



**FACULDADE DE INHUMAS  
CENTRO DE EDUCAÇÃO SUPERIOR DE INHUMAS  
CURSO DE DIREITO**

**ANDREW PATRIC RODRIGUES LEONARDO**

**EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA E O CASO LULA: UMA ANÁLISE A PARTIR  
DOS VOTOS DOS MINISTROS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

**INHUMAS-GO**

**2021**

**ANDREW PATRIC RODRIGUES LEONARDO**

**EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA E O CASO LULA: UMA ANÁLISE A PARTIR  
DOS VOTOS DOS MINISTROS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Monografia apresentada ao Curso de Direito, da Faculdade de Inhumas (FACMAIS) como requisito para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

**Professor (a) orientador (a):** Raphaela Pires Teodoro

**INHUMAS – GO  
2021**

**ANDREW PATRIC RODRIGUES LEONARDO**

**EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA E O CASO LULA: UMA ANÁLISE A PARTIR  
DOS VOTOS DOS MINISTROS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

**AVALIAÇÃO DE DESEMPENHO DO(S) ALUNO(S)**

Monografia apresentada ao Curso de Direito, da Faculdade de Inhumas (FACMAIS)  
como requisito para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Inhumas, 16 de dezembro de 2021.

**BANCA EXAMINADORA**

---

Professor (a) Raphaela Pires Teodoro  
(orientador(a) e presidente)

---

Professor (a) Juliana da Silva Matos  
(Membro)

**Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)**  
**BIBLIOTECA FACMAIS**

L581e

LEONARDO, Andrew Patric Rodrigues  
EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA E O CASO LULA: UMA ANÁLISE A  
PARTIR DOS VOTOS DOS MINISTROS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL/  
Andrew Patric Rodrigues Leonardo. – Inhumas: FacMais, 2021.  
48 f.: il.

Orientador (a): Rphaela Pires Teodoro

Monografia (Graduação em Direito) - Centro de Educação Superior de Inhumas -  
FacMais, 2021.  
Inclui bibliografia.

1.Execução da Pena; 2. Caso Lula; 3.Direito Penal; 4. Segunda Instância. I. Título.

CDU: 34

À minha mãe, meu amor maior, minha eterna protetora e incentivadora. Pessoa que me sustentou até aqui diante dos meus piores dias. Minha eterna gratidão.

## **AGRADECIMENTOS**

Primeiramente, agradeço a Deus por me dar toda força necessária para percorrer o longo caminho da graduação que era por vezes exaustivo, por vezes incerto, por vezes desgastante. Agradeço por todas as dificuldades e provações. Agradeço à minha família por sonharem os meus sonhos, me ampararem nas minhas quedas, se orgulham das minhas pequenas conquistas.

Agradeço aos meus avós, Lícia e Guido por serem referência de amor na minha vida, exemplos de cumplicidade e força. A minha mãe Rosemeiry, agradeço todo dispêndio de energia em atividades que eram essencialmente importantes para mim, toda força emocional, todo amor, toda preocupação e zelo. A ela, meu amor incondicional. Minha madrinha Nelma Lino, agradeço pela fraternidade e apoio.

Aos meus colegas de classe, especialmente aos colegas Luccas Cardoso, Steffanny Assunção, Iasmim Soares e Lara Duarte, agradeço pela amizade, cumplicidade e por tornarem minha vida acadêmica mais prazerosa.

Agradeço à orientadora, Professora Raphaela, por toda paciência e cumplicidade, mesmo nos meus momentos de dúvidas, incertezas e falhas. À minha instituição de ensino e a todo o corpo docente, pela minha formação como ser humano, além da minha formação acadêmica. Sem eles eu jamais teria alcançado o pensamento crítico, experiência e conhecimento acadêmico.

Enfim, agradeço a todos e todas que de alguma forma contribuíram para meu crescimento pessoal e profissional. Prometo sempre buscar novos desafios e conquistas para orgulhá-los.

A Constituição certamente não é perfeita. Ela própria o confessa ao admitir a reforma. Quanto a ela, discordar, sim. Divergir, sim. Descumprir, jamais. Afrontá-la, nunca (**Ulysses Guimarães**).

## **LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

ADC - Ação Declaratória de Constitucionalidade

CF - Constituição Federal

CPC - Código de Processo Civil

CPP - Código de Processo Penal

CNJ - Conselho Nacional de Justiça

CONAMP - Associação Nacional do Ministério Público

FONAJUV - Fórum Nacional de Juízes Criminais

IDDD - Instituto de Defesa do Direito de Defesa

HC - Habeas Corpus

OAB - Ordem dos Advogados do Brasil

PEC -Proposta de Emenda Constitucional

STJ - Superior Tribunal de Justiça

STF - Supremo Tribunal Federal

## RESUMO

O presente trabalho discute o princípio da presunção de inocência e o conceitua, analisando historicamente sua aceitação no campo jurídico. Dessa forma, busca-se analisar a sentença do caso Lula que originou o problema, ora se entende que a execução da sentença antes do trânsito em julgado passa a ser definitiva, ora entende que a possível prisão posterior ao tribunal de segunda instância é inconstitucional. Inicialmente, discutiu-se a consolidação da revisão constitucional do Brasil, os antecedentes históricos da proteção constitucional do país aos processos penais e o entendimento da Suprema Corte sobre a execução antecipada das penas. Em seguida, descreve-se os principais argumentos, evidências e fontes das cinco objeções no julgamento da ADC. Por fim, faz-se uma análise crítica para explorar as razões usadas na votação ministerial, considerando esses conceitos de consequências da votação. Procuramos responder a questões de pesquisa e apontamos que no voto contra a origem da ADC foram consideradas as consequências externas para a sociedade, relacionadas ao combate à corrupção e eficácia criminal, e foram utilizados argumentos de política para minar os argumentos principais.

**Palavras-chaves:** Execução da Pena; Caso Lula; Direito Penal; Segunda Instância.

## **ABSTRACT**

This work proposal discusses the principle of presumption of innocence and conceptualizes it, historically analyzing its acceptance in the legal field. Before the final decision becomes final, he understands that the possible arrest after the second instance court is unconstitutional. Initially, the consolidation of the constitutional review in Brazil, the historical background of the country's constitutional protection to criminal proceedings and the Supreme Court's understanding of the early execution of sentences were discussed. The main arguments, evidence and sources of the five objections in the ADC judgment are then described. Finally, a critical analysis is made to explore the reasons used in ministerial voting, considering these concepts of voting consequences. We tried to answer research questions and pointed out that in the vote against the origin of the ADC, the external consequences for society, related to the fight against corruption and criminal effectiveness, were considered, and policy arguments were used to undermine the main arguments.

**Keywords:** Execution of the Sentence; Lula Case; Criminal Law; Second Instance.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>11</b>
<b>1 EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA À LUZ DA CONSTITUIÇÃO DE 1988: UM ESTUDO ACERCA DA EVENTUAL DESOBEDIÊNCIA À PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS</b>	
1.1 Um breve contexto histórico acerca do Princípio da Presunção de Inocência na história da humanidade.....	<b>13</b>
1.2 Princípios Constitucionais à Luz do Princípio da Presunção de Inocência: a Constituição e as Garantias Fundamentais da Ação Pena.....	<b>15</b>
<b>2 ANÁLISE DE POSICIONAMENTOS DO STF ACERCA DE EXECUÇÃO DA PENA</b>	
2.1 Análise Jurídica acerca da Execução Provisória da Pena: precedentes abertos pelo “Caso Lula”.....	<b>18</b>
2.1.1 Repercussão Pública da aprovação em segunda instância pelo STF em algumas entidades e o papel da mídia como formadora de opinião.....	<b>24</b>
2.2 O Papel da Mídia na Formação da Opinião Pública.....	<b>25</b>
<b>3. ANÁLISE PROCESSUAL DO CASO LULA: OS CAMINHOS QUE LEVARAM À PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA E OS CAMINHOS QUE MUDARAM OS PLANOS</b>	
3.1 Estudos Introdutórios de uma Decisão do STF.....	<b>28</b>
3.2 De 2016 à 2019: um estudo acerca dos votos dos ministros Rosa Weber, Gilmar Mendes e Dias Toffoli.....	<b>33</b>
3.2.1 Análise dos votos de Rosa Weber, Gilmar Mendes e Dias Toffoli em 2016 - HC 126.292/SP.....	<b>35</b>
3.3 Análise dos votos de Rosa Weber, Gilmar Mendes e Dias Toffoli em 2019 - ADC 43, 44 e 54.....	<b>38</b>
3.4 A Estratégica de Mudança de Entendimento.....	<b>41</b>
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	<b>44</b>
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>46</b>

## INTRODUÇÃO

Uma das questões mais polêmicas no campo jurídico atualmente é a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da execução antecipada da pena após condenação em segunda instância e antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Recentemente, a discussão passou a ser objeto de apreciação do Supremo Tribunal Federal, e sua decisão acarretou repercussão e questionamentos sobre o motivo da conclusão do tribunal.

Com isso em mente, o presente trabalho visa explorar a constitucionalidade ou inconstitucionalidade das penas a serem executadas antecipadamente após a condenação em segunda instância, citando o caso Lula como principal referência desse estudo. Portanto, a reclusão se destaca em todos os aspectos que envolvem o princípio da presunção de inocência, pois afeta um dos principais direitos fundamentais de nossa Constituição: a liberdade. O método usado para escrever a monografia será a pesquisa exploratória. Como método empregado na pesquisa, é realizado um levantamento bibliográfico de autores, e ainda, na mídia impressa e eletrônica. Os textos e autores usados na pesquisa são frutos desse levantamento.

Para a didática da pesquisa, o trabalho será dividido em três capítulos. No primeiro capítulo, faremos um breve resumo sobre o contexto histórico do princípio da presunção de inocência no decorrer da história da humanidade, abordando as divergências doutrinárias acerca da nomenclatura do princípio constitucional extraído do texto do inciso LVII, do art. 5º, com isso será possível identificar a terminologia mais adequada para o mencionado princípio, compreendendo se dele decorre uma presunção de inocência do sujeito, ou seja, ele é presumido inocente em todo curso processual, ou de não-culpabilidade, já que esta coaduna exatamente com a previsão constitucional.

No segundo capítulo após definida a terminologia adequada para o princípio constitucional, verificando minuciosamente as particularidades e consequências processuais do disposto no art. 5º, inc. LVII da Constituição Federal, através do Caso Lula, ex-presidente do Brasil Luís Inácio Lula da Silva, fazendo menção à repercussão da mídia do caso em questão, analisando seu papel como formadora de opinião.

