

**Excelentíssimo Senhor Ministro Marco Aurélio
DD. Relator das ADCs 43 e 44**

**Prevenção do eminente Ministro Marco Aurélio
relator das ADCs 43 e 44**

Luiz Inácio Lula da Silva, brasileiro, viúvo, portador da Cédula de Identidade RG nº 4.343.648, inscrito no CPF/MF sob o nº 070.680.938-68, residente e domiciliado na Av. Francisco Prestes Maia, nº 1.501, bloco 01, apartamento 122, Bairro Santa Terezinha, São Bernardo do Campo (SP), por seus advogados (doc. 01) e com fundamento nos artigos 102, inciso I, alínea “I”, da Constituição da República, 988, inciso III, do C. Proc. Civil e 156 a 162 do Regimento Interno dessa Suprema Corte, vem ajuizar ***Reclamação Constitucional com pedido de liminar***, em face da determinação da *Oitava Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região* que, nos autos da apelação

criminal nº 5046512-94.2016.4.04.7000/PR, oficiou ao Juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba/PR para que fosse dado cumprimento antecipado à pena imposta ao reclamante, sem que restasse exaurida a jurisdição da Corte Regional de Justiça e sem fundamentação específica da respectiva ordem de prisão, o que afronta a decisão proferida pelo plenário desta Suprema Corte nas medidas cautelares das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43 e 44, onde essa Corte Suprema decidiu em sede liminar a possibilidade da execução provisória da pena, sem nunca declará-la automática ou livrá-la de fundamentação específica e desde que encerrada a instância ordinária.

Breve síntese

02. A *Oitava Turma do TRF4* — ao arrepio da Constituição e das garantias ali contidas, nunca é demais lembrar — decidiu dar imediato e automático início à execução da pena imposta pelo acórdão condenatório¹, tão logo exaurida a jurisdição daquela Corte Regional.

03. A esse acórdão a defesa opôs embargos de declaração que foram parcialmente providos — apenas para corrigir um único erro material — na sessão de 26.3.18 da *Oitava Turma do TRF4*², em que pesem terem sido apontados pela defesa 61 defeitos a serem corrigidos, sendo 39 omissões, 16 contradições e 6 obscuridades.

¹ **Doc. 02** – Acórdão proferido na Apelação Criminal nº 5046512-94.2016.4.04.7000/PR.

² **Doc. 04**

04. Hoje, no entanto, em 6.4.18, a defesa do reclamante foi intimada no processo eletrônico — por meio da abertura automática dessa decisão³ dos embargos de declaração — e, diante disso, dispõe do prazo do prazo de 2 (dois) dias para apresentar eventuais novos embargos de declaração (CPP, art. 620), o que desautoriza a açodadíssima determinação da imediata prisão do reclamante, ocorrida ontem, como é notório. Perdura a jurisdição da Corte Regional, pois, no processo de cognição.

05. Com essa publicação ocorrida hoje, a defesa pôde verificar que o acórdão da *Oitava Turma do TRF4* ainda carrega inúmeras omissões, contradições e obscuridades capazes de alterar a própria essência daquele resultado.

06. Foi nesse cenário que a Oitava Turma do TRF4 apressou-se, a pedido da Procuradoria Regional Federal da 4ª Região⁴, em ofício ao Juízo de origem na presente data para determinar a imediata execução da pena imposta ao reclamante⁵. O Juízo de origem, por seu turno, cerca de vinte minutos depois, proferiu decisão determinando a expedição do mandado de prisão em face do ora reclamante, registrando, *ainda*, que teria ele a “oportunidade” de, voluntariamente, entregar-se à Polícia Federal de Curitiba/PR em menos de 24h, ou seja, até as 17h do dia de hoje (6.4.18)⁶.

3 Lei nº 11.419/2006, art. 4º, §3º: “A consulta referida nos §§ 1o e 2o deste artigo deverá ser feita em até 10 (dez) dias corridos contados da data do envio da intimação, sob pena de considerar-se a intimação automaticamente realizada na data do término desse prazo”. **Doc. 03.**

⁴ **Doc. 05** – Manifestação do MPF nos autos da Apelação Criminal nº 5046512-94.2016.4.04.7000/PR.

⁵ **Doc. 06** – Ofício endereçado ao Juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba/PR.

⁶ **Doc. 07** – Despacho do Juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba/PR.

