

EXCELENTÍSSIMO SENHOR D. PRESIDENTE DO INSTITUTO DOS ADVOGADOS
BRASILEIROS, DR. SYDNEY SANCHES

Ref.: Indicação 044/2022 – Indicante: D. Presidente da Comissão Permanente de Direito Penal,
Dr. Márcio Barandier

Matéria: Indicação urgente. Consultoria jurídico-criminal – análise técnica sobre Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF nº 334), autos 00688.00178/2015-63, ajuizada perante o Supremo Tribunal Federal, pelo então Procurador-Geral da República, Rodrigo Janot, quanto à pretensa inconstitucionalidade da *prisão especial* para pessoas com diploma de ensino superior, prevista no artigo 295, VII, do Código de Processo Penal.

Ementa: ADPF nº 334/STF. Prisão especial. Art. 295, VII, do CPP. Pretensa inconstitucionalidade. Falta de condições de ação. Improcedência da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

I. INTRODUÇÃO.

O presente parecer, vinculado à indicação urgente, realizada pelo Plenário desse I. INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS, no último 27 de julho de 2022, tem por objeto a análise jurídica da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF nº 334), autos 00688.00178/2015-63, ajuizada em 9 de março de 2015, perante o Supremo Tribunal Federal, pelo então Procurador-Geral da República, Rodrigo Janot, quanto à *pretensa inconstitucionalidade da prisão especial para pessoas com diploma de ensino superior*, prevista no artigo 295, VII, do Código de Processo Penal (Decreto Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941).

I. PRINCIPAIS PONTOS DA ADPF nº 344

O Supremo Tribunal Federal deve julgar, no próximo dia 10 de agosto, se a *prisão especial* a pessoas com diploma de ensino superior, prevista no artigo 295, VII, do Código de Processo Penal, mostra-se constitucional.

O questionamento sobre a pretendida inconstitucionalidade do *direito individual* chegou à Alta Corte, com o fim de examinar a seguinte disposição do Código de Processo Penal:

Art. 295. Serão recolhidos a quartéis ou a prisão especial, à disposição da autoridade competente, quando sujeitos a prisão antes de condenação definitiva:

...

VII - os diplomados por qualquer das faculdades superiores da República;

Como sabido, o artigo 295, do Código de Processo Penal, cuida da chamada *prisão especial*, que protege determinadas pessoas, em virtude de função pública, de formação escolar, do exercício de atividades religiosas, dentre outros fundamentos. O dispositivo legal sob exame refere-se à prisão processual, de natureza cautelar, logo, não se aplica à prisão resultante de sentença penal condenatória, transitada em julgado. A *prisão especial* apresenta-se forma de cumprimento do gênero *prisão processual*.

Para o Procurador-Geral da República, o tratamento diferenciado a determinadas pessoas se justifica ante o princípio da *isonomia* em algumas das hipóteses enumeradas no dispositivo, diante do risco criado pelo exercício de funções públicas no sistema de justiça criminal e em razão do exercício de outras atividades sobre as quais recai evidente perigo de encarceramento em *prisão comum*. Contudo, distinção estabelecida no inciso VII, que prevê *prisão especial* a

“diplomados por qualquer das faculdades superiores da República”, não encontraria razão jurídica, nem critério razoável teria sido adotado pelo legislador.

Para justificar tal compreensão isolada, o Procurador-Geral da República rememora o contexto histórico da criação da norma, instituído no Brasil no contexto do governo provisório de Getúlio Vargas, pela Lei nº 425, de 5 de julho de 1937, às vésperas do golpe que implantou o regime ditatorial do Estado Novo. Dessa forma, nessa linha de particular de ver, se trataria de instituto originado em contexto antidemocrático, durante período de supressão de garantias fundamentais e manutenção de privilégios, sem respaldo na igualdade substancial entre cidadãos.

Posteriormente, a *prisão especial* para diplomados foi confirmada pelo Decreto-lei 3.689, de 3 de outubro de 1941, o Código de Processo Penal (CPP), em pleno regime de exceção.

Até 1991, o dispositivo era regulamentado pelo Decreto 38.016, de 5 de outubro de 1955, o qual previa extenso rol de benefícios para “presos especiais”. Essa norma foi revogada pelo Decreto 11, de 18 de janeiro de 1991, que aboliu a regulamentação da matéria.

Em 2001, a Lei 10.258/01 procurou restringir algumas discriminações do artigo 295, do CPP, e determinou serem as distinções entre *prisão especial* e *prisão comum* o recolhimento em local diferente e o transporte separado. Para tanto, acrescentaram-se ao artigo 295, do CPP, os seguintes parágrafos:

§ 1º. A prisão especial, prevista neste Código ou em outras leis, consiste exclusivamente no recolhimento em local distinto da *prisão comum* (itálico nosso).

§ 2º. Não havendo estabelecimento específico para o preso especial, este será recolhido em cela distinta do mesmo estabelecimento.

§ 3º. A cela especial poderá consistir em alojamento coletivo,

atendidos os requisitos de salubridade do ambiente, pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequados à existência humana.

§ 4º. O preso especial não será transportado juntamente com o preso comum.

§ 5º. Os demais direitos e deveres do preso especial serão os mesmos do preso comum.

Nesse contexto, o Procurador-Geral da República defende que a simples definição de algo como “especial” necessariamente denotaria discriminação e acarretaria desigualdade, pois algo somente pode ser especial frente aos demais integrantes de uma categoria que sejam comuns. “Especial” seria algo “fora do comum”, “próprio”, “peculiar”, “específico”, “particular”, “extraordinário”, o que ensejaria por si só tratamento discriminatório entre as formas de execução do encarceramento provisório.

