

A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA APÓS ACÓRDÃO CONDENATÓRIO EM SEGUNDA INSTÂNCIA

Autora¹: Laila Martina de Paula Borges

Orientador²: Gustavo Henrique de Andrade Cordeiro

Natureza do Trabalho³: Artigo Científico - Direito Penal

RESUMO

Este artigo pretende avaliar as alterações, e como cada período histórico vivenciado pelo país interferiu nas decisões e principais argumentos utilizados pelos Tribunais Superiores, especialmente o Supremo Tribunal Federal, no decorrer dos anos a respeito da possibilidade ou não da execução provisória da pena após acórdão condenatório em segunda instância. Embasando-se especialmente nas principais decisões, sendo elas no Recurso Extraordinário com Agravo nº 964.246 do ano de 2016 e posterior no julgamento do Habeas Corpus nº 152.752 interposto pela defesa do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva. Concluiu-se com a pesquisa que o atual entendimento a respeito do tema ainda é passível de mutações em razão da incerteza do atual julgamento. Empregar-se á, neste trabalho, o método dedutivo, optando-se pela pesquisa bibliográfica e qualitativa como o procedimentos metodológicos para sua realização.

Palavras-chave: Princípios ; Mora Processual ;Segunda Instância ; STF ; Ministros ; Recurso Especial ; Recurso Extraordinário.

ABSTRACT

This article aims to evaluate the changes, and how each historical period experienced by the country interfered in the decisions and main arguments used by the Superior Courts, especially the Federal Supreme Court, over the years regarding the possibility or not of the provisional execution of the sentence after a condemnatory judgment. in the second instance. Based in particular on the main decisions, namely in the Extraordinary Appeal with Interlocutory Appeal No. 964,246 of 2016 and later in the judgment of Habeas Corpus No. 152,752 brought by the defense of former President Luiz Inacio Lula da Silva. It was concluded with the research that the current understanding on the subject is still subject to mutations due to the uncertainty of the current judgment. In this work, the deductive method will be used, opting for the bibliographical and qualitative research as the methodological procedures for its realization.

KEYWORDS: Principles; Arrears ;Second Instance; STF; Ministers; Special resource ; Extraordinary Appeal.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO, 1. DEVIDO PROCESSO LEGAL 1.1. Processo Constitucional 1.2. Princípios Pertinentes ao tema no Processo Penal. 2. DA SISTEMÁTICA RECURSAL, 2.1. Consequências da demora do processo. 2.2. Impunidade, 3. EXPOSIÇÃO ARGUMENTOS, 3.1. Recurso Especial e Recurso Extraordinário, 3.2. Projeto Anticrime, CONCLUSÃO, REFERÊNCIAS.

¹ Aluna do Curso de Direito da Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha, Marília, São Paulo;

² Professor Ms/Dr. do Curso de Direito da Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha, Marília, São Paulo;

³ Trabalho de Conclusão de Curso em Direito apresentado à Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha, Mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília, para obtenção do grau de bacharel em Direito.

INTRODUÇÃO

O propósito do presente artigo científico é tentar aclarar e propor reflexões a respeito da polêmica discussão que vige no atual ordenamento jurídico brasileiro e também no Supremo Tribunal Federal desde 2009, a respeito da possibilidade da antecipação do início do cumprimento de penalidade imposta em sede de sentença condenatória e confirmação da restrição da liberdade em acórdão proferido em segunda instância, ainda que pendentes recursos aos Tribunais Superiores a serem propostos até o trânsito em julgado.

À luz do artigo 5º, LVII da Constituição Federal de 1988 (rol das garantias fundamentais) clarividente tornou-se o princípio da presunção de inocência, que estabelece a todo e qualquer acusado o direito de não ser considerado culpado até decisão final, irrecorrível, independentemente do que lhe for imputado. Cuida-se de regra garantidora pelo Estado Democrático de Direito, de uma República Federativa Brasileira, que sobressalta a liberdade como premissa maior, a qual não impedirá o exercício legal de investigação.

Corroborando com a Carta Magna, importante se faz citar a Declaração Universal dos Direitos Humanos, da Organização das Nações Unidas asseverando que “o acusado de ato antijurídico tem o direito de ser presumido inocente até sua culpabilidade ser comprovada de acordo com a lei”, imunidade que está disposta em seu artigo IX.

O texto legal do artigo 283, do Código de Processo Penal, de 1941, com redação alterada pela Lei 12.403/2011, afirma que “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 preventiva”.

