

**EXCELENTÍSSIMA SENHORA MINISTRA PRESIDENTE DO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

PARTIDO COMUNISTA DO BRASIL, partido político com representação no Congresso Nacional, devidamente registrado no Tribunal Superior Eleitoral, inscrito no CNPJ sob o nº 22.441.349/0001-00, com sede na sala 1224 do Edifício Office Tower, localizado no Bloco F, Quadra 2, SHN, Asa Norte, Brasília/DF, CEP 70.702-906, representado, na forma do seu Estatuto Social por sua Presidente Luciana Barbosa de Oliveira Santos, vem, por seus advogados abaixo subscritos, com fulcro no art. 103 da Constituição Federal e na Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, propor a presente

**AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE
COM PEDIDO DE LIMINAR**

tendo como objeto o **art. 283 do Código de Processo Penal**, pelas razões que passa a expor:

I - DA LEGITIMIDADE ATIVA

1. O autor, partido político, com representação no Congresso Nacional, conforme comprovação anexada a esses autos, atende regularmente ao critério da legitimidade ativa preconizado no art. 103, VIII, da Constituição:

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:
(...)

VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;

2. O autor, ainda, veicula a presente ação por meio de seu diretório nacional (doc. Anexo), em atendimento à prerrogativa jurídico-processual conferida a esta instância partidária, conforme entendimento consolidado por esta Corte Suprema:

A representação partidária perante o STF, nas ações diretas, constitui prerrogativa jurídico-processual do diretório nacional do partido político, que é – ressalvada deliberação em contrário dos estatutos partidários – o órgão de direção e de ação dessas entidades no plano nacional.

[ADI 779 AgR, rel. min. Celso de Mello, j. 8-10-1992, P, DJ de 11-3-1994.]

II – DO DISPOSITIVO LEGAL OBJETO DA PRESENTE AÇÃO

3. Em seu art. 102, I, *a*, a Constituição estabelece a competência do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar a *ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal*, assim como os arts. 13 e 14 da Lei nº 9.868, de 1999, que reforçam a delimitação de objeto da referida ação a essas espécies normativas.

4. Nessa esteira, a presente ação tem por objeto o **art. 283 do Código de Processo Penal**, cuja redação foi dada pela Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011:

“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.

§ 1º As medidas cautelares previstas neste Título não se aplicam à infração a que não for isolada, cumulativa ou alternativamente cominada pena privativa de liberdade.

§ 2º A prisão poderá ser efetuada em qualquer dia e a qualquer hora, respeitadas as restrições relativas à inviolabilidade do domicílio.”

5. Em se tratando, portanto, de lei federal editada após o advento da Constituição de 1988, o controle de constitucionalidade deve atender ao regime jurídico de Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC).

6. Conforme se demonstrará, o dispositivo objeto desta ação está umbilicalmente ligado ao que dispõe nossa Carta Magna, em seu art. 5º, incisos LVII e LXI:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

(...)

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;

7. Inafastável, ainda, o seu vínculo mediato com o art. 1º, III de nossa Carta Magna, que estabelece a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos de nosso Estado Democrático de Direito:

“Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

III - a dignidade da pessoa humana;”

III – DA CONTROVÉRSIA JUDICIAL RELEVANTE

8. Como é consabido, está instalada, no seio desta Egrégia Corte, uma das mais relevantes controvérsias judiciais já vividas desde a promulgação da Constituição de 1988.

9. Cumpre salientar que referida controvérsia tem como ponto fundamental a interpretação dos dispositivos constitucionais e legais que dão conteúdo ao princípio da presunção de inocência em nosso ordenamento jurídico.

10. A respeito deve-se registrar o posicionamento desta E. Corte que, forte nos fundamentos que sustentaram o julgamento do HC 84078, em 5 de fevereiro de 2009, afirmava:

“3. 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 desequilíbrio entre a

pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão.”

“8. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). 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.”

11. No cenário normativo vigente à época da referida decisão, incidia sobre a matéria o art. 637 do Código de Processo Penal:

Art. 637. 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.

12. Incidiam, ainda, diversos dispositivos da Lei de Execução Penal a estabelecer o trânsito em julgado da sentença condenatória como marco do início da execução da pena, entre eles os arts. 84, 105, 147 e 164¹.