Argumenta que, em algumas das hipóteses do artigo 295, do CPP, a discriminação não afronta a isonomia e os objetivos de justiça social e solidariedade da Constituição da República, pois se baseia na necessidade de segurança e na proteção do direito fundamental à vida e à integridade física de quem desempenha função que acarrete perigo, se inserido no sistema de justiça criminal.

Por outro lado, assenta que, quanto aos “diplomados” (inciso VII), a distinção não ostentaria amparo constitucional, porquanto o critério de distinção não guardaria conexão racional, digna e justa com a medida diferenciadora e atingiria a essência do conceito de *república*, a dignidade do ser humano, **a igualdade material de tratamento que deve reger as ações do Estado perante os cidadãos**, assim como a finalidade de construção de justa e solidária, de redução de desigualdades sociais e de promoção do bem geral, sem preconceitos e outras formas de discriminação.

Conclui, a contar desse raciocínio *sui generis*, que o critério

relacional que baseia a norma (grau de escolaridade) não guarda relação lógica com a distinção por ela instituída (*prisão especial*), nem com finalidade alguma buscada pelo texto constitucional, e, por isso, se contrapõe aos objetivos constitucionais acima indicados.

➤ **Consultoria da Advocacia-Geral da União (fls. 181/185 do pdf)**

A Consultoria da Advocacia-Geral da União (AGU) manifestou-se pela manutenção da *prisão especial*, por entender que a determinação não viola os princípios e garantias, insculpidos na Constituição da República.

Tanto o artigo 295, do Código de Processo Penal, bem como o artigo 242, do Código de Processo Penal Militar, o qual, também, aborda o mesmo tema, tratam de matéria processual penal, qual seja, a forma de cumprimento de prisão processual (em local distinto da *prisão comum*), o que em nada mitiga ou limita o poder punitivo do Estado. Por essa razão, defende que a norma atacada não está fixando, direta ou indiretamente, penas diferenciadas entre as pessoas. Por certo, o comando em questão não implica a introdução de perdão, anistia ou qualquer abrandamento de regras punitivas aos portadores de diploma de nível superior:

Isto porque, no instituto da prisão especial, a regra se aplica tão somente à hipótese de prisão cautelar (temporária ou preventiva), onde o indiciado ou réu ainda não tem contra si uma sentença penal condenatória transitada em julgado. Em outras palavras, na hipótese de condenação penal definitiva, com pena de restrição de liberdade, a obrigação prisional será efetivamente cumprida, independentemente do grau de instrução do detento.

Frise-se, por oportuno, que, no sistema penal brasileiro, a prisão cautelar (preventiva ou provisória) é exceção, em respeito ao princípio da presunção da inocência.

Depreende-se, portanto, que, considerando o ordenamento jurídico vigente, inexistem para o diplomado de nível superior quaisquer imunidades a impossibilitar que o Estado o prive de sua liberdade ou mesmo que lhe defira um grau de liberdade

diferenciado em relação aos demais presos.

Ao final, a Consultoria da AGU concluiu que a *prisão especial*, prevista no artigo 295, inciso VII, do CPP, visto o caráter cautelar, não macula os princípios e garantias previstos na Constituição Federal. O direito, consagrado pelo legislador, em favor do diplomado por qualquer das faculdades de ensino superior do país, a exemplo das demais hipóteses do artigo 295, do CPP, aplica-se, tão somente, ao investigado, ao indiciado e ao réu que forem recolhidos à prisão, antes do julgamento definitivo da ação penal pública de índole condenatória.

➤ **Senado Federal (fls. 191/194 do pdf)**

No mesmo sentido que a Advocacia Geral da União, o Senado Federal sustentou a ideia de que a *prisão especial* constitui direito, não privilégio, porque se aplica, de forma excepcional, antes da condenação definitiva, ou seja, no âmbito da prisão provisória.

Defende, também, que, não obstante a Constituição da República ter instituído o *princípio da presunção de inocência*, fato é que há prisão antes da condenação definitiva. E se assim o é, nesses casos, todos deveriam ser recolhidos em quartéis ou prisões especiais, não somente os portadores de diploma de ensino superior, mas também os que não possuem qualquer diploma, para que não se misturem aos já condenados, ou a presos por infrações penais graves.

No mesmo sentido, Tourinho Filho, *in verbis*:

“Antes da sentença condenatória definitiva, a prisão, seja na hipótese de flagrante, seja na hipótese de preventiva *stricto sensu*, traduz, apenas, uma cautela do Estado, em virtude do *periculum in mora*, isto é, do perigo da insatisfação da pena ou da satisfação tardia, ou, então, como garantia da ordem pública ou por conveniência da instrução criminal. Enquanto não houver uma sentença condenatória irrecorrível, não se pode falar em condenação. Sendo medida de exceção, que pode acarretar grave e imerecido dano àquele que a sofre, deve ser aplicada com a maior benignidade possível, e a concessão do art. 295 é consentânea com essa ‘aconselhável benignidade’. Não há qualquer lesão ao princípio da isonomia. Não se trata de concessão a pessoas, não se trata de privilégio para certas pessoas, mas de uma atenção a certas pessoas, levando-se em conta, exclusivamente, a relevância, a majestade e a importância do cargo ou função que essa ou aquela pessoa desempenhe no cenário jurídico-político da Nação. Nesse sentido, a lição de Tornaghi. Irrepreensível o ensinamento de Basileu Garcia: Não sendo possível, por deficiência de ordem material, facultar a todos os acusados, ainda não condenados, um tratamento que resguarde os riscos de injustiça, iminentes ao caráter preventivo da medida privativa de liberdade, não há mal em que isso seja feito pelo menos relativamente a alguns acusados. Dentre eles os que, pela sua vida, funções e serviços prestados à coletividade, merecem maior consideração pública ou que, pela sua educação, maior sensibilidade devem ter para o sofrimento do cárcere.”³

