

A EXECUÇÃO DA PENA APÓS CONFIRMAÇÃO DA CONDENAÇÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA E A PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA

Gilmar Rodrigues dos Santos¹

Rodrigo Pouso Miranda²

RESUMO

Este artigo trata da execução da pena após a confirmação da condenação em segunda instância, baseada no recente julgamento do *habeas corpus* n° 126.292 e ADCs n°43 e 44, que culminou com a relativização do princípio constitucional da presunção da inocência, caso em que gerou relevantes controvérsias, uma vez que, com a atual jurisprudência, o réu pode ser submetido ao cárcere antes de ter esgotado todos os recursos cabíveis.

Palavras-chave: ADCs 43-DF e 44-DF, HC 126.292, STF, Presunção de Inocência.

1. Introdução

A Suprema Corte em decisão recente e histórica reconheceu a possibilidade de antecipar a execução da pena a partir da confirmação de sentença penal condenatória em segunda instância, de forma que, o réu após ser submetido ao juiz de segundo grau, em sede de apelação, tendo sido este, condenado em decisão colegiada, poderá ser preso antes mesmo de esgotar todos os recursos cabíveis de acordo com o novo entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento do *Habeas Corpus* 126.292 e ADCs n° 43 e 44 no ano de 2016, julgamentos estes, que trouxeram grandes discussões e críticas por parte dos mais renomados doutrinadores do Brasil e acadêmicos do curso de direito.

¹ UNIVAG – Centro Universitário de Várzea Grande. Área do conhecimento de Ciências Sociais Aplicadas. Curso de Direito. Acadêmico da Disciplina TCCII, Turma Dir. 13/2A. Email: gilmar_santos02@hotmail.com

² UNIVAG – Centro Universitário de Várzea Grande. Área do conhecimento de Ciências Sociais Aplicadas. Curso de Direito. Orientador. Email: rodrigopouso@gmail.com

No entanto, o primeiro julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal com relação ao tema abordado, ocorreu no ano de 2009, o qual culminou com a impossibilidade da prisão antes do trânsito em julgado, de modo que o réu não poderia ser levado ao cárcere antes que findasse todos os seus recursos, sendo enfatizado ali que a prisão antes do trânsito em julgado violaria o princípio constitucional da presunção da inocência, o qual se encontra disposto no art. 5º, LVII da Constituição Federal de 1988, que dispõe: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, sendo este dispositivo principal embasamento legal para a decisão do Pretório Excelso.

Pode-se afirmar que a presunção da inocência, como será analisada adiante, não é um princípio recente inserido no ordenamento jurídico brasileiro, porém não se encontrava expresso antes da Constituição da República de 1988, mesmo assim era um direito implícito e praticado em todo o mundo civilizado, ou pelo menos em quase todo ele. Assim, com o julgamento de 2009, houve o entendimento de que o princípio, ora mencionado, não contenta com apenas o duplo grau de jurisdição, como praticado na maioria dos países para que fosse detectada a culpabilidade do réu, mas sim de uma imensa possibilidade de recursos até que se exaurissem todas as alternativas. Saliencia-se que há muitos argumentos contrários e favoráveis a execução antecipada da pena, mas o fato é que está mantida a jurisprudência de que a prisão após condenação confirmada em segunda instância é cabível e segundo o Supremo Tribunal Federal, não viola o princípio da presunção da inocência.

Em torno da questão, surge a preocupação de o Estado, por um lado, cometer excesso efetuando a prisão de um acusado por meros indícios de provas, e, por outro lado, perder o direito de punir o infrator da lei por conta de possível prescrição do crime, já que as interposições de vários recursos cabíveis em instâncias superiores podem levar um longo período para serem julgados. O ministro Barroso, no julgamento das ADCs 43 e 44, alertou para o risco de violação do princípio da isonomia quanto aos acusados que possuem condições financeiras para interpor recursos e aos que não dispõe dessas condições, uma vez que pode-se gerar a prática da seletividade.