Importante salientar, ainda, que a Lei de Execução Penal, de 1984, será aplicada, igualmente, a todos que se encontrarem recolhidos em unidades prisionais, ou seja, ao preso provisório, temporário, preventivo e condenado efetivo, sem distinção de raça, cor, sexo, opção religiosa ou política, além disso, tem por função garantir a efetivação de uma sentença de prisão proferida por um ou mais Douto Magistrados após o inquérito policial e a instrução processual e objetiva ainda proporcional condições harmônicas para reintegração social, física e psicológica do apenado.

O que se busca com o presente artigo científico é explanar diferentes visões dos onze Ministros que compõem o Supremo Tribunal Federal, quais argumentos utilizados, quantos votos à favor e quantos votos contrários, quais teses foram refutadas e o que mudou no arranjo

brasileiro dos julgamentos pretéritos para os atuais. Com ênfase nos dois julgamentos mais relevantes prolatados pelo Supremo Tribunal Federal. Primeiramente no Recurso Extraordinário com Agravo nº 964.246 do ano de 2016 e posterior julgamento no Habeas Corpus nº 152.752 interposto pela defesa do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva.

Além disso, é pretendido ressaltar a importância do tema para o ordenamento jurídico, pois determina quando os sentenciados começarão com o cumprimento de sua penalidade, isso implica em segurança jurídica, princípio protegido pelo Estado de Direito e fazendo parte de um sistema constitucional como um todo.

Outrossim, faz-se necessário a menção de que a presente pesquisa será feita por meio da metodologia dedutível.

1 DEVIDO PROCESSO LEGAL

O processo constitucional é um ramo da ciência jurídica que pressupõe que todas as normas já vigentes ou prestes a entrar na estruturação jurídica devem ser submetidas ao chamado controle de constitucionalidade, ou seja, todas normas, portarias, decretos devem estar em total acordo com a Constituição Federal, todas devem ter seu necessário fundamento de validade imprescindíveis a pretensão de efetivação de direitos, é o chamado controle de constitucionalidade que entrou no arranjo jurídico brasileiro em 1891 na Constituição Republicana com os mesmos ideais norte-americanos, apenas de forma incidental.

A inconstitucionalidade poderá ser originária, que se dá no momento congênito, da criação da Carta Magna, ou superveniente, onde o conflito será resultado de incompatibilidade por norma posterior. Poderá ainda ser discutida em razão da matéria que dispõe ou em razão da forma que disciplina a competência e o procedimento legislativo próprio.

1.1. Processo Constitucional

O controle de constitucionalidade é feito por um rol de legitimados previsto no artigo 103 da Constituição, através de ações constitucionais como a ADC (Ação Declaratória de Constitucionalidade) que pelo próprio nome, declara a constitucionalidade de uma lei que está em vigor indiretamente, o requisito principal para que este objeto seja questionado é que haja uma relevante controvérsia. Sua decisão deverá ser tomada por maioria absoluta do STF, de efeito vinculante, *erga omnes*, e *ex tunc*, essa decisão não poderá ser objeto de rescisória, além de ser irrecorrível, salvo oposição de embargos declaratórios. A ADI (Ação Direta de

Inconstitucionalidade), onde as leis são questionadas de forma direta do objeto supostamente contrário a Constituição, entre essas ações há uma via de mão dupla, a decisão de uma, é contrária a outra e vice-versa.

Há ainda a ADO (Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão), que se trata de uma omissão já prevista no momento que entrou em vigor a Constituição, ou seja, já houve disposição do tema e este deverá ser melhor abordado pelo Poder Legislativo com a criação de lei dispondo a respeito do tema. Essa omissão poderá ser total ou parcial e o objetivo é que se providencie o necessário para suprir lacuna. Já a ADPF (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental) é o instrumento mais raro de utilidade em caráter prático. Tal instrumento pode ser arguido somente se não houver outro meio de impugnação, assim, seu caráter é claramente subsidiário, sua utilização demanda descumprimento de uma norma de caráter fundamental, imprescindível, o exemplo clássico são as cláusulas pétreas do ordenamento.

No Brasil, o controle de constitucionalidade poderá ser feito das duas formas previstas: de forma concreta, onde qualquer magistrado poderá analisar a constitucionalidade nos casos em que lhe são apresentados, é um controle aberto incidental, ou de forma abstrata, onde somente um Tribunal Supremo especializado poderá decidir, sua única função será a verificação constitucional de leis e atos normativos.

Derradeiramente, foi possível observar de forma sucinta que cada uma dessas ações terá um objetivo intrínseco, seja para corroborar a constitucionalidade de lei “x” que esteja sendo discutida ou demonstrar que outra lei “y” não deveria estar em vigência por afronta à carta magna do estado democrático de direito.