13. Com o claro objetivo de solidificar o entendimento proferido no julgamento do HC 84078, a fim de positivizar norma processual adequada à inteligência garantidora do princípio da presunção de inocência decorrente

¹ “Art. 84. O preso provisório ficará separado do condenado por sentença transitada em julgado.”

“Art. 105. Transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução.”

“Art. 147. Transitada em julgado a sentença que aplicou a pena restritiva de direitos, o Juiz da execução, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, promoverá a execução, podendo, para tanto, requisitar, quando necessário, a colaboração de entidades públicas ou solicitá-la a particulares.”

“Art. 164. Extraída certidão da sentença condenatória com trânsito em julgado, que valerá como título executivo judicial, o Ministério Público requererá, em autos apartados, a citação do condenado para, no prazo de 10 (dez) dias, pagar o valor da multa ou nomear bens à penhora.”

do art. 5º, LVII da Constituição, o legislador modificou a redação do Código de Processo Penal, como se verifica no quadro abaixo:

Código de Processo Penal	
Antes da Lei 12.403, de 2011	Depois da Lei 12.403, de 2011
Art. 283. A prisão poderá ser efetuada em qualquer dia e a qualquer hora, respeitadas as restrições relativas à inviolabilidade do domicílio.	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.

14. Apesar da clara opção do legislador em positivizar regra processual destinada a dar concretude ao comando constitucional de proteção da presunção de inocência até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, sucederam-se importantes episódios que alimentaram a atual controvérsia, a começar pela decisão prolatada no HC 126.292.

15. Com efeito, em 17 de fevereiro de 2016, no julgamento da referida ação, relatada pelo Ministro Teori Zavascki, este E. Supremo Tribunal Federal passou a admitir que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, mesmo que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não violaria o princípio da presunção de inocência:

“EMENTA: CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE.

1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio

constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal.

2. Habeas corpus denegado.

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência do Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por maioria, em denegar a ordem, com a consequente revogação da liminar, nos termos do voto do Relator. Vencidos os Ministros Rosa Weber, Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski (Presidente). Falou, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros, Procurador-Geral da República.”

16. Ainda, como consequência do julgamento do próprio HC 126.292, o Plenário Virtual desta Suprema Corte reafirmou, novamente pela mesma maioria, aquela decisão proferida nos autos do HC, desta vez, em sede do Recurso Extraordinário com Agravo (ARE 964426), com repercussão geral reconhecida, em 11 de novembro de 2016.

17. Mais recentemente, por ocasião do julgamento do HC 152752, impetrado pela defesa do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, novamente pela mais apertada maioria de votos, o plenário desta E. Corte aplicou o mesmo precedente, merecendo, contudo, destaque para inflexão no posicionamento antes reafirmado.

18. No julgamento do aludido *writ*, o eminente Ministro Gilmar Mendes que fazia parte da maioria vencedora *a favor da antecipação da execução da pena após decisão de segundo grau* apresentou as razões para modificação de seu entendimento.

19. Esse fato, relativamente à discussão objetiva quanto à constitucionalidade do art. 283 do CPP assim como sobre a extensão da força normativa do texto consagrado no art. 5º LVII implica na conformação de uma nova maioria em favor da vedação à execução provisória da pena após decisão de segunda instância.

20. Colaciona-se o seguinte trecho do voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes naquela oportunidade:

“Assinalo, pois, que a execução antecipada da pena de prisão, após julgamento em 2ª instância, na linha do quanto decidido por esta Corte, **seria possível**. Porém, essa **possibilidade** tem sido aplicada pelas instâncias inferiores “automaticamente”, para todos os casos e em qualquer situação, independentemente da natureza do crime, de sua gravidade ou do quantum da pena a ser cumprida.”

“Portanto, dentre as possibilidades de se aguardar uma eternidade até o julgamento definitivo da condenação em recurso extraordinário, e a execução imediata (e automática) da pena pelo tribunal de apelação, o **julgamento pelo STJ constitui medida (possibilidade) mais segura**.

