

A ATUAL DISCUSSÃO SOBRE A LEGALIDADE DA PRISÃO APÓS A CONDENAÇÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA

THE CURRENT DISCUSSION ON THE LEGALITY OF PRISON AFTER THE CONDEMNATION IN SECOND INSTANCE

Gabriela Junqueira Costa¹
Jaqueline Michele Pizzoni²
Filipe Antônio Faiano Luquez³

RESUMO

O tema a ser tratado neste artigo é considerado polêmico, pois há divergências de entendimentos em diferentes esferas jurídicas do Brasil, inclusive no próprio Supremo Tribunal Federal, no qual decidiu recentemente um *Habeas Corpus* de um ex-presidente da República, o que gerou grande repercussão nacional, tal como voltou à atenção do mundo para a posição da Suprema Corte a respeito da legalidade da prisão após a condenação em segunda instância. Serão expostas as análises de ministros e juristas renomados acerca do tema, no qual ainda está pendente de consolidação jurisprudencial em todo o país.

Palavras-chave: Direito Penal. Direito Processual Penal. Prisão após segunda instância. Presunção de inocência.

ABSTRACT

The subject to be treated in this article is considered controversial, since there are divergences of understandings in different legal spheres of Brazil, including in the Supreme Federal Court itself, in which recently decided a *Habeas Corpus* of an ex-President of the Republic, which generated great repercussion national level, as it has returned to the attention of the world to the position of the Supreme Court regarding the legality of the prison after the condemnation in second instance. The analyzes of renowned ministers and jurists will be presented on the subject, in which it is still pending consolidation of jurisprudence throughout the country.

Keywords: Criminal Law. Criminal Procedural Law. Arrest after second instance. Presumption of innocence.

¹ Graduanda em Direito na Universidade de Ribeirão Preto – Unaerp. Email: gabrielaajc@hotmail.com

² Graduanda em Direito na Universidade de Ribeirão Preto – Unaerp. Email: jaque_mota@hotmail.com

³ Advogado inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil do Estado de São Paulo. Graduado em Direito pela Universidade de Araraquara (2015) Mestre em Direitos Coletivos e Cidadania pela Universidade de Ribeirão Preto (2017). Doutorando em Tecnologia Ambiental pela Universidade de Ribeirão Preto. Conciliador e Mediador do Tribunal de Justiça de São Paulo. Professor de Direito pela Universidade de Ribeirão Preto - UNAERP. Email: fluquez@unaerp.br.

INTRODUÇÃO

No ano de 2018, no Brasil inteiro foi repercutido o assunto de que tratará este artigo, visto que a visibilidade e importância deste tema foram caracterizadas pelo julgamento do *Habeas Corpus* do ex-presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva no Supremo Tribunal Federal (STF). O ponto principal discutido foi a legalidade da pena de prisão ser executada antes do trânsito em julgado, o que para muitos juristas e inclusive ministros da Suprema Corte não é uma questão consolidada, visto que a Constituição Federal expressa o princípio da presunção de inocência, e dessa forma o STF estaria fazendo o papel de legislador, pois neste caso, o entendimento do STF a favor da execução da pena de prisão antes do trânsito em julgado iria contra a letra da lei.

Para esclarecer a atual discussão, deve-se notar queo Brasil é um dos países do mundo que mais prende, consequência disso são os resultados dessa forma de punição do Estado, que apesar de regular em leis uma das formas de execuções penais mais elogiadas no mundo, na prática demonstra o contrário, visto que segundo levantamento feito em 2018 pelo site do G1, juntamente com o Núcleo de Estudos da Violência (NEV) da Universidade de São Paulo e o Fórum Brasileiro de Segurança Pública, foi criado o Monitor da Violência, que verificou que há superlotação nas penitenciárias brasileiras com um déficit de 279 mil vagas em todo o país.

Outro dado importante, a saber, é que em 2018 o total de presos provisórios são aproximadamente 236,1 mil, o que representa 34,4% do total de encarcerados. Este último dado revela que o entendimento do STF acerca da prisão em segunda instância poderia afetar significativamente um número imenso de presos que em muitos casos poderiam ter direito a estarem em liberdade, não pelo fato da decisão do HC do ex-presidente, mas pelas consequentes vertentes que futuramente a Suprema Corte deverá se consolidar. Ainda que a prisão preventiva esteja regulamentada em lei, podendo ser aplicada antes do trânsito em julgado, sabe-se que a realidade demonstra que muitos presos provisórios, ou presos que aguardam julgamento de recursos às Cortes Superiores, seriam beneficiados caso o entendimento do STF fosse contra a execução da pena de prisão antes do trânsito em julgado.