O Senado Federal ressalta que o problema não está na inclusão dos portadores de diploma de curso superior, mas, sim, na ausência dessa proteção aos demais presos por ordem cautelar, excluídos do rol do artigo 295, do CPP. Afinal, a *prisão especial* emerge direito, não privilégio, tendo em vista que se aplica aos que estão submetidos, de maneira excepcional, à prisão provisória, antes da condenação com trânsito em julgado, e que gozam ainda da *presunção de inocência*, tudo, agora sim, em nome do conceito de *república*, princípio da *dignidade humana*, princípio da *isonomia* (artigo 1º e 5º, caput e incisos I e LVII, da CR)

Dessa forma, se há alguma inconstitucionalidade no dispositivo impugnado, não seria em relação à inclusão de portadores de diploma de curso superior em seu rol, mas, sim, na falta da mesmíssima proteção legal aos demais investigados, indiciados e acusados.

➤ **Advocacia Geral da União (fls. 196/206 do pdf)**

Para a Advocacia Geral da União, de acordo com o ordenamento jurídico em vigor, a *prisão especial* significa, tão só, que os indivíduos - recolhidos à prisão antes da condenação definitiva e enquadrados nas hipóteses dos incisos I a XI, do artigo 295, do CPP - deverão ser mantidos em local diverso da *prisão comum*, assim como distinto será o seu transporte. No mais, os direitos e deveres dos presos especiais serão os mesmos dos presos comuns.

Assim, conforme ressaltado nas informações prestadas pela Presidência da República, a *prisão especial* refere-se, apenas, às prisões cautelares, ou provisórias, não se aplicando ao encarceramento resultante de sentença penal condenatória, transitada em julgado. O próprio Código de Processo Penal reconhece a necessidade de conferir tratamento diferenciado para os indivíduos que não têm, contra si, condenação penal passada em julgado, prevendo, em seu artigo 300, que “as pessoas presas provisoriamente ficarão separadas das que já estiverem definitivamente condenadas, nos termos da lei de execução penal”.

A providência pleiteada na petição inicial, entretanto, não é a mais adequada para harmonizar o instituto da *prisão especial* com o texto constitucional. Na verdade, conforme ressaltado nas informações prestadas pelo Congresso Nacional, o recolhimento em *prisão especial* justifica-se quanto aos sujeitos que não possuem, contra si, condenação penal definitiva, de modo que eventual descumprimento da Carta da República não decorreria do deferimento dessa garantia aos portadores de diploma de curso superior, mas da ausência legal de concessão desse direito individual aos demais presos em caráter provisório.

A esse respeito, Luiz Flávio Borges D'Urso¹ sustenta o seguinte:

“Na verdade, não se pode tolerar privilégios e regalias que venham

¹ D'URSO, Luiz Flávio. Prisão especial deve ser estendida aos presos provisórios. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2001-mai-28/prisao_especial_nao_privilegio_criminalista>.

distinguir pessoas as quais, em razão de suas ocupações tenham benefícios infundados, não garantidos aos demais cidadãos, até porque o princípio constitucional que rege tal assunto estabelece que todos são iguais perante a lei.

De outra parte, não se pode invocar esse princípio, para acabar com condições mínimas que deveriam ser garantidas a todos, somente porque o Estado não as consegue propiciar à massa carcerária como um todo, e dessa forma advogando-se posição na qual, todos devam ser remetidos ao sistema prisional fétido, promíscuo, imundo, doente, miserável que lamentavelmente temos aqui em nossa pátria.

A prisão especial surge entre nós, quando se constata, as condições precárias do sistema prisional, o que levou inclusive ao Decreto 38.016 de 5 de outubro de 1955, o qual regulamentou sua prática

Isso é fácil compreender, quando se observa um policial que durante anos, persegue e prende pessoas que cometeram os mais diversos crimes. Num dado momento, esse policial é alvo de investigação. Caso seja ele preso junto aos que prendeu, certamente os sentimentos de vingança dos demais, o levarão à morte, pois em poucos instantes esse policial seria executado no cárcere.

A custódia do homem preso é do Estado que tem a responsabilidade por sua vida e integridade física e moral, assim, cabe ao Estado estabelecer condições para preservar, até por segurança, aquele preso que em razão de sua atividade, torna-se mais vulnerável ou até um verdadeiro alvo dentro do sistema.

Esse espírito é que inspirou a prisão especial, que ao contrário de privilégio, é medida de segurança para aquele que precisa desse mínimo de proteção à sua vida. Dessa forma, verificamos que atualmente, têm direito a prisão especial, muitas autoridades, mas também gente do povo, como os dirigentes e administradores sindicais, servidores públicos, os professores de ensino de 1º e 2º graus, os ministros de confissão religiosa (padres, bispos, pastores, etc.), os cidadãos que já foram jurados, os diplomados em curso superior.

Na verdade a ampliação do rol dos que têm direito a prisão especial deveria alcançar todos os que não tivessem uma condenação definitiva, de forma a tratar todos com a igualdade preconizada pela Constituição e não ao contrário, acabando com a prisão especial e levando todos à lama, à promiscuidade, à doença e ao risco até de vida.

É demagógica a tese de se acabar com a prisão especial, até porque, não é privilégio de rico ou poderoso, pois são contempladas com essa forma preservada de prisão também pessoas do povo. E mais, prisão especial é possível, somente quando alguém ainda não foi condenado definitivamente, vale dizer, quando

ainda pende uma mera investigação policial, ou um processo criminal, no qual, o investigado poderá ser, ao final, absolvido. A única exceção a essa regra é quanto aos funcionários da administração da Justiça Criminal e policiais”.

Nesse sentido, assevera que a pretensão formulada nos autos da presente Arguição não se revela o meio adequado para solucionar a alegada discriminação decorrente da norma impugnada, posto que a eventual procedência do pedido conduziria à declaração de inconstitucionalidade de direito que fora, de modo válido, concedido aos portadores de diploma de ensino superior.

