

VECCHIATTI SOCIEDADE DE ADVOGADOS

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR MINISTRO PRESIDENTE DO EGRÉGIO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

Distribuição por Dependência ao Ministro Marco Aurélio
Continência (art. 56 do CPC/2015) com as ADCs 43, 44 e 54

Distribuição – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

PARTIDO DEMOCRÁTICO TRABALHISTA – PDT, por seu Diretório Nacional, pessoa jurídica de Direito Privado, inscrita no CNPJ sob n.º 007.19575/0001-69, com sede na SAFS – Quadra 02, Lote 03 (atrás do Anexo do Itamaraty), Plano Piloto, Brasília/DF, CEP 70042-900, representado por seu Presidente Nacional, Sr. Carlos Roberto Lupo e por seu advogado signatário, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, com fulcro no art. 1º e seguintes da Lei Federal n.º 9.882/99 e no disposto no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, propor a presente **ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL, com pedido cautelar**, em face **Congresso Nacional** (por intermédio da Câmara dos Deputados, CNPJ n.º 00.530.352/0001-59, com endereço no Palácio do Congresso Nacional - Praça dos Três Poderes - Brasília - DF - Brasil - CEP 70160-900, e do Senado Federal, CNPJ n.º 00.530.279/0001-15, com endereço na Praça dos Três Poderes - Brasília DF - CEP 70165-900) e, conseqüentemente, do art. 637 do Código de Processo Penal (CPP), para que seja declarado não-recepcionado pela Constituição Federal o art. 637 do Código de Processo Penal, inclusive por revogado pelo art. 283 do mesmo diploma, ante a incompatibilidade de conteúdos entre eles, por força da Lei Federal n.º 12.403/2011, pelas razões que passa a expor:

A presente ação tem um diferencial relevante sobre aquelas já em trâmite perante esta Suprema Corte, que requerem o *overruling* do entendimento que permitiu a prisão após segunda instância. Com efeito, além de defender a inconstitucionalidade (“não-recepção”) do art. 639 do CPP, *complementando* assim a tese da constitucionalidade do art. 283 do CPP (objeto das demais ações), faz-se aqui uma **refutação analítica de todos os fundamentos da maioria desta Suprema Corte**, o que, ao que nos parece, não foi feito pelas demais ações (levantar argumento por argumento da maioria e infirmá-los). Peculiaridades estas que justificam a presente ação. Ressalte-se o total **cabimento da presente ADPF**, por voltar-se contra dispositivo anterior à Constituição Federal de 1988 (art. 637 do CPP), bem como pelo pedido subsidiário demandar *interpretação conforme a Constituição* do referido dispositivo infraconstitucional. De sorte a que o *princípio da subsidiariedade* justifica o cabimento da presente ação, nos termos do art. 4º, §1º, da Lei Federal n.º 9.882/99 e da jurisprudência do STF sobre tal *subsidiariedade* das ações de controle concentrado de constitucionalidade. Cabível também a ação pelo fato de o princípio constitucional da presunção de inocência e a regra constitucional que o positivou (art. 5º, LVII), evidentemente, serem *preceitos fundamentais* cognoscíveis pela via da ADPF. Subsidiariamente, na longínqua hipótese (ante tal disciplina legal expressa) de se entender que a ação correta seria a Ação Direta de Inconstitucionalidade ou uma Ação Declaratória de Constitucionalidade (do atual art. 283 do CPP), requer-se a aplicação do princípio da fungibilidade das ações de controle concentrado para isto possibilitar.

Ab initio, pede-se *venia* para expor uma **EMENTA, que traz uma síntese** dos fundamentos defendidos nesta ação:

VECCHIATTI SOCIEDADE DE ADVOGADOS

1. **EMENTA.** Razões para esta nova ação. **REFUTAÇÃO GLOBAL** das teses da maioria do STF sobre a prisão após 2ª instância: *não se pode dizer que não se está “considerando culpado” quem se permite a “prisão por culpa”*. “Diferença” (interpretativa) criada para o texto constitucional que não se aplica ao texto legal: se, para o STF, “considerar culpado” não significa “prender”, o art. 283 do CPP proíbe “prender” antes do trânsito em julgado fora das hipóteses de prisões cautelares. Argumentação jurídica como *caso especial* de argumentação prática geral, cf. Alexy – dispositivos constitucional e legal que trazem essa *limitação especial* que inviabiliza a conclusão da atual Doutrina Maioria do STF. **Descabimento de interpretação retrospectiva do art. 5º, LVII, da CF/88**, como se nada tivesse mudado relativamente às Constituições anteriores. **Revogação tácita do art. 637 do CPP pelo art. 283 do CPP: incompatibilidade de conteúdos.**

1.1. **Decisão do STF sobre a Constitucionalidade da “Lei da Ficha Limpa” (ADC 29 e 30 e ADI 4578):** permitiu-se a inelegibilidade antes do trânsito em julgado por se reconhecer que o art. 5º, LVII, da CF/88 só o exigiu para sentenças *penais* condenatórias, logo, aplica-se (inclusive seu núcleo essencial) à proibição de prisão por culpa antes do trânsito em julgado (voto desempate do Min. Fux). **Grave incoerência** de usar dito precedente para este caso.

1.2. **DIÁLOGO INSTITUCIONAL.** *Propostas de Emenda Constitucional e Projetos de Lei* que reconhecem que a prisão em segunda instância implica em “considerar culpado”, algo proibido pelo atual texto constitucional. 1.3. **INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO:** *impossibilidade jurídica* de interpretar um dispositivo legal contrariamente a seus limites semânticos (doutrina e jurisprudência *mundiais*).

1.4. **TRATADOS INTERNACIONAIS:** irrelevância de falarem apenas em condenação de segundo grau. Dispositivo convencional e doutrina internacionalista: **princípio *in dubio pro dignitate*** – nada nos tratados pode ser interpretado como restringindo direitos melhor garantidos pela legislação interna do país (hierarquia material, *pro dignitate*, não formal).

1.5. **“NÚCLEO ESSENCIAL” DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA, COMO CONSTITUCIONALMENTE POSITIVADA.** Proibição constitucional de “considerar culpado” (art. 5º, LVII): intuito primordial (sua *OCCASIO LEGIS*) foi a proibição da prisão por culpa antes do trânsito em julgado (“proibição de prisões arbitrárias” é o núcleo essencial do art. 5º, *inc. LXI*, logo, de outro inciso). *Interpretações restritivas (“reduções teleológicas”)* não podem afastar a incidência da norma precisamente para os casos em que foi criada (segundo interpretação objetiva, por *occasio legis* e *ratio legis*, não segundo a “vontade [subjéctiva] do legislador”).

1.6. **DIFERENÇAS COM A DECISÃO SOBRE A UNIÃO HOMOAFETIVA (ADPF 132/ADI 4277):** inexistência de proibição constitucional + garantia de direitos (união homoafetiva) x proibição taxativa constitucional/legal + restrição de direitos. *Restrições de direitos se interpretam de maneira estrita* e máxima efetividade dos direitos fundamentais (máximas hermenêuticas, cf. dogmática jurídica - tese do caso especial). **DIFERENÇAS COM A DECISÃO SOBRE O ABORTO:** o núcleo essencial (vida viável) + garantia de direitos a um grupos vulneráveis (mulheres cisgênero e homens trans). **DIFERENÇA COM O RECONHECIMENTO DA HOMOTRANSFOBIA COMO RACISMO (ADO 26/MI 4733):** *interpretação literal* dos conceitos de raça e racismo (crime, positivado, de discriminação por raça), na sua acepção político-social (cf. STF, HC n.º 82.424/RS), no contexto da existência de imposição constitucional legiferante que exige a punição criminal da homotransfobia, algo que inexistente no tema da prisão após condenação em 2ª instância (ou STJ), a qual visa, ainda, *superar a literalidade* do dispositivo constitucional respectivo.

1.7. **LACUNAS E INCOERÊNCIAS DOS VOTOS DA MAIORIA DO STF ATÉ O MOMENTO.**

1.8. *“Nunca se motivou tão pouco e tão mal”* nas instâncias ordinárias (e na admissibilidade de recursos especiais e extraordinários – *jurisprudência defensiva*). A absurda postura da jurisprudência de decidir sem enfrentar fundamentos jurídicos apresentados no processo, aptos a infirmar a decisão judicial. *Occasio legis* e *ratio legis* do art. 489, §1º, IV, do CPC/2015. Descabimento da *metafísica* confiança absoluta nas decisões de 2ª Instância. **Subsidiariamente.** Interpretação conforme a Constituição para imposição de enfrentamento de fundamentos apresentados em embargos declaratórios. **Primeira Tese Subsidiária.**

2. **SEGUNDA TESE SUBSIDIÁRIA.** Reconhecimento do cabimento de *indenização por danos morais*, caso o acusado preso após condenação em segunda instância venha a ser absolvido posteriormente, ainda que por *prescrição* (que é uma *decisão de mérito*, cf. art. 487, II, do CPC/2015, aplicável por analogia ante o art. 3º do CPP). Inclusive para casos de diminuição de pena que teriam gerado regime prisional menos gravoso no início do cumprimento da pena. **Interpretação sistemática com os arts. 5º, X, e 37 da CF/88.**

3. **DA MEDIDA CAUTELAR.** 4. **DOS PEDIDOS.**

1. Razões Gerais para o “Overruling” das decisões que permitiram a prisão em segunda instância (itens 1.1 a 1.3 da ementa supra)

A presente Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) pede a declaração de **não-recepção do art. 637 do Código de Processo Penal (CPP)**, o qual, ao afirmar que os recursos extraordinários (a STJ e STF) não possuem efeito suspensivo, acaba por permitir a prisão após a condenação em segunda instância. Isso em razão do disposto no **art. 5º, LVII**, da CF/88, segundo o qual *ninguém pode ser considerado culpado antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória* (cf. STF, HC 84.078/MG Rel. Min. Eros Grau). **Impetrou-se a presente ADPF, a despeito da existência das ADCs 43, 44 e 54, em razão de se considerar que as petições iniciais em questão não fizeram algo que se considera indispensável: a refutação específica das ratione decidendi da maioria do STF nas decisões que, desde 2016, voltaram a permitir a prisão após condenação de segunda instância. Embora aquelas exordiais sejam evidentemente aptas a gerar o necessário overruling das citadas decisões, entende-se que é salutar que sejam elencados os fundamentos concretos das decisões guerreadas para, com isso, pleitear-se seu overruling. É o que faz a presente ação e este é o seu diferencial relativamente às ações já existentes, como se verá adiante.** Ao passo que a **ausência de julgamento definitivo das ADCs 43, 44 e 54** torna juridicamente possível a presente ADPF, para julgamento conjunto com aquelas ADCs, sem a necessidade de cumprimento dos requisitos doutrinário-jurisprudenciais sobre o cabimento da *mutação constitucional* (e, aliás, a própria **Ministra Rosa Weber** atestou, no julgamento do HC 126.292/SP que eles não estavam presentes para essa mudança de jurisprudência).

A ação também é movida por **imperativo de consciência**: o advogado signatário, honrado pelo interesse do Partido Impetrante na propositura desta ação, é efetivo militante de **direitos humanos**, sendo a **presunção de inocência** um tema por excelência de direitos humanos, precisamente para proteção de minorias e grupos vulneráveis, notoriamente perseguidos pelo Estado Penal (como as populações negra e pobre, não obstante já perseguidas desde antes, pela notória prática abusiva de prisões cautelares que assola o país). Especialmente na militância jurídica realizada em um Estado Democrático de Direito, que depende da jurisdição constitucional e convencional e, portanto, do respeito ao texto constitucional positivo, da hermenêutica constitucional e convencional emancipatória e da diferença entre *Direito e Política*, por intermédio da **função contramajoritária** do Judiciário em geral e da Suprema Corte em especial. **Então**, o advogado signatário não se sentiria com a consciência tranquila se não lutasse, perante essa Suprema Corte, em defesa do direito à presunção de inocência e da higidez do texto constitucional, da mesma forma que lutam por minorias e grupos vulneráveis em geral. Como a advocacia é incompatível com o temor de desagradar autoridades (cf. art. 34, 2º, do Estatuto da Advocacia), a despeito desta nova ação poder, eventualmente, desagradar a Corte, entende-se que ela **traz fundamentos relevantes que merecem ser considerados**, com tempo minimamente adequado de sustentação oral, já que o Regimento Interno do STF permite o máximo de 30 minutos para divisão entre *amici curiae*, o que inviabiliza o diálogo e debate adequado quando múltiplos *amici* estão habilitados, como nas ações sobre este

VECCHIATTI SOCIEDADE DE ADVOGADOS

tema (seja como for, **requer-se** desde já que sejam somados os 30 minutos relativos a *todas* as ações em tramitação, para divisão entre *todos* os *amici curiae*, para um debate de verdade, como forma de se levar a sério a máxima de Häberle, de uma *sociedade aberta de intérpretes da Constituição*, tão afirmada pelo STF, relativamente à participação de *amici curiae* em seus julgamentos).

A **tese central** desta ação refere-se a uma **efetiva e grave lacuna na fundamentação da maioria do STF**. Ou seja, embora a Douta Maioria tenha afirmado que a Constituição não teria proibido a prisão antes do trânsito em julgado, mas apenas “considerar culpado” antes desse momento (algo que, afirmou-se, seria distinto do regime de “prisão”, disciplinado em dispositivo diverso e que teria exigido, apenas, ordem judicial fundamentada), com afirmações também no sentido da não-arbitrariedade e não-violação do núcleo essencial desta importantíssima garantia fundamental, **em nenhum momento se explicou como se pode dizer que não se estaria “considerando culpado” quem se está admitindo a “prisão por culpa”, decorrente de “decreto condenatório que incrimina a pessoa por JUÍZO DE CULPA sobre fato típico e antijurídico”, como faz a prisão em razão de condenação de segunda instância**. E “prisão por culpa” é, precisamente, o que proíbe a **regra constitucional** positivada no **art. 5º, LVII** – e, “*Concessa venia*, não se vislumbra a existência de um conteúdo principiológico no indigitado enunciado normativo” (**Min. Fux**, in HC 152.752/PR, p. 45 do voto).

Com efeito, como bem apontado pelo **Ministro Celso de Mello** em seu voto vencido no HC 126.292/SP, “*Quando esta Suprema Corte, apoiando-se na presunção de inocência, afasta a possibilidade de execução antecipada da condenação criminal, nada mais faz, em tais julgamentos, senão dar ênfase e conferir amparo a um direito fundamental que assiste a qualquer cidadão: o direito de ser presumido inocente até que sobrevenha condenação penal irrecorrível*”. Tendo **Sua Excelência** bem lembrado, ainda, que “*O Supremo Tribunal Federal, ao revelar fidelidade ao postulado constitucional do estado de inocência, não inviabiliza a PRISÃO CAUTELAR (como a prisão temporária e a prisão preventiva) de indiciados ou réus perigosos, pois expressamente reconhece, uma vez presentes razões concretas que a justifiquem, a possibilidade de utilização, por magistrados e Tribunais, das diversas modalidades de tutela cautelar penal, em ordem a preservar e proteger os interesses da coletividade em geral e os dos cidadãos em particular. [...] Há, portanto, segundo penso, um momento, claramente definido no texto constitucional, a partir do qual se descaracteriza a presunção de inocência, vale dizer, aquele instante em que sobrevém o trânsito em julgado da condenação criminal. Antes desse momento, o Estado não pode tratar os indiciados ou os réus como se culpados fossem. A presunção de inocência impõe, desse modo, ao Poder Público um dever de tratamento que não pode ser desrespeitado por seus agentes e autoridades*” (g.n).

Lembre-se que o próprio **Ministro Teori Zavascki** sempre reconheceu que a prisão por condenação de segunda instância significa *considerar culpado* antes do trânsito em julgado, ao aduzir que “**A eventual condenação representa, por certo, um juízo de culpabilidade, que deve decorrer da logicidade extraída dos elementos de prova produzidos em regime de contraditório no curso da ação penal**” (HC 126.292/SP, g.n). No mesmo sentido, o **Ministro Gilmar Mendes**, ao relatar o decidido no HC 126.292/SP, aduziu que “**Superadas as instâncias ordinárias com condenação à pena privativa de liberdade não substituída, tem-se uma declaração, com considerável força de que o réu é CULPADO**. Nasce um título condenatório, ainda que precário e sujeito a mudanças, passível

VECCHIATTI SOCIEDADE DE ADVOGADOS

de execução, atendidas certas condições que foram tangenciadas em meu voto no aludido precedente (HC 126.292)” (HC 152.752/PR, p. 4 do voto) (g.n). E, continuou o Ministro Gilmar Mendes, sobre o art. 5º, LVII: “A literalidade do referido dispositivo prestigia a orientação no sentido da exigência de trânsito em julgado para que se proceda à aplicação da pena” (g.n). **Incrível a CONTRADIÇÃO dos Ilustres Ministros: reconhecem que a Constituição proíbe considerar-se alguém culpado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, mas permite a prisão após condenação de segunda instância, que “representa, por certo, um juízo de culpabilidade”!**

Reitere-se: **nenhum(a) integrante da Douta Maioria desta Suprema Corte respondeu a esta relevantíssima pergunta, a saber: “como” não se está “considerando culpado” alguém que se admite a “prisão por culpa”?! A qual tem importância fundamental no presente caso, por se referir a fundamento *apto a infirmar a conclusão desta Suprema Corte*, razão pela qual seu não-enfrentamento gerará nulidade, por presunção legal de não-fundamentação sobre tema indispensável à decisão judicial, nos termos do **art. 489, §1º, IV, do CPC/2015** (aplicável analogicamente ao processo penal por força do art. 3º do CPP). Daí a pertinência da afirmação dos votos vencidos do **Ministro Lewandowski**, no sentido de que “com a devida venia à corrente majoritária que se formou tanto no julgamento do HC 126.292/SP quanto no ARE 964.246- RG/SP, o Plenário da Suprema Corte extraiu do **art. 5º, LVII, da Constituição, um sentido que dele não se pode e nem, no mais elástico dos entendimentos, se poderia extrair, vulnerando, conseqüentemente, mandamento constitucional claro, direto e objetivo, protegido, inclusive, pelo próprio texto constitucional contra propostas de emendas constitucionais tendentes a aboli-lo, conforme dispõe o art. 60, § 4º, IV, da Carta. [...] foi opção do constituinte originário de 1998 exigir o trânsito em julgado da decisão condenatória, ao invés do esgotamento do duplo grau de jurisdição, para considerar o acusado “culpado” pelo cometimento de um crime. Nesse sentido, ainda que o sistema do duplo grau de jurisdição seja adotado em outros países, o Estado brasileiro é soberano em suas escolhas políticas e jurídicas. [...] Em síntese, uma deficiência do Estado, a revelar o emperramento da máquina judiciária, em termos de entrega final da prestação jurisdicional, não pode levar ao menosprezo do que se contém a título de garantia na Constituição Federal.”** (HC 152.752/PR, p. 10 do voto. G.n). Portanto, como bem afirmado pelo **Ministro Marco Aurélio**, “Que o Estado se aparelhe para entregar a prestação jurisdicional a tempo e modo! [...] Em síntese, uma deficiência do Estado, a revelar o emperramento da máquina judiciária, em termos de entrega final da prestação jurisdicional, não pode levar ao menosprezo do que se contém a título de garantia na Constituição Federal” (HC 152.752/PR).**

Vide o **item 12 do Parecer do Professor José Afonso da Silva** sobre o tema (doc. anexo): “12. O Acórdão apega-se a argumento recorrente, qual seja o de que ‘com o julgamento implementado pelo Tribunal de apelação, ocorre espécie de preclusão da matéria envolvendo os fatos da causa. Que seja, mas o inc. LVII do art. 5º deu outro rumo, exigindo que, apesar disso, não haja precluído o direito de recorrer, e enquanto essas vias não se esgotam em trânsito em julgado não se pode executar a pena. Há uma norma constitucional que exige respeito, sob pena de inconstitucionalidade, que o guardião da Constituição não pode cometer! É preciso que se reconheça que a Constituição estabeleceu um limite expresso para o princípio da presunção de inocência que é o trânsito em julgado da sentença condenatória. Isso supera qualquer argumento fundado no efeito suspensivo dos recursos cabíveis. Supera também os argumentos das Súmulas 716 e 717 sobre a progressão da pena,

VECCHIATTI SOCIEDADE DE ADVOGADOS

que além de ser outro tema, não se impõem à norma do inc. LVII do art. 5º da CF” (g.n).

Ato contínuo, vide o **item 25 do Parecer do Professor José Afonso da Silva** sobre o tema (doc. anexo), sobre a tese, do Ministro Barroso, de cisão entre regime de culpa e regime de prisão, que sintetiza o entendimento do signatário sobre o **aspecto essencial da discussão constitucional em questão**: “25. Não nego que a cisão proposta é uma novidade que nos leva a refletir, reflexão não de direito constitucional, mas, como se trata de culpabilidade, condenação e pena, uma reflexão de direito penal sobre a **teoria do crime como ação típica, antijurídica e culpável**, que são os elementos da estrutura conceitual do crime. Então, quando a afirmativa em apreço faz uma cisão entre culpabilidade e condenação [rectius: prisão], é necessário recorrer a esses elementos para verificar se isso é possível. Para os fins deste parecer, posso deixar de lado a tipicidade e a antijuridicidade, para me ater apenas na culpabilidade que é o conceito que está em jogo na análise do inc. LVII do art. 5º da CF. **A culpabilidade é, assim, um elemento da estrutura conceitual do crime, é uma situação anterior, fase subjetiva, que se forma com a imputabilidade, a culpabilidade e a responsabilidade penal. Sem culpabilidade não há crime e, pois, nem condenação legítima. Logo, a culpabilidade é pressuposto da condenação. E assim esta está intrinsecamente dependente daquela. Se não existe a culpabilidade, conseqüentemente não pode existir a condenação, nem a aplicação da pena. A prisão é uma pena, que, portanto, não pode existir enquanto não for apurada a culpabilidade** [fora, claro, das hipóteses de prisões cautelares]. **Então, se o inc. LVII do art. 5º diz que não será considerado culpado quem estiver na situação nele prevista, ou seja, ‘até o trânsito em julgado da sentença condenatória’, não se vê como, para fins penais, pelo menos, falar em condenação para os fins de aplicação da pena, provisória ou definitivamente. Se a condenação vale para as conseqüências na esfera do Direito Civil, como quer o acórdão na passagem, em análise, não me cabe verificar nesta sede”** (grifos e colchete nossos).