Desta forma, o propósito da presente pesquisa é sugerir linhas de reflexões, através de natureza de conceitos e pesquisas bibliográficas, inserindo questões doutrinárias em feitos jurídicos e artigos referente ao tema em questão e demais exposições teóricas acerca da execução antecipada da pena, trazidas principalmente dos debates ocorridos no plenário da Suprema Corte através dos votos de seus ministros, analisando e comparando-os com julgados já realizados, demonstrando que o princípio constitucional da presunção da inocência a partir do julgamento do HC 126.292 bem como as ADCs nº 43 e 44 no ano de 2016, vem sendo relativizado. Pois de acordo com o Supremo Tribunal Federal (STF), a execução da pena após condenação em segunda instância não fere tal princípio, o que foi reafirmado no Habeas Corpus preventivo nº 152752 do ex presidente Luiz Inácio Lula da Silva no corrente ano, caso em que resultou sua prisão.

2. Breve histórico sobre a presunção da inocência e sua relativização

A presunção da Inocência, hoje direito universal do indivíduo, se deu a partir de um longo processo de desenvolvimento e foi consolidando-se ao longo da história, uma vez que, nem sempre o cidadão teve tal garantia proporcionada pelo Estado, conforme entendimento de Aury Lopes JR³:

A presunção da inocência remonta ao Direito romano (escritos de Trajano), mas foi seriamente atacada e até invertida na inquisição da Idade Média. Basta recordar que na inquisição a dúvida gerada pela insuficiência de provas equivalia a uma semiprova, que comportava um juízo de semiculpabilidade e semicondenação a uma pena leve. Era na verdade uma presunção de culpabilidade.

Essa semiculpabilidade consubstanciada através da dúvida que levava o indivíduo a cumprir pena, mesmo que leve, demonstrava que na inquisição da Idade Média não se vislumbrava o princípio da presunção da inocência. EYMERICH, citado por Lopes JR⁴, entendia e orientava a questão da seguinte forma: “o suspeito que tem uma testemunha contra ele é torturado. Um boato e

³ LOPES JR, Aury. Direito Processual Penal. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p.550.

⁴ LOPES JR, Aury. op. cit., p.235.

um depoimento constituem, juntos, uma semiprova e isso é o suficiente para uma condenação”.

Foi com a Declaração dos Direitos do Homem em 1789 que a presunção da inocência foi finalmente consagrada em seu art. XI, que dispõe: “todo ser humano acusado de ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei”. Foi, portanto, um marco histórico para a sociedade, pois havia uma garantia de que não haveria uma condenação antes que realmente fosse provado a sua culpa.

Porém, esse dispositivo foi duramente atacado pelo regime totalitário e pelo facismo no fim do século IX e início do século XX, que não aceitavam essa possibilidade, entendendo como “absurdo” esse direito ser atribuído ao indivíduo. De acordo com o entendimento de MANZINI, citado por Lopes JR (LOPES JR, p.235, 2012) entendia que: “como a maior parte dos imputados resultavam ser culpados ao final do processo, não há o que justifique a proteção e a presunção de inocência”. Desta forma, não foi, portanto, a presunção da inocência recepcionada pelo Código de Rocco de 1930, justamente por conta dessa doutrina inserida na época.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1.988, a presunção da inocência foi inserida no rol dos direitos e garantias individuais, e é um princípio que rege o Processo Penal Brasileiro, estando consagrado no art. 5º, inciso LVII da Magna Carta:

Art. 5º – Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;”

No mesmo sentido, dispõe o Código de Processo Penal:

Art. 283. 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. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

O dispositivo expresso na Carta da República é uma garantia de segurança do cidadão proporcionada pelo Estado, a qual garante a ele uma certa tranquilidade, ao entender que em regra para ser considerado culpado, é necessário que seja submetido a um devido processo legal e ter comprovado definitivamente sua culpa. Como afirma Guilherme Nucci⁵: “As pessoas nascem inocentes, sendo esse o seu estado natural, razão pela qual, para quebrar tal regra, torna-se indispensável que o Estado-acusação evidencie, com provas suficientes, ao Estado-Juiz, a culpa do Réu”.

No ano de 2009 a Suprema Corte decidiu que o acusado não poderia ser preso enquanto houvesse possibilidade de interposição de recurso, isso ocorreu no julgamento do *habeas corpus* 84.078/2009, ou seja, mesmo que houvesse recursos em instâncias superiores sem efeitos suspensivos, não poderia dar início à execução da pena, devendo aguardar a sentença condenatória definitiva.

Ocorre que recentemente o princípio da presunção da inocência tem sido relativizado, no sentido de dar interpretação diferente do que se vinha praticando, pois o Supremo Tribunal Federal no julgamento do *habeas corpus* 126.292/2016 entendeu que a execução da pena após condenação em segunda instância não fere o princípio da presunção da inocência, podendo a pena ser executada tão logo a partir da condenação em segundo grau de jurisdição.

