

ANÁLISE ACERCA DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA

ANALYSIS ABOUT THE PROVISIONAL ENFORCEMENT OF THE PENALTY

Gustavo Milani da Silva¹

RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso, possui por escopo, analisar a utilização, pelo Supremo Tribunal Federal – STF, do fenômeno da “mutação constitucional”, como ferramenta para fundamentar diferentes interpretações acerca de nossa Carta Magna, mais especificamente, referente ao princípio da Presunção de Inocência, insculpido no artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal de 1988. Neste diapasão, objetiva-se examinar julgados que adentrem com maior profundidade o assunto, servindo para nortear o tema. Observa-se que tais julgados ora entendem pela constitucionalidade da execução provisória da pena, ora entendem pela inconstitucionalidade da execução da pena antes do trânsito em julgado da condenação. Desse modo, em que pese nossa Carta Magna ser rígida, de tal modo que só poderá ter seu texto alterado após deflagração de procedimento formal, nota-se que o Judiciário emprega novas interpretações ao texto constitucional, ocasionando insegurança jurídica aos operadores do direito.

Palavras-chave: Mutação Constitucional. supremo tribunal federal. prisão. segunda instância.

ABSTRACT

The purpose of this course conclusion paper is to analyze the use, by the Federal Supreme Court - STF, of the phenomenon of “constitutional mutation”, as a tool to support different interpretations about our Constitution, more specifically, regarding the principle of Presumption of Innocence, included in article 5, item LVII of the Federal Constitution of 1988. In this tuning fork, the objective is to examine judgments that go deeper into the subject, serving to guide the theme. It is observed that these judgments sometimes understand the constitutionality of the provisional execution of the sentence, now they understand the unconstitutionality of the execution of the sentence before the sentence becomes final. Thus, despite our Magna Carta being rigid, in such a way that its text can only be changed after the start of a formal procedure, it is noted that the Judiciary employs new interpretations of the constitutional text, causing legal insecurity to the operators of the law.

Keywords: Constitutional Change. federal fupreme court. prison. second instance.

¹ Bacharelado em Direito - Faculdades Doctum de Juiz de Fora - MG

1 INTRODUÇÃO

A execução da pena antes de sentença penal condenatória transitada em julgado figura há tempos como objeto de profundo debate pela doutrina e Tribunais Superiores. A grande controvérsia se pauta na constitucionalidade ou inconstitucionalidade da execução da pena após condenação em segunda instância.

Da leitura do art. 5º, inciso LVII da Constituição Federal de 1988, que estabelece que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.”, infere-se a consagração do princípio da presunção de inocência no direito pátrio. Tal princípio, possui, em sua essência, objetivo precípua de viabilizar àquele sobre o qual recai acusação da prática de delito, a garantia de um procedimento equânime, justo, de modo que o acusado terá viabilidade de exercer o pleno exercício de defesa.

Foi percebido, ao passar dos anos, certo grau de instabilidade nas decisões judiciais envolvendo a interpretação do art. 5º inciso LVII da CF/88, ocorrendo diferentes posicionamentos acerca da execução provisória da pena, acarretando em perigosa insegurança jurídica relacionada à privação do direito de ir e vir de um indivíduo.

Para pacificar de vez a questão, em dezembro de 2019, foi sancionada a Lei Federal nº 13.964/2019, que por sua vez não deixou dúvidas acerca da impossibilidade de execução provisória da pena, conforme se infere da nova redação do art. 283 do Código de Processo Penal (CPP). Vejamos:

Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado (Decreto-Lei Nº 3.689, De 3 De Outubro De 1941).

Todavia, o art. 283 do CPP, em sua antiga redação dada pela Lei nº 12.403/11, não possuía texto aperfeiçoado, dando margem a debates acerca de sua constitucionalidade, além da série de discussões travadas no tocante à possibilidade do início da execução da pena após decisão de segunda instância.

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, objetiva examinar a Execução da Pena após decisão em Segunda Instância sob o prisma das decisões autorizativas e denegatórias ao início da execução provisória da pena, analisando a jurisprudência do STF e os fundamentos utilizados nas decisões.

2 O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO DIREITO BRASILEIRO

No presente trabalho será investigado o fenômeno da mutação constitucional que fundamentou as diferentes interpretações acerca do art. 5º, inciso LVII de nossa Carta Magna, estando consagrado, no referido dispositivo, o princípio da presunção de inocência no direito brasileiro.

Ocupando status de direito fundamental em nossa Constituição, tal princípio possui a seguinte previsão normativa: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória” (BRASIL, 1988, Art. 5º).” Verifica-se que o objetivo de tal mandamento é proporcionar, a um acusado de prática de fato delituoso, uma instrução processual penal com a seguridade do exercício de defesa plena, livre de quaisquer arbitrariedades por parte do Estado e estando desobrigado de produzir provas contra si, de tal modo que a prova de materialidade e autoria deverá ser efetivada pelo Ministério Público, e somente assim, é que poderá ser desconstituída a presunção de inocência de que goza o réu. Para Paulino (2018, p.14) tal princípio, “deve sempre ser compatibilizado com o dever de proteção e de segurança inerente à sociedade”.

Nessa linha de raciocínio, é possível notar que o legislador constituinte, vislumbrou a necessidade de positivar norma interligando o devido processo legal com a presunção de inocência, de tal sorte que um indivíduo será considerado inocente, até que se prove o contrário, ficando portanto, criada limitações ao poder punitivo do Estado. Trata-se portanto, de verdadeira proporcionalidade entre o Direito de Punir que o Estado detém e o direito à liberdade de que goza todo ser humano.

Entretanto, até o advento da Lei nº 13.964/19, que dentre outros dispositivos, alterou o art. 283 do CPP, pairava em âmbito jurídico, controvérsia acerca da possibilidade da execução provisória da pena, sendo vistas interpretações acerca do art. 5º, inciso LVII da CF/88, ora entendendo pela possibilidade da execução provisória da pena, ora entendendo pela impossibilidade. Tal divergência de entendimentos, pode ser verificada ainda, em meio a doutrinadores do direito.

Para CUNHA (2018), a presunção de inocência cravada na Constituição Federal, não expressa absoluta inocência ao réu, gozando este, por efeito, de presunção de inocência, até decisão condenatória definitiva. Para o autor, após análise do recurso de apelação pelo conjunto de magistrados do Tribunal de Segunda Instância, o réu já exerceu seu direito à defesa plena, estando respeitado o devido processo legal, haja vista que restou esgotada a possibilidade de ser rediscutido o conjunto fático e probatório em eventual admissibilidade de recursos extraordinários.

Desse modo, o autor desvincula o conceito de trânsito em julgado ao exaurimento de possibilidade de apresentação de todos os possíveis recursos, mas relaciona o conceito ao

esgotamento da análise fático-probatória, haja vista que entendimento contrário impossibilitaria chegar ao fim do processo penal, uma vez que o art. 621 e seguintes do CPP preveem a revisão criminal.