Descabe usar, ainda, como fundamento o fato de que, de 1940 a 1988, o STF sempre admitiu a prisão após condenação de segunda instância. Ora, antes de 1988 não tínhamos um dispositivo constitucional tão taxativo como o art. 5º, LVII, da CF/88. Essa retórica, invocada pelo **Ministro Roberto Barroso** no HC 152.752/PR, parece, salvo melhor juízo, implicar em **interpretação retrospectiva**, no sentido de interpretar novo dispositivo constitucional da forma o mais parecida possível com a ordem constitucional pretérita, o que Sua Excelência, de maneira muito pertinente, combate em sua doutrina¹. Evidentemente, Sua Excelência trouxe outros fundamentos para a interpretação do referido dispositivo constitucional (embora, a nosso ver, supra já infirmados), mas essa sua argumentação não pode ser usada como reforço argumentativo. E nem se diga que os precedentes do STF pós-1988 afastariam essa crítica, pois o STF sempre afirmou que não violaria a presunção de inocência a prisão após segunda instância pela previsão infraconstitucional de ausência de efeito suspensivo aos recursos extraordinários (art. 637 do CPP), mas **o STF nunca problematizou o fato de que a falta de efeito suspensivo dos recursos contra condenação em**

¹ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**, São Paulo: Ed. Saraiva, 2006, pp. 70-71.

VECCHIATTI SOCIEDADE DE ADVOGADOS

segunda instância, que geram a “prisão por condenação”, implica necessariamente em “considerar culpado(a)” o(a) acusado(a), de sorte a, data venia, nunca ter levado a suas lógicas consequências do disposto no art. 5º, LVII, da CF/88.

Logo, *data maxima venia*, absolutamente pertinente a doutrina do **Ministro Roberto Barroso** contra a decisão da atual (e sempre Ilustre) Maioria do STF:

Atente-se para a lição mais relevante: as normas legais têm de ser *reinterpretadas em face da nova Constituição, não se lhes aplicando, automática e acriticamente, a jurisprudência forjada no regime anterior*. Deve-se **rejeitar** uma das **patologias crônicas** da hermenêutica constitucional brasileira, que é a **interpretação retrospectiva**, pela qual se procura interpretar o texto novo de maneira a que ele não inove nada, mas, ao revés, fique tão parecido quanto possível com o antigo.² (*grifos nossos*)

Com todas as *venias*, foi exatamente isso que fez o STF, na sua jurisprudência pós-1988, sobre a presunção de inocência: agiu como se o **art. 5º, LVII, da CF/88** não tivesse trazido uma **inovação transcendental** na seara da presunção de inocência relativamente à ordem constitucional anterior. Daí não ter relevância o “argumento de autoridade” sobre os tantos anos em que essa jurisprudência se manteve: ela simplesmente desprezou o dispositivo constitucional que (deveria) limitar(r) sua exegese hermenêutica.

Entenda-se: a Douta Maioria trouxe relevantes fundamentos jurídicos que, *na ausência de proibição peremptória em sentido contrário*, poderiam perfeitamente justificar a prisão após condenação de segunda instância. Não se discute aqui, portanto, a “ponderação” realizada pela maioria entre a presunção de inocência filosoficamente considerada e a necessidade de efetividade da tutela penal (até porque o signatário com ela concorda). Ocorre que há **impossibilidade jurídica** de acolhimento da tese de prisão por culpa após a condenação de segunda instância, porque há **proibição constitucional ou, no mínimo, legal ao tema**. A saber, o art. 5º, LVII, da CF/88 e/ou o art. 283 do CPP (*ou seja, embora concorde que deveria ser possível a prisão após condenação de segunda instância, o signatário entende que essa exegese é juridicamente impossível, por proibição constitucional e legal expressas – ou, ao menos, legal*).

Não há contradição do signatário concordar, abstratamente, com a ponderação realizada, mas entender que ela é inaplicável, ante o **texto constitucional positivo** ela inviabilizar. É o caso clássico de aplicação da notória tese da **argumentação jurídica como um caso especial da argumentação prática geral, de Robert Alexy**³, pela qual, em síntese, embora a argumentação

² *Loc. Cit.*

³ ALEXY, Robert. **Teoria Discursiva do Direito**. Organização, tradução e estudo introdutório de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2014, p. 92-93: “A tese do caso especial alega que o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral. Isso se baseia em **três razões**. A **primeira** é que, no final das contas, a discussão jurídica, assim como a argumentação prática geral, diz respeito àquilo que é *comandado, proibido ou permitido*, ou seja, a *questões práticas*. A **segunda razão** é que uma *pretensão de correção* é levantada tanto pelo discurso jurídico quanto pelo discurso prático geral. Esses dois tipos de argumentação são, portanto, *discursos*. A **terceira razão** afirma que a argumentação jurídica é uma questão de um caso *especial* porque a pretensão de correção do discurso jurídico é diferente daquela do discurso prático

VECCHIATTI SOCIEDADE DE ADVOGADOS

jurídica tenha em comum com a argumentação prática em geral a finalidade de utilizar a razão prática para solucionar problemas práticos (e, portanto, litígios), ela é um *caso especial* porque, ao contrário daquela, é **limitada pela lei, pelos precedentes e pela dogmática jurídica**. No caso, temos a *lei constitucional* atinente ao art. 5º, LVII, da CF/88, bem como a *lei infraconstitucional* relativa ao art. 283 do CPP, que, ao proibirem se considerar culpado e (o segundo) prender antes do trânsito em julgado (fora, obviamente, das hipóteses de prisões cautelares), tornam **juridicamente impossível** a compreensão externada, até o momento, pela Douta Maioria desta Suprema Corte. É, pelo menos, a compreensão que se tem, nesta ação, sobre o tema.

Na linha da **objetividade possível**, trabalhada me doutrina pelo Ministro Roberto Barroso, entende-se que “*A objetividade possível do Direito reside no conjunto de possibilidades interpretativas que o relato da norma oferece*”⁴. Nesse sentido, *data maxima venia*, discorda o signatário que o *relato do texto normativo* constante do art. 5º, LVII, da CF/88, e especialmente do art. 283 do CPP permitam a interpretação pretendida pela atual e sempre Douta Maioria do STF. Essa a questão.

Ou seja, ainda que a maioria do STF ainda mantenha seu entendimento, explicando *como seria possível dizer* que não se está “considerando culpado” antes do trânsito em julgado (o que o art. 5º, LVII, da CF/88 peremptoriamente proíbe) quem se está admitindo a “prisão por culpa” (prisão por decreto condenatório que incrimina a pessoa por juízo de culpa) após condenação de segunda instância, **resta compatibilizar isso com o disposto no art. 283 do CPP**, que aduz 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*” (g.n). Bem como com os **arts. 105 e 147 da Lei de Execuções Penais**, lembrados pelos votos do Ministro Celso de Mello, que também expressamente exigem o *trânsito em julgado* para a emissão de guia de recolhimento para execução da pena! E mesmo o art. 50 do Código Penal, que também exige trânsito em julgado para pagamento de multa penal!

Com efeito, se o STF afirmou essa suposta diferença entre “considerar culpado” para “prender” (por culpa!) quando analisou o texto constitucional que proíbe “apenas” considerar culpado e não prender antes do trânsito em julgado, então não pode coerentemente dizer que o texto do art. 283 do CPP seria idêntico ou equivalente, apenas reproduzindo no essencial, o disposto no art. 5º, LVII, da CF/88.

geral. Ela não se ocupa daquilo que é absolutamente correto, mas daquilo que é correto no contexto de um ordenamento jurídico validamente existente e com base nele. O que é correto em um sistema jurídico depende essencialmente daquilo que é estipulado autoritativa ou institucionalmente e daquilo que se encaixa nessas estipulações, devendo não contradizer o autoritativo e concordar com o todo. Se quiser se expressar isso em uma **fórmula curta**, pode-se dizer que a argumentação jurídica está vinculada às leis e aos precedentes, e tem ainda que observar o sistema jurídico elaborado pela dogmática jurídica” (g.n).

⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)**. In: A Nova Interpretação Constitucional. Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas, 2ª Ed., Rio de Janeiro-São Paulo-Recife: Ed. Renovar, 2006, p. 09.

Alameda Campinas, n.º 433, cj. 141, São Paulo/SP, CEP 01404-901. E-mail: pauloriv71@aasp.org.br

VECCHIATTI SOCIEDADE DE ADVOGADOS

Ora, Excelências, se no julgamento do HC n.º 126.292, que se limitou à interpretação do art. 5º, LVII, da CF/88, sem ter como foco o art. 283 do CPP, afirmou esta Suprema Corte que a proibição constitucional de *considerar culpado* não implicaria na proibição de *prender (por culpa!)*, **essa lógica aplicada ao texto constitucional não pode, coerentemente, deixar de ser aplicada ao texto legal**, visto que o art. 283 do CPP diz que *ninguém pode ser preso antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória*, fora das hipóteses de prisões cautelares/preventivas. **Com efeito, se, quando interpreta a Constituição, o STF afirma que** “considerar culpado” não é o mesmo que “prender (por culpa!)”, para dizer que a Constituição não proíbe a prisão após condenação em segunda instância (do que se discorda, pois isto implica em “considerar culpado” antes do trânsito em julgado, que é o que a Constituição proíbe), **não pode, coerentemente, aplicar lógica distinta quando interpreta o Código de Processo Penal**, que consegue a façanha de ser ainda mais taxativo que a Constituição, ao proibir que que alguém seja *preso* antes do trânsito em julgado, fora das hipóteses de prisões cautelares (preventivas e provisórias). Esse é mais um fundamento **apto a infirmar a conclusão desta Suprema Corte**, razão pela qual seu não-enfrentamento gerará nulidade, por presunção legal de não-fundamentação sobre tema indispensável à decisão judicial, nos termos do **art. 489, §1º, IV, do CPC/2015**.

Trata-se de uma verdadeira **ponderação constitucional realizada pelo Legislativo (o art. 283 do CPP)**, que merece primazia (não se trata de “interpretação da Constituição segundo a lei”, mas de reconhecimento de que a lei fez uma ponderação *defensável* do texto constitucional – e é incontestado que a proibição de prisão fora das hipóteses cautelares é o que mais se compatibiliza com a *literalidade* do art. 5º, LVII, de sorte que se trata, portanto, de interpretação absolutamente defensável a do art. 283 do CPP, na redação que lhe foi dada pela Lei Federal n.º 12.403/2011. Sobre o tema da ponderação realizada pelo Legislativo e sua primazia, relembre-se o voto do **Ministro Fux**, quando desempatou o julgamento sobre a constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa (ADC 29 e 30 e ADI 4578):

Cuida-se, afinal, de validar a ponderação efetuada pelo próprio legislador, ao qual **KONRAD HESSE**, em outro ensaio (*La interpretación constitucional*. In *Escritos de Derecho Constitucional*. Trad. Pedro Cruz Villallón. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983), reconhece **posição de primazia na interpretação da Constituição. Essa posição privilegiada do legislador – diretamente ligada ao conhecido princípio hermenêutico da presunção de constitucionalidade das leis** – é ainda mais clara quando a norma constitucional é composta de conceitos jurídicos indeterminados como “vida pregressa”, confiando ao órgão legiferante infraconstitucional a sua densificação. [...] Como visto acima, não se pode considerar que é vontade cristalina emanada da Constituição a absoluta presunção de inocência em matéria eleitoral – ao revés, se não se puder reconhecer a prevalência, entre os vários intérpretes da Constituição, da visão oposta, indisfarçável será, ao menos, o dissenso. Nesse caso, impende prestigiar a solução legislativa, que admitiu, para o preenchimento do conceito de vida pregressa do candidato, a consideração da existência de condenação judicial não definitiva, a rejeição de contas, a renúncia abusiva ou perda de cargo. (pp. 17-18 do voto. G.n).

Lembre-se, ainda, que **criatividades interpretativas não podem ser realizadas contra o acusado no processo penal**. Improcedentes as afirmações sobre necessidade de *superar a literalidade* em favor de suposta

VECCHIATTI SOCIEDADE DE ADVOGADOS

teleologia constitucional em razão de, segundo **Claus Roxin**⁵, o limite da **interpretação penal punitiva** ser o **limite do teor literal**. O festejado criminalista bem afirma que a proibição de analogia *in malam partem* visa, na verdade, evitar que a interpretação penal ultrapasse o teor literal dos tipos penais – e, por consequência lógica, também às garantias constitucionais penais, cabe acrescentar.

1.1. Decisão do STF sobre a Constitucionalidade da “Lei da Ficha Limpa” (ADC 29 e 30 e ADI 4578): permitiu-se a inelegibilidade antes do trânsito em julgado por se reconhecer que o art. 5º, LVII, da CF/88 tinha em seu núcleo essencial a proibição de prisão por culpa antes do trânsito em julgado (voto desempate do Min. Fux). Grave incoerência de usar esse precedente como justificativa para permitir a prisão antes do trânsito em julgado.

Note-se que é um grave equívoco invocar a **decisão sobre constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa** em reforço a esta ação⁶. Com efeito, o **voto-desempate do Ministro Fux**, que obviamente trouxe a *Opinião da Corte* por essa circunstância (de desempate), atestou que o art. 5º, LVII, da CF/88 exige o trânsito em julgado de sentença condenatória para *processos penais*, razão pela qual Sua Excelência defendeu que o STF restrinja referida exigência somente para casos penais. Isso porque Sua Excelência apontou que o STF sempre realizou uma *interpretação extensiva* do referido dispositivo, aplicando-o para processos não penais, razão pela qual entendeu o Ministro Fux pela necessidade de uma *interpretação declarativa (meramente literal)*, para restringir essa exigência de trânsito em julgado somente para processos penais, como consta da literalidade normativa respectiva – de sorte a considerar constitucional a inelegibilidade decorrente de condenação após segunda instância. Logo, é uma **grave incoerência** invocar esse precedente para justificar a possibilidade de *prisão* após segunda instância, na medida em que o *voto-desempate do Ministro Fux* ali bem apontou que a *regra* constitucional da presunção de inocência exige trânsito em julgado para considerar alguém culpado *apenas para processos penais*, para, com isso, realizar um *distinguishing* viabilizador de permitir a declaração de *inelegibilidade* antes do trânsito em julgado na seara eleitoral. O uso do conceito de regra da doutrina de Humberto Ávila pelo referido voto deixa isso ainda mais evidente. Em suma (cf. infra), o Ministro Fux afirmou que a jurisprudência do STF, cristalizada no julgamento da ADPF 144, realizava um *interpretação extensiva* da *regra constitucional* positivada no art. 5º, LVII, para aplicar o princípio da presunção de inocência para outros ramos do Direito, ao passo que Sua Excelência, realizando o *overruling* da referida decisão, para “reaproxima[r] o enunciado normativo [à] sua literalidade, da qual se distanciou em demasia”. Ou seja, defendeu expressamente que a aplicação do princípio da presunção de inocência se restrinja unicamente à seara penal, não se aplicando à seara eleitoral. De sorte a não poder agora,

⁵ ROXIN, Claus. **Derecho Penal: Parte General – Fundamentos – La Estructura de la Teoria General del Delito**. Tradução e notas de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Dias y Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. tomo I, p. 154, ao aduzir que a proibição de analogia criminalizadora visa, na verdade, impedir a superação do *limite do teor literal* pelo juiz penal em casos tais.

⁶ Tal foi afirmado pelo Ministro Teori Zavascki, no HC 126.292/SP, e reiterado por Sua Excelência e pelo Ministro Fux nas ADCs 43 e 44, *in verbis*: “Nessa trilha, aliás, há o exemplo recente da Lei Complementar 135/2010 (Lei da Ficha Limpa), que, em seu art. 1º, I, expressamente consagra como causa de inelegibilidade a existência de sentença condenatória por crimes nela relacionados quando proferidas por órgão colegiado. É dizer, a presunção de inocência não impede que, mesmo antes do trânsito em julgado, o acórdão condenatório produza efeitos contra o acusado” (p. 13 do voto do Ministro Zavascki na ADC 43 MC/DF).

VECCHIATTI SOCIEDADE DE ADVOGADOS

coerentemente, afirmar que *aquela precedente* justifica a restrição da presunção de inocência na seara penal. Isso não é imputável àquele precedente, mas àqueles a ele posteriores, a partir do HC 126.292/SP.

Vejamos trechos essenciais do voto do **Ministro Fux** nas ADCs 29 e 30, que, como dito, desempatou referido julgamento e, por isso, deve ser tido como trazendo as *ratione decidendi* da Corte:

Explica-se: trata-se, tão-somente, de imposição de um novo requisito negativo para a que o cidadão possa candidatar-se a cargo eletivo, que não se confunde com agravamento de pena ou com bis in idem. Observe-se, para tanto, que o legislador cuidou de distinguir claramente a inelegibilidade das condenações – assim é que, por exemplo, o art. 1º, I, “e”, da Lei Complementar nº 64/90 expressamente impõe a inelegibilidade para período posterior ao cumprimento da pena. [...] Sob a mesma justificativa, **a presunção constitucional de inocência não pode configurar óbice à validade da Lei Complementar nº 135/10**. O debate demanda a análise dos precedentes desta Corte, dentre os quais o da ADPF 144 (Rel. Min. CELSO DE MELLO) é certamente o mais adequado ao exame, sem prejuízo de outros julgados em que o STF reconheceu a irradiação da presunção de inocência para o Direito Eleitoral (v.g., o RE 482.006, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI). [...] **Não cabe discutir, nestas ações, o sentido e o alcance da presunção constitucional de inocência (ou a não culpabilidade, como se preferir) no que diz respeito à esfera penal e processual penal**. Cuida-se aqui tão-somente da aplicabilidade da presunção de inocência especificamente para fins eleitorais, ou seja, da sua irradiação para ramo do Direito diverso daquele a que se refere a literalidade do art. 5º, LVII, da Constituição de 1988. Em outras palavras, **é [preciso] reexaminar a percepção, consagrada no julgamento da ADPF 144, de que decorreria da cláusula constitucional do Estado Democrático de Direito uma interpretação da presunção de inocência que estenda sua aplicação para além do âmbito penal e processual penal**. Assinale-se, então, que, neste momento, vive-se – felizmente, aliás – quadra histórica bem distinta. São notórios a crise do sistema representativo brasileiro e o anseio da população pela moralização do exercício dos mandatos eletivos no país. Prova maior disso é o fenômeno da judicialização da política, que certamente decorre do reconhecimento da independência do Poder Judiciário no Brasil, mas também é resultado da desilusão com a política majoritária, como bem relatado em obra coletiva organizada por VANICE REGINA LÍRIO DO VALLE (Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal. Curitiba: Juruá, 2009). O salutar amadurecimento institucional do país. recomenda uma revisão da jurisprudência desta Corte acerca da presunção de inocência no âmbito eleitoral. **Propõe-se, de fato, um overruling dos precedentes relativos à matéria da presunção de inocência vis-à-vis inelegibilidades, para que se reconheça a legitimidade da previsão legal de hipóteses de inelegibilidades decorrentes de condenações não definitivas**. [...] *Permissa venia*, impõe-se considerar que **o acórdão prolatado no julgamento da ADPF 144 reproduziu jurisprudência que, se adequada aos albores da redemocratização, tornou-se um excesso neste momento histórico de instituições politicamente amadurecidas, notadamente no âmbito eleitoral**. Já é possível, portanto, revolver temas antes intocáveis, sem que se incorra na pecha de atentar contra uma democracia que – louve-se isto sempre e sempre – já está solidamente instalada. **A presunção de inocência, sempre tida como absoluta, pode e deve ser relativizada para fins eleitorais ante requisitos qualificados como os exigidos pela Lei Complementar nº 135/10**. Essa nova postura encontra justificativas plenamente razoáveis e aceitáveis. Primeiramente, o cuidado do legislador na definição desses requisitos de inelegibilidade demonstra que o diploma legal em comento não está a serviço das perseguições políticas. Em segundo lugar, **a própria ratio essendi do princípio, que tem sua origem primeira na vedação ao Estado de, na sua atividade persecutória, valer-se de meios degradantes ou cruéis para a produção da prova contra o acusado no processo penal**, é resguardada não apenas por esse, mas por todo um conjunto de normas constitucionais, como, por

VECCHIATTI SOCIEDADE DE ADVOGADOS

exemplo, as cláusulas do devido processo legal (art. 5º, LIV), do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV), a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º, LVI) e a vedação da tortura – à qual a Constituição Federal reconheceu a qualidade de crime inafiançável (art. 5º, XLIII) – e do tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III). Demais disso, é de meridiana clareza que as cobranças da sociedade civil de ética no manejo da coisa pública se acentuaram gravemente. Para o cidadão, hoje é certo que a probidade é condição inafastável para a boa administração pública e, mais do que isso, que a corrupção e a desonestidade são as maiores travas ao desenvolvimento do país. [...] Em outras palavras, ou bem se **realinha a interpretação da presunção de inocência, ao menos em termos de Direito Eleitoral**, com o estado espiritual do povo brasileiro, ou se desacredita a Constituição. Não atualizar a compreensão do indigitado princípio, data maxima venia, é desrespeitar a sua própria construção histórica, expondo-o ao vilipêndio dos críticos de pouca memória. [...] Idênticas conclusões podem ser atingidas sob perspectiva metodológica diversa. **A presunção de inocência consagrada no art. 5º, LVII, da Constituição Federal deve ser reconhecida, segundo a lição de HUMBERTO ÁVILA** (Teoria dos Princípios. 4. edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2005), **como uma REGRA, ou seja, como uma norma de previsão de conduta, em especial a de proibir a imposição de penalidade ou de efeitos da condenação criminal até que transitada em julgado a decisão penal condenatória.** *Concessa venia*, não se vislumbra a existência de um conteúdo principiológico no indigitado enunciado normativo. Sendo assim, a ampliação do seu espectro de alcance operada pela jurisprudência desta Corte significou verdadeira interpretação extensiva da regra, segundo a qual nenhuma espécie de restrição poderia ser imposta a indivíduos condenados por decisões ainda recorríveis em matéria penal ou mesmo administrativa. O que ora se sustenta é o movimento contrário, comparável a uma **redução teleológica**, mas, que, **na verdade, só reaproxima o enunciado normativo da sua própria literalidade, da qual se distanciou em demasia.**[...] Nessa ordem de ideias, conceber-se o art. 5º, LVII, como impeditivo à imposição de inelegibilidade a indivíduos condenados criminalmente por decisões não transitadas em julgado esvaziaria sobremaneira o art. 14, § 9º, da Constituição Federal, frustrando o propósito do constituinte reformador de exigir idoneidade moral para o exercício de mandato eletivo, decerto compatível com o princípio republicano inculcado no art. 1º, caput, da Constituição Federal. Destarte, reconduzir a presunção de inocência aos efeitos próprios da condenação criminal se presta a impedir que se aniquile a teleologia do art. 14, § 9º, da Carta Política, de modo que, sem danos à presunção de inocência, seja preservada a validade de norma cujo conteúdo, como acima visto, é adequado a um constitucionalismo democrático. É de se imaginar que, diante da **perspectiva de restrição, pela Lei Complementar nº 135/10, do alcance da presunção de inocência à matéria criminal**, seja eventualmente invocado o princípio da vedação do retrocesso, segundo o qual seria inconstitucional a redução arbitrária do grau de concretização legislativa de um direito fundamental – in casu, o direito político de índole passiva (direito de ser votado). No entanto, não há violação ao mencionado princípio, como se passa a explicar, por duas razões. [...] Ora, como antes observado, **não há como sustentar, com as devidas vênias, que a extensão da presunção de inocência para além da esfera criminal tenha atingido o grau de consenso básico a demonstrar sua radicação na consciência jurídica geral.** Antes o contrário: a aplicação da presunção constitucional de inocência no âmbito eleitoral não obteve suficiente sedimentação no sentimento jurídico coletivo – daí a reação social antes referida – a ponto de permitir a afirmação de que a sua restrição legal em sede eleitoral (e frise-se novamente, é apenas desta seara que ora se cuida) atentaria contra a vedação de retrocesso. [...] Como visto acima, **não se pode considerar que é vontade cristalina emanada da Constituição a absoluta presunção de inocência em matéria eleitoral** – ao revés, se não se puder reconhecer a prevalência, entre os vários intérpretes da Constituição, da visão oposta, indisfarçável será, ao menos, o dissenso. Nesse caso, impende prestigiar a solução legislativa, que admitiu, para o preenchimento do conceito de vida pregressa do candidato, a consideração da existência de condenação judicial não definitiva, a rejeição de contas, a renúncia abusiva ou perda de cargo. (pp. 4, 6-9, 11-13 e 18 do voto. Grifos nossos)

VECCHIATTI SOCIEDADE DE ADVOGADOS

Logo, o precedente relativo à constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa não pode ser usado como “fundamento” para se restringir a presunção de inocência (e, mesmo, *desaplicar* o art. 5º, LVII, da CF/88 e o art. 283 do CPP) na seara penal.

