

## **Geraldo Prado**

Doutor em Direito. Concluiu estudos de pós-doutoramento em História das Ideias e Cultura Jurídicas pela Universidade de Coimbra. Professor de Direito Processual Penal da UFRJ. Investigador do Instituto de Direito Penal e Ciências Criminais da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e Professor visitante da Universidade Autónoma de Lisboa

### **OPINIÃO JURÍDICA\***

“O que hoje não se faz, nos faz falta amanhã.”

(“Fausto” - Goethe)

## **I. CONSULTA**

1. Consultam-me os cultos advogados VALESKA TEIXEIRA Z. MARTINS e CRISTIANO ZANIN MARTINS sobre questão atinente à possibilidade de deferimento de medida liminar em *habeas corpus* preventivo impetrado no Supremo Tribunal Federal em favor de Luiz Inácio Lula da Silva.

---

\* Parecer *pro bono*, em face da relevância do tema e de sua repercussão no direito brasileiro.

2. Esclarecem os Consulentes que Luiz Inácio Lula da Silva foi condenado no juízo da 13<sup>a</sup> Vara Federal de Curitiba à pena de nove anos e seis meses de reclusão, pela prática dos crimes de corrupção passiva e lavagem de dinheiro.
3. Acrescentam que a condenação foi mantida em grau de apelação e a sanção penal foi aumentada, fixando-se em doze anos e um mês de reclusão.
4. O processo está em fase de apreciação dos Embargos de Declaração opostos pela Defesa,<sup>1</sup> sendo certo que tanto a apelação como os mencionados embargos suscitam temas relacionados à emissão, pelo tribunal regional federal, de decisão contrária à lei federal e a dispositivos da Constituição da República.<sup>2</sup>
5. Apesar disso, o acórdão condenatório contemplou a determinação de imediata execução da pena, independentemente da interposição de Recurso Especial e Recurso Extraordinário, invocando o verbete nº 122 das Súmulas do Tribunal Regional Federal da 4<sup>a</sup> Região e as decisões proferidas no âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento do *habeas corpus* nº 126.292/SP e das medidas cautelares requeridas nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº. 43 e 44.
6. Sem embargo da posição de fundo quanto ao âmbito normativo da presunção de inocência, sustentada pelos Consulentes nas suas impugnações, com respaldo em decisões monocráticas de Ministros do próprio STF, fato é que por também considerarem não fundamentada a decisão de imediata execução da pena, respaldada que está em «mera invocação de precedentes do Supremo Tribunal Federal despidos de caráter vinculante» e em virtude de estar lastrada em «súmula formulada pela Corte

---

<sup>1</sup> Petição de Embargos de Declaração do acórdão proferido na Apelação Criminal nº 5046512-94.2016.4.04.7000. Tribunal Regional Federal da 4<sup>a</sup> Região. Embargante: Luiz Inácio Lula da Silva. Data: 20 de fevereiro de 2018.

<sup>2</sup> Teses defensivas pertinentes a recurso especial arguidas na apelação e nos embargos de declaração: a) da negativa de vigência do artigo 158 do Código de Processo Penal; b) da incorreta aplicação das regras processuais de competência – artigos 69 e 70 do Código de Processo Penal; c) da incorreta aplicação do artigo 254 do Código de Processo Penal – contrariedade à jurisprudência do STJ; d) da negativa de vigência do artigo 616 do Código de Processo Penal; e) da imotivada majoração da pena-base; f) da necessária demonstração de um ato de ofício concreto para configuração do crime de corrupção passiva; g) da condenação pelo crime de corrupção passiva galgada na Teoria do Domínio do Fato; h) da possível atipicidade quanto ao crime de lavagem – mero exaurimento do delito antecedente.

Regional que, indevidamente, tornou automática a execução provisória da pena», aqueles impetraram *habeas corpus* perante o Superior Tribunal de Justiça (STJ).

