

**AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE 43 DISTRITO
FEDERAL**

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

ADC 43 / DF

ADV.(A/S)

: ANTONIO CARLOS DE ALMEIDA CASTRO

V O T O

O Senhor Ministro **Ricardo Lewandowski** (Vogal): Antes de proferir meu voto, recorro que ao ser empossado no cargo de Ministro do Supremo Tribunal Federal, em sessão realizada no dia 16/3/2006, assumi o solene compromisso de cumprir a Constituição e as leis da República, sem concessões a opinião pública ou publicada e nem a grupos de pressão.

E desse compromisso jamais me desviei e não posso desviar-me agora, pois tenho o inequívoco dever - sob pena inclusive de prevaricação - de dar estrito cumprimento à vontade do legislador constituinte e ordinário - que vocalizam a vontade do povo soberano -, especialmente quando o texto normativo não comporta, como é o caso dos autos, qualquer margem de interpretação.

Pois bem. As constituições modernas surgiram na esteira das sublevações libertárias do século XVIII como expressão da vontade dos cidadãos, veiculada por seus representantes nos parlamentos. Desde então, revestiram-se da forma escrita para conferir rigidez aos seus comandos, pois foram concebidas como instrumentos para conter o poder absoluto dos governantes, dentre os quais se incluem os magistrados.

Apesar de sua rigidez, logo se percebeu que as constituições não poderiam permanecer estáticas, porque tinham de adaptar-se à dinâmica das sociedades que pretendiam ordenar, sujeitas a permanente transformação. Se assim não fosse, seus dispositivos perderiam a eficácia, no todo ou em parte, ainda que vigorassem no papel. Por esse motivo, passou-se a cogitar do fenômeno da mutação constitucional, que corresponde aos modos pelos quais as constituições podem sofrer alterações.

ADC 43 / DF

Resumem-se basicamente a dois: um formal, em que determinado preceito é modificado pelos legisladores ou pelos juízes, mediante interpretação, e outro informal, no qual se reconhece o seu desuso por não corresponder mais à realidade dos fatos. Seja qual for a maneira como se dá a mutação do texto constitucional, ela jamais poderá vulnerar os valores fundamentais sobre os quais se sustenta.

A Constituição Federal de 1988 definiu tais barreiras, em seu art. 60, § 4º, denominadas pela doutrina de “cláusulas pétreas”, justamente para evocar o seu caráter de alicerce de todo o ordenamento legal, a saber: a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes; e os direitos e garantias individuais.

A presunção de inocência, com toda a certeza, integra a última dessas cláusulas, representando talvez a mais importante das salvaguardas do cidadão, considerado o congestionadíssimo e disfuncional sistema judiciário brasileiro, no bojo do qual tramitam atualmente perto de 100 milhões de processos a cargo de pouco mais de 17 mil juízes, obrigados, inclusive, a cumprir metas de produtividade, fixadas pelo Conselho Nacional de Justiça, em uma emulação daquela disciplina industrial stakanovista, taylorista ou fordista de há muito superada.

Salta aos olhos que em tal sistema, o qual, de resto, convive com a intolerável existência de aproximadamente 800 mil presos, encarcerados em condições sub-humanas, dos quais mais 40% são provisórios, situação que caracteriza, segundo esta Suprema Corte, um “estado de coisas inconstitucional”, multiplica-se exponencialmente a possibilidade do cometimento de erros judiciais por parte de magistrados de primeira e segunda instâncias.

Daí a relevância da presunção de inocência, concebida pelos

ADC 43 / DF

constituintes originários no art. 5º, LVII, da Constituição, com a seguinte - e cristalina - dicção: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença criminal condenatória”, o que, a toda a evidência, subentende decisão final dos tribunais superiores.

Afigura-se até compreensível que alguns magistrados queiram flexibilizar essa importante garantia dos cidadãos por ingenuamente acreditarem que assim melhor contribuirão para combater a corrupção endêmica e a criminalidade violenta que assola o país.