Em outros termos, a regra de *prisão especial* para os diplomados em curso superior não constitui, em si, afronta à Lei Maior, uma vez que encontra respaldo nos princípios da *isonomia* e da *presunção de inocência* (artigo 5º, caput e incisos I e LVII, da CR), os quais impõem ao Estado a concessão de tratamentos diferenciados entre as pessoas presas em caráter provisório e aquelas que já estejam condenadas com trânsito em julgado.

Por outro lado, afirmou a extensão desse direito aos demais presos provisórios dependeria da edição de lei em sentido formal, de modo que a eventual procedência do pedido veiculado na Arguição serviria, tão somente, para retirar dos portadores de diploma de curso superior o aventado direito individual, o que não contribuiria para a concretização do princípio da igualdade ou das demais disposições constitucionais suscitadas na petição inicial.

➤ Proposta legislativa²

²<https://www.migalhas.com.br/quentes/307101/projeto-busca-fim-da-prisao-especial-para-quem-tem-ensino-superior>

Em 2019, foi proposto o PL 3.945³ com o objetivo de dar fim à *prisão especial* para quem tem diploma de ensino superior. O texto encontra-se sob análise da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, do Senado Federal. Se aprovado na Comissão e não houver recurso para votação no plenário do Senado Federal, o texto segue para a Câmara dos Deputados.

Para o senador Fabiano Contarato, autor do projeto, essa regra reflete, no tratamento jurídico-penal, sistema desenhado para fortalecer as desigualdades, em que os pobres ficam cada vez mais miseráveis e os ricos têm cada vez mais dinheiro.

Para ele, conceder esse privilégio pelo simples fato de um indivíduo ter diploma de nível superior é dizer à maior parcela da população brasileira, "constituída de analfabetos", pessoas que estudaram até o ensino fundamental ou até o nível médio, que "são inferiores" à camada privilegiada da sociedade que teve acesso ao ensino superior, o que não é justo. Da mesma forma, acredita que não é porque um indivíduo tenha prestado, no passado, um serviço de destaque à nação brasileira que justifique tal privilégio.

O Senador da República disse entender que não existem razões de ordem técnica, jurídica ou científica que embasem a *prisão especial* nesses casos. Ele lembrou que a gravidade do crime não necessariamente tem a ver com o nível de escolaridade de uma pessoa: "A título de exemplo, há pessoas com nível fundamental que cometem furtos e indivíduos com nível superior que cometem roubos cinematográficos. Há analfabetos que respondem por um soco e há PhDs que respondem por mortes brutais."

Para o Senador Fabiano Contarato, a maior mentira escrita na CF

³ Revoga os incisos IV e VII do art. 295 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal. Altera o Código de Processo Penal para revogar o direito à *prisão especial* antes do trânsito em julgado de sentença condenatória aos cidadãos inscritos no Livro do Mérito e aos portadores de diploma de curso de ensino superior.

estaria no artigo 5º, que diz que todos são iguais perante a lei: "para que essa afirmação passe a ser uma verdade, precisamos modificar toda a legislação infraconstitucional que não honra esse preceito, tal como a que se busca revogar."

II. PRECEDENTES DO STF E STJ SOBRE A APLICAÇÃO DO ART. 295, VII, DO CPP

No Supremo Tribunal Federal, tanto no Pleno quanto nas Turmas, encontraram-se apenas 6 (seis) acórdãos, 5 (cinco) deles muito antigos, de 1960, 1984, 1988, 1992, 2008, sendo o mais recente de 2014 (HC 117.959, Relator: Min. Luiz Fux, DJe de 10/4/2014).

A partir desses casos, observa-se que não há controvérsia em relação ao art. 295, VII, do CPP, isto é, a Suprema Corte admite a *prisão especial* para portadores de diploma do ensino superior, devendo ser respeitadas as condições previstas nos parágrafos do mencionado dispositivo da lei processual penal.

Entre os acórdãos encontrados no STF, destaca-se HC 117.959, julgado pela Primeira Turma em 2014. Naquela situação concreta, a Colenda Turma concluiu que a garantia reservada para aqueles que tem direito à *prisão especial* está adstrita ao recolhimento em local distinto da *prisão comum* ou, inexistindo estabelecimento específico, em cela distinta, garantida a salubridade do ambiente.

Assim, não havendo vagas ou, na falta de unidades prisionais na localidade que se prestam, de maneira exclusiva, para a guarda de presos especiais, a manutenção do acautelamento em acomodações que atendem esses requisitos cumpre as exigências legais, sendo descabido deferir a prisão domiciliar – observa-se no caso em questão, assim como no RHC 62.390, julgado em 1984, que a distinção entre *prisão especial* e prisão domiciliar exsurge clara.

Nesse sentido, a Douta Turma afirmou que *“a reforma introduzida no CPP pela Lei nº 10.258/2001 visou a eliminar privilégios injustificáveis em uma democracia e estabeleceu de maneira clara que a prisão especial, prevista neste Código ou em outras leis, consiste exclusivamente no recolhimento do preso em local distinto da prisão comum (art. 295, § 1º). À falta de estabelecimento específico para o preso especial, este será recolhido em cela distinta do mesmo estabelecimento (art. 295, § 2º). Inobstante ainda aplicável a Lei nº 5.256/1967, que prevê a prisão domiciliar na ausência de estabelecimento próprio para a prisão especial, devem ser considerados os contornos da prisão especial introduzidos pela Lei nº 10.258/2001 (HC nº 116.233 AgR/SP, rel. Min. Rosa Weber, DJ de 26.08.2013)”*.