Esse novo marco, com o fim da prisão automática no segundo grau, consubstancia apenas um **ajustamento do momento inicial para a execução da pena**, mais consentâneo com o nosso ordenamento jurídico e a com a nossa realidade. Não se altera a essência do entendimento majoritário desta Corte estabelecido no HC 126.292, de esgotamento das instâncias soberanas na apreciação dos fatos para se considerar imutável a condenação, apenas muda-se o marco.”

Em conclusão, penso que a regra da presunção de não culpabilidade, diante da formação progressiva da culpa, permite o início da execução da pena a partir do julgamento pelo STJ de REsp e AResp (fixando-se limite nos primeiros Embargos Declaratórios), marco de maior segurança jurídica, quando então a reprimenda estaria estabilizada, com nenhuma ou reduzida possibilidade de mutação decorrente de análises fáticas ou de aspectos alusivos à quantidade e qualidade da pena.

Fora desse marco, abrem-se três possibilidades de antecipação da execução da pena:

A primeira: possibilidade de antecipar-se a execução da pena ocorreria com o **trânsito em julgado progressivo** da sentença condenatória, tendo em vista que parte ou **parcela da pena**

tornou-se líquida por falta de argumentação recursal. A pena incontroversa poderia ser executada ainda na primeira instância (execução da pena mínima).

A segunda: possibilidade de antecipação da execução da pena, na mesma linha do **trânsito em julgado progressivo**, decorrente agora da precipitação em **habeas corpus (denegado) do exame pelo STJ ou pelo STF** de questões iguais ou mais abrangentes que aquelas perfiladas nos recursos extraordinários (especial e extraordinário), tornando desnecessário aguardar o julgamento destes para o cumprimento da reprimenda.

A terceira: uma vez confirmada a condenação em segundo grau de jurisdição, formando-se, portanto, título executivo mais robusto, abre-se a possibilidade, em **crimes graves, regime fechado**, de nova análise do cabimento da antecipação da execução da pena para **garantia da ordem pública** ou da aplicação da lei penal. Assim, voto no sentido de **conceder em parte a ordem de habeas corpus** para que, eventual cumprimento de pena, ocorra somente a partir do julgamento pelo STJ.²

21. Com esse posicionamento do Ministro Gilmar Mendes um novo cenário ficou evidenciado, apontando para a mudança de maioria do colegiado: se antes havia a mais apertada maioria de 6 votos favorável à possibilidade de execução provisória da pena (Ministros Edson Fachin, Alexandre de Moraes, Roberto Barroso, Luix Fux, Gilmar Mendes e Ministra Cármen Lúcia) *contra* 5 votos contrários (dos Ministros Marco Aurélio, Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski, Celso de Mello e da Ministra Rosa Weber), após o voto do Ministro Gilmar Mendes no julgamento do HC 152752 houve a inversão desse quórum.

22. Com efeito, diante da mudança do voto do Ministro Gilmar Mendes e – aparente – manutenção do voto da Ministra Rosa Weber, formou-se maioria neste STF a respeito do entendimento de que o art. 283 do CPP é compatível com o art. 5º, LVII, da CF. Disso decorre que não é

² Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/leia-voto-ministro-gilmar-mendes.pdf>

constitucional, segundo o entendimento desta Corte, a antecipação da pena a partir da condenação em segunda instância.

23. Nesse sentido bem observou o Ministro Marco Aurélio durante o julgamento do aludido HC 152.752/PR:

Se a apreciação dos pedidos formulados nas declaratórias de constitucionalidade fosse hoje, haveria maioria para deferir a liminar, ante a evolução do Ministro Gilmar Mendes³.

24. Diante disso, um número considerável de prisões – na forma de antecipação de pena – vem sendo decretado pelos mais diversos Tribunais do País de forma incompatível com a extensão da garantia da presunção de inocência, tal como definido atualmente pela maioria desse Excelso STF.

25. Outrossim, mesmo que não fosse possível neste momento assegurar que existe uma maioria formada nesse sentido, o que se admite para desenvolver a argumentação, é possível afirmar, ao menos, que a maioria absoluta dos Eminentes Ministros desse STF tem firme o entendimento de que a antecipação da pena a partir de segundo grau não é automática. Vale dizer, não pode ser determinada sem a fundamentação que indique a sua necessidade — com os requisitos da cautelaridade indicados no art. 312 do CPP.