No terceiro e último capítulo, faremos uma avaliação das decisões dos Ministros em relação caminhos que levaram a prisão em segunda instância e as mudanças de entendimento que mudaram os caminhos, apreciando especialmente a mais recente

decisão do Supremo Tribunal Federal, e traçando considerações particulares sobre esta, aduzindo se fora acertada ou se está em desacordo com a legislação brasileira.

Esse tema é muito importante para o cenário nacional porque traz à tona discussão sobre constitucionalidade e atribuições do STF para determinar os direitos e garantias básicos estipulados em nossa Carta Magna, mostrando ao leitor a tese defendida pelos Ministros.

## **1. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA À LUZ DA CONSTITUIÇÃO DE 1988: UM ESTUDO ACERCA DA EVENTUAL DESOBEDIÊNCIA À PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS**

## 1.1 Um Breve Contexto Histórico Acerca do Princípio da Presunção de Inocência na História da Humanidade

O princípio da presunção da inocência, principal princípio relacionado às problemáticas da execução provisória da pena, não encontra aspectos que evidenciem uso desde os primórdios. A convivência coletiva necessita de normas para padronizar o comportamento do grupo social em que o indivíduo está inserido. Assim, sendo o ser humano um ser coletivo, é essencial que haja princípios e normas, a fim de que espaços individuais sejam respeitados.

Tal princípio apareceu primeiramente no Estado absolutista no século XVIII. Foi a resposta do povo à brutalidade do Estado, especialmente o poder da prisão fora do procedimento que os monarcas costumavam exercer, presos arbitrariamente sem seguir quaisquer regras processuais. Posteriormente, com a ascensão da burguesia e o advento do Iluminismo, alguns pensamentos liberais se difundiram e o processo penal tornou-se o centro dessas novas ideias.

Importante ainda nesse período pós-medieval foi a construção da noção de infração como atentado não contra indivíduo, mas contra a lei e a ordem, e o retorno e preeminência do inquérito como forma de busca da verdade. A prova tende a desaparecer na prática judiciária, sendo mesclada com a predominância da busca por se obter uma confissão do acusado pela tortura (FOUCAULT, 2005, p. 35).

O destaque das obras de Cesare Beccaria é a chamada *Dos Delitos e Das Penas* (2014, p. 37), que trouxe lições importantes e valiosas sobre o princípio da presunção de inocência, segundo o autor, “Um homem não pode ser considerado culpado antes da sentença do juiz; e a sociedade apenas lhe pode retirar a proteção pública depois que seja decidido que ele tenha violado as normas em que tal proteção lhe foi dada.” A partir disso, o Princípio da Presunção de Inocência passou a compor o sistema processual de diversas nações.

Durante o período da Inquisição o processo penal era escrito, secreto e sem contraditório, e o imputado, desde o início, era pelo Estado-Juiz tratado como se culpado fosse (presunção de culpabilidade), como observou Ricardo Alves Bento (2007, p. 32) “esse procedimento de se presumir, mesmo antes da instrução, que o cidadão é considerado culpado, é uma das principais características da Inquisição”.

Na Itália o artigo 27 da Constituição da República traz que “O acusado não é considerado culpado até a condenação definitiva”. O dispositivo da Constituição Italiana é bem semelhante ao da Constituição Federal Brasileira de 1988 no seu artigo 5º, inciso LVII.

Na França constitui em sua Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 que “Todo homem é considerado inocente, até o momento em que, reconhecido como culpado se for indispensável sua prisão, todo rigor desnecessário, empregado para efetua-la deve ser severamente reprimido pela lei.” Nota-se que não cita de forma expressa a necessidade do trânsito em julgado para reconhecer a culpa. Ainda sobre o assunto:

Contudo a expressão presunção de inocência não deve ter o seu conteúdo semântico interpretado literalmente – caso contrário ninguém poderia ser processado –, mas no sentido em que foi concebido na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1789: nenhuma pena pode ser imposta ao réu antecipadamente. E a melhor doutrina acrescenta: a prisão antecipada se justifica como providência exclusivamente cautelar, vale dizer, para impedir que a instrução criminal seja perturbada ou, então, para assegurar a efetivação da pena (GOMES FILHO, 2012, pg. 89).

No Brasil, a presunção de inocência veio a ser consagrada na Constituição Federal de 1988, no título que trata dos direitos e das garantias fundamentais, precisamente em seu art.5º, inciso LVII: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (BRASIL, 1988). A nossa constituição não ‘presume’ a inocência, mas declara que:

“Ninguém será culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”, ou seja, que o acusado é inocente durante o desenvolvimento do processo e seu estado só se modifica por uma sentença final que o declare culpado (MIRABETE, 2003, p. 42).

Portanto, os acusados de qualquer crime, têm garantia de dignidade, até que haja mais evidências para provar a autenticidade da culpa do réu, Se a pessoa for condenada, ela não terá mais o direito de pedir qualquer outra prova.

Logo, desde 1988 no Brasil, a presunção de inocência tem funcionado como princípio norteador do processo penal, o que implica que ninguém pode ser condenado sem condenação definitiva e sem recurso contra ele, ou seja, durante o julgamento criminal todos os réus devem ser tratados como inocentes, e esse status só pode ser removido após o advento de uma condenação final.

Os princípios constitucionais são aqueles que guardam os valores fundamentais da ordem jurídica. Isto só é possível na medida em que estes não objetivam regular situações específicas, mas sim desejam lançar a sua força sobre todo o mundo jurídico [...] Em resumo, são os princípios constitucionais aqueles valores albergados pelo Texto Maior a fim de dar sistematização ao documento constitucional, de servir como critério de interpretação e finalmente, o que é mais importante, espriar os seus valores, pulverizá-los sobre todo o mundo jurídico (BASTOS, 1998, p. 153-154).

Portanto, verificou-se como afirma Bastos (1988), que a Presunção de Inocência alcançou o estatuto de princípio constitucional em nosso país, tema que será abordado mais detalhadamente no próximo tópico, e deve permear todo e qualquer processo penal, sendo entre outras coisas, restringida a conduta penal do réu. Especificamente, visa proteger o direito de ir e vir se não houver sentença criminal. Quando a detenção temporária tem uma função de ferramenta qualificada, ela só pode ser restringida temporariamente.

## **1.2 Princípios Constitucionais à Luz do Princípio da Presunção de Inocência: A Constituição e as Garantias Fundamentais da Ação Penal**

Inicialmente, insta salientar que, conforme exposto no tópico anterior, o princípio da presunção de inocência é o principal princípio relacionado à inconstitucionalidade das prisões de segunda instância. É importante destacar ainda que este modelo prisional também pode violar outros princípios, tais como o princípio da dignidade da pessoa humana, devido processo legal, ampla defesa e o contraditório e o benefício da dúvida em favor do réu.

O princípio da dignidade da pessoa humana, conforme Nucci (2015, p. 29), tem por objetivo preservar o ser humano, desde seu nascimento até sua morte. Já o princípio do processo legal, fundamentado no artigo 5º, inciso LIV da Constituição Federal traz que todo indivíduo só terá seus direitos restringidos ou será privado da sua liberdade, diante de um processo legal exercido pelo Poder Judiciário.

Por um lado está o apoio do Estado Democrático de Direito, como forma Para atender aos desejos da sociedade, ele nomeia seus eleitores para o propósito e o interesse em suas inclinações democráticas requer o uso de leis de Direito Processual Penal e Direito penal, no limite do princípio da dignidade humana, Igualdade, legalidade e liberdade; tende a garantir a legitimidade do poder, defendendo a voz do poder, por outro lado, é inegável que a democracia nunca foi um governo para todas as pessoas- conf (SCHUMPETER, 1984, p. 32).

Ao analisar o capítulo V sobre direitos e garantias fundamentais, a Constituição Federal Brasileira, em especial o art. 5. Item LVII, o princípio pode ser observado a presunção de inocência, pois estabelece que "todas as pessoas são iguais perante a lei", inclusive garante de que "ninguém será considerado culpado até a sentença penal condenatória". Esta cláusula inspirou-se no artigo 32º, da Constituição Portuguesa de 1976, no capítulo 2 que afirma: "Cada réu é presumido inocente até que a decisão final seja tomada o veredicto da condenação". Portanto, o réu tem o direito de solicitar e ser informado prova de sua culpa, ou seja, ele deve ser considerado inocente até que seja provado culpado.

Assim, com a prisão em segunda instância o condenado passa a não ter mais o princípio da ampla defesa respeitado, uma vez que ao estar em cárcere privado já está sendo tratado como culpado. Conforme Mossin ( 2014, p. 29) a ampla defesa corresponde a uma garantia constitucional conferida ao réu para que este possa se valer, sem qualquer espécie de embaraço, de todos aqueles mecanismos processuais indispensáveis à salvaguarda de seus direitos. Isto é, a possibilidade de produzir todo tipo de prova, de fazer quaisquer alegações que sejam, de interpor todos os recursos cabíveis, a fim de demonstrar a pertinência de suas pretensões no processo.

É importante mencionar sobre o princípio do *in dubio pro reo*, um princípio básico do direito penal que estabelece que quando o juízo penal se encontrar em situação na qual existem dúvidas sobre a materialidade do crime ou a autoria do réu, este deve declará-lo inocente, pois como a tradução da expressão indica, na dúvida age-se em favor do réu. No que diz respeito a prova e o *in dubio pro reo*:

O processo penal define uma situação jurídica em que o problema da carga probatória é, na realidade, uma regra para o juiz, proibindo-o de condenar alguém cuja culpabilidade não tenha sido completamente provada. Cabendo ressaltar que tal instituto anda de mãos dadas com outro princípio do direito penal, o da culpabilidade, que não admite responsabilidade objetiva do acusado, estes devidamente provados dentro do processo penal (AURY, 2018, p. 297).

Dessa forma, anteriormente mencionada, a Presunção de Inocência foi consagrada no Brasil por meio da Constituição Federal de 1988 no artigo 5º, inciso LVII:

Artigo 5º. [...]  
LVII - Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Além disso, o Brasil aderiu à Convenção Americana dos Direitos Humanos, que é conhecido como Pacto de São José da Costa Rica, que traz em seu artigo 8º, I, que: “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”.

Por conseguinte, é indubitável destacar que o Princípio da Presunção da Inocência que se encontra na atual Carta Magna, tem mais garantias que o Pacto de São José da Costa Rica, pois a Carta Magna estabelece de forma clara o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Sendo assim e tendo em vista que o processo percorrido pelo réu, do indiciamento até a sentença, é extenso, torna-se necessário a identificação das ocasiões em que Estado de Inocência é preservado. O doutrinador Capez é bastante enfático ao dividi-los:

O princípio da presunção de inocência desdobra-se em três aspectos: a) no momento da instrução processual, como presunção legal relativa de não culpabilidade, invertendo-se o ônus da prova; b) no momento da avaliação da prova, valorando-a em favor do acusado quando houver dúvida; c) no curso do processo penal, como paradigma de tratamento do imputado, especialmente no que concerne à análise da necessidade da prisão processual (CAPEZ, 2010, p. 81).