3. JULGAMENTO DE *HABEAS CORPUS*

3.1. *Habeas Corpus* 84.078-7/2009 – Supremo Tribunal Federal

A primeira discussão no plenário do Supremo Tribunal Federal a respeito da execução da pena após condenação em segunda instância ocorreu no dia 05 de Fevereiro de 2009, antes dessa data e após a promulgação da Constituição Federal o Pretório Excelso ainda não havia sido provocado a tratar sobre o assunto.

⁵ **NUCCI**, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal e Execução Penal. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2011, p.85.

Assim, em 2009, julgava-se o *habeas corpus* 84.078-7, impetrado pelo fazendeiro Omar Coelho Vitor, condenado a época pelo crime de tentativa de homicídio, ocorrido na cidade de Passos no Estado de Minas Gerais, onde, em virtude de ciúmes da mulher disparou cinco vezes contra Dirceu Moreira Brandão, 25 anos, atingindo a boca e o peito da vítima.

Na decisão do *habeas corpus*, prevaleceu o entendimento de que a prisão do Fazendeiro Omar antes do trânsito em julgado não está de acordo com o dispositivo constitucional do art. 5º, LVII da Constituição Federal, que dispõe que: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

O plenário da Suprema Corte teve uma sessão de julgamento bem extensa, longos debates e com certeza com motivos suficiente para isso, uma vez que tratava-se da garantia ao condenado do direito de recorrer em liberdade, e foi o que maioria dos ministros entenderam, formando um placar de 7 (sete) votos a 4 (quatro).

Acompanhou o ministro Barbosa em posição contrária ao relator: Ellen Gracie, Cármen Lúcia e Menezes Direito. Acompanhando o Relator Eros Grau, votaram pelo afastamento da prisão antes do esgotamento dos recursos os seguintes ministros: Carlos Ayres Britto, Cezar Peluso, Celso de Mello, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e o ministro Marco Aurélio.

Salienta-se que na época o acusado Omar foi pronunciado e levado ao Tribunal do Júri, sendo condenado a sete anos e seis meses de prisão, entretanto, sem cumprir sequer um dia a título de pena, uma vez que interpôs vários recursos a Justiça. Por meio do recurso de apelação, em segunda instância, após dez anos em que havia cometido o crime, Omar teve a sua sentença reafirmada pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sendo decidido que o regime inicial deveria ser fechado, o que não ocorreu, devido à interposição de recursos em instâncias superiores.

Para que o acusado não fosse levado ao cárcere, seus advogados interpuseram vários recursos, conforme cita o ministro Teori Zavascki⁶ no relatório do HC 126.292:

Movido pela curiosidade, verifiquei no sítio do Superior Tribunal de Justiça a quantas andava a tramitação do Recurso Especial do Sr Omar. Em resumo, o recurso especial não foi recebido pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, sendo impetrado agravo para o STJ, quando o recurso especial foi, então, rejeitado monocraticamente (RESP n. 403.551/MG) pela ministra Maria Thereza de Assis. Como previsto, foi interposto agravo regimental, o qual, negado, foi combatido por embargos de declaração, o qual conhecido, mas improvido. Então, fora interposto no recurso de embargos de declaração, este rejeitado *in limine*. Contra essa decisão, agora vieram embargos de divergência que, como os outros recursos anteriores, foi Indeferido. Nova decisão e novo recurso. Desta feita, um agravo regimental, o qual teve o mesmo desfecho dos demais recursos: a rejeição. Irresignada, a combativa defesa apresentou mais um recurso de embargos de declaração e contra essa última decisão que também foi de rejeição, foi interposto outro recurso (embargos de declaração). Contudo, antes que fosse julgado este que seria o oitavo recurso da defesa, foi apresentada petição à presidente da terceira seção. Cuidava-se de pedido da defesa – surpresa – reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva. No dia 24 de Fevereiro de 2014, o eminente Ministro Moura Ribeiro, proferiu decisão, cujo dispositivo foi o seguinte: ‘ante o exposto, declaro de ofício a extinção da pretensão da punibilidade do condenado, em virtude da prescrição da pretensão punitiva da sanção imposta, e julgo prejudicado os embargos de declaração de fls. 2090/2005 e o agravo regimental de fls. 2205/2213’” (presunção de inocência e recursos criminais excepcionais, 2015)

