

O princípio constitucional da presunção da inocência frente à execução provisória da pena privativa de liberdade e sua aplicabilidade no HC do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva

Francine Magaldi Cardoso Dias¹
Orientador(a): Prof^o Guilherme de Oliveira Feldens²

Resumo: Ante o polêmico caso de corrupção denominado pela Polícia Federal como “Operação Lavajato”, que resultou com a prisão do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, é que se procurou analisar se houve ou não arbitrariedade em sua prisão, quando o Supremo Tribunal Federal denegou, em 04 de abril de 2018, por 6 votos a 5, o seu pedido de Habeas Corpus, sob nº 152752. A questão que se levantou quanto a esse caso em específico foi a da prisão do réu sem que houvesse o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, pois houveram diversos recursos, inclusive ao TRF4, que inclusive majorou a condenação do ex-presidente de 9 anos e 6 meses para 12 anos e 1 mês, não ocorrendo, até então, devido a multiplicidade de recursos, o trânsito em julgado do processo, pois existe no Direito Brasileiro o princípio constitucional da presunção de inocência do réu, elencado no Art 5º, inciso LVII da Constituição Federal, que, em tese, só seria extinguido após o trânsito em julgado do processo que o condene criminalmente. Ocorre que existe uma segunda vertente do Direito Processual Penal que permite a execução provisória da pena nos casos onde há condenação no duplo grau de jurisdição, defendida amplamente pela doutrina jurídica e pelas Súmulas 9 e 267 do STF. A presente pesquisa chegou à conclusão de que não houve arbitrariedade na prisão do ex-presidente, visto que nenhum princípio constitucional deve ser aplicado de maneira absoluta ou isolada, mas em conjunto com os demais institutos do direito, conforme ficará comprovado ao longo do artigo por meio das pesquisas de doutrina e jurisprudência.

Palavras-chave: Princípio; Constitucional; Penal; Execução.

1 SÍNTESE DO CASO “OPERAÇÃO LAVAJATO”

1.1 A CONDENAÇÃO DO EX-PRESIDENTE

Antes de analisarmos os princípios e institutos utilizados pelos Ministros para que se denegasse o pedido de *Habeas Corpus* do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, necessário

¹ Graduanda do curso de Direito, Cesuca- Faculdade Inedi. E-mail: francinemagaldicardoso@gmail.com.

² Docente do curso de Direito, Cesuca- Faculdade Inedi. E-mail: guilhermefeldens@cesuca.edu.br.

de faz realizar uma breve análise do caso concreto, desde a denúncia até a sua condenação em segunda instância.

Em setembro de 2016 o ministério Público Federal denunciou o ex-presidente, bem como outros 6 denunciados pelos crimes de corrupção (arts. 317 e 333 do CP) e de lavagem de dinheiro (art. 1º, caput, inciso V, da Lei n.º 9.613/1998), tal denúncia deu início às investigações nomeadas de “Operação Lavajato”. Entre os denunciados encontrava-se José Adelmário Pinheiro Filho, presidente do grupo OAS, empresa que, segundo o relatório da sentença do Juiz Sérgio Fernando Moro esclarece que “seria um dos grupos empresariais que teriam pago sistematicamente vantagem indevida em contratos da Petrobrás a agentes públicos e a agentes ou partidos políticos.” A denúncia foi recebida e instaurada por meio da Ação Penal nº 5046512-94.2016.4.04.7000 na Justiça Federal do Estado do Paraná.

O esquema criminoso envolvendo o ex-presidente, também transcrito no relatório da sentença, assevera que “Aos agentes políticos cabia dar sustentação à nomeação e à permanência nos cargos da Petrobrás dos referidos Diretores. Para tanto, recebiam remuneração periódica”, e ainda “O ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva foi beneficiado materialmente por débitos da conta geral de propinas, com a atribuição a ele e a sua esposa, sem o pagamento do preço correspondente, de um apartamento triplex, e com a realização de custosas reformas no apartamento, às expensas do Grupo OAS.”