Há posicionamentos diferentes. LIMA (2019) entende que a execução da pena após decisão de segunda instância afronta o princípio da presunção de inocência, haja vista que a decisão se torna imutável, podendo se falar em coisa julgada, somente após o trânsito em julgado. Desse modo, para o autor, a possibilidade de ser intentado recursos extraordinários, mesmo que não possuam efeito suspensivo, é suficiente para tornar a execução provisória da pena ato ilegal.

Desse modo, é forçoso questionamento acerca de qual seria a interpretação mais adequada ao art. 5º, inciso LVII da CRFB/88. Indaga-se se houve adequada utilização do fenômeno da mutação constitucional para fundamentar diferentes decisões pelo STF acerca da interpretação do citado dispositivo constitucional ou em algum momento as decisões configuraram inconstitucionalidade. Questiona-se se a interpretação do art. 5º, inciso LVII deve ser literal ou deve ser analisado todo o conjunto normativo que o dispositivo está inserida, uma vez que “as normas advêm não apenas da literalidade do enunciado, por mais claro que ele seja; deve-se considerar a conjuntura fática, normativa e jurídica” (PAULINO, 2018. P.21).

Em atenção às nuances do tema, há doutrinadores que entendem que estando um indivíduo condenado por juízo singular e sendo a sentença confirmada por um conjunto de magistrados (segunda instância), não há que se falar em presunção de inocência, mas sim que o indivíduo não é mais culpado definitivamente, uma vez que passível de recurso ainda. Assim, faz-se necessário travar reflexão acerca de possível diferença entre presunção de inocência e não culpabilidade, uma vez que o texto do art. 5º, inciso LVII traz a expressão “ninguém será considerado culpado”.

No ano de 2009, a então Ministra do Supremo Tribunal Federal - STF Ellen Gracie (2009) em sede de *habeas corpus* 84.078-7/MG, exarou que “a presunção de inocência é substituída, a partir da sentença confirmada, por um juízo de culpabilidade, embora não definitivo, já que sujeito à revisão”. Para LENZA (2019, p. 1922), o indivíduo condenado, cuja decisão está fundamentada “(...) em fatos e provas insuscetíveis de reexame pela instância extraordinária, é inteiramente justificável a relativização e até mesmo a própria inversão do princípio da presunção de inocência.”

Em sede de *habeas corpus* nº 126.292, o Ministro Luis Roberto Barroso (2016) registrou que a “presunção de inocência é princípio (e não regra) e, como tal, pode ser aplicada com maior ou menor intensidade, quando ponderada com outros princípios ou bens jurídicos constitucionais colidentes”.

Seguindo tais entendimentos, pode-se verificar a possibilidade de restrição ao direito fundamental da liberdade, em situações excepcionais, nos casos que envolvam outro direito

fundamental, como o direito à segurança, o qual a sociedade detém.

Assim, verifica-se argumentação no sentido de que a Constituição deve ser analisada de forma sistemática, de modo que se observe o conjunto normativo existente em nossa lei maior, haja vista que as normas ali positivadas, estão hierarquicamente no mesmo nível, não devendo ocorrer análises isoladas dos dispositivos.

2.1 DISTINÇÃO ENTRE PRISÃO CAUTELAR E PRISÃO PENA

Para melhor reflexão acerca do tema proposto no presente trabalho de conclusão de curso, faz-se necessário tecer comentários acerca da distinção existente entre a prisão cautelar e a prisão pena.

Trata-se de constringências estranhas umas à outra, não devendo ser confundidas. A prisão cautelar, em qualquer que seja a modalidade legalmente instituída no em nosso País (prisão em flagrante, prisão preventiva, prisão temporária, prisão decorrente de decisão de pronúncia e prisão resultante de condenação penal não definitiva), não possui propósito punitivo àquele a qual recai, ou seja, não se presta a antecipar punição a nenhum indivíduo. O objetivo da prisão cautelar é garantir o direito fundamental à segurança o qual a sociedade é detentora, garantia de manutenção de ordem econômica, podendo ser utilizada ainda com o fito de seguridade para eficaz aplicação da lei penal. Vejamos o art. 312 do CPP:

Art. 312. 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 (DECRETO-LEI Nº 3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941).

Desse modo, pode-se concluir que a prisão cautelar utilizada com finalidade diversa à processual - objetivando prematurar punição - vai de encontro à vontade do legislador, e por conseguinte, o propósito idealizado e instituído através de atividade legiferante. Pode-se afirmar ainda, que a utilização da constringimento cautelar da liberdade individual de forma arbitrária, resulta em manifesta ofensa aos mandamentos constitucionais, em especial ao princípio da presunção de inocência insculpido em nossa Constituição.

Nas palavras de Aury Lopes Jr.:

Fica evidenciado, assim, que as medidas cautelares não se destinam a 'fazer justiça', mas sim garantir o normal funcionamento da justiça através do respectivo processo (penal) de conhecimento. Logo, são instrumentos a serviço do instrumento processo; por isso, sua característica básica é a instrumentalidade qualificada ou ao quadrado. (LOPES JR, Aury. Direito processual penal e sua conformidade constitucional. Vol. II, 5.ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.121).

Assim, enquanto a prisão pena se presta ao final do processo, para cumprimento na pessoa do acusado, a prisão preventiva é aquela que poderá ser decretada antes de concluído todo o processo penal, na verdade, pode recair a um indivíduo antes mesmo de se iniciar o processo penal, ou seja, em fase de investigação.

2.2 DISTINÇÃO TERMINOLÓGICA ENTRE PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E NÃO CULPABILIDADE

Desde o Século XVIII, a garantia de não ser declarado culpado enquanto não houver efetiva comprovação, já era registrada por Cesare Beccaria, em sua famosa obra *Dos delitos e das penas*, onde em uma de suas passagens trazia que “um homem não pode ser chamado réu antes da sentença do juiz, e a sociedade só lhe pode retirar a proteção pública após ter decidido que ele violou os pactos por meio dos quais ela lhe foi outorgada”.²

Essa garantia também consta em diversos documentos de diferentes nações. Extrai-se da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Dec. 678/92 – art. 8º, § 2º): “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”.

Em nossa Constituição de 1988, houve a expressa consagração do princípio da não culpabilidade, constando do art. 5º, LVII que “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Trata-se portanto, de garantia atribuída à todo indivíduo de não ser considerado culpado no curso do processo penal.

Urgem questionamentos acerca da terminologia adotada por nossa Constituição e por Tratados Internacionais, vez que nestes, comumente se utiliza a nomenclatura “presunção de inocência”, enquanto nosso legislador constituinte adotou a terminologia “ninguém será considerado culpado”.

Em uma análise de decisões judiciais, verifica-se a referência ao princípio da presunção de inocência,³ e também ao princípio da não culpabilidade.⁴ Para alguns autores, a expressão deve ser tratada como sinônimas. Badaró explica que é inútil a tentativa de tratar essas expressões como ideias díspares.⁵

Muito embora exista posicionamento firme no sentido de não haver diferença entre tais

² BECCARIA, Cesare Bonesana, Marchesi de. *Dos delitos e das penas*. Tradução: Lucia Guidicini, Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 69.