Para iniciar a discussão deste tema, é imprescindível demonstrar como é estruturado o sistema judicial brasileiro, neste caso, em relação ao processo penal:

1ª Instância: é aquela na qual juízes estaduais e federais proferem decisões de culpabilidade ou inocência do réu e indicam a pena a ser cumprida ou a extinção do processo. Aqui se discute fatos e provas.

2ª Instância: é aquela na qual desembargadores estaduais ou federais decidem se mantêm a decisão proferida pela instância anterior. Nessa fase pode ser proferida nova decisão ou até mesmo a absolvição do réu. Aqui ainda se discute fatos e provas.

Tribunais Superiores: nestes, ministros do Supremo Tribunal de Justiça (STJ) e do Supremo Tribunal Federal (STF) analisam se o andamento do processo se manteve em conformidade com a lei e com a Constituição Federal, respectivamente. Aqui não se discute mais o mérito, porém o processo ainda pode ser anulado.

Assim sendo, o que deverá ser analisado é o do status de “culpado” do réu, pois se relacionado às últimas decisões do STF, a culpabilidade é definida com o esgotamento dos meios de defesa em segunda instância em que a decisão de condenação proferida é mantida, tornando o réu condenado a cumprir pena restritiva de liberdade. Porém, por outro lado, as decisões do STF não tem sido unânimes, mostrando que há discordância entre os ministros, pois alguns defendem a tese de que apenas podem-se denominar réus como “culpados” depois de esgotadas todas as defesas em todas as instâncias, não sendo então, constitucional e legal atribuir-lhes esse adjetivo anteriormente.

1. PRÍNCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

1.1. Presunção de Inocência. Conceito

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LVII, determina que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória". Neste artigo da Carta Magna se encontra fundamentado um princípio basilar do Direito Brasileiro, chamado Princípio da presunção de inocência, o qual pretende garantir que ninguém seja considerado culpado por qualquer imputação enquanto não estejam encerradas em todas as instâncias judiciais as defesas das quais o réu tem direito.

O princípio teve sua origem na Declaração dos Direitos dos Homens e dos Cidadãos, em 1791, ganhou repercussão universal com a Declaração dos Direitos Humanos,

da ONU, em 1948, que afirmou em seu artigo 11 o seguinte:

“Toda a pessoa acusada de um ato delituoso presume-se inocente até que a sua culpabilidade fique legalmente provada no decurso de um processo público em que todas as garantias necessárias de defesa lhe sejam asseguradas”.

Atualmente, este princípio tem levantado distintas interpretações e entendimentos acerca da real intenção do legislador ao escrever o texto constitucional, principalmente em relação à possibilidade da prisão com a condenação em segunda instância, como veremos a seguir.

1.2. Entendimento doutrinário acerca do princípio da presunção de inocência.

Segundo CUNHA, a Constituição Federal Brasileira, ao contrário de alguns tratados e cartas internacionais, não declara de forma expressa que o cidadão se presume inocente, mas sim impede que seja considerado culpado até a decisão definitiva que o condene.

“Na verdade, o princípio insculpido na referida norma garantia é o da presunção de não culpa (ou de não culpabilidade) . Uma situação é a de presumir alguém inocente; outra, sensivelmente distinta, é a de impedir a incidência dos efeitos da condenação até o trânsito em julgado da sentença, que é justamente o que a Constituição brasileira garante a todos.”

Ou seja, para CUNHA, é totalmente viável que após a condenação do réu em segunda instância, seja iniciada a fase de execução provisória, inclusive cabendo a prisão do réu. Além disso, aponta que o conceito de trânsito em julgado no processo penal, é completamente diferente do conceito do Código de Processo Civil, que indica que devem ser esgotados os recursos para haver o trânsito em julgado. No processo penal, o trânsito em julgado não deve estar relacionado ao esgotamento dos recursos, e sim à comprovação da matéria fática e ainda salienta que em países de regime democrático esta análise é aplicada,

visto que os recursos às Cortes Superiores devem ser de cunho residual, uma vez que caso for reforçado o início do cumprimento da pena apenas após o trânsito em julgado, as esferas jurídicas de primeira e segunda instância veriam-se ameaçadas e perderiam sua autoridade e autonomia em julgar os processos, suas decisões seriam meros “ritos de passagem” para chegar até uma decisão das Cortes Superiores.

