



SENADO FEDERAL
Advocacia

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO, RELATOR DA
AÇÃO DIRETA DE CONSTITUCIONALIDADE Nº 43¹ NO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL,**

REQUERENTE: PARTIDO ECOLÓGICO NACIONAL - PEN

INTERESSADOS: PRESIDENTE DA REPÚBLICA e CONGRESSO
NACIONAL

O **PRESIDENTE DO SENADO FEDERAL**, por meio da Advocacia do Senado Federal, com fundamento no art. 230, § 1º do Regulamento Administrativo do Senado Federal, instituído pela Resolução do Senado Federal nº 58, de 1972, com as alterações consolidadas pela Resolução 11, de 2017, haja vista o disposto no Ofício nº 4.333/2017, de 2 de outubro último, referente à Ação Direta de Constitucionalidade nº 43, vem prestar as seguintes informações.

INFORMAÇÕES.

¹ Processo SF-SIGAD nº 00200.020666/2017-84.



SENADO FEDERAL
Advocacia

1. A CONTROVÉRSIA

O PARTIDO ECOLÓGICO NACIONAL -PEN manifestou na exordial desta Ação Direta de Constitucionalidade nº 43 a pretensão de que o Supremo Tribunal Federal (STF) declare conforme a Carta Política da República o artigo o artigo 283 do Código de Processo Penal, cuja redação foi dada pela Lei nº 12.403/2011².

O postulante aduz que a declaração de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal se faz necessária, uma vez que foi proferida decisão pelo próprio STF, consubstanciada no Habeas Corpus nº 126.292, relator Ministro Teori Zavascki, denegando a ordem formulada pelo paciente e entendendo válido, naquela hipótese, o cumprimento da pena de prisão antes do trânsito em julgado da condenação, modificando jurisprudência sedimentada do STF. Nestes termos, o partido impetrante argumenta que o normativo que se pede a declaração de constitucionalidade, tem por base o princípio da presunção de inocência, previsto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, segundo o qual ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Assim, o presente incidente de constitucionalidade tem como fim precípuo o reconhecimento da constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal e, com isso, evitar a execução da pena antes do trânsito em julgado da decisão penal condenatória. Este

² "Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente. em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva. (Redação dada pela Lei nº /2.403. de 20/1)."



SENADO FEDERAL
Advocacia

entendimento vigorava no Supremo Tribunal Federal até o indigitado Habeas Corpus que mitigou o princípio da presunção de inocência³. Formulou ainda pedido de medida cautelar para não sejam deflagradas novas execuções provisórias de penas de prisão e que sejam suspensas as que já estiverem em curso.

Subsidiariamente, o autor formula os seguintes pedidos:

- a declaração de que o artigo 283 do Código de Processo Penal é "ainda constitucional", (i) enquanto perdurar o atual "estado de coisas inconstitucional" que vigora no sistema prisional brasileiro: ou (ii) até que ocorra o julgamento do mérito da ADPF 347 e se cumpram as providências que venham a ser fixadas pelo Supremo Tribunal Federal; - a realização de interpretação conforme a Constituição do artigo 283 do Código de Processo Penal. para se determinar que, enquanto perdurar o "estado de coisa inconstitucional", na execução provisória da sentença penal condenatória, não se promova a prisão dos condenados, mas se apliquem, analogicamente, as medidas alternativas à prisão previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal; - a determinação de que eventual pronúncia de inconstitucionalidade produza somente efeitos ex nunc, abrangendo apenas (i) as decisões condenatórias relativas a fatos ocorridos a partir do julgamento, pelo STF, desta ação; (ii) as decisões condenatórias relativas a fatos ocorridos a partir do julgamento, pelo STF, do HC nO 126.292; - caso sejam conferidos efeitos ripristinatórios à eventual pronúncia de inconstitucionalidade, reabilitando-se a incidência do artigo 637 do Código de Processo Penal aos recursos que sirvam à impugnação de decisões que impõem pena

³ Sobre o novo posicionamento adotado pela Suprema Corte, alega o autor que: "A decisão proferida no HC n° 126.292 não foi precedida de amplo debate do qual participassem as entidades especialmente interessadas na interpretação dos preceitos legais acima mencionados. Na verdade, a alteração da orientação jurisprudencial surpreendeu a todos aqueles que contribuem para o funcionamento do sistema de justiça criminal: juízes, promotores e procuradores, advogados, professores de direito, delegados, administradores prisionais, governos e sociedade civil. Depois da recente alteração jurisprudencial, várias entidades representativas de segmentos sociais que atuam perante o sistema de justiça criminal vêm se manifestando sobre o tema, muitas das quais em sentido contrário à orientação fixada pela Corte"



SENADO FEDERAL
Advocacia

de prisão, a realização de interpretação conforme a Constituição desse preceito (637 do Código de Processo Penal) para se determinar seja conferido efeito suspensivo aos recursos especiais, a serem apreciados pelo Superior Tribunal de Justiça, negandose tal efeito apenas aos recursos extraordinários, a serem apreciados pelo Supremo Tribunal Federal.

