

EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO
DIGNÍSSIMO RELATOR DA ADPF 347-DF

INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA - MARCIO THOMAZ BASTOS (IDDD), *amicus curiae* admitido por esse E. Supremo Tribunal para participar do julgamento da arguição em epígrafe, com fundamento nos artigos 138, § 1º, e 1.022, ambos do Código de Processo Civil, e no artigo 337 do Regimento Interno dessa C. Corte, vem opor embargos de declaração ao acórdão que julgou parcialmente procedente o pedido formulado pelo arguente, pelas razões que passa a expor.

1. Importante assentar a legitimidade do Peticionário para a presente oposição, formulada com o objetivo de aperfeiçoar a prestação jurisdicional pelo saneamento de omissões havidas no acórdão embargado que serão apontadas mais adiante.

Vale dizer logo que o IDDD não desconhece o entendimento dessa C. Corte Constitucional no sentido de que *“os amici curiae não têm legitimidade para opor embargos de declaração em sede de controle concentrado de constitucionalidade”*¹,

¹. ADPF 588-PB ED, Relator Ministro Luís Roberto Barroso, j. 21.2.2022.

fundado na especialidade do procedimento legalmente previsto para o processamento de pedidos dessa natureza. *Data maxima venia*, o ordenamento jurídico, a mais recente Doutrina e o posicionamento de alguns dos atuais Ministros desse E. Tribunal Constitucional indicam para a conveniência de evolução da orientação dessa Suprema sobre o tema.

Pois bem. Como se sabe, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) foi disciplinada pela Lei 9.882/99, onde não se trata, especificamente, de impossibilidade de oposição de embargos declaratórios à decisão que decide o processo de controle concentrado.

Já o art. 26 da Lei 9.868/99 admite, expressamente, a possibilidade de oposição de embargos de declaração contra decisões proferidas em sede de Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI) ou Declaratória de Constitucionalidade (ADC): “A decisão que declara a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo em ação direta ou em ação declaratória é irrecorrível, ressalvada a interposição de embargos declaratórios, não podendo, igualmente, ser objeto de ação rescisória.” (destacamos).

É evidente a simetria entre ADPF, ADI e ADC, o que faz admissível, em sede de ADPF, os embargos previstos pelo art. 26 da Lei 9.868/99. É nesse sentido que decide esse E. Supremo Tribunal Federal, que conheceu de embargos de declaração opostos por arguente na ADPF 109, Relator o Ministro EDSON FACHIN, j. 23.2.2023.

Fixada a premissa do cabimento de embargos em sede de controle concentrado, trate-se da legitimidade do amigo da Corte para a oposição, tendo-se em conta que, afinal, é em processos objetivos que a atuação do *amicus curiae* tem sede privilegiada.

Em 2015, a Lei 13.105 levou a disciplina de atuação do *amicus curiae* para o Código de Processo Civil, assentando, na cabeça do art. 138, que “o juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação”. O § 1º do citado dispositivo não deixa espaço para dúvidas sobre a possibilidade de oposição de aclaratórios pelo *amicus*: “A intervenção de que trata o *caput* não implica alteração de competência nem autoriza a interposição de recursos, ressalvadas a oposição de embargos de declaração (...)” (destacamos).

Em que pese a especialidade das Leis 9.868/99 e 9.882/99, que regulamentam o controle concentrado de constitucionalidade, não há qualquer óbice à oposição de embargos declaratórios pelos amigos da Corte. Não se vislumbrando incompatibilidade entre a norma geral, contida no Código de Processo Civil, com essas leis especiais, *permissa venia*, o artigo 138, § 1º, do CPC é plenamente aplicável à ADPF.

Mas não é só! Esse E. Supremo Tribunal assenta que a atuação do *amicus curiæ* tem como objetivo “agregar subsídios que possam contribuir para a qualificação da decisão a ser tomada pelo Tribunal”².