Aponta também, que a ocorrência do recurso de revisão criminal indica que o trânsito em julgado no processo penal não deve ser aplicado havendo o esgotamento dos recursos, uma vez que com este recurso o trânsito em julgado se torna inalcançável.

Ademais, CUNHA verifica que impedindo a execução penal com o esgotamento dos recursos, conseqüentemente haverá efeitos deletérios, tais como, a seletividade penal, uma vez que apenas indivíduos que tenham condições de arcar com as custas de recursos às Cortes Superiores teriam o acesso à possibilidade de não cumprirem a execução de imediato; outro ponto desfavorável da não execução imediata é a ocorrência da proliferação de recursos e *writs* meramente protelatórios, como tem sido visto ultimamente, a exemplo, os “embargos dos embargos”. Mas principalmente, há a agravação do descrédito da sociedade acerca da justiça e conseqüente impunidade, senão vejamos réus de crimes gravíssimos que se encontram soltos, unicamente pelo fato de conseguirem decisões das Cortes Superiores estendendo demasiadamente o lapso temporal entre a prática do crime e o efetivo cumprimento da pena.

Em entendimento similar, NUCCI acredita que para contrariar a execução provisória da pena, neste caso, com a prisão, invoca-se o princípio da presunção de inocência. Para ele, se o réu apenas cumprisse a pena condenatória com o trânsito em julgado da decisão, ocorreria um prejuízo a outros direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição, e havendo indícios de autoria, não há o que se falar em ilegalidade quanto à execução provisória da pena.

“O correto é a extração da guia provisória de ofício, enviando-se ao juízo da execução penal, pois o direito à liberdade é indisponível, razão pela qual não cabe ao réu decidir se deseja ou não ser beneficiado por eventual progressão. No Estado de São Paulo, está em vigor, há anos, o Provimento 653/99 do Conselho Superior da Magistratura,

estabelecendo que o juiz deve expedir guia de recolhimento provisória, após a condenação, determinando a remessa ao juiz das execuções penais, responsável pela execução provisória. Resolve-se, com a expedição da guia provisória, outro obstáculo alegado por alguns, de que não haveria pressuposto fundamental para o início da execução penal, como dispõe o art. 105 da LEP (“[...] o juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução”). Editou-se, também, Resolução do Conselho Nacional de Justiça, disciplinando a execução provisória da pena, nos mesmos termos, indicando como juiz competente o da execução penal. Finalmente, a viabilidade de existir execução provisória da pena está consolidada, conforme se pode verificar pela edição da Súmula 716 do Supremo Tribunal Federal: “Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória”.

Por outro lado, CAPEZ entende que a prisão depois de esgotados os recursos em segunda instância afronta o princípio constitucional da presunção de inocência, porque se todos os indivíduos se presumem inocentes, o ônus de provar a culpa do indivíduo é do Estado, no sentido de culpabilidade, deverá ser provada para que só então o Estado exerla seu *jus puniendi*. Ainda mais sabendo que conforme o artigo 156 do Código de Processo Penal (com a redação da Lei nº 11.690, de 9 de junho de 2008), o ônus da prova compete a quem acusa, nesse sentido, o trânsito em julgado do processo penal determinaria a culpabilidade, sendo assim, a execução da pena somente deveria começar com a condenação definitiva do réu.

Ademais, CAPEZ salienta que o artigo 8º, nº 2, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que passou por aprovação do Congresso Nacional, e hoje tem força de lei no território nacional determina que toda a pessoa acusada de delito tem direito a que se pressuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa, dessa forma, é legalmente estabelecido que a execução deve ocorrer, segundo seu entendimento, apenas havendo a condenação definitiva do réu, que acontece com o trânsito em julgado do processo.

No sentido contra a prisão após decisão da segunda instância, JESUS defende a

linha da interpretação literal do inciso LXII, do artigo 5º da Constituição Federal, visto que este se caracteriza como cláusula pétrea, pois além de estar previsto no rol do artigo 5º (direitos fundamentais), assegura também outros direitos, tais como a ampla defesa, e o duplo grau de jurisdição, garantias estas que não devem ser violadas. Em seu entendimento, aponta que a presunção de inocência decorre da exigência de que a pena não seja executada enquanto não transitar em julgado a sentença condenatória. Somente depois de a condenação tornar-se irreversível é que podem ser impostas medidas próprias da fase da execução.