1.2. Princípios pertinentes ao tema no Processo Penal

Preliminarmente no ordenamento jurídico brasileiro o conceito de princípio se faz diferenciar por sua amplitude, traz objetivos gerais, engloba costumes, diferenciações de cada caso em concreto, diferentemente das normas que regulam situações específicas, por isso se faz tão imprescindível sua análise, violar um princípio implica na violação de todo um sistema. A origem do princípio da presunção de inocência no Brasil se deu com a vigente Constituição no seu artigo 5º, LVII apesar de já ter sido discutido anteriormente com a regra do *in dubio pro reo* vinda do Direito Romano.

No que concerne ao princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade, importante se faz esboçar que sua origem na sistemática vigente faz remeter-se à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão do século XVIII, inspirada na independência americana

de 1776, declaração que marca o fim do antigo regime e reconhece a igualdade perante a justiça em seu artigo 9º é a primeira demonstração que se fazia garantir que ao homem não terá sua inocência contestada até a prova do contrário por meio de um processo público e deverá ter a salvaguarda de todas garantias necessárias a sua defesa.

Tal princípio assegura que nenhum indivíduo será privado de sua liberdade de locomoção sem o processo legal, com a garantia da ampla defesa, do contraditório, decisões fundamentadas, recursos e segurança jurídica, todas disposições asseguradas pelo rol das garantias fundamentais, cláusulas que não poderão ser objetos de alterações, cláusula protetora do direito a liberdade, direito do cidadão não ser considerado culpado até o trânsito em julgado de decisão condenatória. O mestre doutor Pedro Lenza, sobre o tema:

[...] em primeiro lugar, significa que elas são aplicáveis até onde possam, até onde as instituições ofereçam condições para seu atendimento. Em segundo lugar, significa que o Poder Judiciário, sendo invocado a propósito de uma situação concreta nelas garantida, não pode deixar de aplicá-las, conferindo ao interessado o direito reclamado, segundo as instituições existentes. (LENZA, 2012, p. 964).

Deste princípio derivam-se a regra probatória, na qual determina que cabe ao órgão acusador, no caso o Ministério Público ou o ofendido em crimes que a lei prevê, a demonstração da materialidade delitiva e culpabilidade do acusado, assim, não cabe ao investigado provar que não praticou o ato ilícito. E a regra de tratamento que assegura a inocência até o trânsito em julgado, impedindo qualquer antecipação condenatória.

Nas mesmas linhas de importância, também se destaca o princípio da ampla defesa, consagrado no artigo 5º, LV da Constituição Federal trata-se do direito do acusado de se defender do que lhe está sendo imputado inicialmente através de duas formas. Sendo a primeira a denominada autodefesa, que é a que se faz diretamente pelo acusado, essa forma é limitada pois se faz presente somente no interrogatório e no direito à audiência na qual serão ouvidas as testemunhas arroladas pela acusação e posteriormente pela defesa.

A segunda forma defensiva é a defesa técnica, obrigatória no direito penal, isto porque nenhum réu poderá ser processado e julgado sem defesa de um procurador devidamente habilitado que detenha o conhecimento jurídico necessário a cada caso em concreto. Esse advogado poderá ser constituído pelo acusado ou será um defensor dativo nomeado pelo Estado, nos casos em que o réu é considerado de baixa renda.

O jurista Guilherme de Souza Nucci dispõe sobre a ampla defesa:

“Ao réu é concedido o direito de valer de amplos e extensos métodos para se defender da imputação feita pela acusação. Encontra fundamento constitucional no art. 5º, LV. Considerado, no processo, parte hipossuficiente por natureza, uma vez

que o Estado é sempre mais forte, agindo por órgãos constituídos e preparados valendo-se de informações e dados de todas as fontes as quais tem acesso, merece o réu um tratamento diferenciado e justo razão pela qual a ampla possibilidade de defesa se lhe afigura de vida pela força estatal.”

Essa defesa só é dispensável em fase pré-processual, investigativa, já quando se trata de defesa processual é consolidado o entendimento de ser indisponível e que sua ausência importa no cerceamento de defesa, hipótese de nulidade absoluta do processo, além disso, por trás dessa indispensabilidade existe a importância coletiva da correta apuração dos fatos para que não haja punições indevidas, consequências onerosas para o Estado e próprio fortalecimento da imparcialidade do julgador.

2. DA SISTEMÁTICA RECURSAL

O direito processual como um todo se organiza em fases e procedimentos pré-determinados a fim de organizar a persecução penal, cada parte litigante terá seu momento manifesto, com os plausíveis questionamentos, acusações e defesas. Em síntese ficará explanado para melhor conhecimento a chamada “linha processual”.

Importante desatacar que o rito a seguir será o ordinário, tendo em vista ser o mais corriqueiro dos Tribunais. Além deste, há incidência ainda de mais 2 ritos comuns: o rito sumário, que prevê o procedimento em crimes cuja pena seja inferior a 4 anos e maior que 2 anos; Rito sumaríssimo, que são para contravenções e crimes de menor potencial ofensivo, com pena máxima igual ou inferior a 2 anos.