³ Vide súmula nº 09 do STJ. E também: STF, 1ª Turma, HC-ED 91.150/SP, Rel. Min. Menezes Direito, DJe 018 01º/02/2008

⁴ A título de exemplo: STF, 1ª Turma, AI-AgR 604.041/RS, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 092 – 31/08/2007; STF, 2ª Turma, HC 84.029/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 06/09/2007 p. 42.

⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 283

terminologias, Renato Brasileiro⁶ salienta que tal distinção implicaria dizer que a presunção de não culpabilidade consagrada na Constituição Cidadã, concede ao réu maior lapso temporal para efetiva ocorrência de restrição de sua liberdade, uma vez que o início do cumprimento da pena fica autorizado somente após o trânsito em julgado de decisão penal condenatória. Noutra giro, o princípio da presunção de inocência, previsto no art. 8º, nº 2 da CADH, exige, para o início do cumprimento da pena, a comprovação de culpabilidade do indivíduo, podendo ocorrer após exarada decisão condenatória de segundo grau.

2.3 MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

Preliminarmente, urge ressaltar que a doutrina, no intuito de classificar as Constituições, apresenta diferentes critérios tipológicos, sendo parte deles meramente formais, enquanto outra parcela hipoteticamente substanciais⁷. No presente trabalho, faz-se necessário tecer alguns comentários acerca da mutabilidade das constituições.

2.3.1 Quanto à estabilidade (processo de modificação)

2.3.1.1 Constituições Rígidas

Para as Constituições classificadas como rígidas, é possível, que nelas, ocorram alterações. Para tanto, deve-se seguir, procedimento mais rígido e complexo se comparado com as formalidades definidas para alteração das demais normas existentes e situadas em posição infraconstitucional.

MASSON (2016, p. 37) explica que essas “regras diferenciadas e rigorosas são estabelecidas pela própria Constituição e tornam a alteração do texto constitucional mais complicada do que a feitura das leis comuns.”

A nossa Constituição Federal de 1988 é classificada como rígida, uma vez que inserido no art. 60 do diploma legal, que as propostas para alteração do texto constitucional devem ter aprovação em cada Casa do Congresso Nacional, Câmara dos Deputados e Senado Federal, sendo que em dois turnos e ainda será necessária a obtenção da maioria de 3/5 dos componentes das respectivas Casas.

Para o Ministro Alexandre de Moraes, a Constituição de 1988 classifica-se como superrígida, em razão de possuir, além de processo mais rigoroso para sua alteração, regras imutáveis, sendo elas as cláusulas pétreas, que estão dispostas no art. 60, § 4º, CF/88. Nas palavras do autor: "a Constituição Federal de 1988 pode ser considerada como superrígida, uma vez que

⁶ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de PROCESSO PENAL. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 44.

⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires. Curso de Direito Constitucional. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 61.

em regra poderá ser alterada por um processo legislativo diferenciado, mas, excepcionalmente, em alguns pontos é imutável (CF, art. 60, § 4º - cláusulas pétreas)”⁸

Para LENZA (2015, p.113) “esta não parece ser a posição adotada pelo STF, que tem admitido a alteração dessas matérias, desde que a reforma não tenda a abolir os preceitos ali resguardados.”

2.3.1.2 Constituições Flexíveis

As Constituições flexíveis por sua vez, são opostas às rígidas, uma vez que podem ser alteradas através de procedimento legislativo simplório, não havendo necessidade de observância de procedimento específico mais dificultoso para que seja formalizada a modificação.

Em razão dessa característica, tais Constituições acabam por não possuir o caráter de norma suprema (formalmente falando) sobre as demais, vez que sua alteração poderá ocorrer através de idêntico rito das demais normas.

Em que pese não haver supremacia formal, Masson (2016, p. 39) explica que é possível observar “entre o texto constitucional e o restante do corpo normativo, supremacia material, de conteúdo - sendo constitucionais as normas que regulamentam a estrutura política do Estado”

2.3.1.3 Constituições Semirrígidas

Por fim temos as Constituições semirrígidas. Também chamadas de semiflexíveis, possuem características de alteração variando conforme o tipo de norma objeto de alteração. Desse modo, quando se tratar de dispositivos do texto que disciplinam preceitos de maior relevância, deverá ser observado procedimento de maior complexidade para que ocorra a alteração, enquanto as demais normas, que tratam de assuntos de menor relevância, poderão ser objeto de alteração através de procedimento legislativo menos complexo. Kildare explica que nossa Constituição Imperial de 1824 era considerada semirrígida. Vejamos:

No Brasil, a Constituição do Império de 1824 caracterizava-se pela semi-rigidez. É o que seu artigo 178 dispunha que se consideravam como constitucionais apenas as matérias que se referissem aos limites e tribulações do poder político e aos direitos políticos e individuais dos cidadãos. Tudo o mais, embora figurasse na Constituição por não ser constitucional, podia ser alterada por lei ordinária.” (CARVALHO, Kildare Gonçalves. Direito Constitucional: teoria do estado e da Constituição. Direito constitucional positivo. 14ª ed. rev. atual e ampl. Belo Horizonte: Dei Rey, 2008, p. 276.)

⁸ MORAES, Alexandre. Direito Constitucional. 15ª ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 41.

2.4 PODER CONSTITUINTE DERIVADO

Conforme falado anteriormente, o entendimento predominante da jurisprudência e doutrina acerca da classificação da Constituição Federal de 1988, é no sentido de ser rígida, em razão de procedimento de alteração mais rigoroso.

Compete ao Poder Legislativo exercer a função legiferante, devendo observar o procedimento estabelecido pelo Poder Constituinte Originário para alteração das normas constitucionais. Todavia, é forçoso reconhecer que somado à complexidade procedimental para alterações no texto constitucional, a dinamicidade na evolução da sociedade, inviabiliza sincronismo entre as mudanças sociais e atualizações normativas, não sendo difícil observar a existência de regras defasadas.

Desse modo, considerando a essencialidade do ordenamento jurídico acompanhar os atuais cenários sociais, cabendo ao Estado dar resposta ao cidadão quando demandado em sede judicial, urge a necessidade de aplicação da mutação constitucional. José Afonso da Silva (2010, p. 61-62) explica que tal fenômeno "consiste num processo não formal de mudanças das Constituições rígidas, por via da tradição, dos costumes, de alterações empíricas e sociológicas, pela interpretação judicial e pelo ordenamento de estatutos que afetem a estrutura orgânica do estado". Trata-se de um fenômeno, através do qual, é alterada a interpretação da norma constitucional, sem que haja mudança no texto normativo.

LENZA (2015, p. 168) explica a diferença existente entre reforma constitucional e mutação constitucional. Vejamos:

Reforma Constitucional seria a modificação do texto constitucional, mediante mecanismos definidos pelo poder constituinte originário (emendas), alterando, suprimindo ou acrescentando artigos ao texto original. As mutações, por seu turno, não seriam alterações 'físicas', 'palpáveis', materialmente perceptíveis, mas sim alterações no significado e no sentido interpretativo de um texto constitucional. A transformação não está no texto em si, mas na interpretação daquela regra enunciada. As mutações constitucionais, portanto, exteriorizam o caráter dinâmico e de prospecção das normas jurídicas, por meio de processos informais (...) (LENZA, 2015, p.168).