1.2. Diálogo institucional. Proposta de Emenda Constitucional e Projeto de Lei que reconhecem que a prisão em segunda instância implica em “considerar culpado”, algo proibido pelo atual texto constitucional.

Notem, Excelências, que **iniciativas parlamentares** corroboram as teses até aqui afirmadas. Com efeito, a **Proposta de Emenda Constitucional n.º 410/2018** e os **Projetos de Lei n.º 147/2018 e** , que visam inovar no ordenamento jurídico a pretexto de positivar a compreensão do STF que tem permitido a prisão após condenação de segunda instância, **criam textos normativos que proíbem alguém ser considerado culpado antes de condenação em segunda instância, no primeiro caso, e afirmando que trânsito em julgado se daria com a condenação em segunda instância, no segundo.**

Ou seja, o **diálogo institucional** que visa concordar com a atual posição do STF, implicitamente, reconhece que a atual posição desta Suprema Corte é inconstitucional, porque a PEC n.º 410/2018 quer proibir alguém ser *considerado culpado* apenas até decisão de segunda instância! **Ou seja, a PEC 410/2018 reconhece que a prisão após condenação em segunda instância implica em considerar alguém culpado! E o mesmo se diga do PL 147/2018⁷**, já que visa positivar na Lei de Introdução a Normas do Direito Brasileiro texto normativo de igual teor ao da citada PEC. Isso só reforça que **mesmo parlamentares que querem permitir a prisão após condenação de segunda instância entendem que isso implica em considerar culpada a pessoa presa nessa circunstância! Bem como do PL n.º 166/2018⁸**, que quer alterar o art. 283 do CPP para, embora proibindo *considerar culpado até o trânsito em julgado*, permita a *prisão após condenação de segunda instância* (claramente adotando a lógica do STF na interpretação do atual art. 5º, LVII, da CF/88, não obstante a contradição interna que isto gera, ante o supra exposto nesta ação, visto que prender por culpa/condenação evidentemente implica considerar alguém como culpado). **Aliás, veja-se que, “Na justificção [do PL n.º 147/2018], o Senador Cássio Cunha Lima observa que “não tem sido possível forçar o cumprimento das penas a que têm sido condenados diversos personagens desses crimes, pelo obstáculo literal da cláusula pétrea inserida no art. 5º, LVII, CF, que exige o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, para fins da consideração da culpa e do cumprimento da pena” (g.n).** Ou seja, mesmo um defensor parlamentar da posição do STF reconhece que a interpretação do STF viola o texto constitucional, não obstante ele (Senador), incrivelmente, isto defenda, já que, por essa lógica, a lei que ele visa criar já nasceria flagrantemente inconstitucional.

⁷ Cf. <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/1483783.pdf>>.

⁸ Cf. <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7715635&disposition=inline>>.

VECCHIATTI SOCIEDADE DE ADVOGADOS

Ademais, cabe lembrar da célebre “**PEC do Peluso**”, a **Proposta de Emenda Constitucional n.º 15/2011 (“PEC dos Recursos”)**, que visava dizer que o “trânsito em julgado” se daria com a decisão de segunda instância, com recursos especial e extraordinário funcionando, na prática, como verdadeiras *ações rescisórias*. **É mais um reconhecimento, agora de um ex-Ministro desta Suprema Corte, que o art. 5º, LVII, da CF/88 impede a prisão por condenação, ainda que de segunda instância.** Lembrando-se que essa PEC foi criada precisamente para permitir a prisão após condenação de segunda instância, pelo ex-Ministro Peluso ter obviamente reconhecido que *prender por juízo condenatório de culpa* é, obviamente, *considerar culpado* aquele(a) cuja prisão se determinou.

Isso é relevante para a discussão sobre o **conceito de “trânsito em julgado”**. Alguns têm defendido que a teleologia de dito conceito exigiria apenas uma *garantia de certeza*. Sobre o tema, não se discute que a exigência de trânsito em julgado visa garantir *certeza* de que a decisão judicial está correta. **Ocorre que a expressão “trânsito em julgado” tem um significado técnico preciso, incontornável, de exigência de se aguardar o fim do processo** ou, dependendo do caso, a preclusão sobre determinado tema (trânsito em julgado de decisão interlocutória, por exemplo). Não parece, *salvo melhor juízo*, que o conceito de “trânsito em julgado” possa se distanciar da *irrecorribilidade* da decisão, que corresponde ao seu núcleo essencial (entende-se que evoluções conceituais não podem desconsiderar o núcleo essencial do instituto jurídico em questão). **Então, exigir trânsito em julgado implica em exigir certeza processual absoluta, ou seja, impossibilidade de nova decisão judicial sobre o tema. Rasga os limites semânticos da expressão trânsito em julgado e seu próprio núcleo essencial dizer que ela poderia significar algo além disso.**

1.3. Interpretação conforme a Constituição: impossibilidade jurídica de interpretar um dispositivo legal contrariamente a seus limites semânticos (doutrina e jurisprudência mundiais).

Os **limites semânticos** do texto normativo positivado no **art. 283 do CPP** trazem outra questão indispensável à cognição da causa, a saber, a **impossibilidade jurídica de interpretação conforme a Constituição** que viola os limites semânticos do texto normativo interpretado. Isso tem relevância porque a Douta Maioria do STF tem dito que o art. 283 do CPP precisaria ser interpretado em conformidade com a interpretação sistemático-teleológica do texto constitucional atualmente vigente no STF, permissiva da prisão após condenação em segunda instância. Como visto, na interpretação constitucional, o STF afirmou que a Constituição proíbe “apenas” *considerar culpado* antes do trânsito em julgado, mas não proibiu “prender” antes do trânsito em julgado. **Ocorre que o art. 283 do CPP peremptoriamente diz que “ninguém pode ser PRESO”** senão por condenação criminal transitada em julgado, por prisões cautelares/preventivas ou por flagrante delito. E é **basilar na doutrina e jurisprudência sobre interpretação conforme** que essa técnica interpretativa, destinada a *salvar a constitucionalidade* de textos infraconstitucionais mediante uma interpretação não-puramente literal, **não pode justificar uma interpretação contrária aos limites semânticos do texto normativo** (e, para a doutrina majoritária, não

VECCHIATTI SOCIEDADE DE ADVOGADOS

seguida pelo signatário e pela jurisprudência do STF, também incabível contra a *vontade do legislador* que criou o texto normativo).

Por todos(as), veja-se a doutrina do **Ministro Roberto Barroso**⁹ sobre os limites da interpretação conforme a Constituição:

Foi objeto de menção anterior a constatação de **Canotilho** de que **a interpretação conforme a Constituição só é legítima quando existe um espaço de decisão onde são admissíveis várias possibilidades interpretativas**. Aí, embora mantida a primazia do legislador, sua manifestação é limitada, quando não adaptada pela interpretação do tribunal. Mas, naturalmente, **não é possível ao intérprete torcer o sentido das palavras nem adulterar a clara intenção do legislador. Para salvar a lei, não é admissível fazer uma interpretação contra legem.** Tampouco será legítimo uma linha de entendimento que prive o preceito legal de qualquer função útil. Atente-se, por relevante, que o excesso na utilização do princípio pode deturpar sua razão de existir. Isso porque, ao declarar uma lei inconstitucional, o Judiciário devolve ao Legislativo a competência para reger a matéria. Mas, ao interpretar a lei estendendo-a ou restringindo-a além do razoável, estará mais intensamente interferindo nas competências do Legislativo, desempenhando função legislativa positiva. (*grifos nossos*)

No mesmo sentido, também a lição **Ministro Roberto Barroso**¹⁰, sobre a interpretação gramatical e sobre a interpretação de normas punitivas, como é o caso da possibilidade de prisão:

A doutrina, de forma um tanto casuística, procura caralogar as hipóteses de interpretação restritiva e extensiva. Há **certo consenso** de que **se interpretam restritivamente** as normas que instituem regras gerais, as que estabelecem benefícios, as **punitivas em geral** e as de natureza fiscal. Comportam interpretação extensiva as normas que asseguram direitos, estabelecem garantias e fixam prazos. [...] Todavia, a mesma linguagem que confere abertura ao intérprete há de configurar como **limite máximo de sua atividade criadora. As palavras têm sentidos mínimos que devem ser respeitados, sob risco de se perverter o seu papel de transmissoras de ideias e significados.** É a interpretação gramatical ou literal que delimita o espaço dentro do qual o intérprete vai operar, embora isso possa significar zonas hermenêuticas muito extensas. A esse propósito, já decidiu o **Tribunal Constitucional Federal Alemão: ‘Através da interpretação não se pode dar a uma lei inequívoca em seu texto e em seu sentido, um sentido oposto; não se pode determinar de novo, no fundamental, o conteúdo normativo da norma que há de ser interpretada; não se pode faltar ao objetivo do legislador em um ponto essencial’** [*BVerfGE*, 11, 126 (130). V. Klaus Stern, *Derecho del Estado de la República Federal Alemana*, cit., p. 283]. (*grifos nossos*)

Ora, Excelências, se já se desconsidera totalmente o sentido objetivo evidente do dispositivo constitucional quando se diz que o texto normativo que proíbe “considerar culpado” antes do trânsito em julgado não proibiria a “prisão por culpa” antes do trânsito em julgado, note-se que é (ainda mais) juridicamente INDEFENSÁVEL dizer que um dispositivo legal que diz que ninguém pode ser PRESO antes do trânsito em julgado fora das hipóteses de prisões cautelares permitiria a PRISÃO antes do trânsito em

⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*, 6ª Ed., 3ª tir., São Paulo: Ed. Saraiva, 2006, pp. 192-193.

¹⁰ BARROSO, *Op. Cit.*, pp. 121-122 e 130.

VECCHIATTI SOCIEDADE DE ADVOGADOS

julgado fora das hipóteses de prisões cautelares! Mas foi isso que o STF decidiu nas medidas cautelares das ADCs 43 e 44! Questionáveis analogias com o CPC/2015 à parte, fato objetivo e incontestado é aquele segundo o qual foi atribuída uma interpretação ao art. 283 do CPP que **contraria frontalmente seus limites semânticos!** E, para quem segue o critério da “vontade do legislador” como outro limite da interpretação conforme, a exposição de motivos do projeto de lei que criou o atual art. 283 do CPP, também deixa expresso que ele foi criado precisamente para impedir a prisão antes do trânsito em julgado.

É também incompreensível, Excelências, o motivo da Douta Maioria não querer, simplesmente, declarar inconstitucional o art. 283 do CPP, com a redação que lhe foi dada pela Lei Federal n.º 12.403/2011, já que a consequência prática é a mesma e seria algo, pelo menos, “mais defensável” que a “interpretação” que a Corte está dando ao dispositivo, contrária à sua literalidade e ao seu espírito. **A única forma do STF ter alguma coerência mínima é atestando que a Constituição “exige” a prisão após condenação em segunda instância e que, por isso, o atual art. 283 do CPP seria “inconstitucional” por isso.** Seria uma **interpretação abusiva**, que menospreza a liberdade de conformação da legislatura democrática sobre o tema (aqui sim, uma “juristocracia/supremocracia”, crítica feita numa generalidade de casos de forma infundada, mas que, aqui, seria válida). Mas seria a única forma do Supremo dar alguma “coerência” à sua decisão, relativamente a dito dispositivo legal.

Ao passo que, como bem lembrou o **Ministro Celso de Mello**, “Na **Exposição de Motivos** [do PL que gerou o atual art. 283 do CPP], consta o seguinte trecho : ‘O projeto sistematiza e atualiza o tratamento da prisão, das medidas cautelares e da liberdade provisória, com ou sem fiança. Busca, assim, superar as distorções produzidas no Código de Processo Penal com as reformas que, rompendo com a estrutura originária, desfiguraram o sistema (...) Nessa linha, as principais alterações com a reforma projetada são (...) d) **impossibilidade de, antes da sentença condenatória transitada em julgado, haver prisão que não seja de natureza cautelar**’. A justificativa do Poder Executivo à época (2001) para o projeto também é clara: ‘Finalmente é necessário acentuar que a revogação, estabelecida no projeto, dos artigos 393, 594, 595 e dos parágrafos do artigo 408, todos do Código de Processo Penal, tem como propósito definir que toda prisão, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, terá sempre caráter cautelar. A denominada execução antecipada não se concilia com os princípios do Estado constitucional e democrático de direito.’ (...) Assim, lei e Constituição eram – e ainda são – harmônicas. Somente há culpa, e, portanto, prisão como execução de pena, com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, com o fim do processo, após o julgamento de todos os recursos. Chega-se a isso com a interpretação literal, com a interpretação histórica e com a interpretação sistemática”¹¹ (g.n).

Esclareça-se que isso se conclui não por suposta “vontade do legislador” (*mens legislatoris*), mas pela **ratio legis** e pela **occasio legis**, delimitadoras de uma *teleologia objetiva* motivadora de sua criação, a saber, superar a jurisprudência anterior do STF para proibir a prisão por culpa antes do trânsito em julgado.

¹¹ Cf. voto do Min. Celso de Mello no HC 152.752/PR, p. 14.

VECCHIATTI SOCIEDADE DE ADVOGADOS

Nesse sentido, a doutrina do **Ministro Roberto Barroso**¹²:

A interpretação histórica cuida, como se assinalou, da **occasio legis**, isto é, da circunstância histórica que gerou o nascimento da lei e que constitui sua finalidade imediata. É certo, todavia, que a modificação de tais circunstâncias ou mesmo a sua cessão não exercem qualquer influência sobre o valor jurídico da norma. Daí a necessidade de se trabalhar um outro conceito – o de **ratio legis** –, que constitui o fundamento racional da norma e redefine ao longo do tempo a finalidade nela contida. A **ratio legis** é uma ‘força vivente móvel’ que anima a disposição e a acompanha em toda a sua vida e desenvolvimento. A finalidade de uma norma, portanto, não é perene, e pode evoluir sem modificação de seu texto. [...] A Constituição e as leis, portanto, visam acudir certas necessidades e devem ser interpretadas no sentido que melhor atenda à finalidade para a qual foi criada. **(grifos nossos)**

Embora se defenda o critério da interpretação objetiva (“a lei é mais sábia que o legislador”) e que a *mens legislatoris* não pode ser o limite máximo da interpretação jurídica, também se entende que não se podem desconsiderar as razões fáticas de surgimento da lei (*occasio legis*). A própria “vontade do legislador” pode ser utilizada, desde que com a diferenciação dworkiana entre “conceito” e “concepção”, adotando-se o “conceito” que visou defender, ainda que não se vinculando à “concepção (específica)” que o Legislativo teve sobre o tema. Entende-se, com **José Emílio Medauar Ommati**¹³, que deve-se fazer uma *fusão de horizontes* entre a chamada “vontade do legislador” e o intérprete, para, assim, valorizar-se o *conceito* que o Legislativo quis proteger (no caso, a *família conjugal*), sem ficar o Judiciário ficar engessado na *concepção* que o Legislativo teve daquele conceito.

Como se vê, **trata-se, o art. 283 do CPP, de dispositivo que foi criado para o fim de impedir a prisão antes do trânsito em julgado do processo penal. Essa a sua occasio legis e a sua ratio legis. Data maxima venia, não há outra interpretação possível.** Ao passo que a tentativa do **Ministro Roberto Barroso** de enquadrar esse tema como hipótese *cautelar* de prisão para garantia da ordem pública acaba, com todas as *venias*, violando o espírito *cautelar* da referida norma, transformando-a em verdadeira *antecipação de tutela penal*, de sorte a ignorar a diferença entre uma “prisão cautelar” e uma “prisão definitiva”. Logo, essa inteligente e astuta tentativa subsidiária de Sua Excelência não pode

¹² BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**, São Paulo: Ed. Saraiva, 2006, p. 139.

¹³ OMMATI, José Emílio Medauar. *Teoria da Constituição*, 7ª Ed., Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2018, pp. 92-94. No original: “A tese de que a essência da tradição é caracterizada por sua dimensão linguística (sua ‘linguisticidade’) tem, para Gadamer, consequências hermenêuticas. [...] Tradição quer dizer entrega, transmissão. Algo nos é transmitido, é dito a nós no mito, nos costumes, nos textos, portanto, sobretudo na forma da tradição escrita, cujos sinais são destinados a qualquer um que tenha capacidade de compreender. [...] Essa relação do intérprete com o texto é circular, semelhante a um jogo, em que de um lado temos o texto e todo o sentido que a tradição nos legou desse texto, e de outro, temos o(s) leitor(es), com seus preconceitos, suas histórias de vida, a testar essa tradição a partir de sua vivência. [...] É verdade que o jurista sempre tem em mente a lei em si mesma. Mas seu conteúdo normativo tem que ser determinado com respeito ao caso ao qual se trata de aplica-la. E para determinar com exatidão esse conteúdo não se pode prescindir de um conhecimento histórico do sentido originário, e só por isso o intérprete jurídico tem que vincular o valor posicional histórico que convém a uma lei, em virtude do ato legislador. Não obstante, *não pode sujeitar-se a que, por exemplo, os protocolos parlamentares lhe ensinariam com respeito à intenção dos que elaboraram a lei.* Pelo contrário, está obrigado a admitir que as circunstâncias foram sendo mudadas e que, por conseguinte, tem que determinar de novo a função normativa da lei”.

VECCHIATTI SOCIEDADE DE ADVOGADOS

ser aceita, visto que viola a *natureza jurídica de cautelaridade* da hipótese de prisão cautelar por ele citada.

Tudo isso sem falar no **curioso fato** que a Ilustre Maioria do STF tem entendido que sem trânsito em julgado o acusado não pode ser inscrito no rol de culpados (cf. HC 82.812/PR e HC 80.174/SP e 80.535/SC *apud* voto do Min. Celso de Mello no HC 152.752/PR), mas entende que pode ser tratado como culpado, por sua prisão decorrente de juízo de culpa por fato típico e antijurídico!

Logo, com todas as *venias* à atual (e sempre Ilustre) Maioria do STF, também por esses motivos, simplesmente impossível “interpretar” o art. 283 do CPP no sentido diametralmente oposto ao que ele, em sua literalidade, mas também em seu espírito, efetivamente diz.

1.4. TRATADOS INTERNACIONAIS: irrelevância de falarem apenas em condenação de segundo grau. Dispositivo convencional e doutrina internacionalista: princípio in dubio pro dignitate – nada nos tratados pode ser interpretado como restringindo direitos melhor garantidos pela legislação interna do país (hierarquia material, pro dignitate, não formal).

As referências dos Ministros Alexandre de Moraes, Roberto Barroso, Gilmar Mendes e Luiz Fux a tratados internacionais de direitos humanos desconsideraram tanto a **natureza jurídica** dos referidos tratados, bem explicada por farta doutrina e jurisprudência internacionalistas, quanto **dispositivo constitucional expresso** que ratifica tal natureza jurídica.

Com efeito, é assente que os tratados internacionais de direitos humanos visam *melhor proteger* cidadãos e cidadãos dos países, garantindo um *plus* relativamente à proteção conferida pelas legislações internas dos países membros. Por isso, **nada nos tratados internacionais de direitos humanos pode ser interpretado de forma a restringir direitos melhor garantidos pela legislação interna dos países membros** – é a consequência natural do **princípio in dubio pro dignitate** (para alguns, *in dubio pro homine*), pelo qual aplica-se a norma mais protetiva aos direitos humanos.

Daí que **não há “hierarquia formal” entre tratados de direitos humanos e legislação interna, mas uma hierarquia material, pautada na aplicação da norma mais protetiva aos direitos humanos**. Esse o conteúdo jurídico do *princípio in dubio pro dignitate* – entre Direito Interno e tratados internacionais de direitos humanos, prevalecerá aquele que melhor garantir o direito no caso concreto, donde em alguns casos pode ser o tratado, em outros pode ser o Direito Interno.

