOS PEDIDOS DE MEDIDA CAUTELAR.

1. A interpretação que interdita a prisão quando já há condenação em segundo grau confere proteção deficiente a bens jurídicos tutelados pelo direito penal muito caros à ordem constitucional de 1988, como a vida, a segurança e a integridade física e moral das pessoas (CF/1988, arts. 5º, *caput* e LXXVIII e 144). O enorme distanciamento no tempo entre fato, condenação e efetivo cumprimento da pena (que em muitos casos conduz à prescrição) impede que o direito penal seja sério, eficaz e capaz de prevenir os crimes e dar satisfação à sociedade. Desse modo, muito embora uma das leituras possíveis do art. 283 do Código de Processo Penal (com redação dada pela Lei nº 12.403/2011) limite a prisão às hipóteses de trânsito em julgado, prisão temporária ou prisão preventiva, deve-se conferir ao preceito interpretação que o torne compatível com a exigência constitucional de efetividade e credibilidade do sistema de justiça criminal.

2. O reconhecimento da legitimidade da prisão após a decisão condenatória de segundo grau não viola o princípio da reserva legal, uma vez que não se trata de criação, pelo STF, de nova modalidade de prisão sem previsão em lei, mas de modalidade extraída do art. 637 do CPP: a prisão como efeito da condenação enquanto pendentes os recursos especial e extraordinário. Não tendo o recurso especial (REsp) e o recurso extraordinário (RE) efeito suspensivo, tem-se como decorrência lógica a possibilidade de se dar início à execução penal.

3. Como argumento adicional, seria até mesmo possível extrair a previsão legal para a prisão após sentença condenatória de segundo grau do próprio art. 283 do CPP – questionado

nessas ADCs –, na parte em que autoriza a prisão preventiva no curso do processo. Com o esgotamento das instâncias ordinárias, a execução da pena passa a constituir exigência de ordem pública (art. 312, CPP), necessária para assegurar a credibilidade do Poder Judiciário e do sistema penal. Nessa hipótese, dispensa-se motivação específica pelo magistrado da necessidade de “garantia da ordem pública” e do não cabimento de medidas cautelares alternativas.

4. O baixo índice de provimento dos recursos de natureza extraordinária em favor do réu, tanto no STF (inferior a 1,5%) quanto no STJ (de 10,3%), conforme dados dos próprios Tribunais, apenas torna mais patente a afronta à efetividade da justiça criminal e à ordem pública decorrente da necessidade de se aguardar o julgamento de RE e REsp. Eventual taxa mais elevada de sucesso nesses recursos verificada em algumas unidades da federação, que se mantêm recalcitrantes em cumprir a jurisprudência pacífica dos tribunais superiores (por exemplo, em ilícitos relacionados a drogas), não deve se resolver, em princípio, com prejuízo à funcionalidade do sistema penal, mas com ajustes pontuais que permitam maior grau de observância à jurisprudência dos tribunais superiores.

5. Em relação aos pedidos subsidiários, entendo que: (i) não é o caso de excepcionar o STJ da aplicação do entendimento ora manifestado, pois, embora as funções exercidas por um e outro tribunal nas causas criminais não sejam idênticas, ambas as instâncias são consideradas extraordinárias e não há direito ao triplo ou quádruplo grau de jurisdição; e (ii) não é cabível a pretendida modulação dos efeitos temporais do entendimento do STF no HC 126.292, uma vez que a alteração jurisprudencial, além de versar sobre matéria processual penal (sem configurar norma de natureza mista), não cria novo crime ou nova sanção penal, nem gera qualquer prejuízo à segurança jurídica, à boa-fé ou à confiança dos réus.

6. Interpretação conforme a Constituição ao art. 283 do CPP, com a redação dada pela Lei nº 12.403/2011, para se excluir a possibilidade de que o texto do dispositivo seja interpretado no sentido de obstar a execução provisória da pena depois da decisão condenatória de segundo grau e antes do trânsito em julgado. Indeferimento dos pedidos de medida cautelar formulados nas ADCs 43 e 44, por ausência de plausibilidade jurídica.

VOTO

I. A HIPÓTESE: DESCRIÇÃO ANALÍTICA DO OBJETO DAS DUAS AÇÕES

1. Trata-se de ações declaratórias de constitucionalidade, propostas pelo Partido Ecológico Nacional - PEN e pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados - OAB, postulando a declaração da constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal (CPP), com redação dada pela Lei nº 12.403/2011, que prevê:

“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.”

2. Nas ações, os requerentes apontam controvérsia constitucional relevante acerca da constitucionalidade do art. 283 da Lei nº 12.990/2014 instaurada em razão da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no HC 126.292, de relatoria do Min. Teori Zavascki. Afirmam os requerentes que, ao julgar tal *habeas corpus*, o STF alterou seu entendimento anterior e afirmou a legitimidade da execução provisória da pena de prisão, antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, mas deixou de se pronunciar sobre a questão à luz do art. 283 do CPP.

3. Na ADC 43, o requerente principia por narrar a evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria. Observa que, nos autos do HC 70.363 (j. em 08.06.1993), o Tribunal afirmou que a presunção de inocência não impediria a prisão antes do trânsito em julgado, mantendo entendimento que havia se consolidado à luz da Constituição de 1969. Em 2009, nos autos do HC 84.078, a Corte reviu seu entendimento, assentando que a prisão antes do trânsito em julgado somente poderia ser decretada a título cautelar. Por fim, nos autos do HC 126.292, o Tribunal voltou ao entendimento anterior. Todavia, na visão do requerente, o Tribunal, em sua última virada jurisprudencial, não atentou para o fato de que a Lei nº 12.403/2011 alterou o teor do art. 283 do CPP e passou a vedar expressamente a prisão antes do trânsito, vedação legal que não existia à época da decisão do HC 70.363. Assim, ainda que o art. 5º, incs. LVII e LXI, da CF/1988 pudesse suscitar mais de uma interpretação, há atualmente – e não havia antes – dispositivo exposto, resultante de ponderação efetuada pelo Legislador, no sentido de vedar tal expediente.

4. O Partido Ecológico Nacional pretende, então, que o STF reconheça a legitimidade constitucional de recente opção do legislador de condicionar o início do cumprimento da pena de prisão ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória. O argumento principal da ação é o de que o art. 283 do CPP concretiza interpretação constitucional legítima, compatível com a moldura que a Constituição de 1988 conferiu à matéria, produzida com base no princípio da livre conformação do legislador, e que inclusive já foi endossada pelo Supremo nos autos do HC 84.078. E se assim é, deve o STF, no tema, ser deferente ao que decidiram os representantes do povo, por meio de lei, após amplo debate da questão. Para os requerentes, o Supremo não pode afastar a aplicação do art. 283 do CPP sem declarar a sua inconstitucionalidade. Porém, defendem que, ainda que o artigo seja declarado inconstitucional, a criação e a regulamentação de modalidades de prisão se sujeitam

à reserva legal absoluta, de acordo com a Constituição, constituindo verdadeira cláusula de “reserva de poder” em favor do Legislativo, que impede que o Supremo disponha sobre tais matérias por meio de sentença aditiva (CF/1988, art. 5º, XXXIX, XL e XLIV).

5. O requerente traz, ainda, três argumentos subsidiários. Em primeiro lugar, aponta que o STF reconheceu a existência de um estado de coisas inconstitucional no âmbito do sistema carcerário brasileiro (ADPF 347), ante a ocorrência de violação massiva de direitos fundamentais dos detentos. Desse modo, o incremento de presos provisórios em situação já colapsada agravaria as violações de direitos humanos já reconhecidas pelo STF, além de sujeitar novos indivíduos – alguns deles injustamente – a ingressarem indevidamente em sistema carcerário que se sabe gravemente comprometido. Nesse sentido, assinala que a taxa média de concessão da ordem de *habeas corpus* no Superior Tribunal de Justiça, após o julgamento nas instâncias ordinárias, é de 27,86%.

6. Em segundo lugar, aduz que, nos autos do HC 126.292, o STF produziu interpretação mais gravosa da matéria e mudou anterior entendimento jurisprudencial já consolidado no próprio Tribunal. Assim, sustenta que, como se veda à lei retroagir para prejudicar o réu (CF/1988, art. 5º, XXXIX e XV), o mesmo preceito deve ser observado quanto a eventuais alterações jurisprudenciais mais gravosas, às quais se devem conferir tão-somente efeitos futuros, em respeito aos princípios da segurança jurídica, da boa-fé e da confiança dos jurisdicionados. Afirma que esse entendimento foi expressamente manifestado pelo Ministro Barroso, nos autos da AP 606-QO, e, ainda, em parecer proferido sobre matéria tributária quando atuava como advogado. O requerente sustenta que o princípio da irretroatividade das normas penais também é aplicável ao processo penal, sobretudo no tocante a alterações mais gravosas aos réus que impactem o direito material, como é o caso da privação da liberdade.