Estando o STF incumbido de guardar a Constituição e aplicar a mutação constitucional, é forçoso reconhecer que a tal fenômeno deve ser utilizada de forma cautelosa, haja vista que o Constituinte Originário optou por conceder ao Poder Legislativo, a tarefa de alterar o texto expresso na Constituição, mediante procedimento peculiar, instituído para tal finalidade.

Nossa Suprema Corte, em momentos distintos, exarou diferentes posicionamentos acerca da execução provisória da pena, utilizando da mutação constitucional para fundamentar tais decisões. Desse modo, é necessário compreender que a mutação constitucional não pode ser utilizada de modo ilimitado, de maneira instável.

3 EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA NO DIREITO COMPARADO

No sistema judiciário brasileiro, em se tratando de processos de natureza penal, possuímos três instâncias judiciais distintas, sendo elas, a varas criminais (primeira instância), cuja decisão é proferida através de um juízo singular, os tribunais estaduais ou regionais federais (segunda instância), cuja decisão se dá através de um juízo coletivo, e existe ainda o Superior Tribunal de Justiça – STJ e o Supremo Tribunal Federal - STF (terceira instância).

O conjunto fático-probatório é discutido em sede de primeira e segunda instância, sendo este o momento para se examinar a responsabilidade penal do réu. De acordo com Teori Zavascki, (2016) em sede de apelação “fica definitivamente exaurido o exame sobre os fatos e provas da causa, como a fixação se for o caso, da responsabilidade penal do acusado”

Compete ao STJ manter o poderio das leis infraconstitucionais, enquanto ao STF é atribuída a função de guardião da Constituição Federal. Entretanto, o STJ e STF não poderão examinar conjunto fático-probatório em uma ação penal, estando limitado ao reexame de matéria de direito.

Considerando ainda que os recursos especiais e extraordinários, dirigidos ao STJ e STF respectivamente não possuem efeito suspensivo, indaga-se quanto a possibilidade de início de cumprimento de pena após decisão em segunda instância.

A fim de obter maior aprofundamento do tema, e preliminarmente à análise de decisões judiciais brasileiras a respeito do assunto, cumpre analisar a forma que o assunto é tratado em outros países.

3.1 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

No curso dos processos de natureza penal nos Estados Unidos, é comum a prática de acordos entre o Estado e o acusado. Tal fato ocasiona significativo número de execuções de pena iniciadas após decisão de primeira instância. Segundo James B. Jacobs (2018), professor de direito penal na Universidade de Nova York, “mais de 90% das pessoas processadas criminalmente vão presas já na primeira instância, mas não porque foram condenadas, e sim porque aceitaram acordo para se declararem culpadas”.⁹

Muito embora a Constituição dos Estados Unidos não prevê expressamente dispositivo consagrando a presunção de inocência, o princípio é tido como fundamento do País, servindo inclusive de fundamento para a 5ª, 6ª e 14ª emenda.

O Código de Processo Penal Estadunidense, em seu art. 16 também faz menção à presunção de inocência. Apesar disso, o mesmo código também define que após exarada a decisão

⁹ Entrevista disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-43480154>. Acesso em: 03 mar. 2021.

penal condenatória, a pena poderá ser executada de imediato, com pouquíssimas exceções. Vejamos o texto normativo:

US Code, Subsection b, Section 3582, Subchapter D, Chapter 227, Part II, Title 18: b) Effect of Finality of Judgment.--Notwithstanding the fact that a sentence to imprisonment can subsequently be-- (1) modified pursuant to the provisions of subsection (c); (2) corrected pursuant to the provisions of rule 35 of the Federal Rules of Criminal Procedure and section 3742; or (3) appealed and modified, if outside the guideline range, pursuant to the provisions of section 3742; a judgment of conviction that includes such a sentence constitutes a final judgment for all other purposes.¹⁰

Em que pese o Código preveja o instituto da fiança e o da suspensão da pena durante o processo, visando conceder ao acusado meios para aguardar em liberdade a tramitação de recurso de defesa, observa-se que tais mecanismos são limitados, e conseqüentemente, a revisão da decisão de primeira instância não ocorre corriqueiramente. Na verdade, é possível notar, se comparado ao Brasil, a existência de maior soberania das decisões de primeira instância nos Estados Unidos, e considerando que é legalmente possível a execução da pena após decisão de primeiro grau, em regra é o que ocorre nos Estados Unidos.

3.2 PORTUGAL

O Princípio da Presunção da Inocência encontra-se previsto no n° 2 do art. 32 da Constituição Portuguesa de 1976¹¹, dentre os Direitos, Liberdades e Garantias Pessoais, que estabelece:

Todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa.

O Código de Processo Penal Português estabelece, em seu artigo 408, o efeito suspensivo dos recursos. Todavia, é cediço na jurisprudência portuguesa que tal efeito não se aplica ao Tribunal Constitucional. Neste sentido, segue decisão do Tribunal da Relação de Lisboa:¹²

I – o art. 408 do CPP refere-se a recursos ordinários da ordem jurídica comum com o

¹⁰ Código dos Estados Unidos, Subseção b, Seção 3582, Subcapítulo D, Capítulo 227, Parte II, Título 18: b) Efeito ou Finalidade do Julgamento.—A despeito do fato da sentença de prisão poder ser subseqüentemente— (1) modificada nos termos das disposições da subseção (c); (2) corrigida nos termos das disposições da regra 35 das Regras Federais de Procedimento Criminal e seção 3742; ou (3) apelada e modificada, se fora do intervalo de diretriz, nos termos das disposições da seção 3742; o julgamento de condenação que inclui tal sentença constitui um julgamento final para todos os outros propósitos. (Tradução livre)

¹¹ PORTUGAL. Constituição (1976). Constituição da República Portuguesa, Lisboa, 2 de abril de 1976. Disponível em Acesso em 05/03/2021

¹² FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca, GARCIA, Mônica Nicida, e GUSMAN, Fábio. Execução Provisória da Pena. Panorama nos ordenamentos nacional e estrangeiro, p. 22.

regime previsto no mesmo diploma, não se aplicando o respectivo efeito suspensivo aos recursos para o Tribunal Constitucional. II – Assim, após a prolação pelo STJ [Supremo Tribunal de Justiça] de acórdão condenatório em pena de prisão, o arguido preso preventivamente passará à situação de cumprimento de pena, ainda que haja sido interposto recurso para o Tribunal Constitucional¹³

O Tribunal Constitucional Português faz interpretação do Princípio da Presunção de Inocência com restrições, por não considerá-lo absoluto. Fundamenta que o mandamento constitucional que garante esse direito remeteu à legislação ordinária a forma de exercê-lo. As decisões da mais alta corte portuguesa dispõem que tratar a presunção de inocência de maneira absoluta implicaria no impedimento da execução de qualquer medida privativa de liberdade, até mesmo as prisões cautelares. Vejamos o teor do Acórdão abaixo colacionado:

(...) Da literalidade de tal preceito resulta que o Diploma Básico não impõe, quanto àquela excepção ao direito à liberdade e segurança, que o acto judicial determinativo da privação da liberdade tenha de assumir característica de definitividade, pelo que se há de concluir que, neste particular, o legislador constituinte remeteu para a norma ordinária a questão da imediata exequibilidade das sentenças judiciais condenatórias impositoras de pena de prisão ou da aplicação de uma medida de segurança.

