



UNIVERSIDADE FEDERAL DE RORAIMA
INSTITUTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO
DISCIPLINA: DIREITO PROCESSUAL CONSTITUCIONAL



**A CONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO DA PENA A PARTIR DA CONFIRMAÇÃO
DA SENTENÇA CONDENATÓRIA EM SEGUNDA INSTÂNCIA:
Análise do Habeas Corpus 152.752/PR e o estudo do princípio da presunção de
inocência no Direito Comparado¹.**

Daniel Fernando Galan Mateus ²

Isabele Medeiros de Souza ³

Josivânia Gonçalves Veras ⁴

Coordenador: Prof. Dr. Edival Braga⁵

RESUMO

É controversa, na doutrina e na jurisprudência brasileira, a discussão sobre a constitucionalidade do início da execução da pena após a confirmação de sentença condenatória em segunda instância. Referido debate se instaurou em decorrência do que preconiza o princípio constitucional da não-culpabilidade penal ou da presunção de inocência, estampado no art. 5º, inciso LVII da CF/88, bem como em razão dos limites de sua interpretação. Nesse sentido, com vistas a analisar as premissas que consideram constitucionalmente legítimo o cumprimento provisório da pena após acórdão confirmatório da sentença em segundo grau, realizou-se o estudo de caso do julgamento do Habeas Corpus nº 152.752/PR pelo STF, de relatoria do Ministro

¹ O artigo passou por uma revisão gramatical realizada pelo ChatGPT em 2025, revisão somente gramatical, de modo que foi mantida a originalidade do conteúdo do artigo.

² Acadêmico da disciplina Direito Processual Constitucional, do Curso de Bacharelado em Direito, pela Universidade Federal de Roraima. E-mail: <danielgmateus@gmail.com>.

³ Acadêmica da disciplina Direito Processual Constitucional, do Curso de Bacharelado em Direito, pela Universidade Federal de Roraima. E-mail: <beli_medeiros@hotmail.com>.

⁴ Acadêmica da disciplina Direito Processual Constitucional, do Curso de Bacharelado em Direito, pela Universidade Federal de Roraima. E-mail: <josivaniaveras@hotmail.com>.

⁵ Professor de Direito Processual Constitucional da Universidade Federal de Roraima- UFRR

Edson Fachin. No referido HC, o Supremo Tribunal Federal foi instado a julgar a legitimidade constitucional da execução criminal após a condenação em segundo grau de jurisdição. Naquela ocasião, o plenário daquele Tribunal negou a concessão do Habeas Corpus por maioria dos votos. A partir do estudo aprofundado do Habeas Corpus nº 152.752/PR, abordaram-se as principais premissas que fundamentam a legitimidade constitucional do cumprimento da pena antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, sendo cada um dos seis votos que denegaram o pedido do impetrante analisados individualmente. No campo do Direito Comparado, concluiu-se que poucas nações proíbem a prisão após confirmação de sentença condenatória em segunda instância. Depreendeu-se também a vasta diferença entre os sistemas penais dos países estudados, com especial enfoque nos Estados Unidos e no uso disseminado da sistemática de *plea bargains* naquele país.

Palavras-chave: Princípio da Presunção de Inocência. Não Culpabilidade Penal. Execução Provisória da Pena. Constitucionalidade. Habeas Corpus nº. 152.752/PR.

ABSTRACT

It is controversial in Brazilian doctrine and jurisprudence, the discussion on the constitutionality of the beginning of execution of the sentence after confirmation of conviction in second instance. This debate was initiated as a result of what advocates the constitutional principle of non-criminal culpability or the presumption of innocence, as stated in art. 5, item LVII of CF / 88, as well as the limits of its interpretation. In this sense, with a view to analyzing the premises that consider constitutionally legitimate the provisional fulfillment of the sentence after a confirmatory agreement of the sentence in second degree, the case study of the judgment of Habeas Corpus nº. 152.752 / PR by STF, by the report of Minister Edson Fachin. In the aforementioned HC, the Federal Supreme Court was asked to judge the constitutional legitimacy of the criminal execution after the conviction in the second degree of jurisdiction. At that time, the full Court denied the grant of Habeas Corpus by majority vote. From the in-depth study of Habeas Corpus nº. 152.752 / PR, the main premises underlying the constitutional legitimacy of compliance with the sentence before the final sentence of the conviction were passed, each of the six votes denying the petition of the petitioner individually analyzed. In the field of Comparative Law, it was concluded that few nations prohibit arrest after confirmation of conviction in second instance. The vast difference between the penal systems of the countries studied, with a special focus on the United States and the widespread use of the plea bargains system in that country, was also evident.

Keywords: Principle of the Presumption of Innocence. No Criminal Guilt. Provisional Execution of the Penalty. Constitutionality. Habeas Corpus nº. 152, 752 / PR.

SUMÁRIO: Introdução; 1. Do estudo de caso: análise do “HC Lula”; 1.1. Aspectos Gerais; 1.2. Dos votos pela constitucionalidade do cumprimento da pena após confirmação de sentença condenatória em segunda instância; 1.2.1. Ministro Relator Edson Fachin; 1.2.2. Ministro Alexandre de Moraes; 1.2.3. Ministro Luiz Roberto Barroso; 1.2.4. Ministra Rosa Weber; 1.2.5. Ministro Luiz Fux; 1.2.6. Ministra Presidente Cármen Lúcia; 2. A prisão após sentença condenatória em segunda

instância ao redor do mundo; 2.1. Estados Unidos; 2.2. Europa; Conclusão; Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem o fito de analisar a constitucionalidade do início da execução da pena após a confirmação de sentença condenatória em segunda instância, em contraponto ao que preconiza o princípio constitucional da não culpabilidade ou da presunção de inocência. Nesse sentido, busca-se definir quais os argumentos que legitimam o início do cumprimento da pena desde o julgamento colegiado que confirma a sentença condenatória da instância ordinária.

Diante do exposto, para atingir tais objetivos, analisar-se-á o Habeas Corpus nº 152.752/PR, julgado pelo Supremo Tribunal Federal, conhecido popularmente como “HC Lula”, que fora impetrado em favor do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, contra decisão monocrática e, posteriormente, contra o julgamento de mérito prolatado pelo Superior Tribunal de Justiça, no HC 434.766/PR. A partir do estudo aprofundado do Habeas Corpus supracitado, pretende-se abordar as principais premissas que fundamentam a legitimidade constitucional do cumprimento da pena antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. Nesta senda, os seis votos que denegaram o pedido do impetrante serão analisados individualmente.

Com o intuito de enriquecer o debate, utilizar-se-á o estudo comparado para avaliar como o princípio da presunção de inocência é abordado nas Cortes Constitucionais dos Estados Unidos, França, Portugal, Holanda e Inglaterra, definindo até que ponto o princípio da não culpabilidade inviabiliza a execução provisória da pena antes do trânsito em julgado da sentença condenatória nesses países.

Finalmente, buscar-se-á demonstrar os impactos positivos e a importância que o cumprimento da pena a partir da confirmação de sentença condenatória em segunda instância ocasionará ao ordenamento jurídico brasileiro, em via transversa aos aspectos negativos que tal execução provisória pode acarretar.

1. Do estudo de caso: análise do “HC Lula”

1.1. Aspectos Gerais

Trata-se de pedido de Habeas Corpus (HC) preventivo nº. 152752/PR, impetrado por Cristiano Martins e outros ante o Supremo Tribunal Federal-STF em favor de LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA, ex-Presidente da República.

De acordo com os impetrantes, a decisão monocrática proferida pelo Ministro Humberto Martins, apresenta iminente constrangimento ilegal sob a liberdade do ora paciente, ao indeferir o pedido de liminar no Habeas Corpus nº 434.766 - PR (2018/0018756-1).