7. Em terceiro lugar, defende o equívoco, à luz da ordem constitucional brasileira, de se equiparar as funções exercidas pelo STF e pelo STJ nas causas criminais. E isso por três razões: (i) toda sentença criminal condenatória necessariamente interpreta a lei federal, ao passo que, apenas excepcionalmente, enfrenta com autonomia questão constitucional; (ii) o juízo positivo de culpabilidade exigido para a condenação criminal é típico juízo jurídico de reprovabilidade, não bastando, para a afirmação da culpa, a formulação de juízo fático; e (iii) enquanto as funções do STF passaram por significativa transformação a partir da

objetivação do controle difuso de constitucionalidade, as funções do STJ continuam plenamente compatíveis com a de um Tribunal Superior de recursos.

8. Aponta, por fim, que o novo entendimento proferido pelo STF penaliza especialmente a parcela mais vulnerável da população. O julgamento das instâncias ordinárias não esgota o juízo de culpabilidade ou o exame da repercussão jurídica de fatos e provas. A jurisprudência do STJ em matéria penal demonstra que esse tribunal pode: (i) decretar a atipicidade dos fatos e/ou alterar sua qualificação jurídica; (ii) alterar a dosimetria da pena, o regime prisional, a substituição de pena privativa da liberdade por restritiva de direitos; e (iii) declarar a ilicitude das provas. Nesse sentido, registra que o índice de sucesso da defensoria pública do Estado de São Paulo, em HCs e RHCs, tendo por objeto decisões do Tribunal de Justiça, chega a 62%. Aponta também que a taxa média de sucesso, nos recursos especiais, no STJ, tem variado, nos últimos anos, entre 29,30% (2015) e 49,31% (2008).

9. Com base em tais fundamentos, o requerente pede, em sede cautelar, que: (i) “Não sejam deflagradas novas execuções provisórias de penas de prisão e sejam suspensas as que já estiverem em curso, libertando-se, até que a presente ação seja julgada, as pessoas que ora se encontram encarceradas, sem que a respectiva decisão condenatória tenha transitado em julgado”; (ii) “subsidiariamente, caso essa Corte indefira o pedido anterior, requer-se seja realizada, em caráter cautelar, interpretação conforme a Constituição do artigo 283 do Código de Processo Penal, a fim de determinar, enquanto não se julgar o mérito da presente ação, a aplicação, por analogia, das medidas alternativas à prisão previstas no art. 319 do CPP em substituição ao encarceramento provisório decorrente da condenação em segunda instância”; e (iii) “por fim - se os pedidos cautelares formulados nos itens *a e b* não forem acolhidos - requer-se seja realizada interpretação conforme a Constituição do artigo 637 do CPP, restringindo, enquanto não for julgado o mérito desta ação, a não produção do efeito suspensivo aos recursos extraordinários, e condicionando a aplicação da pena à análise da causa criminal pelo STJ quando houver a interposição de recurso especial”.

10. A Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro solicitou a sua admissão no feito, como *amicus curiae*, sustentando que, em pesquisa por amostragem realizada em seu acervo de habeas corpus e de recursos junto aos tribunais superiores, constatou, no período de março de 2014 a abril de 2016, uma taxa de êxito de 37,5% (trinta e sete e meio por cento). Os feitos versavam sobre absolvição, redução da pena, atenuação do regime ou substituição

por pena restritiva de direitos. Alega, por isso, a Defensoria que a mudança de entendimento gera graves prejuízos para os hipossuficientes.

11. Requereram, ainda, ingresso no feito, como *amici curiae*: o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCRIM, a Defensoria Pública da União, o Instituto de Defesa do Direito de Defesa Márcio Thomaz Bastos – IDD, o Instituto Íbero Americano de Direito Penal – IADP, a Associação dos Advogados de São Paulo – AASP, o Instituto dos Advogados de São Paulo – IASP, a Associação Brasileira dos Advogados Criminais – ABACRIM e o Instituto da Advocacia Racial e Ambiental.

12. Já nos autos da ADC 44, afirma-se que a decisão proferida no HC 126.292, ao permitir que os tribunais executem a pena antes do trânsito em julgado, autoriza, por via transversa, que determinem a prisão e afastem a aplicação do art. 283 do CPP, sem submeter a questão ao princípio da reserva de plenário. Por essa razão, a decisão do STF violaria o art. 97 da Constituição¹ e a Súmula Vinculante nº 10². A OAB alega, ainda, que o dispositivo cuja declaração de constitucionalidade se requer simplesmente reproduz o teor do art. 5º, incs. LVII e LXI, CF/1988³, de forma que declará-lo inconstitucional implicaria declarar a inconstitucionalidade de norma constitucional originária, possibilidade que o próprio Supremo já afastou, nos autos da ADI 815 e da ADI 997. Por fim, aduz que a interpretação conferida pelo STF aos aludidos dispositivos constitucionais fere a literalidade dos seus textos e vale-se do “álibi” da efetividade processual, com o propósito de instituir “*verdadeira política judiciária que deverá orientar a atuação dos tribunais nos casos futuros, incluindo os processos da operação lavajato*”.

13. Com base nesses fundamentos, o requerente pede, em sede cautelar, a “suspensão da execução antecipada da pena de todos os casos em que os órgãos fracionários de Segunda Instância, com base no HC 126.292/SP, simplesmente ignoraram o disposto do

¹ CF/1988, art. 97: “Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público”.

² Súmula Vinculante nº 10: “Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta a sua incidência no todo ou em parte”.

³ CF/1988, art. 5º: “LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” e “LXI - 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”.

artigo 283 do Código de Processo Penal”.

14. A Defensoria Pública do Estado de São Paulo requereu seu ingresso nos autos, como *amicus curiae*, salientando que atualmente 64% dos recursos especiais e agravos em recursos especial interpostos pela instituição contra decisões do Tribunal de Justiça de São Paulo são providos pelo STJ. Requereram ingresso nos autos, também como *amici curiae*, as instituições que solicitaram ingresso nos autos da ADC 43 e o Instituto dos Advogados Brasileiros – IAB.

15. O voto que se segue é estruturado em três partes. Na *primeira parte*, procuro contextualizar o debate, indicando exemplos emblemáticos de como o sistema punitivo brasileiro funciona extremamente mal e qual o papel do direito penal nas circunstâncias brasileiras. Na *segunda parte*, descrevo a oscilação da jurisprudência do STF na matéria até fixar-se, no julgamento do HC 126.292 (Rel. Min. Teori Zavascki, j. em 17.02.2016), o entendimento atual no sentido de que a Constituição Federal admite a execução da pena após a condenação em 2º grau, e aponto, muito resumidamente, os fundamentos que me levaram a adotar essa posição naquele julgado. Já na *terceira parte*, analiso os pedidos cautelares formulados, em especial o pedido para que se reconheça a legitimidade da opção do legislador de condicionar o início do cumprimento da pena de prisão ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Parte I

CONTEXTUALIZANDO O DEBATE

II. ALGUNS EXEMPLOS QUE DEMONSTRAM QUE O SISTEMA NÃO FUNCIONA

16. O sistema penal brasileiro não tem funcionado adequadamente. A possibilidade de os réus aguardarem o trânsito em julgado dos recursos especial e extraordinário em liberdade para apenas então iniciar a execução da pena enfraquece demasiadamente a tutela dos bens jurídicos resguardados pelo direito penal e a própria confiança da sociedade na Justiça criminal. Ao autorizar-se que a punição penal seja retardada por anos e mesmo décadas, cria-se um sentimento social de ineficácia da lei penal e permite-se que a morosidade processual possa conduzir à prescrição dos delitos. Alguns exemplos emblemáticos auxiliam na compreensão do ponto.

II.1. Caso Pimenta Neves

17. Um jornalista matou a sua namorada (Sandra Gomide), pelas costas e por motivo fútil, em 20.08.2000. Julgado e condenado pelo Tribunal do Júri, continuava em liberdade passados mais de dez anos do fato, vivendo uma vida normal. Devastado pela dor, corroído pela impunidade do assassino de sua filha, o pai da vítima narra: “Um dia eu liguei para a casa dele e disse: ‘Você vai morrer igual a um frango. Eu vou cortar o seu pescoço’. Eu sonhava em fazer justiça por mim mesmo. Era só pagar R\$ 5 mil a um pistoleiro. Quem tirou essa ideia da minha cabeça foram os advogados”. **O sistema que tínhamos não era garantista. Ele era grosseiramente injusto e estimulava as pessoas a voltarem ao tempo da vingança privada e quererem fazer justiça com as próprias mãos.**

II.2. O caso Luís Estêvão

18. Um ex-Senador da República foi condenado pelo desvio de R\$ 169 milhões na construção do Foro Trabalhista de São Paulo. Os fatos ocorreram em 1992. Depois da interposição de 34 recursos, a decisão finalmente transitou em julgado em 2016, quando ele veio a ser preso. Durante todo este período, mesmo já condenado, circulou livremente em carros de luxo, frequentando os melhores restaurantes e distribuindo gorjetas fartas, como um homem vitorioso. **O sistema que tínhamos não era garantista. Ele era grosseiramente injusto e difundia a impressão de que neste país o crime compensa.**