Em festejado trabalho doutrinário, o Ministro GILMAR MENDES e o Procurador Geral da República PAULO GUSTAVO GONET BRANCO pontuam que a participação dos amigos da corte é “(...) providência que confere caráter pluralista e democrático (CF/88, art. 1º, parágrafo único) ao processo objetivo de controle abstrato de constitucionalidade.”³ E prosseguem:

“Essa nova orientação parece acertada, pois permite, em casos específicos, que a decisão na ação direta de inconstitucionalidade seja subsidiada por novos argumentos e diferentes alternativas de interpretação da Constituição.”⁴

“(...) deve-se anotar que tudo recomenda que, tal como na ação direta de inconstitucionalidade e na ação declaratória de constitucionalidade, a arguição de descumprimento de preceito fundamental assuma, igualmente, uma feição pluralista, com a participação de *amicus curiæ*.”⁵

Ora, a função do *amicus curiæ* é contribuir com a decisão final, por meio da articulação de argumentos e apresentação de perspectivas diversas. Para o eficiente cumprimento dessa missão é fundamental que a decisão proferida, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, considere os apontamentos realizados pelos *amici curiæ*. Constatada omissão ou contradição, o instrumento cabível para saná-los são os

². ADI 3.460 ED, Relator Ministro Teori Zavascki, p. 12.8.2015.

³. Em *Curso de Direito Constitucional*, 18ª ed., Saraiva, 2023. p. 1418.

⁴ *Ibidem*, p. 1419.

⁵ *Ibidem*, p. 1540.

embargos de declaração, conforme previsão dos arts. 138, §1º, e 1.022 do CPC e 337 do RISTF.

Não faria sentido, *data venia*, permitir a participação processual de amigo da Corte, com o objetivo de aperfeiçoar a prestação jurisdicional, pela oferta de argumentos fáticos ou jurídicos próprios da expertise do assistente, e, ao mesmo tempo, suprimir-lhe o instrumento de aprimoramento da decisão proferida, em caso de omissão, contradição ou obscuridade. Mais uma vez, destaque-se o ensinamento da Professora TEREZA ARRUDA ALVIM:

“A parte é legitimada para recorrer; se for vencida, tem interesse. Mas o interesse, em relação aos embargos de declaração, avalia-se de um modo diverso, a partir de parâmetros diferentes, daqueles usados pelos recursos em geral, como se viu no item anterior.

“Por quê? Porque os embargos de declaração são um recurso *sui generis*. Aliás, é conhecida a discussão, já mencionada, sobre sua natureza não recursal. Sabe-se que quando a decisão é embargável de declaração, não há propriamente um ‘vencido’. Ambos têm interesse em ver a decisão esclarecida, integrada, complementada, tanto o que foi por esta beneficiado, quanto o que deve cumpri-la. (...)”⁶

Portanto, a despeito de o *amicus curiæ* não ser parte autora na ADPF, nada obsta a oposição de declaratórios, na qualidade de assistente, uma vez que acórdão corretamente motivado e devidamente integrado se mostra salutar não somente às partes, mas também para a própria jurisdição, sobretudo por se tratar de decisão proferida em sede de controle abstrato.

⁶. Obra citada, p. 48;

Dessa forma, *venia concessa*, o *amicus curiæ* tem legitimidade para opor embargos de declaração. E o Ministro LUIZ FUX, no julgamento dos já citados embargos de declaração na ADPF 109, consignou que, talvez, esteja próxima a oportunidade de revisita ao tema:

“Essa é uma questão, Senhora Presidente, que a gente talvez tenha de parar um dia para enfrentar, porque o único recurso que os *amici curiæ* podem oferecer são os embargos de declaração. (...)

“Mas só para consignar aqui que eu admito embargos de declaração pelo *amicus curiæ*.”⁷

E o Ministro EDSON FACHIN, no julgamento referido, já conhecia dos embargos opostos pelo amigo da Corte.