Ainda importante a ressalva de alguns dos ritos especiais mais relevantes como a Lei de Drogas, Júri, Funcionário Público e crimes contra a honra. Diante desta breve análise, passemos pelo rito penal ordinário, cuja pena cominada dos crimes deverá ser igual ou maior de 4 (quatro) anos.

O rito processual ordinário tem início com o oferecimento da denúncia pelo Ministério Público, nesta deverá conter a narração do fato delitivo, com data e horário determinados, rol de testemunhas, nome e qualificação do acusado, além do requisito imprescindível que é a prova da materialidade e indícios de autoria. Segue-se com o Magistrado de 1º grau que irá citar o réu para que apresente resposta à acusação no prazo de 10 dias, caso seja o entendimento do julgador para dar continuidade ao processo, será agendada a audiência de instrução, debates e julgamento, onde haverá produção de provas orais, alegações finais de ambas as partes e será proferida a sentença do julgador, sendo essas fases em audiência, pela oralidade ou por forma escrita.

Caso haja descontentamento com a sentença de 1º grau, qualquer das partes poderão interpor o recurso de apelação, que será julgado por acórdão do Tribunal de Justiça competente. É nesta fase em que caso haja a confirmação da condenação, a grande discussão do artigo, acerca do cumprimento da pena já imposta.

Em seguida, há a possibilidade da oposição do recurso de embargos infringentes, somente pela defesa técnica em caso de discordância entre os Desembargadores. Após possível ainda a interposição de Recurso Especial e Recurso Extraordinário, mas somente em caso de infringência de Lei Federal (Resp) e violação à Constituição Federal (RE). Não sendo mais plausível discussão de provas nesse momento.

Em caso de advir provas novas, possível o manejo da revisão criminal, que é ação autônoma somente para beneficiar o réu, em qualquer caso, após o trânsito em julgado.

2.1. Consequências da demora do processo

A moldação do processo penal teve início no que era conhecido como *direito penal primitivo*, época esta que não existia codificação, somente um misticismo e emocionalismo dirigiam o processo penal. A sociedade da época, tomada pela igreja católica, acreditava somente em sinais divinos, sem o cunho racional algum. Referido direito penal antigo era marcado pela vingança, pela lei do talião (olho por olho, dente por dente), que dispunha que cada crime deveria ter o castigo correto e proporcional, ou seja, justo, na época, sinônimo claro de vingança pessoal. Esse contexto histórico é primordial para o entendimento dos princípios penais atuais, como o princípio da proporcionalidade, a título exemplar.

Desde então, o Estado tomou pra si a responsabilidade de pacificação de litígios sociais, em primeiro momento mostrou-se um Estado opressor e autocrata. Posteriormente, já em sede de análise a Constituição de 88, que apresentou-se em um caráter humanístico e democrático no processo penal e com isso trouxe também o importante princípio da duração razoável do processo, o qual detinha o intuito de extinguir a morosidade processual ou ao menos aprimorá-la para consequentemente o processo tornar-se mais ágil, tendo em vista que tal problema açoita estrutura judiciária desde supracitada antiguidade, causando debilidade ao acesso à justiça de forma material, pois, mesmo tendo acesso ao judiciário, não se obtém resultados concretos, certos com o devido contraditório e ampla defesa em um espaço de tempo razoável.

Os principais pontos que geram morosidade estatal, são os prazos processuais e a quantidade de recursos. Em relação aos prazos processuais, o problema intrínseco é no sentido de que não são respeitados em rigor, como colocados nas Leis Federais, são extrapolados por

todas as partes, seja defesa, acusação, juízes, até o fórum e seus cartórios de tramitação processual, o mais desconcertante ainda é que esse problema ocorre sem qualquer punição em razão do descumprimento. Já com relação aos recursos, estes obviamente têm amparo legal em leis e na principiologia do duplo grau jurisdicional em razão da proteção amparada pela segurança jurídica principalmente no processo penal que lida com as principais garantias fundamentais à dignidade da pessoa humana, como o direito à vida e liberdade a morosidade comporta relação direta com a quantidade de crimes cometidos diariamente, a todo momento no país, a estrutura judiciária de primeiro grau não consegue comportar a demanda, o que gera incapacidade de julgamento com a devida pessoalidade e aprofundamento exigidos no processo penal.