Nem sempre, contudo, emprestam a mesma ênfase a outros problemas igualmente graves, como o inadmissível crescimento da exclusão social, o lamentável avanço do desemprego, o inaceitável sucateamento da saúde pública e o deplorável esfacelamento da educação estatal, para citar apenas alguns exemplos, cuja solução contribuiria sobremaneira para a erradicação das condutas ilícitas, especialmente aquelas praticadas pelas classes economicamente menos favorecidas.

Mesmo aos deputados e senadores é vedado, ainda que no exercício do poder constituinte derivado do qual são investidos, extinguir ou minimizar a presunção de inocência, plasmada na Constituição de 1988, porquanto foi concebida como um antídoto contra a volta de regimes ditatoriais, como aquele instalado no Brasil depois de 1964, em que sequestros, torturas, desaparecimentos e o encarceramento sistemático de dissidentes políticos eram praticados sob as vistas de um Judiciário emasculado pelos atos de exceção, quando não complacente com os desmandos.

Com maior razão não é dado aos juízes fazê-lo por meio da estreita via da interpretação, eis que esbarrariam nos intransponíveis obstáculos das cláusulas pétreas, verdadeiros pilares de nossas instituições democráticas.

ADC 43 / DF

Ora, a questão trazida nestas ações declaratórias de constitucionalidade diz respeito à possibilidade ou não de execução da pena logo após julgamento do recurso em segundo grau de jurisdição, diante tese provisoriamente fixada pelo Plenário desta Suprema Corte no julgamento do HC 126.292/SP, no qual foi reconhecida repercussão geral da questão constitucional nele ventilada.

Lamentavelmente, a partir desse entendimento precário e efêmero do STF, um grande número de prisões passou a ser decretado, após a prolação de decisões de segunda instância, de forma automática, sem qualquer fundamentação idônea, com simples remissão a súmulas ou julgados, em franca violação ao que dispõe o art. 5º, LXI, segundo o qual “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente”. Esse retrocesso jurisprudencial mereceu o repúdio praticamente unânime dos especialistas em direito penal e processual penal, particularmente daqueles que militam na área acadêmica.

Não se ignora que, com o triunfo das revoluções liberais no já longínquo “século das luzes”, acabou-se com a obrigatoriedade do cumprimento dos caprichos régios sob a justificativa de que *le roi le veut*, ou seja, “o rei o quer”. Como consequência, nos dias atuais, ninguém mais pode ser compelido - ao menos nos países civilizados - a cumprir uma determinação judicial ou, pior, a recolher-se a uma prisão simplesmente porque *le juge le veut*, quer dizer, simplesmente porque “o juiz o quer”.

Como se sabe, a jurisprudência deste Supremo Tribunal consolidou-se - salvo por um breve lapso de tempo - no sentido de que ofende o princípio da presunção de inocência a execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, ressalvada a hipótese de prisão cautelar, e desde que presentes os requisitos autorizadores previstos no art. 312 do Código de Processo

ADC 43 / DF

Penal.

Esse, aliás, é o entendimento ao qual sempre me filiei. No julgamento do aludido HC 126.292/SP, em que o Plenário sinalizou possível mudança de paradigma, assentei oralmente, de modo enfático, o seguinte:

“Eu vou pedir vênua ao eminente Relator e manter a minha posição, que vem de longa data, no sentido de prestigiar o princípio da presunção de inocência, estampado, com todas as letras, no art. 5º, inciso LVII, da nossa Constituição Federal.

Assim como fiz, ao proferir um longo voto no HC 84.078, relatado pelo eminente Ministro Eros Grau, eu quero reafirmar que não consigo, assim como expressou o Ministro Marco Aurélio, ultrapassar a taxatividade desse dispositivo constitucional, que diz que a presunção de inocência se mantém até o trânsito em julgado. Isso é absolutamente taxativo, categórico; não vejo como se possa interpretar esse dispositivo.