26. Com efeito, *apenas* os votos dos Ministros Luis Roberto Barroso e Luiz Fux acolheram o entendimento de que seria possível

³ <https://www.youtube.com/watch?v=M2MrkZVpmBg> – a partir de 2h48m 4s.

determinar, de forma automática, a antecipação da pena após decisão de segunda instância. Veja-se os excertos dos votos proferidos por tais Ministros no julgamento do HC 152752:

MINISTRO LUIS ROBERTO BARROSO

Com todas as vênias de quem pensa diferente, considero uma leitura simplesmente equivocada da Constituição interpretar essas normas como significando que somente se pode prender alguém após a condenação em 2ª instância⁴.

MINISTRO LUIZ FUX

Como visto no capítulo precedente, nos julgamentos procedidos por esta Corte no HC 126.292, no ARE 964.246-RG e nas ADCs 43 e 44 (estas últimas, em sede cautelar), procedeu-se a um overruling dos precedentes relativos à matéria da presunção de inocência, não para um mero retorno à jurisprudência anterior a 2009, mas para estabelecer novas considerações sobre o âmbito de sua incidência e, com base nele, reconhecer a legitimidade da execução imediata de condenações, sucessivamente ao esgotamento dos recursos nas instâncias ordinárias⁵.

27. É indiscutível, diante desse cenário, que é inconstitucional a determinação da execução da pena após decisão de segundo grau de forma automática — sem fundamentação a justificá-la. Apenas dois dos onze Ministros desta Suprema Corte sufragaram entendimento em sentido contrário.

28. Diante disso, a Súmula 122 do TRF4, assim como qualquer verbete ou decisão nessa linha – que considera automática a execução da pena a partir de decisão de segunda instância – é flagrantemente inconstitucional, segundo se depreende dos votos já proferidos pela indiscutível maioria dos Ministros que integram esta Corte.

⁴ <https://www.youtube.com/watch?v=M2MrkZVpmBg> – a partir de 1h 22 min 32s.

⁵ <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=374738>

29. Irrefutável, portanto, a existência, nos termos do inciso III, do art. 14 da Lei 9.868, de 1999, de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação do dispositivo objeto da presente ação. Afora o conteúdo das ADCs 43 e 44 que já tramitam perante esta Excelsa Corte, os fatos novos acima colacionados tornam ainda mais clara tal controvérsia a justificar o processamento da presente ação e, ainda, o deferimento da liminar vindicada.

IV - DO DIREITO

30. A Constituição da República de 1988 estabelece a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos de nosso Estado Democrático de Direito, o que se tornou possível graças ao histórico de intermitentes lutas sociais por liberdades, como aquelas travadas desde o domínio colonial-escravocrata e as travadas contra os sucessivos períodos ditatoriais vividos desde a proclamação da República até o seu advento.

31. O Princípio da Presunção da Inocência está inserido na ordem constitucional brasileira no art. 5º, LVII, já tendo sido objeto de assento no art. 9º da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, no art. 11 da Declaração Universal de Direitos Humanos, bem como do art. 8.2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

32. Inescapável enfrentar a análise textual do art. 5º LVII: **“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”**, em cotejo com o art. 283 do CPP:

“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.” (grifo nosso)

33. Irretorquível a harmonia entre o texto constitucional e legal, sobretudo, quanto ao destacado conceito de **trânsito em julgado**. No que toca a essa expressão, não parece haver margem interpretativa que possa alterar seu real conteúdo, qual seja o de apenas haver trânsito em julgado com o édito de decisão irrecurável.

34. Torna-se incontestável que presente na Constituição norma que proíbe a presunção de culpa, disso decorre que nenhuma medida processual pode afetar a situação jurídica do acusado para torná-lo ou admiti-lo como culpado antes do marco do trânsito em julgado da decisão condenatória.

35. Há que se ressaltar que a fórmula que reafirma a constitucionalidade do art. 283 do CPP e o marco do trânsito em julgado como corolário da presunção de inocência não afasta as hipóteses de prisão cautelar, fundamentadas no que dispõe o art. 312 do Código de Processo Penal.