O douto Egas Moniz de Aragão sobre o tema:

“(…) o combate da lentidão processual não se faz com a supressão de vias de recorrer, mas com a aceleração generalizada da marcha da máquina judiciária. Se esta, no seu todo, funciona devagar e ninguém se preocupa com o porque, devagar continuará a funcionar, embora reduzido o número de recursos. Mesmo que se chegue a extinção absoluta, que deixará os tribunais entregues a ociosidade, perdurará a lentidão na primeira. Tenho insistido – em vão, reconheço – que é preciso diagnosticar a causa da demora para poder equacionar e solucionar adequadamente o problema em seus múltiplos aspectos. O que mais adeptos atrai, no entanto, são as soluções imediatistas, elucubradas em gabinetes, as quais, com o tempo, revelam-se muitas vezes insatisfatórias.”

Essa falta de estrutura judiciária é a principal causa que implica na morosidade e consequentemente fazendo com que o objetivo material do processo, que é a resolução eficaz e justa do delito fique de lado prejudicando assim o aferimento de direitos básicos e garantias fundamentais e gerando prejuízos irremediáveis.

A liberdade provisória e a prisão preventiva, são exemplos de medidas que tentam contornar tais defeitos processuais, porém, na maioria das vezes, essas medidas são injustas e ineficazes tanto para a sociedade quanto para o acusado, ocasionalmente não atingem seus fins devido a uma série de requisitos que lhe são impostos para que haja algum benefício da imposição de medidas cautelatórias. Com a nova roupagem processual penal os casos de prisões preventivas devem ser cada vez mais raros, somente deverão ser usadas em *última ratio*, o que leva-se a conclusão de que o réu cada vez mais deverá iniciar seu cumprimento de pena após a definitiva condenação.

Neste contexto, importante salientar que o processo penal não visa somente punição e sim a garantia de ressocialização do condenado que em breve voltará a conviver em sociedade, sendo assim, mais importante é que não haja a volta a delinquência, o que está

cada vez mais difícil de acontecer, clarividente por tal razão que há erros no sistema penal que derivam da morosidade judiciária. Apesar do caráter humanitário das leis brasileiras, do indiscutível e importantíssimo princípio da dignidade da pessoa humana, os estabelecimentos prisionais estão totalmente contrários a tais conceitos modernos. O sistema carcerário é um verdadeiro exemplo de crueldade, presos são colocados em celas com capacidade muito menor o existente, ambiente propício ao desenvolvimento de doenças, muitas vezes os enclausurados ainda são submetidos a tratamentos desumanos nas celas.

Além dos problemas prisionais, o sistema judicial se atravanca na demora para se provar a autoria e a materialidade do delito, o que contribui para a deterioração ainda maior do indivíduo nos crimes. Caso o problema fosse resolvido com agilidade a possibilidade de recuperação se torna ainda maior, mais eficaz.

2.2 Impunidade

Infelizmente o sistema criminal brasileiro é um instrumento político claramente seletivo que busca padronizar comportamentos através do processo penal que permite que pessoas sejam jogadas no sistema carcerário antes mesmo de qualquer dilação probatória sob a justificativa autoritária amparada pelo artigo 312 do CPP. Isso está tão corriqueiro que cerca de metade da população penitenciária está trancafiada sem sequer um julgamento do que lhe é imputado, prisões somente amparadas pelo argumento do perigo social e boa parte dessa mencionada população é composta pelos “marginalizados” e diante da prisão destes, basta uma palavra do agente de polícia para fundamentar a prisão. Sistema este que entra em total divergência quando se trata dos referidos crimes de “colarinho branco”, praticados por empresários por exemplo.

Segundo o instituto liberal o Brasil registra quase 60 mil assassinatos anualmente, mais que o dobro dos países que estão em guerra atualmente e que somente 28 em cada 100 processos têm uma solução definitiva por ano e tais processos levam em média 4 anos e 4 meses para serem julgados, esse dado é totalmente abusivo se comparado com o tempo que se leva nos julgamentos processuais americanos que em média demoram cerca de 2 anos e contemplam o julgamento de mérito total, definitivo.

A tão mencionada igualdade a todos perante a lei é realmente aplicada quando se trata de um furto de um chinelo frente a um mercadinho pequeno do bairro e ao furto de 15 mil reais em tributos (o princípio da insignificância nos crimes contra a ordem tributária são aplicados a valoração de 20 mil reais, é a jurisprudência atual tanto do STJ quanto do STF). Não há discussão no que concerne a punição, mas sim as regras seletivas que estão a regar o

sistema democrático, regras e princípios devem ser observados de mesma forma, com a esperada igualdade, ou seja, não há impunidade no Brasil e sim autoritarismo movido por uma gama de interesses econômicos, políticos e egocêntricos.