Diante da extrema relevância da matéria discutida na presente ADPF, quiçá esta seja a oportunidade desse Pretório Excelso enfrentar novamente a questão, postulado o IDDD que resulte o reconhecimento da possibilidade jurídica de oposição de embargos declaratórios por *amicus curiæ*.

2. Demonstrada a admissibilidade da oposição de embargos declaratórios pelo amigo da Corte, passe-se à demonstração de que a falta de tratamento de questão posta por ele abre as portas para a aclaração.

⁷. ADPF 109 ED citado.

Vale destacar que, no julgamento da ADI 5180, essa Corte Constitucional assentou que, em sede de controle abstrato de constitucionalidade, a Corte não está limitada às razões e pedidos deduzidos na petição inicial, podendo utilizar-se de fundamentos invocados pelos demais sujeitos interessados:

“Consoante assentado na decisão impugnada, esse fenômeno ocorre porque a causa de pedir, no controle objetivo de normas, é aberta, o que significa dizer que a adequação ou não de determinado texto normativo é realizada em cotejo com todo o ordenamento constitucional vigente ao tempo da edição do dispositivo legal. “Daí é que, costumeiramente, se afirma que, caso declarada a constitucionalidade de uma norma, consideram-se repelidos todos e quaisquer fundamentos no sentido da sua inconstitucionalidade, e vice-versa.

“Do mesmo modo, não está a Corte limitada às razões de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade aduzidas na petição inicial, podendo julgar a ação proposta utilizando-se de motivação totalmente diversa da carreada aos autos pela parte autora ou pelos demais sujeitos interessados.”⁸ (grifamos)

Portanto, a falta de manifestação acerca das deduções apresentadas pelos *amici curiae*, ainda que não constante explicitamente da petição inicial do arguente, pode ser caracterizada como omissão, sanável por meio de embargos de declaração, desde que exista vinculação entre o objeto da ação de controle concentrado, como proposto pelo autor e enfrentado pela Corte, e o tema destacado pelo *amicus curiae*.

3. O Embargante pensa ter demonstrado o cabimento de embargos declaratórios por amigo da Corte, especialmente quando o ponto de reflexão omitido foi proposto pelo assistente.

⁸. ADI 5180 AgR, Relator Ministro DIAS TOFFOLI, j. 27.4.2018, destaque nosso.

Desde o início, o debate objeto desta ADPF impôs a inegável necessidade de ação pelos três Poderes da República: Executivo, Legislativo e, como não poderia deixar de ser, o próprio Judiciário. Muitos são os aspectos já inseridos no acórdão construído por essa C. Suprema Corte, mas são também vários os aspectos postos, mas ainda não tratados, que podem, ainda, merecer a atenção desse Tribunal.

Os presentes embargos de declaração se fundam nas omissões do acórdão embargado, que deixou de apreciar duas proposições aventadas pelo Embargante, quando da sua habilitação como *amicus curiae* na ADPF em epígrafe, notadamente quanto (i) a indevidas restrições ao âmbito de incidência de *habeas corpus* impostas pelas Cortes Superiores; e (ii) a atribuição de interpretação conforme a Constituição do artigo 112 da Lei de Execuções Penais. Vejamos.

3.1. Como já consignado no tópico anterior, em controle abstrato, essa C. Corte Suprema não está “limitada às razões de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade aduzidas na petição inicial”⁹. Ademais, ao reconhecer, desde o início, que o estado de coisas inconstitucional encontrado em nossos cárceres é de responsabilidade de todos os Poderes, esse Supremo Tribunal Federal, evidentemente, não se omitiu sobre a responsabilidade do próprio Judiciário.

Eis porque, dentre as medidas adotadas pelo Judiciário que contribuem para o encarceramento indiscriminado, o IDDD apontou a cada vez mais frequente adoção da

⁹. ADI 5180 AgR citada.

denominada “jurisprudência defensiva”, também concretizada com as crescentes limitações ao uso do *habeas corpus*. Muitas destas cada vez mais corriqueiras limitações, pesa dizer!, decorrem da jurisprudência que as Cortes Superiores vêm construindo nos últimos anos.