Preliminarmente, insta salientar que aos dias 24 de janeiro de 2018, o paciente foi condenado pela 8ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região à pena de 12 (doze) anos e 1 (um) mês de reclusão, pela prática dos crimes de corrupção passiva e de lavagem de dinheiro, no julgamento da apelação criminal nº 5046512-94.2016.4.04.7000-PR.

O acórdão daquela turma além de confirmar a sentença condenatória, elevou a pena e determinou o início de sua execução após o esgotamento do duplo grau de jurisdição. Considerando a decisão firmada pelo TRF-4 é que foi impetrado o Habeas Corpus nº 434.766-PR (2018/0018756-1) no Superior Tribunal de Justiça – STJ, tendo o já citado Ministro Humberto Martins, indeferido o pedido de liminar, conforme decisão monocrática de 30 de janeiro de 2018, vejamos:

“HABEAS CORPUS. CORRUPÇÃO PASSIVA E LAVAGEM DE DINHEIRO. PRISÃO DETERMINADA PELO TRIBUNAL APÓS O JULGAMENTO DA APELAÇÃO. POSSIBILIDADE. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. LEGALIDADE. RECENTE ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. REGIME INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. SUSPENSÃO DE DIREITOS POLÍTICOS. MATÉRIA NÃO ENFRENTADA PELO TRIBUNAL A QUO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. HABEAS CORPUS DENEGADO.

I - Após o julgamento do *Habeas Corpus* n. 126.292/SP (STF, Relator Ministro TEORI ZAVASCKI, TRIBUNAL PLENO, julgado em 17.2.2016), esta Corte passou a adotar o entendimento do Supremo Tribunal Federal de que *“a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal”*. Em outras palavras, voltou-se a admitir o início de cumprimento da pena imposta pelo simples esgotamento das instâncias ordinárias, ou seja, antes do trânsito em julgado da condenação, nos termos da Súmula 267/STJ. 2. O Supremo Tribunal Federal também reconheceu a repercussão geral do tema (ARE 964.246/SP, Rel. Ministro TEORI ZAVASCKI) e, em 11.11.2016, decidiu, em Plenário Virtual, pela reafirmação de sua jurisprudência externada no mencionado HC 126.292/SP.

II - No particular, como a sentença condenatória foi confirmada pelo Tribunal de origem, se eventualmente rejeitados os Embargos de Declaração sem efeitos modificativos, e porquanto encerrada a jurisdição das instâncias ordinárias (bem como a análise dos fatos e provas que assentaram a culpa do condenado), é possível dar início à execução provisória da pena antes do trânsito em julgado da condenação, sem que isso importe em violação do princípio constitucional da presunção de inocência.

III - O Superior Tribunal de Justiça já firmou orientação no sentido de que não há que se falar em *reformatio in pejus*, pois a prisão decorrente de acórdão confirmatório de condenação prescinde do exame dos requisitos previstos no art. 312 do Código Penal. Entende-se que a determinação de execução provisória da pena se encontra dentre as competências do Juízo revisoral e independe de recurso da acusação. HC 398.781/SP, Quinta Turma, Rel. MIN. RIBEIRO DANTAS, DJe 31/10/2017).

IV - Sobressai a incompetência deste Superior Tribunal de Justiça para a análise da impetração, quando a matéria de fundo, alegada no *mandamus*, que é questão eleitoral, não foi objeto de debate e decisão pelo Tribunal a quo, sob pena de indevida supressão de instância. Precedente. *Habeas Corpus* denegado." (HC 434.766/PR, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 06/03/2018, DJe 15/03/2018)

Diante do indeferimento da liminar é que fora impetrado o HC objeto de estudo perante o Supremo Tribunal Federal – STF, qual seja, HC nº. 152752/PR, com vistas a obstar o início da execução da pena aplicada pelo TRF-8ª Região de modo a garantir que o paciente respondesse ao processo em liberdade até o trânsito em julgado de eventual decisão penal condenatória.

O julgamento pelo STF do HC nº. 152752/PR, sob a relatoria do Ministro Edson Fachin, ocorreu em 05 de abril de 2018, ocasião em que o pleno daquele Tribunal negou a concessão do HC por maioria dos votos e também por maioria, negaram pedido para estender a duração do salvo-conduto concedido a Lula na sessão do dia 22 de março do mesmo ano.

Destacamos o voto do eminente Relator, foi proferido no sentido de que no ato apontado como coator (decisão do STJ), não se vislumbrava ilegalidade, abusividade ou teratologia, devendo ser aplicado ao caso a atual jurisprudência do STF, que permite o início do cumprimento da pena após confirmação da condenação em segunda instância.

O Relator foi acompanhado dos Ministros Alexandre de Moraes, Roberto Barroso, Rosa Weber, Luiz Fux e Cármen Lúcia. A divergência foi aberta pelo Ministro Gilmar Mendes, no entanto, o objeto deste trabalho cinge quanto a análise dos votos que defenderam a legalidade da decisão monocrática proferida do STJ.

1.2. Dos votos pela constitucionalidade do cumprimento da pena após confirmação de sentença condenatória em segunda instância

1.2.1. Ministro Relator Edson Fachin

O Ministro Edson Fachin, conforme aduzido anteriormente, enquanto relator, foi um dos Ministros que votou pela denegação da ordem, por não verificar ilegalidade, abusividade ou teratologia no ato apontado como coator. As razões para a tomada do voto em tal sentido, são por ele bem explanadas, e apresentadas a seguir.

Na análise do mérito, inicialmente, o Relator tratou de deixar claro que o que estava em questão, naquela ocasião, era o julgamento do ato indicado como coator, um ato concreto do Supremo Tribunal de Justiça - STJ, num caso específico, por esta razão destaca o Relator que não é hipótese no julgamento do *habeas corpus* em estudo de se implementar uma revista ao tema subjacente.⁶

O *habeas corpus*, rememoramos, tem previsão no art. 5º, LXVIII da Constituição Federal de 1988 e será concedido sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder. É considerando a redação do aludido artigo e a jurisprudência já firmada pelo Supremo Tribunal Federal – STF que o relator ressalta emergir o seguinte questionamento: “*haveria no ato indicado como coator ilegalidade ou abuso de poder?*”⁷.

A resposta a tal questionamento foi bem estruturada pelo eminente Relator, e evidenciam seu posicionamento acerca do caso em questão. Em síntese, sustenta o Relator inicialmente que, **a uma**, “*o ato apontado como coator não traduz ilegalidade ou abuso de poder, eis que consentâneo, ao tempo em que proferido, com a compreensão majoritária deste Tribunal Pleno*”⁸, fundamentando tal afirmativa o eminente Relator transcreve o voto proferido pelo Relator, Ministro Félix Fisher no HC 434.766/PR e menciona também os dizeres do Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Min. Ribeiro Dantas, Min. Joel Ilan Paciornik e Min. Jorge Mussi, todos no sentido de que o precedente firmado pelo STF no sentido de que é Constitucional a execução provisória da pena, ausente qualquer ofensa ao princípio da presunção de inocência.

⁶ A revisão da temática já é objeto das Ações Diretas de Constitucionalidade nº. 43 e 44.

⁷ HABEAS CORPUS 152.752 PARANÁ. Voto do Ministro Edson Fachin. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC152752VotoMinEF.pdf>. Acesso em: 13/06/2018. (p. 1)

⁸ Ibidem. (p. 5)

A duas, que o Código de Processo Civil - CPC, que se aplica à espécie pela incidência do art. 3º do Código de Processo Penal-CPP assevera que os *“tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”* (art. 926), porquanto ausente revisão de entendimento por parte do STF, questiona o Relator se seria possível dizer que haveria ilegalidade ou abuso de poder num ato imputado como coator no qual é seguida a jurisprudência majoritariamente dominante no STF.

