

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO RELATOR DA AÇÃO DIRETA DE
CONSTITUCIONALIDADE Nº 43 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL,
MINISTRO MARCO AURÉLIO**

Ref. ADC nº 43.

A ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS DEFENSORES

PÚBLICOS – ANADEP (estatuto social em anexo), pessoa jurídica de direito privado, entidade de classe de âmbito nacional, inscrita no CNPJ/MF 03.763.804/0001-30, com sede estatutária em Brasília, na SCS Quadra 01, Bloco M, Edifício Gilberto Salomão, conjunto 1301, CEP 70305-900, neste ato representado por seu Presidente Joaquim Gonzaga de Araújo Neto, Defensor Público Estadual, casado, inscrito no CPF/MF nº. 529.690.613-68 (atas de eleição e de posse em anexo), por seus advogados (procuração em anexo), vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, com fundamento no artigo 7º, § 2º, da Lei 9868/99, e artigo 138 do Código de Processo Civil, requerer sua habilitação como

1

AMICUS CURIAE

nos autos da **Ação Direta de Constitucionalidade nº 43**, pelas razões de fato e de direito que passa a expor:

1. DA LEGITIMIDADE ATIVA DA ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS DEFENSORES PÚBLICOS PARA ATUAR COMO AMICUS CURIAE: REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA.

A Requerente é uma sociedade civil sem fins lucrativos e sem finalidades políticas que congrega Defensores e Defensoras Públicas, ativos e inativos, contando, atualmente, com cerca de 6.000 filiados. Por destinação estatutária, atua não só em defesa de prerrogativas de seus filiados, mas, também, na defesa dos objetivos da Defensoria Pública, enquanto instituição do Estado, bem como, especificamente, **na defesa de toda pessoa ou grupo que esteja em situação de vulnerabilidade**, nos termos dos artigos 1º e 2º de seu estatuto:

“Art. 1º - A Associação Nacional de Defensores Públicos

- ANADEP, sucessora da Federação Nacional de

2

Defensores Públicos – FENADEP, criada em 03 de julho de 1984, é sociedade civil, sem fins lucrativos e sem finalidade política, criada por tempo indeterminado, que congrega Defensores e Defensoras Públicas do País, aposentados ou não, para a defesa de suas prerrogativas, direitos, interesses e livre exercício, pugnando pela concretização dos objetivos da Defensoria Pública enquanto Instituição de Estado permanente, independente e autônoma, expressão e instrumento do regime democrático, a quem incumbe a promoção dos direitos humanos e ampla defesa, individual e coletiva, integral e gratuita, dos direitos dos necessitados.

“Art. 2º - São finalidades da Associação Nacional da Defensores Público ANADEP:

(...)

VI – atuar, nacionalmente e internacionalmente, em proteção e defesa de toda a pessoa ou grupo que esteja em situação de vulnerabilidade, bem como do meio ambiente, do patrimônio artístico, estático, histórico, turístico, paisagístico ou de qualquer outro interesse difuso ou coletivo;

(...)

VIII – promover ações visando o controle de constitucionalidade, dentre elas a Ação Direta de Inconstitucionalidade, a Ação Declaratória de Constitucionalidade, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, o controle difuso e concentrado (mandado de segurança coletivo e habeas data) e as ações coletivas”.

Tramita no STF Ação Direta de Constitucionalidade proposta pelo Partido Ecológico Nacional, objetivando a declaração de constitucionalidade do artigo 238 do Código de Processo Penal, reconhecendo-se a legitimidade constitucional da recente opção do legislador (veiculada na Lei nº 12.406, de 2011) de condicionar o início do cumprimento da pena de prisão ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

A ação funda-se em controvérsia judicial relevante, que se originou do fato de o Plenário do Supremo Tribunal Federal, nos autos do *Habeas Corpus* 126.292, ter autorizado a execução antecipada da pena privativa de liberdade com o advento de decisão colegiada condenatória de segunda instância, antes da ocorrência do trânsito em julgado da condenação, silenciando-se a respeito do conteúdo normativo do artigo 238 do Código de Processo Penal, que, com base em decisão anterior firmada pelo STF nos autos do *Habeas Corpus* 84.078, exige

4

o trânsito em julgado.

