



SENADO FEDERAL
Advocacia

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO,
RELATOR DA AÇÃO DIRETA DE CONSTITUCIONALIDADE Nº 44¹
NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL,**

REQUERENTE: CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS
ADVOGADOS DO BRASIL – CFOAB

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 4709/R, de 18 de outubro último, referente à Ação Direta de Constitucionalidade nº 44, vem prestar as seguintes informações.

INFORMAÇÕES.

¹ Processo SF-SIGAD nº 00200.021871/2017-67.



SENADO FEDERAL
Advocacia

1. A CONTROVÉRSIA

O CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL – CFOAB manifestou na exordial desta Ação Direta de Constitucionalidade nº 44 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, a OAB 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. Aduz a Ordem que ao redefinir a expressão “trânsito em julgado”, essa Suprema Corte não apenas ultrapassou os limites semânticos do texto constitucional, como lhe esvaziou seu sentido originário, ou mais primitivo, na medida em que segundo a interpretação proposta pelo ministro Teori Zavascki

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 12.403, de 20/11)."



SENADO FEDERAL
Advocacia

– e vencedora no plenário do Tribunal – “trânsito em julgado” se converteu, precisamente, em “não-trânsito em julgado”.

A OAB aduz que a decisão tomada pelo Supremo equivaleria a dizer que “não haverá juízo ou tribunal de exceção” (art. 5º, XXXVII, CR), mas que tal garantia não se aplica “às situações de emergência constitucional”; ou, ainda, dizer que “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficia o réu” (art. 5º, XL, CR), mas excluir as “leis descriminalizadoras”; ou, por fim, dizer que “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente” (art. 5º, LIII, CR), mas admitir que “juízes sejam designados *ad hoc* de acordo com os interesses em discussão”.

Assim, o presente incidente de constitucionalidade tem como fim precípua 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. Segundo a OAB, este dispositivo, encontra-se umbilicalmente ligado ao princípio da presunção de inocência, esculpido no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição, segundo o qual ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Este 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

³ Sobre o novo posicionamento adotado pela Suprema Corte, alega o autor que: “A decisão proferida no HC nº 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

deflagradas novas execuções provisórias de penas de prisão e que sejam suspensas as que já estiverem em curso.

A ADC nº 44 foi distribuída ao Min. Marco Aurélio e foi apensada a ADC nº 43. 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.

É o relato do necessário.

2. ANÁLISE DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL

Como se depreende da seção relatorial, a OAB maneja esta ADC para conferir presunção absoluta de constitucionalidade ao “caput” do artigo 283 do Código de Processo Penal, com a redação alterada pela Lei nº. 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”



SENADO FEDERAL
Advocacia

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 da OAB, diz respeito ao HC n.º. 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 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



SENADO FEDERAL
Advocacia

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 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



SENADO FEDERAL
Advocacia

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 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



SENADO FEDERAL
Advocacia

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 princípios da presunção de inocência e da irredutibilidade de vencimentos. II - Norma estadual não-recepcionada pela atual Carta Magna, sendo irrelevante a previsão que nela se contém de devolução dos



SENADO FEDERAL
Advocacia

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 conseqüente 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