2. DAS DISPOSIÇÕES LEGAIS PREVISTAS NA LEI DE EXECUÇÃO PENAL E NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.

A regulamentação acerca da execução da pena está na Lei nº 7.210/1994 (LEP), que é a Lei de Execuções Penais, contendo as normas relativas às hipóteses de cumprimento de pena, benefícios, Direitos dos apenados, deveres do apenados, do poder público, entre outras normas.

Sobre o início da execução penal imposta pelo Estado, através do exercício de seu *jus puniendi*, a lei dispõe que:

“Art. 105. Transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução. Art. 106. A guia de recolhimento, extraída pelo escrivão, que a rubricará em todas as folhas e a assinará com o Juiz, será remetida à autoridade administrativa incumbida da execução e conterà: [...] Art. 107. Ninguém será recolhido, para cumprimento de pena privativa de liberdade, sem a guia expedida pela autoridade judiciária.[...]”

Na leitura dos dispositivos legais elencados acima, extrai-se que em regra, a execução da pena privativa de liberdade deverá ser iniciada apenas após o trânsito em julgado da condenação. Ocorrendo o trânsito em julgado, somente a partir daí que o magistrado deverá determinar a expedição da guia de recolhimento, para que o condenado seja encaminhado ao cárcere, e assim se inicia o cumprimento da pena.

Verifica-se que a lei é taxativa ao estabelecer que a expedição da guia de recolhimento só deve se dar com a efetivação do trânsito em julgado da decisão de condenação. Contudo, podem ocorrer as hipóteses de prisão preventiva ou temporária, nas quais há fundamentos comprovados da necessidade da prisão, requisitos estes estabelecidos respectivamente no artigo 333 e seguintes do Código de Processo Penal e o artigo 1º e seus incisos da Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, que dispõe como ocorrerá a prisão temporária.

Sendo assim, verifica-se que tanto a Lei de Execuções Penais, quanto o Código de Processo Penal, que estão em plena vigência, estabelecem que a execução da pena, em regra, só deverá ocorrer após o trânsito em julgado da decisão condenatória, excepcionalmente poderá haver a prisão preventiva e temporária, de forma fundamentada e previstos os requisitos necessários. É importante constar que o artigo 283 do Código de Processo Penal esclarece de forma clara e literal que a prisão só poderá ocorrer após sentença condenatória transitada em julgado, com ressalva das exceções já mencionadas, senão vejamos:

“Artigo 283 CPP: 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.”

3. A JURISPRUDÊNCIA DO STF ACERCA DA PRISÃO APÓS A CONDENAÇÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA.

Nos últimos nove anos, despertaram várias discussões jurídicas e políticas acerca da prisão após decisão condenatória em segunda instância. Em 2009, o STF, julgou o Habeas Corpus 84078 MG, no qual firmou entendimento no sentido de considerar que a prisão do condenado em segunda instância só poderia ocorrer após o trânsito em julgado da decisão, ou seja, se houvesse recurso especial ou extraordinário para ser julgado, a prisão não poderia ocorrer, como se verifica na ementa do julgado da Suprema Corte:

“HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA

CHAMADA "EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA". ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. O art. 637 do CPP estabelece que "[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoado 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. 7.210/84, 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 somente pode ser decretada a título cautelar. 4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão. 5. Prisão temporária, restrição dos efeitos da interposição de recursos em matéria penal e punição exemplar, sem qualquer contemplação, nos "crimes hediondos" exprimem muito bem o sentimento que EVANDRO LINS sintetizou na seguinte assertiva: "Na realidade, quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está querendo fazer o mal, se equipara um pouco ao próprio delinquente". 6. A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados --- não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e extraordinários e subsequentes agravos e embargos, além do que "ninguém mais será preso". Eis o que poderia ser apontado como incitação à "jurisprudência defensiva", que, no

extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço. 7. No RE 482.006, relator o Ministro Lewandowski, quando foi debatida a constitucionalidade de preceito de lei estadual mineira que impõe a redução de vencimentos de servidores públicos afastados de suas funções por responderem a processo penal em razão da suposta prática de crime funcional, o STF afirmou, por unanimidade, que o preceito implica flagrante violação do disposto no inciso LVII do art. 5º da Constituição do Brasil. Isso porque --- disse o relator --- "a se admitir a redução da remuneração dos servidores em tais hipóteses, estarse-ia validando verdadeira antecipação de pena, sem que esta tenha sido precedida do devido processo legal, e antes mesmo de qualquer condenação, nada importando que haja previsão de devolução das diferenças, em caso de absolvição". Daí porque a Corte decidiu, por unanimidade, sonoramente, no sentido do não recebimento do preceito da lei estadual pela Constituição de 1.988, afirmando de modo unânime a impossibilidade de antecipação de qualquer efeito afeto à propriedade anteriormente ao seu trânsito em julgado. A Corte que vigorosamente prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade não a deve negar quando se trate da garantia da liberdade, mesmo porque a propriedade tem mais a ver com as elites; a ameaça às liberdades alcança de modo efetivo as classes subalternas. 8. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual Ordem concedida. (STF - HC: 84078 MG, Relator: Min. EROS GRAU, Data de Julgamento: 05/02/2009, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-035 DIVULG 25-02- 2010 PUBLICAÇÃO 26-02-2010).”