II.3. O caso Edmundo

19. Em dezembro de 1995, um conhecido jogador de futebol, saindo da balada, dirigindo seu carro a 120 Km por hora na Lagoa Rodrigo de Freitas, no Rio, provocou um acidente e a morte de 3 pessoas. Foi condenado em outubro de 1999 a uma pena de 4 anos e meio de prisão. Seus advogados entraram com nada menos do que 21 recursos, apenas no STJ. E outros tantos no STF. Em 2011, o Ministro Joaquim Barbosa declarou a prescrição da pena. O processo ainda aguarda julgamento do Plenário. As famílias das três jovens vítimas do crime podem assisti-lo livre e feliz como comentarista de jogos de futebol na televisão. **O sistema que tínhamos não era garantista. Ele era um goloço da impunidade.**

II.4. O caso Pedro Talvane

20. Suplente de Deputado Federal foi denunciado pela morte da titular do cargo, para tomar-lhe a vaga. A acusação é de que havia contratado pistoleiros que

mataram a Deputada, seu marido e outras duas vítimas, no episódio que ficou conhecido como “Chacina da Gruta”. O fato se passou em 1998. O réu aguardou em liberdade o julgamento pelo Tribunal do Júri que, em razão de recursos protelatórios, só ocorreu em 2012, mais de 13 anos depois. Ele foi condenado a 103 anos e 4 meses de reclusão. Somente aí, então, se deu a prisão preventiva do réu. Ele recorreu da decisão e o processo se encontra pendente de recurso especial interposto perante o STJ (REsp 1449981/AL). **O sistema que tínhamos não era garantista. Ele era grosseiramente injusto e funcionava como estímulo aos comportamentos mais bárbaros, ao primitivismo puro e simples.**

21. Aliás, duas outras conclusões podem ser extraídas deste caso: (i) a primeira: a condenação pelo Tribunal do Júri em razão de crime doloso contra a vida deve ser executada imediatamente, como decorrência natural da competência soberana do júri conferida pelo art. 5º, XXXVIII, *d*; (ii) a segunda: confirmada a decisão de pronúncia pelo Tribunal de 2º grau, o júri pode ser realizado. Para que não haja dúvida da origem espúria do falso garantismo nessa matéria: a regra sempre fora a prisão do acusado por homicídio após a pronúncia. Foi a Lei nº 5.941, de 22.11.1973, que mudou a disciplina que até então vigorava. A motivação jamais foi desconhecida: o regime militar aprovou a lei a toque de caixa para impedir a prisão do Delegado Sérgio Paranhos Fleury, notório torturador e protegido dos donos do poder de então, condenado por integrar um esquadrão da morte.

II.5. Caso da Missionária Dorothy Stang

22. A missionária norte-americana, naturalizada brasileira, Dorothy Stang atuava em projetos sociais na região de Anapu, no sudoeste do Pará. Foi morta aos 73 anos, em fevereiro de 2005, por pistoleiros, a mando de um fazendeiro da região. O júri realizou-se em setembro de 2013, com a condenação de Vitalmiro Bastos de Moura a 30 anos de prisão. Com muitas idas e vindas, passaram-se oito anos até o julgamento de primeiro grau. Vale dizer: se não tivesse sido preso preventivamente, o assassino ainda estaria aguardando em liberdade o trânsito em julgado, que não ocorreu até hoje. **Isso não é garantismo. É a desmoralização do país perante a comunidade internacional, que acompanha o caso com interesse.**

23. E aqui cabe uma menção especial. O número de presos preventivamente no Brasil – isto é, pessoas que estão presas antes do trânsito em julgado da decisão – é de cerca de 40%, ao que se noticia. Uma das razões para a prisão antes do término do processo – o que, em rigor, constitui uma distorção – é, precisamente, a demora interminável para que cheguem ao fim. Para evitar a impunidade prolongada, quando não a prescrição, os juízes decretam a prisão antecipada.

24. Há incontáveis casos em que coisas semelhantes se passaram. Porque esta é a regra. Apenas a título exemplificativo, no mesmo dia em que nós julgamos o HC 126.292, mudando a jurisprudência nesta matéria, estava na pauta um RE de relatoria da Ministra Rosa Weber. O caso envolvia um homicídio qualificado cometido em 1991. Depois de recursos infundáveis contra a sentença de pronúncia, o réu foi condenado pelo Tribunal do Júri em 1995. Em 2016, a pena ainda não havia sido cumprida, pela interposição sucessiva de recursos descabidos. Quem quiser ler esta história, humanizada, com os nomes dos personagens e das famílias devastadas, pode ler a história publicada pelo jornalista Vinícius Gorczeski, na Revista Época. **Quando se colocam nomes, sentimentos, sofrimentos, inconformismo, o absurdo do sistema fica mais visível.**

25. E mais: em todos esses casos, a infundável interposição de recursos protelatórios não é capaz de efetivar a justiça. Conforme explicitado no meu voto no HC 126.292, o percentual de recursos extraordinários providos em favor do réu é irrisório, inferior a 1,5%⁴. Mais relevante ainda: de 1.01.2009 a 19.04.2016, em 25.707 decisões de mérito proferidas em recursos criminais pelo STF (REs e agravos), as decisões absolutórias não chegam a representar 0,1% do total de decisões⁵. No Superior Tribunal de Justiça, de acordo com dados do projeto *Supremo em Números*, da Fundação Getúlio Vargas, a média de

⁴ Segundo dados oficiais da assessoria de gestão estratégica do STF, referentes ao período de 01.01.2009 até 19.04.2016, o percentual médio de recursos criminais providos (tanto em favor do réu, quanto do MP) é de 2,93%. Já a estimativa dos recursos providos apenas em favor do réu aponta um percentual menor, de 1,12%. Como explicitado no texto, os casos de absolvição são raríssimos. No geral, as decisões favoráveis ao réu consistiram em: provimento dos recursos para remover o óbice à progressão de regime, remover o óbice à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, remover o óbice à concessão de regime menos severo que o fechado no caso de tráfico, reconhecimento de prescrição e refazimento de dosimetria.

⁵ Em verdade, foram identificadas apenas nove decisões absolutórias, representando 0,035% do total de decisões (ARE 857130, ARE 857.130, ARE 675.223, RE 602.561, RE 583.523, RE 755.565, RE 924.885, RE 878.671, RE 607.173, AI 580.458). Deve-se considerar a possibilidade de alguma margem de erro, por se tratar de pesquisa artesanal. Ainda assim, não há risco de impacto relevante quer sobre os números absolutos quer sobre o percentual de absolvições.

provimento de recursos especiais (tanto os admitidos na origem como os que são processados via agravo de instrumento) é de 9,1% em favor dos réus. Não há estatística acerca de qual percentual resultou efetivamente em absolvição, mas tal como ocorre no STF, ele deve ser bastante baixo. A maior parte dos provimentos de recurso diz respeito ao regime de pena e à dosimetria.

III. FATORES IMPORTANTES NA CONSTRUÇÃO DE UM PAÍS E O PAPEL DO DIREITO PENAL

26. A Constituição brasileira, no seu Preâmbulo, elegeu como valores supremos da sociedade brasileira os direitos individuais, a liberdade, a segurança, a igualdade e a justiça. A construção do país idealizado pelos constituintes de 1988 exige: (i) *educação de qualidade* desde a pré-escola, para permitir que as pessoas tenham igualdade de oportunidades e possam fazer escolhas esclarecidas na vida; (ii) *distribuição adequada de riquezas*, poder e bem estar, para que as pessoas possam ser verdadeiramente livres e iguais, e se sentirem integrantes de uma comunidade política que as trata com respeito e consideração; e (iii) *debate público democrático e de qualidade*, no qual a livre circulação de ideias e de opiniões permita a busca das melhores soluções para as necessidades e angústias da coletividade.

27. Dentro desta perspectiva, o direito penal está longe de figurar no topo da lista dos instrumentos mais importantes para realizar o ideário constitucional de fraternidade, pluralismo e tolerância. Talvez por isso mesmo, ele tenha sido largamente negligenciado no Brasil desde a redemocratização. A verdade, porém, é que no atual estágio da condição humana o bem nem sempre consegue se impor por si próprio. A ética, o ideal de vida boa precisa de um impulso externo também. Entre nós, no entanto, a ausência de um direito penal minimamente efetivo e igualitário funcionou como um estímulo a diversos tipos de criminalidade. Criamos um país no qual o crime frequentemente compensa. Isso vale, particularmente, para a chamada criminalidade de colarinho branco, universo no qual se situa o fenômeno da corrupção.