O então Min. Eros Grau em seu Relatório⁷ justificando o seu posicionamento em razão do cumprimento provisório da pena após condenação em segunda instância, tece as seguintes palavras:

Ora, se é vedada a execução da pena restritiva de direito antes do trânsito em julgado da sentença, com maior razão há de ser coibida a execução da pena privativa de liberdade indubitavelmente mais grave enquanto não sobrevier título condenatório definitivo. Entendimento diverso importaria franca afronta ao disposto no artigo 5º, inciso LVII da Constituição, além de implicar a aplicação de tratamento desigual a situações iguais, o que acarreta violação do princípio da isonomia. Note-se bem que é à isonomia na aplicação do direito, a expressão originária da isonomia, que me refiro. É inadmissível que esta Corte aplique o direito de modo desigual a situações paralelas.

⁶ STF, HC 126.292, p.14-15.

Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>

⁷ STF, HC 84.078-7, p.07.

Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC84078voto.pdf>>
Acesso em 10 jun. 2018.

As palavras do ministro Eros grau no relatório revelou a sua preocupação em observar o princípio da presunção da inocência ou da não culpabilidade na ótica de que não se deve prender ninguém até que sejam esgotados todos os recursos, uma vez que privar a liberdade de alguém é uma pena muito grave para ser aplicada antes do trânsito em julgado.

Habeas Corpus de 2009 (STF, HC 84.078-7):

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 arrazoados 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". (...)

Portanto, após o Julgamento do Habeas Corpus do acusado Omar, o qual foi favorecido por tal decisão, este teve seu crime prescrito no ano de 2014, tendo sua punibilidade extinta, ou seja, em virtude da demora no julgamento de seus recursos o Estado perdeu o direito de punir, ocasionando no meio social grande sensação de impunidade, principalmente porque o acusado era provido de recursos financeiros, de forma que poderia arcar com os honorários de advogados na interposição dos recursos, que na maioria das vezes tinha a clara intenção de protelar o andamento do processo e consequentemente causar a prescrição e a extinção da punibilidade, e foi o que ocorreu.

3.2. *Habeas Corpus* 126.292/2016 – Supremo Tribunal Federal

Com o julgamento do *habeas corpus* 126.292/2016 sob a relatoria do ministro Teori Zavasck surge uma nova jurisprudência, agora contrariando o entendimento firmado no *habeas corpus* 84.078-7/2009, no sentido de que a presunção da inocência passa a ser relativizada neste objeto de estudo, pois com o novo entendimento da Suprema Corte, a execução da pena após condenação em segunda instância se torna possível mesmo antes de se

esgotarem os recursos em instâncias superiores, foi o que decidiu a maioria dos ministros do STF conforme acórdão:

CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. 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. 2. Habeas corpus denegado. A C Ó R D Ã O Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência do Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por maioria, em denegar a ordem, com a consequente revogação da liminar, nos termos do voto do Relator. Vencidos os Ministros Rosa Weber, Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski (Presidente). Falou, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros, Procurador-Geral da República. Brasília, 17 de fevereiro de 2016. Ministro TEORI ZAVASCKI Relator.

Entendeu-se nesse julgado que o cumprimento da pena após condenação em segunda instância não compromete o princípio da presunção da inocência, visto que as matérias fáticas e probatórias apresentadas nas primeira e segunda instâncias já se exauriram, havendo a possibilidade de tratar apenas de matéria de direito nas instâncias extraordinárias. No relatório⁸, o ministro Teori Zavascki, ao defender sua posição ante a possibilidade de prisão após condenação em segunda instância esclarece:

Ressalvada a estreita via da revisão criminal, é, portanto, no âmbito das instâncias ordinárias que se exaure a possibilidade de exame de fatos e provas e, sob esse aspecto, a própria fixação da responsabilidade criminal do acusado. É dizer: os recursos de natureza extraordinária não configuram desdobramentos do duplo grau de jurisdição, porquanto não são recursos de ampla devolutividade, já que não se prestam ao debate da matéria fático-probatória. Noutras palavras, com o julgamento implementado pelo Tribunal de apelação, ocorre espécie de preclusão da matéria envolvendo os fatos da causa. Os recursos ainda cabíveis para instâncias extraordinárias do STJ e do STF – recurso especial e extraordinário – têm, como se sabe, âmbito de cognição estrito à matéria de direito. Nessas circunstâncias, tendo havido, em segundo grau, um juízo de incriminação do acusado, fundado em fatos e provas insuscetíveis de reexame pela instância extraordinária, parece inteiramente justificável a relativização e até mesmo a própria inversão, para o caso concreto, do princípio da presunção de

⁸ STF, HC 126.292, p.06-07.

Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>
Acesso em 10 jun. 2018.

inocência até então observado. Faz sentido, portanto, negar efeito suspensivo aos recursos extraordinários, como o fazem o art. 637 do Código de Processo Penal e o art. 27, § 2º, da Lei 8.038/1990.

Ressalta-se que o crime que está por trás dessa mudança jurisprudencial, trata-se de um roubo praticado no dia 16 de Setembro de 2010 numa cidade do interior de São Paulo por Marcio Rodrigues Dantas que subtraiu mediante violência ou grave ameaça e com emprego de arma de fogo a quantia de R\$ 2.600,00 (dois mil e seiscentos reais) de um homem que caminhava pela rua.

Em virtude do crime, Marcio foi condenado a cumprir 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão. Porém a defesa interpôs recurso de apelação ao Tribunal de Justiça de São Paulo, que manteve a decisão do juiz *aquò* expedindo ordem de imediata prisão ao apelante.

Não conformado com a decisão do juiz *ad quem*, a defesa recorreu às instâncias superiores por meio de recurso especial, extraordinário e Habeas Corpus contra a ordem de prisão, o qual teve sua liminar negada. Porém ao impetrar o HC no Supremo Tribunal Federal, sua liminar foi concedida, pois já havia a jurisprudência do STF que afastava a execução provisória da pena antes do trânsito em julgado. De acordo com ementa⁹:

(...) Vê-se, pois, que o Tribunal estadual não apresentou nenhum fundamento para impor a prisão preventiva do paciente, conforme estabelece o art. 312 do CPP, o que está em total desacordo com a jurisprudência firmada por esta Corte. O fundamento adotado, em verdade, diz respeito a elementos da execução da pena, e não com aspecto cautelar inerente à prisão preventiva. Conforme se decidiu no HC 84.078, Relator: Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, DJe de 26-02-2010, a prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar, ou seja, é imperiosa a indicação concreta e objetiva de que os pressupostos descritos no art. 312 do Código de Processo Penal incidem na espécie, o que não ocorreu no caso. 4. Ante o exposto, defiro o pedido de liminar, para suspender a prisão preventiva decretada contra o paciente nos autos da Apelação Criminal 0009715-92.2010.8.26.0268, do TJ-SP, com a ressalva de que fica o juízo competente autorizado a impor, considerando as circunstâncias de fato e as condições pessoais do paciente, medidas cautelares diversas da prisão previstas no art. 319 do Código de Processo Penal. Expeça-se alvará de soltura, se por al não estiver preso, ou contramandado de

⁹ Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25355766/medida-cautelar-no-habeas-corpus-hc-126292-sp-stf> em 10 jun. 2018.

prisão, conforme o caso. Comunique-se, com urgência. Após, à Procuradoria-Geral da República. Intime-se. Publique-se. Brasília, 5 de fevereiro de 2015. Ministro Teori Zavascki Relator Documento assinado digitalmente

(STF - HC: 126292 SP, Relator: Min. TEORI ZAVASCKI, Data de Julgamento: 05/02/2015, Data de Publicação: DJe-027 DIVULG 09/02/2015 PUBLIC 10/02/2015)

Entretanto, após dois meses da concessão de sua liminar, ocorreu o julgamento do mérito do HC 126.292 no plenário da Suprema Corte, onde culminou com a possibilidade da prisão após condenação em segundo grau de jurisdição, não sendo necessário o esgotamento de todos os recursos cabíveis dentro do processo, bastando agora que o acusado apenas fosse condenado em segunda instância em sede de apelação.

Não é para menos que o julgamento do HC 126.292 trouxe tantos questionamentos, tal decisão surgiu como um “divisor de águas” para a jurisprudência no que tange a execução da pena após condenação em segunda instância, pois aquele que não poderia ser preso antes do exaurimento de todos os seus recursos, agora pode, diante da decisão em segundo grau de jurisdição.