Nesse sentido, é patente que a decisão ocorrida nos autos da presente Ação Declaratória de Constitucionalidade irá afetar determinado grupo de indivíduos, uma vez que estão, nesse momento, sofrendo perseguição criminal. Esse grupo vulnerável¹ é, em esmagadora maioria, juridicamente necessitado e representado judicialmente pelos Defensores Públicos de todo o País, filiados da Requerente².

A Defensoria Pública é instituição que tem, por destinação constitucional³, a função de orientação jurídica, de promoção dos direitos humanos e de defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXXIV, art. 5º, da

¹ De fato, como explicitado pelo Eminentíssimo Ministro LUIZ EDSON FACHIN em seu voto na ADPF nº. 347, os estabelecimentos prisionais do país funcionam como “instituições segregacionistas de grupos em situação de vulnerabilidade social”

² Os dados do último INFOPEN, realizado pelo Departamento Penitenciário Nacional - DEPEN, demonstram esta realidade ao revelar que o grau de escolaridade da população carcerária é extremamente baixo, bem menor que a média nacional (documento em anexo), tais como negros, pessoas com deficiência e analfabetos - justamente as pessoas e grupos assistidos pela Defensoria Pública (Disponível em: <http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terceira-relatorio-depen-versao-web.pdf>. Acesso em 01/05/2016).

³ Constituição, artigo 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.

Constituição⁴, como já reconhecido por este Supremo Tribunal Federal⁵, em acórdão lavrado pelo Ministro Celso de Mello.

Por fim, a Lei de Execução Penal⁶ reconhece a Defensoria Pública como órgão de execução penal, cabendo-lhe a defesa

⁴ Constituição, artigo 5º, LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

⁵ DEFENSORIA PÚBLICA - RELEVÂNCIA - INSTITUIÇÃO PERMANENTE ESSENCIAL À FUNÇÃO JURISDICIONAL DO ESTADO - O DEFENSOR PÚBLICO COMO AGENTE DE CONCRETIZAÇÃO DO ACESSO DOS NECESSITADOS À ORDEM JURÍDICA. - A Defensoria Pública, enquanto instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, qualifica-se como instrumento de concretização dos direitos e das liberdades de que são titulares as pessoas carentes e necessitadas. É por essa razão que a Defensoria Pública não pode (e não deve) ser tratada de modo inconseqüente pelo Poder Público, pois a proteção jurisdicional de milhões de pessoas - carentes e desassistidas -, que sofrem inaceitável processo de exclusão jurídica e social, depende da adequada organização e da efetiva institucionalização desse órgão do Estado. - De nada valerão os direitos e de nenhum significado revestir-se-ão as liberdades, se os fundamentos em que eles se apoiam - além de desrespeitados pelo Poder Público ou transgredidos por particulares - também deixarem de contar com o suporte e o apoio de um aparato institucional, como aquele proporcionado pela Defensoria Pública, cuja função precípua, por efeito de sua própria vocação constitucional (CF, art. 134), consiste em dar efetividade e expressão concreta, inclusive mediante acesso do lesado à jurisdição do Estado, a esses mesmos direitos, quando titularizados por pessoas necessitadas, que são as reais destinatárias tanto da norma inscrita no art. 5º, inciso LXXIV, quanto do preceito consubstanciado no art. 134, ambos da Constituição da República. DIREITO A TER DIREITOS: UMA PRERROGATIVA BÁSICA, QUE SE QUALIFICA COMO FATOR DE VIABILIZAÇÃO DOS DEMAIS DIREITOS E LIBERDADES - DIREITO ESSENCIAL QUE ASSISTE A QUALQUER PESSOA, ESPECIALMENTE ÀQUELAS QUE NADA TÊM E DE QUE TUDO NECESSITAM. PRERROGATIVA FUNDAMENTAL QUE PÕE EM EVIDÊNCIA - CUIDANDO-SE DE PESSOAS NECESSITADAS (CF, ART 5º, LXXIV) - A SIGNIFICATIVA IMPORTÂNCIA JURÍDICO-INSTITUCIONAL E POLÍTICO-SOCIAL DA DEFENSORIA PÚBLICA. (...) (ADI 2903, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 01/12/2005, DJe-177 DIVULG 18-09-2008 PUBLIC 19-09-2008).