Tendo em vista que a Constituição fale de culpado, o princípio também se aplica aos condenados à medida de segurança. Este princípio garante ao acusado todos os meios cabíveis para a sua defesa incluindo o direito à ampla defesa, que garante ao acusado que não será declarado culpado enquanto o processo não percorrer em todas as instâncias e tendo por resultado final a sua culpabilidade.

O Princípio da Presunção da Inocência consiste no direito de não ser declarado culpado, se não em sentença transitada em julgado, no fim do devido processo legal, em que o acusado tenha se utilizado de suas formas de defesa tais como: a ampla defesa e o contraditório.

## **2. ANÁLISE DE POSICIONAMENTOS DO STF ACERCA DE EXECUÇÃO DA PENA**

## 2.1 Análise Jurídica Acerca da Execução Provisória da Pena: Precedentes Abertos Pelo “Caso Lula”

Inicialmente é preponderante evidenciar que o assunto sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da execução provisória da pena em segunda instância ganhou maior repercussão com a condenação do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva que foi condenado em segunda instância.

Apesar da liberdade conquistada após 580 dias, Lula foi condenado em duas ações penais (conhecidas por “Caso Triplex” e “Caso Sítio de Atibaia”) e em outros sete processos pelos crimes de corrupção passiva, lavagem de dinheiro, tráfico de influência, além da acusação de pertencer a organização criminosa, delitos cujas penas máximas somariam 134 anos de prisão nos casos envolvendo o ex-presidente.

Em 2016 o Supremo Tribunal Federal teve um novo entendimento, em relação ao cumprimento antecipado da pena antes de completar o trânsito em julgado, com isso o ex-presidente que tinha sido condenado em segunda instância já começou a cumprir a pena sem percorrer todo trânsito em julgado.

A execução provisória da pena em segunda instância não era admitida no Brasil desde 2009, e tinha como únicas exceções prisões temporárias, preventivas e em flagrante. Sobre o conceito de prisão:

A prisão em sentido jurídico, é a privação da liberdade de locomoção, ou seja, do direito de ir e vir, por motivo ilícito ou por ordem legal. Entretanto, o termo tem significados vários no direito pátrio, pois pode significar a pena privativa de liberdade [...] o ato da captura (prisão em flagrante ou em cumprimento de mandado) e a custódia (recolhimento da pessoa ao cárcere). Assim, embora seja tradição no direito objetivo o uso da palavra em todos esses sentidos, nada impede que se utilize os termos captura e custódia, com os significados mencionados em substituição ao termo prisão (MIRABETE, 2007, p.361).

O conceito de prisão pode ser dado como sendo uma privação da liberdade de ir e vir, decorrente de flagrante delito ou ordem escrita e devidamente fundamentada por autoridade judiciária competente, podendo esta ocorrer ao final de um processo, ou mesmo, durante as investigações dos fatos.

Segundo Alexandre Cebrian Araújo Reis e Victor Eduardo Rios Gonçalves, em Doutrina Direito Processual Penal Esquematizado, a prisão em flagrante pode ter uma breve duração. Vejamos:

Aliás, após o advento da Lei n. 12.403/2011, a prisão decorrente do flagrante passou a ter brevíssima duração, pois o delegado enviará ao juiz cópia do auto em até 24 horas após a prisão, e este, imediatamente, deverá convertê-la em preventiva ou conceder liberdade provisória (REIS; GONÇALVES, 2012, p. 357).

O que configura a prisão em flagrante, como o próprio nome diz, é o momento em que o autor do delito é flagrado praticando-o ou acabado de praticá-lo, razão pela qual foi preso e levado até a autoridade policial. As hipóteses de prisão em flagrante encontram-se elencadas no art. 302 do Código Processual Penal. Leia-se, *in verbis*:

Art. 302 - Considera-se em flagrante delito quem:  
I - está cometendo a infração penal;  
II - acaba de cometê-la;  
III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;  
IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

A prisão preventiva é a mais importante das espécies de prisão penal de natureza cautelar. As circunstâncias que a envolvem podem perfeitamente constituir-se na pedra angular de qualquer outra prisão processual. O professor Gomes, nos lembra:

O eixo, a base, o fundamento de todas as prisões cautelares no Brasil residem naqueles requisitos da prisão preventiva. Quando presentes, pode o juiz fundamentadamente decretar qualquer prisão cautelar; quando ausentes, ainda que se trate de reincidência ou de quem não tem bons antecedentes, ou de crime hediondo ou de tráfico, não pode ser decretada a prisão antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória (GOMES, 2008, p. 02).

Assim, buscar o discernimento das raízes da prisão preventiva é o caminho mais adequado para conhecê-la. A prisão temporária está prevista na Lei 7960/89 e veio com a chegada da Constituição Federal de 1988.

Para Lopes Júnior (2021, p. 69) a prisão temporária veio diante da tremenda pressão da polícia judiciária brasileira e a perda de alguns poderes importantes, incluindo o poder de “investigar” ou “identificar” suspeitos, esse poder teria sido “enfraquecido” no contexto da nova constituição, e se deve ao grande aumento da criminalidade, portanto, torna-se uma importante ferramenta para a melhoria e a eficiência dos inquéritos policiais.

A prisão temporária foi criada para que o acusado fique preso até que as autoridades recolham provas necessárias contra o mesmo e também ajudem a

prevenir a ação de suspeitos para eliminar vestígios ou evidências de crimes. É uma prisão temporária, ordenada por um juiz durante um inquérito policial, para prender uma pessoa suspeita de cometer determinado crime pelo país.

Na sua particularidade, pode-se dizer que só pode ser promulgado a pedido de um representante da autoridade policial ou do Ministério Público, devendo ambos ser confirmados. O juiz só fará o pedido em até 24 horas após o recebimento do extrato ou pedido, e a decisão judicial também será confirmada, mas será punida por invalidez.

Para Aury Lopes (2021, p. 69) a prisão temporária significa dizer que o acusado está 24 horas por dia à disposição de todo e qualquer tipo de pressão ou maus-tratos, especialmente das ardilosas promessas do estilo “confessa ou faz uma delação premiada que isso acaba”.

A Constituição da República Brasileira de 1988, em seu artigo 5º, início LVII, estabelece que:

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;

Relaciona-se ao princípio da presunção de inocência, de acordo com o mesmo, embora a acusação e a defesa não tenham decisão definitiva e irrecorrível, o arguido não pode ser forçado a começar a cumprir a pena porque é presumido inocente. Neste sentido, o artigo 283 do Código de Processo Penal expressa que:

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.

Em 17 de fevereiro de 2016, o STF proferiu sentença contra o HC 126.292 / SP por maioria de votos e admitiu a execução provisória da pena e pode ser executada após a confirmação da sentença em segunda instância. Para a maioria dos ministros

da Suprema Corte, sua admissão de prisão após uma sentença de segunda instância não prejudica o princípio constitucional da presunção de inocência, veja-se:

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 126.292, retomando entendimento que manteve até o ano de 2009, assentou que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou recurso extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal (Ministro Teori Zavascki, 2016 Plenário Virtual).

Logo é importante diferenciar sobre a execução provisória da pena e prisão preventiva. Na execução provisória da pena, admitida após a segunda instância, já obteve a afirmativa da condenação, mesmo assim é cabível recursos diante do STJ e ao STF para poder tratar se houve inconstitucionalidade em algum momento do processo. Já a prisão preventiva pode ser decretada a qualquer tempo do processo, desde que estejam sendo respeitados os requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal (CPP). Esta medida se aplica diante do elevado grau de periculosidade do agente ou com provas de risco de fuga.

Desde criada a atual Constituição o entendimento sobre prisão em segunda instância vem tendo várias mudanças no decorrer dos anos. Em 2009 o Supremo Tribunal Federal decidiu que o réu só poderia ser preso após esgotados todos os recursos respeitando o princípio da presunção da inocência que determina que se respeite o trânsito em julgado, e que se necessário antes do esgotamento de recursos poderia no máximo ter prisão preventiva decretada.

Quando em 2016, o Supremo mudou o seu entendimento e decidiu que um réu condenado em segunda instância já pode começar a cumprir sua pena. Esse entendimento foi aplicado ao caso de um réu específico. O STF reafirmou a decisão, que passou a ser válida em todos os casos.

As prisões provisórias previstas na lei infraconstitucional preveem a possibilidade de pena de prisão antes da condenação definitiva e sem recurso de sentença criminal, desde que cumpridas as condições nelas enumeradas.

Porém, a prisão em segunda instância nos leva a seletividade do direito penal que não é um fato recente, existe desde os primórdios da humanidade e já foi abordada em diversos estudos, dentre eles o “Método de rotulagem”, uma teoria da década de 1960, onde a crítica da criminologia e o estudo do que ele chama de rótulos

sociais também são conhecidas como resposta social, explica que o crime não é algo interno, é o resultado de uma alocação seletiva.

O desvio e a criminalidade não é uma qualidade intrínseca da conduta ou uma entidade ontológica preconstituída à reação social e penal, mas uma qualidade (etiqueta) atribuída a determinados sujeitos através de complexos processos de interação social; isto é, de processos formais e informais de definição e seleção (ANDRADE, 2005, p. 26).

A teoria da rotulagem social explica por que criminosos de colarinho branco geralmente cometem crimes e gozam de um tratamento diferenciado e em contrapartida não muito gentis em relação a crimes cometidos por cidadãos economicamente desfavorecidos.

Via de regra, os delinquentes de “colarinho branco”, ao contrário dos delinquentes de rua, participam dos mesmos locus sociais de lazer e entretenimento daqueles que deverão processá-los e julgá-los pela prática de seus crimes (os operadores jurídicos), circunstância a contribuir, per si, para que não sejam estigmatizados como autênticos delinquentes que são. Daí por que uma diferenciação de tratamento é praticada de forma quase “natural”. Na intenção de fundamentá-la, entretanto, acaba-se por produzir um discurso retórico de absoluta esterilidade teórica (FELDENS, 2002, p. 157).

Nesse caso, duas premissas importantes são deduzidas: a primeira é que o Direito Penal e todos os seus poderes punitivos destinam-se principalmente a grupos específicos. A segunda, o resultado lógico da primeira, esta arbitrariedade não apenas pune os indesejáveis, mas também beneficia os escolhidos.

Prisão grave é notória e consensual no sistema penitenciário, a criação de outra hipótese de encarceramento, além das já previstas, não resolveria o problema do sistema prisional brasileiro onde a maioria dos presos nem mesmo recebe uma sentença de primeiro grau, então a superlotação das prisões, obviamente pela população mais pobre e negra, é um reflexo de um sistema de justiça lento que não existe, prevalece sobre a regra da liberdade.