28. Por ter uma história marcada pelo autoritarismo, quando não pela truculência, crescemos no Brasil, por justas razões, com grande desconfiança em relação à repressão estatal. Ainda assim, não é possível imaginar uma sociedade democrática, justa e de pessoas livres e iguais sem o respeito a determinados valores e bens jurídicos. Em toda sociedade

democrática, o direito penal tem um papel importante a desempenhar. O mais destacado deles é o que a doutrina denomina de *prevenção geral*: as pessoas na vida tomam decisões baseadas em incentivos e riscos. Se há incentivos para a conduta ilícita – como o ganho fácil e farto – e não há grandes riscos de punição, a sociedade experimenta índices elevados de criminalidade.

29. Em passagem que se tornou clássica, Cesare Beccaria assentou que é a certeza da punição, mais do que a intensidade da pena, o grande fator de prevenção da criminalidade. Não é necessário o excesso de tipificações nem tampouco a exacerbação desmedida da pena. O sistema punitivo pode e deve ser moderado. Mas tem que ser sério.

30. Antes de demonstrar a constitucionalidade da orientação adotada pelo Supremo Tribunal Federal no HC 126.292 e de explicitar como o art. 283 deve ser interpretado para que possa subsistir validamente, duas observações são oportunas:

a) sempre que houver um tribunal acima de outro, com poder de revisão, haverá reforma. A questão, portanto, é de competência, e não de justiça; e

b) o tratamento de desprezo e desprestígio que tem sido dado aos tribunais estaduais e aos tribunais regionais federais, como instâncias incapazes de aplicar o direito com competência e seriedade, é preocupante. Ou estes tribunais funcionam muito mal e precisamos voltar nossa atenção para eles; ou a crítica é injusta e deve ser revista. Em qualquer caso, a solução não é o modelo de processos que não terminam nunca.

Parte II

A CONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO DA CONDENAÇÃO PENAL

APÓS A DECISÃO DE SEGUNDO GRAU

IV. A OSCILAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO STF NA MATÉRIA

31. A Constituição Federal proclama, em seu art. 5º, LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. O dispositivo consagra o princípio da presunção de inocência, ou – em expressão mais técnica – o princípio da presunção de não culpabilidade⁶. Desde a promulgação da Carta de 1988 até 2009, vigeu nesta Corte o entendimento de que essa norma não impedia a execução da pena

⁶ Sobre o tema, v. Anthair Edgard de Azevedo Valente e Gonçalves, *Inciso LVII do art. 5º da CF: uma presunção à brasileira*, mimeografado, 2009.

após a confirmação da sentença condenatória em segundo grau de jurisdição, ainda que pendentes de julgamento os recursos extraordinário (RE) e especial (REsp)⁷. Em linhas gerais, isso se dava pelo fato de que tais recursos não desfrutavam de efeito suspensivo nem se prestam a rever condenações (a realizar a justiça do caso concreto), mas tão somente a reconhecer eventual inconstitucionalidade ou ilegalidade dos julgados de instâncias inferiores, sem qualquer reexame de fatos e provas.

32. Em julgamento realizado em 5.02.2009, porém, este entendimento foi alterado em favor de uma leitura mais literal do art. 5º, LVII. De fato, ao apreciar o HC 84.078, sob a relatoria do Ministro Eros Grau, o Supremo Tribunal Federal, por 7 votos a 4, passou a interpretar tal dispositivo como uma regra de caráter absoluto, que impedia a execução provisória da pena com o objetivo proclamado de efetivar as garantias processuais dos réus. Conforme a ementa do julgado, a ampla defesa “*engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária*”, de modo que “*a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa*”⁸. Esta é a orientação que vigorou até o julgamento do HC 126.292.

33. No HC 126.292 (Rel. Min. Teori Zavascki, j. em 17.02.2016), o Supremo Tribunal Federal, também pela maioria de 7 votos, entendeu que a Constituição admite a prisão do condenado após a decisão em segundo grau – vale dizer, após a condenação por Tribunal de Justiça ou por Tribunal Regional Federal –, independentemente do trânsito em julgado da decisão, isto é, enquanto ainda cabíveis recursos especial e extraordinário. Ficaram vencidos na ocasião os Ministros Rosa Weber, Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski.

34. Em meu voto, defendi a ocorrência de uma *mutação constitucional*, isto é, de uma transformação, por mecanismo informal, do sentido e do alcance do princípio constitucional da presunção de inocência, apesar da ausência de modificação do seu texto. Na matéria, tinha havido uma primeira mutação constitucional em 2009, quando o STF alterou

⁷ Veja-se, nesse sentido, os seguintes julgados: (i) no Plenário: HC 68.726, Rel. Min. Néri da Silveira, HC 72.061, Rel. Min. Carlos Velloso; (ii) na Primeira Turma: HC 71.723, Rel. Min. Ilmar Galvão; HC 91.675, Rel. Min. Carmen Lúcia; HC 70.662, Rel. Min. Celso de Mello; e (iii) na Segunda Turma: HC 79.814, Rel. Min. Nelson Jobim; HC 80.174, Rel. Min. Maurício Corrêa; RHC 84.846, Rel. Min. Carlos Velloso e RHC 85.024, Rel. Min. Ellen Gracie. Confiram-se, ainda, as Súmulas 716 e 717.

⁸ Votaram com a maioria os Ministros Eros Grau, Celso de Mello, Marco Aurélio, Cezar Peluso, Ayres Britto, Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes. Votaram vencidos, pela manutenção da orientação anterior, Menezes Direito, Joaquim Barbosa, Cármen Lúcia e Ellen Gracie.

seu entendimento original sobre o momento a partir do qual era legítimo o início da execução da pena. Encaminhou-se, porém, para nova mudança sob o impacto traumático da própria realidade que se criou após a primeira mudança de orientação.

35. Com efeito, destaquei que a impossibilidade de execução da pena após o julgamento final pelas instâncias ordinárias produziu três consequências muito negativas para o sistema de justiça criminal. Em *primeiro lugar*, funcionou como um poderoso incentivo à infundável interposição de recursos protelatórios. Tais impugnações movimentam a máquina do Poder Judiciário, com considerável gasto de tempo e de recursos escassos, sem real proveito para a efetivação da justiça ou para o respeito às garantias processuais penais dos réus. No mundo real, o percentual de recursos extraordinários providos em favor do réu é irrisório, inferior a 1,5%⁹. Mais relevante ainda: de 1.01.2009 a 19.04.2016, em 25.707 decisões de mérito proferidas em recursos criminais pelo STF (REs e agravos), as decisões absolutórias não chegam a representar 0,1% do total de decisões¹⁰.

36. Em *segundo lugar*, reforçou a seletividade do sistema penal. A ampla (e quase irrestrita) possibilidade de recorrer em liberdade aproveita sobretudo aos réus abastados, com condições de contratar os melhores advogados para defendê-los em sucessivos recursos. Em regra, os réus mais pobres não têm dinheiro (nem a Defensoria Pública tem estrutura) para bancar a procrastinação. Não por acaso, na prática, torna-se mais fácil prender um jovem de periferia que porta 100g de maconha do que um agente político ou empresário que comete uma fraude milionária.

37. Em *terceiro lugar*, o novo entendimento contribuiu significativamente para agravar o descrédito do sistema de justiça penal junto à sociedade. A necessidade de aguardar

⁹ Segundo dados oficiais da assessoria de gestão estratégica do STF, referentes ao período de 01.01.2009 até 19.04.2016, o percentual médio de recursos criminais providos (tanto em favor do réu, quanto do MP) é de 2,93%. Já a estimativa dos recursos providos apenas em favor do réu aponta um percentual menor, de 1,12%. Como explicitado no texto, os casos de absolvição são raríssimos. No geral, as decisões favoráveis ao réu consistiram em: provimento dos recursos para remover o óbice à progressão de regime, remover o óbice à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, remover o óbice à concessão de regime menos severo que o fechado no caso de tráfico, reconhecimento de prescrição e refazimento de dosimetria.

¹⁰ Em verdade, foram identificadas apenas nove decisões absolutórias, representando 0,035% do total de decisões (ARE 857130, ARE 857.130, ARE 675.223, RE 602.561, RE 583.523, RE 755.565, RE 924.885, RE 878.671, RE 607.173, AI 580.458). Deve-se considerar a possibilidade de alguma margem de erro, por se tratar de pesquisa artesanal. Ainda assim, não há risco de impacto relevante quer sobre os números absolutos quer sobre o percentual de absolvições.

o trânsito em julgado para iniciar a execução da pena tem conduzido massivamente à prescrição da pretensão punitiva¹¹ ou ao enorme distanciamento temporal entre a prática do delito e a punição definitiva. Em ambos os casos, produz-se deletéria sensação de impunidade, o que compromete, ainda, os objetivos da pena, de prevenção especial e geral. Um sistema de justiça desmoralizado não serve ao Judiciário, à sociedade, aos réus e tampouco aos advogados.