36. Ainda que passível de críticas pela indeterminação dos conteúdos aplicados à noção da ordem pública, reconhece-se que, para fins desta ação declaratória, há compatibilização entre o dispositivo objeto da presente ação e a possibilidade de prisão preventiva, o que permite situar a

hipótese de execução provisória de pena, em verdadeira automatização ou flexibilização da garantia de motivação qualificada para a privação de liberdade.

37. Portanto, a presente ação almeja restabelecer o regime de direitos fundamentais em que mais se harmonizam princípios e regras presentes em nosso ordenamento jurídico e que maximiza a vontade constituinte e do legislador que, por meio da lei 12.403, de 2011, optou por promover o avanço progressivo do Estado de Direito e dos direitos e garantias fundamentais, em prol do reforço à presunção de inocência.

V – DA MEDIDA CAUTELAR

38. A relevância da matéria é indiscutível por tudo quanto já exposto e pelo relevo que é conferido ao direito à liberdade, oponível por todos os cidadãos, e com mais especial gravidade por aqueles alcançados por processos penais.

39. O *periculum in mora* está presente, pois, esta Egrégia Corte, pela mais apertada maioria de votos, tem reafirmado entendimento que autoriza a execução provisória da pena, conforme já relatado, desde a decisão proferida em sede do HC 126.292, e sucessivamente, no ARE 964426 e, mais recentemente, no HC 152752. Referidos julgados dão suporte à determinação de diversas medidas privativas de liberdade em todo o país, em momento histórico em que o país atinge a terceira maior população prisional do mundo e assiste a graves tensões em seu tecido

social, situações que elevam o impacto de restrições a direitos fundamentais.

40. A reforçar o *periculum in mora*, ressalte-se que já há diversas ordens de prisão determinadas de forma inconstitucional, isto é, impostas contra a própria posição desta Suprema Corte. Simples: se, conforme explicitado acima, há somente dois votos no sentido de que a própria condenação de segunda instância é a própria fundamentação para a prisão, então qualquer mandamento nesse sentido afronta o que a Suprema Corte vem decidindo. Por exemplo, a sumula 122 do TRF⁶ é um exemplo candente de que prisões vêm sendo autorizadas e executadas à revelia do que decidiu a Suprema Corte do Brasil. E isso tem de ser corrigido.

41. O requisito do *fumus boni iuris* ainda se torna mais agudo, para além dos argumentos já desenvolvidos, pelo fato de que a conclusão do julgamento em sede do HC 152.752 indicou a mudança de entendimento de membro desta Corte relativamente aos julgados que dão suporte à interpretação que autoriza a execução provisória da pena.

42. Vale dizer, embora não tenha sido concedida a ordem vindicada no aludido HC 152.752, ficou claro que a posição atual desse STF após o julgamento do aludido *writ* é contrária à antecipação da pena após decisão condenatória de segunda instância.

43. Por outro lado, mesmo que assim não seja, é de clareza solar a inconstitucionalidade da antecipação da pena após decisão de segundo grau

⁶ SÚMULA 122/TRF4. Encerrada a jurisdição criminal de segundo grau, deve ter início a execução da pena imposta ao réu, independentemente da eventual interposição de recurso especial ou extraordinário.

de forma automática — sem fundamentação a indicar a presença dos requisitos cautelares previstos no art. 312 do CPP.

VI – DOS PEDIDOS

44. Diante de todo o exposto, requer-se:

1. seja recebida e conhecida a presente ação e concedida medida cautelar, nos termos do art. 21, da Lei nº 9.868, de 1999, a fim de:

1.1. impedir e tornar sem efeito qualquer decisão que importe em execução provisória de pena privativa de liberdade sem a existência de decisão condenatória transitada em julgado;

1.2. subsidiariamente, impedir e tornar sem efeito qualquer decisão que importe em execução provisória de pena privativa de liberdade antes da existência de decisão condenatória transitada em julgado de forma automática, sem fundamentação a indicar a presença dos requisitos previstos no artigo 312 do CPP.