É o expressamente afirmado pelo **art. 29, “b” da Convenção Americana de Direitos Humanos**, segundo o qual:

Artigo 29. Normas de interpretação
Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de: [...] b. limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados Partes ou

VECCHIATTI SOCIEDADE DE ADVOGADOS

de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados.
(grifos nossos)

É, também, o magistério da **doutrina internacionalista**, bem citada pelo voto do **Ministro Celso de Mello** no HC 152.752/PR:

Cabe observar, no entanto, mesmo que se acolha a relação de paridade entre os tratados que venho de referir e a própria Lei Fundamental brasileira, e sempre que se registrar colisão entre convenções internacionais de direitos humanos, de um lado, e o direito interno dos Estados nacionais, de outro, que se torna essencial viabilizar o diálogo entre as fontes internacionais e aquelas de origem doméstica, em ordem a superar eventuais situações de conflito na interpretação e aplicabilidade das cláusulas fundadas em qualquer daqueles ordenamentos normativos, notadamente quando os estatutos em confronto – tanto aqueles de direito internacional público quanto os de direito interno – referirem-se ao tema sensível dos direitos da pessoa humana. **Não se pode desconhecer, bem por isso, em ocorrendo eventual situação de antinomia, que, em tema de interpretação de tratados ou convenções internacionais de direitos humanos, há de prevalecer, sempre, a cláusula mais favorável, tal como ressalta o magistério doutrinário (VALERIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI, “Curso de Direito Internacional Público”, p. 302/303, item n. 15, 4, e, 9ª ed., 2015, RT; ANDRÉ DE CARVALHO RAMOS, “Responsabilidade Internacional por Violação de Direitos Humanos”, p. 146/149, item n. 3, e, 2004, Renovar; ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE, “Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos”, vol. I/434-436, itens ns. 55/59, 1997, Fabris) e acentua a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (HC 90.983/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO – HC 91.361/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO – RMS 32.752-AgR/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.): “HERMENÊUTICA E DIREITOS HUMANOS: A NORMA MAIS FAVORÁVEL COMO CRITÉRIO QUE DEVE REGER A INTERPRETAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO** – Os magistrados e Tribunais, no exercício de sua atividade interpretativa, especialmente no âmbito dos tratados internacionais de direitos humanos, devem observar um **princípio hermenêutico básico (tal como aquele proclamado no Artigo 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos)**, consistente em atribuir *primazia à norma que se revele mais favorável à pessoa humana*, em ordem a dispensar-lhe a mais ampla proteção jurídica. – O Poder Judiciário, nesse processo hermenêutico que prestigia o critério da norma mais favorável (**que tanto pode ser aquela prevista no tratado internacional como a que se acha positivada no próprio direito interno do Estado**), deverá extrair a máxima eficácia das declarações internacionais e das proclamações constitucionais de direitos, como forma de viabilizar o acesso dos indivíduos e dos grupos sociais, notadamente os mais vulneráveis, a sistemas institucionalizados de proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana, sob pena de a liberdade, a tolerância e o respeito à alteridade humana tornarem-se palavras vãs. – Aplicação, ao caso, do Artigo 7º, n. 7, c/c o Artigo 29, ambos da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica): um caso típico de primazia da regra mais favorável à proteção efetiva do ser humano.” (HC 90.450/MG, Rel. Min. CELSO DE MELLO)” Não constitui demasia lembrar, de outro lado, Senhora Presidente, que o Supremo Tribunal Federal, no caso ora em exame, está a analisar e a interpretar uma cláusula fundamental da Constituição do Brasil, cujo texto, ao referir-se ao postulado do estado de inocência, exige e impõe o requisito adicional do trânsito em julgado, cuja previsão – ausente nas convenções internacionais de direitos humanos acima referidas – confere, na perspectiva do direito interno brasileiro, maior intensidade à proteção jurídica fundada no reconhecimento da presunção de inocência, o que torna plenamente invocável, na espécie, o critério da norma mais favorável, que é aquela inscrita no inciso LVII do

VECCHIATTI SOCIEDADE DE ADVOGADOS

art. 5º de nossa Carta Política, que faz cessar a presunção de não culpabilidade – insista-se – somente após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”. (g.n)

1.5. A QUESTÃO DO “NÚCLEO ESSENCIAL” DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA, COMO CONSTITUCIONALMENTE POSITIVADA. Proibição constitucional de “considerar culpado”: seu intuito primordial (sua OCCASIO LEGIS) foi a proibição da prisão por culpa antes do trânsito em julgado. Interpretações restritivas (“reduções teleológicas”) não podem afastar a incidência da norma precisamente para os casos em que foi criada (segundo interpretação objetiva, pela *occasio legis*, não segundo a “vontade [subjéctiva] do legislador”.

Muito se falou sobre a prisão em segunda instância não ser “arbitrária” e não violar o “núcleo essencial” da presunção de inocência. Sobre não ser arbitrária por ser um juízo de condenação por Tribunal de Segunda Instância, a questão é que temos proibição legal e constitucional que proíbe tal prisão, como exposto supra. Assim, resta analisar a **questão do “núcleo essencial”**.

Como reconhece o próprio **Ministro Fux**, a proibição de prisão por culpa antes do trânsito em julgado é o que *mais se aproxima* do intuito do Constituinte de 1987/88. Na verdade, foi precisamente aquilo que se quis proibir com o art. 5º, LVII, da CF/88. Contudo, Sua Excelência, no **HC 152.752/SP**, propôs uma **redução teleológica** de dita *regra* constitucional, para que a proibição constitucional de *considerar culpado* incida apenas para exigir a distribuição do ônus da prova para o Ministério Público, a proibição de tratamentos cruéis e degradantes à pessoa acusada, que o silêncio deste não seja interpretado em seu prejuízo e que não possa ser presa até condenação em segunda instância.

Não se discute que, *filosoficamente considerada*, a presunção de inocência seja mesmo mais um juízo de distribuição de ônus probatório, para que este recaia somente sobre a acusação, e que seja necessário haver condenação judicial que encerre o juízo fático-probatório para que uma pessoa seja “considerada culpada”. **Ocorre que, em termos de texto normativo positivado e interpretação histórica, o art. 5º, LVII, da CF/88 foi criado logo após uma era de notórios abusos por parte do Estado Brasileiro (um verdadeiro “Estado Policial”, extremamente punitivista e despótico) durante a Ditadura Militar, que promovia prisões absolutamente indevidas. Então, a proibição constitucional, à toda evidência, considerados estes fatos concretos que geraram sua criação (sua OCCASIO LEGIS), visaram proibir a PRISÃO antes do trânsito em julgado. Pois prender por juízo de culpa sobre fato típico e antijurídico, obviamente, implica em considerar alguém culpado.** O núcleo essencial relativo à *proibição de prisões arbitrárias*, portanto, se refere ao dispositivo constitucional que exige ordem judicial fundamentada para a prisão (art. 5º, LXI), não ao que proíbe alguém de ser considerado culpado antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória (art. 5º, LVII).

Contra isso, o Ministro Fux (no HC 152.752/PR) alega que “os tempos são outros” e que não seria mais necessário aguardar o trânsito em julgado para que a prisão possa ser efetivada. Ocorre que, com todas as *venias*, isso é um **argumento de política, não de princípio (cf. Dworkin), ou seja, é um juízo**

VECCHIATTI SOCIEDADE DE ADVOGADOS

político, não jurídico. O qual poderia perfeitamente ser considerado na discussão de eventual proposta de emenda constitucional que vise alterar a regra do art. 5º, LVII, da CF/88, *caso admitida a polêmica tese de restringibilidade de cláusulas pétreas, desde que não violado seu núcleo essencial.* Mas não estamos nesse contexto político-parlamentar. Estamos em sede de **interpretação constitucional do que significa a expressão “considerar culpado”, não da presunção de inocência em sentido amplo.** Nesse sentido, em razão das prisões arbitrárias que se tinha na época da Ditadura Militar, **quis-se proibir a prisão antes do trânsito em julgado, como garantia de máxima certeza possível de inexistência de decisões arbitrárias, exigindo-se o trânsito em julgado.**

Então, o núcleo essencial da proibição de considerar culpado está, na verdade, na proibição de prisão por culpa antes do trânsito em julgado. O que eventuais interpretações restritivas (reduções teleológicas) poderiam propor seria que os **demais efeitos da condenação** pudessem ser praticados, desde que não vinculados à privação da liberdade, visto que **a não-privação de liberdade por juízo de culpa antes do trânsito em julgado é o que se configura como o núcleo essencial** da proibição constitucional de se *considerar culpado antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória.* Note-se que o voto do Ministro Fux no HC 152.752/SP aduz que os “demais efeitos da condenação” têm que esperar o trânsito em julgado, ou seja, fez uma **inversão de valores**, pois permitiu que o **efeito principal da condenação, que é a prisão por juízo de culpa sobre fato típico e antijurídico**, seja “antecipado”, mas os **efeitos secundários da condenação** tenham que esperar o trânsito em julgado. Algo, *data venia*, incompreensível e incoerente com a hierarquia de valores a ser aplicada ao caso. Entende-se aqui que a **redução teleológica** que Sua Excelência propôs poderia ser aplicada para os *efeitos secundários* da condenação, não ao efeito *principal* dela, que é a prisão por culpa de fato típico e antijurídico. Ou seja, poder-se-ia elucubrar o cabimento da redução teleológica, proposta pelo Min. Fux, para os efeitos secundários da condenação, tema que fica aqui em aberto, mas jamais para o efeito principal da condenação, porque, *data venia*, **não parece lógico que se retire do âmbito de proteção da norma jurídica justamente a principal hipótese de aplicação que sua *occasio legis* e sua *ratio legis* demandam.** Essa a questão.

Lembre-se, ainda, com o **Ministro Celso de Mello**, que *“Eventual inefetividade da jurisdição penal ou do sistema punitivo motivada pela prodigalização de meios recursais, culminando por gerar no meio social a sensação de impunidade, não pode ser atribuída ao reconhecimento constitucional do direito fundamental de ser presumido inocente, pois não é essa prerrogativa básica que frustra o sentimento de justiça dos cidadãos ou que provoca qualquer crise de funcionalidade do aparelho judiciário”* (HC 152.752/PR). Inadmissível que a ineficiência estatal gere a prisão da pessoa acusada.

1.6. DIFERENÇAS COM A DECISÃO SOBRE A UNIÃO HOMOAFETIVA (ADPF 132/ADI 4277): inexistência de proibição constitucional + garantia de direitos (união homoafetiva) x proibição taxativa constitucional e/ou legal + restrição de direitos. Restrições de direitos se interpretam de maneira estrita e máxima efetividade dos direitos fundamentais (máximas hermenêuticas). DIFERENÇAS COM A DECISÃO SOBRE O ABORTO: o núcleo essencial (vida viável) + garantia de direitos a um grupos vulneráveis (mulheres cisgênero e

homens trans). **DIFERENÇA COM O RECONHECIMENTO DA HOMOTRANSFOBIA COMO RACISMO (ADO 26/MI 4733)**: neste caso, temos *interpretação literal* dos conceitos de raça e racismo (crime, já positivado, de discriminação por raça), na sua acepção político-social (cf. STF, HC n.º 82.424/RS), no contexto da existência de imposição constitucional legiferante que exige a punição criminal da homotransfobia, algo que não existe no tema da prisão após condenação em segunda instância, a qual visa, ainda, *superar a literalidade* do dispositivo constitucional respectivo.

Cabe, aqui, uma explicação relevante, pelo menos para que o signatário não seja (indevidamente) acusado de conveniente incoerência com posição doutrinária e atuação profissional. **Há uma diferença jurídica transcendental entre o que aqui se decidiu e a decisão do Supremo sobre a união homoafetiva (ADPF 132/ADI 4277)**. Com efeito:

(i) enquanto **no caso da união estável**, nem o art. 226, §3º, da CF/88 nem o art. 1.723 do CC/02 *não há proibição* ao reconhecimento da união entre pessoas do mesmo gênero como entidade familiar (o mesmo valendo para o casamento civil, cf. art. 226, §5º, e art. 1.514 do CC/02), já **no caso da presunção de inocência**, temos proibição constitucional e(ou) legal a considerar culpado (logo, a prender por condenação decorrente de juízo de culpa) e, conseqüentemente, a prender alguém (como diz textualmente o art. 283 do CPP) *antes do trânsito em julgado* de sentença penal condenatória (com as exceções das prisões cautelares/preventivas e flagrante delito, claro). Ou seja, **enquanto no caso da união homoafetiva temos uma lacuna constitucional e legal, no caso da presunção de inocência temos uma proibição constitucional e(ou) legal taxativa(s)**;

(ii) enquanto **no caso da união homoafetiva**, temos um caso de ***garantia de direitos***, sendo que desde sempre na hermenêutica jurídica se permitiu ao Judiciário garantir direitos para além da *letra fria da lei* (para além da literalidade do texto normativo), **no caso da presunção de inocência** temos uma decisão que visa ***restringir direitos, e por prisão***, sendo que é dogma hermenêutico que *restrições de direitos se interpretam de maneira estrita (para alguns, de maneira restritiva)*. E isso por uma razão histórico-teleológica: com o *surgimento do Estado Moderno*, o Legislativo surgiu para limitar a intervenção de *Reis Absolutistas (déspotas)* na vida e patrimônio dos cidadãos (então “súditos”). Daí o surgimento do princípio da legalidade estrita, não só no Direito Penal, mas também Administrativo, para somente admitir que a Administração Pública aja somente por expressa autorização legal (do Parlamento, representando o Povo), *com o intuito de impedir intervenções indevidas na vida e patrimônio da população*, algo muito comum na época. **Daí justificar-se a proibição de restrição de direitos por analogia e permitir-se a extensão de direitos por analogia**: para restrição de direitos, o princípio democrático exige que o povo expressamente tenha concordado com a restrição de direitos em questão, preferencialmente por lei expressa ou, no mínimo, como acredita o signatário, por imposição constitucional que demande a criação de lei (de sorte que sua não criação ensejaria omissão inconstitucional passível de suprimimento pelo Judiciário, qualquer que seja a natureza da lei em questão, algo, todavia, não aplicável neste caso). **Por outro lado**,

VECCHIATTI SOCIEDADE DE ADVOGADOS

para ampliação de direitos, como prejuízo nenhum há à população por isso, nada impede que isso seja feito para além da *letra fria da lei* (da literalidade normativa).

No caso da decisão que permitiu o **aborto** durante o primeiro trimestre (HC 124.306/RJ), entende-se que o ***distinguishing*** reside na questão do **núcleo essencial**: embora em ambos os casos (presunção de inocência x aborto no primeiro trimestre), realize-se uma *interpretação restritiva* em texto normativo, o fato é que o *critério da atividade cerebral* como definidor da existência de vida humana (é, afinal, o critério para a constatação da morte, cf. art. 3º da Lei Federal n.º 9.434/97) permite concluir que o *núcleo essencial* do direito à vida encontra-se na existência de atividade cerebral da pessoa, enquanto o *núcleo essencial* do art. 5º, LVII, da CF/88 consiste na proibição de se *prender por culpa antes do trânsito em julgado*, como sua *occasio legis* e sua *ratio legis* (cf. supra) deixam evidente (além de sua própria literalidade). Daí entender-se como legítima a interpretação restritiva do crime de aborto, pela técnica da *declaração de nulidade sem redução de texto*, para permitir o direito fundamental ao aborto ao longo do primeiro trimestre da gravidez (lembrando que, por outro critério, a Suprema Corte dos EUA o permite até que haja *viabilidade de vida extrauterina autônoma* relativamente à mãe), mas se entende como inválida uma interpretação restritiva do art. 5º, LVII, da CF/88 e do art. 283 do CPP para permitir a prisão por culpa (decorrente de condenação em segunda instância) antes do trânsito em julgado: naquele caso, não há violação do núcleo essencial do instituto jurídico em questão, a qual existe aqui.

Sem falar que, uma vez mais, temos, no caso do aborto, uma decisão de **garantia de direitos** e que visa, ademais, **proteger grupos vulneráveis** – mulheres, especialmente mulheres pobres, geralmente negras (o mesmo se diga relativamente a *homens trans*), que sofrem a *discriminação indireta* (o efeito *discriminatório*) da criminalização do aborto, como é notório e já foi inclusive explicado, ao STF, na Audiência Pública da ADPF 442 (Relatora Ministra Rosa Weber).

Já no caso do julgamento acerca da **criminalização da homotransfobia, para que seja interpretada como crime de racismo**, neste caso, temos **interpretação literal** dos conceitos de raça e racismo e, conseqüentemente, do crime de discriminação por raça (art. 20 da Lei n.º 7.716/89), na sua acepção político-social, no contexto da existência de imposição constitucional legiferante que exige a punição criminal da homotransfobia, algo que não existe no tema da prisão após condenação em segunda instância, a qual visa, ainda, *superar a literalidade* do dispositivo constitucional respectivo. Logo, enquanto no pleito da criminalização da homotransfobia se respeita o **limite do teor literal (Roxin) e da moldura normativa (Kelsen)**, na interpretação defendida, no tema da prisão após condenação de segunda instância (ou do STJ) supera-se a literalidade constitucional e legal (ainda que mediante “redução teleológica”, propugnada pelo Min. Fux), nos termos amplamente expostos acima.

Ao passo que mesmo a tese mais ousada daquelas ações (ADO 26/MI 4733), de “função legislativa atípica” do STF no cumprimento de ordens constitucionais de legislar descumpridas pelo Legislativo (*tese rejeitada pelos votos já proferidos pelo STF, na medida em que, como visto, reconhecer a homotransfobia como racismo não implica em “legislar”, nem ainda em “analogia in malam partem”,*

VECCHIATTI SOCIEDADE DE ADVOGADOS

*mas apenas em interpretar os conceitos legais de raça e racismo na acepção político-social já afirmada, em famoso precedente, pelo próprio STF), o pressuposto da referida tese inexistente aqui, a saber, uma imposição constitucional legiferante ou, em suma, qualquer obrigação constitucional de se determinar a prisão após condenação de segunda instância (ou perante o STJ), de sorte que, também aqui, não há que se falar em circunstâncias semelhantes no essencial a vincular as decisões, em suas *ratione decidendi* (ao contrário, nos três casos, o *distinguishing* se impõe).*

Estão acima expostas as teses pelas quais se requer o **overruling** das decisões do STF no HC n.º 126.292/SP, nas medidas cautelares das ADCs n.º 43 e 44 (além da cassação da liminar da ADC n.º 54), no ARE n.º 964.246 e no HC n.º 152.752/PR. *Ou, subsidiariamente, pelo menos a tese de se aguardar decisão colegiada do Superior Tribunal de Justiça, a qual também se considera inconstitucional e ilegal, porque também permite prisão por culpa antes do trânsito em julgado, mas é, pelo menos, menos inconstitucional que a prisão após condenação de segunda instância, visto que mais próxima do momento constitucionalmente imposto para tanto, a saber, o trânsito em julgado.*

1.7. LACUNAS E CONTRADIÇÕES DOS VOTOS DA MAIORIA DO STF.

Como visto acima, **ninguém da maioria do STF explicou** como não se está “considerando culpado” quem admite a “prisão por culpa”, que é a prisão decorrente de condenação judicial de segunda instância, que faz *juízo de culpabilidade sobre fato típico e antijurídico*. Essa a **grande lacuna** da fundamentação da Douta Maioria (especialmente os Ministros Roberto Barroso e Luiz Fux, os grandes entusiastas dessa diferença entre “considerar culpado” e “prisão [por culpa]”). Sem falar em **outra lacuna**, relativa à ausência de enfrentamento do art. 29, “b”, da Convenção Americana de Direitos Humanos, e da doutrina internacionalista citada pelo Ministro Celso de Mello no seu voto no HC 152.752/PR, no sentido de que nada em tratados de direitos humanos pode ser interpretado como restringindo direitos melhor garantidos pelo ordenamento jurídico interno, com base no princípio *in dubio pro dignitate*. Para fazer uma analogia ao belo argumento do Ministro Roberto Barroso sobre a correta interpretação do art. 226, §3º, da CF/88, relativamente à união estável homoafetiva, *não se pode interpretar um dispositivo de natureza emancipatória, visando melhor proteger os direitos humanos, de forma a restringir os direitos humanos melhor garantidos pelo ordenamento jurídico interno do país* (donde equivocada a menção a tratados internacionais de direitos humanos pelos Ministros Roberto Barroso, Luiz Fux e Alexandre de Moraes). Essas são verdadeiras **omissões** dos votos da Ilustrada Maioria até o momento, que ensejarão interposição de *embargos de declaração* caso não enfrentadas neste momento, especialmente à luz do disposto no art. 489, §1º, IV, do CPC/2015, por se tratarem de fundamentos aptos a infirmar a decisão que devem, portanto, ser expressamente enfrentados.

Ademais, voto do **Ministro Teori Zavascki** no HC 126.292/SP, citado pelo **Ministro Fux** e pela **Ministra Cármen Lúcia** no HC 152.752/PR, reconhece que “A eventual **condenação representa, por certo, um juízo de culpabilidade**, que deve decorrer da logicidade extraída dos elementos de prova

VECCHIATTI SOCIEDADE DE ADVOGADOS

*produzidos em regime de contraditório no curso da ação penal” (HC 126.292/SP, g.n)”, mas, de maneira incrível, não reconhecem que esse juízo de condenação e culpabilidade implica, necessariamente, em considerar culpada a pessoa acusada, e o art.5º, LVII, proíbe considerar alguém culpado(a) antes do trânsito em julgado, a saber, o fim do processo (ou a parte da condenação não objeto de recurso). Essa a principal **contradição** da posição da Ilustrada Maioria, sem falar na **contradição** de se invocar o precedente relativo à Lei da Ficha Limpa para justificar a prisão após condenação de segunda instância, quando o voto-desempate do Ministro Fux ali atestou que a exigência da *regra* do art. 5º, LVII, da CF/88 deve ser interpretado como exigindo o trânsito em julgado para fins penais, não se realizando interpretação extensiva para outros ramos do Direito, de sorte a não se aplicar ao tema das inelegibilidades – contradições estas que também ensejarão a interposição de embargos declaratórios, por força do disposto no art. 489, §1º, IV, do CPC/2015, caso não sanada na fundamentação do acórdão desta nova ação.*

Obviamente, esta ação não se presta à função de “embargos de declaração via novo processo”, mas é fato que um debate sério e honesto sobre o tema não pode desconsiderar os fundamentos já apresentados pela Ilustrada Maioria, donde este patrono, em homenagem a ela, fez esta ação considerando e enfrentando expressamente tais fundamentos.

Sobre este segundo tema (contradição), para fazer justiça a Sua Excelência, o Ministro Fux foi o único que tentou afastá-la (embora apenas no HC 152.752/PR). Com efeito, também afirmando que a Constituição não teria proibido a *prisão* antes do trânsito em julgado, mas apenas proibido *considerar culpado* até esse momento, o Ministro Fux foi **o único que reconheceu aquilo que o STF fez**, a saber, uma **redução teleológica** do conteúdo jurídico da *regra* do art. 5º, LVII, para reduzir a abrangência que ele obviamente tem. Tanto que Sua Excelência reconhece que a proibição de prisão não-cautelar antes do trânsito em julgado é o que *mais se aproxima* daquilo que foi pretendido pela Constituinte de 1987/88. Mas, como se explicará a seguir (após as transcrições infra e o argumento que as antecede), **a questão é que uma redução teleológica só pode ser feita em tema que não viole o núcleo essencial do texto normativo em questão e a prisão por culpa obviamente se inclui no núcleo essencial do dispositivo constitucional que proíbe considerar alguém culpado antes do trânsito em julgado do processo.**

Primeiramente (antes de entrar na questão da redução teleológica), reitere-se que, embora fazendo a (correta) distinção entre texto normativo e norma jurídica, bem como afirmando (supostamente) existir *controvérsia* sobre o que significaria “considerar culpado” (controvérsia esta que se desconhece, fora do STF), **em nenhum momento o Ministro Fux afirmou o que significaria “considerar culpado”, bem como não disse como se pode dizer que não se estaria considerando culpado quem admite a prisão por culpa, por juízo condenatório.**

Com efeito, reitere-se, como o próprio Ministro Fux reconhece, ao ratificar voto do Ministro Teori Zavascki no HC n.º 126.292, “a eventual condenação representa, por certo, um juízo de culpabilidade”, logo,

VECCHIATTI SOCIEDADE DE ADVOGADOS

reconhece que a prisão por condenação de segunda instância significa, inequivocamente, um juízo de considerar culpado, algo que a Constituição proíbe que ocorra antes do trânsito em julgado!