3. EXPOSIÇÃO DE ARGUMENTOS

No decorrer do tempo, muito se modificou a respeito do tema. A primeira posição que prevaleceu até o ano de 2009 era dada pelo Código de Processo Penal no seu artigo 391, o qual determinava o recolhimento imediato do réu após sentença condenatória em 1º grau. Em 2009 houve mudança totalmente oposta, passou a determinar que o réu somente poderia ser preso e cumprir sua pena quando todas as possibilidades de recurso fossem esgotadas, pois era a previsão Constitucional de 1988 com o princípio da presunção de inocência amparado pelo artigo 5º, LVII, tal fato foi tão relevante que em 2011 houve revogação total do artigo 391 do CPP e nova edição do artigo 283 do mesmo diploma que proibiu explicitamente o cumprimento da pena senão após o trânsito em julgado.

No ano de 2016, o STF por 6 votos a 5 modificou novamente o entendimento ao decidir que o réu não poderia ser preso logo em 1ª Instância e sim em 2ª grau. Os principais argumentos contrário utilizados pelos ministros foram no sentido de que tal decisão feria o princípio da presunção de inocência e com essa decisão, haveria uma superlotação de presídios, já os argumentos favoráveis são no sentido de que caso haja algum equívoco nos posteriores julgamentos, no ordenamento há medidas cautelares e até mesmo o *Habeas Corpus* para correção do erro, além disso, foi-se usado o argumento de que no sistema jurídico brasileiro sempre existiu prisão antes do trânsito em julgado em razão da prisão em flagrante, temporária e preventiva.

Já em outubro 2018, o ex presidente Lula condenado por corrupção passiva e lavagem de dinheiro valeu-se do *Habeas Corpus* nº 152.752, para deixar a prisão e por 6 votos a 5 os ministros do STF mantiveram o entendimento pela prisão antecipada, negando sua soltura.

Por fim, no atual entendimento da Corte – novembro de 2019, por 6 votos a 5 mudou-se o entendimento que vigorava desde 2016. Atualmente a decisão foi no sentido de que o réu somente poderá cumprir sua penalidade quando esgotados todos os recursos processuais.

Em 2016 Edson Fachini foi voto a favor da prisão em 2ª Instância, declarando a constitucionalidade do 283 do CPP quando a prisão for confirmada em 2º grau, salvo atribuição expressa de efeito suspensivo ao recurso cabível, optando pelo indeferimento da cautelar requerida. Como relator do *Habeas Corpus* do ex-presidente Lula em 2018, manteve seu voto denegando a ordem, afirmando que a prisão que Lula estava submetido não traduzia

ilegalidade ou abuso de poder, afirmou ainda que é o posicionamento atual da Suprema Corte e que não teria razão para ser alterado. Em 2019 se manteve favorável à prisão em segunda instância em razão da ausência dos efeitos suspensivos dos recursos direcionados ao STJ e ao STF.

Luís Roberto Barroso votou a favor ressaltando que somente permitir execução após o trânsito em julgado é estímulo para que não se deixe transitar, e que isso foi o que fez transformar o sistema de justiça e recursal em um modelo caótico atual. Em 2018 e 2019 manteve seu voto a favor da prisão em 2ª Instância e continuou afirmando que o sistema judiciário não funciona e que o país precisa de uma interpretação constitucional que ajude a superar a impunidade e a manutenção da jurisprudência.

Dias Toffoli votou contra a prisão em 2ª Instância afirmando zelar pela higidez da legislação penal, processual penal e pela uniformidade de sua interpretação entre todos os Tribunais, mesma razão pela qual manteve seu voto em 2018 ao julgar o *Habeas Corpus* de Lula e em 2019 com o voto final da sessão.

Celso de Mello votou contra ressaltando que ninguém poderá ser considerado culpado, nem mesmo uma simples pena de multa, imposta em processo criminal pode ser executada sem que antes transite em julgado a sentença condenatória que a impôs e em 2018 e 2019 manteve seu posicionamento pelos próprios fundamentos.

Gilmar Mendes votou a favor da prisão em 2016, neste momento postulando que a realidade prisional mostra que precisa levar em conta o exercício do trânsito em julgado para transformar o sistema em impunidade e acompanhou na íntegra o voto do Ministro Fachin. Já em 2018 mudou seu entendimento sobre o tema, colocando-se em posição oposta e afirmando que no Supremo deve ser a última fase antes de aplicação da pena e ressaltou ainda que anteriormente estava cometendo injustiças ao votar de forma contrária e manteve este argumento no julgamento de 2019.

Ricardo Lewandowski votou contrário em 2016, mencionando o teor da Súmula Vinculante 56, que dispõe a respeito da falta de estabelecimento prisional adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso e valeu-se do argumento de que os Tribunais somente confirmam as decisões de 1º grau sem uma maior fundamentação, apenas acatando o que os juízes *a quo* firmaram o que também foi mantido em 2018 no julgamento do *Habeas Corpus* e em 2019.