⁶ **Art. 15.** A assistência jurídica é destinada aos presos e aos internados sem recursos financeiros para constituir advogado. **Art. 16.** **As Unidades da Federação deverão ter serviços de assistência jurídica, integral e gratuita, pela Defensoria Pública, dentro e fora dos estabelecimentos penais.** (Redação dada pela Lei nº 12.313, de 2010). § 1º As Unidades da Federação deverão prestar auxílio estrutural, pessoal e material à Defensoria Pública, no exercício de suas funções, dentro e fora dos estabelecimentos penais. (Incluído pela Lei nº 12.313, de 2010). § 2º Em todos os estabelecimentos penais, haverá local apropriado destinado ao atendimento pelo Defensor Público. (Incluído pela Lei nº 12.313, de 2010). § 3º **Fora dos estabelecimentos penais, serão implementados Núcleos Especializados da Defensoria Pública para a prestação de assistência jurídica integral e gratuita aos réus, sentenciados em liberdade, egressos e seus familiares, sem recursos financeiros para constituir advogado.** (Incluído pela Lei nº 12.313, de 2010). (...) **Art. 61.** **São órgãos da execução penal: (...)**VIII - a Defensoria Pública.

dos reclusos em todo o País⁷, sem prejuízo da defesa por profissional particular.

Portanto, o requisito da representatividade adequada está cumprido, nos termos do artigo 2º, VI, do seu Estatuto.

2. DOS DEMAIS REQUISITOS: RELEVÂNCIA, ESPECIFICIDADE E REPERCUSSÃO SOCIAL

Emana da própria controvérsia aventada nos autos da ADC Nº 43 a convicção de que os requisitos da relevância temática, da especificidade e da repercussão social da decisão judicial invocam a atuação institucional da Defensoria Pública na defesa desse grupo vulnerável, o que ora está sendo pretendido pela Requerente.

A especificidade está cumprida pelo reconhecimento dos deveres constitucionais e legais específicos que cabem à Defensoria Pública, citados anteriormente, na medida em que atua em favor, majoritariamente, dos executados criminalmente que integram o

⁷ **Art. 81-A. A Defensoria Pública velará pela regular execução da pena e da medida de segurança, oficiando, no processo executivo e nos incidentes da execução, para a defesa dos necessitados em todos os graus e instâncias, de forma individual e coletiva. (Incluído pela Lei nº 12.313, de 2010). Art. 81-B. Incumbe, ainda, à Defensoria Pública: (Incluído pela Lei nº 12.313, de 2010). Parágrafo único. O órgão da Defensoria Pública visitará periodicamente os estabelecimentos penais, registrando a sua presença em livro próprio. (Incluído pela Lei nº 12.313, de 2010).**

sistema penitenciário e que terão seus direitos invariavelmente modificados pela *novel* jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

3. RAZÕES DE MÉRITO

I – O Estado da Arte no Âmbito do STF

O art. 5º, inciso LVII da Constituição Federal estabelece que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, consagrando o princípio da presunção de inocência.

Nos primeiros anos de vigência da Constituição de 1988, o Pretório Excelso, mantendo entendimento anterior a 1988, entendeu ser possível a execução provisória da pena, permitindo o encarceramento do condenado para fins de cumprimento de pena, ainda que estivesse pendentes recursos a tribunais superiores. Aceitava-se, portanto, a prisão como condição para conhecimento de apelação, conforme permitido pelos artigos 594 e 595 do Código de Processo Penal anteriormente vigente.

Com a vigência da Constituição de 1988, esse entendimento foi modificado, permitindo-se apenas a prisão preventiva e cautelar, quando houvessem indícios de que, uma vez solto, o indivíduo permaneceria a delinquir. Dessa feita, não poderia mais exigir a prisão como condição para reconhecimento de eventual recurso.