Após o ano de 2014, não se encontraram acórdãos sobre o tema no STF. Pesquisou-se se haveria algum motivo para tanto, mas não existe nada que justifique tal situação, salvo a interpretação e a aplicação pacíficas da previsão normativa. Assim, as decisões monocráticas seguem o mesmo diapasão dos v. acórdãos proferidos pelas C. Turmas.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, selecionaram-se 17 (dezessete) precedentes, entre acórdãos e decisões, no período de 2008 a 2018. Também não se identificaram novos entendimentos sobre o dispositivo legal após 2018.

Assim como no STF, os casos encontrados no STJ não discutem a legitimidade da *prisão especial*, ou seja, já partem da premissa segundo a qual o preso diplomado em curso superior tem direito a tratamento diferenciado daquele dispensado ao preso comum, limitando-se a análise dos requisitos previstos nos §§ do art. 295, do CPP):

“Os diplomados por qualquer das faculdades superiores da República têm direito a serem mantidos em prisão especial antes da condenação definitiva, nos

termos do art. 295, VII, do Código de Processo Penal”
(HC n. 291.109/SP, relator Ministro Gurgel de Faria, Quinta Turma, julgado em 5/3/2015, DJe de 28/5/2015.)

Em 2012, no julgamento do HC 231.768/SP (Rel. Ministra Laurita Vaz, DJe de 16/11/2012), a Colenda Quinta Turma fixou o seguinte:

”A teor do art. 295, §§ 1º, 2º e 3º, do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei n.º 10.258/2001, a garantia reservada para aqueles que tem direito à prisão especial está adstrita ao recolhimento em local distinto da prisão comum ou, inexistindo estabelecimento específico, em cela distinta, garantida a salubridade do ambiente. Assim, não havendo vagas ou inexistindo na localidade unidades prisionais que se prestam exclusivamente para a guarda de presos especiais, a manutenção do acautelamento em acomodações que atendam esses requisitos cumpre as exigências legais, sendo descabido deferir a prisão domiciliar”. (HC n. 231.768/SP, relatora Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe de 16/11/2012).

III. PARECER

Com todas as vênias, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF nº 334), autos 00688.00178/2015-63, ajuizada perante o Supremo Tribunal Federal, *não pode ser conhecida* e, no mérito, *deve ser julgado improcedente o pedido* de não recepção do artigo 295, VII, do Código de Processo Penal.

Os fundamentos apresentados neste parecer vinculam-se à correta compreensão do sentido de *dignidade da pessoa humana* (art. 1º, III, da CR); ao significado preciso de *igualdade* na Carta Constitucional (art. 5º, LIV, da CR); à relevância da *legalidade estrita* na apreciação do direito processual penal (art. 5º, *caput*, II e LXVI, e art. 37, da CR); e à estatura do *princípio do estado de inocência* (art. 5º, LIV, da CR) no ordenamento jurídico-constitucional.

Muito embora, a *questão preliminar* atinente ao *conhecimento* da Arguição devesse ser trazida primeiro, em respeito à ordem de julgamento da ação pelo D. Pleno do Supremo Tribunal Federal, a natureza constitucional desse ponto exige esclarecimento prévio sobre *princípios e regras* da Lei Maior, cuja interpretação influencia a reflexão quanto à ausência de *condição da ação* por falta de *interesse de agir* do Procurador Geral da República.

Por consequência, inicia-se com exame dos direitos individuais em jogo, justificada a necessária inversão quanto à questão do *conhecimento* da arguição *sub judice*, exposta amiúde ao final.

III.1. PERSPECTIVA SISTEMÁTICA DOS DIREITOS INDIVIDUAIS, A CONTAR DO REAL SIGNIFICADO DOS PRINCÍPIOS DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA

A ideia do *Direito* como mera técnica de aplicação da Constituição e das leis permitiu, no século passado, a ocorrência de erros judiciários, bem assim a prática de injustiças e atos arbitrários pelo *poder* do Estado.

Não sem motivos, viram-se emergir tantos juristas preocupados com a interpretação e a hermenêutica nestes últimos cem anos. A compreensão do *significado* das palavras e o *método* de interpretação passaram a ser ordem do dia para os operadores do Direito.

Daí, a relevância que a filosofia⁴ passa a ter na formação do profissional interessado nas carreiras jurídicas. Inexiste maneira de se alcançar o conhecimento jurídico – ainda que o interprete o queira voltado apenas à resolução de casos concretos – sem entender o *sentido* dos vocábulos, a *forma* de pensar os textos e o *fim* dado pelo ordenamento jurídico.

III.1.1. Sentido de *dignidade da pessoa humana* (art. 1º, III, da CR)

A reflexão sobre a *dignidade da pessoa humana*, como fundamento da nossa República (art. 1º, III, da CR), igualmente, demanda rápida incursão quanto ao pensamento filosófico sobre o que é o *indivíduo*.

Nota-se que, da aceção do *ser humano* como animal racional, consagrada pela máxima aristotélica, viu-se profunda evolução no século XV, a partir da obra de Pico della Mirandola, *Discurso sobre a dignidade do homem*⁵. Aquele jovem pensador italiano assentou à época que o indivíduo não possui arquétipo e, ao contrário dos demais seres, não encontra o destino pré-concebido. Ao Homem é “*concedido obter o que deseja, ser aquilo que quer*”⁶.

⁴⁴ Confira-se, *v.g.*: Pound, Roscoe. *An introduction to the Philosophy of Law*. New Haven: Yale Univ. Press, 1954, p. I.

⁵ Picco dela Mirandola, Giovanni, *Discurso sobre a dignidade do homem*. Lisboa: Ed. 70, 1989.

⁶ Picco dela Mirandola, Giovanni, *Discurso...*, ob. cit., p. 53.