Já em 2019 a última mudança que teve sobre esse assunto tendo como um dos pilares a Operação Lava Jato, o Supremo após analisar as Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43, 44 e 54, que são ações que colocavam à prova a própria lei, capazes de discutir o alcance da norma constitucional da presunção da inocência. Tendo em vista que o princípio da presunção de inocência é considerado uma Cláusula Pétreia, que é um dispositivo constitucional que não pode ser alterado nem mesmo pelas famosas PEC (Proposta de Emenda Constitucional). O resultado da

votação foi por seis votos a cinco e o STF decidiu derrubar a possibilidade de prisão em segunda instância.

Os votos contra a prisão em segunda instância foram dados pelos ministros Marco Aurélio Mello, Ricardo Lewandowski, Rosa Weber, Gilmar Mendes, Celso de Mello e Dias Toffoli.

Em relação aos votos a favor da prisão em segunda instância se encontravam os ministros Alexandre de Moraes, Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux e Cármen Lúcia.

A maioria dos ministros entendeu que deve ser respeitado o que a Constituição traz de forma expressa “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado”, e que a execução provisória da pena fere o princípio da presunção da inocência.

Em 2016 com a autorização da prisão após segunda instância o tema permanecia em aberto diante de uma grande divergência entre os ministros, isso se baseia pelo fato de decisões tão apertadas sobre o tema, mas diante da última decisão é obrigatório seguir o entendimento do Supremo, portanto, com essa decisão muitas pessoas foram beneficiadas, pois, a decisão tem efeito “*erga omnes*” ou seja tem validade diante de todas as instâncias do Judiciário e será vinculante de cumprimento obrigatório.

O CNJ trouxe dados de que cerca de mil presos poderiam ser beneficiados com essa mudança de entendimento. Esse assunto ganhou uma grande repercussão pelo fato do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, pois o ex-presidente Lula foi condenado em segunda instância.

O Supremo decidiu em relação aos recursos que os mesmos terão a finalidade de impedir a prisão, já que ninguém poderá ser preso até o trânsito, e com isso tem a possibilidade de cada caso ir até o Supremo Tribunal Federal. Diante dessa decisão muitas entidades comentaram a respeito da decisão do STF que derrubou a prisão após condenação em segunda instância.

### **2.1.1 Repercussão Pública da Aprovação em Segunda Instância Pelo STF em Algumas Entidades e o Papel Da Mídia como Formadora de Opinião**

Diversas entidades se manifestaram na mídia em relação ao assunto, pois o julgamento do caso do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, evidenciou as problemáticas de uma atuação do judiciário nesse sentido. O artigo 101 § 1º CF/88,

trouxe uma ação específica para a proteção dos preceitos fundamentais. Esses preceitos devem ser preservados e respeitados, mas com as mudanças frequentes sobre a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da prisão em segunda instância e o descumprimento com o que a Constituição Federal traz no seu artigo 5º, inciso LVII, trouxe uma preocupação em relação a tal insegurança jurídica e gerou manifestação como a seguinte de Felipe Santa Cruz, Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) :

Ao propor a ação declaratória de constitucionalidade, acolhida pelo Supremo Tribunal Federal, a OAB cumpriu seu papel legal, de defender a Constituição, a ordem jurídica e o Estado democrático de direito. E a decisão do STF reafirma que não pode haver justiça, não pode haver democracia, se forem relativizados ou desrespeitados os direitos fundamentais estabelecidos na Constituição. O direito de defesa e a presunção de inocência de cada cidadã e cidadão saem fortalecidos desse julgamento. Nosso sistema de Justiça hoje honrou as palavras de dr. Ulysses [Guimarães, deputado constituinte] na promulgação da nossa Constituição: 'Quanto a ela, discordar, sim. Divergir, sim. Descumprir, jamais. Afrontá-la, nunca.'

Bem como a de Hugo Leonardo, presidente do IDDD (Instituto de Defesa do Direito de Defesa):

A Corte deu um passo decisivo para recuperar o sentido da presunção de inocência e que, em um contexto de politização da Justiça, deve prevalecer a proteção dos princípios constitucionais. Era um caso extremamente simples do ponto de vista técnico, porque o texto constitucional é claríssimo, mas infelizmente a discussão foi tomada por um moralismo de fachada, por uma irracionalidade cega para as falhas do sistema de Justiça brasileiro. A decisão não será capaz de compensar as injustiças e os dias de liberdade arbitrariamente retirados de milhares de pessoas nos últimos anos, mas é um marco importante para a retomada da nossa segurança jurídica.

Além dos juristas acima mencionados, o Fórum Nacional de Juizes Criminais (Fonajuv), assim se manifestou:

Criminosos condenados pela Justiça com dinheiro para recorrer a várias instâncias continuarão sem pagar pelos seus crimes. Foi isso que o STF aprovou ao proibir no país a prisão após condenação em segunda instância. Isso significa corruptos soltos, impunidade. Externamos aqui a nossa indignação”.

E, por fim, Victor Hugo Azevedo, presidente da Associação Nacional do Ministério Público (Conamp):

O Supremo Tribunal Federal tomou a decisão equivocada ao reverter a atual jurisprudência que autoriza o início da execução da pena após condenação em 2ª instância. Lamento a decisão do STF e reafirmo a preocupação do

Ministério Público brasileiro com o provável retrocesso jurídico, que dificulta a repressão a crimes, favorecendo a prescrição de delitos graves, gerando impunidade e instabilidade jurídica.

Importante salientar que tais posicionamentos foram realizados em mídias sociais e que, embora não tenham força burocrática, são de melhor acesso à população em geral, uma vez que a mídia também é formadora de opinião. É preciso considerar que, apesar dos avanços tecnológicos, que possibilitam uma instantaneidade de distribuição de informações pelos mais diversos meios de comunicação, como dito anteriormente, a televisão ainda é a principal fonte de informação para a maior parcela da sociedade.

## **2.2 O Papel da Mídia na Formação da Opinião Pública**

No que diz respeito ao conceito de opinião pública, formada pela grande imprensa, vamos usar o citado por Bourdieu (1983), o sociólogo francês acredita que de acordo com esta interpretação, a opinião pública será a “soma puramente aditiva” travestida de “opinião pessoal”. Diante disso, Bourdieu, que defendia a inexistência da opinião pública, arriscou-se Uma definição chave:

Opinião pública é um artefato puro e simples cuja função é dissimular que o estado da opinião em um dado momento do tempo é um sistema de forças, de tensões e que não há nada mais inadequado para representar o estado da opinião do que uma percentagem (BOURDIEU, 1983, p. 78).

A forma acrítica de contar a história dos julgamentos de Moro é imposta ao destinatário. Ele aceita a notícia dos fatos, sob a lógica da intenção de esclarecer a corrupção é o mais importante. Não é nem mesmo uma visão utilitária do caso, em que propósito justificará os meios. A grande mídia nem mesmo faz perguntas sobre os meios. Cabe aos estudiosos do processo penal realizar um olhar crítico em relação às ferramentas utilizadas em toda a operação, como essas ferramentas são aceitos pela sociedade por causa da mídia, de acordo com prove que não cumpre sua função de fiscalizar as ações das autoridades:

Esse é o paradigma originário da imprensa que fiscaliza o exercício do poder para contê-lo e para auxiliar a sociedade na escolha de seus representantes políticos, superado pela mídia cuja atuação é orientada por “decisões políticas (e não técnicas), sujeitas às leis de mercado, refletindo apenas versões (muitas vezes simplificadas e estereotipadas) de fatos

comprometidas com projetos políticos determinados (SCHREIBE, 2008, p.365).

Diante do clamor popular que pede punição severa ao réu, permitiu a blindagem em torno da operação, o que possibilitou uma cobertura jornalística sem nenhuma ou com pouca criticidade, assistindo inapta aos direitos fundamentais violados durante a investigação, inclusive as conduções coercitivas com aval do então juiz Sérgio Moro. A partir deste momento, seria como se vivêssemos um momento onde a imprensa opta por reduzir a fiscalização das ações do judiciário, participando da reformulação da estrutura da política, uma mudança drástica entre nomes e posturas daqueles que constituem o poder executivo e legislativo.

Outra questão a ser ponderada é como a cobertura jornalística contemporânea não se limita aos fatos, fazendo o papel de intérprete das informações por elas vinculadas. Sendo assim, os fatos se transformam em opinião pessoal imparcial, baseada na visão daqueles que os transmitem. A consequência desse processo de criminologia midiática é a formação de dois grupos: os heróis imaculados, limpos, pessoas decentes e que são aterrorizados pelos criminosos que devem ser excluídos do convívio de pessoas do bem, tudo isso sem antes passar pelo processo de julgamento. A mídia faz o papel da condenação por antecipação.

A criminologia midiática cria a realidade de um mundo de pessoas decentes, diante de uma massa de criminosos, identificada através de estereótipos, que configuram os mesmos separados do resto da sociedade, por ser um conjunto de diferentes e maus. Este é construído por semelhanças, para o qual a televisão é o meio ideal, pois joga com imagens, mostrando alguns dos poucos estereotipados que delinquem e, de imediato, os que não delinquem ou que só incorrem em infrações menores, mas são parecidos. Não é preciso verbalizar para comunicar que, a qualquer momento, os parecidos farão o mesmo que o criminoso ( ZAFFARONI, 2013, p. 7).

Quando os meios de comunicação desempenham o seu papel de forma errônea, relatando os fatos de forma infiel a realidade processual, ainda mais grave da realidade investigada, resulta em violação do princípio da Presunção de Inocência. Diante dessa realidade, a sociedade nem sempre conseguirá se manter imparcial diante das influências a que foi submetida antes mesmo do próprio julgamento.

Em resumo, pudemos observar que a presunção de inocência e não culpabilidade previstas no art. 5º, inciso LVII da Constituição Federal é garantia individual e fundamental, mesmo que a influência da mídia tenha consequências na realidade do réu que vai além do processo. Para a sociedade, com influência da mídia,

o fato de ser investigado já é uma “sentença condenatória”. Logo, o jornalismo tem um papel basilar para o coletivo, principalmente no que tange a dificuldade de compreensão dos acontecimentos pela população.

Com o processo histórico de formação da constituição, a complexidade da legislação brasileira, o papel desempenhado pela mídia, o sistema de justiça criminal criou a necessidade de discutir esse princípio para analisar o esgotamento da inocência, por assim dizer, até quando o réu deve ser considerado inocente em processo penal. Ao discutir diferentes posições no trabalho atual, o Supremo Tribunal concluiu que violou o princípio da presunção de inocência previsto na Constituição de 1988, onde a relativização das garantias básicas pode levar a uma grande instabilidade e insegurança jurídica.