Em 2009, quando do julgamento do *HC 84.078/MG*, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, fixou entendimento no sentido de que deve

8

ser considerado inconstitucional a execução da pena antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória:

“1. O art. 637 do CPP estabelece que ‘[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença’. A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que ‘ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória’. 2. Daí que os preceitos veiculados pela Lei n. 7210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP. 3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação

9

somente pode ser decretada a título cautelar. 4. A ampla defesa, não se pode a visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursas de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento de recurso de apelação significa, também, a restrição do direito de defesa, caracterizando o desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão. [...]"

Eis, então, a consagrada garantia fundamental à presunção de inocência: **a impossibilidade de o Estado tratar o cidadão submetido à persecução penal como se fosse culpado antes do trânsito em julgado da decisão condenatória.**

Isso, contudo, não significa afirmar que não há prisão antes de encerrado o processo penal – a própria Constituição Federal prevê, em sede cautelar, a privação da liberdade do indivíduo, conforme insculpido no artigo 5º, inciso LXI da Carta Magna.

Em 2011, a Lei nº 12.403 positivou o entendimento jurisprudencial da Suprema Corte:

10

“Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.”

Em 17 de fevereiro de 2016, foi publicada a decisão proferida no bojo do *HC* 126.292/SP, que assim restou ementada:

“1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. *Habeas corpus* denegado.”

Proferido em *writ* para remediar constrangimento imposto a paciente acusado de crime de roubo, a decisão ganhou contornos ainda mais dantescos, uma vez que permitiu uma mudança brusca na jurisprudência antes pacificada da Suprema Corte.

11

Para afastar a orientação utilizada anteriormente no *HC 84.078/MG*, apontou-se, como razão de decidir, a pretensa impunidade de criminosos de colarinho branco, gerada pela atuação da defesa técnica que, por repetidos recursos apresentados, alcançaria a prescrição, situação que não se constataria em casos de réus pobres, que, via de regra, não possuem acesso à defesa ativa e efetiva.

O *Habeas Corpus*, contudo, não versava sobre crime de colarinho branco, portanto, não versava sobre crime contra o sistema financeiro nacional, mas sim na hipótese de roubo, o que, por si só, ressalta a incompatibilidade entre as circunstâncias do caso concreto, as razões de decidir e a orientação assentada pelo Plenário do Pretório Excelso.

Impende lembrar, por oportuno, que conforme vasta jurisprudência da Suprema Corte, o entendimento majoritário é que: “(...) o *Habeas Corpus*, por sua natureza, jamais pode acarretar o agravamento de situação para o Paciente, ou Terceiro (...)”.⁸

Nesse sentido, ressaltamos que não há motivos para alterar a orientação e a jurisprudência da Suprema Corte tal qual lançada nos autos do *HC 84.078/MG* – a interpretação de dispositivo da Constituição não pode estar à mercê de maiorias eventuais, muito menos de diagnósticos que consideram o aumento do nível de encarceramento como medida tendente à “efetividade da função jurisdicional penal”, como assentado no julgamento do *HC 126.292/SP*.

É fato que o encarceramento tem crescido de tal forma que essa Suprema Corte foi acionada para examinar se o estado de coisas do sistema carcerário é inconstitucional, o que deveria ter levado essa Corte à tomar medidas pelo desencarceramento de pessoas. O julgamento do HC 126.292, contudo, foi em direção diametralmente oposta, promovendo desconsideração do texto normativo constitucional, comprometendo o princípio constitucional da presunção de inocência e, ao mesmo tempo, comprometendo o princípio da dignidade da pessoa humana, ao promover – ainda mais – o encarceramento em massa, ainda que haja recurso pendente.

3. II – O Princípio da Presunção de Inocência

Embora haja reminiscência do princípio no Direito Romano,⁹ o processo inquisitivo encobriu-o inteiramente. A primeira aparição em um texto legal do princípio ocorreu na Constituição da Virgínia, em 1776, constando, logo depois, em 1789, na célebre Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, na França. No século seguinte, contudo, o princípio sofreu grande crítica, especialmente da

⁹ FERRAJOLI, Luigi – Direito E Razão, p. 441.