7. A medida liminar requerida no *habeas corpus* nº 434.766/PR, impetrado no STJ, foi indeferida, ensejando a impetração de *habeas corpus* preventivo no Supremo Tribunal Federal, autuado sob o nº 152.752/PR.<sup>3</sup>

8. Em 09 de fevereiro de 2018, o culto Ministro Edson Fachin indeferiu o requerimento de medida liminar por entender que «não se trata de decisão manifestamente contrária à jurisprudência do STF ou de flagrante hipótese de constrangimento ilegal».<sup>4</sup>

9. Além disso, o e. Ministro relator decidiu afetar o julgamento da questão de mérito do *habeas corpus* ao Plenário do Supremo Tribunal Federal, haja vista as Ações Declaratórias de Constitucionalidade estarem pendentes de resolução definitiva.<sup>5</sup>

10. Posteriormente, em 06 de março de 2018, foi julgado o processo de *habeas corpus* impetrado no STJ e foi denegada a ordem. Convém sublinhar que o Ministro Felix Fischer sustentou a inexistência «de dano efetivo ou de risco potencial ao direito ambulatorial» de Luiz Inácio Lula da Silva, pois, na linha do que havia deliberado o Ministro Humberto Martins, ao indeferir a liminar, o relator não vislumbrou «seja em uma análise meramente perfunctória ou em um juízo de cognição exauriente, ‘o fundado receio de ilegal constrangimento e a possibilidade de imediata prisão’ do paciente».<sup>6</sup>

11. De forma objetiva os Consulentes pretendem resposta sobre que efeito ou efeitos jurídicos resulta(m) da situação jurídica descrita, haja vista ainda o julgamento

---

<sup>3</sup> Petição de Habeas Corpus preventivo com pleito liminar (Habeas Corpus nº 152.752/PR). Supremo Tribunal Federal. Paciente: Luiz Inácio Lula da Silva. Impetrantes: Cristiano Zanin Martins, José Roberto Batochio, Valeska Teixeira Z. Martins e outros. Data: 02 de fevereiro de 2018.

<sup>4</sup> Medida Cautelar no Habeas Corpus nº 152.752/PR. Decisão Monocrática do Min. Edson Fachin. Relator: Min. Edson Fachin. Paciente: Luiz Inácio Lula da Silva. Impetrante: Cristiano Zanin Martins e outro(a/s). Julgamento em: 09 de fevereiro de 2018.

<sup>5</sup> Habeas Corpus nº 152.752/PR. Decisão Monocrática do Min. Edson Fachin. Relator: Min. Edson Fachin. Paciente: Luiz Inácio Lula da Silva. Impetrante: Cristiano Zanin Martins e outro(a/s). Julgamento em: 09 de fevereiro de 2018.

<sup>6</sup> Habeas Corpus nº 434.766/PR. Voto do Ministro Felix Fischer. Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Felix Fischer. Paciente: Luiz Inácio Lula da Silva. Impetrantes: Cristiano Zanin Martins e outros. Julgamento em: 06 de março de 2018.

do *habeas corpus* pelo Supremo Tribunal Federal estar pendente de inclusão do processo em pauta, e formulam as seguintes indagações:

**Primeiro quesito:** se está fundamentada a decisão proferida pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região no ponto em que determina a execução da pena, independentemente da possibilidade de interposição de recurso especial e de recurso extraordinário?

**Segundo quesito:** e se agora à luz da decisão definitiva do processo de *habeas corpus*, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, estaria configurada a hipótese de progressividade aflitiva a justificar a reapreciação e deferimento do pleito de medida liminar pelo Ministro relator do *writ* impetrado no Supremo Tribunal Federal?

**Terceiro quesito:** se a preferência regimental do *habeas corpus* tem implicação jurídica relativamente à garantia de Luiz Inácio Lula da Silva quanto a aguardar em liberdade a deliberação do Pleno do Supremo Tribunal Federal?