Como se observa na manifestação inicial do Embargante, a partir da edição do verbete sumular 691, essa E. Corte vem restringindo o uso de *habeas corpus*, deixando de conhecer o remédio heroico impetrado contra decisão monocrática de relator de tribunal requerido. A partir do julgamento do HC 109.956, tal restrição passou a ser ainda maior, negando-se o *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário.

É inegável que restringir o uso do *habeas corpus*, que é o instrumento tutelar da liberdade por excelência, auxilia no encarceramento em massa que assola o sistema penitenciário. Conforme já consignado na manifestação inicial, não há como tratar de excesso ilegal de encarceramento sem lembrar que o instrumento tutelar da liberdade, por excelência, é o *habeas corpus*, que, como se viu, essa C. Corte Constitucional restringiu sobremaneira, embora a Carta da República o tenha em dignidade ampla: “conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder” (cf. inc. LXVIII do art. 5º).

Note-se que, após a Súmula 691 e a orientação assentada no HC 109.956, a palavra ‘sempre’, constante da cláusula constitucional, que não vacilam os lexicógrafos em afirmar que significa “a cada instante, sem exceção” (HOUAISS), “em todo o tempo, em qualquer ocasião” (AURÉLIO), “em todo momento ou hora” (AULETE), tomou sentido

deveras mais restrito, que, na prática, limitou o controle de legalidade de atos que mediata ou imediatamente podem levar ao encarceramento.

E essa limitação se deu em maltrato à tradição assentada por esse E. Supremo Tribunal que sempre conferiu ao instrumento tutelar da liberdade alcance amplíssimo, sempre com o objetivo de, pelo controle expedito e eficiente de legalidade, impedir que indivíduos acabassem submetidos indevidamente à Justiça Criminal.

Da decisão embargada constam diversas medidas direcionadas ao Poder Judiciário, tais como o dever de motivação da não aplicação de medidas cautelares diversas da prisão; a preferência pela fixação de penas alternativas à prisão; levar em consideração o estado de coisa inconstitucional do sistema penitenciário quando da concessão de cautelares penais na aplicação da pena e durante a execução penal. Note-se que o acórdão embargado pontua que colabora para o problema penitenciário o descontrole na entrada de presos no sistema prisional:

“A superlotação carcerária é um problema antigo, atribuído a uma multiplicidade de fatores sociais, econômicos e políticos que incluem a supervalorização de soluções em segurança pública com foco no encarceramento, como vimos pelo aumento exponencial do número de pessoas presas. Nesse sentido, a questão que nós estamos enfrentando não se resume ao déficit ou a má qualidade das vagas. Até existe um déficit de vagas, como demonstrei, mas a questão vai além.

“Ao contrário, esse déficit é, em parte, produto de um descontrole na entrada de pessoas no sistema carcerário, bem como na sua saída. (...)

“Há essa crença de que é a privação da liberdade a melhor resposta para toda e qualquer situação. São parte desse problema de excesso de entrada a prisão desnecessária por pequenos crimes contra o patrimônio e por pequenas quantidades de drogas, mesmo quando praticados sem violência ou ameaça

às pessoas. Os presos por pequenos crimes contra o patrimônio e por pequena quantidade de drogas correspondem a 60% do sistema penitenciário.”

Mas as restrições impostas ao remédio heroico não foram enfrentadas pelo acórdão embargado. É, *data venia*, omissis neste ponto, razão pela qual se fazem cabíveis os presentes embargos, em busca da atenção desse E. Tribunal Constitucional para a dignidade do disposto no art. 5º, LXVIII, da CF.