Ainda, segundo o destacado pelo magistrado “estima o MPF que o total pago em propinas pelo Grupo OAS decorrente das contratações dele pela Petrobrás, (...) alcance R\$ 87.624.971,26, correspondente a 3% sobre a parte correspondente da Construtora OAS nos empreendimentos referidos” e atesta que “Destes valores, R\$ 3.738.738,00 teriam sido destinados especificamente ao ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva” e segundo o relatado pelo magistrado a lavagem desse capital se daria da seguinte forma, por meio “do apartamento 164-A, triplex, do Condomínio Solaris, de matrícula 104.801 do Registro de Imóveis do Guarujá/SP, sem que houvesse pagamento do preço correspondente.”

A sentença³ foi publicada no dia 12 de julho de 2017, condenando o ex-presidente a 9 anos e 6 meses de prisão em regime fechado. Sendo majorada em segunda instância para 12 anos e 1 mês, por unanimidade pela 8ª Turma do TRF4, que negou o recurso de apelação criminal feito pela defesa do réu. Desta decisão ensejou o *Habeas Corpus* preventivo, tendo em vista o exaurimento de recursos em segunda instância, sendo iminente o cumprimento da pena com a imediata expedição de mandado de prisão.

2 O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA

O princípio da presunção da inocência é amparado pela nossa Carta Magna, mesmo que não seja mencionada a expressão *ipsi litteris* mais conhecida, a Constituição, em seu Art.

³ **Sentença Penal Condenatória.** Justiça Federal do Estado do Paraná. Juiz Sérgio Fernando Moro. Disponível em: <https://eproc.jfpr.jus.br/eprocV2/controlador.php?acao=acessar_documento_publico&doc=701499865861150550083652403176&evento=811&key=3de0bddf037f255decedd6f7432712e7ef0107b87ef551808ffeeb9b75dd5316&hash=1dd3ec95afbd97fde2af851bb1af46a0> Acesso em: 15 outubro 2018

5º, que trata dos direitos, deveres e garantias fundamentais, no inciso LVII, trouxe a linguagem que configura essa expressão tão utilizada, conforme preceitua o texto constitucional: "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória" (BATISTI, 2009).

Sua ideia original nasceu na Revolução Francesa, tendo sido solidificado, onde ganhou maior repercussão, na Declaração Universal dos Direitos Humanos no ano de 1948, na ONU, que traz em seu Art. 11º:

Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não se prova sua culpabilidade, de acordo com a lei e em processo público no qual se assegurem todas as garantias necessárias para sua defesa.

Importante se faz ressaltar que o Supremo Tribunal Federal decidiu pela posição hierárquica do Pacto de São José da Costa Rica, tanto quanto os demais tratados internacionais que versem sobre direitos humanos, sendo estes considerados supra constitucionais, porém acredita-se em grande parte na doutrina jurista que as convenções e tratados não possuem apenas o status supralegal, mas de fato status constitucional. Seguindo esta mesma lógica, Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho e Antônio Scarance Fernandes esclarecem que:

Todas as garantias processuais penais da Convenção Americana integram, hoje, o sistema constitucional brasileiro, tendo o mesmo nível hierárquico das normas inscritas na Lei Maior. Isso quer dizer que as garantias constitucionais e as da Convenção Americana se integram e se complementam; e, na hipótese de ser uma mais ampla que a outra, prevalecerá a que melhor assegure os direitos fundamentais.⁴

Este fato assegura que o acusado não pode ser tratado como culpado antes de sentença penal condenatória (D' URSO, 2011), pois o fato de haver condenação no duplo grau de jurisdição ainda não se exauriu todas as vias de recurso aos Tribunais Superiores, ou seja, sem o trânsito em julgado da sentença penal condenatória seria ilegal que o agente iniciasse o cumprimento de pena, pois se acredita que se ainda cabem recursos da decisão condenatória é porque ainda existem chances de o acusado ser absolvido em grau recursal, ainda que essa absolvição se desse nas Côrtes Superiores.