07. O cenário⁷ **evidencia um temerário desrespeito à autoridade da Suprema Corte que, no julgamento da medida cautelar nas ADCs 43 e 44, assentou apenas a possibilidade de se executar o título condenatório depois do acórdão condenatório em 2º grau e condicionou tal hipótese à inexistência de recursos dotados de efeito suspensivo à disposição do acusado.**

08. Com efeito, no presente caso, **não houve exaurimento** da jurisdição daquela Corte Regional, pois (i) o reclamante foi intimado nesta data (6.4.18) no processo eletrônico do Acórdão da Oitava Turma do TRF4 que julgou os embargos declaratórios na sessão de 26.3.18 e (ii) em face de tal decisão ainda é constitucional e legalmente permitida a oposição de segundos embargos declaratórios, os quais impedem a execução antecipada da pena e poderão ser opostos até o dia 10.4.18, terça-feira. E não se pode presumir, como fez o Juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba, o caráter protelatório de recurso ainda não interposto.

09. Além disso, a ordem de prisão emitida pelo TRF4 não possui fundamentação específica, porque calcada exclusivamente na Súmula 122 daquela Corte Regional, o que o eminente Ministro *Celso de Mello* já decidiu ser equivocado nos autos do RHC 129.663/RS (DJe de 1º.9.17).

10. De outro lado, sem o exaurimento da jurisdição da segunda instância, **mesmo essa interpretação mais restritiva da garantia constitucional à luz da presunção de inocência foi claramente**

⁷ De se registrar que Vossa Excelência manifestou preocupação com a estranha agilidade dada ao trâmite do decreto prisional. Disponível em: <https://www.diariodocentrodomundo.com.br/marco-aurelio-diz-que-ve-com-muita-preocupacao-prensa-de-moro-em-prender-lula-por-joaquim-de-carvalho/>

afrontada pela decisão de ontem do TRF4 que determinou o imediato recolhimento do reclamante à prisão.

11. Impõe-se, assim, a cassação imediata da decisão que determinou a prisão do reclamante, conforme se passa a articular.

***Do desrespeito à autoridade deste Supremo Tribunal Federal
Descumprimento do acórdão proferido no julgamento das medidas cautelares nas ADCs 43 e 44***

12. Como exposto, ao julgar a apelação criminal interposta pelo reclamante, o TRF4 assentou que haveria cumprimento antecipado da pena fixada naquela oportunidade após o exaurimento da jurisdição daquele Tribunal. É o que se colhe do seguinte excerto do aresto que julgou a apelação:

“9.22. Determinada a execução das penas após esgotada a jurisdição de segundo grau ordinária.”

13. No entanto, em afronta ao entendimento desta Suprema Corte nas ADCs 43 e 44, a 13ª Vara Federal de Curitiba determinou a expedição de mandado de prisão contra o reclamante antes do exaurimento da jurisdição da Corte Regional, pois:

- (a) a intimação do Acórdão que julgou os embargos de declaração ocorreu na data de hoje (06/04), diante da abertura automática da intimação, na forma do art. 4º, §3º, da Lei nº 11.419/2006;
- (b) diante disso, ainda é possível, segundo o disposto no art. 620, do CPP, a oposição de novos embargos de declaração perante a Corte Regional.

14. Essa situação, além de contrariar a própria decisão anteriormente proferida pelo TRF4, afronta a autoridade das decisões proferidas por este Supremo Tribunal Federal no julgamento das Medidas Cautelares das ADCs 43 e 44. Nesse sentido, o voto-condutor proferido pelo eminente Min. *Edson Fachin* é categórico ao condicionar a execução antecipada da pena à inexistência de recursos dotados de eficácia suspensiva:

“Nessa linha, recentemente, neguei seguimento monocraticamente à Reclamação 23.535, por meio da qual o Ministério Público pretendia efeito imediato a condenação não unânime proferida por Tribunal local, dentre outras razões, porque em tais casos ainda é cabível o recurso de embargos infringentes, dotado de efeito suspensivo. Eis aí exemplo de limite”.

(...)

A opção legislativa de dar eficácia à sentença condenatória tão logo confirmada em segundo grau de jurisdição, e não mais sujeita a recurso com efeito suspensivo, está consentânea com a razão constitucional da própria existência dos recursos às instâncias extraordinárias.

(...)