Rosa Weber votou contra a prisão em 2ª Instância no ano de 2016 em respeito ao artigo 5, LVII e LXI da Constituição, rol das garantias fundamentais, acompanhando na íntegra o voto do Ministro Relator Marco Aurélio. Já em 2018 se posicionou contrariamente

ao seu posicionamento em 2016 e no *Habeas Corpus* de Lula acompanhou na íntegra o voto do Relator Edson Fachini que denegou a ordem e por fim em 2019 retornou seu posicionamento de 2016, se posicionando novamente contrária à prisão em segunda instância.

Luiz Fux no julgamento do ano de 2016 votou a favor da prisão sobre o argumento de que a execução de sentença não é matéria de direito penal, é sim processual penal, assim deve-se aplicar os efeitos pendentes imediatamente, com isso votou pelo indeferimento da liminar em 2016 e manteve seu voto no julgamento do *writ* de Lula em 2018 e também em 2019.

A Presidente Carmén Lúcia votou a favor da prisão ressaltando a importância da duração razoável do processo e conseqüentemente a garantia para sociedade no sentido de que a jurisdição deve ser eficaz, indeferindo assim as cautelares nas ADC 43 e 44. Posicionamento mantido em 2018 e 2019 em novo julgamento.

O Ministro Marco Aurélio relator do julgamento em 2016 foi contra a prisão em 2ª Instância, manteve seu posicionamento em 2018 com o julgamento do HC de Lula e também preservou este posicionamento em 2019 quando relator do caso.

Alexandre de Moraes em 2018 votou a favor da prisão de Lula afirmando que uma decisão do Supremo que está aplicando o posicionamento da corte não é ilegal, tampouco abusiva e que o princípio da presunção de inocência não pode ser aplicado isoladamente e em 2019 manteve seu posicionamento pontuando que não se pode afastar a efetividade da tutela judicial dadas pelos juízos de 1º e 2º grau que são os julgadores naturais da causa.

3.1. Recurso Especial e Recurso Extraordinário

O Recurso Especial está disciplinado no artigo 105 da Constituição Federal e tem cabimento contra decisão de única ou última instância proferidas pelos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais, que contrarie, negue vigência ou é interprete de forma diversa lei federal, não cabendo rediscussão acerca de matéria fática. Recurso este que deverá ser interposto no prazo de 15 dias úteis, direcionado ao Presidente do Tribunal que proferiu a decisão e suas razões serão direcionadas ao STJ após o esgotamento das demais vias recursais cabíveis.

Em relação ao Recurso Extraordinário (artigo 102 CF) é o recurso dirigido ao órgão máximo do ordenamento jurídico, o STF, este só se faz cabível em caso de contrariedade à Constituição Federal, capaz de impugnar qualquer decisão do poder judiciário, com isso, tem seu objeto mais amplo que o Recurso Especial. O prazo para interposição será igualmente de

15 dias úteis e seu objeto de discussão é somente a relação das decisões com a (in)constitucionalidade das normas.

Momento este, se faz importante ressaltar que ambos os recursos não são dotados de efeito suspensivo, ou seja, não provoca o impedimento da produção imediata dos efeitos da decisão que se impugnar, independentemente se são executivos, declaratórios ou constitutivos, de forma mais clara: quando proferido julgamento pelos tribunais de segundo grau, o acórdão passará a ter eficácia imediata.

Primeiramente, considerando todas as decisões penais proferidas pelo STJ, num período de 7 anos, o réu foi a parte favorecida em somente 15, 85% das vezes. Agora quando os casos são levados ao STF, obviamente que o índice de reforma é menor ainda, sendo cerca de 7% de reversibilidade favorável ao réu. Com esses dados, é possível observar como são ínfimos os números quando se trata de absolvição decorrentes das decisões em sede de Recurso Especial e Extraordinário. Algumas questões que não são amparadas por esses recursos, poderão ser levadas até Ministros através da impetração de Habeas Corpus, ação constitucional assegurada como cláusula pétrea que protege o direito à locomoção ameaçada ou já restringida de forma direta ou indireta, ou seja, questão tão importante como o direito à liberdade, não deixará de ser analisada, o direito prevê outras possibilidades para que nenhum direito fundamental fique à mercê do poder judiciário.

3.2. Projeto Anticrime

Trata-se de um projeto de lei anticrime apresentado pelo atual Ministro da Justiça e Segurança Pública, Sérgio Moro, o qual prevê algumas modificações no Código Penal e no Código de Processo Penal, as principais delas têm relação aos condenados em crime organizado, corrupção e também a atuação dos policiais em confrontos contra o crime, especialmente em comunidades.