A ADC nº 43 foi distribuída por prevenção ao Min. Marco Aurélio e foi apensada a ADC nº 44. 8. Em 5.10.2016, o Plenário do Supremo Tribunal, *“por maioria, indeferiu a cautelar, vencidos os Ministros Marco Aurélio (Relator), Rosa Weber, Ricardo Lewandowski, Celso de Mello, e, em parte, o Ministro Dias Toffoli. Presidiu o julgamento a Ministra Carmen Lúcia”* (DJ 7.10.2016).

Foram solicitadas informações ao Exmo. Sr. Presidente do Senado Federal: *“1. No caso, a ação declaratória de constitucionalidade versa dispositivo do Código de Processo Penal cuja redação foi alterada pela Lei federal nº 12.403/2011, devendo constar como requeridos, além do Presidente da República, os das Casas que compõem o Congresso Nacional. 2. Retifiquem a autuação para incluir, como requeridos, os Presidentes da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, providenciando as respectivas informações.”*.

É o relato do necessário.

2. ANÁLISE DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL

Como se depreende da seção relatorial, o partido impetrante maneja esta ADC para conferir presunção absoluta de



SENADO FEDERAL
Advocacia

constitucionalidade ao “caput” do artigo 283 do Código de Processo Penal, com a redação alterada pela Lei n°. 12.403/2011, que dispõe sobre a necessidade de trânsito em julgado para início do cumprimento da pena.

Afirma que os incisos LVII e LXI, do art. 5º, da Constituição Federal que determinam que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória" e também que "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" dão robustez constitucional a tese de que o artigo 283 proscreveria a execução da pena em segunda instância.

A controvérsia judicial relevante a ensejar a impetração, na visão do partido, diz respeito ao HC n°. 126.292, em 17 de fevereiro de 2016, que por maioria de votos, promoveu uma mudança de paradigma jurisprudência do Supremo, no que se refere à possibilidade de execução provisória da pena.

A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu artigo 5º, inciso LVII, que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória". Este princípio também encontra guarida na Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU que em seu artigo 11 dispõe que *“Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa”*. Também no art. 8º do Pacto San José da Costa Rica: *“Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se*



SENADO FEDERAL
Advocacia

presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa [...]". Veja-se que o princípio ora analisado tem grande valor no campo do direito processual penal, sendo norteador da interpretação das normas e da racionalidade das decisões judiciais, nesse sentido:

“Afirma-se frequentemente em doutrina que o princípio da inocência, ou estado ou situação jurídica de inocência, impõe ao Poder Público a observância de duas regras específicas em relação ao acusado: uma de tratamento, segundo a qual o réu, em nenhum momento do iter persecutório, pode sofrer restrições pessoais fundadas exclusivamente na possibilidade de condenação, e outra de fundo probatório, a estabelecer que todos os ônus da prova relativa à existência do fato e à sua autoria devem recair exclusivamente sobre a acusação. À defesa restaria apenas demonstrar a eventual presença de fato caracterizador de excludente de ilicitude e culpabilidade, cuja presença fosse por ela alegada.

No que se refere às regras de tratamento, o estado de inocência encontra efetiva aplicabilidade, sobretudo, no campo da prisão provisória, isto é, na custódia anterior ao trânsito em julgado, e no do instituto a que se convencionou chamar de “liberdade provisória”.
OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2007, p.31.

“Princípio da presunção de inocência: também conhecido como princípio do estado de inocência ou não-culpabilidade, significa que todo acusado é presumido inocente, até que seja declarado culpado por sentença condenatória, com trânsito em julgado. Encontra-se previsto no art. 5º, LVII, da Constituição. O princípio tem por objetivo garantir que o ônus da prova cabe à acusação e não à defesa. As pessoas nascem inocentes, sendo esse o seu estado natural, razão pela qual para quebrar tal regra, torna-se indispensável que o Estado-acusação evidencie, com provas suficientes, ao Estado-juiz a culpa do réu. Por outro lado, confirma a excepcionalidade e a necessidade das medidas cautelares de prisão, já que indivíduos inocentes somente podem ser levados ao cárcere quando



SENADO FEDERAL
Advocacia

realmente for útil à instrução e à ordem pública.” **NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal – Comentado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p.53/54.**

Da leitura dos normativos, bem como da leitura da doutrina acima, se infere que à todas as pessoas devem ser assegurado o direito a ser presumido inocente até que se comprove legalmente sua culpa em um processo que tenha observado os ditames da ampla defesa. No Brasil, enquanto o réu não for **definitivamente condenado** presume-se que é inocente, motivo pelo qual, sua prisão antes do trânsito em julgado só será permitida a título de cautela. Este entendimento foi, inclusive, adotado pelo STF no HC nº 84.078/MG em que foi vedada possibilidade de execução provisória da pena, nestes termos:

HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA. ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. O art. 637 do CPP estabelece 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”. A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. [...] A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. 4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando



SENADO FEDERAL
Advocacia

desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão. [.]. É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual Ordem concedida. (HC 84078, Relator (a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 05/02/2009, DJe-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010 EMENT VOL-02391-05 PP-01048, grifo nosso).