Entretanto, este entendimento do STF foi alterado no ano de 2016, no julgamento do *Habeas Corpus* 126292/2016. O relator do HC foi o ministro Teori Zavascki, o qual asseverou que em recurso especial ou extraordinário não há a análise de matéria fática, apenas jurídica, destacou também que as súmulas 716 e 717 da Suprema Corte já sinalizavam a mudança do entendimento anterior do STF, visto que ao preso provisório foi garantida a progressão de regime, ainda que pendente de julgamento de recurso. Segundo o seu entendimento, no Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional se concretiza o duplo grau de jurisdição, dessa forma se encerra a análise dos fatos, o que possibilita então a execução provisória da pena, ensejando a prisão após a decisão condenatória em segunda instância.

Ainda, segundo a ministra Ellen Gracie, em nenhum país do mundo após a condenação do réu em segunda instância fica impedida de iniciar-se a execução provisória da pena, pois se aguardar a análise das Cortes superiores a intenção dos recursos passam a ser protelatórios, impedindo que haja efetivo cumprimento da pena, e ainda facilitando a ocorrência de prescrição.

Assim sendo, o entendimento do STF passou a ser favorável à execução provisória da pena, cabendo, portanto, a prisão, ainda que a decisão da segunda instância não tenha transitado em julgado. Adiante será dissertado a consolidação deste entendimento que ocorreu em 2018, com o julgamento do HC 152.752 PR, envolvendo o ex-presidente da República, Luiz Inácio Lula da Silva.

4. CASO LULA. HABEAS CORPUS 152.752 PR.

O STF julgou no dia 4 de abril de 2018 o *Habeas Corpus* do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, o qual foi condenado em primeira instância pelo Juiz Federal Sérgio Fernando Moro, titular da 13ª Vara Criminal Federal de Curitiba – Paraná, à pena de prisão por lavagem de dinheiro e corrupção passiva. O ex-presidente recorrer da decisão do juiz de primeira instância ao Tribunal Regional Federal da 4ª Região, contudo, o TRF-4 manteve a condenação e aumentou a pena do mesmo. Dessa forma, a intenção do ex-presidente ao impetrar HC ao STF foi a de impedir que ocorresse a execução provisória da pena de prisão, antes que fossem julgados os seus recursos nas Cortes Superiores, invocando a cláusula pétrea

do princípio da presunção de inocência.

O julgamento do HC de Lula teve repercussão nacional e mundial, durando mais de 10 horas, os votos dos ministros mostraram de forma clara e veemente, como ainda há divergência na Corte Superior quanto à execução da pena de prisão antes do trânsito em julgado, visto que o HC foi negado por seis ministros, enquanto cinco ministros se posicionaram contra a prisão antes do trânsito em julgado.

Apesar do julgamento do HC de Lula não ter tido efeito *erga omnes*, ou seja, extensivo a todos os casos semelhantes, este entendimento firmado pela maioria dos ministros demonstra a tendência da Suprema Corte em analisar a execução provisória da pena de prisão antes do trânsito em julgado.

A seguir, serão analisados dois votos de ministros favoráveis à prisão após a condenação em segunda instância, e dois votos desfavoráveis, para que se possa verificar os argumentos que ensejaram a decisão destes ministros.

4.1 Votos a favor

Destaca-se como voto a favor da execução da pena de prisão com o esgotamento de recursos na segunda instância, o do Ministro Alexandre de Moraes, que elencou em sua fundamentação, princípios correlatos ao da presunção de inocência e a importância da ponderação que resultará em uma interpretação constitucional que obedeça tais princípios e garanta a devida aplicação do processo penal.