Por outro lado, a presunção de inocência que é constitucionalmente definida pelo nº 2 do artigo 32º até ao trânsito em julgado da sentença de condenação, não pode ser chamada à colação para efeitos de daí se extrair a impossibilidade de execução da pena de prisão determinada por uma sentença que se considere como provisoriamente transitada em julgado. E provisoriamente, note-se, pois que está unicamente sujeita à condição resolutiva de alteração da decisão tomada em sede recursória, decisão essa que confirmou as questões de facto ou de direito que levaram ao júízo constante da sentença impositora de pena de prisão e que, por motivos ligados a uma actuação, considerada pelo tribunal de recurso como manifestamente obstativa ao cumprimento do julgado por este tribunal, levou o mesmo a extrair traslado e a determinar que o processo fosse remetido ao tribunal recorrido, a fim de aí prosseguirem seus termos. Sustentar-se que a presunção de inocência inserta no nº 2 do artigo 32º da Constituição acarreta, inelutavelmente, a impossibilidade de ser executada a decisão judicial antes do respectivo trânsito, implicaria, no limite, que seriam contrárias a tal preceito disposições legais de onde resultasse verbi gratia, que era possível a execução de uma medida de coacção de prisão preventiva, determinada obviamente por acto judicial, enquanto este se não tornasse firme na ordem jurídica. Não foi, seguramente, com esse propósito que o legislador constituinte, arvorou a garantia da presunção de inocência. (...) ¹⁴

Conclui-se, portanto, que no modelo português a execução da pena é possível apenas após o julgamento de recurso pelo Supremo Tribunal de Justiça (equivalente ao Superior Tribunal de Justiça brasileiro), vez que eventual recurso ao Tribunal Constitucional possui carácter extraordinário, a este não se estendendo o efeito suspensivo estabelecido no art. 408 do Código de Processo Penal português.

¹³ Acórdão da Relação de Lisboa de 26 de outubro de 1999, Coletânea de Jurisprudência XXIV, tomo 4, pág. 160.

¹⁴ Acórdão do Tribunal Constitucional Português nº 547/04 no processo 679/2004, 3ª Seção, Relator Conselheiro Bravo Serra, data do julgamento: 21/07/2004.

4 A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E O STF

Em análise às decisões exaradas por nossa Suprema Corte a respeito da execução provisória da pena, verifica-se a existência de múltiplos *habeas corpus* contendo diferentes posicionamentos à respeito do tema.

Notou-se que a maioria das decisões que caminham no sentido de impossibilidade de execução provisória da pena, foram proferidas por juízo monocrático. Tal fato se mostra preocupante, uma vez que introduz em meio aos jurisdicionados e toda a sociedade, sentimento de insegurança jurídica, haja vista que multiplicidade de entendimentos acaba por sujeitar um indivíduo à sorte (ou azar) de responder o processo penal em liberdade até a sentença condenatória definitiva ou ficar recluso até a sentença final condenatória.

4.1 HABEAS CORPUS Nº 91.675/PR

Nesta ocasião, o acusado respondeu processo penal na vara única criminal da comarca de Prudentópolis, Estado do Paraná, pela prática do delito atentado violento ao pudor. Em primeira instância, foi condenado pelo crime, sendo fixado pelo Magistrado, o início do cumprimento da pena em regime fechado.

Insatisfeito com a decisão, o réu, por intermédio de sua defesa, interpôs recurso de apelação, sem, todavia, obter êxito em sua pretensão. O Tribunal de Justiça do Paraná, após negar provimento ao recurso, expediu mandado de prisão.

Atacando essa decisão, foram interpostos, ao STJ e STF, recurso especial e recurso extraordinário, respectivamente. Estando pendentes de admissibilidade à época, o paciente impetrou *habeas corpus* argumentando pela ilegalidade da prisão, em razão do princípio da presunção de inocência, consagrado no art. 5º, LVII da CRFB/88, com o fito de aguardar em liberdade o julgamento dos recursos pendentes.

A Relatora do caso, Ministra Cármen Lúcia¹⁵, decidiu em seu voto pela não concessão da ordem, fundamentando seu voto na então jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que à época ia no sentido de possibilidade do início do cumprimento da pena após decisão em segunda instância, quando pendentes recursos especial e extraordinário, haja vista a não existência do efeito suspensivo, mas tão somente o efeito devolutivo.

A relatora ressaltou que o paciente teve seu direito de recorrer em liberdade após decisão de primeira instância, todavia deixou claro que o início de cumprimento da pena não está condicionado ao trânsito em julgado da decisão penal condenatória.

¹⁵ Supremo Tribunal Federal: HC 91675, Relatora: Ministra Cármen Lúcia, DJE 07/12/2007. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=70336>. Acesso em: 21 abril. 2021.

O Ministro Marco Aurélio, por sua vez, foi o único a divergir da relatora, e entendeu pela concessão da ordem. Para o Ministro, a ausência do efeito suspensivo, por si só, não justifica a execução provisória da pena. Em seu voto, o Ministro teceu comentários acerca da diferença existente entre a execução provisória patrimonial e a execução provisória penal, uma vez que patrimônio pode ser restituído, diferente do período em que um indivíduo teve sua liberdade cerceada, na hipótese de reforma da decisão condenatória.

Todavia, tendo sido vencido o entendimento do Ministro Marco Aurélio por maioria dos votos, a primeira turma de nossa Suprema Corte firmou entendimento no sentido de possibilidade da execução provisória da pena nesta ocasião, sendo editada as súmulas 716¹⁶ e 717¹⁷, no ano de 2003.

4.2 *HABEAS CORPUS* Nº 84.078-MG

No ano de 2009, o entendimento prevalente no Supremo Tribunal Federal, em relação à execução da pena antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória firmava-se no sentido de impossibilidade, sob pena de violação ao princípio constitucional da presunção de inocência, insculpido no art. 5º, inciso LVII de nossa Constituição Federal de 1988.

No dia 05 de fevereiro de 2009, nosso Supremo Tribunal Federal, analisou o remédio constitucional impetrado pelo paciente Omar Coelho Vitor, após ser condenado pelo delito previsto no art. 121, §2º, I e IV, c/c o art. 14, II, todos do Código Penal.

O caso trouxe grande repercussão à época, vez que o Ministério Público do Estado de Minas Gerais requeria a prisão preventiva do paciente ao argumento de ser tal medida responsável por evitar que o paciente pudesse se esquivar do cumprimento da pena imputada, uma vez que o mesmo possuía recursos financeiros capazes de permitir uma possível fuga. Mesmo não havendo fundamentação para decretação de prisão preventiva, o paciente foi recolhido ao sistema prisional.