No capítulo subsequente, será pontuado o posicionamento do STF em relação à prisão frente ao recente entendimento jurisprudencial sobre a possibilidade de início de cumprimento de pena após decisão em segunda instância. Será trabalhada a hipótese favorável e contrária, pontuando o posicionamento de ministros e autores com base no que foi exposto nos dois capítulos anteriores.

### **3. ANÁLISE PROCESSUAL DO CASO LULA: OS CAMINHOS QUE LEVARAM À PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA E OS CAMINHOS QUE MUDARAM OS PLANOS**

#### **3.1 Estudos Introdutórios de uma Decisão do STF**

A máxima autoridade judiciária, com sede em Brasília/DF, o Supremo Tribunal Federal, tem jurisdição em todo o território nacional. O STF é composto por 11 (onze) juízes. De acordo com art. 12, § 3º, IV e art. 10, seus membros devem ser cidadãos brasileiros, ter excelente conhecimento jurídico e reputação impecável, ter entre 35 e 65 anos (Brasil, CRFB, 2020).

O Supremo é frequentemente referido como o guardião da Constituição e as suas funções incluem: promover a proteção dos direitos fundamentais consagrados na Carta Maior. Este sistema de verificar se as leis e atos normativos são constitucionais é geralmente chamado de emenda constitucional. De acordo com

Bulos (2018, p. 187), “o controle constitucional é o instrumento supremo para proteger a Constituição”. Eles são usados para verificar se as ações administrativas, legislativas e judiciais estão em conformidade com a Carta Magna”.

Dito isso, “o STF deve ser visto como um legislador negativo que não cria leis, mas as retira da ordem jurídica por serem inconstitucionais” (BULOS, 2018). O princípio da segurança jurídica e outros princípios constitucionais que derivam da lista de direitos básicos é extremamente importante no âmbito da democracia e do Estado de direito.

A aplicação deste princípio é importante para o desenvolvimento de um uma sociedade organizada, pois, o desenvolvimento de uma sociedade envolve a segurança de todos os departamentos, conforme estabelecido no preâmbulo da constituição. Segundo Pacelli (2021):

A definição de um modelo de Estado Democrático de Direito depende sempre da perspectiva adotada. A ênfase pode ser dirigida tanto aos aspectos de uma definição prioritariamente ao nível de uma filosofia política, quanto, de outro lado, mais conectada à dogmática do Direito Constitucional, à configuração normativa da ordem estatal, no aspecto político, social, econômico e, enfim, da atribuição de poderes e competências públicas e privadas (PACELLI, 2021, p.40).

Neste caso, o Supremo Tribunal Federal tem o poder de interpretar a Constituição, invalidar leis com base em normas inconstitucionais e garantir a segurança das ações judiciais. Saleme (ano) traz o seguinte entendimento

O STF tem como tarefa precípua a guarda da Constituição. Suas decisões devem se pautar pela neutralidade. A função do magistrado é a simples interpretação de lei ou ato e sua pertinência em face da Constituição. Isso caracterizaria o formalismo hermenêutico sem espaço para construções jurisprudenciais. Contudo, observa-se, esporadicamente, a necessidade de determinadas adaptações a fim de buscar-se uma coerência e uma interpretação lógica e adequada à segurança jurídica (SALEME, 2011, p. 171).

Os direitos fundamentais, do ponto de vista subjetivo e objetivo, também se relacionam com o processo penal e têm duplo sentido. No primeiro caso, o processo penal tem a função de ser um instrumento de resistência ao Estado penal, salvaguardando os direitos básicos do arguido. Em segundo lugar, numa dimensão objetiva, o contencioso penal, como meio de combate ao crime, cumpre a função de proteção da sociedade. Segundo Lopes Júnior, a exclusividade desse poder de punição coincide com o momento em que a retaliação privada é suprimida:

O Estado, avocou para si o direito e o dever de proteger a comunidade, como meio de cumprir a função de procurar satisfazer o bem comum, que se veria afetado pela transgressão da ordem jurídico-penal em razão de uma conduta delitiva. Assim sendo, substituindo os particulares, impedindo, portanto, a autotutela, o Estado assumiu o dever de atuar quando a intervenção penal seja necessária, através do seu instrumento de operacionalização, o processo penal (AURY,2018, P.21).

Na opinião de Aury, a ferramenta desse processo reside essencialmente na garantia básica do réu de coibir abusos na aplicação da jurisdição criminal. Para ele, o réu é visto como uma parte fraca na relação jurídica processual, por isso deve haver proteção suficiente para enfrentar o poder punitivo do Estado. Portanto, o princípio é o de exercer a primazia de todo o ordenamento jurídico, restringir a atividade legislativa pelo valor de sua escolha, e só permitir que nas circunstâncias específicas do direito penal, por exemplo, não viole suas normas criativas.

Entretanto, embora seja possível visualizar os princípios constitucionais como verdadeiras garantias fundamentais dos indivíduos, seja em face do Estado, seja em face de si mesmos, deve-se assinalar, ao menos como referência distintiva em relação às regras jurídicas, uma certa amplitude de suas vinculações normativas. E isso ocorre pela maior abstração de seus comandos, o que torna necessário o estabelecimento de critérios minimamente seguros que possam resolver possíveis e inevitáveis conflitos entre direitos fundamentais. E não há como negar: em tema de Direito e de Direito Processual Penal, a realização de um direito individual nem sempre se faz sem o tangenciamento de direito alheio (PACELLI, 2021, p. 44).

Por este raciocínio, entendemos que estes princípios são superiores às demais normas existentes no ordenamento jurídico pela natureza das suas normas, podendo ser utilizados como garantia para todos os cidadãos de acordo com a Constituição e as normas constitucionais democrática, opondo-se à tentativa do país de reivindicar ser o "Senhor Onipotente". Portanto, o princípio é o escudo protetor de cada cidadão contra os ataques do Estado. Todas as regras devem ser seguidas por você sob pena de ser declarado inválido.

Princípio consagrado em nosso Ordenamento Jurídico no artigo 5º, inciso LXIII da Constituição Federal que reza que "o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado" e na Convenção Americana de Direitos Humanos, em seu artigo 8º, inciso 2, letra g, que garante à pessoa o "direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada" (PACELLI, 2021, p.47).

Em suma, a extensão da garantia de não autoincriminação precisa ser reinterpretada, e o princípio do procedimento não pode ser tolerado, e é impossível não ficar impune. Observe esta conexão porque pessoas inocentes não usarão

desculpas processuais para evitar o resultado do procedimento - esta é uma absolvição obrigatória - e, se aplicado corretamente, este privilégio não será mais usado por aquelas pessoas que cometeram um ato típico, ilegal e culpado.

Atingindo duramente um dos grandes pilares do processo penal antigo, qual seja, o dogma da verdade real, o direito ao silêncio, ou a garantia contra a autoincriminação, não só permite que o acusado ou aprisionado permaneça em silêncio durante toda a investigação e mesmo em juízo, como impede que ele seja compelido – compulsoriamente, portanto – a produzir ou a contribuir com a formação da prova contrária ao seu interesse (PACELLI, 2021 p.47).

Não será feito uma abordagem mais ampla desses princípios por enquanto. Será abordado apenas alguns dos recursos e contornos mais relevantes, que expandiremos para fornecer a oportunidade de colocar cada recurso e contorno no contexto de seu respectivo espaço de assunto. As contradições se formam ao mesmo tempo, o objetivo é garantir a igualdade de procedimentos. Isso significa que todas as partes têm o direito de obter as provas fornecidas pela outra parte e de expressar suas opiniões de outras maneiras.

O contraditório, então, não só passaria a garantir o direito à informação de qualquer fato ou alegação contrária ao interesse das partes e o direito à reação (contrariedade) a ambos – vistos, assim, como garantia de participação –, mas também garantiria que a oportunidade da resposta pudesse se realizar na mesma intensidade e extensão. Em outras palavras, o contraditório exigiria a garantia de participação em simétrica paridade (GONÇALVES, 1992, p. 127).

Nota-se que o contraditório é de suma importância para a garantia da ampla defesa, porém não é sua única forma de manifestação.

É que, da perspectiva da teoria do processo, o contraditório não pode ir além da garantia de participação, isto é, a garantia de a parte poder impugnar – no processo penal, sobretudo a defesa – toda e qualquer alegação contrária a seu interesse, sem, todavia, maiores indagações acerca da concreta efetividade com que se exerce aludida impugnação (PACELLI, 2021, p.51).

O contraditório concede direitos a ambas as partes no processo: o autor e o réu. A mesma situação não acontecerá com a defesa completa, é apenas direito do réu. Portanto, podemos ter contradições sem defesa adequada, e também podemos ter defesas extensas sem contradições. Não se deve esquecer que o princípio do contraditório envolve mais do que apenas a defesa ou os direitos do réu.

Este princípio deve ser aplicado a ambas as partes e ser seguido pelo próprio juiz. Não transmitir ao acusador determinado comportamento processual, ou impedi-

lo de responder a certas provas ou alegações da defesa, embora não represente uma violação do direito de defesa, com certeza violará o princípio do confronto.

Em resumo, podemos entender a importância e a realização de todas as etapas do programa. O princípio da presunção de inocência, ou o conhecido princípio da presunção de não-culpabilidade, faz parte desta doutrina e se aplica ao direito penal, que estipula o estado de inocência relativo aos suspeitos de crime. Determinadas infrações penais são princípios jurídicos da ordem constitucional.

Esse princípio se divide em duas formas: a primeira é uma forma de tratamento, pois o réu deve ser considerado inocente em todo o processo, do início ao julgamento final até o julgamento final; a segunda forma de prova, de certa forma. Em certa medida, o ônus prova que é de inteira responsabilidade do demandante, não sendo reconhecida a forma do julgamento. Este princípio é a proteção pessoal básica, garantida diretamente pela democracia e pelo Estado de Direito. No Trânsito em Julgado é o momento em que se esgota a possibilidade de apelar da decisão judicial.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) prevê que:

Artigo 9º: Ninguém será arbitrariamente preso, detido ou exilado. Artigo 1º: Todo ser humano tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir seus direitos e deveres ou fundamento de qualquer acusação criminal contra ele.

Artigo 11º: Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.

Transitado em julgado é considerado quando? O melhor entendimento (adotado no STJ, do artigo 475-J do CPC) é aquele apurado 15 dias após a intimação do Ministério Público da parte condenada. No entanto, muitos tribunais calculam automaticamente esse prazo após a decisão final. Ou seja, faltam 15 dias para a data do julgamento.