Como observa Luc Ferry, “os indivíduos não são prisioneiros de uma natureza que os limita”⁷. Mostram-se livres para se autodeterminar e realizar a própria vida, dirigir a própria história. Por isso, a relevância da conhecida frase de Jean Paul Sartre: “a existência precede a essência”⁸. A pessoa humana constrói-se por meio do exercício da liberdade de escolher, sem programas iniciais, ou pré-definidos. Em verdade, o humano não ostenta uma identidade *a priori*.

Dessa maneira, sob o prisma kantiano, a *liberdade*, como especificidade do humano, deve ser entendida, também, como a faculdade de se desonerar das inclinações naturais⁹. A pessoa tem um fim em si mesmo¹⁰.

Ora, a *dignidade humana*, como *valor*, protege a pessoa, bem assim aquilo que ela fez e realiza para o desenvolvimento individual – desenvolvimento individual que a torna pessoa única. Logo, a *dignidade da pessoa humana* pode ser caracterizada como “[...] *qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade*”¹¹.

A educação constitui-se *direito* de cada indivíduo, bem como integra o complexo de qualidades que o compõe. A liberdade de optar por estudar, por se aprimorar no plano intelectual – afastar-se das *inclinações naturais*, por conseguinte – constitui *valor* que interessa à existência humana.

Não por acaso, asseverou o legislador constituinte: “Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada

⁷ Ferry, Luc. *O anticonformista* – uma autobiografia intelectual: entrevistas com Alexandra Laignel-Lavastine. Trad. Jorge Bastos. Rio de Janeiro. Ed. Difel, 2012, p. 206.

⁸ Sartre, Jean Paul. *O existencialismo é o humanismo*. Petrópolis: Ed. Vozes, 2014, p. 20.

⁹ Ferry, Luc. *O anticonformista...*, ob. cit., p. 211.

¹⁰ Kant, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos*. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2004, p. 64.

¹¹ Sarlet, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p.62.

com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”.

Em breves palavras, a autorrealização pessoal de se educar, de obter diploma universitário, constitui elemento que integra a dignidade de cada um, individualmente considerado¹².

Note-se que a Lei Maior resguarda o indivíduo no âmbito intelectual e lhe protege a cultura pessoal, como se vê nas previsões tocantes à *inviolabilidade da liberdade de consciência* e à *preservação da convicção filosófica* (art. 5º, VI e VIII, da CR).

E o envolvido com a persecução penal – ainda que preso por decisão transitada em julgado – não perde essas esferas de liberdade (art. 5º, XLIX, da CR), como se verá amiúde mais à frente.

III.1.2. Significado preciso de *igualdade* na Carta Constitucional (art. 5º, LIV, da CR)

A pedra de toque da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, sob análise, seria a pretensa violação à igualdade pelo artigo 295, VII, do CPP. Em verdade, o Procurador-Geral da República fez leitura torta das previsões do artigo 5, *caput* e I, da Lei Maior, fugindo de concepções juris-filosóficas, para adotar opinião ordinária quanto ao sentido de *igualdade*. Repetiu-se o bordão de a proteção aos presos, diplomados em faculdade, mostrar-se imaginado privilégio de poucos, em país de pobres e muitos analfabetos.

Cuida de prisma de nítido caráter ideológico que perturba a assimilação do real significado de *igualdade*, como se o Procurador-Geral,

¹² Veja-se: Wolter, Jürgen. *O inviolável e o intocável no direito processual penal: reflexões sobre dignidade humana, proibição de prova, proteção de dados (e separação informacional de poderes) diante da persecução penal*. Trad. L. Greco, A. Leite e E. Viana. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 84-5.

signatário da petição inicial, revivesse a luta de classes sob a lente do início do século XX. Tal *déjà vu* acabou por lhe fazer trilhar esse tortuoso pensar da exordial que não guarda pertinência com o Direito, nem harmonia com o que expressa a Constituição de 1988.

Todos sabem, de raiz, que a igualdade jurídica se vincula à igualdade entre as pessoas perante o Estado. Como disserta Paula Bajer Fernandes Martins Costa: “... a igualdade possível é aquela que está relacionada aos direitos e sua efetivação, não às características ou à personalidade. Os homens são iguais naquilo que têm em comum e que integra a natureza humana na vida em sociedade: liberdade e dignidade”¹³.

A verdadeira igualdade apresenta-se *proporcional*. As pessoas, por serem diferentes entre si, fruto dos avanços individuais, precisam de tratamento diferenciado para que se dê a igualdade.

Desse modo, ter formação universitária singulariza o indivíduo, conferindo-lhe posição de desigualdade que merece ser considerada pelo poder estatal, para a realização da igualdade jurídica, sob a óptica da *adequada correlação valorativa* (STF - RE: 640905 SP, Relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 15/12/2016, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 01/02/2018).

Neste aspecto, a Alta Corte já aduziu: “O típico da lei é fazer distinções. Diferenciações. Desigualações. E fazer desigualações para contrabater renitentes desigualações. A lei existe para, diante dessa ou daquela desigualação que se revele densamente perturbadora da harmonia ou do equilíbrio social, impor uma outra desigualação compensatória. A lei como instrumento de reequilíbrio social. (...) Com o que se homenageia a insuperável máxima aristotélica de que a verdadeira igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, máxima que Ruy Barbosa interpretou como o ideal de tratar igualmente os iguais, porém na medida em que se

¹³ Martins da Costa, Paula Bajer Fernandes. *Igualdade no direito processual penal brasileiro*. São Paulo: Ed. RT, 2001, p. 21.

igualem; e tratar desigualmente os desiguais, também na medida em que se desigualem” (STF - ADI: 3330 DF, Relator: Min. AYRES BRITTO, Data de Julgamento: 03/05/2012, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 22/03/2013)

Em suma, a *igualdade* de todos serão iguais perante a lei objetiva impor norma de conduta aos agentes públicos, o que não se confunde com a possibilidade de a lei positivar situações subjetivas diferenciadas com o fim de satisfazer o *interesse público*, v.g., de resguardar a *dignidade da pessoa humana*.