Ressalte-se, portanto, que ninguém pode ser considerado culpado antes que sobrevenha contra ele uma condenação penal transitada em julgado. Trata-se de efeito que deriva da presunção constitucional de inocência. Com efeito, esta questão ultrapassa o âmbito penal, nestes termos no RE nº 482.006 foi debatida a constitucionalidade de preceito de lei estadual mineira que impõe a redução de vencimentos de servidores públicos afastados de suas funções por responderem a processo penal em razão da suposta prática de crime funcional [art. 2º da Lei n. 2.364/61, que deu nova redação a Lei n. 869/52]. Assim, o STF afirmou, por unanimidade, que o preceito implica flagrante violação do disposto no inciso LVII do art. 5º da Constituição do Brasil:

EMENTA: ART. 2º DA LEI ESTADUAL 2.364/61 DO ESTADO DE MINAS GERAIS, QUE DEU NOVA REDAÇÃO À LEI ESTADUAL 869/52, AUTORIZANDO A REDUÇÃO DE VENCIMENTOS DE SERVIDORES PÚBLICOS PROCESSADOS CRIMINALMENTE. DISPOSITIVO NÃO-RECEPCIONADO PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988. AFRONTA AOS PRINCÍPIOS DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E DA IRREDUTIBILIDADE DE VENCIMENTOS. RECURSO IMPROVIDO. I - A redução de vencimentos de servidores públicos processados criminalmente colide com o disposto nos arts. 5º, LVII, e 37, XV, da Constituição, que abrigam, respectivamente, os



SENADO FEDERAL
Advocacia

princípios da presunção de inocência e da irreduzibilidade de vencimentos. II - Norma estadual não-recepcionada pela atual Carta Magna, sendo irrelevante a previsão que nela se contém de devolução dos valores descontados em caso de absolvição. III - Impossibilidade de pronunciamento desta Corte sobre a retenção da Gratificação de Estímulo à Produção Individual - GEPI, cuja natureza não foi discutida pelo tribunal a quo, visto implicar vedado exame de normas infraconstitucionais em sede de RE. IV - Recurso extraordinário conhecido em parte e, na parte conhecida, improvido. (RE 482006, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 07/11/2007, DJe-162 DIVULG 13-12-2007 PUBLIC 14-12-2007 DJ 14-12-2007 PP-00050 EMENT VOL-02303-03 PP-00473 RTJ VOL-00204-01 PP-00402)

Veja-se, portanto, que o STF tem entendimento pela impossibilidade de antecipação de qualquer efeito afeto à propriedade anteriormente ao seu trânsito em julgado. Seria incongruente, portanto, que a Corte que vigorosamente prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade não a garanta quando se trate da garantia da liberdade.

Repise-se, portanto, que no Brasil, o princípio da presunção de inocência foi consagrado pela Constituição, determinando como marco inicial para o fim da presunção de inocência, e a consequente execução da pena, o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Assim, o normativo veda que alguém venha a ser considerado culpado anteriormente ao trânsito em julgado de sentença penal. Com efeito, ser culpado equivale a suportar execução imediata de pena, portanto, é vedado constitucionalmente a execução de pena anterior ao trânsito em julgado.



SENADO FEDERAL
Advocacia

Veja-se, portanto, que o art. 283 do CPP está adequado à ordem constitucional vigente, uma vez que estabelece que a pena não poderá ser executada sem seu trânsito em julgado.

3. CONCLUSÃO

Diante do exposto, resta concluir, no mérito, pela constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, de forma a assentar-se que conforme disciplina o art. 283 do CPP, só há três hipóteses para prisão de um indivíduo 1) o flagrante delito, 2) a sentença condenatória transitada em julgado, 3) e a prisão cautelar.

São estas as informações que se entende necessárias.

Brasília, 30 de outubro de 2017.

(ASSINATURA DIGITAL)

MATEUS FERNANDES VILELA LIMA
Advogado do Senado

(ASSINATURA DIGITAL)

JOSÉ ALEXANDRE GAZINEO
Advogado do Senado Federal
Coordenadora do NASSET

(ASSINATURA DIGITAL)

FERNANDO CESAR CUNHA
Advogado do Senado Federal
Coordenador-Geral