Em análise às argumentações, e nuances do caso, o relator, Ministro Eros Grau, teceu diversas críticas acerca da execução provisória da pena. Vejamos trecho de seu voto:

Ora, se é vedada a execução da pena restritiva de direito antes do trânsito em julgado da sentença, com maior razão há de ser coibida a execução da pena privativa de liberdade - indubitavelmente mais grave - enquanto não sobrevier título condenatório definitivo. Entendimento diverso importaria franca afronta ao disposto no artigo 5º, inciso LVII da Constituição

O Ministro, ora relator, deixou claro seu posicionamento acerca da impossibilidade da

¹⁶ 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.

¹⁷ 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.

execução da pena restritiva de direito antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

O *habeas corpus* nº 84.078, teve 7 (sete) votos pela concessão da ordem do remédio constitucional e 4 (quatro) votos contrários à concessão, tendo tal entendimento vigorado em nossa Suprema Corte durante anos no Brasil.

4.3 *HABEAS CORPUS* Nº 126.292/SP

No dia 17 de fevereiro de 2016, a controversa questão a respeito da possibilidade ou não da execução provisória da pena foi debatida pelo pleno do Supremo Tribunal Federal, sob a presidência do Ministro Ricardo Lewandowski.

O *writ* foi impetrado em benefício de Márcio Rodrigues Dantas, ao qual recaía acusação de prática do delito previsto no art. 157, §2º, I e II do Código Penal, e a pena imposta foi de reclusão de 5 anos e 4 meses.

O réu apelou da decisão, sendo negado o recurso pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, restando determinada a expedição imediata de mandado de prisão para o paciente.

Insatisfeita, a defesa impetrou, junto ao Superior Tribunal de Justiça, *habeas corpus*, pedindo a liberdade do acusado no curso do processo, até que se esgotasse todos os possíveis recursos. Todavia, o pedido foi negado.

Em debate acerca *writ*, o Ministro Luiz Roberto Barroso que a execução provisória da pena, desde 2009, era interpretada como contrária a Constituição Federal, haja vista que a suprema corte brasileira havia adotado uma interpretação mais literal acerca do art. 5º, inciso LVII de nossa Carta Magna.

Por sua vez, o Ministro Marco Aurélio, filiado à corrente defensora da impossibilidade de execução antecipada da pena, ressaltou em seu voto, duras críticas acerca do que parece ser um dos pontos mais preocupantes acerca do assunto. A morosidade do processo penal, em alguns casos, implica na prescrição do delito antes do exaurimento de todas as possibilidades de recurso. Ou seja, a execução provisória da pena está fundamentada em quesito temporal, e em razão da morosidade processual penal, implicando no risco de não haver trânsito em julgado de decisão condenatória a tempo de garantir o efetivo cumprimento da pena, justifica-se execução antecipada da mesma.

Nas palavras do eminente Ministro:

(...)Tenho dúvidas, se, mantido esse rumo, quanto à leitura da Constituição pelo Supremo, poderá continuar a ser tida como Carta cidadã(...).

(...)Reconheço, mais, que a Justiça é morosa, que o Estado, em termos de persecução criminal, é moroso. Reconheço, ainda, que, no campo do Direito Penal, o tempo é precioso, e o é para o Estado-acusador e para o próprio acusado, implicando a prescrição da pretensão punitiva, muito embora existam diversos fatores interruptivos do prazo prescricional.

Reconheço que a época é de crise. Crise maior. Mas justamente, em quadra de crise maior, é que devem ser guardados parâmetros, princípios e valores, não se gerando instabilidade, porque a sociedade não pode viver aos sobressaltos, sendo surpreendida. Ontem, o Supremo disse que não poderia haver a execução provisória, quando em jogo a liberdade de ir e vir. Considerado o mesmo texto constitucional, hoje, conclui de forma diametralmente oposta, por uma maioria que, presumo, virá a ser de sete votos a quatro. Não quero atrelar Vossa Excelência a qualquer das correntes, mas imagino, em termos de concepção do Direito positivo, de interpretação – que é ato de vontade, mas é ato vinculado ao Direito positivo –, o seu voto(...) (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 126.292/SP. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Impetrante: Maria Cláudia de Seixas. Autoridade coatora: relator do HC nº 313.021 do Superior Tribunal de Justiça. Relator Min. Teori Zavascki. Brasília, 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 21 de abril de 2021.)

Na ocasião, estava-se diante de mudança de entendimento da corte suprema brasileira. Após cerca de 7 (sete) anos de posicionamento firmado no sentido de impossibilidade de execução provisória da pena, o Supremo Tribunal Federal, em viravolta de entendimento, decidiu por maioria, pela não concessão da ordem, sendo revogada a liminar que concedia ao paciente o direito de responder o processo em liberdade, até o trânsito em julgado da decisão condenatória.

A reviravolta de entendimento acabou por suscitar questionamentos acerca de uma possível decisão judicial relacionada e influenciada pelo momento político ora enfrentado no Brasil.

3.4 - AÇÕES DECLARATÓRIAS DE CONSTITUCIONALIDADE 43 E 44

Considerando que a análise jurisprudencial realizada até esta etapa do presente trabalho, foi feita no bojo de casos concretos, mais especificamente, em sede de *habeas corpus*, passaremos a analisar as Ações Declaratórias de Constitucionalidade - ADC 43 e 44, que possibilitaram o debate acerca do tema em sede de controle concentrado de constitucionalidade, ensejando no efeito *erga omnes*, com aplicabilidade obrigatória à todos os casos que tratem da matéria.

As Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44 foram propostas com o intuito de declarar constitucional o art. 283 do Código de Processo Penal (CPP), com redação positivada pela Lei nº 12.403/11. A ADC 43 foi distribuída pelo Partido Ecológico Nacional - PEN, enquanto a ADC 44 foi proposta pela Ordem dos Advogados do Brasil – OAB.

A controvérsia existente argumentada pelos requerentes, foi a inobservância do art. 283 do CPP, pelo STF, quando do julgamento do *habeas corpus* 126.292, uma vez que restou autorizada a execução provisória da pena.

No ano de 2016, o Supremo Tribunal Federal procedeu com julgamento da medida cautelar das ADCs 43 e 44, que na ocasião, restou indeferida, por maioria de votos de 6 a 5. Os Ministros Marco Aurélio, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski, Celso de Melo e Dias Toffoli votaram pela impossibilidade da execução provisória da pena, enquanto o entendimento

prevalente foi exarado pelos Ministros Luiz Fux, Teori Zavascki, Luís Roberto Barroso, Edson Fachin, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes.

Os Ministros que sustentaram a possibilidade de execução da pena após condenação em segunda instância, argumentaram que a presunção de inocência é um princípio, e portanto, deve haver ponderação com os demais princípios existentes. Assim, à luz de uma interpretação sistemática de nossa Constituição, levando-se em consideração o conjunto principiológico constitucional existente no Brasil, a duração razoável do processo e a necessidade de efetiva aplicação da lei penal, não se faz inconstitucional a execução da pena, mesmo quando pendentes recursos em instâncias extraordinárias.

Argumenta-se ainda, que os recursos extraordinários, em regra, são dotados apenas de efeito devolutivo e não suspensivo, o que impossibilita a não execução imediata da sentença penal condenatória. Além disso, admitir que a execução da pena somente se inicie após esgotados os recursos cabíveis ao STJ e STF, significa tornar o processo penal demasiadamente demorado, com possibilidade de protelar a aplicação da lei penal.