Para ele, sob a égide o CPC, *“deve ser observada a necessária estabilidade, integridade e uniformidade da jurisprudência, o que é traduzido, inclusive, a partir do dever de autorreferência.”*⁹

Concluindo os dois pontos iniciais, afirma Fachin (2018, p. 6):

Nessa perspectiva, não depreendo que ato coator colida com a lei, tampouco que represente abusividade. Ao contrário, o Superior Tribunal de Justiça, ao cancelar a determinação emanada do TRF-4ª, limitou-se a proferir decisão compatível com a jurisprudência desta Suprema Corte e que, por expressa imposição legal, deve manter-se íntegra, estável e coerente. Consigno que é possível, em tese, que a compreensão desta Suprema Corte seja modificada se e quando verificar-se o julgamento das ADCs 43 e 44. Ressalto que, até tal ocorrência, não é cabível reputar como ilegal ou abusivo o pronunciamento jurisdicional, mormente por órgão inferior, que se coaduna com o entendimento então prevalecente, tampouco atribuir ao Superior Tribunal de Justiça a infactível tarefa de alterar ou dissentir, em matéria constitucional, da compreensão explicitada por esta Suprema Corte.

A três, quanto necessidade de proteção eficiente dos direitos fundamentais, o que se dá, entre outros instrumentos, por meio do Direito Penal, assenta o Relator que mesmo sob a perspectiva dos direitos fundamentais, não verifica alteração no panorama jurídico que autorize considerar o ato coator como revelador de ilegalidade ou abuso de poder¹⁰.

A quatro, que a alegação de que a deflagração da fase executiva decorreria de precedentes sem força obrigatória também não conduziria a resultado diverso, aduz o Relator, Edson Fachin (2018, p. 11):

“o Tribunal Regional Federal da 4ª Região não utilizou a eficácia vinculante de tais precedentes como razões de decidir. Ao contrário, firmou posição própria, inclusive materializada em verbete sumular local (Súmula 122/TRF4), lançando mão das manifestações do Plenário apenas a título de corroboração de sua convicção, forte na eficácia persuasiva que, em geral, integra os pronunciamentos da Suprema Corte. Assim, ainda que se admitisse o caráter meramente persuasivo de tais precedentes colegiados e, portanto, a ausência de caráter vinculante, isso em nada alteraria o panorama

⁹ Ibidem. (p. 6)

¹⁰ Ibidem (p. 10)

conclusivo, na medida em que ainda assim não seria flagrantemente ilegal ou teratológica a decisão que aderisse a tal entendimento.” (grifo nosso)

A cinco, no que tange a alegação de ausência de motivação concreta da imposição da prisão, contrariando o que dispõe o art. 5º, LXI e art. 93, IX, CF, o Relator enfatiza que a necessidade de fundamentação da ordem escrita de autoridade judiciária deve ser compreendida à luz do momento processual em que inserida.

No entendimento deste Relator, em verdade, cuida-se tão somente de cumprimento do título condenatório, “este sim caracterizado pela necessidade de robusta motivação.” (FACHIN, 2018, p. 11)

A seis, que não verifica pronunciamento jurisdicional, ainda que anterior, que dê guarida à alegação de que o TRF-4ª teria incorrido em indevida *reformatio in pejus*, tampouco sustentação jurídica ao condicionamento do início da execução à existência de pedido específico da acusação.

1.2.2. Ministro Alexandre de Moraes

Acompanhando o voto do eminente Relator, o Ministro Alexandre de Moraes, também ressaltou a necessidade de se buscar analisar se a decisão do STJ foi realmente um ato ilegal, teratológico e abusivo. Acerca da decisão ora impugnada, assevera o Ministro que a mesma,

“foi baseada integralmente em posicionamento atual e majoritário do Plenário dessa SUPREMA CORTE (HC 126.292/SP e ARE 964.246/SP), que, inclusive, é reforçado pelo tradicional posicionamento majoritário do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL nesses quase trinta anos da promulgação da Constituição de 1988”. (MORAES, 2018, p. 2)

Ou seja, o Ministro também defende que a decisão questionada, encontra guarida na já firmada jurisprudência do STF. Para ele, ainda que hajam futuras modificações no entendimento da Suprema Corte, decisões inicialmente julgadas legais, não poderão ser considerados atos ilegais (MORAES, 2018, p. 2).

Denegando a ordem, os argumentos utilizados pelo Ministro, em síntese, são: inicialmente, **o entendimento já firmado pelo STF**, destaca o Ministro que “durante os 29 anos e 6 meses de vigência da Constituição, esse posicionamento –

possibilidade de execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação – foi amplamente majoritário em 22 anos e 6 meses”¹¹.

Assevera ainda o Ministro que a possibilidade de execução provisória da pena, inclusive, serviu de pressuposto básico para a edição de duas Súmulas do Supremo Tribunal, quais sejam Súmula nº. 716¹² e Súmula nº. 717¹³.

Esses dados e outros mencionados pelo Ministro servem, de acordo com ele para corroborar no sentido de que,

“não existe qualquer *ilegalidade* no ato do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA que aplicou em sua decisão não só o atual posicionamento do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, como também sua tradicional e majoritária posição, que vem prevalecendo em 75% do período de vigência da atual Constituição Federal e que foi adotado por 71% dos Ministros desta Casa, que atuaram nesse período.” (MORAES, 2018, p. 4)

Outro argumento bem explanado pelo Ministro, é o de que **não há que se falar em desrespeito por parte da decisão do STJ, ao princípio da presunção de inocência**. Na visão do Ministro Alexandre de Moraes (2018, p. 4), trata-se de uma presunção *juris tantum*, vejamos:

A decisão do Superior Tribunal de Justiça não desrespeitou o princípio da presunção de inocência, que é uma presunção *juris tantum* e exige, para ser afastada, a existência de um mínimo necessário de provas produzidas por meio de um devido processo legal e que está prevista no art. 9º da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, promulgada em 26/8/1789 (“*Todo o acusado se presume inocente até ser declarado culpado*”).

A *presunção de inocência* condiciona toda condenação a uma atividade probatória produzida pela acusação e veda, taxativamente, a condenação, inexistindo as necessárias provas, devendo o Estado comprovar a culpabilidade do indivíduo, que é constitucionalmente presumido inocente (MORAES, 2018, p. 4).

O princípio que alega a defesa ter sido violado, tem previsão expressa CF/88, mais especificamente no art. 5, LVII, e estabelece que “*ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória*”¹⁴

¹¹ HABEAS CORPUS 152.752/PARANÁ. **Voto do Ministro Alexandre de Moraes**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC152752VotoMinAM.pdf>. Acesso em: 14/06/2018. (p.3)

¹² “*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.*”

¹³ “*Não impede a progressão de regime de execução da pena, fixada em sentença não transitada em julgado, o fato de o réu se encontrar em prisão especial.*”

¹⁴ **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 14/06/2018. (art. 5º, LVII)

Entretanto, avençando novo argumento, defende o Ministro que tal princípio não foi violado, bem como que **o mesmo não pode ser analisado de forma individual**, posto que a interligação deste com os demais princípios constitucionais, especialmente o da efetividade da tutela judicial, do juízo natural, do devido processo legal, ampla defesa e contraditório, previstos respectivamente nos incisos LIII, LIV, LV, LVI e LXI do art, 5º, CF/88 é ínsita ao Estado Democrático de Direito.

Argumenta Moraes (2018, p. 6):

(...) Somente por meio de uma sequência de atos processuais, realizados perante a autoridade judicial competente, poder-se-á obter provas lícitas produzidas com a integral participação e controle da defesa pessoal e técnica do acusado, a fim de obter-se uma decisão condenatória, escrita e fundamentada, afastando-se, portanto, a presunção constitucional de inocência.