No que diz respeito ao crime organizado, foram propostas uma série de medidas relacionadas ao aumento de tempo de permanência dentro do sistema carcerário uma vez que o agente for condenado, por exemplo o aumento da pena até a metade inicialmente estabelecida se o condenado pertencer a facção criminosa, o regime de cumprimento inicial fechado, caso o agente seja reincidente, os sentenciados também não terão direito as saídas temporárias ou obter outros benefícios prisionais e com relação as regras de progressão de regime também foram endurecidas como a progressão de regime somente após o cumprimento de 3/5 da penalidade e por derradeiro os Presídios Estaduais poderão ser

construídos e modificados para que as regras sejam mais duras, como nos Presídios Federais destinados aos criminosos mais perigosos da sociedade.

Com relação ao combate a essas organizações criminosas, aos crimes praticados com armamento pesado, como o fuzil, existe com o projeto, uma polêmica relacionada à excludente de ilicitude da legítima defesa no caso dos policiais, esta prevê uma redução de pena ou até o não cumprimento dela quando caracterizado que o policial estava sob forte impacto ou justificado medo (situações que podem ser exemplificadas como quando um criminoso com um fuzil em mãos e consequente atividade policial).

No que tange o projeto relacionado à corrupção é o fato de que o cumprimento de pena em 2ª instância transforma-se em obrigatório, ou seja, passa-se de possibilidade a dever de cumprir-se a pena a partir da condenação em 2ª grau. Além disso há possibilidade de introdução ao crime de “caixa dois” (dinheiro ilícito e irregular destinado a campanhas eleitorais) para o Código Penal e não mais somente como crime eleitoral crimes.

Por fim, o projeto anticrime prevê ainda que para o início do cumprimento da pena, deverá sempre ser imposto o regime inicial fechado para o agente condenado em corrupção ou peculato (crimes clássicos do referido colarinho branco). Outra possibilidade ainda é o Plea Bargain, que é a possibilidade de acordos, negociações entre o Ministério Público e o acusado antes mesmo do processo ser concluído, caso antes do oferecimento da denúncia, o investigado se declarar culpado, terá direito ao acordo e com ele uma redução de pena ou até mesmo anulação desta.

CONCLUSÃO

O desenvolvimento do presente estudo possibilitou uma análise mais profunda em relação aos argumentos favoráveis e contrários mais relevantes que se relacionam a possibilidade da prisão dos réus condenados e com sua condenação confirmada em 2ª Instância. Além de possibilitar o esclarecimento a respeito do entendimento atual da Suprema corte em relação ao tema e como cada Ministro se colocou diante da discussão em diferentes situações.

Em síntese a Constituição Federal garante que ninguém será considerado culpado até que se prove a culpa, ou seja, o Brasil é signatário do princípio da presunção de inocência, isso não significa que não é possível a prisão, permitindo inclusive uma prisão em flagrante, temporária ou preventiva dentro de suas possibilidades. Ocorre que desde 2009 o Supremo Tribunal Federal discute a respeito do tema que autoriza o cárcere antes do julgamento das cortes superiores, e em quase 10 anos de discussão os Ministros modificaram suas decisões e

a mais recente delas se volta no sentido de não permitir que a prisão do condenado em 2ª Instância aconteça imediatamente, devendo-se esgotar todos os recursos processuais pendentes. Os fundamentos argumentativos são basicamente dois: O primeiro no sentido de que temos sistema prisional caótico que viola massivamente os direitos fundamentais e humanos e o segundo, escoo no sentido de que é caso o sistema coloque um inocente na cadeia, com a possibilidade de ter uma nova interpretação jurídica, ou seja, ainda que com esses recursos pendentes, viola a presunção de inocência e culpa no direito penal é um termo muito mais rigoroso que em outras áreas jurídicas.

Discussão essa ainda passível de mutações em razão da incerta do atual julgamento, tendo em vista ínfima divergência nos número de votos favoráveis e contrários dos Ministros da Suprema Corte.

REFERÊNCIAS

LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal**. 8.ed.rev.,atual. e ampliada. 2.tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.86.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processual Penal**. 20. ed. rev.,atual e ampliada. São Paulo: Ed. saraiva 2013, p. 65 e 66.

ARAGÃO, Egas Moniz de. Demasiados Recursos - Revista de Processo. Ano 31, n. 136, julho de 2006, p. 20-21

MACHADO, Heitor. **A impunidade no Brasil é um convite ao crime**. Ano 2018 – Disponível <<https://www.institutoliberal.org.br/blog/politica/a-impunidade-no-brasil-e-um-convite-ao-crime/>> Acesso em 22 maio. 2019

JURISDIÇÃO EM NÚMEROS. Ano 2018 – Disponível <<https://www.conjur.com.br/2018-fev-02/sete-anos-10-todas-decisoes-stj-foram-favor-reu>>. Acesso em 12 junho, 2019.