Escola Positiva, de Garofalo, de Ferri e de Manzini, esse último considerando-o um verdadeiro absurdo¹⁰. Posteriormente, foi reabilitado, redescobrimo-se os méritos que lhe foram reconhecidos por Hobbes, Beccaria, Pufendorf e Carrara, sendo desse último a manifestação fundamental do princípio: *“Perante um homem ainda assistido pela presunção de inocência, repugna que se diga provisório o estado de liberdade, e, por conseguinte, normal o estado de detenção”*¹¹. A Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU acolheu-o em 1948. A partir daí, o princípio foi sendo introduzido em diversas legislações, A Convenção Americana sobre Direitos Humanos o consagra no artigo 8º, nº 2, estendendo-o *enquanto não se comprove a culpabilidade* do réu.

Parte da doutrina entende existir diferença entre os termos presunção de inocência e de não culpabilidade. Sustenta-se que não se pode presumir a inocência do réu, se contra ele tiver sido instaurada ação penal, pois, no caso, haverá um suporte probatório mínimo. O que se poderia presumir é sua não culpabilidade, até que assim seja declarado judicialmente. Não se poderia, assim, cogitar-se propriamente em uma presunção. Para responder à indagação, Girolamo Bellavista¹² recorre à natureza dessa espécie de presunção. Afirma que se trata de um outro tipo de presunção, diferente da

¹⁰ *Ibidem*, p. 442 e BELLAVISTA, Girolamo. *Studi sul Processo Penale*. Milão: Giuffrè Editore, 1976, v. 4. p. 85.

¹¹ *Apud* MARQUES, José de Frederico – *op. cit.*, v.4. p. 117.

¹² *Studi sul Processo Penale*. Milão: Giuffrè Editore, 1976. v. 4. p. 83-93.

presunção judicial, que é um procedimento lógico pelo qual o juiz deduz o fato desconhecido daquele que é conhecido. Para o autor, trata-se de uma presunção legal de natureza política, mais próxima das funções judiciais do que das presunções judiciais. E é um princípio político que conecta o processo penal com as escolhas político-constitucionais que o hospedam e governam.

Pelo que se depreende, Bellavista entende que o princípio é mais voltado para circunscrever a própria função jurisdicional do que para estabelecer uma verdade processual. Desse modo, não se pode reconduzir a presunção de inocência a uma presunção judicial. Para o autor, não há qualquer diferença entre presunção de inocência e presunção de não culpabilidade, e ele conclui: *“Quando non si è presunti colpevoli, si è presunti innocenti”*.¹³

O vínculo com a função jurisdicional parecer ser, também, a preocupação de Ferrajoli¹⁴.

Realmente, não se pode limitar o princípio constitucional, de natureza política, a uma noção semântica do termo técnico *presunção*, até porque, como assinalou Bellavista, trata-se de uma regra-chave do processo penal,¹⁵ verdadeira diretriz que concretiza a ponderação dos

¹³ *Ibidem*, p. 84.

¹⁴ *“Sendo assim, o princípio de submissão à jurisdição – exigindo, em sentido lato, que não haja culpa sem juízo (axioma A7), e, em sentido estrito, que não haja juízo sem que a acusação se sujeite à prova e à refutação (Tese T63) – postula a presunção de inocência do imputado até prova contrária decretada pela sentença definitiva de condenação”* (*Op. cit.*, p. 441).

¹⁵ *Op. cit.*, p. 83.

bens segurança social e direito à liberdade.

No entanto, sabe-se da grande dificuldade de atribuir aplicabilidade prática à presunção constitucional de inocência, ao ponto de Jorge Price considerá-la tanto revolucionária, como comovedora, pela sua ingenuidade diante da constatação de que a sociedade se instaura invisivelmente sobre a presunção de culpa¹⁶. E, de fato, se instaura mesmo: as religiões, o direito, as sociedades são, efetivamente, constituídas a partir da culpa. A culpa foi devidamente administrada pela Igreja Católica, como manipulação e promessa de salvação¹⁷.