A Constituição Federal de 1988, ao tratar dos direitos e deveres individuais e coletivos, garante que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Logo, o texto constitucional é expresso em afirmar que apenas depois do trânsito em julgado da sentença penal condenatória alguém poderá ser considerado culpado. Trata-se do princípio, hoje universal, da presunção de inocência das pessoas.”

Nem se argumente que certas nações culturalmente avançadas adotam a possibilidade de prisão após a decisão condenatória em segundo grau, pois a realidade delas é completamente distinta da nossa, não apenas porque as garantias do cidadão em juízo são escrupulosamente asseguradas, como também porque existe um rigoroso controle externo da atividade judiciária, bem assim um estrito respeito às prerrogativas dos advogados.

ADC 43 / DF

Não fosse isso, a opção do constituinte brasileiro, soberanamente adotada em 1988, foi no sentido de não admitir a prisão antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, em virtude das notórias distorções que, desde os tempos coloniais, caracterizam a persecução penal entre nós, branda com os privilegiados e implacável com os desassistidos.

A nossa Constituição - convém lembrar - não é uma mera folha de papel, que pode ser rasgada sempre que contrarie as forças políticas do momento. Ao revés, a Carta Magna possui força normativa suficiente para fazer com seus preceitos, notadamente aqueles que garantem os direitos individuais e coletivos das pessoas, sejam cabalmente observados, ainda que anseios momentâneos, mesmo aqueles tidos como prioritários em um determinado momento histórico - a exemplo do combate à corrupção, que um setor mais mobilizado da sociedade, politicamente motivado, hoje reclama com estridência - requeiram solução diversa. É que a única saída legítima para qualquer crise, real ou imaginária, em um regime que se pretenda democrático, consiste justamente no incondicional respeito às normas constitucionais.

Isso porque não se pode fazer política criminal contra o que dispõe a Constituição, mas sim - e sempre - com amparo nela!

Ora, os constituintes de 1988 atribuíram ao Supremo Tribunal Federal inúmeras e relevantíssimas atribuições, dentre as quais a mais importante é a guarda da própria Constituição, conforme assentado com todas as letras em seu art. 102.

Por isso, entendo, com a devida vênia à corrente majoritária, a qual ocasionalmente se formou no julgamento do HC 126.292/SP, que naquela assentada o Plenário da Corte retirou do art. 5º, LVII, da Constituição um sentido que dele não poderia extrair - nem mesmo no mais elástico dos entendimentos - pois resultou na vulneração de um mandamento

ADC 43 / DF

constitucional claro, unívoco, direto e objetivo, inclusive protegido pelo próprio texto magno, como visto, contra iniciativas tendentes a aboli-lo.

Insisto em que não se mostra possível superar a taxatividade daquele dispositivo constitucional, salvo em situações de cautelaridade, por tratar-se de comando constitucional absolutamente imperativo, categórico, com relação ao qual não cabe qualquer tergiversação, pois, como já diziam os juristas de antanho, *in claris cessat interpretatio*. E o texto do inciso LVII do art. 5º da Carta Magna, ademais, além de ser claríssimo, jamais poderia ser objeto de uma inflexão jurisprudencial para interpretá-lo *in malam partem*, ou seja, em prejuízo dos acusados em geral.

Por fim, não custa recordar que o art. 30 da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, elaborada sob os auspícios da Organização das Nações Unidas e subscrita pelo Brasil - considerada pelos especialistas verdadeiro *jus cogens* internacional, ou seja, de observância obrigatória por todos os Estados que a assinaram -, consagrou o princípio da proibição do retrocesso em matéria de direitos e garantias fundamentais, plenamente aplicável à espécie.

Em face do exposto, outra não pode ser a minha conclusão se não a de que o art. 283 do Código de Processo Penal é plenamente compatível com a Constituição em vigor, razão pela qual me pronuncio no sentido de julgar inteiramente procedentes as ADCs 43, 44 e 54 sob exame.