4. Julgamento das ADC's 43 e 44

A interposição das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44 surgiram principalmente da insatisfação com a alteração jurisprudencial ocorrida no Habeas Corpus 126.292 julgado pela Suprema Corte em Fevereiro de 2016, pois decisão anterior no *habeas corpus* 84.78/09 havia interpretado a inadmissibilidade da prisão após sentença penal condenatória em Segunda Instância, e neste, através da relativização da presunção da inocência do Art. 5º, inciso LVII da Carta Magna, a decisão foi pela admissão de prisão em casos ainda pendentes de recursos.

Assim, o Partido Ecológico Nacional (PEN) e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), inconformados com o então entendimento, ingressaram com as ADCs 43 e 44, respectivamente, afim de declarar constitucional o Art. 283 do Código de Processo Penal, que dispõe:

Art. 283 - 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.

As ADCs¹⁰ foram conhecidas e julgadas no mesmo ano da interposição. Começando a ser analisado pelo Plenário em 1º de setembro de 2016, quando o relator das duas ações, ministro Marco Aurélio, votou no sentido da constitucionalidade do artigo 283, concedendo a cautelar pleiteada. Todavia, ao retomar a sessão posteriormente, predominou o entendimento de que a norma não veda o início do cumprimento da pena após esgotadas as instâncias ordinárias. Conforme ementa¹¹:

MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE. ART. 283 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. EXECUÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE APÓS O ESGOTAMENTO DO PRONUNCIAMENTO JUDICIAL EM SEGUNDO GRAU. COMPATIBILIDADE COM O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. ALTERAÇÃO DE ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DO HC 126.292. EFEITO MERAMENTE DEVOLUTIVO DOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS E ESPECIAL. REGRA ESPECIAL ASSOCIADA À DISPOSIÇÃO GERAL DO ART. 283 DO CPP QUE CONDICIONA A EFICÁCIA DOS PROVIMENTOS JURISDICIONAIS CONDENATÓRIOS AO TRÂNSITO EM JULGADO. IRRETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS GRAVOSA. INAPLICABILIDADE AOS PRECEDENTES JUDICIAIS. CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 283 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. MEDIDA CAUTELAR INDEFERIDA.

1. No julgamento do Habeas Corpus 126.292/SP, a composição plenária do Supremo Tribunal Federal retomou orientação antes predominante na Corte e assentou a tese segundo a qual “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”.

2. No âmbito criminal, a possibilidade de atribuição de efeito suspensivo aos recursos extraordinário e especial detém caráter excepcional (art. 995 e art. 1.029, § 5º, ambos do CPC c/c art. 3º e 637 do CPP), normativa compatível com a regra do art. 5º, LVII, da Constituição da República. Efetivamente, o acesso individual às instâncias extraordinárias visa a propiciar a esta Suprema Corte e ao Superior Tribunal de Justiça exercer seus papéis de estabilizadores, uniformizadores e pacificadores da interpretação das normas constitucionais e do direito infraconstitucional.

3. Inexiste antinomia entre a especial regra que confere eficácia imediata aos acórdãos somente atacáveis pela via dos recursos

¹⁰Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/acordao-adc-prisao-antecipada.pdf>> Acesso em 10 jun. 2018.

¹¹Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/acordao-adc-prisao-antecipada.pdf>> Acesso em 05 maio 2018.

excepcionais e a disposição geral que exige o trânsito em julgado como pressuposto para a produção de efeitos da prisão decorrente de sentença condenatória a que alude o art. 283 do CPP.

4. O retorno à compreensão emanada anteriormente pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido de conferir efeito paralisante a absolutamente todas decisões colegiadas prolatadas em segundo grau de jurisdição, investindo os Tribunais Superiores em terceiro e quarto graus, revela-se inapropriado com as competências atribuídas constitucionalmente às Cortes de cúpula.

5. A irretroatividade figura como matéria atrelada à aplicação da lei penal no tempo, ato normativo idôneo a inovar a ordem jurídica, descabendo atribuir ultratividade a compreensões jurisprudenciais cujo objeto não tenha reflexo na compreensão da ilicitude das condutas. Na espécie, o debate cinge-se ao plano processual, sem reflexo, direto, na existência ou intensidade do direito de punir, mas, tão somente, no momento de punir.

6. Declaração de constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, com interpretação conforme à Constituição, assentando que é coerente com a Constituição o principiar de execução criminal quando houver condenação assentada em segundo grau de jurisdição, salvo atribuição expressa de efeito suspensivo ao recurso cabível.