No entanto, muitos tribunais calculam automaticamente esse período após a decisão final. Em outras palavras, 15 dias após a data da sentença. Em fevereiro de 2016, o Supremo Tribunal Federal decidiu que o réu condenado em segunda instância já poderia começar a cumprir a pena - ou seja, mesmo que apelar para a instância superior, poderá eventualmente ir para a cadeia. Naquela época, a regra era aplicada ao caso específico do réu. No mesmo ano, o STF reiterou a decisão, que valerá para

todos os casos no Brasil. O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) votou em 6 a 5 para declarar a inconstitucionalidade da prisão em segunda instância no dia 07/11/2019.

A decisão não deve beneficiar automaticamente nenhum preso, e todos os casos devem ser analisados individualmente pelo tribunal. O processo judicial deve ser esgotado antes que o réu seja preso. Porém, aos olhos dos críticos das prisões secundárias, o mesmo não acontecerá no campo penal porque não há possibilidade de restaurar a liberdade de pessoas injustamente presas.

### **3.2 De 2016 à 2019: Um Estudo Acerca dos Votos dos Ministros Rosa Weber, Gilmar Mendes e Dias Toffoli**

Ao condensar algumas regras constitucionais, o título do artigo 283 do Código de Processo Penal (CPP) - Emendas em 2011 para incluir “trânsito em julgado” - Disciplina: " Ninguém será preso a não ser no local ou ordenado confirmado por escrito pela autoridade judiciária competente em decorrência de prisão cautelar e em virtude de condenação criminal transitada em julgado". Desse modo, a coisa julgada se estabelece como signo de possibilidade. Privação de liberdade sem crime atual ou prisão banimento.

Porém, desde pelo menos 2009, o processo do Supremo Tribunal Federal (STF) tem se alternado na análise dessa questão, na época, argumentou-se que a execução antecipada da sentença era inconstitucional por 7 votos a 4 votos. Naquela reunião, o plenário do tribunal concedeu o habeas corpus 84.078, permitindo às pessoas condenadas pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, recorrer livremente. Acontece que em fevereiro de 2016, o tribunal proferiu decisão de forma diversa, também com 7 votos a 4, HC 126.292, que alterou seu entendimento anterior e apontou que no colegiado (denominado “prisão em segunda instância”). O ministro da Jurisprudência, Teori Zavascki, liderou a transformação da jurisprudência.

O panorama geral é fundamental para o entendimento do caso Habeas Corpus 152.752, impetrado pela defesa do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva e julgado pela corte em 4 de abril de 2018. Ressalta-se que antes do julgamento final da ADC, o STF optou por colocar em pauta a discussão de um caso específico - após protestos

do relator da ADC 43, 44 e 54, ministro Marco Aurélio Mello que criticou a então presidente do Tribunal, a ministra Cármen Lúcia, que conduzia a situação.

A avaliação é que a possibilidade de reclusão após dupla jurisdição não deve ser discutida por meio de habeas corpus em casos específicos, mas deve ser discutida no julgamento da ação constitucional direta para tratar da questão. Por isso, uma vez resolvido o litígio, a segurança jurídica pode ser maior quando aplicada ao caso analisado pelo tribunal. A decisão deixou no ar a desagradável sensação de que as ações da Suprema Corte foram mais políticas do que propriamente jurídicas. Situação agravada pelo voto da ministra Rosa Weber.

Ela tem posição pessoal contrária, mas a votação foi condizente com o entendimento do STF naquela ocasião, com base no princípio da colegialidade, foi anunciado que é possível executar a pena prevista depois de decretada a sentença penal em jurisdição secundária. Seu voto foi decisivo, porque o placar do tribunal terminou 6 a 5 pela recusa de conceder habeas corpus preventivo ao ex-presidente Lula, que acabou sendo preso pelo então juiz Sérgio Moro.

Ressalta-se a força política dessa medida: caso a ADCs fosse julgada anteriormente, o placar do STF seria anulado em amparo da presunção de inocência e do trânsito em julgado - levando-se em conta a fundamentação do voto da ministra – como aconteceu em 2019, quando a Corte mudou seu entendimento e revogou a possibilidade de “prisão em segunda instância”.

Votaram a favor e contra da prisão após a condenação em segunda instância:

Em 07 de fevereiro de 2016: A favor: Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Edson Fachin, Gilmar Mendes, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Teori Zavascki e votaram contra: Celso de Mello, Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski, Rosa Weber.

Em 5 de outubro de 2016, votaram a favor da prisão após condenação em segunda instância: Cármen Lúcia, Edson Fachin, Gilmar Mendes, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Teori Zavascki e votaram contra os ministros Celso de Mello, Dias Toffoli, Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski, Rosa Weber.

Em 11 de novembro de 2016, votaram a favor da possibilidade da prisão sem o trânsito em julgado do processo: Cármen Lúcia, Edson Fachin, Gilmar Mendes, Luiz Fux, Roberto Barroso, Teori Zavascki e a favor: Celso de Mello, Dias Toffoli, Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski.

No julgamento de habeas corpus do ex-presidente Lula em 2019, decidiram mantê-lo preso, ratificando a antiga jurisprudência dos ministros Alexandre de Moraes, Cármen Lúcia, Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux e Rosa Weber. Votaram a favor do HC do ex-presidente: Celso de Mello, Dias Toffoli, Gilmar Mendes, Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski. (Prisão após 2ª instância: quais ministros do STF mudaram de opinião - e de voto?. 2018).

Segundo este método, os outros ministros que promoveram a votação com base em uma percepção social injusta, acabaram perdendo a relevância jurídica. Isso ocorre porque o dever dos juízes é enfatizar o tecnicismo em vez de Sentimentos sociais. Abordaremos nos próximos tópicos os caminhos percorridos pela mudança de entendimento dos Ministros Gilmar Mendes, Rosa Weber e Dias Toffoli e o que isso acarretou a decisão final do julgamento da Corte da prisão em segunda instância.

### **3.2.1 Análise dos Votos de Rosa Weber, Gilmar Mendes e Dias Toffoli em 2016 - HC 126.292/SP**

O habeas corpus 126.292 / SP foi impetrado no início de janeiro de 2015. O réu era um assistente geral que foi considerado culpado de roubo, sentenciado a cinco anos e quatro meses de prisão, cumpriu pena, e emitiu um mandado de prisão devido ao seu recurso. O ministro Teori Zavascki entendeu que o tribunal estadual não apresentou fundamento para impor a prisão preventiva do réu - CPP Art. 312 - Discorda da súmula estabelecida pelo STF e aprova o pedido de liminar.

Art. 312 do Decreto Lei nº 3.689 de 03 de Outubro de 1941 - A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência).

Posteriormente, a turma decidiu, por unanimidade, submeter ao plenário do STF o julgamento desse fato. Em votação em plenário, o despacho foi rejeitado e posteriormente revogado a proibição, com a vitória da ministra Rosa Weber, Marco Aurélio, Celso De Mello e Ricardo Lewandowski.

Nesse segundo julgamento, a composição do STF é bem diferente. Os juízes Joaquim Barbosa, Ayres Britto, Cezar Peluso, Ellen Gracie e Eros Grau deixaram de ser membros do tribunal que rejeitaram a ordem na época do segundo veredito de habeas corpus em 2016. São eles: Eros Grau, Ayres Britto e Cezar Peluso, composto por Luiz Fux, Teori Zavascki e Luís Roberto Barroso, todos indicados pela presidente Dilma Rousseff. Apesar disso, os dois mantiveram o posicionamento de seus antecessores, Dias Toffoli e Edson Fachin, que substituíram Menezes Direto e Joaquim Barbosa, respectivamente, indicados pelo presidente Lula e o segundo, pela presidente Dilma Rousseff.

O Ministro Dias Toffoli indeferiu o despacho, “fiz porque sabia que os recursos especiais não têm suspeição, portanto não impediriam o mandado de prisão e não prejudicarem o princípio da presunção de inocência.” Caso fosse diferente, seria entender que as decisões provenientes das instâncias ordinárias são presumivelmente não confiáveis, o que configuraria afronta à ordem pública.

A única ministra a mudar a posição de sua antecessora, Ellen Gracie, foi a ministra Rosa Weber, que optou por conceder a ordem e foi indicada pela presidente Dilma Rousseff. Entre os ministros que votaram o Habeas Corpus 84.078 / MG, apenas Gilmar Mendes mudou de posição e rejeitou o despacho. No entanto, Gilmar Mendes é o único ministro a mudar de posição, destacando que a garantia da presunção de inocência costuma evitar que o réu seja considerado culpado antes da sentença definitiva, mas a definição do culpado depende da intermediação do legislador.

O juiz disse que essa situação está longe de acontecer. Portanto, por um lado, a importância de proteger o réu de julgamentos precipitados, por outro, é difícil conciliar o respeito pelo réu e gradualmente provar sua culpa. Ele expressou desapontamento com o número de prisões provisórias:

Consta a observação de um correspondente estrangeiro chocado com o excesso de prisões provisórias e depois com o fato de que pode ser que, se eles obtiverem um habeas corpus, demorem, ou talvez nem venham a ser presos na execução, tendo em vista todas as delongas que o sistema permite. Por conta de todas essas questões e reflexões é que, de uns tempos para cá, eu tenho me proposto a refletir novamente sobre aquela nossa decisão. E casos graves têm ocorrido que comprometem mesmo a efetividade da justiça (INTEIRO TEOR DO ACÓRDÃO – p. 2).

Gilmar Mendes havia antecipado o que estava por vir. Ministro em seu artigo “A presunção de não culpabilidade e a orientação do Ministro Marco Aurélio” presente no Livro que homenageia os 25 anos do Ministro na corte “Ministro Marco Aurélio: 25 anos no STF”, disse: “tenho que o entendimento do STF [sobre a execução provisória da pena] merece ser revisado”. (MENDES, 2015, p. 15).

Gilmar Mendes (2015, p.16 - 17) sabe que “não há como prever se o STF acolherá a proposta de nova análise do tema”. No entanto, de maneira profética, antecipa que “se um dia o fizer, não se sabe qual será a composição da Corte”, portanto o resultado poderia vir a ser contrário. Ao cabo, Gilmar diz: “a toda sorte, se vier a julgar novamente a questão, a Corte terá que enfrentar, com a devida

consideração e respeito, seu próprio precedente, solidificado a partir da posição firme do Ministro Marco Aurélio” (MENDES, 2015, p. 16).

Portanto, enquanto não atingir o cerne fundamental, a presunção de inocência, irá evoluir naturalmente com as etapas do programa. Ou seja, esgotado o processo ordinário, houve uma declaração muito franca de que o réu era culpado e deveria ser preso, para que a execução fosse compatível com a presunção de inocência.

A seguir, a ministra Rosa Weber votou por não levantar mais argumentos, pois, segundo ela, “o habeas corpus não está previsto com antecedência na pauta de hoje e não posso resolver esse assunto com o devido cuidado e atenção”. Ela elogiou o voto do relator e disse que concordava com os argumentos de Fachin e Barroso.