38. A partir desses três fatores, tornou-se evidente que não se justifica no cenário atual a leitura mais conservadora e extremada do princípio da presunção de inocência, que impede a execução (ainda que provisória) da pena quando já existe pronunciamento jurisdicional de segundo grau (ou de órgão colegiado, no caso de foro por prerrogativa de função) no sentido da culpabilidade do agente. É necessário conferir ao art. 5º, LVII a interpretação mais condizente com as exigências da ordem constitucional no sentido de garantir a efetividade da lei penal, em prol dos bens jurídicos que ela visa resguardar, tais como a vida e a integridade psicofísica – todos com *status* constitucional. Ainda que o STF tenha se manifestado em sentido diverso no passado, e mesmo que não tenha havido alteração formal do texto da Constituição de 1988, o sentido que lhe deve ser atribuído inequivocamente se alterou. Fundado nessa premissa, entendi que a Constituição Federal e o sistema penal brasileiro admitem – e justificam – a execução da pena após a condenação em segundo grau de jurisdição, ainda sem o trânsito em julgado, destacando múltiplos fundamentos que legitimam esta compreensão, resumidos a seguir.

V. FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS E LEGAIS QUE LEGITIMAM A DE EXECUÇÃO DA CONDENAÇÃO PENAL APÓS A DECISÃO DE SEGUNDO GRAU

39. No HC 126.292, concluí que a execução da pena após a decisão condenatória em segundo grau de jurisdição não ofende o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade (CF/1988, art. 5º, LVII). Ao contrário, a prisão, neste caso, justifica-se pela conjugação de três fundamentos jurídicos.

40. Em *primeiro lugar*, a Constituição brasileira não condiciona a prisão – mas,

¹¹ De acordo com o CNJ, somente nos anos de 2010 e 2011, a Justiça brasileira deixou prescrever 2.918 ações envolvendo crimes de corrupção e lavagem de dinheiro. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/60017-justica-condena-205-por-corrupcao-lavagem-e-improbidade-em-2012>

sim, a certeza jurídica acerca da culpabilidade – ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória. O pressuposto para a privação de liberdade é a ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, e não sua irrecorribilidade. Para chegar a essa conclusão, basta uma leitura sistemática dos incisos LVII e LXI do art. 5º da Carta de 1988, à luz do princípio da unidade da Constituição. Enquanto o inciso LVII define que “ninguém será considerado **culpado** até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”, logo abaixo, o inciso LXI prevê que “ninguém será **preso** senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente”. Assim, é evidente que a Constituição diferencia o regime da culpabilidade e o da prisão.

41. Em *segundo lugar*, a presunção de inocência é princípio (e não regra) e, como tal, pode ser aplicada com maior ou menor intensidade, quando ponderada com outros princípios ou bens jurídicos constitucionais colidentes. No caso específico da condenação em segundo grau de jurisdição, na medida em que já houve demonstração segura da responsabilidade penal do réu e finalizou-se a apreciação de fatos e provas, o princípio da presunção de inocência adquire menor peso ao ser ponderado com o interesse constitucional na efetividade da lei penal, em prol dos objetivos e bens jurídicos tutelados pelo direito penal (CF/1988, arts. 5º, *caput* e LXXVIII e 144).

42. Em *terceiro lugar*, com o acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação esgotam-se as instâncias ordinárias e a execução da pena passa a constituir, em regra, exigência de ordem pública, entendida como a eficácia do direito penal necessária para a proteção da vida, da segurança e da integridade das pessoas e de todos os demais fins que justificam o próprio sistema criminal. É intuitivo que, quando um crime é cometido e seu autor é condenado em segundo grau de jurisdição, mas não é punido ou é punido décadas depois, tanto o condenado quanto a sociedade perdem a necessária confiança na jurisdição penal. Assim, ainda que não houvesse fundamento constitucional direto para legitimar a prisão após a condenação em segundo grau, ela se justificaria nos termos da legislação ordinária. Isso, é claro, não exclui a possibilidade de que o réu recorra ao STF ou ao STJ para corrigir eventual abuso ou erro das decisões de primeiro e segundo graus, o que continua a poder ser feito pela via do HC, além de poder requerer, em situações extremas, a concessão de efeito suspensivo no RE ou no REsp.

43. Por fim, aponte três fundamentos pragmáticos que reforçam a opção pela

interpretação adotada, ao demonstrar que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em 2º grau de jurisdição pode contribuir para a melhoria do sistema de justiça criminal. Primeiro, a interpretação permite tornar o sistema de justiça criminal mais funcional e equilibrado, na medida em que (i) coíbe a abusiva e infundável interposição de recursos protelatórios, que impedia que condenações proferidas em grau de apelação produzissem qualquer consequência, conferindo aos recursos aos tribunais superiores efeito suspensivo que eles não têm por força de lei; bem como (ii) favorece a valorização e a autoridade das instâncias ordinárias, algo que há muito se perdeu no Brasil, pelo fato de o juiz de primeiro grau e o Tribunal de Justiça terem passado a funcionar como instâncias de passagem até a apreciação pelos Tribunais Superiores.

44. Segundo, a execução provisória da condenação penal após a decisão de 2º grau diminui a seletividade do sistema punitivo brasileiro, tornando-o mais republicano e igualitário, bem como reduz os incentivos à criminalidade de colarinho branco, decorrente do mínimo risco de cumprimento efetivo da pena. Antes da mudança jurisprudencial, em regra, apenas as pessoas com mais recursos financeiros, mesmo que condenadas, não cumpriam a pena ou conseguiam procrastinar a sua execução por mais de 20 anos. Como é intuitivo, essa não era a situação das pessoas que hoje superlotam as prisões brasileiras (muitas vezes, sem qualquer condenação de primeiro ou segundo graus), que não têm condições de manter advogado para interpor um recurso atrás do outro. Boa parte desses indivíduos, aliás, já se encontra presa preventivamente por força do art. 312 do Código de Processo Penal.

45. Terceiro, promove-se a quebra do paradigma da impunidade do sistema criminal, ao evitar que a necessidade de aguardar o trânsito em julgado do recurso extraordinário e do recurso especial impeça a aplicação da pena (pela prescrição) ou cause enorme distanciamento temporal entre a prática do delito e a punição. Assim, ao evitar que a punição penal possa ser retardada por anos e mesmo décadas, fortalece-se a tutela dos bens jurídicos resguardados pelo direito penal, bem como restaura-se a própria confiança da sociedade na Justiça criminal.

46. Em razão de todos esses motivos, concluí que o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade não impede a execução da pena após a decisão condenatória de segundo grau de jurisdição.

Parte III

O ART. 283 DO CPP NÃO OBSTA A EXECUÇÃO

DA CONDENAÇÃO PENAL APÓS A DECISÃO DE SEGUNDO GRAU

VI. PEDIDOS PRINCIPAIS: A CORRETA INTERPRETAÇÃO DO ART. 283 DO CPP À LUZ DA CONSTITUIÇÃO

47. Nas presentes ações diretas, postula-se a declaração de constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, que prevê que *“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”*. Ambas as ações apontam uma suposta omissão do STF no julgamento do HC 126.292 quanto à validade de referido dispositivo legal, que, em seu sentido literal mais óbvio, impediria o cumprimento da pena antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. Desde logo deixo consignado que meu voto enfrentou *expressamente* a questão do art. 283 do CPC, em parágrafo específico a ele dedicado, como se verá logo adiante.

48. As ADCs veiculam, porém, fundamentos diversos para defender a compatibilidade do art. 283 do CPP com a Constituição. De um lado, a ADC 43 não discute a possibilidade constitucional de execução da pena após a decisão de segundo grau, mas alega que o art. 283, ao condicionar a prisão ao trânsito em julgado, veicularia uma opção legítima e razoável do legislador à luz da “moldura” prevista na Carta de 1988. De outro lado, a ADC 44 aduz que o dispositivo do Código de Processo Penal apenas reproduz o teor do art. 5º, LVII e LXI, da CF/1988, de modo que declará-lo inconstitucional implicaria a inconstitucionalidade das próprias normas constitucionais originárias, o que não é admitido pelo STF.

49. Começo por afastar a última alegação. Como demonstrei em meu voto no HC 126.292, ao contrário do que uma leitura apressada da literalidade do inc. LVII do art. 5º poderia sugerir, a Constituição brasileira não condiciona a prisão – mas sim a culpabilidade – ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Tal norma define que *“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”*. É o inc. LXI que trata da prisão e este, diferentemente do anterior, não exige o trânsito em julgado

para fins de privação de liberdade, mas, sim, determinação escrita e fundamentada expedida por autoridade judiciária. Nesse sentido, prevê que “ninguém será **preso** senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente”. Assim, considerando-se ambos os incisos, é evidente que a Constituição diferencia o regime da culpabilidade e o da prisão. Não há, portanto, que se falar que o art. 283 do CPP apenas “espelha” o disposto no texto constitucional e, por isso, não poderia ser questionado.

50. Já em relação à alegação de legitimidade do art. 283 à luz da Carta de 1988, é razoável suspeitar que uma das leituras possíveis do art. 283 do Código de Processo Penal (com redação dada pela Lei nº 12.403/2011) é aquela que limita a prisão às hipóteses de (i) trânsito em julgado de sentença condenatória, (ii) prisão temporária ou (iii) prisão preventiva. Apesar disso, penso que é tanto necessário, quanto possível extrair do dispositivo interpretação que comporte a possibilidade de execução provisória da pena antes do trânsito em julgado da condenação, de modo a compatibilizá-lo com a exigência constitucional de efetividade e credibilidade do sistema de justiça criminal.