Para o ministro, a aplicação do princípio da presunção de inocência deve respeitar os princípios que garantem a efetividade do Poder Judiciários, tais como: o do juiz natural e o da tutela judicial efetiva, dessa forma, segundo seu entendimento:

“A possibilidade de as condenações criminais de mérito proferidas pelos Tribunais de 2º grau, no exercício de suas competências jurisdicionais, devem ser respeitadas, sem o “congelamento de sua efetividade” pela existência de competências recursais restritas e sem

efeito suspensivo do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, cuja atuação não possibilita a realização de novas análises probatórias e de mérito da questão penal, respectivamente, nos recursos especial e extraordinário, uma vez que essa competência jurisdicional foi constitucionalmente atribuída às instâncias ordinárias do Poder Judiciário, definidas como únicos juízos naturais com cognição fática e probatória ampla.”

MORAES fundamentou seu entendimento nas posições anteriores da Suprema Corte acerca da possibilidade de execução provisória da pena após condenação em segunda instância. Relatou que de 34 ministros que passaram pelo STF, destes, apenas 9 se posicionaram contra a execução da prisão sem o trânsito em julgado. Ademais, destacou que em seu entendimento o princípio da presunção de inocência é uma presunção *juris tantum*, ou seja é relativa, é válida até que se prove o contrário, dessa forma, como a matéria fática em um processo penal é apreciada somente até a segunda instância, é necessário que a pena de prisão seja desde logo cumprida, após o esgotamento de recursos na segunda instância.

Destaca-se também seu entendimento no sentido de valer-se de uma harmonização de princípios, visto que se aplicado de forma absoluta o artigo 5º, inciso LVII, haveria uma desproporcionalidade que acarretaria em prejuízo ao princípio da tutela judicial efetiva, esta que garante a validade das decisões proferidas por juizes naturais.

Em entendimento similar, a ministra Rosa Weber votou no sentido da denegação da ordem. Destacou a importância da segurança jurídica como valor inerente à democracia, ao Estado de Direito e ao próprio conceito de justiça. Dessa forma, para ela a imprevisibilidade caracteriza-se como elemento que degenera o Direito, ou seja, o simples fato de ter alterado o quadro de alguns ministros na Suprema Corte não poderia dar ensejo à alteração da jurisprudência anteriormente firmada, no sentido de autorizar a execução provisória da pena de prisão antes do trânsito em julgado. Pois, para ela o princípio da presunção de inocência não é ferido com a execução da pena antes do trânsito em julgado, como já havia sido o entendimento do STF acerca deste assunto, e até mesmo citou jurisprudências nas quais amparou a sua decisão. Tal como:

“AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO

CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. NÃO ESGOTAMENTO DE JURISDIÇÃO. CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. POSSIBILIDADE. 1. Há óbice ao conhecimento de habeas corpus impetrado contra decisão monocrática, indeferitória de writ, do Superior Tribunal de Justiça, cuja jurisdição não se esgotou. Precedentes. 2. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em julgamento de apelação, ainda que sujeito a 21 Em elaboração HC 152752 / PR recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal (HC 126.292/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, Plenário, DJe 17.5.2016). Ressalva de entendimento desta Relatora. 3. Orientação reafirmada por este Supremo Tribunal Federal, ao indeferir as medidas cautelares requeridas nas ADC's 43 e 44, em que pretendida, ao argumento da inconstitucionalidade do art. 283 do CPP, a suspensão das execuções provisórias da condenação confirmada em 2º grau. 4. Ratificação da jurisprudência da Casa, ao julgamento do ARE 964.246-RG/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, Plenário Virtual, DJe 25.11.2016, sob a sistemática da repercussão geral, nos seguintes termos: 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. 5. Agravo regimental conhecido e não provido.”

4.2 Votos contra

O ministro Ricardo Lewandowski, que votou pela concessão do habeas corpus para que o ex-presidente permanecesse em liberdade até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Destacou em seu voto a importância do princípio da presunção de inocência, que segundo ele, é uma das salvaguardas mais relevantes do cidadão. O ministro citou estatísticas dos presos provisórios no Brasil, além disso ressaltou que magistrados de

primeira e segunda instância estão sujeitos a cometerem erros, até mesmo citou que estes erros foram analisados pelo STF e divulgados pelo Conselho Nacional de Justiça.

Para o ministro o artigo 5º, inciso LVII deve ser interpretado de forma taxativa e com univocidade. Desconsiderar tal princípio seria negar a garantia instituída em favor de todos os cidadãos, o que acarretaria irreparável retrocesso institucional.