1.3. Em suma, lato sensu, tornar sem efeito (bloquear, *ex nunc* e *ex tunc*) qualquer decisão de prisão após condenação em segunda instância decretada sob o fundamento de que é obrigatória a execução antecipada da pena – suspendendo-se, igualmente, a súmula 122 do TRF4, por afronta à decisão do STF no HC 126.292 e nas liminares das ADC 43 e 44, uma

vez que somente dois votos apontaram para a automaticidade da prisão⁷.

45. Registre-se que esse é o fato novo em relação ao conteúdo das ADCs 43 e 44. Naquele momento, não havia a determinação de prisões com base na automaticidade (efeito imediato) das condenações em segundo grau. Como essa tese de que a prisão em segundo grau não pode decorrer compulsoriamente, circunstância que foi reforçada na discussão do HC 152.752/PR – que é afrontosa ao próprio STF (até mesmo contra aqueles que votam contra a tese das ADCs) – tudo está a indicar que prisões decorrentes de “fundamentos automáticos” são inconstitucionais e devem ser impedidas, até o julgamento final das ADC 43 e 44, bem como da presente ação.

⁷ Nesse sentido, transcrevem-se alguns votos proferidos no julgamento cautelar das ADCs 43 e 44:

- Voto do Min. Edson Fachin:

“Como se sabe, as decisões jurisdicionais não impugnáveis por recursos dotados de efeito suspensivo possuem eficácia imediata.

Essa a razão pela qual, após esgotadas as instâncias ordinárias, **a condenação criminal poderá** provisoriamente surtir o imediato efeito do encarceramento, uma vez que o acesso às instâncias extraordinárias se dá por meio de recursos que são ordinariamente dotados de efeito meramente devolutivo.

(...)

Nessa linha, recentemente, neguei seguimento monocraticamente à Reclamação 23.535, por meio da qual o Ministério Público pretendia efeito imediato a condenação não unânime proferida por Tribunal local, dentre outras razões, porque em tais casos ainda é cabível o recurso de embargos infringentes, dotado de efeito suspensivo. Eis aí exemplo de limite”.

- Voto do Ministro Teori Zavascki:

Medidas cautelares de outorga de efeito suspensivo ao recurso extraordinário ou especial são instrumentos inteiramente adequados e eficazes para controlar situações de injustiças ou excessos das decisões judiciais antecedentes. Ou seja: **havendo plausibilidade jurídica do recurso, poderá o tribunal superior atribuir-lhe efeito suspensivo, inibindo o cumprimento de pena.**

- Em harmônica concepção é a ementa do HC 126.292/SP:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. **EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE.** 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado

2. Após regular processamento, seja confirmada a liminar acima requerida e ainda, no mérito, seja declarada a constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, nos termos do art. 102, § 2º, da Constituição;

3. Subsidiariamente, em caso de eventual pronunciamento de inconstitucionalidade do art. 283, ou de sua interpretação conforme, que seja declarada a necessidade de atendimento e fundamentação da execução provisória da pena à luz dos fundamentos e pressupostos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal, e, ainda, que eventual decisão somente produza efeitos *ex nunc*, abrangendo apenas as decisões condenatórias relativas a fatos ocorridos a partir do julgamento da presente ação;

4. Ainda subsidiariamente, seja declarada a interpretação conforme a Constituição do artigo 283 do CPP, explicitando-se que somente é constitucional a interpretação da norma processual em questão caso se entenda que o teto recursal é o exaurimento da jurisdição do Superior Tribunal de Justiça, conforme os votos dos ministros Gilmar Mendes (HC 152.752/PR) e Dias Toffoli (MCs nas ADCs 43 e 44 e HC 152.752/PR), agregando-se a necessidade de fundamentação caso a caso da prisão (conforme determina o artigo 93, X, da CF), vedando-se qualquer prisão automática decorrente de condenação em segundo grau.

Nestes termos,
P. Deferimento.

Brasília, 17 de abril de 2018.

Celso Antonio Bandeira de Mello
OAB/SP 11.199

Weida Zancaner Bandeira de Mello
OAB/SP 36.388

Geraldo Prado
OAB/RJ 46.484

Michel Saliba Oliveira
OAB/DF 26.694

Gabriel de Carvalho Sampaio
OAB/DF 55.891

Paulo Machado Guimarães
OAB/DF 5.358