Vejamos trechos do voto do Ministro Fux sobre o tema – HC 152.752/PR¹⁴:

“o **juízo condenatório**, emitido pela autoridade judiciária competente, constitui o **fundamento máximo para a decretação da prisão** no ordenamento jurídico de um Estado Democrático de Direito, com muito maior razão do que a prisão para fins meramente securitários” (Min. Fux, p. 15)

“O postulado constitucional da não-culpabilidade do réu **impede que se lance o nome do acusado no rol dos culpados**, enquanto não houver transitado em julgado a condenação penal contra ele proferida. Esse princípio, contudo, não constitui obstáculo jurídico a que se efetive, desde logo, a prisão do condenado [...]” (Ementa de STF, HC 72.610, p. 21)

“**A eventual condenação representa, por certo, um juízo de culpabilidade**, que deve decorrer da logicidade extraída dos elementos de prova produzidos em regime de contraditório no curso da ação penal” (trecho de voto do Ministro Teori Zavascki, no HC 126.292, p. 26)

“Nessas circunstâncias, tendo havido, **em segundo grau, um juízo de incriminação do acusado**, fundado em fatos e provas insuscetíveis de reexame pela instância extraordinária, parece inteiramente justificável a relativização e até mesmo a própria inversão, para o caso concreto, do princípio da presunção de inocência até então observado” (trecho do voto do Min. Teori Zavascki, no HC 126.292, p. 27)

“**Esgotadas as instâncias ordinárias com a condenação à pena privativa de liberdade não substituída, tem-se uma declaração, com considerável força de que o réu é culpado e a sua prisão necessária**” (transcrição da doutrina do Ministro Gilmar Mendes, p. 28)

“Realmente, a execução da pena na pendência de recursos de natureza extraordinária não compromete o **núcleo essencial do pressuposto da não-culpabilidade**, na medida em que o acusado foi tratado como inocente no curso de todo o processo ordinário criminal, observados os direitos e as garantias a ele inerentes, bem como respeitadas as regras probatórias e o modelo acusatório atual. Não é incompatível com a garantia constitucional autorizar, a partir daí, ainda que cabíveis ou pendentes de julgamento de recursos extraordinários, **a produção dos efeitos próprios da responsabilização criminal reconhecida pelas instâncias ordinárias**” (voto do Ministro Teori Zavascki, pp. 28-29).

“Afinal, os julgamentos realizados pelos **Tribunais Superiores não se vocacionam a permear a discussão acerca da culpa**, e, por isso, apenas excepcionalmente teriam, sob o aspecto fático, aptidão para modificar a situação do sentenciado” (voto do Ministro Teori Zavascki, p. 33)

“Deveras, é importante considerar que o princípio da presunção de inocência – ou de não culpabilidade – tem como raiz histórica a superação dos abusos do processo inquisitorial, no qual era o acusado quem deveria provar sua inocência” (p. 41).

“Obviamente, o Supremo Tribunal Federal não pode renunciar à sua condição de **instância contramajoritária** de proteção dos direitos fundamentais e do regime democrático. No entanto, a própria **legitimidade democrática da Constituição e da jurisdição constitucional** depende, em alguma medida, de sua **responsividade à opinião popular**. POST e SIEGEL, debruçados sobre a experiência dos EUA – mas

¹⁴ Cf. <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/hc152752LF.pdf>>

VECCHIATTI SOCIEDADE DE ADVOGADOS

tecendo considerações aplicáveis à realidade brasileira –, sugerem a adesão a um constitucionalismo democrático, em que a Corte Constitucional esteja atenta à divergência e à contestação que exsurtem do contexto social quanto às suas decisões. Se a Suprema Corte é o último player nas sucessivas rodadas de interpretação da Constituição pelos diversos integrantes de uma sociedade aberta de intérpretes (cf. HÄBERLE), é certo que tem o privilégio de, observando os movimentos realizados pelos demais, poder ponderar as diversas razões antes expostas para, ao final, proferir sua decisão. Assim, **não cabe a este Tribunal desconsiderar a existência de um descompasso entre a sua jurisprudência e a hoje fortíssima opinião popular a respeito do tema.** A toda evidência, não se está a defender uma obediência ou submissão irracional às demandas populares ou midiáticas. **O que se propõe é um movimento da Corte em direção a compreensões juridicamente fundamentadas na Constituição,** voltadas à concretização do que PABLO LUCAS VERDÚ chamara de **sentimento constitucional**, de maneira a **fortalecer a própria legitimidade democrática do constitucionalismo.** A necessidade de que a sociedade civil se identifique na sua Constituição deve orientar também as decisões do Supremo Tribunal Federal, em especial quando se tem em mente que a Lei fundante de nossa República é, sem dúvida, produto de uma Assembleia Constituinte qualificada, mas que não foi escolhida pelos eleitores especificamente para o fim de elaborá-la, demandando a construção permanente deste diálogo com a sociedade” (p. 43-44)

“O que ora se sustenta é uma **redução teleológica**, mas, que, na verdade, só reaproxima o enunciado normativo da sua própria origem história, da qual se distanciou em demasia. Como ensina KARL LARENZ (Metodologia da Ciência do Direito. Trad. José Lamego. 4. edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p. 556), a redução teleológica pode ser exigida “pelo escopo, sempre que seja prevalecente, de outra norma que de outro modo não seria atingida”. **Ora, é exatamente disso que se cuida na espécie:** a previsão, no art. 5º, LIV e LXI – portanto, de mesma hierarquia do art. 5º, LVII – que veicula permissivos para a prisão, anteriormente ao trânsito em julgado da condenação, mediante aplicação do devido processo legal, e sempre por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente. Destarte, deve-se reconduzir a presunção de inocência aos efeitos próprios de regra de tratamento do acusado durante o processo, de modo que, sem danos à presunção de inocência, seja preservada a possibilidade de execução da pena, uma vez esgotados os recursos voltados à discussão da prova” (p. 45).

Ora, como se vê, o Ministro Fux reconhece que a condenação em segunda instância é um “juízo de culpabilidade”, que a “decretação da prisão” é o fundamento máximo do juízo condenatório e, ainda, um dos efeitos próprios da responsabilização criminal, que o juízo condenatório de segundo grau implica em “juízo de incriminação do acusado”, que a condenação de segundo grau deveria ensejar a prisão automática porque os Tribunais Superiores não fazem “discussão sobre a culpa” [logo, sobre considerar culpado], que a condenação em segundo grau é uma declaração de que o réu é culpado.

Por honestidade intelectual, até pelos trechos supra transcritos, deixe-se claro que se entende aquilo que o Ministro Fux pretendeu fazer. Ao elencar o que entende por *núcleo essencial* da garantia fundamental da presunção de inocência, Sua Excelência quis dizer que poderia realizar uma **redução teleológica** da regra da presunção de inocência para permitir a prisão em segunda instância. Sobre o tema, se estivéssemos em situação que admitisse duas ou mais interpretações possíveis, a interpretação proposta pelo Ministro Fux e a atual maioria do STF seria juridicamente defensável. **Ocorre que, à luz da própria doutrina de Konrad Hesse, citada em parte pelo Ministro Fux, não se pode atribuir a um texto normativo uma interpretação que contraria seus**

limites semânticos, ainda que a pretexto de *adequar o texto constitucional à realidade social*. Nesse caso, só uma emenda constitucional, diz Hesse, poderia melhor adequar determinado dispositivo constitucional ao *espírito da Constituição*¹⁵, o que também vale relativamente ao *sentimento constitucional* a que faz referência Verdú, também citado pelo Ministro. No mesmo sentido, não se pode sacrificar os limites semânticos de um texto normativo “isolado” para *melhor* atingir a finalidade sistêmica da Constituição (interpretação sistemática supõe interpretação juridicamente possível, o que não ocorre quando se sacrificam os limites semânticos do texto normativo ou, em reduções teleológicas, seu núcleo essencial). Mas, como visto, o próprio Ministro Fux, ao citar trecho do voto do Ministro Teori Zavascki, reconhece que a prisão por condenação de segundo grau implica em “considerar culpado” o acusado (cf. supra), que é precisamente o que proíbe, taxativamente, o citado dispositivo constitucional.

Esse debate talvez seja infrutífero, pela clara convicção do Ministro Fux aqui contestada. Mas essa discussão não se aplica ao art. 283 do CPP, em nenhum momento enfrentado pelo Ministro Fux, na medida em que dito dispositivo legal estabelece que “NINGUÉM PODE SER PRESO” antes do trânsito em julgado, fora das hipóteses de prisões cautelares/preventivas. Goste-se ou não, foi a opção legitimamente feita pelo legislador, a menos que se chegue ao extremo de juristocracia de dizer que seria “inconstitucional” o legislador proibir a prisão por culpa antes do trânsito em julgado.

Sobre o tema, o voto do Ministro Fux tenta defender que seria muito mais razoável admitir a prisão por condenação de segunda instância do que admitir a prisão por elementos precários, como as prisões cautelares/preventivas. **Ora**, aqui há uma clara **confusão** entre situações inconfundíveis. Com efeito, enquanto as **prisões cautelares** visam garantir a regular produção de provas e, assim, que se produza o devido processo legal sem ameaças a testemunhas, sem ameaças de fuga do acusado e demais hipóteses legais, ou seja, enquanto as prisões cautelares defendem a *higidez do processo* para que se possa exercitar o *jus puniendi* do Estado, no caso das **prisões por culpa** se está afirmando,

¹⁵ Ainda que em uma análise da interpretação constitucional, vale citar a lição de HESSE, Konrad. **A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO**, Tradução de Gilmar Ferreira Mendes, 1ª Edição, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, pp. 22-23, aplicável à interpretação jurídica em geral, no sentido de que “a interpretação tem significado decisivo para a consolidação e preservação da força normativa da Constituição. [...] Se o direito e, sobretudo, a Constituição, têm a sua eficácia condicionada pelos fatos concretos da vida, não se afigura possível que a interpretação faça deles tabula rasa. Ela há de contemplar essas condicionantes, correlacionando-as com as proposições normativas da Constituição. A interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido (*Sinn*) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação. Em outras palavras, uma mudança das relações fáticas pode – ou deve – provocar mudanças na interpretação da Constituição. Ao mesmo tempo, o sentido da proposição jurídica estabelece o limite da interpretação e, por conseguinte, o limite de qualquer mutação normativa. A finalidade (*Telos*) de uma proposição constitucional e sua nítida vontade normativa não devem ser sacrificadas em virtude de uma mudança da situação. Se o sentido de uma proposição normativa não pode mais ser realizado, a revisão constitucional afigura-se inevitável. Do contrário, ter-se-ia a supressão da tensão entre norma e realidade com a supressão do próprio direito. Uma interpretação construtiva é sempre possível e necessária dentro desses limites. A dinâmica existente na interpretação construtiva constitui condição fundamental da força normativa da Constituição e, por conseguinte, de sua estabilidade. Caso ela venha a faltar, tornar-se-á inevitável, cedo ou tarde, a ruptura da situação jurídica vigente” (sem grifos no original).

VECCHIATTI SOCIEDADE DE ADVOGADOS

peremptoriamente, que o acusado cometeu o fato típico, antijurídico e culpável em questão. Ou seja, nas **prisões cautelares**, tem-se uma **urgência e uma necessidade imediatas**, necessárias para garantir a higidez do processo e possibilitar a produção de provas pelas partes (com ônus da prova ao Ministério Público, evidentemente), enquanto para as **prisões por culpa**, não há tal urgência e necessidades, podendo-se esperar o termo do processo.

Com efeito, sobre as prisões cautelares, esclareceu o **Ministro Celso de Mello**, no HC 152.752/PR:

Isso significa, portanto, ao contrário do que se tem erroneamente divulgado, que a prisão cautelar, como a prisão preventiva e a prisão fundada em condenação meramente recorrível, pode ser imposta, sim, aos réus antes mesmo de sua eventual condenação ou do trânsito em julgado de sentença condenatória, eis que – insista-se – a prisão cautelar não tem por fundamento um juízo de culpabilidade, pois, como ninguém o ignora, a prisão cautelar (“carcer ad custodiam”) – que não se confunde com a prisão penal (“carcer ad poenam”) – não objetiva infligir punição à pessoa que a sofre. Não traduz, em face da finalidade a que se destina, qualquer ideia de sanção. Na realidade, a prisão cautelar constitui instrumento destinado a atuar “em benefício da atividade desenvolvida no processo penal” (BASILEU GARCIA, “Comentários ao Código de Processo Penal”, vol. III/7, item n. 1, 1945, Forense). Por isso mesmo, a prisão cautelar – que não envolve antecipação satisfativa da pretensão executória do Estado – revela-se compatível com a presunção constitucional de inocência. Tanto que, como já salientado, a própria Constituição possibilita a prisão em flagrante ou aquelas decorrentes de ordem, escrita e fundamentada, de autoridade judiciária competente, nos termos da lei.

Então, com todas as *venias* e sempre com o máximo respeito, temos aqui a situação que **Marcelo Neves** chama de *assimetriação do sistema jurídico*, por sua captura por outros sistemas sociais (pela lógica da teoria dos sistemas luhmanniana), que ocorre quando “o conteúdo dos textos normativos (abstratos) legalmente postos é rejeitado ou desconhecido/desconsiderado nas interações concretas dos cidadãos, grupos, órgãos estatais, organizações etc., de modo que a noção de concretização se torna ilusória”¹⁶. Afinal, a prisão em segunda instância é absolutamente incompatível com os limites semânticos e mesmo com o núcleo essencial do art. 5º, LVII, da CF/88 e, ainda mais, com o art. 283 do CPP (cf. supra). Com isso não se quer menosprezar a boa-fé da interpretação constitucional da atual e sempre Ilustre Maioria do STF, que expressamente se esforçou para defender que a interpretação sistemática do texto constitucional justificaria a *ponderação de princípios conflitantes* que ela (Maioria) realizou. Mas, como ela viola os limites semânticos do texto constitucional (art. 5º, LVII), no mínimo por suas consequências lógicas (não há como dizer que não se está “considerando culpado” antes do trânsito em julgado quem se admite a “prisão por culpa” antes do trânsito em julgado, ou, pelo menos, como ela viola, no mínimo, a legítima concretização/ponderação legislativa feita pelo Legislativo na atual redação do art. 283 do CPP, tem-se que o *conteúdo do texto normativo abstrato* do

¹⁶ NEVES, Marcelo. **Constituição e Direito na Modernidade Periférica. Uma Abordagem Teórica e uma Interpretação do Caso Brasileiro**, São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2018, p. 119. E continua o autor: “Uma vez que a função primária do direito ‘não (se assenta) na obtenção de determinado comportamento, mas no fortalecimento de determinadas expectativas’, a assimetriação do sistema jurídico no processo de concretização é, primordialmente, um problema de falta de vigência do direito, quer dizer, da incapacidade do direito ‘positivo’ de assegurar ou orientar expectativas normativas, embora a questão da eficácia seja aqui relevante. No plano de legiferação, aparenta-se a positividade (decidibilidade/alterabilidade e autodeterminação); no plano da concretização, o direito legiferado fracassa em sua função de generalização congruente de expectativas de comportamento” (*Ibidem*, pp. 122-123).

VECCHIATTI SOCIEDADE DE ADVOGADOS

art. 5º, LVII, da CF/88 e do art. 283 do CPP são absolutamente incompatíveis com a posição da atual e sempre Ilustre Maioria do STF. Daí a crítica feita no início deste parágrafo e a necessidade do *overruling* aqui defendido.

1.7. “Nunca se motivou tão pouco e tão mal”¹⁷ nas instâncias ordinárias (e na admissibilidade de recursos especiais e extraordinários – *jurisprudência defensiva*). A absurda postura da jurisprudência de decidir sem enfrentar fundamentos jurídicos apresentados no processo, aptos a infirmar a decisão judicial. *Occasio legis* do art. 489, §1º, IV, do CPC/2015. Descabimento da metafísica confiança absoluta nas ‘decisões de Segunda Instância. Primeira Tese Subsidiária.

Data maxima venia, uma consideração a mais precisa ser feita, em razão da confiança quase absoluta que a Ilustre Maioria do STF tem demonstrado sobre as decisões condenatórias de segunda instância. Obviamente, sabe-se que essa confiança decorre do juízo fático-probatório se encerrar com as instâncias ordinárias. Então, aparentemente decorre de presunção, embora problematicamente colocada como “quase absoluta”.

Far-se-á uma longa explicação da enorme problemática da forma como são proferidas decisões judiciais nesse país para, então, contextualizar o tema com o objeto desta ADPF.

Vejamos trecho de artigo doutrinário do Ilustre **Ministro Roberto Barroso** em coautoria com **Ana Paula de Barcellos**, de obra do ano de 2006:

Apenas será possível controlar a argumentação do intérprete se *houver* uma argumentação explicitamente apresentada. Essa evidência conduz ao problema da motivação das decisões que envolvam a técnica da ponderação, particularmente as decisões judiciais. Como é corrente, toda e qualquer decisão judicial deve ser motivada quanto aos fatos e quanto ao direito; mas quando uma decisão judicial envolve a técnica da ponderação, o dever de motivar torna-se ainda mais grave. Nesses casos, como visto, o julgador percorre um caminho muito mais longo e acidentado para chegar à conclusão. É seu dever constitucional guiar as partes por essa viagem, demonstrando, em cada ponto, porque decidiu por uma direção ou sentido e não por outro. Nada obstante o truísmo do que se acaba de afirmar, provavelmente **NUNCA SE MOTIVOU TÃO POUCO E TÃO MAL**. Há uma série de explicações para esse fenômeno, que vão do excesso de trabalho atribuído aos juízes, passam pela chamada ‘motivação concisa’, autorizada pela jurisprudência das Cortes Superiores, que admite agora como fundamentação de determinadas decisões a mera referência a súmulas. Não é o momento aqui de examinar cada uma dessas questões. Ainda que se possam admitir *motivações concisas* em muitos casos, certamente isso não é possível quando se trate de decidir adotando a técnica da ponderação. Nessas hipóteses, é absolutamente indispensável que o julgador exponha analítica e expressamente o raciocínio e a argumentação que o conduziram a uma determinada conclusão, permitindo assim que as partes possam controlá-la (*grifos nossos*)

¹⁷ BARROSO, Luís Roberto (org.). **O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro**. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, 2ª Ed., São Paulo: Ed. Renovar, 2006, p. 352-354.

Alameda Campinas, n.º 433, cj. 141, São Paulo/SP, CEP 01404-901. E-mail: pauloriv71@aasp.org.br

VECCHIATTI SOCIEDADE DE ADVOGADOS

Nesse sentido, veja-se o teor de decisão proferida pelo **Supremo Tribunal Federal**¹⁸, citada pelo hoje Ministro Roberto Barroso em nota de rodapé à frase de que “*nunca se motivou tão pouco e tão mal*”:

Sentença condenatória: o acórdão que improvê apelação: motivação necessária. A apelação devolve integralmente ao Tribunal a decisão da causa, de cujos motivos o teor do acórdão há de dar conta total: não o faz o que – sem sequer transcrever a sentença – limita-se a afirmar, para refutar apelação arrazoada com minúcia, que 'no mérito, não tem os apelantes qualquer parcela de razão', somando-se ao vazio dessa afirmação a tautologia de que 'a prova é tranqüila em desfavor dos réus': **a melhor prova da ausência de motivação válida de uma decisão judicial – que deve ser a demonstração da adequação do dispositivo a um caso concreto e singular – é que ela sirva a qualquer julgado, o que vale dizer que não serve a algum.** (grifos nossos)

Com efeito, a frase do ex-**Ministro Sepúlveda Pertence** cabe como uma luva às decisões judiciais de embargos declaratórios: trata-se de decisão padrão da Jurisprudência, que com alguma variação limita-se a dizer, de maneira inócua, que não teria havido nenhuma omissão, contradição ou obscuridade e que os embargos declaratórios teriam caráter meramente infringentes... Olvidando-se os Ilustres Magistrados que proferem decisões desse tipo que, se assim realmente pensam, então precisam enfrentar o argumento de omissão/contradição/obscuridade apresentado pela parte para, em seguida, apontar o trecho do acórdão em que se teria trazido a informação que se afigurou omissa ou então a explicação segundo a qual inexistiria contradição ou obscuridade. ***E isso vale também para acórdãos de apelações, onde inúmeras vezes não se enfrentam fundamentos jurídicos relevantes trazidos pelas partes, forçando-as a opor embargos declaratórios para fins de prequestionamento! Sem falar nas “decisões-padrão” de embargos declaratórios e mesmo de denegação de seguimento de recursos especial e extraordinário! Fatos notórios que, como tais, não supõem comprovação (CPC, art. 374, I, aplicável ao processo penal, desde que in bonam partem, à luz do art. 3º do CPP).***

Não foi outra a razão histórica (a *occasio legis*) que fez com que fossem criados os **arts. 10 e 489, §1º, IV, do CPC/2015 (aplicáveis ao processo legal, por analogia processual permitida pelo art. 3º do CPP)**. Pela ***desrespeitosa*** fundamentação judicial que, agindo como se não soubesse o significado *substantivo* de contraditório, enquanto *dever de diálogo* e de enfrentamento de fundamentos apresentados no processo aptos a infirmar a conclusão da decisão judicial, simplesmente **não enfrentam** os fundamentos fáticos e jurídicos das partes. Por mais que isso certamente vá incomodar a magistratura, essa é a **verdade incontestável da praxe judiciária**. Qualquer **Audiência Pública** que convoque a **Advocacia** para relatar os verdadeiros ***dramas*** pelos quais passam por decisões judiciais que simplesmente não enfrentam o que foi alegado no processo, agindo como se lessem o que as partes alegaram (pois, do contrário, leram e simplesmente desprezaram).