É de ressaltar ainda que entende o Ministro que a interpretação constitucional isolada dos mencionados princípios contraria a vontade do legislador constituinte. Assevera o Ministro:

Ignorar a possibilidade de execução provisória de decisão condenatória de segundo grau, escrita e fundamentada, mediante a observância do devido processo legal, ampla defesa e contraditório e com absoluto respeito as exigências básicas decorrentes do princípio da presunção de inocência perante o juízo natural de mérito do Poder Judiciário – que, repita-se, não é o Superior Tribunal de Justiça nem o Supremo Tribunal Federal – , seria atribuir eficácia zero ao *princípio da efetiva tutela jurisdicional*, em virtude de uma aplicação desproporcional e absoluta do *princípio da presunção de inocência*, que não estaria levando em conta na interpretação constitucional o *método da justeza ou conformidade funcional*. (MORAES, 2018, p. 9)

No caso em análise teria o Tribunal Regional Federal da 4ª Região esgotado a possibilidade legal de análise probatória e, formando o “*juízo de consistência*” afastou a não culpabilidade do réu, impondo-lhe pena privativa de liberdade e, da maneira fundamentada com a remissão da Súmula do próprio Tribunal, determinou o início da execução provisória da pena (MORAES, 2018, p. 10)

Outro argumento de suma relevância aduzido pelo Ministro é no sentido de se **preservar a harmonização de princípios**, para que reste garantida eficácia e aplicação proporcional, vejamos:

Exigir o trânsito em julgado ou decisão final do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal para iniciar a execução da pena aplicada após a análise de mérito da dupla instância judicial constitucionalmente escolhida como juízo natural criminal seria subverter a lógica de harmonização dos diversos princípios constitucionais penais e processuais penais e negar eficácia aos diversos dispositivos já citados em benefício da

aplicação absoluta e desproporcional de um único inciso do artigo 5º, com patente prejuízo ao princípio da tutela judicial efetiva. (MORAES, 2018, p, 11)

Ainda em seu voto, destacou o ministro que não há nenhuma exigência normativa, seja na Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de *San Jose* da Costa Rica), seja na Convenção Europeia dos Direitos do Homem que condicione o início do cumprimento da pena ao trânsito em julgado da sentença condenatória (MORAES, 2018, p 10). Para ele, o princípio do princípio *da presunção de inocência* só prevalece até o momento em que a culpabilidade do acusado for legalmente comprovada, com respeito aos demais princípios e garantias penais e processuais.

Para finalizar, transcrevemos trecho que melhor representa o entendimento daquele Ministro acerca do questionamento que lhe foi posto, aduz o Ministro:

As exigências decorrentes da previsão constitucional do princípio da presunção de inocência não são desrespeitadas mediante a possibilidade de execução provisória da pena privativa de liberdade, quando a decisão condenatória observar todos os demais princípios constitucionais interligados, ou seja, quando o juízo de culpabilidade do acusado tiver sido firmado com absoluta independência pelo juízo natural, a partir da valoração de provas obtidas mediante o devido processo legal, contraditório e ampla defesa em dupla instância e a condenação criminal tiver sido imposta, em decisão colegiada, devidamente motivada, de Tribunal de 2º grau. (MORAES, 2018, p. 11)

1.2.3. Ministro Luiz Roberto Barroso

O Ministro iniciou seu voto destacando que o papel do STF não é revisional da decisão prolatada pelo TRF-4, mas, tão somente o de verificação de ilegalidade no ato coator, i.e., a decisão do STJ. Adicionalmente, ressaltou que o Tribunal não pode ser indiferente ao fato de que o paciente é um ex-Presidente da República que deixou o cargo com percentuais de aprovação popular elevados e, que presidiu o país em período de relevante crescimento econômico e expressiva inclusão social.

Para ele, tal fato serve apenas como evidencia do alto grau de amadurecimento institucional do país, ao assegurar tratamento igualitário e republicano a todos, colocando a razão da Constituição acima de paixões políticas.

Tendo dito isto, o Ministro elaborou breve histórico da questão do cumprimento de pena após sentença condenatória em segunda instância.

Primeiramente, no que tange o Código de Processo Penal, o Ministro destacou que sempre se admitiu a execução da pena após o julgamento em segundo grau, vejamos o art. 637 do CPP. *In litteris*:

Art. 637. O recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para a execução da sentença.

Este entendimento prevaleceu até 2009, quando o STF modificou sua jurisprudência no HC 84.078. Contudo, cumpre ressaltar que o art. 637 não foi declarado inconstitucional, isto é, não foi recepcionado.

É fácil perceber que a prisão após sentença condenatória em segunda instância tem sido vista historicamente como possível no ordenamento brasileiro. Inclusive, é relevante destacar que, até 23/01/2009, o CPP, no art. 594, previa a possibilidade de encarceramento após sentença condenatória de primeiro grau, sendo este artigo declarado inconstitucional somente naquele ano.

Na jurisprudência do STF o assunto é ainda mais controverso, sendo que desde 1941, passando pela CF/88, até 2009, sempre se entendeu possível a execução após condenação em segundo grau, havendo mudança jurisprudencial somente em 05/02/2009, no julgamento do HC 84.078, de relatoria do Ministro Eros Grau, quando a Corte, por 7 votos a 4, passou entender pela execução após o esgotamento recursal.

O Ministro Barroso destaca então, três impactos negativos do entendimento firmado em 2009:

- a) Poderoso incentivo à infundável interposição de recursos protelatórios;
- b) Reforço à seletividade do sistema penal, tornando muito mais fácil prender menino com 100 gramas de maconha do que agente público ou privado que desvie 100 milhões;
- c) Descrédito do sistema de justiça penal junto à sociedade, pela demora na punição e pelas frequentes prescrições, gerando enorme sensação de impunidade.

Posteriormente, o Ministro relatou casos emblemáticos, onde a não execução após decisão em segunda instância demonstrava aspectos de falência. O primeiro caso foi o do jornalista que assassinou sua namorada por motivo fútil e que, mesmo dez anos após ter sido condenado, permanecia em liberdade, causando instintos de vingança no pai da vítima, que se sentia injustiçado.

Outro caso foi o de um ex-senador da República que fora condenado pelo desvio de R\$ 169 milhões na construção do Fórum Trabalhista de São Paulo, fato ocorrido em 1992. Após ter interposto 34 recursos, a sentença só transitou em julgado no ano de 2016 e, nesse interregno, mesmo já condenado, circulou livremente em carros de luxo e frequentou restaurantes caros, distribuindo fartas gorjetas.

O terceiro caso foi o de um jogador de futebol que provocou acidente que levou três pessoas à morte. Após a interposição de nada menos que 21 recursos no STJ, foi declarada a prescrição da pena.

O quarto caso foi o de um suplente de Deputado Federal que contratara pistoleiros para assassinar o titular do cargo, em episódio que ficou conhecido como “Chacina da Gruta”. O fato ocorreu em 1998 e o réu permaneceu em liberdade até 2012, quando foi condenado a 103 anos e 4 meses de reclusão pelo Tribunal do Júri.

Deste caso o Ministro extrai duas conclusões:

- A. A condenação pelo Tribunal do Júri em razão de crime doloso contra a vida deve ser executada imediatamente, como decorrência natural da competência soberana do júri conferida pelo art. 5º, XXXVIII, d da CF;
- B. Confirmada a decisão de pronúncia pelo Tribunal de 2º grau, o júri pode ser realizado. Este entendimento prevaleceu até 1973, quando houve mudança através da Lei 5.941, claramente motivada impedir a prisão do delegado Sérgio Paranhos Fleury, notório torturador e protegido pelos militares.

Após, relatou o caso da Missionário Dorothy Stang, que foi assassinada em fevereiro de 2005 a mando de um fazendeiro no sudoeste do Pará. Houve um lapso de 8 anos entre o fato e a realização do tribunal do Júri, o que, não tivera sido decretada a prisão preventiva do acusado, este ainda estaria aguardando em liberdade.