Ademais, permitir a execução da pena somente após o exaurimento de todas as possibilidades de recursos, significaria dizer que decisões proferidas em instâncias ordinárias não são críveis.

O Partido Ecológico Nacional argumentou que a alteração do entendimento firmado pelo STF entre 2009 a 2016 seria uma mudança mais gravosa para àqueles que já respondiam processo penal, sendo inviável aplicação retroativa de entendimento jurisprudencial em prejuízo do agente, haja vista a vedação ao efeito *ex tunc in malam partem* (analogia ao princípio da irretroatividade da lei penal).

Em contra-argumento, os Ministros Edson Fachin e Luís Roberto Barroso discorreram acerca do assunto, e sustentaram que o tema, ora em debate, possui natureza processual e por esse motivo, não há que se falar em aplicação de norma de direito material mais gravosa. Nas palavras do Ministro Teori Zavascki (2016):

A decisão do HC 126.292 não representou aplicação retroativa de norma penal mais gravosa, mas apenas entendimento relativo à dinâmica processual de execução das penas privativas de liberdade, proveniente de interpretação sistemática da ordem constitucional vigente. (Voto do Ministro Teori Zavascki no julgamento das medidas cautelares das ADC 43 e 44. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/acordao-adc-prisao-antecipada.pdf>. Acesso em: 22 out. 2019)

O Ministro Gilmar Mendes, dentre seus argumentos, sustentou que a sistemática de nosso sistema penal possui tratamentos gradativos se observar desde o início da análise da culpa. Para o Ministro, o investigado possui tratamento menos gravoso do que o denunciado, e do mesmo modo acontece com o condenado.

Para que um indivíduo seja denunciado, faz-se necessário ser comprovado em fase de

investigação indícios suficientes de autoria e materialidade; enquanto a condenação exige a efetiva comprovação da autoria e materialidade. Com esse raciocínio, o Ministro sustenta que a presunção de inocência se esvai na proporção em que a culpa fica patente.

Além disso, argumenta-se que a propositura de recursos dirigidos à instâncias extraordinárias possuem intento meramente protelatórios, buscando retardar a aplicação da lei penal.

Portanto, através de uma análise sistemática do conjunto principiológico e normativo existente no Brasil, o fenômeno da mutação constitucional traz alicerce e garantia de respeito à nossa Constituição quanto se afirma a possibilidade de execução da pena após condenação confirmada por juízo de segunda instância, vez que ponderado o direito de ir e vir e o direito social de segurança.

Noutro giro, os Ministros que defendem que o início da execução da pena só poderá ocorrer após esgotadas todas as possibilidades de recursos, argumentam a necessidade de uma interpretação literal do art. 5º, inciso LVII de nossa Constituição Federal de 1988. Discorre-se ainda que se faz necessária a observância do art. 283 do CPP, vez que apresenta conformidade à nossa Constituição.

Ressaltaram o cenário caótico em que se encontra o sistema carcerário brasileiro, onde as condições em que os presos são submetidas, são consideradas inconstitucional, e que permitir o início da execução da pena após condenação em segunda instância irá contribuir no agravamento do quadro.

Salienta-se o posicionamento do Ministro Dias Toffoli, que sustenta que a execução da pena não poderia ocorrer enquanto pendente análise pelo Superior Tribunal de Justiça de recurso especial, todavia o mesmo entendimento não aplica quando pendente apenas recurso extraordinário. O Ministro fundamenta seu entendimento em razão da demora demasiada que ocorreria se o início da execução da pena ocorresse somente após esgotada a possibilidade de recurso extraordinário, em razão dos requisitos para interposição deste recurso.

Desse modo, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no ano de 2016, em julgamento de medida cautelar, decidiu pela manutenção do entendimento exarado no *habeas corpus* 126.298 permitindo a execução provisória da pena.

5 CONCLUSÃO

Conclui-se, portanto, que durante muitos anos foi possível notar uma série de diferentes decisões judiciais em sede de *habeas corpus*, criando manifesta insegurança jurídica, uma vez que ora se entendia pela possibilidade da execução antecipada da pena, ora se entendia pela impossibilidade. Verificou-se que a instabilidade das decisões judiciais colocava em risco o

direito fundamental da liberdade do indivíduo.

Muito embora nossa Suprema Corte tenha se posicionado nos anos de 2009 e 2016 (posicionamentos diferentes), ainda era possível ser proferida uma decisão diferente do entendimento firmado no supremo, através de decisões monocráticas ou decisões proferidas por turmas do Supremo, haja vista a inexistência de efeito vinculante.

Verificou-se a necessidade de máxima cautela na utilização do fenômeno da mutação constitucional, uma vez que se está diante da alteração de entendimento (sem alteração do texto) de um dispositivo da Lei Maior do Brasil, estando nela inserida, dentre outras normas, as garantias fundamentais do cidadão.

Notou-se ainda que a dinamicidade da evolução da sociedade acaba por inviabilizar a sincronicidade entre anseios sociais e atualizações normativas, podendo se observar comumente a existência de legislações defasadas e, visando atender os clamores sociais, o Poder Judiciário, em seu órgão de cúpula, acaba por assumir postura proativa, empregando novas interpretações ao texto constitucional, sem alteração normativa, ao argumento de mutação constitucional.

Verificou-se que os Ministros do STF defensores da execução provisória da pena, argumentam que inexistente efeito suspensivo nos recursos extraordinários, e desse modo, o início antecipado de cumprimento de pena seria uma alternativa para garantir a efetividade da aplicação da lei penal, face a morosidade para conclusão de um processo penal no Brasil, o que poderia impedir uma consequente prescrição dos crimes.

Além disso, o princípio da presunção de inocência deve ser ponderado com outros princípios garantias existentes, haja vista que nenhum direito é absoluto.

Argumenta-se também que é na primeira e segunda instância que se esgota a possibilidade de discussão do conjunto fático-probatório.

Noutro giro, para os Ministros de nossa Suprema Corte que defendem a execução da pena somente após esgotadas todas as possibilidades de recursos, entendem que permitir a execução provisória da pena viola o princípio constitucional da presunção de inocência, insculpido no art. 5º, inciso LVII da CRFB/88. Diferentemente da execução provisória patrimonial, na execução provisória da pena, fica inviável devolver a liberdade ao indivíduo pelo tempo já cumprido, na hipótese de eventual reforma da decisão condenatória.

Ademais, argumenta-se que o texto constitucional deve sempre ser observado, principalmente em tempos de crises.

Muito embora em dezembro de 2019 tenha entrado em vigor a Lei Federal nº 13.964 de 24 de dezembro de 2019, que altera o art. 283 do Código de Processo Penal, trazendo em sua redação que “Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado.”, em novembro de 2019, com a conclusão

das Ações Declaratórias de Constitucionalidade números 43, 44 e 54, o Supremo entendeu pela constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, já sendo vedado desde então, a prisão antes do trânsito em julgado de decisão penal condenatória. Uma vez se tratando de controle concentrado de constitucionalidade, tal decisão possui eficácia *erga omnes* e efeito vinculante.