12. A consulta leva em consideração as cópias físicas e digitais de elementos do processo que os Consulentes apresentaram.
13. O estudo será iniciado pela análise da relação entre a segurança jurídica e o princípio de defesa da liberdade.
14. Dada a limitação de tempo, o estudo abordará sumariamente as questões que são objeto de provocação dos Consulentes, o que não significa que se trate de questões menores. Ao revés, a matéria talvez seja hoje a mais importante no campo jurídico, tocando diretamente na noção de Estado de Direito.

A SEGURANÇA JURÍDICA E A DEFESA DA LIBERDADE COMO DOIS VETORES ORIENTADOS  
AO MESMO PROPÓSITO: A PRESERVAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

15. Embora certos conceitos sejam de conhecimento comum aos juristas do campo processual penal, e mais ainda dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, por uma questão de organização racional das ideias convém iniciar o estudo tratando de explicitar a noção de «segurança jurídica» na sua relação com o direito de liberdade.

16. Antes, no entanto, releva destacar que as regras do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal estabelecem prioridade para o julgamento dos processos de *habeas corpus*. Com efeito, dispõem os artigos 145 e 149 do mencionado Regimento Interno:

“Art. 145. Terão prioridade, no julgamento do Plenário, observados os arts. 128 a 130 e 138:

- i – os habeas corpus;
- ii – os pedidos de extradição;
- iii – as causas criminais e, dentre estas, as de réu preso;
- IV – os conflitos de jurisdição;
- V – os recursos oriundos do Tribunal Superior Eleitoral;
- VI – os mandados de segurança;
- VII – as reclamações;
- VIII – as representações;

IX – os pedidos de avocação e as causas avocadas.<sup>7</sup>

Art. 149. Terão prioridade, no julgamento, observados os arts. 128 a 130 e 138.

- i – os habeas corpus;
- ii – as causas criminais, dentre estas as de réu preso;

---

<sup>7</sup> Brasil. Regimento interno do Supremo Tribunal Federal (STF). Brasília: STF, Secretaria de Documentação, 2017. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF\\_integral.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF_integral.pdf). Consultado em 09 de março de 2018).

iii – as reclamações. (Incluído pela Emenda Regimental n. 9, de 8 de outubro de 2001).”<sup>8</sup>

17. Mais do que uma normativa operacional, dirigida à gestão do trabalho no STF, a preferência regimental dos processos de *habeas corpus* concretiza o princípio constitucional da relevância da tutela da liberdade entre tantos importantes bens jurídicos diretamente protegidos pela Constituição da República.

18. O reconhecimento da especial posição que a tutela da liberdade ocupa na Constituição, no contexto da matéria abordada no estudo, guarda relação direta com os efeitos da decisão proferida pelo culto Ministro Edson Fachin de afetar o julgamento da questão de mérito do *habeas corpus* ao Pleno do STF.

19. Em verdade, a decisão de afetar a matéria ao Pleno, em consideração ainda ao fato de que pendem de julgamento as Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43 e 44, é um potente indicativo de que as divergências de entendimento manifestadas por membros da Corte, sobre o âmbito normativo da presunção de inocência, não podem ser ignoradas.

20. Sem dúvida que pelo ângulo estritamente técnico-jurídico não é possível relevar o importante julgamento das medidas liminares nas ADCs 43 e 44.

21. O método técnico-jurídico em voga em meados do século passado na Itália, via pela qual chegou ao Brasil, esbarra, porém, na realidade constitucional pós-transição, que não apenas conferiu *status* normativo aos princípios como reorientou os critérios de interpretação e aplicação das normas jurídicas em nosso ordenamento, conferindo à liberdade a preponderância que as democracias modernas reconhecem, em oposição aos valores coletivistas que inspiraram os autoritarismos do século vinte.