Por fim, relatou o caso do propinoduto, em que um grupo de fiscais da Receita extorquiu empresas fluminenses e enviou US\$ 34 milhões à Suíça. O caso, ocorrido em 2002, não está nem perto de transitar em julgado, já tendo havido prescrição de vários dos crimes imputados aos réus.

Ato contínuo, o Ministro partiu para as teses jurídicas aplicáveis à prisão após sentença de segundo grau. Barroso elencou 3 teses: 1) *A ordem constitucional brasileira não exige trânsito em julgado para a decretação de prisão. O que se exige*

é ordem escrita da autoridade competente; 2) A presunção de inocência é um princípio, e não uma regra absoluta, que se aplique na modalidade tudo ou nada. Por ser um princípio, ela precisa ser ponderada com outros princípios e valores constitucionais; 3) Depois da condenação em 2o grau, quando já não há mais dúvida acerca da autoria e da materialidade do crime, a execução da pena é uma exigência de ordem pública, para preservação da credibilidade da justiça. Passemos à análise individual das teses.

a) A ordem constitucional brasileira não exige trânsito em julgado para a decretação de prisão. O que se exige é ordem escrita da autoridade competente.

Mediante análise do art. 5o, incisos LVII e LXI da CF/88¹⁵, afere-se que o pressuposto para a decretação da prisão no direito brasileiro não é o esgotamento recursal em face de decisão condenatória, mas sim a ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, destarte, a regra é a reserva jurídica para decretação da prisão, e não o trânsito em julgado. Tal fato permanece corroborado quando se analisa a possibilidade das prisões processuais (preventiva e temporária), e das prisões para fins de extradição, expulsão e deportação, todas elas inexistindo trânsito em julgado.

Na seara do direito internacional, o Ministro destacou que, não somente praticamente nenhum país civilizado no mundo exige o esgotamento recursal para que ocorra a prisão, como também, tampouco fazem as principais convenções de direitos humanos do mundo. Vejamos, *in verbis*:

Declaração Universal dos Direitos Humanos (Art. 11º - 1. 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);

Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (Art. 6º - Direito a um processo equitativo - 2. Qualquer pessoa acusada de uma infracção presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada);

Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (Art. 48 - Presunção de inocência e direitos de defesa - 1. Todo o arguido se presume inocente enquanto não tiver sido legalmente provada a sua culpa);

11

¹⁵ Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 14/06/2018.

Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos (Art. 7.o - 1. Toda a pessoa tem direito a que a sua causa seja apreciada. Esse direito compreende: b) O direito de presunção de inocência, até que a sua culpabilidade seja estabelecida por um tribunal competente);

Declaração Islâmica dos Direitos Humanos (V – Direito a Julgamento Justo - Ninguém será considerado culpado de ofensa e sujeito à punição, exceto após a prova de sua culpa perante um tribunal jurídico independente);

Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (Art.14 - §2. Toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa);

Convenção Americana Sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (Art. 8o - Garantias judiciais - 2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa).

b) A presunção de inocência é um princípio, e não uma regra absoluta, que se aplique na modalidade tudo ou nada. Por ser um princípio, ela precisa ser ponderada com outros princípios e valores constitucionais.

É possível a categorização das regras jurídicas em regras e princípios.

As regras são comandos definitivos que estabelecem condutas a serem observadas.

Os princípios, por outro lado, não descrevem condutas mas apontam ideais a serem alcançados, e.g. justiça, dignidade humana, eficiência.

Em várias situações, portanto, os princípios devem ser aplicados em harmonia com outros princípios, o que ocorre no caso em tela, onde verifica-se de um lado o princípio da presunção de inocência, e do outro o da efetividade mínima do sistema penal, que abriga valores como a realização da justiça, proteção dos direitos fundamentais, o patrimônio público e privado, a probidade administrativa.

O Ministro afirma que o princípio da presunção de inocência tem seu peso máximo no início da investigação e este vai diminuindo até chegar ao mínimo após condenação em segunda instância.

Por fim, destaca que nos Brasil nos acostumamos a um patamar muito ruim de duração dos processos. Isto levou à ideia de que o *devido processo legal* é sinônimo de processo que nunca termina, e de que *garantismo* significa que ninguém deve ser punido.

c) Depois da condenação em 2º grau, quando já não há mais dúvida acerca da autoria e da materialidade do crime, a execução da pena é uma exigência de ordem pública, para preservação da credibilidade da justiça.

O art. 312 do CPP prevê a “garantia da ordem pública” como um dos fundamentos para a prisão preventiva. Certamente, a credibilidade e respeitabilidade da justiça integram este conceito, que seria violado pela falta de efetividade do processo penal.

O Ministro destaca acertadamente que prisão após condenação em 2º grau é decorrência natural e imperativa da condenação, de maneira que permitir discricionariedade aqui é o mesmo que reeditar a seletividade do sistema, onde poderosos e assistidos conseguem andar soltos até a prescrição.

Complementando a argumentação, o Ministro apresentou dados levantados pela Assessoria de Gestão Estratégica do STF sobre os Recursos Extraordinário em matéria penal no Tribunal. Entre 01/01/2009 e 19/04/2016, foram apresentados 25.707 RE ou agravos em RE em matéria criminal, dentre os quais somente 2,93% foram acolhidos, seja em favor da defesa ou da acusação.

Verifica-se que o percentual de REs acolhidos em favor dos réus é de somente 1,12%, dentre os quais em apenas 0,035% houve absolvições, ou seja, tão somente 9 casos.

Portanto, depreende-se que subordinar todo o sistema de justiça a ineficiência e morosidade em razão de números tão irrisórios seria desafiar a razoabilidade e a racionalidade.

Nesta toada, de acordo com dados da Coordenadoria de Gestão da Informação do STJ, entre 01/09/2015 e 31/08/2017 houve 68.944 decisões proferidas em Recursos Especiais ou agravos em REsp. Deste número, o total de absolvições foi de somente 0,62%.

Por fim, o Ministro alerta que, caso seja possibilitada a execução após condenação em 2º grau, o efeito disto será a indução à prescrição, sendo que os grandes beneficiários desta prescrição são aqueles que têm dinheiro para manipular o sistema com infundáveis recursos procrastinatórios.

1.2.4. Ministra Rosa Weber

A Ministra inicia seu voto destacando o papel do Supremo Tribunal e daqueles que o compõem, ressaltando especialmente que em variadas ocasiões, mediante confronto de duas teses jurídicas, tomou decisão de acordo com a

jurisprudência da Suprema Corte, mesmo que, em nível pessoal, não se filiasse à tese vencedora. Em seguida, a Ministra aborda as premissas teóricas que fundamentam seu voto.

a) A pluralidade democrática e o papel do STF

Não raras vezes, as decisões tomadas pelo STF são impopulares vista como antidemocráticas. Sua aceitabilidade, contudo, deriva de dois aspectos subjacentes ao exercício da função jurisdicional.

O primeiro relaciona-se com o conceito de democracia que, nas sociedades contemporâneas, não se resume a simples prevalência do princípio majoritário, indo além, e identificando-se pela conjugação entre instituições majoritariamente eleitas e instituições não eleitas, cuja incumbência é a de tutelas dos direitos fundamentais.

Assim, inobstante as variadas divisões e pluralidade culturais das sociedades modernas, é papel do Poder Judiciário ser elemento estruturante da democracia constitucional, a ele competindo a função de interpretar a legislação, bem como de assegurar a supremacia da Constituição, independentemente de qual seja o contexto fático.