Faço esse registro porque, quanto às colocações e às razões que estão levando o eminente Ministro Teori Zavascki a propor a revisão da jurisprudência desta Corte, eu compartilho das preocupações de Sua Excelência e louvo o belíssimo voto, assim como as oportunas colocações do Ministro Fachin e agora do Ministro Luís Roberto (INTEIRO TEOR DO ACÓRDÃO – p. 29).

Rosa Weber disse: “Em qualquer caso, o tribunal deve salvaguardar cuidadosamente os precedentes” porque “o princípio da segurança jurídica, especialmente quando o Supremo Tribunal está enfrentando questões constitucionais, é muito importante para a sociedade”, e continuou: “Eu tenho algum devido ao tribunal A única mudança na composição torna difícil rever os precedentes. Para a sociedade, existem instituições judiciais.”

O ministro destacou: “Não tenho dúvidas de que se trata de questões pragmáticas, mas acho que a melhor forma de resolver essas questões não é alterando o seu entendimento do texto da Constituição por meio deste tribunal”. Portanto, a pedido da Relatora, Rosa Weber aprovou o despacho. Ele também afirmou que entendia que a decisão do tribunal “determinará a sentença de execução provisória, não a sentença de prisão preventiva” e concluiu:

Como norte da minha atuação nesta casa, divirjo para conceder a ordem. Pelo que depreendi do voto do Ministro Teori, o Ministro Falcão, no STJ, indeferiu a liminar em impetração contra decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo que determina “execute-se a pena”, em execução provisória, não se tratando de decreto de prisão cautelar. Respeitosamente divirjo, portanto, concedendo a ordem. É como voto (INTEIRO TEOR DO ACÓRDÃO – p.3).

A decisão da ação de instrução constitucional indicou que, com exceção do ministro Dias Toffoli, foram utilizados os mesmos argumentos já mencionados na

decisão do Habeas corpus nº 126.292. Vale destacar que neste habeas corpus, foram 7 votos a favor da execução e 4 votos contra, enquanto nas declarações constitucionais, 6 votos contra e 5 votos, causando alguma instabilidade jurídica, e a questão ainda é disputa e execução.

Se houver uma nova sentença de prisão hoje antes da decisão final, a decisão será. Portanto, é lamentável que o Supremo Tribunal Federal tenha se pronunciado sobre o prezado conteúdo da Carta Magna, quando o guardião da Constituição decidiu se opor ao conteúdo nela escrito, trouxe insegurança jurídica à sociedade. Nesse sentido, ainda que pertinente o argumento da antecipação da sentença, essa nova decisão viola os direitos e garantias fundamentais contidos na Constituição, especialmente no que se refere ao alcance da presunção de inocência.

### **3.3 Análise dos Votos de Rosa Weber, Gilmar Mendes e Dias Toffoli em 2019 - ADC 43, 44 e 54**

No dia 7 de novembro de 2019, ADC 43, 44 (estes já foram processados antes e submetidos após entendimento STF e HC 126.292 / SP) e 54, o Supremo Tribunal Federal mudou em relação à possibilidade de prisão após o julgamento em segunda instância.

Inicialmente deve-se compreender que a Ação Declaratória de Constitucionalidade, com previsão legal no artigo 102, inciso I, alínea a, da Constituição Federal, e introduzida no ordenamento jurídico brasileiro com a Emenda Constitucional nº 3 de 1993, visa confirmar a constitucionalidade de determinada lei ou ato normativo federal.

A Ação Declaratória de Constitucionalidade poderá ser apresentada perante o Supremo Tribunal Federal, pelos legitimados no artigo 103, da Constituição Federal, *in verbis*:

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:  
I - o Presidente da República;  
II - a Mesa do Senado Federal;  
III - a Mesa da Câmara dos Deputados;  
IV - a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;  
V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal;  
VI - o Procurador-Geral da República;  
VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;  
IX - Confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Conclui-se, portanto, que, diante da necessidade de declarar a constitucionalidade de determinada cláusula legal, a pessoa jurídica deve apresentar ao Supremo Tribunal Federal uma declaração de constitucionalidade para confirmar a compatibilidade da cláusula com a Constituição Federal.

De acordo com o relatório do ministro Marco Aurélio, o tribunal entende que o artigo 283 do Código de Processo Penal não é inconstitucional, não permitindo a execução da sentença antes de decidida a sentença definitiva e irreversível, e nenhum outro recurso por parte do réu. Na segunda instância, com 6 votos contra e 5 votos a favor da reclusão, foi garantida a constitucionalidade do tribunal, ou seja, o artigo 283 do CPP. Dias Toffoli está acompanhado dos ministros Marco Aurélio, Rosa Weber, Gilmar Mendes, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski, que somente após a condenação final e irrevogável poderá iniciar a execução penal.

Os ministros Luís Roberto Barroso, Alexandre de Molas, Carmen Lúcia, Edson Fachin e Luiz Fux optaram pela prisão após a condenação em segunda instância. Em 23 de outubro de 2019, votou o Ministro Marco Aurélio, relator do caso, argumentando que a liberdade dos cidadãos presos após a segunda instância não pode ser restaurada, posição conhecida sobre as condições de execução das penas.

O Ministro Alexandre de Moraes aprovou voto na mesma sessão para iniciar o desacordo contra a reclusão em segunda instância. Para ele, a presunção de inocência não é desrespeito nem injúria, sendo possível cumprir a pena após a segunda instância. Nas palavras do distinto ministro:

A presunção de inocência condiciona toda a condenação a uma atividade probatória produzida pela acusação. Quem alega deve provar, vedando taxativamente a condenação, inexistindo as necessárias provas ou havendo razoável dúvida, devendo o estado comprovar a culpabilidade do indivíduo, que é, sabemos, presumidamente inocente (STF, 2019).

No dia 7 de novembro, o Ministro Dias Toffoli realizou votação decisiva sobre o assunto. Em 2019, ele encerrou seu voto com uma posição contra a prisão em segunda instância citando que o Congresso atue para então alterar o Código de Processo Penal que versa sobre a execução da Penal:

Não é um desejo do juiz, não é um desejo de outrem que não dos representantes do povo brasileiro. Se não for no caso de prisão cautelar ou o

flagrante que foi mantido, se for única e exclusivamente com fundamento na condenação, o que diz a lei? Que tem que aguardar o trânsito em julgado (TOFFOLI, 2019).

Todavia, defendeu a execução imediata da pena de condenados pelo tribunal do júri, pois esse caso não contraria o CPP. Segundo o ministro, o Júri tem competência para decidir sobre crimes dolosos contra a vida e é soberano (BRASIL, ADC 43,44 e 54, 2019).

O Ministro Gilmar Mendes acompanhou o Relator para enfatizar a constitucionalidade dos dispositivos do CPP. O ministro afirmou que, ao decidir votar a pena de reclusão após ter sido condenado em segunda instância, considerou que o tribunal poderia corrigir o abuso de poder na primeira instância, mas não é o caso. Constatou que votou pela possibilidade dessas prisões e não pela imperatividade delas (BRASIL, ADC 43,44 e 54, 2019).

Rosa Weber acrescentou que a decisão de permitir que a pena de prisão seja executada antes que ela possa ser apelada introduziria uma forma de prisão não prevista na lei, que violaria o princípio da retenção absoluta da lei na administração penitenciária. A Ministra entende que não deve ser provado o argumento de que se esgotaram as provas de culpa no âmbito da revisão de provas e da análise dos fatos, pois enquanto os pressupostos normativos forem ilegais ou a formação da culpa for inválida, o problema é passível de ser levantado em ocasiões especiais. (BRASIL, ADC 43,44 e 54, 2019).

Com base nisso, verifica-se que o STF alterou mais uma vez a aplicabilidade da presunção de inocência para a privação de liberdade e a possibilidade de execução criminal após a segunda instância. Ao final da votação, o Presidente da Câmara dos Deputados afirmou em entrevista que o Congresso prepara a PEC - proposta de alteração da Constituição com o objetivo de alterar o artigo 5º, inciso V da Constituição Federal, que, a seu ver, não é uma cláusula permanente. O princípio da presunção de inocência é de extrema importância no sistema processual brasileiro, pois fornece uma série de garantias para que o réu possa efetivamente exercer sua defesa. No entanto, não deve ser usado em circunstâncias de hipergarantismo, pois afetará processos criminais eficazes, o direito a uma sociedade segura e um sistema de punição mais eficaz e responsivo para os infratores.

Portanto, todas as pessoas que cumprem pena temporária em decorrência da decisão do Supremo Tribunal Federal em 2016 e da sentença de Habeas Corpus

126.292 / SP devem cancelar sua privação de liberdade até que a decisão final se transforme em decisão final. No entanto, a execução provisória de sentenças criminais culpadas devido à prisão temporária é permitida, desde que sejam devidamente verificadas de acordo com a lei.

### **3.4 A Estratégica Mudança de Entendimento**

A decisão da Suprema Corte brasileira acarretou um novo modelo de assegurar a punição em face daqueles que cometem crimes e não respondem por eles, em virtude da demora do sistema jurisdicional em aplicar a pena, além de colocar fim a indústria dos recursos com caráter meramente protelatório, visando uma possível prescrição, enquanto o acusado responde pelo crime em liberdade, tendo uma vida normal, como se nada tivesse praticado contra a sociedade.

Depois de experimentar tantos eventos, incluindo e principalmente eventos políticos, muito se tem discutido sobre as mudanças do STF na interpretação da constituição. Acontece que quase não há debate sobre a fundamentação que serviu de apoio para a mudança de interpretação.

As formas como uma Constituição pode ser alterada constituem um tema que invoca o debate acerca das limitações às possibilidades de transformação do núcleo de sentido estabelecido pelo poder constituinte originário, pois seus diferentes processos de mudança devem permitir a adaptação das normas constitucionais sem comprometer a supremacia e a força normativa da Carta Magna. A finalidade básica desses mecanismos é assegurar a estabilidade dos conteúdos éticos fundamentais positivados no texto constitucional. A supremacia constitucional define a Constituição como a norma superior do ordenamento, de modo que acima dela não exista nenhuma norma positiva. Isto ocorre devido ao fato de que o reconhecimento da existência das mutações não pode gerar questionamentos quanto à superioridade da Constituição como sua principal característica e garantidora da ordem jurídica de um país (VEGA, 1999).

Além de discutir a jurisdição do Supremo Tribunal Federal do país, este tópico também mostra que houve muita instabilidade jurídica sobre o assunto. Os precedentes mudaram. Quatro mudanças ocorreram em menos de 30 anos. A volatilidade desse período, além de prejudicar o sistema jurídico, também abalou completamente a estabilidade do sistema prisional brasileiro, considerando que milhares de réus e recursos foram condenados e passaram a cumprir pena. Posteriormente na nova decisão do STF, essa constatação não pode ser alcançada imediatamente. Com essas mudanças de entendimento, há também a “obrigação de

libertar todas as pessoas condenadas à prisão em segunda instância e aguardar o esgotamento de todos os recursos cabíveis de acordo com a nova decisão” (Brasil, 2016).