---

<sup>8</sup> Brasil. Regimento interno do Supremo Tribunal Federal (STF). Brasília: STF, Secretaria de Documentação, 2017. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF\\_integral.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF_integral.pdf). Consultado em 09 de março de 2018).

22. Desnecessário enfatizar o ponto por uma razão muito simples: foram os Ministros do Supremo Tribunal Federal que conduziram este processo de mudança, condizente com uma nova «tradição» que se pretende ver enraizada em nosso país.

23. A ótica pela qual a «segurança jurídica» passa a ser encarada igualmente mudou. Não se trata de «mera certeza», da garantia das condições de «previsibilidade» das decisões que estão fundamentadas no Direito. Isso diz com a forma e com os efeitos da «segurança jurídica».

24. À «segurança jurídica», porém, no contexto dessa nova tradição democrática inspirada nas condições político-jurídicas do processo Constituinte de 1987-1988, importa o elemento material. O que, afinal, se «assegura» é no mínimo tão relevante quanto a própria condição de asseguramento.

25. Ao tratar do tema à luz das premissas clássicas, em obra de referência, Humberto Ávila colocou em destaque a perspectiva tradicional da «segurança jurídica». São suas palavras:

“De outro lado, porém, pode-se defender que a segurança jurídica exige a elevada capacidade do cidadão de compreender os sentidos possíveis de um texto normativo, a partir de núcleos de significação a serem reconstruídos por meio de processos argumentativos intersubjetivamente controláveis. É nesse sentido que se fala em determinabilidade e certeza (relativa) do Direito. É igualmente nessa acepção que parte da doutrina qualifica a segurança jurídica como algo a ser progressivamente atingido. O mesmo Kelsen, em estudo posterior, não mais utiliza o termo ‘ilusão’, porém emprega o termo ‘ficção’ para descrever um ideal que pode ser ‘aproximadamente realizável’ (*annäherungsweise realisierbar*). É também nesse sentido que a doutrina, notadamente tributária,

refere-se ao princípio da legalidade ‘estrita’ ou tipicidade material ‘aberta’.<sup>9</sup>

26. Observadas as coisas por este ângulo, o culto jurista salientou que há de fato uma expectativa de conhecimento quanto ao «conteúdo da decisão futura», mas não deixou de asseverar que o aspecto subjetivo da segurança jurídica reclama identificar não somente os seus beneficiários diretos, mas importa em saber «quem ditará o critério seu *aferidor*». Mais uma vez recorrendo às palavras de Ávila, reproduzo o texto:

“O aspecto subjetivo envolve, além de se saber quem irá se beneficiar com a segurança jurídica, também examinar quem lhe deve servir de *critério* aferidor. A segurança jurídica pode, em primeiro lugar, envolver o conhecimento, a confiança e o cálculo do Direito por meio do cidadão comum. Essa compreensão decorre da consideração do destinatário das normas, vocacionadas a servir de instrumento de orientação para aqueles que estão sujeitos às prescrições normativas.”<sup>10</sup>

27. O «quem» do critério projeta-se no problema concreto que o cerne das teses divergentes acolhidas pelos Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Luiz Fux e Edson Fachin, por exemplo, ilumina com muito vigor. À falta de uma decisão definitiva sobre o âmbito normativo da presunção de inocência, a teoria do órgão cede às decisões individuais em sentidos opostos, a conferir à tutela da liberdade de locomoção pleiteada perante o STF o caráter de solução lotérica, a depender da sorte do requerente na distribuição do seu caso.

28. Evidente que a decisão do Ministro Edson Fachin de afetar a matéria ao Pleno pretende resolver o problema da «definição do âmbito normativo da presunção de

---

<sup>9</sup> ÁVILA, Humberto. Teoria da segurança jurídica. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 137.

<sup>10</sup> ÁVILA, Humberto. Teoria da segurança jurídica. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 170.



inocência». Caberá ao Pleno acolher uma ou outra das teses que disputam a interpretação adequada do inciso LVII do artigo 5º da Constituição da República.