Corroborando com as ideias do autor acima, José Afonso da Silva, notável constitucionalista e professor de Direito da Universidade de São Paulo, sugere que “a norma constitucional do artigo 5º, inciso LVII, garante a presunção de inocência por meio de um enunciado negativo universal: ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória”, destacando que “o trânsito em julgado se dá quando a decisão não comporta mais recurso ordinário, especial ou extraordinário”.⁵

Sabe-se que, na doutrina atual, a presunção de inocência é um estado de inocência da pessoa que responde a um processo criminal, ou seja, ela será presumida inocente até que haja

⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio; FERNANDES, Antônio Scarance. As nulidades no processo penal, 9ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 71

⁵ SILVA, José Afonso da. Comentário Contextual à Constituição. Ed. Malheiros, 2014, p. 158.

sentença penal condenatória transitada em julgado, segundo a Constituição, onde, só assim, poderá se comprovar sua culpabilidade, pois tal presunção é uma garantia processual penal, sendo este um princípio basilar do Estado de Direito, pois visa à tutela da liberdade pessoal do indivíduo (MORAES, 2007).

Neste aspecto, pode-se levar em consideração que a presunção de inocência sob a óptica da Magna Carta, que amplifica a proteção dos direitos e garantias fundamentais de forma ampla, “compreende um significado de ‘norma de tratamento’, relacionado mais diretamente com a figura do imputado, e outros dois significados como ‘norma de juízo’ e como ‘norma probatória’, estes últimos mais ligados a matéria probatória”, (MORAES, 2008).

De maneira mais extrema, em razão do princípio da presunção de inocência não se admite nenhum tipo de prisão do agente, exceto nos casos em “que a liberdade do acusado possa comprometer o regular desenvolvimento e a eficácia da atividade processual” (GOMES FILHO, 2003). A essa ideia, corrobora Romeu pires de Campos Barros, que leciona sobre a aplicação das prisões cautelares e a violação desse princípio:

A identidade estrutural entre algumas das medidas cautelares e a pena, em especial a prisão preventiva, a imposição provisória das penas acessórias e medidas de segurança, embora com distinção funcional, levam a uma concepção de que permitindo-se essas restrições a direitos fundamentais do acusado, no curso do processo, afastam princípio da presunção de inocência, admitido como orientação sistemática na Convenção Internacional dos Direitos Humanos.⁶

Existem ainda no âmbito jurídico diversas controvérsias quanto a aplicação desse princípio, tanto na doutrina como na jurisprudência, se o mesmo deve ser aplicado de forma restrita ou em conjunto com os demais princípios, se esse princípio possui condão de regra jurídica ou apenas um princípio que deve ser ponderado antes de sua aplicação.

Como pudemos verificar ao longo dessa breve análise, a questão da aplicabilidade desse princípio ainda é controversa e estimula grandes debates jurídicos. Porém há um instituto que é utilizado para desmistificar a aplicação desse princípio de forma absoluta, tema também muito controverso que gera uma série de discussões quanto a sua aplicabilidade, que é o instituto da execução provisória da pena, mesmo quando a mesma diz respeito à privação de liberdade, como veremos mais aprofundadamente na seção adiante.

3 A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

Como já abordado no tópico anterior da presente pesquisa, o princípio da presunção de inocência, com a inteligência do Art. 5º, inciso LVII, conceitua que ninguém pode ser considerado culpado até que haja o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, entretanto para a aplicação da execução provisória da pena há um segundo entendimento no Direito Processual Penal brasileiro, amparado pela ampla jurisprudência das Cortes

⁶ BARROS, Romeu Pires de Campos. Processo Penal Cautelar, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1982. p. 501.