O problema dos limites da mutação constitucional aparece quando a relação entre viabilidade e normatividade adquire um caráter conflituoso, seja social, política ou juridicamente, pondo em xeque a supremacia constitucional. Por essa razão, as restrições a esta forma de atualização constitucional devem ser encontradas no respeito à Constituição, que constitui a expressão máxima e solene da soberania nacional e popular, bem como na necessidade de adaptação social das normas constitucionais às exigências sociais atuais (TEIXEIRA, p. 109, 1991).

Em 2019, o STF passou a discutir a ação constitucional direta, a qual foi apreciada pelos Ministros Alexandre de Moraes, Edson Fachin, Roberto Barroso, Luiz Fux, Marco Aurélio (Relator), Rosa Weber e Ministro Ricardo Lewandowski. Os juízes Gilmar Mendes, Celso de Mello, Cármen Lúcia e os ministros Dias Toffoli votaram a matéria em questão.

Embora o acordo tenha sido firmado no Supremo Tribunal Federal do país, a instabilidade do tribunal sobre o assunto era evidente. Há divergências de ideias entre os ministros, sem falar que a jurisprudência muda a cada entrada em plenário e esse é “apenas um dos parâmetros que sustentam a instabilidade do tema proposto” (Brasil, 2016).

A sociedade geralmente defende a posição de cumprir as penas precocemente. Como já é sabido, devido à morosidade do sistema judiciário no Brasil, há relatos de que, pelo menos, os crimes sem ao menos transitar e julgar já se passaram há mais de 20 anos e nenhuma conclusão foi tirada em casos judiciais, muito menos durante este período, a maioria das pessoas que foram processadas respondeu livremente e esperou pelo julgamento final, e tudo isso acabou se tornando um motivo para as pessoas resistirem.

Uma das maiores críticas ao Supremo Tribunal Federal é a questão da tomada de decisões em momentos políticos. A lava-jato começou há alguns anos e teve seus condenados julgados em segunda instância, entre eles o ex-presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva, o que exerceu uma enorme pressão sobre o sistema judicial, ou, mais precisamente, que de alguma forma queria responder aos fortes protestos do povo e ao sucesso da ação, e mais uma vez mudou o precedente da época e exigiu a execução imediata da pena.

A classe jurídica formada por advogados se opunha totalmente à execução antecipada de sentenças, acusando o Supremo Tribunal Federal de descumprimento de regras positivadas e acreditando que a função da entidade é julgar e não legislar, podendo até ser alterado, mas a forma correta é pelo legislativo e não por meio de instituições judiciais como o STF. O mesmo é verdade para a discussão de casos de prisão de segunda instância que geralmente são divididos dentro e fora do Supremo Tribunal.

Há um paradoxo: a sociedade clama pelo fim da impunidade, mas a Justiça, ao invés de resolver o problema de sua morosidade, preferem violar garantias constitucionais do cidadão que tem um processo penal contra si, usando de uma visível e perigosa manobra, a fim de permitir uma satisfação popular, por assim dizer, “inconstitucional” (GALVÃO,2019, p.2).

Analisando em profundidade essa mudança de entendimento, o mais preocupante é que o Supremo Tribunal Federal tem repetidamente alterado a sua jurisprudência, tornando o sistema completamente frágil e instável, causando retrocessos ao sistema judicial. Apenas em 2019, tomou uma decisão final e reconheceu que a matéria deve ser proposta por meio de emenda constitucional, em vez de decidir por meio de uma interpretação esparsa dos preceitos constitucionais.

E, com todas essas confirmações, não posso deixar de comentar o motivo de toda essa repercussão e tornar-se um dos beneficiários da inconstitucionalidade da prisão preventiva, o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva. No entanto, uma vez que não entrou em condições de prisão preventiva, o ex-presidente foi libertado em 8 de novembro de 2019. No dia seguinte à confirmação do STF, foi decidido que os réus só podem ser presos depois de esgotados todos os recursos.

Conclui o capítulo demonstrando como o jogo político é algo forte no Brasil, e como as leis e princípios são passíveis de adaptação de acordo com o período que o país se encontra, mostrando que a inconstitucionalidade da antecipação da pena pode ocorrer em qualquer caso com menos de 15 anos de pena ou não sendo crime hediondo.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise das questões levantadas no trabalho monográfico permitiu o estudo detalhado sobre discussões antigas que têm um significado prático relevante. Os ministros do Supremo Tribunal Federal são questionados sobre a possibilidade de prisão antes do trânsito em julgado desde o ano de 2009.

A dúvida para que frequentemente a discussão viesse à tona partia do antagonismo entre duas normas: artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal, que transcreve: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” e o artigo 637 do código de processo penal que diz: “o recurso extraordinário não tem efeito suspensivo e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixaram à primeira instância, para a execução da sentença”.

A partir de alguns casos emblemáticos, especialmente o caso envolvendo o julgamento do ex-presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva, essa questão ganha cada vez mais força e notoriedade. Portanto, não há dúvida de que várias mudanças ocorreram no que se refere ao entendimento da inconstitucionalidade ou não da execução provisória da pena em segunda instância. Neste caso, tem havido um debate acirrado no cenário jurídico, tanto que até o Supremo Tribunal Federal oscilou o entendimento sobre o assunto.

As razões usadas pelos ministros, descrita no decorrer dos capítulos, durante a votação dos Habeas corpus, provaram que a execução provisória da pena é considerada uma solução: uma solução para o problema da interposição sucessiva de recursos nas Cortes superiores; questão de impunidade, operado pelo fenômeno da prescrição executória; e a integração do próprio ordenamento jurídico. A lei enfrenta a necessidade de conciliar a presunção de inocência com a ausência de efeito suspensivo dos recursos extraordinário e especial.

No entanto, mesmo que a execução provisória da pena seja considerada um acordo para tal problema, percebemos o quanto todos os motivos apresentados são razoáveis. Seu reconhecimento tem certas deficiências em sua adequação. Ao reconhecer a possibilidade de aplicação provisória da pena, os ministros deixaram de lado a importância da escolha política da presunção de inocência. Ao justificar a execução da pena antes do trânsito em julgado como medida de ordem social, acabaram levantando fundamentos do direito penal de inimigo, do processo penal eficiente, sob os auspícios de um emergencialismo penal, principalmente em função da pressão midiática sobre um dos casos mais relevantes da história do direito penal, o caso Lula.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A Construção Social da Criminalidade pelo Sistema de Controle Penal**. Florianópolis: UFSC, 2005. Disponível em: [www.buscalegis.ufsc.br/busca.php?acao=abrir & id=17837](http://www.buscalegis.ufsc.br/busca.php?acao=abrir & id=17837). Acesso dia 03 out. 2021

BARROSO, LUÍS ROBERTO. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil**. Org.: Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 1 e 8.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. São Paulo: Editora Pillares, 2013.

BENTO, Ricardo Alves. **Presunção de Inocência no Direito Processual Penal Brasileiro** - São Paulo: Quartier Latin, 2007.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 673.

BOURDIEU, Pierre. **Esboço de uma teoria da prática**. In: ORTIZ, Renato (org.). Pierre Bourdieu: Sociologia. Trad. de Paula Montero e Alícia Auzmendi. São Paulo: Ática, 1983 a, p. 46-81.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 14 ed. São Paulo: Editora Saraiva. 2007.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal parte geral (arts. 1º ao 120)**. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. 539 p. Disponível em: [https://direitom1universo.files.wordpress.com/2016/06/manual-de-direito-penal-parte-geral-roge\\_rio-sanches-2015.pdf](https://direitom1universo.files.wordpress.com/2016/06/manual-de-direito-penal-parte-geral-roge_rio-sanches-2015.pdf). Acesso dia 16/09/2021

BRASIL. **Declaração universal dos direitos humanos 1948: ideal de justiça, caminho e paz**. Brasília: Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2008.

FARACHE, Rafaela da Fonseca Lima Rocha. **Princípio da presunção de inocência: alguns aspectos históricos**. 2015. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/42903/principio-da-presuncao-de-inocencia-alguns-aspectos-historicos>. Acesso dia 07 jun. 2021.

FELDENS, Luciano. **Tutela penal de interesses difusos e crimes do colarinho branco: por uma relegitimação da atuação do Ministério Público**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

FOUCAULT, Michel. **A Verdade e as Formas Jurídicas**. Rio de Janeiro: Editora Nau, 2005.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **O Princípio da Presunção de Inocência na constituição de 1988 e na convenção americana sobre direitos humanos** (Pacto de São José da Costa Rica). Revista do Advogado. AASP. N.º 42. Abril de 2012.

GOMES, Luiz Flávio. **Revista Jurídica**, n. 189, Porto Alegre: Síntese, jul. 2008

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios; ARAÚJO REIS, Alexandre Cebrian. **Direito Processual Penal esquematizado**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

JÚNIOR, AURY L. **PRISÕES CAUTELARES**. (6th edição). Editora Saraiva, 2021.

MENDES, Gilmar Ferreira e outros. **Comentários à Constituição**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 14 ed. São Paulo: Editora Atlas. 2003.

MOSSIN, Heráclito A. **Garantias Fundamentais na Área Criminal**. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788520448519/pageid/48> . Acesso dia 16/09/2021.

NUCCI, Guilherme de Souza, **Manual do Direito Penal**. Disponível em: [https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788530993566/epubcfi/6/28\[%3Bvnd.vst.idref%3Dhtml12\]!/4/2/2/2/8](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788530993566/epubcfi/6/28[%3Bvnd.vst.idref%3Dhtml12]!/4/2/2/2/8) Acesso dia 16/09/2021.

ZAVASKI, Teori. **Plenário Virtual**: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTO=TO & docID=7081180>. Acesso dia 20/10/2021

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2021. <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788597026962/epubcfi/6/22%5B%3Bvnd.vst.idref%3Dhtml11%5D!/4/56/5:93%5B%3%A7%3%A3o%2C%201.%5D>

Reis, Alexandre Cebrian Araújo e Gonçalves. Coordenação: Lenza, Pedro. **Direito Processual Penal Esquematizado**- Ed.Saraiva, 2012.

SALEME, Edson Ricardo. **Direito constitucional**. Barueri, SP: Manole, 2011.

SCHUMPETER, Joseph A. **Capitalismo, socialismo e democracia**. Rio: Zahar. 1984.

SCHREIBER, Simone. **A publicidade opressiva de julgamentos criminais**. Rio de Janeiro - São Paulo - Recife: Renovar, 2008.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A Questão Criminal**. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