A Ministra colaciona as palavras do Professor Owen Fiss, que explica que o caráter distintivo do Poder Judiciário reside no seu elemento procedimental. Vejamos:

“por uma consideração instrumental, especificamente pela crença de que, em geral, os tomadores de decisão vinculados por procedimento têm maior probabilidade do que outros de tomar a decisão correta ou produzir o verdadeiro significado da Constituição”¹⁶

b) A segurança jurídica e a democracia

Em segundo lugar, a Ministra destaca a garantia fundamental assegurada no art. 5º, LVII, da Constituição, a saber, o princípio da segurança jurídica, que, na sua compreensão, é valor ínsito à democracia, ao estado de direito e ao próprio conceito de justiça. Assim, a instabilidade/imprevisibilidade jurídica seria, por si só, elemento capaz de desgasta o Direito em arbítrio.

¹⁶ Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/leia-voto-ministra-rosa-weber.pdf>. Acesso em 14/06/2018.

Por esta razão, entende a Ministra que a simples mudança da composição do Tribunal ou mudanças de natureza conjuntural não seriam fatores suficientes para legitimar alteração jurisprudencial, haja vista o STF ser uma instituição que transcende quem o compõe.

Ressalva-se contudo que isto não é dizer que a jurisprudência não comporte evolução que, dada a própria dinamicidade da sociedade e os avanços nos patamares civilizatórios fazem-se necessários. O que se deve evitar são rupturas bruscas sem justificativas adequadas.

c) O princípio da colegialidade

O terceiro ponto destacado pela Ministra é o princípio da colegialidade, que consiste em método decisório de julgamento em órgãos coletivos pelo qual se deve decidir em conjunto.

Por se tratar de decisão de tribunal colegiado, a decisão não se justifica no raciocínio jurídico de um juiz singular, mas na conjugação dos argumentos jurídicos dos membros do colegiado, de maneira a compor uma racionalidade jurídica singular e institucional.

A Ministra destaca que a colegialidade assume "estrutura procedimental marcada pela igualdade e liberdade dos julgadores no compartilhamento dos argumentos jurídicos a fim de compor uma racionalidade única, institucional, do tribunal, conquanto comporte, por óbvio, expressão de divergências".

Assim, neste contexto normativo, os ministros individualmente considerados estão a serviço de uma Corte Constitucional, uma instituição, que deve assegurar a segurança jurídica e estar acima de visões jurídicas individuais.

d) Repercussão geral das decisões do STF

A Ministra argumenta que as decisões dos STF tomadas em regime de repercussão geral devem ser observadas, mesmo quando não tomadas com efeito vinculante, não devendo ser meramente dispensadas. Para ela, tratam-se, no mínimo, de precedente da Corte que deve ser reconhecido, ao menos como ponto de partida e indicador da forma de interpretar o direito.

O respeito ao precedente judicial baseia-se na premissa de que casos similares devem ser decididos similarmente, com base no princípio da equidade, que integra o próprio conceito de justiça. Nets sentido, o art. 926, do CPC/2015 estabelece que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”¹⁷.

Isto, contudo, não é engessar os Tribunais, que vivem, nas palavras da Ministra, “em permanente tensão entre estabilidade e continuidade, de um lado, e os imperativos da adequação, da evolução do aperfeiçoamento do Direito, de outro”. Portanto, o sistema deve apresentar-se consistente e flexível suficientemente para acomodar evolução.

Justamente com o intuito de evitar mudanças constantes, salvaguardando a flexibilidade necessária aos tribunais, e, concomitantemente, manter a consistência necessária ao sistema, o Legislador previu, no art. 927, parágrafos 2, 3 e 4, que a alteração de precedentes pelas Supremas Cortes observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios de segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia, sendo que, entendendo pertinente, poderá o Tribunal convocar audiência pública para a rediscussão da tese jurídica firmada anteriormente.

Por fim, imperiosos destacar que a Ministra Rosa Weber voto acompanhando o voto do relator apesar de sua opinião pessoal sobre o tema. Reiteradas vezes ela destaca o fato de que entende pela concessão do *Habeas Corpus* ao paciente, contudo, em movida pela sua própria argumentação, decide votar pela denegação da ordem.

1.2.5. Ministro Luiz Fux

Após a manifestação do voto pela Ministra Rosa Weber, o Ministro Luiz Fux passou a pronunciar as premissas que justificaram seu voto pela denegação do chamado “HC Lula”, destacando que, para o resultado do julgamento, o Supremo Tribunal Federal foi instado a julgar, como causa de pedir, a legitimidade constitucional da execução criminal após a condenação em segundo grau de jurisdição.

¹⁷ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 14/06/2018.

Conforme o entendimento do Min. Luiz Fux, em que pese os argumentos em sentido contrário, se equivocam aqueles que sustentam como premissa que a regra esculpida no art. 5º, inciso LVII da CF/88, qual seja, “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, deve merecer uma interpretação literal, tal como exposta.

A norma que materializa o princípio da presunção de inocência ou da não-culpabilidade penal, defende o ministro, reclama na verdade por uma interpretação finalística ou sistemática, isto é, em conjunto com as demais regras processuais. Parafraseando o que já entendia o eminente Min. Eros Grau, o Min. Luiz Fux destacou que a Constituição não pode ser lida em fatias ou tiras.

A possibilidade da execução provisória após confirmação em segundo grau deve ser interpretada, portanto, em harmonia ao sistema constitucional que orienta o processo penal, composto não só pelo princípio da presunção de inocência, mas por outros diversos que não permitem que o art. 5º, inciso LVII da CF/88 seja aplicado de maneira absoluta.

Adverte o Min. Luiz Fux que a interpretação literal do dispositivo supracitado ensejaria na negação ao direito fundamental do Estado de impor a sua ordem penal, uma vez que ninguém poderia ser preso, como se pretende, até o trânsito em julgado da decisão condenatória, nem mesmo cautelarmente.

Diante dessa reflexão, o ministro apresenta sua segunda premissa: a necessidade de trânsito em julgado para que se possa efetivar uma prisão não é compatível com os preceitos da Constituição Federal de 1988, pois, ao tratar da prisão, a própria Carta Magna, no inciso LXI dispõe que “ninguém será preso senão em flagrante delito, ou por ordem fundamentada de autoridade judiciária competente”.

Assim, entende o Min. Luiz Fux que o princípio da presunção de inocência, não obsta a execução provisória da pena porque a própria Constituição assim não dispõe. Seria flagrante a contradição em admitir que uma ordem de prisão decretada em juízo de mera probabilidade, no início do inquérito ou da ação penal seja compatível com a ordem constitucional, enquanto que seria incompatível uma ordem de prisão decorrente do juízo de mérito por órgão colegiado.

Compreende ainda o ministro, como terceira premissa para fundamentar seu voto, que o princípio da presunção de inocência é regra de ônus da prova. Tal entendimento decorre do que preceitua a Declaração Universal dos Direitos do

Homem, da Organização das Nações Unidas, vejamos: “todo homem tem direito de ser presumido inocente até que sua culpabilidade seja provada”.

Nesta senda, o sujeito é considerado inocente até que a acusação demonstre sua culpabilidade. Sendo provada a culpa, afirma o ministro, não é razoável que a presunção de inocência prevaleça sobre um inquérito, do qual ensejou uma denúncia e depois adveio sentença condenatória, confirmada pelo tribunal de apelação com vasta cognição fático-probatória, que consagra a culpabilidade sob o âmbito da autoria e da materialidade. Ademais, é de se destacar que a partir dali, aqueles fatos não poderão ser rediscutidos em tribunal superior.

Desse modo, a presunção de inocência cessa a partir do momento em que, através da decisão judicial, se considera o sujeito culpado, quer dizer, a presunção admite prova em contrário e não se pode considerar alguém inocente se há prova em contrário acolhida por uma decisão condenatória.

Portanto, o Min. Luiz Fux destaca que o direito fundamental decorrente do princípio da presunção da inocência é o de não ser condenado sem a prova de sua culpa, que conduz o juiz, em regra, a aplicação, diante da carência de provas, da máxima “in dubio pro reo” no momento de decidir.