29. A intenção esbarra, todavia, em uma situação que confronta, claramente, com o princípio norteador dos citados dispositivos do Regimento Interno do STF.

30. Como foi sublinhado, a preferência regimental do *habeas corpus* não tem função operacional, de otimização dos trabalhos na Corte. O papel dessa prioridade está em concretizar a «preferência constitucional» da defesa da liberdade de locomoção.

31. Ao tratar da «segurança jurídica» pelo prisma material mais uma vez é Humberto Ávila quem discorre acerca da preponderância da proteção da liberdade. Com desculpas pelo recurso à citação, transcrevo a seguinte passagem da obra de Ávila:

“A CF/88 é insistente na proteção da liberdade não só no seu conjunto, como já analisado, como nas suas partes. Já no “Preâmbulo” ela institui um Estado Democrático de Direito, destinado a garantir a liberdade. E no capítulo dos direitos e das garantias individuais inicia garantindo aos cidadãos a inviolabilidade do direito à liberdade para, em seguida, instituir uma série de direitos mais específicos (liberdade de manifestação do pensamento, de consciência e de crença, da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, de associação para fins lícitos) e de garantias destinadas à efetivação da liberdade (recebimento de informação dos órgãos públicos, impetração de mandado de segurança ou de *habeas corpus*).”<sup>11</sup>

32. O elemento material da «segurança jurídica» resulta ser o critério fundamental de orientação em situações como a reconhecida pelo e. Ministro Edson

---

<sup>11</sup> ÁVILA, Humberto. Teoria da segurança jurídica. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 233.

Fachin, de que mesmo após a decisão liminar das ADCs, não se estabeleceu orientação segura a respeito da possibilidade de execução provisória da pena privativa de liberdade.

33. No ponto mais uma vez convém recorrer aos ensinamentos de Humberto Ávila:

“O exame do conteúdo dos princípios de liberdade permite comprovar que os ideais de confiabilidade e de calculabilidade funcionam como pressupostos para a sua eficácia. Sem um ordenamento jurídico cognoscível, confiável e calculável não se pode minimamente exercer com autonomia os direitos patrimoniais de liberdade, nem exercer a liberdade de autodeterminação.”<sup>12</sup>

34. Para fugir ao caráter lotérico que adquirem as decisões em um ambiente de incerteza jurídica sobre se é possível ou não executar provisoriamente a pena privativa de liberdade, situação randômica não substancialmente alterada pelas resoluções sobre as medidas liminares das ADCs, convém recorrer aos «ideais de confiabilidade e calculabilidade» que estão baseados no princípio da liberdade. Aqui as consequências do erro são muito menores.

35. Assim é que não há impedimento a que se decrete uma prisão cautelar e que seus efeitos se estendam ao julgamento dos recursos especial e extraordinário, enquanto presentes as causas de suspeição de que o mau uso da liberdade pelo condenado coloca em risco a aplicação da lei penal.

36. Uma solução que, à luz da prioridade constitucional que adquire a tutela da liberdade, mantenha as prisões de índole estritamente processual, fundadas no risco de fuga, e preserve a liberdade dos condenados cuja prisão decorre do estrito convencimento de que os efeitos da condenação devem ser produzidos desde logo,

---

<sup>12</sup> ÁVILA, Humberto. Teoria da segurança jurídica. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 234.

distribui de forma equilibrada os riscos de erro judiciário oriundo das instâncias inferiores.

37. A distribuição dos riscos neste âmbito contempla o respeito ao princípio da liberdade encarnado ainda na preferência de julgamento do *habeas corpus* por Turma ou pelo Pleno do STF, justificando que o ônus de aguardar a decisão do Pleno ou das ADCs 43 e 44 não seja suportado pelo titular do direito à liberdade.