¹⁸ STF, HC 78013/RJ, DJ 19.03.1999, Relator Ministro Sepúlveda Pertence *apud* BARROSO, *loc. cit.*

Alameda Campinas, n.º 433, cj. 141, São Paulo/SP, CEP 01404-901. E-mail: pauloriv71@aasp.org.br

VECCHIATTI SOCIEDADE DE ADVOGADOS

Veja-se, nesse sentido, artigo do advogado **Marcelo Feller**, relatando os dramas da Advocacia, que fazem com que **Lenio Streck** diga que a Advocacia é um drama de humilhações diárias por parte da magistratura [e do Ministério Público]. Veja-se o relato de **Feller**:

OPINIÃO

10 verdades e nenhuma mentira sobre o nosso sistema de Justiça criminal

20 de abril de 2017, 14h10

[Por Marcelo Feller](#)

1- Já cheguei numa delegacia e vi a mãe de um foragido presa e algemada. A justificativa era a de que ou ele se apresentava, ou "fritavam" a senhora. Ele era investigado pela tentativa de homicídio de um policial.

2 - Um cliente meu foi acusado de cometer um crime na frente de uma agência bancária, cheia de câmeras. Ele me jurou inocência da acusação. Pedi as câmeras para o juiz. Ele negou, dizendo que não tinha necessidade porque a vítima tinha reconhecido ele. Quando consegui reverter a decisão no tribunal, as imagens já tinham sido apagadas. Meu cliente foi condenado "porque a defesa não conseguiu infirmar a prova acusatória".

3 - No Tribunal de Justiça da Bahia, assisti um advogado desesperado, pedindo que o tribunal permitisse que fosse feito exame de DNA em caso de estupro. O cliente dele se dizia inocente, e o sêmen do esturador havia sido coletado da vítima. O tribunal negou, dizendo que a vítima já tinha reconhecido ele e, portanto, a prova era protelatória.

4 - Estava em uma audiência quando uma outra advogada, defendendo outra pessoa, pediu que a audiência não se realizasse porque até aquele momento, da própria audiência, a defesa que ela tinha feito, cheia de pedidos de provas, não tinha sido analisada. Pedido feito educadamente e com fundamento. A juíza olhou pra ela com desprezo e disse: "Dra., aqui não. Não admito advocacia de baixo nível na minha vara". Me ofereci para representar contra a juíza em nome da advogada, mas ela não quis por medo de retaliação em outros processos.

5 - Vi um promotor fazer a uma testemunha uma pergunta que obviamente a incriminava, se a resposta fosse afirmativa. Pedi que a juíza advertisse a testemunha que ela não tinha o compromisso de dizer a verdade sobre fatos que pudessem incrimina-la. O promotor gritou que eu estava defendendo a testemunha. A juíza não advertiu e refez a pergunta. A testemunha respondeu que sim. E o promotor requereu a extração de cópias para a instauração de inquérito contra a testemunha e a juíza concordou.

6 - Já vi juiz dizer que o réu ficou em silêncio. E que isso não é postura de um inocente. E que não era o silêncio que o incriminava, mas a postura de não responder a acusação. Condenou nesses termos, rasgando o que diz a Constituição e a Lei.

7 - Já ouvi numa audiência envolvendo um menor de idade, que estava "preso", que se ele confessasse era solto no mesmo dia e o processo terminava. E que se resolvesse provar sua inocência o faria preso. Ouvi do juiz com o promotor na sala.

8 - No interrogatório de uma cliente, acusada de mais de 30 crimes em continuidade, comecei a fazer perguntas relacionadas, individual e especificamente, a cada um dos crimes. Depois de meia hora perguntando, a juíza olha pra mim e pergunta se eu perguntaria sobre todos os crimes. Eu disse que sim. Ela disse, então, que a partir dali todas minhas futuras perguntas estavam indeferidas. Condenou pelos mais de 30, sem enfrentar nenhum dos meus argumentos. De baciada mesmo!

VECCHIATTI SOCIEDADE DE ADVOGADOS

9 - Depois de ganhar, no STF, uma liminar no dia 21 de dezembro pra soltar um cliente, ouvi de um diretor de presídio que como era fim de ano, só havia funcionário pra prender, não pra soltar. Disse que meu cliente seria solto no começo de janeiro. Só soltou depois que fiz uma petição no plantão pedindo a prisão do diretor, de acordo com o Código de Processo Penal, e o juiz solicitou informações. Solto só depois do Natal, mais de 5 dias depois de ter a liberdade determinada por ministro do supremo.

10 - Eu pesava 130kg e era amigo de um determinado juiz. Ele era duro nos meus casos, mas sempre me tratava muito bem. Depois que emagreci, fui fazer uma audiência com ele em Carta Precatória. Me tratou absurdamente mal, a ponto de eu achar que tinha feito alguma coisa de errado e não tinha percebido. Acabada a audiência, reservadamente, perguntei a ele o que tinha acontecido. Ele sorriu amarelo e disse que não tinha me reconhecido. Que se soubesse que era eu, não teria me tratado daquele jeito. (**grifos nossos**)

Situações equivalentes a essas constituem fato nefastamente comum na prática advocatícia – donde, ao contrário do já afirmado, **não se tratam de “exceções isoladas” casos tais de não-enfrentamento de fundamentos jurídicos e probatórios trazidos pelas partes**. Arbitrariedades diversas, menoscabo ao que diz a lei e a Constituição, não-enfrentamento de fundamentos e provas apresentadas pela parte, por intermédio de seu advogado ou sua advogada, desconsideração de garantias processuais, postura agressiva com o(a) advogado(a)... Reitera-se, qualquer *audiência pública* com a Advocacia trará inúmeros relatos como estes. O **signatário** tem alguns e citará os que pode comprovar, se compelido a tal: **(i)** acórdão de agravo interno que literalmente *copiou e colou* a fundamentação da decisão monocrática, sem enfrentar *nenhum* dos fundamentos do agravo interno, a despeito de bem sintetizados no próprio Relatório do acórdão; **(ii)** cotas sucessivas de Ministério Público, em ação de retificação de registro civil de transexual, indagando se havia laudos, quando no primeiro parágrafo da primeira página da petição inicial se destacava que não se apresentariam laudos, defendendo-se a ação como direito de liberdade individual (posteriormente reconhecido pelo STF e pela Corte IDH). Além de outro caso, relatado adiante.

Lembre-se, ainda a título exemplificativo, de quando aprovado o novo CPC e **Associações da Magistratura Trabalhista** se insurgiram contra a aplicação do **art. 489, §1º, IV, do CPC/2015** na Justiça do Trabalho, uns alegando que seria matéria constitucional que não poderia ser regulamentada em lei (uma postura teratológica contra o notório conceito constitucional de concretização constitucional pelo legislador ordinário, em sua liberdade de conformação), outros alegando que isso geraria “demora excessiva” do processo – a singela refutação de todos os fundamentos e provas invocados(as) pela parte, condição indispensável ao prequestionamento dos temas¹⁹! Bem como os entendimentos por sua não-

¹⁹ Cf., v.g.: <<https://www.anamatra.org.br/imprensa/noticias/22036-anamatra-reage-a-criticas-sobre-vetos-propostos-ao-novo-codigo-de-processo-civil>> (acessos em 09.03.2015 e 30.08.2018), onde se considera **“utopia totalitária” (sic!)** a pretensão de refutação de todos os argumentos trazidos pelas partes, caracterizando isso como algo supostamente contrário à razoável duração do processo (!), quando o que se quer é a refutação dos fundamentos *relevantes, aptos a infirmar a decisão*, como dito dispositivo legal consagra e a jurisprudência do STJ já exigia ainda na égide do CPC/1973 (v.g.: **“A ausência de valoração de tema relevante para a solução da lide configura omissão, nos termos do art. 535 do CPC [de 1973]”** (STJ, AgRg no AREsp 176.684/RJ, DJe de 11.10.2013. G.n), de sorte que **“Questão relevante não enfrentada pelo tribunal a quo; [gera] omissão que contraria o art. 535, II, do Código de Processo Civil [de 1973], impondo a anulação do acórdão proferido pela instância ordinária. Recurso especial provido”** (STJ, REsp 1.214.016/PR, DJe de 08.10.2013. G.n.); <<https://www.conjur.com.br/2015-mar-04/juizes-pedem-veto->

VECCHIATTI SOCIEDADE DE ADVOGADOS

aplicação nos **Juizados Especiais Cíveis!** Tudo “fundamentado” na “demora” que isso causaria à tramitação processual! **Vejam, Excelências, como a magistratura ordinária não está disposta sequer a enfrentar expressamente, rechaçando, fundamentos das partes que suas decisões não acolhem! Essa é uma chaga do Judiciário brasileiro, que torna o art. 489, §1º, IV, do CPC/2015 aparentemente um mito processual contemporâneo, visto que (salvo melhor juízo) generalizadamente descumprido!**

E o que se falar, então, das verdadeiras **decisões-padrão** de embargos declaratórios e de inadmissibilidade de recursos especial e extraordinários?! Decisões genéricas, que simplesmente *não refutam* os fundamentos apresentados, limitando-se a, genericamente, dizer que não haveria prequestionamento, demonstração da efetiva negativa de vigência a legislação federal ou afronta direta a dispositivo constitucional, demonstração analítica de dissídio jurisprudencial (no REsp) etc. E, na experiência do signatário, *mesmo quando expressamente demonstrada a existência desses requisitos*, a resposta destas nefastas **decisões-padrão** é a de que o requisito não teria sido demonstrado, *mesmo com a petição expressamente explicando sua presença!* Claro que a decisão poderia disso discordar, mas o *mínimo* que ela deveria fazer é explicar por qual motivo as razões recursais estariam “equivocadas” nesse sentido... **Pode-se afirmar com considerável certeza que a esmagadora maioria de recursos especiais e extraordinários providos o são por intermédio de agravos contra decisões denegatórias, o que já mostra a evidente má vontade institucional nas decisões de (in)admissibilidade de recursos especial e extraordinário, fato evidentemente notório...**

O **signatário** sempre cita um caso teratológico pelo qual passou, como exemplo de que *nunca se motivou tão pouco e tão mal*. Certa vez, foi contratado para atuar em um caso após a negativa de admissibilidade de um recurso especial, por intempestividade. O problema foi que os embargos declaratórios foram opostos em cinco dias, quando, no processo penal, o (absurdamente ínfimo) prazo é de dois dias. Como advogado constitucionalista, o signatário defendeu, no *agravo em recurso especial*, a inconstitucionalidade incidental do art. 619 do CPP, pela surreal inversão de valores de se dar dois dias para processos que versam sobre a *liberdade* ao mesmo tempo em que se garantem cinco dias para processos que versam sobre o *patrimônio* (pelo visto, precisamos de uma *repersonalização* das normas processuais como um todo), de sorte a requerer a declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 619 do CPP, para, criada a lacuna normativa, usar-se de analogia processual (cf. art. 3º do CPP), para, em *decisão substitutiva* (decisão intermédia da jurisdição constitucional), aplicar-se o prazo do (então) art. 535, II, do CPC/1973 e tornar, assim, tempestivo o recurso especial. **Obviamente**, havia algumas dificuldades no caso, pela forma restritiva como o STJ entende sua atribuição ao controle difuso de constitucionalidade (há julgados admitem-no só quando invocado pela parte recorrida e inúmeros dizem simplesmente que a competência do STJ é simplesmente aferição de legislação federal, não da Constituição!), bem como a extrema polêmica da tese, que poderia ser rejeitada alegando-se simplesmente não se considerar haver a irrazoabilidade gritante que o signatário entende haver neste tema (especialmente para prazos em

[artigo-cpc-exige-fundamentacao](https://www.conjur.com.br/2015-jul-06/felix-soibelman-magistrados-codigo-processo-civil)> (acessos em 04.03.2015 e 30.08.2018); <<https://www.conjur.com.br/2015-jul-06/felix-soibelman-magistrados-codigo-processo-civil>> (acessos em 06.07.2015 e 30.08.2018).

VECCHIATTI SOCIEDADE DE ADVOGADOS

dias corridos). A insurgência, *evidentemente*, não é com o não-acolhimento da tese. **O teratológico problema** foi a fundamentação da decisão monocrática e depois o acórdão da Turma do STJ. Afirmou-se que a jurisprudência é firme no sentido de que embargos declaratórios intempestivos não interrompem o prazo recursal, de sorte a, por isso, negar-se provimento ao recurso. No agravo interno, protestou-se veementemente contra isso, explicando-se que isso afirmar era agir como se as razões recursais não tivessem sido lidas, visto que o agravo em recurso especial não pediu interrupção de prazo para embargos intempestivos, mas suscitou incidente de inconstitucionalidade incidental sobre o prazo de dois dias do CPP para, com isso, aplicar-se o do CPC. E o que disse o acórdão do agravo interno? Que embargos intempestivos não interrompem prazo recursal... Ou seja, *de novo agiu-se como se não tivessem sido lidas as razões recursais! Que presume-se terem sido lidas, embora a decisão isto não transpareça, à luz do princípio da boa-fé objetiva...*

Esse é só um exemplo de inúmeros casos de verdadeiro desrespeito institucional da Magistratura com a Advocacia (e, conseqüentemente, as partes derrotadas) nesse país, que uma audiência pública poderia demonstrar à sociedade (como outro caso do signatário, em que o acórdão de agravo interno em segunda instância simplesmente, e literalmente, “copiou e colou”, a decisão monocrática no acórdão do agravo interno, sem nada enfrentar das razões recursais que infirmavam ditas razões!).

E entenda-se, obviamente o problema não está na rejeição das razões apresentadas pelas partes, mas no não-enfrentamento de razões das partes e, assim, em decisões judiciais que argumentam como se não tivessem lido as peças processuais das partes! Pois, como o signatário defendeu em sede doutrinária há anos²⁰, não enfrentar os fundamentos apresentados pela parte e mesmo assim decidir contra ela implica em ressuscitar Kelsen na pior parte de sua teoria do Direito, da interpretação como mero ato (arbitrário) de vontade, além de passar a impressão de que não se sabe como infirmar esses fundamentos embora, ainda assim, se decida contra eles, por estar a magistratura em uma “posição de poder” frente às partes...

A extrema relevância disso para a presente ADPF se refere à fé quase ingênua que a Ilustre Maioria do STF tem demonstrado com a qualidade das decisões judiciais condenatórias, de Segunda Instância. Parece que vivemos no “país das maravilhas” da fundamentação das decisões judiciais, já que embora se mencionado que erros obviamente sempre acontecem, eles seriam a exceção e não a regra das decisões de segunda instância. E a questão aqui não é nem a questão do “erro”, mas do NÃO-ENFRENTAMENTO concreto de razões recursais pelas decisões de segunda instância e o verdadeiro DESPREZO institucional que a magistratura

²⁰ VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Tomemos a sério os Princípios da Fundamentação, do Prequestionamento e do Contraditório Substantivo. Da Obrigação do Magistrado de enfrentar todos os argumentos jurídicos da parte.** In: Processo e Jurisdição [recurso eletrônico on-line]. Organização CONPEDI/UFSC; Coordenadores: Celso Hiroshi Iocohama, Adriana Goulart de Sena Orsini – Florianópolis: CONPEDI, 2014, pp. 292-321. Disponível em: <<http://publicadireito.com.br/publicacao/ufsc/livro.php?gt=197>> (acesso em 30.08.2018).

demonstra especialmente com os embargos declaratórios (os primeiros). Além do fato de que a ressalva da Ilustre Maioria, de que em sede de recurso especial e extraordinário eventuais problemas poderiam ser resolvidos ressalva no problema da NOTÓRIA jurisprudência defensiva dos Tribunais Superiores, em decisões de inadmissibilidade de recurso especial e extraordinário, que também NÃO ENFRENTAM concretamente as razões recursais, limitando-se a meras decisões-padrão em uma infinidade de casos.

Portanto, Excelência, já que argumentos *empírico-pragmáticos* têm sido muito usados nas decisões da Ilustre Maioria, então o **fato notório** da péssima fundamentação das decisões judiciais também precisa sê-lo, não se podendo simplesmente partir, nesta jurisdição de controle abstrato de constitucionalidade, de uma espécie de “presunção absoluta”, que não admite prova em contrário, acerca de como decidem as instâncias ordinárias em geral, a Segunda Instância e os juízos de (in)admissibilidade de recursos especial e extraordinário em particular.

Daí que, **subsidiariamente**, na hipótese desta Suprema Corte manter a compreensão de que seria constitucionalmente e legalmente possível a prisão após condenação em segunda instância (*do que, com todas as venias, se discorda*), **requer-se** seja atribuída **interpretação conforme a Constituição** ao disposto no art. 637 do CPP, para que ele seja considerado constitucional apenas se interpretado como exigindo que o acórdão de apelação ou, pelo menos, o acórdão dos embargos declaratórios opostos pela parte condenada enfrente todos os fundamentos por ele apontados, desde que fundamentados em normas jurídicas (textos normativos expressos ou normas implícitas devidamente justificadas como tais) e em aspectos fático-probatórios produzidos nos autos ou não-produzidos, sob alegação de cerceamento de defesa. Determinando-se, nesse sentido, a aplicação do art. 489, §1º (especialmente incisos III e IV, mas todos os demais) e §2º, do CPC/2015, em analogia processual permitida pelo art. 3º do CPP (inclusive porque *in bonam partem*). Dispositivo este que concretiza a compreensão adequada do dever constitucional de fundamentação [adequada] das decisões judiciais, constante do art. 93, IX, da CF/88.

2. SEGUNDA TESE SUBSIDIÁRIA. Reconhecimento do cabimento de indenização por danos morais, caso o acusado preso após condenação em segunda instância venha a ser absolvido posteriormente, ainda que por prescrição (que é uma decisão de mérito, cf. art. 487, II, do CPC/2015, aplicável por analogia ante o art. 3º do CPP). Inclusive para casos de diminuição de pena que teriam gerado regime prisional menos gravoso no início do cumprimento da pena. Interpretação sistemática com os arts. 5º, X, e 37 da CF/88.

Caso a maioria do STF não se convença destes **novos fundamentos, por ela ainda não apreciados**, e mantenha a possibilidade de prisão por culpa após condenação de segunda instância (ou após decisão do STJ), então, **subsidiariamente**, há **temas ainda não apreciados de forma nenhuma pelo STF que precisam, todavia, de definição.**

VECCHIATTI SOCIEDADE DE ADVOGADOS

Um argumento central para a maioria do STF foi a de que seriam ínfimos os recursos especiais e extraordinários que geram a absolvição da pessoa acusada. *Consequencialismo pragmático que não se considera como argumento válido para desconsiderar proibição constitucional e legal peremptórias (cf. supra)*, vale pontuar. Seja como for, **é preciso deliberar sobre a RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR PRISÃO INDEVIDA nestes casos de absolvição após prisão decorrente de condenação em segunda instância, a qual foi, posteriormente, reformada pela instância extraordinária (STJ ou STF). Inclusive para casos de alteração de pena que gere um montante inicial que teria gerado regime inicial menos gravoso.**

A questão é constitucionalmente relevante porque há consolidada jurisprudência nos Tribunais de Segunda Instância no sentido de que a pessoa presa de forma preventiva ou cautelar não teria direito a indenização por dano moral por erro judiciário. Algo que, questionável que seja, pode eventualmente fazer sentido pela diferença entre *prisão cautelar* (para garantia da higidez do processo e permitir a produção de provas e a busca do *jus puniendi* do Estado, para defesa da sociedade) e *prisão por culpa*, na qual se afirma que a pessoa cometeu fato típico, antijurídico e culpável. No primeiro caso, pode-se entender que a prisão *provisória* era necessária ao devido processo legal (produção de provas etc), /PRmas, no segundo, tem-se **prisão que era indevida, já que decisão judicial posterior declarou a inocência da pessoa acusada.**

Nesse caso, temos ato comissivo (não omissivo) do Estado, a gerar **responsabilidade civil objetiva, independente da existência de culpa**, nos termos do art. 37, §6º, da CF/88, que deve ensejar o pagamento de **indenização por danos morais**, nos termos do art. 5º, X, da CF/88.

Nem se invoque o dispositivo legal que aduz que o(a) *juiz(iza)* só é *pessoalmente* responsável em casos de decisão judicial indevida prolatada com *dolo*. Este dispositivo legal fala da responsabilidade *pessoal* do(a) magistrado(a) que, como cidadão e pessoa humana que é, supõe a lógica da responsabilidade civil subjetiva (art. 186 do CC/02). Estamos aqui tratando de **responsabilidade civil do Estado, não da pessoa do(a) magistrado(a) ou dos(as) integrantes do Colegiado de Tribunal**. Daí a impertinência de se invocar o citado dispositivo legal contra a tese aqui proposta.

A indenização por danos morais deve se dar, **também, nos casos de prescrição**. Com efeito, a *prescrição* é uma decisão de mérito, nos termos do art. 487, II, do CPC/2015, aplicável ao processo penal, por analogia, pela lacuna sobre o tema na legislação processual penal (que não diz se a prescrição é juízo de mérito ou de extinção sem resolução de mérito) e pela permissão à analogia processual prevista no art. 3º do CPP. **Ora**, a prescrição gera a **absolvição** da pessoa e é, como visto, uma **decisão de mérito**, razão pela qual arbitrária uma diferenciação de efeitos jurídicos da absolvição por prescrição da pretensão punitiva/executória e uma absolvição propriamente dita.

Lembre-se que **o STF já reconheceu o cabimento de indenização por danos morais para presidiários(as), em razão das condições degradantes dos presídios (RE 580.252/MS)**. Nesse sentido, *inclusive e*

VECCHIATTI SOCIEDADE DE ADVOGADOS

especialmente pelo reconhecimento do “**estado de coisas inconstitucional**” dos presídios pátrios (**ADPF 347**), tem-se que reconhecer que a prisão de alguém que não deveria ter sido preso (por posterior absolvição) ou sua manutenção em regime inicial mais gravoso que o devido (por posterior reforma parcial da condenação, relativa a diminuição de pena apta a alterar o regime inicial de cumprimento) tem necessariamente que implicar no reconhecimento do cabimento de indenização por danos morais neste caso.

Veja-se que o próprio **Juiz Sérgio Moro** atestou, recentemente, à mídia, que entende que deve haver indenização por danos morais em casos tais. Segundo matéria da UOL, “**Moro defendeu que o Estado indenize presos preventivos que sejam absolvidos pela Justiça posteriormente. ‘Ser for preso preventivamente e absolvido, deveria ser indenizado pelo poder público’, afirma**”²¹.

Reitere-se que a relevância da discussão reside no fato de que a jurisprudência majoritária, absurdamente, nega direito indenizatório a pessoa presa preventivamente que é, posteriormente, absolvida – algo que, exceto em casos extremos de ameaças a testemunhas e afins, acaba impondo ao investigado um ônus (de prisão) indevido, por sua inocência posteriormente comprovada. Mas, como dito, não é assim que tem pensado a jurisprudência majoritária, como prova esse aresto do Superior Tribunal de Justiça, que atesta que “A jurisprudência desta Corte entende que a prisão cautelar, devidamente fundamentada e nos limites legais, não gera o direito à indenização em caso de posterior absolvição” (AgRg no REsp 1.295.573/RJ, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, Segunda Turma, DJe 16/4/12)” (STJ, AgRg no REsp 1.266.451/MS, 1ª Turma, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJe de 03.10.2012).