Destaca-se por fim, a conclusão do entendimento do ministro, contra a execução da pena de prisão antes do trânsito em julgado no seguinte sentido:

“Com maior razão não é dado aos juízes fazê-lo por meio da estreita via da interpretação, pois esbarrariam nos intransponíveis obstáculos das cláusulas pétreas, verdadeiros pilares de nossas instituições republicanas, revelando, ademais, com a devida vênua, inaceitável desapareço pelos cânones que regem o Estado Democrático de Direito.”

No voto do ministro Celso de Mello, que denegou o HC, o mesmo destacou que a presunção de inocência é uma norma de tratamento, que proíbe prisões cautelares compulsórias e a impossibilidade constitucional de execução provisória da condenação criminal. Segundo o ministro seu entendimento é o mesmo há 29 anos dos quais é ministro na Corte Superior, visto que para ele uma cláusula pétrea não deve ser objeto de interpretação desfavorável, que incide em prejuízo a quem quer que seja.

Destaca-se sei voto neste sentido:

“Antes desse momento, portanto – é preciso advertir –, o Estado não pode tratar os indiciados ou os réus como se culpados fossem. A presunção de inocência impõe, desse modo, ao Poder Público um dever de tratamento que não pode ser desrespeitado por seus agentes e autoridades, como vinha advertindo, em sucessivos julgamentos, esta Corte Suprema (HC 96.095/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO – HC 121.929/TO, Rel. Min. ROBERTO BARROSO – HC 124.000/SP, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – HC 126.846/SP, Rel. Min. TEORI

ZAVASCKI – HC 130.298/SP, Rel. Min. GILMAR MENDES, v.g.)”

O ministro concluiu seu voto, explanando seu entendimento de que toda e qualquer pessoa dever ser pressumidamente inocente até que tenha sido reconhecida sua culpabilidade na ocorrência do trânsito em julgado. Enfatizou que a execução provisória da pena de prisão revela-se incompatível com o direito fundamental do réu ser pressumido inocente até que se profira decisão condenatória transitada em julgado.

5. CONCLUSÃO

Com este presente artigo, verificou-se como o assunto ainda está pendente de consolidação tanto no STF, quanto no meio doutrinário. E que a questão da execução provisória da pena de prisão é apenas uma das divergências encontradas, visto que o artigo 5º, inciso LVII, é claro em expressar que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da decisão, ou seja, ainda que não haja pena de prisão, qualquer pena deverá aguardar os esgotamentos dos recursos nas Cortes Superiores para que se inicie a fase de cumprimento de pena.

Trata-se de uma importante interpretação do princípio da presunção de inocência, pois elecado no rol dos direitos fundamentais da Constituição, o principal questionamento é se o STF poderia interpretar ao contrário da literalidade que traz o texto constitucional.

Foi visto que desde 2009 o STF tem discutido exclusivamente este assunto, e ainda tende a retornar a discutí-lo, uma vez que há pendente de julgamento duas ADCs (Ações declaratórias de constitucionalidade) a 43 e 44, protocoladas no ano de 2016, que tratam da interpretação literal do artigo 5º, inciso LVII, este julgamento está pendente de julgamento e ainda não foi colocado na pauta do STF.

Muitos advogados e juristas contrariam o julgamento do HC de Lula antes do julgamento das ADCs, pois acreditam que os ministros deixaram de ser imparciais, decidindo em relação a figura do ex-presidente e deixando de verificar a extrema importância da interpretação do texto constitucional com consequências efetivas a todos os cidadãos.

Segundo o Ministro Gilmar Mendes, o julgamento de Lula encerrou o assunto em

relação a ele, porém deixou de dar solução. Para ele o STF criou um grande problema ao julgar o HC de Lula antes das ADCs.

A execução da pena de prisão, tal como a execução provisória da pena, seja ela qual for, deve ser apreciada e analisada de forma responsável e desprovida de juízos de parcialidade. Senão vejamos, apesar de ter ocorrido o julgamento do ex-presidente, o que ensejou grande repercussão pelo Brasil e pelo mundo, ainda paira a dúvida e incerteza de uma garantia expressa na constituição. É fundamental que o Judiciário faça valer a segurança jurídica para todos os cidadãos, pois a reiterada interpretação da Carta Magna pode trazer retrocessos e prejuízos irreparáveis para qualquer pessoa.