Posto isso, voto por declarar a constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, com interpretação conforme à Constituição, que afasta aquela conferida pelos autores nas iniciais dos presentes feitos segundo à qual referida norma impediria o início da execução da pena tão logo esgotadas as instâncias ordinárias, assentando que é coerente com a Constituição o principiar de execução criminal quando houver condenação confirmada em segundo grau, salvo atribuição expressa de efeito suspensivo ao recurso cabível.”

15. Como se vê, mesmo diante da interpretação mais restritiva da garantia da presunção de inocência (CF/88, art. 5º LVII) conferida no julgamento daquelas medidas cautelares, a pena antecipada (i) é uma

hipótese (“poderá”) e, ainda, (ii) pressupõe, no mínimo, o exaurimento do segundo grau de jurisdição.

16. *Assim*, verificada a inexistência da exaustão da jurisdição do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, mostra-se total e completamente ***injustificada*** e ***incompatível*** com a autoridade das decisões proferidas por esta Corte Suprema no julgamento das aludidas Medidas Cautelares. Põe-se em fricção com essas últimas.

17. Não se olvida, por oportuno, que o STF indeferiu as medidas cautelares nas ADCs 43 e 44, mas no indeferimento foi ***assentado*** que a antecipação da pena somente poderia se dar ***após o exaurimento da jurisdição ordinária***, o que ainda não ocorreu no caso do reclamante.

18. Com efeito, embora na decisão das medidas cautelares não haja referência a efeito vinculante, mostra-se de rigor o seu reconhecimento no âmbito da jurisdição constitucional.

19. De outro lado, extrai-se do acórdão da Medida Cautelar na ADC 44/DF, que apenas os Ministros *Luiz Fux*⁸ e *Roberto Barroso*⁹ admitiram expressamente a prisão automática decorrente de acórdão penal condenatório.

⁸ “O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX: — [...] No meu modo de ver, a ordem escrita e fundamentada é exatamente o acórdão condenatório que vai ser efetivado a posteriori.” (Acórdão MC na ADC 44, p. 61).

⁹ “O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO — [...] ...acho que o que se exige é ordem fundamentada, e não trânsito em julgado... [...] ...eu acho que a condenação em segundo grau é, por si, a justificação da prisão preventiva.” (Acórdão MC na ADC 44, p. 65).

20. O eminente Ministro *Edson Fachin*, ao que se depreende, concorda em parte:

“...voto por declarar a constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, com interpretação conforme à Constituição... assentando que é coerente com a Constituição o principiar da execução criminal quando houver condenação confirmada em segundo grau, salvo atribuição expressa de feito suspensivo ao recurso cabível.” (Acórdão MC na ADC 44, p. 48).

21. No entanto, os demais ministros que seguiram o entendimento majoritário nas ADCs 43 e 44 MC/DF afirmaram apenas que esse cumprimento antecipado da pena é *possível*, ou seja, não viola, em tese, o princípio da presunção de inocência. Logicamente, entretanto, a *possibilidade* não torna dispensável fundamentação do Juiz, ausente neste caso concreto.

22. É importante notar que mesmo os ministros dessa Corte Suprema favoráveis ao encarceramento antecipado reconhecem a relevância e pontencial de alteração do cenário atual, como no caso do eminente Ministro *Edson Fachin*:

“Como é notório, pende de julgamento o mérito das ADCs 43 e 44, da relatoria do Ministro Marco Aurélio, cujo tema precede, abarca e coincide com a matéria de fundo versada no presente writ. Há, portanto, relevante questão jurídica e necessidade de prevenir divergência entre as Turmas quanto à questão relativa à possibilidade de execução criminal após condenação assentada em segundo grau de jurisdição (decisão monocrática de 9.2.18, que afetou o HC 152.752/PR, do mesmo paciente, ao Plenário do STF).

“...essa compreensão [prisão em segunda instância] poderá, em tese, até sofrer alteração no julgamento das ADCs supramencionadas...” (decisão monocrática de 16.3.18, que indeferiu pedido de reconsideração no HC 152.752/PR)

23. Vale repetir: a maioria dos votos na Suprema Corte é no sentido da *possibilidade, em tese*, da execução antecipada da pena, mas sem torná-la automática ou livre de fundamentação. Para o em. Ministro *Ricardo Lewandowski*, por exemplo, a prisão “*somente é lícita se estiver arrimada em bases empíricas concretas. Inexiste em nosso sistema legal, insisto, a prisão automática*”; afinal, “*é absolutamente inadmissível... que essa prisão se dê sem qualquer fundamentação, sem qualquer individualização, porque a Constituição, inclusive, prevê a sanção de nulidade de qualquer decisão que não esteja fundamentada.*” (Acórdão MC na ADC 44, pp. 190 e 61).