Ademais, lembre-se de fala do **Ministro Roberto Barroso**, no sentido de que muitas prisões preventivas sempre foram decretadas por provável insurgência da magistratura ordinária com a impunidade de pessoas que mesmo condenadas em segunda instância não poderiam ser presas. Não obstante não se pense que essa argumentação justifique rasgar-se o texto constitucional e legal para se permitir a prisão após condenação de segunda instância (ou do STJ), se essa é a premissa e o STF decidir manter este entendimento apesar de todas suas premissas terem sido aqui infirmadas, então agora se deve ter maior cautela na decretação de prisões preventivas, a demandar indenização por danos morais em caso de posterior absolvição.

Destaque-se que esse tema já foi objeto de reflexão do **Ministro Lewandowski**, em seus votos vencidos sobre a prisão após condenação de segunda instância. Com efeito, segundo Sua Excelência, no HC 152.752/PR e na ADC 43 MC/DF:

Logo vem a **necessidade de indagar-se: e o cidadão que paga com a liberdade por um crime que não cometeu, como terá esse indébito repetido?** [...] Ou seja, em se tratando de direitos patrimoniais, o legislador pátrio, apesar de

²¹ Cf. <<https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2018/07/25/moro-comenta-embate-sobre-caso-lula-e-diz-que-sem-agiu-com-transparencia.htm?cmpid=copiaecola>> (acesso em 25.08.2018).

VECCHIATTI SOCIEDADE DE ADVOGADOS

permitir a execução provisória, cercou-se de todos os cuidados para evitar qualquer prejuízo e garantir a restituição integral do bem, no caso de reversão de uma sentença posterior, por parte dos Tribunais Superiores. Mas como seria a **indenização** à uma pessoa que foi presa por decisão não definitiva, em segunda instância, cuja condenação ou o regime de cumprimento da pena seja reformado na via extraordinária? Ouso responder. Em 15 de setembro de 2009, o site Consultor Jurídico – Conjur publicou a notícia **“STJ define valor de indenizações por danos morais”, na qual noticiou que o cidadão preso erroneamente faria jus à indenização no valor de 100 mil reais**. E o estupro em prédio público, crime recorrente no estado de coisas inconstitucionais que assombra o nosso sistema penitenciário, o ressarcimento é da ordem de 52 mil reais. Assim, está precificada a liberdade dos cidadãos brasileiros [...] Quer dizer, em se tratando da liberdade, nós estamos decidindo que a pessoa tem que ser provisoriamente presa, passa presa durante anos e anos, e anos a fio e, eventualmente, depois, mantidas essas estatísticas, com a possibilidade que se aproxima de 1/5 de absolvição, não terá nenhuma possibilidade de ver restituído esse tempo em que se encontrou sob a custódia do Estado em condições absolutamente miseráveis, se me permitem o termo, haja vista que nós temos hoje no Brasil a 4ª população de presos, em termos mundiais, logo depois dos Estados Unidos, da China e da Rússia. São 600 mil presos. Desse total, 40%, ou seja, 240 mil presos são presos provisórios. Com essa nossa decisão, ou seja, na medida que nós agora autorizamos, depois de uma decisão de segundo grau, que as pessoas sejam presas, certamente, a esses 240 mil presos provisórios, nós vamos acrescentar dezenas ou centenas de milhares de novos presos. (p. 16-17 do voto na ADC 43 MC/DF. *Grifos nossos*)

Veja-se a devida preocupação do Ministro Lewandowski com tema muito debatido na seara penal, a saber, a **maior preocupação legal com o patrimônio do que com bens jurídicos mais relevantes, como, neste caso, a liberdade**. O próprio conceito de **repersonalização do Direito**, para superar a preocupação eminentemente patrimonial para priorizar a tutela dos bens imateriais da pessoa humana com absoluta prioridade, repersonalização esta muito cara à doutrina do **Ministro Edson Fachin**, certamente é contraditória com essa preocupação legal em “cerca-se de todas as cautelas” para execuções patrimoniais, para a hipótese do título executivo judicial precário (por não definitivo) ser posteriormente cassado por decisão de instância extraordinária, e não cercar-se de cautela nenhuma na “execução provisória da pena” no Direito Penal, que tem sido imposta pela posição ainda majoritária desta Suprema Corte

De sorte que, a prevalecer a posição de “possibilidade jurídica” de “execução provisória da pena” após condenação criminal de segunda instância (ou perante o STJ), então é necessária aqui também uma **interpretação sistemática** disto com o art. 5º, X, e o art. 37, §6º, da CF/88, para reconhecer o cabimento de indenização por danos morais nos casos de posterior absolvição (ainda que por prescrição, que, afinal, é um *juízo de mérito*, cf. art. 487, II, do CPC/2015), bem como nos casos de reforma parcial da condenação, para diminuição de pena que gere alteração do regime de cumprimento de pena do(a) condenado(a).

No mesmo sentido, temos **precedentes do E. TJSP**, da lavra do Eminentíssimo Desembargador Marcelo Semer, que vale a pena transcrever, tanto pela

VECCHIATTI SOCIEDADE DE ADVOGADOS

rica e densa análise realizada, quanto a citação de **farta doutrina** e de **precedente do E.STJ, da lavra do Eminentíssimo Ministro Fux**:

Prossigo, portanto, em análise ao pedido de indenização em danos morais e danos materiais no que tange à prisão da autora Viviane pelo período de 2 anos e 22 dias em dois anos, em razão do processo criminal instaurado sob nº 0033759-26.2008.8.26.0114, que culminou com sua absolvição em Segunda Instância, após interposição de recurso de apelação.

De início, observe-se que, pela responsabilidade objetiva do Estado por danos causados a particulares (art. 37, §6º, da CF), sequer haveria a necessidade de comprovação de culpa, bastando a demonstração do dano, da conduta lesiva e donexo causal. Nessa linha, confira-se Responsabilidade Civil do Estado Indenização da Prisão Indevida, de **Luiz Antônio Soares Hentz**, in Revista Jurídica do Rio Grande do Sul, v. 231, jan/1997, p. 34/35: **“Uma vez, portanto, submetido o réu à prisão indevida, não importa o motivo, fará jus à indenização às custas do Estado. O caso é de responsabilidade 'ex vi legis', atribuindo o legislador obrigação ao poder público. Tanto no Brasil, no regime constitucional vigente, como em França, no regime da lei de 17 de julho de 1970, a indenização do prejuízo causado por prisão antecipada, quando o processo termina com a absolvição do réu, denota, como assevera JEAN RIVERÓ, para o exemplo francês, um caso de responsabilidade sem culpa, por aplicação do princípio da igualdade perante os encargos públicos. Porém, no caso brasileiro, tem-se que a imperatividade da norma constitucional faz pensar em obrigação atribuída pela lei, afastando o questionamento acerca de elemento estranho à norma. Certo é que sua posituação teve por fundamento o respeito à liberdade individual.”** E no presente caso, todos aqueles elementos ficaram provados. Senão vejamos.

Pelo que se constata dos documentos que vieram a estes autos, provenientes do processo criminal, em 16/06/08, policiais militares efetuaram a prisão dos corréus Roberto, Flávia e Mônica que transitavam em veículo onde foram localizadas 18 “bananas de dinamite”, tendo estes indicado que o detonador estaria com um tal de “Gu”, esposo da aqui apelante Viviane. Em diligência à residência destes, policiais apreenderam um detonador de explosivos e documentos falsos em nome de seu cônjuge, oportunidade em que Viviane foi presa e seu marido Claudinei Rogério Silva (apelidado de “Gu”) se evadido com a chegada da polícia (fls. 04, 75 e 78/79). O Delegado de Polícia, considerando estarem demonstradas a autoria e a materialidade da infração penal, ante os elementos colhidos, lavrou o auto de prisão em flagrante (I.P. 116/08 - fls. 73/74), inclusive em face de Viviane, e após elaboração do necessário Relatório, encaminhou-o ao Representante do Ministério Público (fls. 94/96). Viviane e os demais indiciados foram denunciados em 04/07/08, ela como incurso no artigo 16, caput, da Lei nº 10.826/03 e artigo 288, parágrafo único, c.c. artigo 69, ambos do Código Penal (fls. 97/99) e, em 14/07/08, a denúncia foi recebida pelo Magistrado. Após a realização da instrução probatória, foi proferida sentença em 05/08/09 que julgou parcialmente procedente a ação penal para absolvê-la da imputação prevista no artigo 288, parágrafo único, do Código Penal, com fulcro no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal, porém, condená-la como incurso nas penas do artigo 16, caput, da Lei nº 10.826/03 à pena de 6 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 20 dias-multa, fixado cada dia no valor de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos. Em 23/09/09 foi interposto recurso de apelação em nome da ré Viviane que, quando de seu julgamento em 10/04/13, restou provido para, com fundamento no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal, absolvê-la da acusação, decisão essa que transitou em julgado para a ré em 05/05/13 e para o Ministério Público em 10/07/13.

A questão envolve uma imputação de prisão excessiva e outra de erro judiciário. Compartilho do entendimento de que a prisão excessiva (em relação ao réu que posteriormente veio a ser absolvido) já ensejaria por si só a indenização, considerando não apenas que suportou dano em razão da ação de agentes do Estado, mas, sobretudo, diante do disposto no art. 5º, inciso LXXXV, da Constituição Federal. Tal dispositivo, há de se notar, impõe a indenização não apenas do erro judiciário, em sentido estrito, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença. Nos casos de absolvição, é de se reconhecer que todo o tempo de prisão cautelar é superior ao tempo fixado na sentença (que na verdade é nenhum). No cumprimento de pena além da sentença, a responsabilidade é, por disposição constitucional, objetiva, independente

VECCHIATTI SOCIEDADE DE ADVOGADOS

de dolo ou culpa, inclusive pela consideração de que a sentença pode fixar pena inferior ao tempo que o condenado passou preso em custódia cautelar portanto, consideração que só é possível fazer a posteriori.

Penso que a mesma regra há de se aplicar aos casos em que, decorrente ou não de culpa ou dolo, proveniente ou não de erro judiciário, o condenado (ou o que não chegou a ser condenado, mas veio a ser tratado como condenado ao ter a liberdade tolhida), cumpre prisão provisória, sendo, ao final, absolvido. **É certo que a prisão preventiva, anterior à condenação definitiva, se reveste de natureza cautelar; todavia, tampouco há dúvidas de que a cautela, nesse caso, aplica de forma tão expressiva a ponto de tolher a liberdade, acaba por representar, na prática, a antecipação da própria pena.** Tanto que a lei penal consigna a possibilidade de detração, para abater-se na pena privativa de liberdade o tempo passado em prisão provisória (art. 42, do CP), bem ainda permite a utilização deste mesmo tempo para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena (art. 387, §2º, CPP) e ainda é permitida a execução penal provisória, mesmo na pendência de recurso sobre a sentença (Súmula 716, STF). Tudo isso a indicar que a natureza de cautela não retira os efeitos de antecipação de pena da prisão cautelar. Portanto, ainda que com o manto de cautelaridade, e mesmo sem a demonstração do erro judiciário, a prisão excessiva, maior do que a pena, ao final, fixada na sentença, ou a que corresponde a pena nenhuma, em razão da absolvição, deve ensejar reparação pelo Estado. Até porque, a prisão cautelar que deriva em condenação, pode ser compensada pela própria detração, mas a que resulta em absolvição não pode ser considerada como crédito para condenações futuras (STJ, REsp. 878574/RS, min., Gilson Dipp).

A propósito, **Youssef Cahali**: “Com efeito, não se compreenderia que, sendo injusta a prisão no que exceder o prazo fixado na sentença condenatória, fossem, em princípio menos injusta a prisão do réu que nela é mantido se ao final vem a ser julgada improcedente a denúncia pela sentença absolutória. Parece razoável, assim, entender-se que o dispositivo constitucional (art. 5º, LXXV) teria dito menos do que se pretendeu dizer, ao referir-se apenas à indenizabilidade do “erro judiciário”, ideia ainda atrelada à revisão criminal do art. 630, do CPP, reclamando, assim, uma interpretação teleológica que ultrapassa a literalidade do texto” (Dano Moral, RT, 4ª edição, p. 604) Acerca da responsabilidade do Estado pela indenização da prisão indevida, nos casos de absolvição penal, confiram-se o magistério de **Luiz Antônio Soares Hentz** (Indenização da Prisão Indevida, Doutrina e Jurisprudência Ed. Leud, p. 133/4): “Na hipótese de prisão indevida, o fundamento da indenização deve ser focado com um problema de assunção de responsabilidade, a que o Estado adere por força da legislação que impõe o dever de indenizar a vítima de prisão indevida. O ato lícito em que, regularmente, consiste na prisão advém do normal exercício da potestade estatal. O Estado renuncia a sua soberania quando assume o dever de indenizar a quem ficar preso indevidamente. **O risco inerente à privação de liberdade coloca o poder público frente à lei: a própria coletividade, destinatária do “ato de risco”, fica sujeita pro meio do Estado como representante desta nas relações jurídicas a responder (no dizer de Celso Antônio Bandeira de Mello) pelos comportamentos violadores do direito alheio em que incorrerem.** E isso porque o **princípio da igualdade** de todos perante a lei, acolhido pelo Estado moderno, leva forçosamente ao reconhecimento da **injuridicidade do comportamento estatal que agrava desigualmente a alguém**, ao exercer atividades no interesse de todo, sem ressarcir ao lesado.” Assim também **Maria Helena Diniz**, para quem a tese da irresponsabilidade estatal está perdendo terreno: “**A prisão preventiva, se injusta (RT 511:88; JTJ, Lex 225:87), ou se ordenada por engano, como vimos, dará também origem à responsabilidade do Estado, que deverá indenizar os danos dela decorrentes, que poderão ser até tão ou mais graves quanto os do erro judiciário, visto que, se o acusado for absolvido, ao final da instrução criminal, por ausência de prova ou inexistência de crime, verifica-se que em prol do interesse da sociedade, de apurar o crime e seu autos, um cidadão foi onerado, de modo desigual, pelas cargas públicas, logo, nada mais equânime que essa mesma sociedade, isto é, o Estado, que lhe impôs um sacrifício anormal e excepcional, o indenize pelos danos causados no cumprimento do dever de apurar crimes e responsabilidades.** O princípio da igualdade do ônus autoriza ao lesado por ato judicial reclamar reparação patrimonial do Estado. Deveras, se o cidadão que suportou sozinho as conseqüências do funcionamento de um serviço público ficasse sem indenização, a igualdade

VECCHIATTI SOCIEDADE DE ADVOGADOS

dos encargos públicos romper-se-ia” (Curso de Direito Civil Brasileiro, 7-Responsabilidade Civil, Ed. Saraiva, 28ª ed., p. 725).

Em hipótese semelhante, assim decidiu o Eminentíssimo Desembargador Magalhães Coelho, na **Apelação nº 994.09.249859-7**: “Se o Estado imputou ao autor a prática de crime e se o encarcerou, absolvendo-o posteriormente, evidente o dever de indenizar, tratando-se aqui da típica responsabilidade objetiva do Estado que independe da configuração de dolo ou culpa. Cumpre assinalar que a responsabilidade que aqui se refere é objetiva do Estado e não do magistrado, limitada aos casos de dolo ou fraude e, admita-se, pelo retardamento injustificado da prestação jurisdicional. Não se quer nem se pretende que se tolha a independência dos juízes na interpretação da lei e das provas dos autos, garantia última do regime democrático. Nem mesmo a interpretação incorreta da lei ou das provas ensejará responsabilidade do magistrado, mas sim do Estado. Em nossa atuação jurisdicional temos admitido condenar o Estado nas hipóteses de prisão cautelar decretada em face de quem não foi o autor do delito com a posterior absolvição do acusado condenado, sem que esse pronunciamento implique em censura ou desprestígio para a decisão judicial. Se aquele em face de quem a prisão temporária foi decretada vem a ser absolvido em outro momento, evidente a responsabilidade civil do Estado por eventuais danos materiais e pelos evidentes danos morais. Isso porque o dever do Estado de indenizar não decorre só de ato ilícito no exercício da jurisdição, mas também, por vezes, de ato lícito. O ato lícito, na hipótese, decorre do exercício da potestade estatal que embora sendo naquele momento regular, revelou-se indevida porque o “ato de risco” inerente à privação de liberdade da pessoa, justificado em nome do benefício coletivo, foi obtido à custa de uma brutal violação à sua liberdade individual e a seu direito. Por isso, a própria coletividade representada pelo Estado deve arcar com o ônus da atuação do Estado que, tendo-se revelado lícito, onerou demasiadamente um de seus membros.” (g.n.) Neste sentido, em **caso similar** de decretação de prisão preventiva sem indícios, já **se decidiu**: “**Os danos sofridos são presumidos**, em razão de o autor ter passado mais de um ano na condição de foragido por crime que não cometeu, além do sofrimento de ser réu em ação penal, por coincidências como nome semelhante e endereço próximo ao do autor do crime. Assim, faz jus o autor à reparação dos danos morais decorrentes da expedição de mandado de prisão preventiva contra si” (7ª Câmara de Direito Público, **Apelação nº 0029417-53.2011.8.26.0053**, rel. Moacir Peres). Conforme já decidido pelo **Superior Tribunal de Justiça** “**a absolvição futura revela a ilegitimidade da prisão pretérita, cujos efeitos deletérios para a imagem e honra do homem são inequívocos (notória no egent probationem)**” (**REsp 872630/RJ**, Primeira Turma, Relator Designado **Ministro Luiz Fux**, j. 13.11.2007, por maioria).

De outro lado, é evidente, diante do reconhecimento ao final da fragilidade de elementos para a condenação criminal, em uma situação da apelante (ré no processo criminal) que pouco se alterou no conjunto probatório desde o início, do evidente equívoco que representou sua prisão cautelar, que durou mais de dois anos asseverando, também por este motivo, a justiça da indenização. Foi o marido de Viviane a pessoa indicada pelo corréu como o detentor do estopim, e que fugiu no momento da abordagem policial. Não se registraram elementos indicativos da vinculação da apelante com o fato, a não ser a circunstância de ser esposa e residente no mesmo domicílio do marido acusado. Não foi confessa em todas as oportunidades em que foi ouvida, não só negou a autoria do delito, como afirmou não saber para que servia o estopim, imaginando tratar-se de fio para realização de instalações de som em veículos, atividade de seu marido (fls. 29, 80/81, 110); e não houve testemunhas a relatar sua responsabilidade pessoal. À alegação de que não sabia de que se tratava de um estopim, o MM. Juiz entendeu pela “inverossimilhança da versão apresentada e o fato de seu companheiro, que logrou fugir, ser pessoa ligada à marginalidade, também.” (fls. 112). No entanto, o fato de seu marido já possuir condenações criminais ou já ter sido processado em razão de infrações penais não leva à conclusão de que ela seria coautora em eventual conduta criminosa por ele praticada. Para tanto, deve haver provas hábeis, já que a presunção de culpabilidade é inadmissível no Direito Penal brasileiro, ante o princípio constitucional da presunção de inocência, que não pode ser relativizado em razão dos antecedentes criminais do cônjuge. Em resumo, foi presa e assim mantida por mais de dois anos fundamentadamente por ser a esposa de uma pessoa ligada à marginalidade, sem que houvesse, como se demonstrou ao final, maiores elementos em relação à sua própria responsabilidade pessoal.

VECCHIATTI SOCIEDADE DE ADVOGADOS

A jurisprudência desta Corte de Justiça é firme no sentido de que as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos respondem objetivamente pelos seus atos, bastando para isso que esteja estabelecido um nexo causal entre o ato e o dano causado. E a responsabilidade objetiva só comporta excludente em caso de culpa exclusiva da vítima, caso fortuito ou força maior. E, no caso, não se está a falar em qualquer das hipóteses excludentes.

A respeito do dano moral, **Sergio Cavalieri Filho** leciona que: “Tenho para mim que todos os conceitos tradicionais de dano moral terão que ser revistos pela ótica da Constituição de 1988. Assim é porque a atual Carta, na trilha das demais Constituições elaboradas após a eclosão da chamada questão social, colocou o Homem no vértice do ordenamento jurídico da Nação, fez dele a primeira e decisiva realidade, transformando os seus direitos no fio condutor de todos os ramos jurídicos. Com efeito, a par dos direitos patrimoniais, que se traduzem em uma expressão econômica, o homem é ainda titular de relações jurídicas que, embora despidas de expressão pecuniária intrínseca, representam para o seu titular um valor maior, por serem atinentes à própria natureza humana. São os direitos da personalidade, que ocupam posição supraestatal, dos quais são titulares todos os seres humanos a partir do nascimento com vida (Código Civil, arts. 12 e 22). São direitos inatos, reconhecidos pela ordem jurídica e não outorgados, atributos inerentes à personalidade, tais como o direito à vida, à liberdade, à saúde, à honra, ao nome, à imagem, à intimidade, à privacidade, enfim, à própria dignidade da pessoa humana”. (“Programa de Responsabilidade Civil”. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 88) Via de consequência, **não se pode dizer que o caso dos autos é apto a provocar tão-somente um mero aborrecimento ou dissabor, não ensejando violação aos direitos da personalidade.** Ao contrário, além do prejuízo ao exercício do direito de liberdade de locomoção, houve mácula aos **direito à honra e à dignidade** da autora.

Por todo o exposto, a compensação por danos morais mostra-se devida, apenas em relação à apelante, que é quem foi presa e assim mantida indevidamente. Isso porque, os transtornos sofridos pelos seus filhos, como narrado na exordial, se ocorreram, foi em razão do mesmo fato cujo dever de indenizar está sendo agora reconhecido, e, portanto, devem ser considerados abrangidos nessa obrigação, não podendo ser analisados de forma apartada, como que desvinculado de todo o cenário aqui tratado. Entender de modo diverso desencadearia o reconhecimento de danos morais não só à vítima do fato ensejador, mas também àqueles que indiretamente aleguem repercussão em sua esfera íntima dos danos sofridos por ela. Portanto, **de rigor a parcial procedência da ação para condenar a Fazenda Estadual ao pagamento de R\$ 80.000,00 à autora a título de danos morais,** que atende ao binômio da compensação da dor suportada e da repressão da reincidência em condutas similares por parte do Estado, sem que seja fonte de enriquecimento sem causa por parte da demandante. [...] (grifos nossos)

(**TJSP**, Apelação n.º 1021711-08.2014.8.26.0114, 10ª Câmara de Direito Privado, Relator Desembargador Marcelo Semer, julgada em 11.04.2016. Grifos nossos – no mesmo sentido: Apelações n.º 0047446-88.2010.8.26.0053, julgada em 25.07.2016, 1013830-95.2016.8.26.0053, julgada em 08.05.2017, e 1016034-17.2016.8.26.0602, julgada em 02.10.2017 – pelo mesmo órgão julgador e mesmo relator, a demonstrar ser sua jurisprudência pacífica sobre o tema)

Anote-se, por oportuno, que o *princípio do in dubio pro societate*, fortemente criticado por profunda doutrina de vanguarda em sua concepção clássica, donde precisa ser interpretado em conformidade com a Constituição, para exigir elementos consistentes de indícios de autoria e materialidade e/ou adequação às taxativas hipóteses legais de prisão temporária, pode permitir tais prisões cautelares, mas não pode afastar referida indenizabilidade – a princípio, permite a prisão sem condenação, *se houver* fortes indícios de autoria e materialidade e/ou adequação às taxativas hipóteses legais de prisões cautelares, mas, se a condenação não vier, nenhuma força ele deve ter para afastar tal condenação do Estado em danos morais, aqui estimados em 100 mil reais, *in re ipsa*.