51. Os direitos ou garantias não são absolutos¹², o que significa que não se admite o exercício ilimitado das prerrogativas que lhes são inerentes, principalmente quando veiculados sob a forma de princípios (e não regras), como é o caso da presunção de inocência. Enquanto princípio, tal presunção pode ser restringida por outras normas de estatura constitucional (desde que não se atinja o seu núcleo essencial), sendo necessário ponderá-la com os outros objetivos e interesses em jogo.

52. Na discussão sobre a execução da pena depois de proferido o acórdão condenatório pelo Tribunal competente, o princípio da presunção de inocência está em tensão com o interesse constitucional na efetividade da lei penal, em prol dos objetivos (prevenção geral e específica) e bens jurídicos (vida, dignidade humana, integridade física e moral, etc.) tutelados pelo direito penal, com amplo lastro na Constituição (arts. 5º, *caput* e LXXVIII e 144). Nessa ponderação, com a decisão condenatória em segundo grau de jurisdição, há sensível redução do peso do princípio da presunção de inocência e equivalente aumento do peso atribuído à exigência de efetividade do sistema penal. É que, de um lado, já há

¹² STF, MS 23452, Rel. Min. Celso de Mello: “OS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS NÃO TÊM CARÁTER ABSOLUTO. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto.”

demonstração segura da autoria e materialidade e necessariamente se tem por finalizada a apreciação de fatos e provas. E, de outro, permitir o enorme distanciamento no tempo entre fato, condenação e efetivo cumprimento da pena (que em muitos casos conduz à prescrição) impede que o direito penal seja sério, eficaz e capaz de prevenir os crimes e dar satisfação à sociedade. Nessa situação, o sacrifício que se impõe ao princípio da não culpabilidade – prisão do acusado condenado em segundo grau antes do trânsito em julgado – é superado pelo que se ganha em proteção da efetividade e da credibilidade da Justiça. E mais: interditar a prisão quando já há condenação em segundo grau confere proteção deficiente a bens jurídicos constitucionais tutelados pelo direito penal muito caros à ordem constitucional de 1988.

53. Dessa ponderação decorre que, uma vez proferida a decisão condenatória de segundo grau, deve se iniciar o cumprimento da pena. A prisão na hipótese decorre, assim, de fundamento diretamente constitucional, limitando a esfera de liberdade do legislador. Já em meu voto no HC 126.292 manifestei-me no sentido de que tal ponderação de bens jurídicos não é obstaculizada pelo art. 283, CPP, nos seguintes termos: *“Note-se que este dispositivo admite a prisão temporária e a prisão preventiva, que podem ser decretadas por fundamentos puramente infraconstitucionais (e.g., “quando imprescindível para as investigações do inquérito policial” – Lei nº 9.760/89 – ou “por conveniência da instrução criminal” – CPP, art. 312). Naturalmente, não serve o art. 283 do CPP para impedir a prisão após a condenação em segundo grau – quando já há certeza acerca da materialidade e autoria – por fundamento diretamente constitucional. Acentue-se, porque relevante: interpreta-se a legislação ordinária à luz da Constituição, e não o contrário”*.

54. Por esses motivos, deve-se conferir interpretação conforme a Constituição ao art. 283 do CPP, com a redação dada pela Lei nº 12.403/2011, para se excluir a possibilidade de que o texto do dispositivo seja interpretado no sentido de obstar a execução provisória da pena depois da decisão condenatória de segundo grau e antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. Note-se que o próprio art. 283, ao admitir a prisão temporária e a prisão preventiva – ambas decretáveis antes mesmo da primeira decisão condenatória –, é perfeitamente compatível com a prisão após o julgamento em segundo grau, quando então, já concluída a instrução e exercida a ampla defesa, se estabeleceu certeza jurídica acerca da materialidade e autoria. Trata-se, portanto, de uma decisão interpretativa que apenas exclui uma das possibilidades de sentido da norma, afirmando-se uma interpretação alternativa, compatível com a Constituição. Como se vê, a técnica não importa em nulidade da norma, de

modo a preservar a sua presunção de constitucionalidade.

55. Ademais, nesse caso, inexistente a afronta ao princípio da reserva de plenário na decretação das prisões antes do trânsito em julgado (CF/1988, art. 97 e SV 10) alegada na ADC 44. O fundamento da Súmula Vinculante 10 é o art. 97 da Constituição, que veda a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo por órgão fracionário de tribunal. O objetivo da norma é preservar a presunção de constitucionalidade dos atos do Poder Público, cuja superação é considerada tão grave que depende de decisão tomada pela maioria absoluta dos membros da corte ou de seu órgão especial. Naturalmente, ainda mais ofensiva que a simples declaração de invalidade seria o afastamento dissimulado da lei por invocação da Carta. Por isso é que a súmula vinculante 10 considera igualmente nulo o acórdão “que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte”.

56. Isso não significa, por óbvio, que os órgãos fracionários estejam proibidos de interpretar a legislação ordinária, com ou sem referência expressa à Constituição. A aplicação do direito pressupõe a definição do seu sentido e alcance. Essa é a atividade cotidiana dos tribunais e seus órgãos fracionários. O que não se admite é o afastamento do ato, por norma constitucional, sem observância da reserva de plenário. A diferença entre as duas hipóteses nem sempre será clara, mas há uma zona de certeza positiva quanto à incidência do art. 97: se o tribunal de origem esvaziar a lei ou o ato normativo – *i.e.*, se não restar qualquer espaço para a aplicação do preceito legal –, não haverá dúvida de que terá ocorrido um afastamento, e não uma simples interpretação.

57. No caso, porém, das decisões de tribunais que, após o julgamento do HC 126.292, determinaram a privação da liberdade do condenado antes do trânsito em julgado da condenação não houve violação à cláusula de reserva de plenário. Em verdade, os tribunais apenas conferiram ao art. 282 do CPP interpretação condizente com o texto constitucional, do qual decorre diretamente o fundamento da possibilidade de privação de liberdade após condenação em segundo grau. Ainda que assim não fosse, tanto no CPC/1973 (art. 481, p. único), quanto no CPC/2015 (art. 949, p. único) prevê-se que “os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário ou ao órgão especial a arguição de inconstitucionalidade quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão”. Assim, a manifestação plenária do STF no julgamento do HC 126.292 afasta a

reserva de plenário.

58. Tampouco há que se falar de violação ao princípio da reserva legal, como sustenta o requerente da ADC 43. Não se trata, aqui, de criação, pelo STF, de nova modalidade de prisão sem previsão em lei, mas de modalidade, que além de ter fundamento diretamente constitucional, é extraída do art. 637 do CPP. Tal dispositivo prevê que “*o recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para a execução da sentença*” e vale igualmente em relação ao recurso especial (sem previsão na CF/1937) nos termos da Súmula 267 do STJ¹³. Tal preceito, antes mesmo da edição do art. 283 do CPP, funcionava como base legal da execução da pena após condenação em segundo grau, que vigorou desde a promulgação da Carta de 1988 até 2009. Isso porque, não tendo o REsp e o RE efeito suspensivo (como afirma o art. 637, CPP), como decorrência lógica, já se pode iniciar a execução penal (ainda que em caráter provisório) e a prisão se dá como efeito da própria condenação.

59. E não é possível alegar-se que o art. 283 do CPP (com redação dada pela Lei nº 12.403/2011) é norma posterior e mais especial em relação ao art. 637 do CPP, de modo a prevalecer em relação a este por meio do emprego dos critérios cronológico e da especialidade. Em verdade, ao se conferir interpretação conforme a Constituição ao art. 283 do CPP para compatibilizá-lo com a Constituição de 1988, não resta conflito entre os ambos os preceitos. Ao contrário, ambos harmonizam-se perfeitamente.

60. Além disso, como argumento adicional, seria até mesmo possível extrair a previsão legal para a prisão após sentença condenatória de segundo grau do próprio art. 283 do CPP – questionado nestas ADCs –, na parte em que autoriza a prisão preventiva no curso do processo. Ainda que não houvesse fundamento direto na Carta de 1988, com o esgotamento das instâncias ordinárias, a execução da pena passa a constituir exigência de ordem pública (art. 312, CPP¹⁴), necessária para assegurar a credibilidade do Poder Judiciário

¹³ STJ, Súmula 267: “a interposição de recurso, sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória não obsta a expedição de mandado de prisão”.

¹⁴ CPP, Art. 312: A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

e do sistema penal. Nessa hipótese, porém, dispensa-se motivação específica pelo magistrado da necessidade de “garantia da ordem pública” e do não cabimento de medidas cautelares alternativas, valendo, para fins dos arts. 315 e 282, § 6º, CPP¹⁵, a própria condenação em segundo grau como demonstração suficiente para a decretação da prisão.