38. De observar que o fundamento exclusivo da prisão ordenada no caso concreto, na cláusula final do acórdão condenatório, sem que tenha havido requerimento do Ministério Público Federal, consistiu na aplicação do verbete nº 122 das Súmulas do Tribunal Regional Federal da 4ª Região.<sup>13</sup>

39. Esta também foi a base da decisão de denegação do *habeas corpus* no STJ.

40. Não obstante o fato de que o voto condutor da decisão sobre medidas liminares nas ADCs nº 43 e 44 sustenta a evidencia de que a execução provisória e o imediato encarceramento são uma «possibilidade jurídica» e não uma inevitabilidade, o presente estudo defende a tese de enquanto não julgado pelo Pleno do STF o *habeas corpus* impetrado, o fundamento constitucional da «segurança jurídica» impõe que seja reapreciada a medida liminar e deferido ao paciente que aguarde em liberdade o julgamento do *habeas corpus* e das citadas ADCs.<sup>14</sup>

41. Voltando às indagações formuladas pelos Consulentes, concluo o presente estudo e respondo:

---

<sup>13</sup> **Súmula 122 do TRF-4:** Encerrada a jurisdição criminal de segundo grau, deve ter início a execução da pena imposta ao réu, independentemente da eventual interposição de recurso especial ou extraordinário.

<sup>14</sup> “Essa a razão pela qual, após esgotadas as instâncias ordinárias, a condenação criminal **poderá provisoriamente surtir o imediato efeito do encarceramento**, uma vez que o acesso às instâncias extraordinárias se dá por meio de recursos que são ordinariamente dotados de efeito meramente devolutivo. A regra do art. 283 do CPP, com sua atual redação, com a devida vênia de quem entende de outra forma, não conduz a resultado diverso.” Voto do Ministro Edson Fachin nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade. Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal. Relator: Ministro Marco Aurélio. Requerente ADC 43: Partido Ecológico Nacional - PEN. Requerente ADC 44: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB. Julgamento em 05 de outubro de 2016.

**Primeiro quesito:** se está fundamentada a decisão proferida pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região no ponto em que determina a execução da pena, independentemente da possibilidade de interposição de recurso especial e de recurso extraordinário?

**Respondido no curso do parecer.** O fundamento exclusivo consiste em que deverá ser executada imediatamente a pena imposta em apelação na hipótese em que caiba impugnação da condenação exclusivamente pela via dos recursos especial e extraordinário. Não foi imposta prisão processual a Luiz Inácio Lula da Silva.

**Segundo quesito:** e se agora à luz da decisão definitiva do processo de *habeas corpus*, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, estaria configurada a hipótese de progressividade aflitiva a justificar a reapreciação e deferimento do pleito de medida liminar pelo Ministro relator do *writ* impetrado no Supremo Tribunal Federal?

**Respondido no curso do parecer.** Sem dúvida que ao acolher a tese sobre o tema da prisão, definida no julgamento da apelação, o STJ manteve a situação de ameaça concreta e imediata à liberdade de locomoção do interessado.

**Terceiro quesito:** se a preferência regimental do *habeas corpus* tem implicação jurídica relativamente à garantia de Luiz Inácio Lula da Silva quanto a aguardar em liberdade a deliberação do Pleno do Supremo Tribunal Federal?

**Respondido no curso do parecer.** A preferência regimental do *habeas corpus* é a concretização da prioridade que a Constituição da República confere à defesa da liberdade.

No caso, afetada ao Pleno a decisão do *habeas corpus* em virtude das conhecidas divergências de entendimento sobre a matéria no âmbito do STF, o princípio da segurança jurídica leva a que seja garantido a Luiz Inácio Lula da Silva aguardar em liberdade a solução da causa e o julgamento das ADCs 43 e 44.

Este é o parecer, ressalvado melhor entendimento.

Rio de Janeiro, 12 de março de 2018.

Geraldo Prado