Como quarta premissa, o ministro destacou a teoria da legitimidade democrática das decisões judiciais, da qual se depreende que a interpretação constitucional deve sofrer mutações quando se verificar dos destinatários das decisões judiciais, uma insatisfação em relação aquela exegese que não conspira em prol do bem comum.

O princípio da presunção da inocência, afirma o ministro, efetivamente sofreu uma mutação constitucional ao longo dos anos dentro da Corte, decorrente exatamente da avaliação negativa realizada pelo corpo social que é destinatário dos provimentos judiciais. Quando o Supremo Tribunal Federal decidiu, em repercussão geral, por fixar a tese jurídica de que a presunção de inocência não obsta a execução provisória da pena, essa decisão uniformizadora passou a ser aplicada em todo o território nacional, não só pelos juízes, mas também passou a usufruir de aprovação do corpo social, tendo, portanto, legitimidade democrática.

Nesse diapasão, utilizou-se o ministro da fala de Konrad Hesse, em sua obra denominada “A Força Normativa da Constituição”, “quanto mais o conteúdo de uma Constituição lograr corresponder a natureza singular do presente, tanto mais seguro há de ser o desenvolvimento da sua força normativa”. Desse modo, uma

decisão judicial deve corresponder ao sentimento constitucional do povo, que é o que lhe dará legitimidade democrática.

A consequência da ausência de legitimidade democrática das decisões judiciais é o que a professora Iva Seagal e Robert Post, citados pelo ministro, denominam de “backless”, nos Estados Unidos. Tal expressão significa que o corpo social dá as costas para o que a decisão judicial preceitua, por não acreditar na justiça, ensejando nos exemplos de autotutela referenciados nos votos dos demais ministros.

A legitimidade democrática da execução provisória da pena após a confirmação da sentença condenatória em segunda instância, afirma o ministro, corresponde ao sentimento constitucional da sociedade que não é capaz de entender o porquê de uma pessoa ser considerada inocente até o trânsito em julgado, por exemplo, duas décadas depois do cometimento do crime, mesmo após ser sentenciado e condenado com a afirmação da sua culpabilidade.

O Min. Luiz Fux ressalta, no entanto, que não se pode confundir a legitimidade democrática com a realização de pesquisa de opinião pública prévia para que o magistrado possa julgar. Vejamos:

Nós nunca vamos abdicar do nosso dever, mas quando estão em jogo questões morais, razões de ordem pública, nós temos que saber o que a sociedade pensa disso, porque ela é a destinatária da nossa decisão e nós precisamos que a sociedade acolha as nossas decisões. [...] O insulamento quanto às externalidades judiciais em relação a sociedade destinatária do julgado, deslegitima a decisão judicial e o próprio Poder Judiciário que, à semelhança dos demais poderes também exerce sua função em nome do povo e para o povo. [...] O respeito a sua própria jurisprudência é dever do Poder Judiciário, porquanto uma instituição que não se respeita, não pode usufruir do respeito dos destinatários de suas decisões, que é a sociedade e o povo brasileiro.

Nesse sentido, defende o ministro que a jurisprudência deve refletir o sentimento constitucional da sociedade em relação à tese jurídica adotada em determinado momento histórico da vida em sociedade. A contramajoritariedade, ou seja, o desrespeito às decisões judiciais nos casos concretos, retira do Poder Judiciário a sua legitimidade democrática, gerando como consequência alarmantes níveis de insatisfação popular, que ensejam a desobediência civil e a autotutela.

1.2.6. Ministra Presidente Cármen Lúcia

Por sua vez, a Ministra Cármen Lúcia, presidente do Supremo Tribunal Federal, manteve a posição que manifestou em 2009, quando o Tribunal reformou sua

tese para determinar a necessidade de trânsito em julgado para o início do cumprimento da pena.

Segundo ela, parafraseando o que afirmava o Min. Aldir Passarinho na década de 90, o princípio da não-culpabilidade penal não pode ser considerado isoladamente, mas em consonância com os demais dispositivos constitucionais, inclusive aqueles diretamente relacionados à prisão, como o inciso LIV do mesmo art. 5º da CF/88.

Tais dispositivos revelam, no entendimento da ministra, que se é possível haver prisão independentemente do trânsito em julgado para o bom resultado do processo, ou seja, consubstanciado em juízo sumário não exauriente para a garantia do processo penal, deve-se admitir a execução provisória da pena, baseada em cognição plena e exaustiva realizada nas instâncias ordinárias.

Compreende a Ministra que o cumprimento da pena após a confirmação da sentença condenatória em segunda instância não representa uma ruptura ou afronta ao princípio da presunção de inocência, pois deve-se relativizar a não culpabilidade penal sem prejudicar as garantias da ampla defesa.

Assim, o entendimento de que o princípio da não culpabilidade penal ou presunção de inocência impede qualquer atuação Estado pode levar à impunidade. Se, por um lado, a ordem constitucional assegura direitos fundamentais ao réu, por outro lado, garante a efetividade do direito penal e da aplicação da pena de prisão.

2. A prisão após sentença condenatória em segunda instância ao redor do mundo

A prisão após sentença condenatória em segunda instância é assunto dos mais controversos ao redor do mundo. Isto porque os graus de proteção dados aos réus em diferentes países é altamente diversificado, indo desde os Estados Unidos, que já preveem o encarceramento após condenação em primeira instância, até países como Portugal, que preveem a prisão somente após recurso julgado pela Suprema Corte.

Outro fator que deve ser ressaltado é que a comparação de sistemas penais de diferentes países é tarefa difícil e, muitas vezes, indevida, haja vista que as premissas legais podem diferir muito entre países.

2.1 Estados Unidos

No país de origem jurídica consuetudinária mais de 90% dos réus processados criminalmente vai presos já na primeira instância, de acordo com fontes da BBC¹⁸. Isto se deve não a uma condenação mas sim ao fato de que na grande maioria das vezes estes réus aceitam acordos e se declaram culpados, segundo James B Jacobs, professor de Direito Penal da NYU (Universidade de Nova York). Assim, estes réus acabam simplesmente abrirem mão da capacidade recursão em troca de um suposto abrandamento da pena.

Já aqueles que não aceitam acordo, se condenados em primeira instância, em geral, aguardam presos pelo julgamento em instâncias superiores. Isto se deve ao fato de que naquele país estes julgamentos são sempre feitos com júri popular, diferentemente do Brasil.

O juiz federal e professor da Universidade de Columbia Jed Rakoff ¹⁹ faz sérias críticas ao sistema de justiça criminal dos EUA, alegando que os procuradores federais tem demasiado poder em suas mãos e, não raramente, ameaçam réus que, sentindo-se coagidos e com medo de duras penas, acabam cedendo a acordos desfavoráveis, embora com penas mais brandas que aquelas que teriam que cumprir caso fossem condenados ao final do processo.

O estudioso argumenta que a Constituição dos EUA garante que nos casos criminais o acusado terá direito a um julgamento célere e público, por um júri imparcial, além da assistência de um advogado, que poderá confrontar e contraditar seus acusadores, bem como apresentar evidência que o exima da culpa. Não obstante tal disposição, estes direitos são apenas uma miragem, segundo crítica do magistrado, aproximando-se mais de um sistema de plea bargaining, isto é, acordos, negociados a portas fechadas e sem supervisão judicial, onde muitas vezes os Procuradores não somente oferecem o acordo como já estabelecem as penas que serão cumpridas, com pouco dizer do advogado de defesa, ou mesmo do Judiciário na questão.

Com efeito, segundo dados apresentados por Rakoff, são raros os estados da Federação que não tenham pelo menos 95% dos casos de crimes menos graves resolvidos através de acordos. Em 1980, segundo dados apresentados por Rakoff, 19% dos réus de crimes federais iam a julgamento. No ano de 2000, este número

¹⁸ Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-43480154>. Acesso em 13/06/2018.