7. Medida cautelar indeferida. ACÓRDÃO vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros de Supremo Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência da Ministra Cármen Lúcia, na conformidade da ata de julgamento e das notas Taquigráficas, por maioria de votos, em indeferir a cautelar, vencidos os Ministros Marco Aurélio (Relator), Rosa Webwe, Ricardo Lewandoviski, Celso de Melo, e, em parte, o Ministro Dias Toffoli. Brasília, 05 de Outubro de 2016. Ministro EDSON FACHIN Redator para o Acórdão.

A Suprema Corte tem posição firme a respeito de debater questões pontuais nos recursos extraordinários, uma vez que essa possibilidade é restrita às matérias que se encontram dispostas no rol do art. 102, III da Constituição Federal que trata do cabimento do Recurso Extraordinário:

- a) Contrariar dispositivo da Constituição;
- b) Declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
- c) Julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição; e
- d) Julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

Além das quais, destaca-se a repercussão geral que é um requisito de admissibilidade do recurso extraordinário perante o Supremo Tribunal Federal disposto no Art.102, §3º, da Constituição Federal.

No julgamento, verifica-se que a maioria dos ministros que acompanharam o relator na decisão que indeferiu a cautelar, alegaram que a via da instância extraordinária não é meio para que se discuta fatos e provas, sendo, na verdade, uma reafirmação do *habeas corpus* 126.292, dizendo que a prisão antecipada não pode violar o princípio da presunção da inocência porque os fatos e as provas foram discutidos dentro das instâncias ordinárias, é

dizer que foi comprovado o fato e que há provas materiais da autoria do acusado. No *habeas corpus* n° 152.752¹² impetrado pelo ex. Presidente Luis Inácio Lula da Silva foi mais uma vez enfatizado o papel das instâncias superiores após condenação em segunda instância.

Nesse aspecto, repiso o que assentei naquela oportunidade, quando considerei que o acesso via recurso ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça se dá em caráter de excepcionalidade. A própria definição constitucional da quantidade de magistrados com assento nessas Cortes repele qualquer interpretação que queria delas fazer instâncias revisoras universais, o que vai de encontro à pretensão sucessiva de firmar o STJ como locus de início da execução da pena. Não se pode nem deve, contudo, relegar a segundo plano a possibilidade do STF e do STJ, em suas respectivas searas, e na forma devida, atribuírem também efeito suspensivo ao recurso cabível interposto. A finalidade que a Constituição persegue não é outorgar uma terceira ou quarta chance para a revisão de um pronunciamento jurisdicional com o qual o sucumbente não se conforma e considera injusto. O acesso individual às instâncias extraordinárias visa a propiciar a esta Suprema Corte e ao Superior Tribunal de Justiça exercer seus papéis de estabilizadores, uniformizadores e pacificadores da interpretação das normas constitucionais e do direito infraconstitucional.

(...)

A eficácia do princípio da tutela judicial efetiva, estará observada quando houver o estrito cumprimento pelos órgãos judiciários dos princípios processuais previstos no ordenamento jurídico, em especial, o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, incluído o direito a uma dupla instância de mérito em relação aos recursos existentes (“direito de recorrer”), visando assegurar a justa e imparcial decisão final e sua eficácia, após duas análises diversas da matéria fática e jurídica.

Assim, com o resultado do julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44, verifica-se que os ministros apenas reafirmaram o que haviam decidido no *habeas corpus* 126.292 julgado em fevereiro do ano de 2016, pois o lapso de tempo de um julgamento para o outro foi extremamente curto, com pouca chance de mudança no entendimento, garantindo assim, a execução da pena a partir da confirmação da condenação em segunda instância.

5. Prisão do ex. presidente Lula, conforme o novo entendimento do STF

¹²Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000268366&base=baseMonocraticas>> Acesso no dia 16 jun 2018.

No corrente ano, o STF julgou o *habeas corpus* preventivo n° 152.752¹³ do ex. presidente Lula, o qual teve condenação confirmada em segunda instância em decisão unânime pelo Tribunal Regional Federal 4, foi condenado a uma pena de 9 anos e 12 meses, pena aumentada pela 8ª turma no caso como triplex do guarujá. A intenção da defesa era evitar que o ex. presidente fosse preso, pois a jurisprudência até então permitia que isso fosse possível.