Superiores do país, que entendem que esse princípio não pode ser aplicado ao caso concreto de forma absoluta, na letra fria da lei, pois nenhuma norma jurídica pode ser aplicada de forma isolada, mas deve ser interpretada em conjunto com as demais normas (BOBBIO, 2014), neste caso constitucionais e processuais penais, levando em consideração o dever punitivo do Estado, ainda que não haja o trânsito em julgado de uma decisão condenatória, visto que a fase recursal nas Cortes Superiores acaba se tornando deveras extensa, podendo levar a preclusão daquela decisão de segunda instância, e justamente por este motivo que tais recursos (Recurso Especial e Extraordinário) não possuem efeito suspensivo, ou seja, não suspendem os efeitos da decisão do juízo ad quem, bastando que hajam provas robustas da materialidade e autoria do fato e da culpabilidade do agente quanto ao crime praticado, sendo as mesmas exauridas no duplo grau de jurisdição, não podendo ser novamente analisadas em terceira instância.

Sobre esse tema, do princípio do duplo grau de jurisdição, leciona Pedro Lenza:

Não significa, entretanto, que todas as pessoas condenadas necessariamente devem ter suas causas reapreciadas. O duplo grau de jurisdição é direito das partes, que, todavia, devem manifestar interesse na reanálise do feito por meio da interposição do recurso. Além disso, uma vez interposto só será conhecido e julgado se presentes os requisitos exigidos para o seu cabimento na legislação processual: tempestividade, legitimidade, interesse etc.

De forma objetiva e à luz da Constituição o Estado tem o dever de proteger a população, manter a ordem pública, tanto por meio das prisões cautelares em fase de inquérito policial ou curso do processo penal, tanto para execução provisória da pena quando se há comprovada materialidade e autoria do fato por meio das provas trazidas aos autos, conforme lecionam Gabriel Pantaroto Lima e Eduardo Buzetti Eustachio Bezerra que a regra do princípio da presunção de inocência “não pode ser interpretada ao pé da letra, literalmente, do contrário os inquéritos e os processos não seriam toleráveis, posto não ser possível inquérito ou processo em relação a uma pessoa inocente.”⁷

No mesmo sentido, leciona Suxberger que a presunção de inocência diz respeito à comprovação da culpabilidade do agente, o que ocorre quando há o duplo grau de jurisdição, mas que esse princípio não deixa de ser uma “garantia indispensável ao próprio Estado democrático de Direito” não esbarrando “na necessidade do trânsito em julgado da decisão condenatória”⁸.

O Superior Tribunal de Justiça publicou as Súmulas 9 e 267 a respeito do cumprimento provisório das penas privativas de liberdade, levando em consideração que os recursos Especial e Extraordinário não possuem efeito suspensivo⁹, sendo plenamente legal, nas formas dos enunciados, que a pena em segundo grau, ou seja, no duplo grau de jurisdição,

⁷ LIMA, Gabriel Pantaroto; BEZERRO, Eduardo Buzetti Eustachio. A execução provisória da pena privativa de liberdade e sua compatibilização com o princípio da presunção da inocência. *Colloquium Socialis*, Presidente Prudente, v. 01, n. Especial, p. 453-458, jan/abr 2017. p. 454.

⁸ SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; AMARAL, Marianne Gomes de. A execução provisória da pena e sua compatibilidade com a presunção de inocência como decorrência do sistema acusatório. *Revista de Direito Brasileira*, São Paulo, vol. 16, n. 7, p. 186-210, jan./abr. 2017. p. 193

⁹ Art. 637 do CPP; Art. 27, §2º, da Lei 8.038/90; e Art. 542, §2º, do CPC.

comecem a ser cumpridas de forma provisória pelo agente, ainda que pendente recursos em tribunal superior, conforme abaixo se descreve:

Súmula 9: A exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência. (DJ de 12/09/1990)

Súmula 267: A interposição de recurso, sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória não obsta a expedição de mandado de prisão. (DJ de 29/05/2002)

Nesta esteira também é esse o entendimento do Supremo Tribunal Federal, basta analisarmos as Súmulas abaixo:

Súmula 716: Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória (DJ de 09/10/2003).