A sociedade civil, tais como representantes de advogados, juízes, entre outros representantes de classes, têm declarado suas convicções, inclusive ao próprio STF. A Associação Juízes para a Democracia (AJD), por exemplo, enviou aos ministros da Suprema Corte uma nota técnica contra a decretação de prisão após condenação em segunda instância. Além destes, diversos representantes de entidades de advogados de todo o país se reuniram no Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), exigindo que OAB se manifeste no sentido de cobrar do Supremo Tribunal Federal e da presidente da corte, ministra Cármen Lúcia, para que pautе o julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) 44, proposta pela própria OAB. Representantes do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), Defensoria Pública, Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB), entre várias outras, declararam a urgência para que as ADCs sejam julgadas, visto a inegável insegurança jurídica que o STF gerou com o julgamento do HC do ex-presidente Lula.

É indubitável que mais de centenas de milhares de pessoas que estão presas ou que serão presas poderão se beneficiar caso o entendimento do STF seja alterado e o assunto seja finalmente consolidado.

Ainda, verifica-se que no Congresso Nacional, analisam a ideia de criarem um Projeto de Emenda Constitucional (PEC) que estabeleça a jurisprudência consolidada do STF acerca da execução provisória da pena, contudo, para isso, antes deverão ser julgadas as ADCs.

REFERÊNCIAS

Advogados pedem que OAB cobre posição do STF sobre prisão em segunda instância. Acesso em 17/06/2018. Disponível em: <<http://www.redebrasilatual.com.br/politica/2018/03/advogados-pedem-que-oab-cobre-posicao-do-stf-sobre-prisao-em-segunda-instancia>>.

A prisão em 2ª instância se consolidou? Ou pode mudar no futuro? Acesso em 17/06/2018. Disponível em: <<https://www.nexojornal.com.br/expresso/2018/04/06/A-pris%C3%A3o-em-2%C2%AA-inst%C3%A2ncia-se-consolidou-Ou-pode-mudar-no-futuro>>.

BRASIL. Constituição, 1988. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988.

_____. Código de Processo Penal 1941. Brasília: Senado Federal, 1941.

_____. Código Penal 1940. Brasília: Senado Federal, 1940.

_____. Lei nº 7.960 de 21 de dezembro de 1989. Brasília: Senado Federal, 1989.

CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal, volume 1, parte geral : (arts. 1º a 120). 15. ed. — São Paulo : Saraiva, 2011.

CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. San José, Costa Rica: em 22 de novembro de 1969. Acesso em 13/05/2018. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>.

CUNHA, Rogerio Sanches. Manual de Direito Penal – Parte geral. 3 ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

DECLARAÇÃO DE DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO. França: 26 de agosto de 1789. Acesso em 13/05/2018. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>.

1. Em um ano, nº de presos provisórios cai, mas prisões do país seguem 70% acima da capacidade. Acesso em 15/05/2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/em-um-ano-n-de-presos-provisorios-cai-mas-prisoes-do-pais-seguem-70-acima-da-capacidade.ghtml>>

Execução provisória da pena: não cabimento quando presente na sentença condição expressa do trânsito em julgado para o início do cumprimento da pena. Acesso em 15/05/2018. Disponível em: <<http://meusitejuridico.com.br/2017/04/17/execucao-provisoria-nao-cabimento-quando-presente-na-sentenca-condicao-expressa-transito-em-julgado-para-o-inicio-cumprimento-da-pena/>>.

JESUS, Damásio de. Direito Penal, volume 1 : Parte geral. 32. ed. São Paulo : Saraiva, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal. – 10. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

Quais os argumentos dos ministros para recusar ou aceitar recurso de Lula? Acesso em 13/05/2018. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/politica/eleicoes/2018/noticias/2018/04/05/quais-foram-os-argumentos-dos-ministros-sobre-recurso-de-lula-no-stf.htm>>

Prisão antes do trânsito em julgado é inconstitucional, afirma AJD. Acesso em 16/05/2018. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2018/03/27/prisao-antes-do-transito-em-julgado-e-inconstitucional-afirma-ajd/>>.

Prisão após condenação de segunda instância não fere Constituição. Acesso em 16/05/2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-fev-24/jose-jacomo-prisao-segunda-instancia-nao-fere-constituicao>>.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. VOTOS DOS MINISTROS: Acesso em 15/05/2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC152752VotoMinAM.pdf>>. <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC152752votoRW.pdf>>.

<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HABEASCORPUSHC152752VotoMinRL.pdf>>.

<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC152.752Voto.pdf>>

Tema da prisão após segunda instância está candente no STF desde 2016. Acesso em: 16/05/2018. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/03/tema-da-prisao-apos-segunda-instancia-esta-candente-no-stf-desde-2016.shtml>>.

Submissão: 13.06.2018

Aprovação: 29.11.2018