Com o acatamento devido, surpreende o então Procurador-Geral da República deduzir, perante o Supremo Tribunal Federal, pedido de descon sideração a direito individual, o qual se destina a proteger pessoas, constitucionalmente inocentes, presas por ordem judicial de natureza cautelar, mediante a falácia de hipotética afirmação da igualdade.

O patrocínio da tese pelo Procurador-Geral Rodrigo Janot constitui algo inusitado, dada a fragilidade da construção de pensamento, de caráter injurídico, a qual conseguiu ser rechaçada por todos que opinaram nos autos da Arguição.

III.1.3. Relevância da legalidade estrita na apreciação do direito processual penal (art. 5º, caput, II e LXVI, e art. 37, da CR)

Mas nada há de casual no fato.

Ainda existe quem não compreenda que a persecução penal pode reduzir a liberdade, mas não a elimina. Cada qual preserva, mesmo preso, esferas de direitos que devem ser respeitados. Ao se assentar que *ninguém se encontra obrigado a fazer, ou deixar de fazer, senão em virtude de lei*, firma-se a ideia de que o indivíduo, afetado pela ação estatal na *persecutio criminis*, guarda todos os direitos e faculdades que a lei não lhe retirou.

Investigado, indiciado, acusado, condenado, ainda que presos, conservam direitos e necessitam de ser tratados com diferenciações, observadas a lei (art. 37, da CR)¹⁴ e a escala de proteção à *não consideração prévia da culpa* no âmbito do *poder-dever* de punir (art. 5º, LVII, da CR).

Nesse aspecto, cabe a perspectiva de que o *processo penal* se constitui *instrumento de proteção à liberdade jurídica do indivíduo* - concepção de Joaquim Canuto Mendes de Almeida, a contar da lição de Gaio (“O pretor defende os réus de preferência aos autores”¹⁵), que ecoou entre seus discípulos Rogério Lauria Tucci e Sérgio Marcos de Moraes Pitombo¹⁶.

O processo penal encontra-se, assim, a serviço do imputado de não sofrer a *coação estatal*, pleiteada pelo acusador público, senão em virtude da lei. O juiz penal há de filtrar, mediante *juízo da legalidade*, a acusação pública. Portanto, o processo judicial serve à “*verificação, declaração e fixação dos termos da incidência concreta da lei, e seus efeitos*”¹⁷.

Em síntese, o processo judicial se exhibe “*precípua direito, não do autor, mas do Réu, interessado, que este é, em defender a sua ‘liberdade jurídica’ mediante a jurisdição, que testa a legalidade da pretensão do Autor*”¹⁸.

¹⁴ E, não diferente seria quanto à atuação dos acusadores públicos: “El principio da legalidad es obligatorio para los funcionarios do MP” (Schmidt, Eberhard. *Los fundamentos teoricos y constitucionales del derecho procesal penal*. Trad. J. Manuel Nuñez. Buenos Aires: Ed. Bibliográfica Argentina, 1957, p. 233.

¹⁵ *Facilius enim reis praetor succurrit quam actoribus*.

¹⁶ A síntese do pensamento encontra-se, em certa medida, no texto: Pitombo, Sérgio Marcos de Moraes. Prefácio: A dignidade do processo penal: de Canuto Mendes a Lauria Tucci. In: Tucci, Rogério Lauria. *Teoria do direito processual penal – jurisdição, ação e processo penal* (estudo sistemático). São Paulo: Ed. RT, 2002, p.7-9.

¹⁷ Mendes de Almeida, Joaquim Canuto, A “Liberdade Jurídica” no Direito e no Processo. In: Prade, Péricles (org.). *Estudos jurídicos em homenagem a Vicente Ráo*. São Paulo: Ed. Resenha Univ., 1976, p. 296.

¹⁸ Mendes de Almeida, Joaquim Canuto, A “Liberdade Jurídica” ..., ob. cit., p. 296.

A ação penal comporta, assim, conflito de interesses de natureza pública, “*que se mostra a contraposição entre o poder-dever de punir e o direito de liberdade jurídica*”¹⁹.

Tal maneira de enxergar a persecução penal, sob o prisma de proteção ao indivíduo, apresenta-se concernente aos direitos e garantias individuais da Lei Maior (art. 1º, III, e 5º, da CR).

III.1.4. Estatura do *princípio do estado de inocência* (art. 5º, LIV, da CR) no ordenamento jurídico-constitucional

A *mens legis* do artigo 295, VII, do CPP situa-se, por consequência, nessa visão de se resguardar a pessoa humana – em especial, a *inocente* que sofre com a ordem judicial de prisão antecipada, por razão cautelar – das consequências nefastas que a persecução penal a pode trazer.

Conserva-se a *dignidade humana*, quando o Estado separa tal pessoa do convívio com presos que não ostentam os mesmos atributos e que se encontram condenados por força de decisão judicial passada em julgado.

O indivíduo possui o direito de ser considerado inocente até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, como observa Tucci²⁰. Dessa forma, na persecução penal, a *não-consideração prévia da culpabilidade*, regra firme do *devido processo legal* (art. 5º, LI e LVII, da CR), impõe ao poder estatal o dever de tratar o envolvido como inocente.

Vale reler, com admiração, o artigo 9º, da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789: “Sendo todo homem presumido inocente, se for

¹⁹ Pitombo, Sérgio Marcos de Moraes. *Obra em processo penal*. São Paulo: Ed. Singular, 2018, p. 616.

²⁰ Tucci, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal*. 3ª ed.. São Paulo: Ed. RT, 2009, p. 313.

julgada indispensável a sua prisão, todo rigor desnecessário à sua segregação deve ser severamente reprimido pela lei”.