¹⁹ Disponível em: <http://www.nybooks.com/articles/2014/11/20/why-innocent-people-plead-guilty/>. Acesso em 13/06/2018.

tinha diminuído para apenas 6%, e em 2010 para 3%, onde se mantém até hoje. Rakoff atribui este fenômeno a medidas estabelecidas pelo Legislativo no decorrer do século XX, em resposta às crescentes taxas de criminalidade.

As chamadas *guidelines* são diretrizes que buscavam diminuir disparidades em sentenças no âmbito nacional, isto é, de certa maneira, uniformizar a maneira com os juizes federais e de diferentes entes federativos fariam a dosimetria da pena.

O problema é que, estas diretrizes, combinadas com as sentenças mínimas mandatórias - também medida do Legislativo para combater a criminalidade - acabaram por diminuir o papel dos magistrados e aumentar o dos procuradores, que agora não somente tinham a discricionariedade de decidirem quais acusações apresentariam, prerrogativa dada pela legislação americana, como também detinham o poder de sentenciar através dos acordos, ao decidirem por quais crimes os réus respondem. Em outras palavras, as procuradorias passaram a ter o poder de sentenciar, embora de maneira velada e disfarçada de mera discricionariedade da acusação.

Os advogados de defesa, sabendo que se encontram em posição de desvantagem, acabam por entender que aceitar o acordo, enquanto este ainda está sendo oferecido, está no melhor interesse do seu cliente. Com efeito, em 2012 as penas médias para réus federais acusados por crimes relacionados a narcóticos eram de 4,5 a 5 anos para aqueles que aceitavam os acordos, e de 16 anos para os que iam a julgamento.

Quiçá o efeito mais nefasto de todo este sistema seja o fato de que pessoas inocentes se veem de tal maneira acanhadas que entendem ser melhor confessarem crimes que não cometeram e pegarem penas mais brandas, ao invés de irem a julgamento e serem condenadas a penas mais severas, sem contar o estresse psicológico, emocional e no impacto financeiro.

Logo, percebe-se que, embora o sistema americano seja altamente eficiente, até mesmo econômico com relação a recursos públicos que são drenados em longos julgamentos em várias instâncias, nem sempre é o mais justo com o réu, já que dá poder desproporcional para a acusação, ignorando, não raras vezes, os princípios da presunção de inocência e do devido processo legal.

2.2 Europa

De mesma tradição jurídica que os EUA, o Reino Unido também costuma resolver a maioria dos casos criminais com acordos, afirma Auke Williams, professor da London School of Economics. Segundo o docente, a medida se mostra “um modelo altamente eficiente para lidar com sistemas legais sobrecarregados de processos”.

Os países da Europa continental, em regra, seguem o exemplo brasileiro, permitindo que o condenado recorra em liberdade e que a pena só seja cumprida após esgotados todos os recursos. Entretanto, naquele continente há menos graus de apelação que no Brasil.

Enquanto no Brasil observa-se a existência de quatro instâncias: varas criminais, Tribunais de Justiça ou TRFs, STJ e STF, países como a Holanda têm somente três instâncias, sendo que a Suprema Corte somente julga a aplicação da lei e raramente é acionada, diferentemente daquilo que ocorre no ordenamento nacional, onde a competência do STF é mais ampla.

Na França, onde também há três instâncias, os recursos para a Suprema Corte geralmente não possuem efeito suspensivo, de maneira que o cumprimento já se inicia após o julgamento em segunda instância.

Portugal, por sua vez, limita o acesso à Corte Constitucional somente àqueles crimes cujas penas sejam superiores a oito anos. Lá, a Constituição²⁰, assim como no Brasil consagra o Princípio da Presunção de inocência até o trânsito em julgado da decisão.

CONCLUSÃO

O artigo em tela pretendia estudar as premissas que consubstanciam a constitucionalidade do início da execução da pena após a confirmação de sentença condenatória em segunda instância, em contraponto ao que preconiza o princípio constitucional da não-culpabilidade penal ou da presunção de inocência.

Para atingir tal objetivo, realizou-se o estudo de caso do julgamento, pelo STF, do Habeas Corpus nº. 152.752/PR, popularmente conhecido como “HC Lula”, que tinha como relator o Ministro Edson Fachin. Para o resultado do julgamento, o Supremo Tribunal Federal foi instado a julgar, como causa de pedir, a legitimidade

²⁰ Constituição da República Portuguesa. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>. Acesso em 14/06/2018.

constitucional da execução criminal após a condenação em segundo grau de jurisdição. Naquela ocasião, o pleno daquele Tribunal negou a concessão do Habeas Corpus por maioria dos votos.

No que tangem os votos dos Ministros Luís Roberto Barroso e Rosa Weber, embora cada um tenha utilizado argumentos distintos, nota-se que ambos têm como cerne de sua argumentação a definição do papel institucional do STF, como órgão colegiado e guardião de princípios e conceitos como os da segurança jurídica, ordem social e presunção de inocência, bem como as repercussões práticas de suas decisões.

Merece destaque, ainda, o voto proferido pelo Ministro Luiz Fux, ao trazer para o debate a denominada teoria da legitimidade democrática, da qual se depreende que a jurisprudência deve refletir o sentimento constitucional da sociedade em relação à tese jurídica adotada em determinado momento histórico. A contramajoritariedade, ou seja, o desrespeito às decisões judiciais nos casos concretos, retira do Poder Judiciário a sua legitimidade democrática, gerando, como consequência, alarmantes níveis de insatisfação popular, que ensejam a desobediência civil e a autotutela.

Na seara do Direito Comparado, percebe-se que raras são as nações que não permitem prisão após decurso condenatório em segunda instância. Depreende-se também a vasta diferença entre os sistemas penais dos países estudados, com especial enfoque nos Estados Unidos e no uso disseminado da sistemática de plea bargains naquele país.

Por todo o exposto, os autores coadunam com o entendimento da Suprema Corte, no sentido de que é constitucionalmente legítima a prisão para execução da pena após a confirmação de sentença condenatória em segunda instância.

REFERÊNCIAS

Alvo de disputa no Brasil, prisão após condenação em segunda instância é permitida nos EUA e em países da Europa. - BBC Brasil. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-43480154>. Acesso em 13/06/2018.

Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm, Acesso em 14/06/2018.

Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 14/06/2018.

Constituição da República Portuguesa. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>. Acesso em 14/06/2018.

Rakoff, Jed S. **Why Innocent People Plea Guilty.** Disponível em: <http://www.nybooks.com/articles/2014/11/20/why-innocent-people-plead-guilty/>. Acesso em 13/06/2018.

STF. HABEAS CORPUS 152.752/PARANÁ. **Voto da Ministra Carmén Lúcia.** Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/videos/v/na-integra-carmen-lucia-vota-para-conceder-habeas-corpus-a-lula/6636896/>. Acesso em 14/06/2018.

STF. HABEAS CORPUS 152.752/PARANÁ. **Voto da Ministra Rosa Weber.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/leia-voto-ministra-rosa-weber.pdf>. Acesso em 14/06/2018.

STF. HABEAS CORPUS 152.752/PARANÁ. **Voto do Ministro Alexandre de Moraes.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC152752VotoMinAM.pdf>. Acesso em: 14/06/2018. (p.3)

STF. HABEAS CORPUS 152.752/PARANÁ. **Voto do Ministro Luís Roberto Barroso.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>. Acesso em 13/06/2018.

STF. HABEAS CORPUS 152.752/PARANÁ. **Voto do Ministro Luiz Fux.** Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/videos/v/na-integra-luiz-fux-vota-para-negar-habeas-corpus-a-lula/6636669/>. Acesso em 13/06/2018.

SÚMULA Nº. 716 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2499>. Acesso em: 14/06/2018.

SÚMULA Nº. 717 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=3637>. Acesso em: 14/06/2018.