Os Tribunais Superiores, em incontáveis vezes, são a última trincheira contra a entrada e manutenção de presos no já superlotado sistema carcerário. Nesse sentido, o professor THIAGO BOTTINO desenvolveu excelente pesquisa que deu origem ao livro *Habeas Corpus nos Tribunais Superiores: Análise e proposta de reflexão*¹⁰, no qual se consigna o aumento na concessão das ordens *ex officio* a partir da mudança promovida pelo julgamento do HC 109.956 pelo STF e pontua que “esse alto percentual indica um funcionamento irregular do sistema em que a atuação do Judiciário sem ter sido provocado é bastante excepcional”¹¹.

Um dos resultados da pesquisa aponta que “a taxa de concessão de HCs e RHCs é maior quando o paciente está preso”¹². Vale dizer, restringir a impetração de *habeas corpus* não contribui para a situação do sistema carcerário, criando tão somente mais

10. A pesquisa que originou o livro se deu a partir da análise estatística de uma amostra de 6% de julgados do STJ e STF entre os anos de 2006 e 2014.

11. Em *Habeas Corpus nos Tribunais Superiores: uma análise e proposta de reflexão*, Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2016. p. 74.

12. *Ibidem*, p. 79. Segundo a pesquisa, o índice de concessão integral ou parcial das ordens de HC e RHC, quando o Paciente é preso é de 53,79%, enquanto solto é de 42%, não havendo informação quanto ao remanescente.

um óbice para as defesas superarem e terem os pleitos de liberdade apreciados. Em uma de suas conclusões, o Professor anota que a restrição do uso de *habeas corpus* não enfrenta a causa do problema, mas tão somente um sintoma:

“Com efeito, uma vez que se concede a ordem – ainda que *ex officio* –, essa ‘solução’ não será capaz de diminuir a maior parte do grande volume de impetrações, pois permanece o incentivo positivo à impetração. Por outro lado, essa prática produz os seguintes ‘efeitos colaterais’: (...) (3) gera insegurança jurídica nos jurisdicionados, na medida em que não se tem clareza acerca do cabimento ou não daquela ação. Por fim, essa solução tampouco enfrenta as verdadeiras causas do aumento exponencial das impetrações de HCs e RHCs, mas ataca apenas o ‘sintoma da doença’.”¹³

Dessa forma, diante do impacto positivo que a proposta de revisão da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal quanto à utilização do *habeas corpus* pode ter no sistema carcerário, mostrava-se relevante a apreciação do tema por esse E. Tribunal Constitucional. É o que se requer, para sanar a omissão constatada, resultando o cancelamento da Súmula 691, bem como o restabelecimento da dignidade constitucional do *habeas corpus* como instrumento tutelar da liberdade, ao qual não se deve impor limites, admitindo-se, inclusive, a impetração substitutiva de recurso ordinário ou revisão criminal.

3.2. O segundo ponto suscitado na manifestação originária do Embargante, que encontra reflexo na petição inicial do arguente, frise-se, diz respeito à proposta de interpretação conforme à Constituição do art. 112 da Lei de Execuções Penais, que data de 1984. Segundo a proposta do IDDD, não referenciada no acórdão embargado,

¹³. *Ibidem*, p.76.

vencido o lapso temporal objetivo imposto em título executivo penal, a progressão de regime deve se dar de forma automática, exceto se decisão judicial devidamente motivada a obste.

A letra da Lei condiciona a progressão à decisão judicial. Se a progressão de regime fosse automática, tendo como critério o lapso temporal constante da guia de execução, não haveria (ou muito diminuiria) a fila do desencarceramento. Mas a LEP demanda decisão judicial.

Ocorre que a ordem constitucional de 1988 tem a liberdade como regra e a prisão como exceção. Di-lo, há muito, essa Corte Constitucional:

“(...) 2. O instituto da prisão opera como excepcional afastamento da regra da liberdade de locomoção do indivíduo. Donde a necessidade do seu permanente controle por órgão do Poder Judiciário, quer para determiná-la, quer para autorizar a sua continuidade (...).”¹⁴

No cumprimento de pena, o caminho constitucional, que se pode assentar a partir do precedente acima, indica dever ser, vencido o lapso temporal objetivo imposto em título executivo penal, imediata a progressão rumo ao regime seguinte, sendo exceção a manutenção do *status* à espera de decisão judicial.