Súmula 717: Não impede a progressão de regime de execução da pena, fixada em sentença não transitada em julgado, o fato de o réu se encontrar em prisão especial (DJ de 9/10/2003).

Em sentido congênere, já se pronunciou em seu voto de relatoria, o Ministro Relator Teori Zavasck, no julgamento do Habeas Corpus 126.292/SP no STF, ao defender que quando um recurso atinge a Corte Suprema é porque já se exauriram as provas para que se desse a condenação (ou absolvição) do réu, não podendo ser este tema rediscutido em Recurso Especial ou Extraordinário, ou seja, atinge-se o duplo grau de jurisdição, conforme transcrito abaixo:

Para o sentenciante de primeiro grau, fica superada a presunção de inocência por um juízo de culpa – pressuposto inafastável para condenação –, embora não definitivo, já que sujeito, se houver recurso, à revisão por Tribunal de hierarquia imediatamente superior. É nesse juízo de apelação que, de ordinário, fica definitivamente exaurido o exame sobre os fatos e provas da causa, com a fixação, se for o caso, da responsabilidade penal do acusado(...) (Min. Rel. Teori Zavasck - HC 126.292 – 17/02/2016)

De outra banda, com o objetivo de contestar as diversas críticas tanto à morosidade quanto a impunidade do sistema judiciário¹⁰ é que o Conselho Nacional da Justiça solidificou a aplicação desse instituto por meio da Resolução nº 19 de 29 de agosto de 2006, que em seu Art. 1º determina:

Art. 1º A guia de recolhimento provisório será expedida quando da prolação da sentença ou acórdão condenatórios, ainda sujeitos a recurso sem efeito suspensivo, devendo ser prontamente remetida ao Juízo da Execução Criminal.

Busca-se, por tanto, com a aplicação do instituto da execução provisória da pena, especialmente da pena privativa de liberdade, se alcançar uma efetividade do jus puniendi, com a diminuição vertiginosa das oportunidades de extinção da punibilidade pela prescrição por conta da morosidade com que se julgam os recursos nos tribunais superiores, sendo a pena executada logo após o julgamento do recurso em segundo grau, onde se interrompe a contagem do prazo prescricional e, conseqüentemente, evita-se algumas prescrições

¹⁰ MARCHI JÚNIOR, Antônio de Padova; PINTO, Felipe Martins (Coords.). Execução Penal: Constatações, Críticas, Alternativas e Utopias. Curitiba: Juruá, 2008, p. 114.

satisfazendo os constantes anseios sociais por uma presteza maior na efetiva punição do agente por parte do Estado.(PINTO, 2008)

Seguindo a mesma lógica, a execução provisória da pena é baseada também na preservação da ordem e segurança pública tanto quanto as prisões cautelares, tendo em vista o dever protecionista do Estado. Quanto a isso, temos o exemplo trazido por Capez, quando o Estado exerce o seu poder de polícia:

De um lado, o operador do direito depara-se com o comando constitucional que determina ser a segurança pública dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, sendo exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio por meio dos órgãos policiais (CF, art. 144); de outro lado, do Texto Constitucional emanam princípios de enorme magnitude para a estrutura democrática, tais como o da dignidade humana e presunção de inocência, os quais não podem ser sobrepujados quando o Estado exerce a atividade policial.¹¹

Dentro deste mesmo exemplo, lecionam Rodrigues e Souza:

(...) ao contrário do que pensa boa parte da doutrina a liberdade do réu não pode preponderar quando em conflito com todo e qualquer outro valor constitucional. Não. Na verdade, havendo possibilidade do réu colocar em risco bens jurídicos constitucionais relevantes, tais como a segurança pública e a dignidade da pessoa humana (também na acepção da vítima do delito), é de rigor manter-se a custódia cautelar, valendo-se o julgador da ponderação de valores constitucionais (...)¹²