61. A afronta à efetividade da justiça criminal e à ordem pública pela necessidade de se aguardar o julgamento do RE e do REsp torna-se ainda mais patente pela análise do baixo índice de provimento dos recursos de natureza extraordinária, tanto no STF, quanto no STJ. Segundo dados oficiais da assessoria de gestão estratégica do STF, referentes ao período de 01.01.2009 até 19.04.2016, o percentual médio de recursos extraordinários criminais providos em favor do réu foi de 1,12%. Já no caso do STJ, dados fornecidos pela Presidência do Tribunal indicam que os recursos especiais criminais providos em favor do réu no período de 01.01.2009 até 20.06.2016 foi de 10,29%¹⁶.

62. Não se ignora que, em relação a algumas unidades da federação, verificam-se taxas mais elevadas de sucesso nesses recursos, especialmente os interpostos perante o STJ. Tampouco se desconhece que, como o sistema prisional é integrado majoritariamente pela parcela mais vulnerável da população, estes acabem sendo de alguma forma atingidos. Porém, entendo que o problema decorre especialmente do fato de que Tribunais em algumas unidades da federação se mantêm recalcitrantes em cumprir a jurisprudência pacífica dos tribunais superiores (algumas vezes, até mesmo súmulas vinculantes). A situação é especialmente dramática em ilícitos relacionados às drogas, já que são responsáveis por 28% da população prisional¹⁷.

63. Nesse cenário, penso que a questão não deve se resolver com prejuízo à funcionalidade do sistema penal (excluindo-se a possibilidade de prisão após a condenação em segundo grau), mas com ajustes pontuais que atinjam a própria causa do problema e que permitam maior grau de observância à jurisprudência dos tribunais superiores. É possível, por

¹⁵ CPP, art. 315: A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

CPP, art. 282, § 6º: A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319). (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

¹⁶ Dados fornecidos pela assessoria do Ministro Presidente do STJ, extraídos das seguintes fontes: SJD, SOJ, Gabinetes de Ministros e STI. Foram computados os AREsp e REsp providos em favor do réu e DP no período de 01/01/2009 até 20/06/2016 por classe de feito

¹⁷ Conforme dados do Depen de 2016, referentes a dezembro de 2014. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/infopen_dez14.pdf/@_@download/file>

exemplo, pensar em medidas que favoreçam o cumprimento das decisões do STJ e do STF, como a edição de súmulas vinculantes em matéria penal nos casos em que se verificar maior índice de descumprimento de precedentes dos tribunais. Outra opção seria determinar ao CNJ a realização de mutirões carcerários com maior frequência nessas unidades federativas. Assim é possível até mesmo restabelecer-se o prestígio e a autoridade das instâncias ordinárias, algo que se perdeu no Brasil a partir do momento em que o juiz de primeiro grau e o Tribunal de Justiça passaram a ser instâncias de passagem, aguardando-se que os recursos subam para o Superior Tribunal de Justiça e, depois, para o Supremo Tribunal Federal. Ainda assim, para evitar prejuízos aos réus, especialmente aqueles hipossuficientes, recomenda-se, nos casos em que se verificar tal índice de provimento desproporcional, a adoção, nos tribunais superiores, de jurisprudência mais permissiva quanto ao cabimento de *habeas corpus* que permita a célere correção de eventual abuso ou erro das decisões de segundo grau.

64. Cabe também fazer uma ressalva em relação à apontada incompatibilidade entre o cumprimento da pena após a decisão em segunda instância e o reconhecimento, pelo STF, de um estado de coisas inconstitucional no sistema prisional brasileiro. No julgamento da ADPF 347 MC (Rel. Min. Marco Aurélio, j. em 09.09.2015), em que se deferiu em parte os pedidos de medida cautelar formulados, não se cogitou de impedir novas prisões, mas apenas se apontou a necessidade de implementar medidas capazes de sanar a violação massiva e persistente de direitos fundamentais dos detentos. E mais: conforme estudo publicado pelo projeto Supremo em Números, da FGV Direito Rio, o impacto quantitativo da decisão no sistema prisional não será relevante a ponto de promover o colapso do sistema¹⁸. Considerando-se os réus soltos, condenados em segunda instância a 4 ou mais anos de prisão e com recurso pendente de julgamento no STJ ou no STF, o levantamento estima que o número de réus que seriam levados a prisão antes do trânsito em julgado representaria cerca de 2% do sistema carcerário¹⁹.

65. Com base nesses fundamentos, indefiro os pedidos, em sede de medida cautelar, de que (i) “*não sejam deflagradas novas execuções provisórias de penas de prisão e sejam suspensas as que já estiverem em curso, libertando-se, até que a presente ação seja julgada, as pessoas que ora se encontram encarceradas, sem que a respectiva decisão*

¹⁸ Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2831802>.

¹⁹ Ivar A. Hartmann, Execução provisória da pena: Defendendo os 2%. *Jota*, 2 set., 2016. Disponível em: <<http://jota.uol.com.br/execucao-provisoria-da-pena-defendendo-os-2>>

condenatória tenha transitado em julgado”, formulado na ADC 43; e de que (ii) haja a *“suspensão da execução antecipada da pena de todos os casos em que os órgãos fracionários de Segunda Instância, com base no HC 126.292/SP, simplesmente ignoraram o disposto do artigo 283 do Código de Processo Penal”*, formulado na ADC 44.

VII. PEDIDOS SUBSIDIÁRIOS

VII.1. IMPOSSIBILIDADE DE EXCEPCIONAR O STJ DA APLICAÇÃO DO NOVO ENTENDIMENTO

66. Na ADC, pede-se, ainda, que seja realizada interpretação conforme a Constituição do artigo 637 do CPP, restringindo, enquanto não for julgado o mérito da ação, a não produção do efeito suspensivo aos recursos extraordinários, e condicionando a aplicação da pena à análise da causa criminal pelo STJ quando houver a interposição de recurso especial”. Cita, para esse fim, os seguintes três fundamentos: (i) toda sentença criminal condenatória necessariamente interpreta a lei federal, ao passo que, apenas excepcionalmente, enfrenta com autonomia alguma questão constitucional; (ii) o juízo positivo de culpabilidade consubstancia típico juízo jurídico, não bastando, para a afirmação da culpa, a formulação de juízo meramente fático; e (iii) enquanto as funções do STF passaram por significativa transformação nos últimos anos, com a objetivação do controle difuso de constitucionalidade, as funções do STJ continuam compatíveis com a de um Tribunal Superior de recursos.

67. Entendo, porém, que não é o caso de excepcionar o STJ da aplicação do entendimento do STF no HC 126.292. Embora as funções exercidas por um e outro tribunal nas causas criminais não sejam idênticas, ambas as instâncias são consideradas extraordinárias. Como se sabe, os recursos extraordinário e especial não se prestam a rever as condenações, mas apenas a tutelar a higidez do ordenamento jurídico constitucional e infraconstitucional. Por isso, nos termos da Constituição, a interposição desses recursos pressupõe que a causa esteja decidida. É o que preveem os artigos 102, III, e 105, III, que atribuem competência ao STF e ao STJ para julgar, respectivamente, mediante recurso extraordinário e especial, *“as causas decididas em única ou última instância”*. Ainda, tais recursos excepcionais não possuem efeito suspensivo (v. art. 637 do CPP e art. 1.029, § 5º, CPC/2015, aplicável subsidiariamente ao processo penal, por força do art. 3º, do CPP), nem se deve reconhecer, no direito brasileiro, um direito ao triplo (ou quádruplo) grau de jurisdição.

68. Desse modo, a manutenção da orientação da possibilidade de cumprimento da pena após decisão em segundo grau prestigia tanto os tribunais ordinários (que deixam de funcionar como instâncias de passagem), quanto os próprios STF e STJ, cujo acesso se deve dar em situações efetivamente extraordinárias, e que não podem se transformar em tribunais de revisão ou ter seu tempo e recursos escassos desperdiçados com a necessidade de proferir decisões em recursos nitidamente inadmissíveis e protelatórios.

VII.2. NÃO CABIMENTO DA MODULAÇÃO DOS EFEITOS TEMPORAIS DO ENTENDIMENTO DO STF

69. Por fim, o requerente afirma que, nos autos do HC 126.292, o STF produziu interpretação mais gravosa quanto à possibilidade de prisão antes do trânsito da decisão condenatória penal, superando seu entendimento pretérito, proferido no HC 84.078, no sentido da impossibilidade de execução provisória da pena. Pondera, por outro lado, que a Constituição veda expressamente que a lei retroaja para prejudicar o réu e que, se assim se procede com a lei penal, o mesmo preceito deve ser observado quanto a eventuais alterações jurisprudenciais mais gravosas em matéria penal, já que essas se equiparam a uma alteração legislativa. Por essas razões e, ainda, sob a invocação dos princípios da segurança jurídica, da boa-fé e da confiança dos jurisdicionados, o requerente da ADC 43 defende que o novo entendimento do STF seja aplicado tão somente a ilícitos praticados posteriormente à decisão de mérito proferida nesta ADC 43 ou, subsidiariamente, apenas a ilícitos praticados posteriormente à decisão do HC 126.292. Ademais, em sede cautelar, pede que *“não sejam deflagradas novas execuções provisórias de penas de prisão e sejam suspensas as que já estiverem em curso, libertando-se, até que a presente ação seja julgada, as pessoas que ora se encontram encarceradas, sem que a respectiva decisão condenatória tenha transitado em julgado”*.