24. Bem se vê, assim, que os precedentes da Suprema Corte não acolhem a tese da prisão como *efeito imediato* da condenação em segunda instância. Admitem a prisão antecipada, na verdade, como *possibilidade*. Impõe-se, portanto, a expressa provocação do órgão acusatório e a *fundamentação*¹⁰ da decisão que a imponha, que, na expressão do ilustre decano do Supremo Tribunal, é *pressuposto de legitimidade das decisões judiciais*¹¹. No caso, ainda com mais razão, uma vez que a Constituição da República consagra a exigência de decisão **com trânsito em julgado** para a superar a presunção de inocência.

25. Também nesse sentido, decisão do eminente Ministro *Celso de Mello* no RHC 129.663/RS (DJe de 1º.9.17), tratando especificamente de ordem de prisão fundada na Súmula 122/TRF4, como é o caso dos autos:

¹⁰ CR/88

Art. 93: “IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”.

¹¹ V.g. HC 80.892, rel. Min. *Celso de Mello*, 2ª Turma, DJe de 22.11.07.

*“(…) o E. TRF/4ª Região, ao determinar que o magistrado federal de primeira instância adotasse as medidas necessárias ao início da execução provisória da condenação penal, **limitou-se, ‘sic et simpliciter’, a mencionar o conteúdo da Súmula 122 daquela colenda Corte regional** (‘Encerrada a jurisdição criminal de segundo grau, deve ter início a execução da pena imposta ao réu, independentemente da eventual interposição de recurso especial ou extraordinário’), *abstendo-se, no entanto, de fundamentar, de modo adequado e idôneo, a ordem de prisão, assim transgredindo o que prescreve (e impõe) o inciso IX do art. 93 da Constituição da República, que estabelece que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade.”* [destacamos]*

26. Extrai-se da redação da Súmula 122/TRF4 — razão da ordem de prisão paciente — que seu conteúdo extrapola o quanto decidido por essa Suprema Corte¹². Enquanto o STF afirmou que a prisão em segunda instância é uma *possibilidade* que não compromete o princípio da presunção de inocência, o Tribunal Regional interpretou que, havendo acórdão condenatório, *deve ter início o cumprimento da pena*, sem outras considerações.

27. Esse cenário não foi alterado pelo julgamento de mérito do HC 152.752/PR pelo Plentário dessa Suprema Corte (encerrado na madrugada de 5.4.18), que, por apertada maioria, denegou a ordem pleiteada pelo reclamante. Na verdade, é bom frisar, que sequer se trata de maioria, visto que a eminente Ministra *Rosa Weber*, ao ressaltar seu entendimento pessoal, parece ter deixado claro que não entende possível o cumprimento antecipado da pena, questão que será definitivamente decidida nos autos das ADCs 43 e 44.

¹² “A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, 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”. (ARE 964.246/SP)

28. Como se vê, a *essência* do recente, e hoje incerto, entendimento majoritário assentado pelo STF nas ADCs 43 e 44 foi indevidamente alargado pela Súmula 122 do TRF4, que tornou prescindível a fundamentação para a execução antecipada da pena, sendo certo que a privação de liberdade, além de irreversível, é a mais grave punição admitida pela Constituição da República em tempos de paz.

29. Deve-se considerar, também, que, ainda que se interprete a *segurança* igualmente garantida no *caput*, como aquela devida pelo Estado a todos os cidadãos, o direito à *liberdade* só poderia ceder à pretensão de *segurança* mediante o emprego de fundamentos específicos que indiquem a sua necessidade no caso concreto, na forma exigida pelas diversas prisões processuais previstas taxativamente na legislação infraconstitucional.

Pedido de liminar

30. Essa reclamação comporta concessão de medida liminar, *inaudita altera parte*, uma vez que concorrem os pressupostos reclamados para seu deferimento, consubstanciados no *fumus boni juris* e no *periculum in mora*.