Uma outra explicação para a baixa efetividade social da presunção de inocência pode ser fornecida pela psicanálise. A presunção de culpa que estaria fortemente arraigada nas consciências das pessoas seria justificada pelo medo da tentação de imitar os atos ou impulsos proibidos, pois tais impulsos estariam presentes tanto no criminoso como em todos os membros da comunidade¹⁸.

¹⁶ PRICE, Jorge E. Douglas. *Se presume culpable*, in *Direito e Psicanálise – Interseções a partir de O Processo, de Kafka*, org. COUTINHO, Jacinto. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 133-153.

¹⁷ “*El cristianismo puede ser leído, y seguramente falseado, en clave individualizante debido a su énfasis en la responsabilidad de la persona o, lo que es lo mismo, por la manipulación clerical de la culpa. La salvación por mera gracia de Dios y no por las obras sociales.*” (GALLARDO, *op. cit.*, p. 25).

¹⁸ Freud analisou esse fenômeno nas civilizações antigas: “Somente quando a violação de um tabu não é automaticamente vingada na pessoa do transgressor é que surge entre os selvagens um sentimento coletivo de que todos eles estão ameaçados pelo ultraje; e, em seguida, apressam-se em efetuar eles próprios a punição omitida. Não há dificuldade em explicar o mecanismo desta solidariedade. O que está em jogo em questão é o medo do exemplo infeccioso, da tentação de

Uma outra justificativa permite encontrar na própria natureza humana uma tendência para investir contra o outro, numa espécie de atavismo. Não sem motivo, Foucault advertiu que nós lutamos todos contra todos porque há sempre algo em nós que luta contra outra coisa em nós¹⁹, do mesmo modo que Kant reconheceu a maldade como ínsita na natureza humana e concluiu que, embora o homem pretenda a concórdia, sua natureza quer a discórdia²⁰. Também Freud estudou profundamente a natureza humana e explorou o instinto de morte, de caráter altamente destrutivo, justificador das guerras e da discórdia, embora tenha reconhecido, também, o desejo humano de estabelecer um reino de paz perene²¹.

Nesse quadro instintual, é muito difícil que o princípio da presunção de inocência, tomado como exemplo dos demais direitos humanos, possa se realizar plenamente num sistema processual dominando, desde há muito, pela presunção de culpa, inerente aos seres humanos.

imitar, ou seja, do caráter contagioso do tabu” (FREUD – Totem e Tabu, pgs. 83/84).

¹⁹ *Microfísica do Poder*. 8 ed. Rio de Janeiro: Edições Graal. p. 257.

²⁰ *À Paz Perpétua*. Rio de Janeiro: L&PM Pocket, 2008. p. 32 e 42.

²¹ Carta de Einstein a Freud e Resposta de Freud, disponível em <http://www.terra-quadrada.com.br/terra/modules.php?op-modload&name=News&file=article&sid=82&mode=thread&order=0&thold=0>, acesso em 18 julho 2016.

Só será possível compreender a função política da presunção de inocência se se compreendê-la como princípio de solidariedade: só se pode conceber a si próprio como inocente, se se conceber o outro igualmente como inocente. Para empregar um raciocínio de Boaventura de Souza Santos, é como se o princípio da presunção de inocência se transformasse na forma hegemônica do saber processual penal. O autor citado propõe que o conhecimento-emancipação deve ter primazia sobre o conhecimento-regulação, o que implica que a solidariedade se transforme na forma hegemônica de saber²². Páginas depois, explica ele a trajetória que levou a sociedade atual a uma ideologia do desaparecimento dos amigos e de sua substituição por um mar de corpos estranhos, indiferentes na melhor das hipóteses, ou perigosos na pior delas²³. Pois bem: a dificuldade de aceitar-se um tal princípio de inocência repousa exatamente nesse fenômeno social de enxergar o outro como estranho, indiferente ou mesmo como inimigo. Só se conseguirá levar o princípio a sério quando se o compreender como um princípio de solidariedade²⁴.