Desse modo, até a presente data de conclusão deste artigo, inexistem em âmbito jurídico dúvidas quanto a impossibilidade de execução antecipada da pena.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 283. In LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de PROCESSO PENAL. 3. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015. p. 44.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 84.078-MG**. Paciente: Omar Coelho Vitor. Impetrante: Omar Coelho Vitor. Autoridade coatora: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, 05 de fevereiro de 2009. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC84078voto.pdf>>. Acesso em 29 de outubro de 2018.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 126.292/SP**. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Impetrante: Maria Cláudia de Seixas. Autoridade coatora: relator do HC nº 313.021 do Superior Tribunal de Justiça. Relator Min. Teori Zavascki. Brasília, 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 21 de abril de 2021.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 137.063-SP**. Paciente: Aladio Palmiere José Adriano. Impetrante: João Carlos Campanini e outros. Autoridade coatora: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 12 de setembro de 2017. Disponível em < <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=312724506&ext=.pdf> >. Acesso em 05 de novembro de 2018.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 147.452-SP**. Paciente: Ladir Ferreira da Silva. Impetrante: Fabrício Michel Cury e Fernando Costa Oliveira Magalhães. Autoridade coatora: Relator do Aresp nº 365.281, Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Celso de Melo. Brasília, 28 de setembro de 2017. Disponível em < <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=312871259&ext=.pdf> >. Acesso em 05 de novembro de 2018.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 153.466-PE**. Pacientes: DANIEL DOS SANTOS MOREIRA, ELIEZER DOS SANTOS MOREIRA, RANIERY MAZZILLI BRAZ MOREIRA e MARIA MADALENA BRAZ MOREIRA. Impetrante: Nélio Roberto Seidl Machado e outros. Autoridade coatora: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 05 de março de 2018. Disponível em < <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313882237&ext=.pdf> >. Acesso em 06 de novembro de 2018.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional: teoria do estado e da Constituição. Direito constitucional positivo.** 14ª ed. rev. atual e ampl. Belo Horizonte: Dei Rey, 2008, p. 276.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal.** 6ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2018.

Fachin. Data de Julgamento 04/04/2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28152752%2ENUME%2E+OU+152752%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y66wkk89>>. Acesso em: 27 nov. 2020, 08:42.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado.** 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado.** 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal.** 7ª ed. Salvador: Jus Podivm.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de PROCESSO PENAL.** 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 44.

MASSON, Nathália. **Manual de Direito Constitucional.** 4ª ed. *Jus Podivm.* 2016.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 33ª ed. São Paulo: Atlas, 2017.

NOGUEIRA, Roberto Wanderley. **Ativismo judicial destrói o Estado Democrático de Direito.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mar-06/opiniao-ativismo-judicial-destroi-estado-democratico-direito>>. Acesso em: 20 mar. 2021, 15:31.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos do Homem.** Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>>. Acesso em: 22 mar. 2021, 21:30.

O SUL. **Beneficiado por decisão do Supremo, um fazendeiro condenado por um homicídio cometido há 27 anos jamais foi preso.** Disponível em: <http://www.osul.com.br/beneficiado-por-decisao-do-supremo-um-fazendeiro-condenado-por-um-homicidio-cometido-ha-27-anos-jamais-foi-preso/>>. Acesso em: 03 abril. 2021, 19:10.

PAULINO, Galtiênio da Cruz. **A execução provisória da pena e o princípio da presunção de inocência. Uma análise à luz da efetividade dos direitos penal e processual penal.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto São José da Costa Rica).** Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso

em: 20 abril. 2021, 19:40.

SENADO FEDERAL. **Senadores entregam a Toffoli carta de apoio à prisão em segunda instância.** Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/11/05/senadores-entregam-a-toffoli-carta-de-apoio-a-prisao-em-segunda-instancia>. Acesso em: 22 abril. 2021, 23:02.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo.** 33ª ed. atual. São Paulo. Malheiros, 2010, p. 61-62.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 39ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo.** 33ª ed. atual. São Paulo. Malheiros, 2010, p. 61-62.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADCs 43, 44 e 54.** Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986065>. Acesso em 03 fev. 2021, 20:50.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ementa habeas corpus 84.078-7/MG.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ementa84078.pdf>. Acesso em: 05 fev. 2021, 17:56.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas corpus 126.292/SP, Relator: Ministro Teori Zavascki, DJE 17/05/2016.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28126292+TEORI+ZAVASCKI%29%28126292%29+OU+126292%29+ACMS%29%28%40JULG+%3E%3D+20160217%29%28%40JULG+%3C%3D+20160218%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/wrd6a2s>. Acesso em: 23 out. 2020, 11:50.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas corpus 152.752/PR, Relator: Ministro Edson**

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas corpus 68.726/DF, Relator: Ministro Néri da Silveira, DJ 20/11/1992.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC+68726%29%28%40JULG+%3E%3D+19910628%29%28%40JULG+%3C%3D+19921120%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/r8xoelo>. Acesso em: 07 set. 2020, 21:46.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas corpus 84.078-7/MG, Relator: Ministro Eros Grau, DJE 26/02/2010.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC+84078+MINISTRO+EROS+GRAU%29%28%40JULG+%3E%3D+20090205%29%28%40JULG+%3C%3D+20090206%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/s7gmds4>. Acesso em: 06 mar. 2021, 09:53.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas corpus 91675/PR, Relatora: Ministra Cármen Lúcia, DJ 07/12/2007.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC+91675%29+%28%28C%C1RMEN+L%DACIA%29%2ENORL%2E+OU+%28C%C1RMEN+L%DACIA%29%2ENORV%2E+OU+%28C%C1RMEN+L%DACIA%29%2ENORA%2E+OU+%28C%C1RMEN+L%DACIA%29%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/w97xnd2>. Acesso em: 06 abril. 2021, 21:36.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Informativo nº 842.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo842.htm>. Acesso em: 19 set. 2020, 17:12.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade 43, Distrito Federal,** Relator: Ministro Marco Aurélio. Data do Julgamento 05/10/2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/acordao-adc-prisao-antecipada.pdf>. Acesso em: 29 nov. 2020, 14:36.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Ordinário em habeas corpus 84846, Relator: Ministro Carlos Velloso, DJ 05/11/2004.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RHC%24%2ESCLA%2E+E+84846%2ENUME%2E%29+OU+%28RHC%2EACMS%2E+ADJ2+84846%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/13rln4t>. Acesso em: 25 set. 2020, 22:50.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Voto do Ministro Luís Roberto Barroso no habeas corpus 126.292/SP.** Disponível em: <https://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2016/06/HC-126.292.pdf>. Acesso em: 29 jul. 2020, 11:32.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Voto do Ministro Teori Zavascki no habeas corpus 126.292/SP.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/stf-decide-reu-presos-depois-decisao.pdf>. Acesso em: 27 jul. 2020, 11:12 .

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Voto do Relator Ministro Eros Grau no habeas corpus 84.078-7/MG.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC84078voto.pdf>. Acesso em 26 nov. 2020, 15:45.