Em uma votação longa, com duração de aproximadamente 10 horas, a maioria dos ministros da Suprema Corte, em um placar de 06 (seis) votos contra 5 (cinco), indeferiram o pedido do acusado. Pela concessão, votaram os seguintes ministros: Gilmar Mendes, Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio e Celso de Mello. E pela rejeição, os ministros: Edson Fachin, Alexandre de Moraes, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Cármen Lúcia e Rosa Weber.

Com a decisão, o TRF-4 encaminhou ofício ao juiz de primeiro grau autorizando o início da execução da pena, a partir da devida autorização o Juiz Sérgio Moro expediu o mandado de prisão no dia 05 de abril de 2018 com ordem para que o ex. presidente se apresentasse na sede da Polícia Federal de Curitiba, a apresentação ocorreu dois dias após a expedição do mandado e até então, o ex. presidente encontra-se em cumprimento de pena.

¹³*Habeas Corpus* preventivo do ex presidente lula. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC152752relatorio.pdf>> acesso em 16 jun. 2018.

6. Conclusão

Com o desenvolvimento do presente artigo, observa-se que a Constituição Federal de 1988 consagrou o princípio da presunção da inocência como um direito fundamental de todo o cidadão, segundo Norberto Avena¹⁴ é “um dos mais importantes alicerces do Estado de Direito” que deve ser sempre observado, seja na instrução processual, na avaliação probatória ou no curso do processo em si.

Porém como não há um direito absoluto, nem mesmo este sendo de caráter fundamental, a presunção da inocência pode, como visto, ser mitigada, conforme atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Por um lado, é um entendimento de grande relevância e condiz muito com o anseio social, uma vez que transmite um sentimento de justiça à sociedade com a garantia de que o condenado em segunda instância terá sua pena executada.

Por outro lado, o acusado submetido à prisão antes do trânsito em julgado, ou seja, antes que seus recursos sejam completamente esgotados, sentem-se prejudicados com o novo posicionamento, pois o Código de Processo Penal em seu Artigo 283, não autoriza tal medida, asseverando que ninguém poderá ser preso senão com o trânsito em julgado, arguindo-se que a presunção da inocência não está sendo respeitada nesse sentido.

Pelo exposto, é possível verificar que os ministros do STF após ter decidido que a execução da pena após condenação em segunda instância era perfeitamente possível, percebeu-se que os acusados que possuíam condições financeiras mais privilegiadas, interpuseram muitos recursos meramente protelatórios para, conseqüentemente levar o processo a uma possível prescrição da punibilidade, causando assim, violação ao princípio da isonomia, uma vez que apenas alguns eram privilegiados com a demora de seus julgamentos, enquanto acusados que não conseguiam arcar com os elevados honorários advocatícios para suspenderem os efeitos da condenação, tinham sua pena executada assim que confirmada sua condenação em segunda

¹⁴ **AVENA**, Norberto Cláudio Pâncaro. Processo Penal: esquematizado. 4. ed., Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012, p. 27.

instância. Este foi um dos importantes argumentos externados nos votos dos ministros.

Entende-se que não é compatível com o Estado de Direito, um sistema jurídico que após condenar o réu em primeira instância e confirmá-la em segundo grau de jurisdição, tenha que aguardar a interposição de recursos que não dispõe de efeitos suspensivos para que seja iniciada a execução penal, sobretudo em instâncias extraordinárias, que não tem o condão de tratar de matérias fáticas e probatórias. Caso em que ocorria antes do julgamento do *habeas corpus* 126.292, por força do entendimento firmado no *habeas corpus* 84.078-7.

Por fim, diante dos julgamentos apresentados na presente pesquisa, verifica-se que há uma certa omissão por parte dos legisladores no sentido de rever os dispositivos que se encontram envoltos por dúvidas quanto a sua interpretação e tão logo atrair para si a responsabilidade que lhes competem, a fim de que a questão seja definitivamente solucionada.

Referências Bibliográficas

LOPES JR, Aury. Direito Processual Penal. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p.550.

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. Processo Penal: esquematizado. 4. ed., Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012, p. 27.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal e Execução Penal. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2011, p.85.

CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal. Parte Geral – 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BECCARIA, Cesare Bonesana. Dos Delitos e das Penas. Tradução de Flório de Angelis. São Paulo: EDIPRO, 1993.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 43/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/acordao-adc-prisao-antecipada.pdf>> Acesso em 10 jun.2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 126.292/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Teori Zavascki. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>> Acesso em 10/06/2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 84.078-7/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Eros Grau. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC84078voto.pdf>> Acesso em 10/06/2018.