31. Quanto ao primeiro, ele pode ser cristalinamente observado pelos fundamentos acima apresentados, que demonstraram que a imediata restrição da liberdade do reclamante — além de contrariar frontalmente princípios constitucionais basilares, tais como a *presunção de inocência*, a *dignidade da pessoa humana*, a *proporcionalidade* e a *necessária motivação das decisões judiciais* — fora determinada em franca contrariedade com o entendimento

assentado por esta Suprema Corte no julgamento das ADCs 43 e 44 e ARE 964.246.

32. No tocante ao *periculum in mora* que, à sua caracterização, demanda a existência de um dano imediato — seja pela demora na prestação jurisdicional, **seja por uma concreta situação de risco**¹³ — emerge evidente sua configuração, diante da iminência de inconstitucional prisão, prevista para o dia de hoje (6.4.18), às 17h.

33. **Evidente, pois, a situação de urgência.**

34. Diante disso, reputa-se por **urgente, necessário e prudente o deferimento** da liminar ora solicitada, sob risco de acarretar irreversível prejuízo ao reclamante, forte no art. 989, inciso II, do C. de Proc. Civil:

Art. 989. Ao despachar a reclamação, o relator:

II - se necessário, ordenará a suspensão do processo ou do ato impugnado para evitar dano irreparável;

35. No presente caso, tanto a iminência do perigo como a importância do bem que se encontra em vias de ser violado (a liberdade), **saltam aos olhos os fundamentos para a concessão da medida acauteladora.**

¹³ “Usa-se, hoje, a expressão perigo de demora (*periculum in mora*) em sentido amplo, seja para se evitar o dano decorrente da demora processual, seja porque se está diante de uma situação de risco, a impor a concessão de medida de emergência para evitar a ocorrência de dano iminente.”
In: MEDINA, José Miguel Garcia. Novo Código de Processo Civil Comentado. 4ª edição. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2016. Pag. 496.

36. Nesse sentido, recorre-se, mais uma vez, à pertinente inflexão de Vossa Excelência, Ministro *Marco Aurélio*:

Indaga-se: perdida a liberdade, vindo o título condenatório e provisório – porque ainda sujeito a modificação por meio de recurso – a ser alterado, transmudando-se condenação em absolvição, a liberdade será devolvida ao cidadão? Àquele que surge como inocente? A resposta, Presidente, é negativa¹⁴.

37. Necessária, portanto, a concessão da medida liminar nos moldes supramencionados, com fundamento no art. 989, inciso II, do C. de Proc. Civil para o fim de suspender a eficácia da ordem de prisão expedida pelo Juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba/PR¹⁵, concedendo-lhe salvo-conduto para o fim de ver assegurada a sua liberdade, nos moldes pedidos a seguir.

Pedidos

Ante o exposto, requer-se a concessão de medida liminar para o fim de suspender a execução provisória da pena imposta ao reclamante, garantindo-lhe o direito de aguardar em liberdade até o julgamento de mérito da presente ação constitucional.

Sucessivamente, caso não se acolha a pretensão acima formulada, que se conceda medida liminar para o fim de suspender a execução provisória da pena imposta ao reclamante, garantindo-lhe o direito de aguardar em liberdade até que o Tribunal Regional Federal da 4ª Região proceda ao exame de admissibilidade dos recursos extraordinários, devendo a

¹⁴ *Idem.*

¹⁵ **Conforme doc. 07.**

execução prematura da pena ser determinada, unicamente, no caso de não ser atribuído a tais apelos eficácia suspensiva.

Por fim, caso não se acolham os pedidos formulados acima, a concessão de medida liminar objetivando garantir ao reclamante o direito de aguardar em liberdade até o final julgamento dos embargos de declaração que serão opostos em face da decisão proferida pelo TRF4 no dia 26.03.2018, o que ocorrerá no dia 10.4.18.

Requer, também, a notificação da autoridade reclamada para prestar informações e a intimação da Procuradoria-Geral da República.

Por fim, pleiteia a total procedência esta reclamação, garantindo-se ao reclamante o direito de aguardar em liberdade até formal exaustão da jurisdição do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, nos termos do quanto decidido por este e. Supremo Tribunal Federal no julgamento cautelar das ADCs 43 e 44.

P. deferimento.

Brasília, 6 de abril de 2018

José Paulo Sepúlveda Pertence
OAB/DF 578

José Roberto Batochio
OAB/SP 172.730

Cristiano Zanin Martins
OAB/SP 172.730

Evandro Pertence
OAB/DF 11.841