70. Não assiste razão ao postulante. Em primeiro lugar, é preciso observar que o art. 5º, incs. XXXIX e XL, da Constituição prevê que: *“Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”* e que *“A lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”*. Destes dispositivos resulta uma vedação constitucional à caracterização como crime de um ato que não estava tipificado como ilícito penal, à época em que praticado, ou à aplicação de uma pena que não estava prevista na lei quando da ocorrência do delito.

Todavia, é preciso observar, em primeiro lugar, que o novo entendimento do Supremo Tribunal Federal não cria novo crime ou nova sanção penal.

71. A nova interpretação produzida pelo Supremo Tribunal Federal versa sobre matéria processual penal, sujeita à incidência imediata, nos termos do art. 2º do Código de Processo Penal, segundo o qual: “*A lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior*”. O próprio Tribunal já assentou, por diversas vezes em sua jurisprudência, que a norma processual penal aplica-se imediatamente, inclusive no que respeita a ilícitos praticados anteriormente ao início de sua vigência. Confirmam-se os trechos de acórdão a seguir:

“(…) IV - Nos termos do art. 2º do CPP, “a lei processual aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior”. Desse modo, se lei nova vier a prever recurso antes inexistente, após o julgamento realizado, a decisão permanece irrecorrível, mesmo que ainda não tenha decorrido o prazo para a interposição do novo recurso; se lei nova vier a suprimir ou abolir recurso existente antes da prolação da sentença, não há falar em direito ao exercício do recurso revogado. Se a modificação ou alteração legislativa vier a ocorrer na data da decisão, a recorribilidade subsiste pela lei anterior. V - Há de se ter em conta que a matéria é regida pelo princípio fundamental de que a recorribilidade se rege pela lei em vigor na data em que a decisão for publicada (...). (RE 752988 AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ 03.02.2014, grifou-se)

“(…) 2. O art. 420 do Código de Processo Penal, com a redação determinada pela Lei n.º 11.689/2008, de natureza processual, aplica-se de imediato, inclusive aos processos em curso, e não viola a ampla defesa. [...]. 4. Existência de vetoriais negativas do art. 59 do Código Penal autorizadas da elevação da pena acima do mínimo legal. 5. Habeas corpus extinto sem resolução de mérito”. (HC 113723, rel. Min. Rosa Weber, DJ 04.12.2013, grifou-se)

“(…) 4. A norma processual penal aplica-se de imediato, incidindo sobre os processos futuros e em curso, mesmo que tenham por objeto crimes pretéritos. 5. O art. 420 do Código de Processo Penal, com a redação determinada pela Lei n.º 11.689/2008, como norma processual, aplica-se de imediato, inclusive aos processos em curso, e não viola a ampla defesa. 6. Recurso ordinário em habeas corpus a que se nega provimento.” (RHC 108070, rel. Min. Rosa Weber, DJe, 05.10.2012, grifou-se)

72. A aplicabilidade imediata das normas processuais é excepcionada pelo STF nos casos de leis penais de conteúdo misto, ou seja, no caso de normas que disponham sobre direito material e sobre direito processual, como ocorreu, por exemplo, com a nova redação conferida pela Lei 9.271/1996 ao art. 366 do Código de Processo Penal²⁰. A nova lei estabeleceu que a revelia (instituto processual) suspenderia o curso da prescrição (instituto de direito material). Porque a disciplina processual impactava diretamente sobre a prescrição entendeu-se que a suspensão do prazo extintivo não poderia ser aplicada a revelias configuradas anteriormente à vigência da referida lei. Foi o que decidiu o STF no RHC 105730 (Rel. Min. Teori Zavascki, DJ 08.05.2014). Todavia, o entendimento sobre execução provisória não configura norma de natureza mista. Ao proferi-lo, o Supremo Tribunal Federal decidiu em que momento torna-se possível executar decisão judicial confirmada em, ao menos, duas instâncias. Se a possibilidade de uma norma processual repercutir sobre a liberdade implicasse sua automática configuração como norma mista ou vedasse sua aplicação para ilícitos ocorridos anteriormente à sua vigência, a aplicabilidade imediata seria uma exceção no processo penal e não a regra porque a privação da liberdade é o resultado provável de inúmeros processos penais.

73. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não considera norma mista ou norma penal material um dispositivo apenas porque ele pode impactar, de alguma forma, sobre a liberdade do cidadão. Tanto é assim que o STF, em acórdão relatado pelo Min. Gilmar Mendes (ARE 644850 ED, DJe, 04.11.2011), considerou norma meramente processual aquela que dispôs sobre fiança, que possibilita justamente o relaxamento da prisão.

74. Por outro lado, a modulação dos efeitos temporais de uma decisão do STF pressupõe a ponderação entre o dispositivo constitucional violado e os valores segurança jurídica, proteção da confiança legítima e da boa-fé do administrado. Não há como sustentar, contudo, que a segurança jurídica dos réus foi violada porque, se tivessem sabido que seriam presos após decisão de segundo grau, não teriam cometido seus ilícitos ou teriam se defendido no processo de forma diversa. Tampouco se pode afirmar que a afronta a esses princípios estaria no fato de que o réu tinha depositado sua confiança na inefetividade do sistema penal à

²⁰ CPP, art. 366, com redação conferida pela Lei 9.271/1996: “Se o acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional, podendo o juiz determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes e, se for o caso, decretar prisão preventiva, nos termos do disposto no art. 312”.

época em que escolheu se apropriar do dinheiro público, matar, ou roubar e que, portanto, tem direito a que tal sistema permaneça ineficaz.

75. O caso em exame difere daquele apreciado na AP 606-QO²¹ e do caso do crédito presumido em matéria de IPI²² porque em ambos a conduta dos jurisdicionados se pautou pela jurisprudência do STF, de forma que a mudança do critério jurisprudencial, nesses casos, efetivamente surpreenderia tanto o deputado que esperou para renunciar ao mandato com base no termo final estabelecido pela jurisprudência da Corte, quanto o contribuinte que se creditou do IPI porque a jurisprudência do STF dizia que este creditamento era cabível. Não é o que ocorre, contudo, no presente caso pelas razões já explicitadas. Portanto, entendo que a pretendida modulação dos efeitos temporais do entendimento do Supremo Tribunal Federal que admite a execução provisória da pena não é cabível.

VIII. CONCLUSÃO

76. Por todo o exposto, voto no sentido de conferir interpretação conforme a Constituição ao art. 283 do CPP, com a redação dada pela Lei nº 12.403/2011, para se excluir a possibilidade de que o texto do dispositivo seja interpretado no sentido de obstar a execução provisória da pena depois da decisão condenatória de segundo grau e antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. Além disso, indefiro os pedidos de medida cautelar formulados nas ADCs 43 e 44, por ausência de plausibilidade jurídica.

²¹ Nos autos da Ação Penal 606, citada pelo requerente em sua inicial, decidiu-se que o momento para a determinação do tribunal competente para julgar autoridade com foro especial é o final da instrução processual. Por isso, eventual renúncia ao mandato, posterior a tal momento processual, não ensejaria a perda da competência do STF. Como a alteração do critério poderia surpreender os réus que pretendiam renunciar aos respectivos mandatos, porque antes dessa decisão o STF não adotava esta posição, eu considerarei a atribuir efeitos prospectivos à decisão. No entanto, no referido caso, a instrução ainda não havia sido concluída porque o réu renunciou às vésperas da prova de defesa, portanto, antes do final da instrução. A reflexão sobre a modulação de efeitos na hipótese figurou, portanto, como mera conjectura, como mero obiter dictum, não apreciado de forma exaustiva nem por mim nem pela Corte.

²² No caso tributário a que, de igual modo, se refere o requerente em sua inicial, o novo entendimento do Supremo Tribunal Federal implicava, na prática, majoração de tributo, em decorrência de mera alteração jurisprudencial. Havia, portanto, alteração de interpretação sobre direito material. E o novo entendimento surpreendia ilegitimamente o contribuinte porque, de acordo com o entendimento sufragado até então pela Corte, era válido o crédito presumido em matéria de imposto sobre produtos industrializados e, portanto, o contribuinte abatia o valor do crédito do imposto que tinha a pagar. Uma guinada jurisprudencial com efeitos retroativos, nessa segunda hipótese, implicava em penalizar os contribuintes que seguiram os precedentes do STF. Isso sim violaria a segurança jurídica, a boa-fé e a confiança legítima dos jurisdicionados nas decisões proferidas pelo Supremo.