Sensível a essa natureza humana, a Constituição brasileira não só consagrou o princípio, como gravou-lhe um marco temporal: **até o**

²² *Op. cit.*, p. 229.

²³ *Ibidem*, p. 250.

²⁴ Não é diferente o pensamento de Eligio Resta: “*Bens e direitos fundamentais são inclusivos, quando um indivíduo não pode gozar deles, se, no mesmo momento não gozam deles todos os outros...*” (RESTA, Eligio. *Direito Fraternal*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004. p. 135).

trânsito em julgado, eliminando qualquer possibilidade de o intérprete dispor desse marco.

Há limites semânticos ao processo de interpretação. Não se pode ignorá-los. Ainda que se deles se discorde.

3.III. O Uso do Mesmo Marco Temporal pela Constituição

A Constituição adotou o mesmo marco temporal para outras situações igualmente relevantes.

No mesmo artigo 5º, inciso XIX, dispôs que as associações só podem ser compulsoriamente dissolvidas por decisão judicial transitada em julgada.

No artigo 41, § 1º, I, estabeleceu que o servidor público só poderá perder o cargo público em virtude de sentença judicial transitada em julgado.

O artigo 95, I, prescreve que o magistrado só poderá perder o cargo público mediante sentença transitada em julgado.

O artigo 128, II, § 5º, item I, letra a, prescreve que o membro do Ministério Público só poderá perder o cargo após sentença transitada em julgado

Ou seja, para a dissolução de associações civis e para a perda do cargo por parte de servidores públicos, magistrados e promotores exige-se o trânsito em julgado, quer dizer, o esgotamento de todas as vias impugnativas. No entanto, para a perda da liberdade, basta a confirmação da sentença condenatória pela segunda instância!

A que ponto se subvalorizou a liberdade humana!

3.IV. Os dados estatísticos

Diferentemente do que se tem apontado, será muito grave a repercussão da decisão desta Corte na população juridicamente pobre, clientela preferencial da Defensoria Pública.

A Defensoria Pública do Estado de São Paulo apurou, durante os meses de fevereiro, março e abril de 2015, que cerca de dos recursos especiais e 25% dos agravos em recursos especiais foram providos no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, num universo de 635 processos. Tais

20

provimentos incidiram em matérias como dosimetria da pena, regime de pena e absolvição no mérito.

A Defensoria Pública do Rio de Janeiro analisou 1.476 processos, entre março de 2014 a dezembro de 2015, e concluiu que:

- 49% dos recursos em habeas corpus tiveram a ordem concedida;
- 41% dos recursos especiais e agravos em recursos especiais foram providos, sendo que 53% destes resultaram em atenuação do regime, 7% a pena corporal foi substituída por restritiva de direitos.

Tais dados, que provavelmente se repetiriam em todas as Defensorias Públicas do País, revelam, inequivocamente, o impacto da decisão desta Corte caso a tese da execução da pena após a decisão de segundo grau seja mantida.

4. DOS PEDIDOS

Diante de tudo o acima exposto, pede e espera a
Requerente:

- a) sua admissão na condição de *amicus curiae* nos autos da Ação Direta de Constitucionalidade nº 43;
- b) a fixação de seu espectro de atuação processual, que deve incluir a manifestação escrita e a sustentação oral nas sessões plenárias;
- c) ao final, sejam julgados procedentes os pedidos contidos na Ação Direta de Constitucionalidade, declarando-se a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal, no sentido de exigir-se o trânsito em julgado para a expedição do mandado de prisão.

Brasília, 09 de abril de 2018.

L. G. GRANDINETTI CASTANHO DE CARVALHO

OAB/RJ 38.607

ILTON NORBERTO ROBL FILHO

OAB/DF 38.677

ISABELA MARRAFON

OAB/DF 37.798

TATIANA ZENNI GUIMARÃES

OAB/DF 24.751

THÁBATA SOUTO CASTANHO DE CARVALHO

OAB/RJ 211.185

DOCUMENTOS ANEXOS

- 1. Estatuto Social da ANADEP**
- 2. Ata de Eleição da Direção da ANADEP**
- 3. Procuração**