Oferece-se ao intérprete a possibilidade de observar a excepcionalidade da prisão, pois, a *regra surge a liberdade*. O *inocente* só pode ter suprimido o *ir e vir* por razão factual, prevista em lei, consoante ordem judicial fundamentada, de autoridade judiciária competente (art. 5º, LII, LIV e LXI, da CR). E, mesmo que preso, salvaguardam-se seus demais direitos, repita-se, de inocente e de indivíduo (art. 5º, LVII, da CR).

E inexistente prolixidade no texto constitucional, posto que o constituinte almejou estruturar sistema de proteção jurídica àquele envolvido com a perseguição penal, preso por necessidade e razão cautelares (art. 312, do CPP). Assim, ele afirmou a *liberdade* como regra (art. 5º, LXV, LXVI e LXVIII, da CR), o direito à *informação* e à *defesa* (art. 5º, LV e LXIII, da CR), o respeito à *integridade física e moral* do preso (art. 5º, XLIX, da CR), dentre outros direitos.

E, sem dúvida, por se exibir fora do padrão constitucional da *liberdade* e da *inocência*, a prisão cautelar exige maiores cuidados por parte da ação estatal que deve se voltar ao mínimo legal de, tão só, restringir o *ir e vir* sem afetar direitos individuais pertencentes à *dignidade humana* (art. 1º, III, da CR).

Tal convicção leva a se aquilatar a excentricidade da ADPF nº 334, permite-se aqui o eufemismo. Afinal, a regra do artigo 295, VII, do CPP, espelha, com exatidão, os princípios enunciados pela Carta Constitucional, acima elencados, e deveria ser estendida pelo legislador a todos os presos por ordem judicial de natureza cautelar, conforme bem observaram o Senado Federal e a Advocacia Geral da União.

Jamais se havia visto a propositura de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental “*atentatória dos direitos e liberdades fundamentais*” (art. 5º,

XLI, da CR), mas, com devido respeito, a era do alcunhado *lavajatismo* trouxe ao Estado a proliferação da incultura jurídica e a primazia dos apologistas do arbítrio na persecução criminal. Nesta arguição, tem-se apenas mero exemplo do que viveu o país.

III.2. FALTA DE INTERESSE DE AGIR PARA A ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL NO CASO CONCRETO

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental constitui-se em ação judicial que se submete ao princípio do *devido processo legal* (art. 5º, LVI, da CR) e, por consequência, tem de obedecer às condições da ação, tais como as enunciadas no: “Art. 17. Para postular em juízo é necessário ter interesse e legitimidade” (art. 17, do CPC).

Como de ciência comum, o *interesse de agir* compõe-se no binômio *necessidade e adequação*. Na causa em análise, inexistente a pertinência entre a tutela jurídica que se quer ver alcançada no Supremo Tribunal Federal e o meio processual usado para tanto.

Isso porque o antigo Procurador-Geral da República, Rodrigo Janot, manifestou inconformismo político, ou mesmo ideológico, quanto à prisão especial para os diplomados nas faculdades da República, o que não lhe permitiria invocar a violação jurídica da *regra da igualdade* e, muito menos, se utilizar da ação judicial proposta para tal objetivo.

A mera leitura da denominação da ação judicial denota o fim a que se destina, qual seja, fazer valer, ou melhor, conferir eficácia jurídica a preceito fundamental. Nunca a arguição serviria para a estranha pretensão de reduzir o espectro de direito individual, embasado no já mencionado *sistema de proteção dos direitos* do artigo 5º, da Lei Maior, e positivado em lei (art. 295, VII, do CPP).

A bem da verdade, a causa *sub judice* exhibe-se um modelo de contrassenso ao *interesse de agir* próprio de uma ADPF, pois o legislador constituinte criou esse instrumento no artigo 102, parágrafo 1º, da Carta Maior, para atender o *interesse público* de as pessoas, em geral, serem protegidas por preceitos constitucionais tocantes à dignidade humana (art. 1º, III, da CR), inclusive.

O uso do fictício argumento quanto ao atingimento da *igualdade*, no afã de restringir a aplicação de preceito fundamental, mediante leitura um tanto particular e isolada do princípio, não se coaduna com o *interesse processual* inerente à tal espécie de arguição. Deve a ação ser julgada sem apreciação do mérito, porque se verifica a ausência de *interesse de agir*, nos termos do art. 485, VI, do CPC c.c. art. 4º, da Lei nº 9.882/99.

IV. CONCLUSÃO

Conforme exposto ao longo do presente parecer, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF nº 334), em julgamento perante o Supremo Tribunal Federal, no próximo dia 10 de agosto, não pode nem sequer ser conhecida e, caso seja, o pedido de não-recepção do artigo 295, VII, do Código de Processo Penal, cumpre ser rechaçado por diversos fundamentos, como foram uníssonos todos aqueles que se manifestaram nos autos em contrariedade ao então Procurador-Geral da República, Rodrigo Janot, e como se buscou evidenciar no presente parecer.

Pautada a arguição para apreciação do Pleno da Alta Corte, deve se rogar ao atual Procurador-Geral da República que se manifeste no julgamento, de forma inusual, pela impertinência da Arguição, pois, manifestamente, desprovida de fundamento jurídico e constitucional (artigo 102, parágrafo 1º, da Constituição da República).

Por fim, se aprovado o presente parecer pelo D. Plenário, toma-se a liberdade de se pedir o seu formal encaminhamento, pelo Instituto, aos Doutos Ministros do Supremo Tribunal Federal e ao atual D. Procurador-Geral da República.

De São Paulo para o Rio de Janeiro, 03 de agosto de 2022.

Antonio Sérgio Altieri de Moraes Pitombo