Por isso, o IDDD propôs que o art. 112 da LEP fosse interpretado conforme a Constituição Federal para assentar que a pena privativa de liberdade será executada em

¹⁴. HC 110.844, 2ª T., Relator Ministro AYRES BRITTO, j. 10.4.2012, DJe 19.6.2012.

forma progressiva com a transferência automática para regime menos rigoroso quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior, podendo o juiz competente obstar a transferência, a pedido do Ministério Público, ouvida a defesa, por decisão devidamente fundamentada, respeitadas as normas que vedam a progressão.

O voto condutor do v. acórdão embargado, ao analisar a questão do “descontrole na saída” dos presos, aponta a retenção indevida dos apenados em regime mais gravoso por omissão dos requerimentos de progressão de regime/livramento condicional/extinção da pena que, muitas vezes, são detectados apenas quando ocorrem os chamados mutirões carcerários:

“E agora o terceiro eixo, que é o descontrole na saída.

“Além de muitas vezes prender desnecessariamente, o sistema prisional brasileiro mantém pessoas presas por tempo superior àquele que era devido, por muitas razões, como por exemplo:

“1) Os presos são retidos nas prisões indevidamente por omissão ou mau controle do sistema, conforme detectado por meio de mutirões carcerários. Muitas pessoas já cumpriram a sua pena e continuam presas ocupando vagas no sistema.

“2) Muitos presos não usufruem da progressão de regime e do livramento condicional igualmente por omissão, ocupando indevidamente as vagas do regime em que se encontram - no último caso, contra precedente vinculante do próprio Supremo Tribunal Federal, como a Súmula Vinculante 56.”

Apesar de reconhecer que, no Brasil, pessoas ficam presas por mais tempo do que deveriam em razão da omissão e falhas no sistema, o acórdão ignorou a proposta do Embargante para que a progressão se dê de forma automática, o que, a um só tempo, desafogaria os presídios e desincumbiria os magistrados de avaliarem diversos requerimentos de progressão de regime, livramento condicional e outros direitos,

deixando-os dedicados apenas aos casos excepcionais, em que a manutenção do regime mais gravoso se justifica.

Portanto, o Embargante requer sejam conhecidos estes declaratórios para suprir a omissão referida, levando-se em conta a proposta de interpretação conforme formulada pelo IDDD.

4. Por todo o exposto, o IDDD requer sejam conhecidos os presentes embargos de declaração, chancelando-se a legitimidade do Embargante para oposição e, no mérito, dando-se provimento para suprir as omissões apontadas, promovendo-se a revisão da jurisprudência desse E. Supremo Tribunal Federal quanto à restrição do uso e admissão de *habeas corpus* nos Tribunais Superiores e para dar interpretação conforme a Constituição ao artigo 112 da Lei de Execuções Penais para que a pena privativa de liberdade seja executada em forma progressiva com a transferência automática para regime menos rigoroso, podendo o juiz competente obstá-lo, a pedido do Ministério Público, ouvida a defesa, por decisão devidamente fundamentada.

De São Paulo para Brasília, em 1º de fevereiro de 2024.

Roberto Soares Garcia
Presidente do Conselho Deliberativo do IDDD
OAB/SP 125.605

Guilherme Ziliani Carnelós
Presidente da Diretoria do IDDD
OAB/SP 220.558

Domitila Köhler
DIRETORA DE LITIGÂNCIA ESTRATÉGICA
OAB/SP 207.669

Luiz Rodrigo de A. B. Brocchi
MEMBRO DO GRUPO DE LITIGÂNCIA ESTRATÉGICA
OAB/RJ 118.712

MARIA VICTÓRIA HERNANDEZ LERNER

CONSULTORA DE LITIGÂNCIA ESTRATÉGICA

OAB/DF 19.413