VECCHIATTI SOCIEDADE DE ADVOGADOS

Assim, nesta hipótese subsidiária, deverá ser atribuída *interpretação conforme a Constituição* do art. 637 do CPP, por força dos arts. 5º, X, e 37, §6º, da CF/88, para que seja reconhecida sua recepção constitucional em termos de ausência de efeito suspensivo e conseqüente possibilidade lógica de “execução provisória da pena” apenas se reconhecida a responsabilidade civil do Estado, com direito a **indenização por danos morais**, relativamente às pessoas presas em “execução provisória da pena” que venham a ser absolvidas por decisão de uma das instâncias extraordinárias (STJ ou STF), bem como nos casos em que a reforma parcial da condenação enseje a diminuição de pena apta a gerar a mudança do regime de cumprimento de pena (seja o regime inicial, mas também no caso de, ainda que o regime inicial fosse fechado mesmo com a nova dosimetria da pena, a pessoa condenada pudesse ter evoluído de regime em momento anterior àquele em que evoluiu, caso a pena aplicada quando de sua condenação “executada provisoriamente” tivesse sido aquela aplicada pela instância extraordinária (STJ ou STF), e, ainda, em razão de prisões cautelares (provisórias, preventivas etc), na hipótese de posterior absolvição da pessoa acusada, a demonstrar erro judiciário e/ou do Ministério Público. É o que, subsidiariamente, se requer.

3. DA MEDIDA CAUTELAR.

O ideal seria se conceder, aqui, que seja concedida **medida cautelar, inaldita altera pars**, para que se proibam as prisões antes do trânsito em julgado do processo ou, subsidiariamente, antes de decisão definitiva do E. STJ (*já que é tema de maioria já formada, ante a mudança de posicionamento do Ministro Gilmar Mendes, embora, de maneira incompreensível, a Ministra Rosa Weber não tenha seguido sua posição, em Plenário, para seguir uma maioria que já não existia mais, incoerência decorrente do fato de não haver hierarquia entre Plenários de processos subjetivos e processos objetivos, como aparentemente entendeu Sua Excelência*).

Mas, aqui, não obstante haja pleno *fumus boni iuris e periculum in mora* justificadoras disso, NÃO SE IRÁ REQUERER A PROIBIÇÃO DAS PRISÕES POR CULPA ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO, tendo em vista que, como o Eminentíssimo Ministro Dias Toffoli, atribuindo para a Presidência uma competência que, *data venia*, não tem (como demonstrado em voto do Ministro Lewandowski²², na primeira vez em que se arrogou tal competência, em divergência do Ministro Lewandowski com o Ministro Fux em determinado caso), de servir de “instância superior” às decisões monocráticas de Ministros(as) do STF, já suspendeu medida cautelar deferida neste caso, então, para fins de EVITAR CONFLITOS desnecessários na Corte e DRAMAS SOCIAIS, requer-se apenas, como medida cautelar, que esse processo seja imediatamente liberado para julgamento, no dia 10.04.2019, data na qual o Eminentíssimo Ministro Dias Toffoli marcou o julgamento das demais ações sobre este tema²³.

²² Disponível aqui, em link de notícia que sintetiza o caso: <https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI288430,61044-Lewandowski+determina+cumprimento+de+sua+decisao+que+permitiu>. Acesso em 26.01.2019.

²³ Cf. <http://agenciabrasil.ebc.com.br/justica/noticia/2018-12/para-2019-stf-marca-julgamento-de-2a-instancia-homofobia-e-drogas>. Acesso em 26.01.2019.

VECCHIATTI SOCIEDADE DE ADVOGADOS

Entenda-se bem a posição, cautelosa/pragmática, que se adota. Entende-se estarem presentes os requisitos autorizadores da concessão de medida cautelar/antecipação de tutela, *inaudita altera pars*, para proibir as prisões por culpa antes do trânsito em julgado, tanto o *fumus boni iuris*²⁴ quanto o *periculum in mora*²⁵. **Contudo**, como isso provavelmente geraria um drama social e a Presidência desta Suprema Corte já suspendeu (*data venia*, sem competência constitucional, legal ou regimental para tanto) cautelar similar na ADC 54, entende-se, por bem, para o bem-estar institucional da Corte e evitar dramas sociais, que isso não ocorra novamente.

Então, o que se, efetivamente, se requer, como MEDIDA CAUTELAR, inaudita altera pars, é o seguinte (analogias entre Lei da ADPF e Lei da ADI justificáveis por serem situações equivalentes, “idênticas no essencial”, por versarem, ambas, sobre o controle concentrado de constitucionalidade:

(i) seja adote o rito célere de tramitação da ADPF, por analogia ao art. 12 da Lei n.º 9.868/99;

(ii) intime-se a Advocacia-Geral da União e a Procuradoria-Geral da República (e quaisquer outros Órgãos que Vossa Excelência julgue pertinente requisitar informações), para que, no prazo de três dias, apresentem a Manifestação e o Parecer (PGR) que entendam cabíveis, por analogia ao art. 10, §1º, da Lei n.º 9.868/99;

²⁴ A **fumaça do bom Direito** encontra-se supra exposta, a saber: **(i)** ninguém da Ilustrada Maioria ter se dignado a explicar como não está “*considerando culpado*” quem admite a “*prisão por culpa*”, por decorrente de juízo de culpabilidade por fato típico e antijurídico, de sorte à cisão semântica interpretativamente criada, entre a proibição constitucional de “considerar culpado” antes do “trânsito em julgado” (CF, art. 5º, LVII) e “prisão”, não fazer sentido, já que, como reconhecido pelo voto do Ministro Teori Zavascki no HC 126.292/SP, em fala transcrita pelo Ministro Fux e pela Ministra Cármen Lúcia no HC 152.752/PR, “**A eventual condenação representa, por certo, um juízo de culpabilidade, que deve decorrer da logicidade extraída dos elementos de prova produzidos em regime de contraditório no curso da ação penal**” (g.n); **(ii)** ser descabida uma *redução teleológica* do art. 5º, LVII, para isto permitir, pois o *núcleo essencial* do referido dispositivo constitucional (e não da presunção de inocência pensada sob a lógica da razão pura, filosoficamente considerada) evidentemente visou impedir a *prisão por juízo de culpa sobre fato típico e antijurídico* antes do trânsito em julgado do processo penal, sendo curioso que se admita que os “demais efeitos [secundários] da condenação” tenham que esperar o trânsito em julgado, mas não o *efeito principal da condenação*, que é a prisão por culpa; **(iii)** o art. 283 do CPP, em legítima conformação legislativa, conseguiu a façanha de densificar ainda mais o art. 5º, LVII, da CF/88, pois se este proíbe “considerar culpado” antes do trânsito em julgado, este proíbe a “prisão” antes do trânsito em julgado, fora das hipóteses de flagrância e prisões cautelares, sendo incoerente com a natureza jurídica de *cautelaridade* das “prisões preventivas e temporárias” (citadas pelo dispositivo legal) interpretar a *prisão cautelar* que visa a *garantia da ordem pública* como permitindo qualquer prisão após condenação de segunda instância (ou mesmo do STJ) – interpretação em contrário contraria não (apenas) a vontade subjetiva de legisladores(as) que o aprovaram, consoante Justificativa do Projeto de Lei respectivo (critério não adotado por esta ação e pelo signatário), mas especialmente a própria teleologia objetiva (*occasio legis e ratio legis*) do referido dispositivo legal; **(iv)** tratados internacionais de direitos humanos que não exigem a presunção de inocência até o trânsito em julgado não podem ser interpretados no sentido de restringir direitos melhor garantidos no ordenamento jurídico interno, por isto violar tanto o **art. 29, “b”, da Convenção Americana de Direitos Humanos**, quanto o **princípio do in dubio pro dignitate**, o qual, nas antinomias entre Direito Internacional dos Direitos Humanos e Direito Interno, demanda a aplicação da **norma mais favorável** à pessoa acusada, que, no caso, é o art. 5º, LVII, da CF/88 e/ou, no mínimo, o art. 283 do CPP (consoante doutrina bem apontada nos votos vencidos do Ministro Celso de Mello sobre o tema).

²⁵ O **periculum in mora** é evidente: desde a decisão do HC 126.292/SP, prisões por culpa têm sido efetivadas após a condenação de segunda instância, donde, se esta for considerada inconstitucional ou, ao menos, ilegal, então estamos presenciando pessoas sendo presas sem que o ordenamento jurídico pátrio isto permita. De sorte que **o estado de coisas inconstitucional dos presídios brasileiros (STF, ADPF 347) torna urgentíssimo deixar-se de prender pessoas que não deveriam estar presas, segundo o Direito Objetivo vigente, que, à toda evidência, isto não permitem** (com todas as *venias* à Ilustre Maioria das decisões anteriores).

VECCHIATTI SOCIEDADE DE ADVOGADOS

(iii) sejam os autos imediatamente liberados para julgamento e remetidos à Ilustre Presidência do STF, antes mesmos de retornarem os pareceres citados, para que sejam incluídos na pauta do dia 10 de abril de 2019, por ser o dia em que pautados os outros processos sobre o tema da prisão após condenação de segunda instância ou STJ (ADC 43, 44 e 54);

(iv) seja garantido, além dos tempos isolados de sustentação oral aos advogados de cada ação de controle concentrado, a soma de tempos das quatro ações (esta e as ADCs 43, 44 e 54) a todos os *amici curiae*, para se levar a sério o conceito de *sociedade aberta de intérpretes da Constituição* (cf. Häberle), o que precisa se aplicar também a se conceder à Advocacia tempo minimamente condigno para suas sustentações orais.

Uma nota final. O país precisa de uma definição final do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, e como não foram julgados os méritos das ADCs 43, 44 (e 54) junto com o HC 152.752/PR, descabe falar em proibição de nova discussão do tema, por suposta ausência dos requisitos autorizadores da “mutação constitucional”, precisamente por referidas ações ainda não terem sido julgadas em definitivo. Ao passo que ratificam-se aqui as pertinentes críticas do **Ministro Marco Aurélio**, sobre a estratégia ter vencido a lógica jurídica, tanto na “reafirmação de jurisprudência via repercussão geral”, feita no ARE 964.246-RG/SP quando na negativa da Ilustre Presidência em pautar concomitantemente as ADCs 43, 44 e 54 quando do julgamento do HC 152.752/SP (pois, com todas as *venias*, embora referido HC tivesse discussões outras, ele também abarcava o tema das ADCs como um de seus fundamentos determinantes, de sorte a ser completamente ilógico e irracional não terem estas sido julgadas concomitantemente, já que isto em nada prejudicaria a prioridade devida aos *habeas corpus*, visto que referido HC teria sido julgado concomitantemente e sem nenhum acréscimo de tempo de julgamento, cabe ressaltar). Lembrando-se que o Tribunal poderia perfeitamente ter deixado vencido o Ministro Marco Aurélio após a negativa de cautelar nas ADCs 43, 44 e 54 para já julgar seu mérito, mas não quis fazê-lo, de sorte a ser incoerente, agora, não querer julgar as ADCs por estratégico julgamento do ARE 964.246-RG/SP.

Veja-se, ainda, a abusiva pressão da mídia, denunciada pelo voto do **Ministro Gilmar Mendes** no HC 152.752/PR. Com efeito, pela iminente chegada do **Ministro Dias Toffoli** à Presidência do STF (*pela tradição desta Suprema Corte em garantir a Presidência a todos os seus integrantes, por ordem de antiguidade*), houve ridícula tentativa de desmoralizar Sua Excelência, por seus prévios vínculos com o Partido dos Trabalhadores, como se isto fizesse com que ele eventualmente tomasse decisões favoráveis ao mesmo²⁶ – algo que a realidade objetiva dos votos de Sua Excelência, inclusive, desmistifica²⁷. *Nunca se fez (como não se deveria fazer) um tal artigo, por exemplo, contra o Ministro Alexandre de Moraes e suas notórias vinculações ao PSDB e ao governo (ilegítimo) de Michel Temer, mesmo ele tendo assumido a relatoria dos Mandados de Segurança impetrados pela Presidenta Dilma Rousseff pleiteando a nulidade do golpe parlamentar mal disfarçado de legalidade democrática (MS 34.371 e 34.441 – os quais, aparentemente, o STF deixará perderem o objeto, até porque, pragmaticamente, já perderam,*

²⁶ Cf., *v.g.*: <<https://www.gazetadopovo.com.br/eleicoes/2018/ex-advogado-do-pt-vai-presidir-o-stf-no-auge-do-caso-lula-8uqg6u92orypi49b9ztcojdz>> e <<https://www.gazetadopovo.com.br/eleicoes/2018/toffoli-assumira-o-stf-por-7-dias-e-vai-abrir-oportunidade-para-lula-tentar-soltura-97o6tk7b0gp0wretg7z93tul8>> (acessos em 06.07.2018).

²⁷ E, relatando que não pautará o tema neste ano, vide: <<https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/agencia-estado/2018/07/19/analise-de-prisao-apos-2-instancia-deve-ficar-para-2019.htm>> (acesso em 19.07.2018).

VECCHIATTI SOCIEDADE DE ADVOGADOS

pelos Tribunais, absurdamente, não os ter julgados imediatamente, não lhe dando a devida prioridade, que havia nas ações sobre o “impeachment” na época da Presidência do Ministro Lewandowski). **Então**, o deferimento desta medida cautelar, forçando o Plenário do Tribunal a decidir, de uma vez por todas, essa discussão, auxiliará, inclusive, na credibilidade do Tribunal perante a sociedade.

Assim, deverá ser concedida medida cautelar, *inaldita altera pars*, nos termos supra e infra, o que desde já se requer.

4. DOS PEDIDOS.

Ante o exposto, requer-se:

(i) a concessão de medida cautelar, inaldita altera pars, embora não para suspender as prisões antes do trânsito em julgado ante o supra exposto (iminência de nova decisão da Ilustre Presidência do STF que “reforme” tal decisão, como ocorrido na ADC 54, de sorte a que não se formula pedido equivalente, embora entenda-se que ele seria absolutamente pertinente e necessário, ante o atendimento dos requisitos legais (cf. **item 3**, supra), invocando-se aqui algumas *analogias* com a Lei de ADI por serem situações equivalentes (idênticas no essencial), por ambas versarem sobre o controle concentrado de constitucionalidade, **para que**:

(i.1) seja adote o rito célere de tramitação da ADPF, por analogia ao art. 12 da Lei n.º 9.868/99;

(i.2) intime-se a Advocacia-Geral da União e a Procuradoria-Geral da República (e quaisquer outros Órgãos que Vossa Excelência julgue pertinente requisitar informações), para que, no prazo de três dias, apresentem a Manifestação e o Parecer (PGR) que entendam cabíveis, por analogia ao art. 10, §1º, da Lei n.º 9.868/99;

(i.3) sejam os autos imediatamente liberados para julgamento e remetidos à Ilustre Presidência do STF, antes mesmos de retornarem os pareceres citados, para que sejam incluídos na pauta do dia 10 de abril de 2019, por ser o dia em que pautados os outros processos sobre o tema da prisão após condenação de segunda instância ou STJ (ADC 43, 44 e 54);

(i.4) seja garantido, além dos tempos isolados de sustentação oral aos advogados de cada ação de controle concentrado, a soma de tempos das quatro ações (esta e as ADCs 43, 44 e 54) a todos os *amici curiae*, para se levar a sério o conceito de *sociedade aberta de intérpretes da Constituição* (cf. Häberle), o que precisa se aplicar também a se conceder à Advocacia tempo minimamente condigno para suas sustentações orais.

(ii) seja, ao final, julgada **TOTALMENTE PROCEDENTE a presente arguição de descumprimento de preceito fundamental, para que**:

(ii.1) se proibam as prisões antes do trânsito em julgado do processo, decretando-se a não-recepção do art. 637 do CPP pelo art. 5º, LVII, da CF/88 (e pelo próprio espírito emancipatório desta), ou mesmo pela revogação

VECCHIATTI SOCIEDADE DE ADVOGADOS

tácita dele pelo art. 283 do CPP, com a redação que lhe foi dada pela Lei Federal n.º 12.402/2011, pela *evidente incompatibilidade de conteúdo* de um dispositivo que permite a prisão após condenação de segunda instância, pela ausência de efeito suspensivo do recurso especial ou extraordinário contra tal decisão condenatória (art. 637) com outro dispositivo que peremptoriamente proíbe a prisão antes do trânsito em julgado (art. 283), cf. argumentos sintetizados na ementa desta ação (p. 2 desta exordial); ou, **subsidiariamente**, proíba-se a prisão por culpa (por condenação judicial) antes de decisão definitiva do E. STJ, cf. a posição do Ministro Dias Toffoli e, atualmente, do Ministro Gilmar Mendes;

(ii.2) seja determinada a imediata soltura de todas as pessoas presas por condenação de segunda instância, desde que não presentes requisitos justificadores da segregação cautelar (e o mesmo para pessoas presas após condenação do STJ, caso a Corte não tenha acolhido este critério do Min. Dias Toffoli);

(iii) subsidiariamente, caso mantido o entendimento de possibilidade de prisão após condenação de segunda instância, ou caso se evolua para isto se permitir apenas após decisão do Superior Tribunal de Justiça, **requer-se:**

(iii.1) seja atribuída **interpretação conforme a Constituição ao disposto no art. 637 do CPP**, com fulcro no art. 93, IX, da CF/88, para que ele seja considerado constitucional (recepção) em termos de ausência de efeito suspensivo e conseqüente possibilidade lógica de “execução provisória da pena” **apenas se interpretado como exigindo** que o acórdão de apelação ou, pelo menos, o acórdão dos embargos declaratórios opostos pela parte condenada enfrente todos os fundamentos por ele apontados, desde que fundamentados em normas jurídicas (textos normativos expressos ou normas implícitas devidamente justificadas como tais) e em aspectos fático-probatórios produzidos nos autos ou não-produzidos, sob alegação de cerceamento de defesa. Determinando-se, nesse sentido, a aplicação do art. 489, §1º (especialmente incisos III e IV, mas todos os demais) e §2º, do CPC/2015, em analogia processual permitida pelo art. 3º do CPP (inclusive porque *in bonam partem*). Dispositivo este que concretiza a compreensão adequada do dever constitucional de fundamentação [adequada] das decisões judiciais, constante do art. 93, IX, da CF/88; e

(iii.2) seja atribuída **interpretação conforme a Constituição do art. 637 do CPP**, por força dos arts. 5º, X, e 37, §6º, da CF/88, para que ele seja considerado constitucional (recepção) em termos de ausência de efeito suspensivo e conseqüente possibilidade lógica de “execução provisória da pena” **apenas se interpretado como demandando** a responsabilidade civil do Estado, com direito a **indenização por danos morais (além de materiais e estéticos, se o caso)**, relativamente às pessoas:

(iii.2.1) presas em “execução provisória da pena” que venham a ser absolvidas por decisão de uma das instâncias extraordinárias (STJ ou STF), pois, em síntese, “Conforme já decidido pelo **Superior Tribunal de Justiça “a absolvição futura revela a ilegitimidade da prisão pretérita, cujos efeitos deletérios para a imagem e honra do homem são inequívocos (notória no egent probationem)” (REsp 872630/RJ, Primeira**

VECCHIATTI SOCIEDADE DE ADVOGADOS

Turma, Relator Designado **Ministro Luiz Fux**, j. 13.11.2007, por maioria)” (*apud* TJSP, Apelação n.º 1021711-08.2014.8.26.0114, 10ª Câmara de Direito Privado, Relator Desembargador Marcelo Semer, julgada em 11.04.2016. G.n);

(iii.2.2) (bem como) nos casos em que a reforma parcial da condenação enseje a diminuição de pena apta a gerar a mudança do regime de cumprimento de pena (seja o regime inicial, mas também no caso de, ainda que o regime inicial fosse fechado mesmo com a nova dosimetria da pena, a pessoa condenada pudesse ter evoluído de regime em momento anterior àquele em que evoluiu, caso a pena aplicada quando de sua condenação “executada provisoriamente” tivesse sido aquela aplicada pela instância extraordinária (STJ ou STF);

(iii.2.3) (bem como) a pessoas presas preventivamente e, posteriormente, absolvidas, já que a pessoa terá a si atribuído um ônus (prisão) que depois se provou indevido, por sua absolvição (então, se não teve uma conduta concreta ameaçadora da integridade real, não presumida, do processo, como ameaçando testemunhas, não faz sentido nenhum a pessoa posteriormente absolvida não ser indenizada), porque referida posterior absolvição demonstra haver erro judiciário e/ou do Ministério Público sobre o tema – o *princípio do in dubio pro societate*, interpretado adequadamente como exigindo elementos consistentes de indícios de autoria e materialidade, pode permitir tais prisões cautelares, mas não pode afastar referida indenizabilidade – a princípio, permite a prisão sem condenação, *se houver* fortes indícios de autoria e materialidade e/ou adequação às taxativas hipóteses legais de prisões cautelares, mas, se a condenação não vier, nenhuma força ele deve ter para afastar tal condenação do Estado em danos morais, aqui estimados em 100 mil reais, *in re ipsa*.

Protesta provar o alegado por todos os meios em Direito admitidos, sem exceção, não obstante trate-se de “questão puramente de Direito” que, salvo melhor juízo, dispensa ulterior dilação probatória, mesmo pela via das audiências públicas, ante o debate sobre o tema pela comunidade jurídica desde a decisão do HC 126.292/SP.

Dá-se à causa o valor de R\$ 1.000,00 (um mil reais).

Termos em que,
Pede e Espera Deferimento.
De São Paulo para Brasília, 13 de março de 2019.

Paulo Roberto Iotti Vecchiatti
OAB/SP 242.668