O receio que existe ao executar provisoriamente uma pena que ainda não transitou em julgado é, que em grau recursal, o agente seja absolvido. Porém nesse ponto, Maurício Kuehne esclarece que:

Quanto à possibilidade de absolvição, em grau de apelação, durante a execução provisória da sentença, é preciso lembrar que não existe diferença essencial entre aquele que está preso cautelarmente e é absolvido, e o que se submete a uma execução provisória e obtém a reforma da sentença em segunda instância.¹³

Diante desta breve análise da execução provisória da pena restritiva de liberdade, verificamos que, apesar de o princípio da presunção da inocência ser uma norma constitucional e supra constitucional, quando nos referimos à Declaração Universal dos Direitos Humanos no tópico anterior, ela não pode ser aplicada de forma isolada, sem levar em consideração os demais princípios e institutos do Processo e Execução Penal. Este instituto, por ser extremamente controverso, será abordado de maneira mais aprofundada na Monografia, quando estudaremos também a sua evolução histórica desde o surgimento até a aplicabilidade nos dias de hoje em nosso ordenamento jurídico.

¹¹ CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 257.

¹² RODRIGUES, Daniel Gustavo de Oliveira Colnago. SOUZA, Gelson Amaro de. Presunção Processual e Presunção de Inocência: Um Estudo à Luz da Ponderação de Valores Constitucionais, Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal, IOB, São Paulo, v. 9, nº 51, ago/set 2008, p.71

¹³ KUEHNE, Maurício. Revisão do decênio da reforma penal (1985-1995) – considerações sobre a “execução provisória da sentença penal”. Revista dos Tribunais, v. 725/1996, p. 424, mar. 1996

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da pesquisa ora apresentada, podemos concluir que a jurisprudência e a doutrina de forma ampla acolhem diariamente a execução provisória da pena, não somente em casos especiais, incluindo o princípio da presunção da inocência apenas de maneira parcial dentro de um leque de princípios e institutos do Direito Brasileiro.

REFERÊNCIAS

- CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 257;
- BARROS, Romeu Pires de Campos. *Processo Penal Cautelar*, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1982. p. 501;
- GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio; FERNANDES, Antônio Scarance. *As nulidades no processo penal*, 9ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 71;
- KUEHNE, Maurício. Revisão do decênio da reforma penal (1985-1995) – considerações sobre a “execução provisória da sentença penal”. *Revista dos Tribunais*, v. 725/1996, p. 424, mar. 1996;
- LIMA, Gabriel Pantaroto; BEZERRO, Eduardo BuzettiEustachio. *A execução provisória da pena privativa de liberdade e sua compatibilização com o princípio da presunção da inocência*. *ColloquiumSocialis, Presidente Prudente*, v. 01, n. Especial, p. 453-458, jan/abr 2017. p. 454.
- MARCHI JÚNIOR, Antônio de Padova; PINTO, Felipe Martins (Coords.). *Execução Penal: Constatações, Críticas, Alternativas e Utopias*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 114.
- RODRIGUES, Daniel Gustavo de Oliveira Colnago. SOUZA, Gelson Amaro de. *Prisão Processual e Presunção de Inocência: Um Estudo à Luz da Ponderação de Valores Constitucionais*, *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal, IOB*, São Paulo, v. 9, nº 51, ago/set 2008, p.71
- SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. Ed. Malheiros, 2014, p. 158.
- SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; AMARAL, Marianne Gomes de. *A execução provisória da pena e sua compatibilidade com a presunção de inocência como decorrência do sistema acusatório*. *Revista de Direito Brasileira, São Paulo*, vol. 16, n. 7, p. 186-210, jan./abr. 2017.p. 193