



•NOVA•
UCSAL

ARIEL DENIZARD COUTO SILVA

**OS LIMITES DAS EMENDAS E MUTAÇÕES
CONSTITUCIONAIS SOB O PRISMA DA EXECUÇÃO
PROVISÓRIA DA PENA A PARTIR DO JULGADO DO HC Nº
126.292/SP**

SALVADOR - BA

2021

ARIEL DENIZARD COUTO SILVA

**OS LIMITES DAS EMENDAS E MUTAÇÕES
CONSTITUCIONAIS SOB O PRISMA DA EXECUÇÃO
PROVISÓRIA DA PENA A PARTIR DO JULGADO DO HC Nº
126.292/SP**

Trabalho de conclusão de curso, apresentado com finalidade de obtenção da aprovação acadêmica no Bacharelado em Direito na Universidade Católica do Salvador - UCSAL.

Orientador: Prof. MSc. André Quadros Côrtes

SALVADOR - BA

2021

RESUMO

O trabalho apresentado busca analisar a atuação do Supremo Tribunal Federal sob os limites das mutações constitucionais, diante da sua interpretação acerca da execução provisória da pena, concretizada mediante o HC nº 126.292/SP, além de analisar a eventual inconstitucionalidade da PEC nº 05/2019.

A relevância do tema abordado é flagrante, posto que, trata-se de uma discussão com relevância nacional, onde recentemente tiveram muitas mudanças de interpretações a respeito da temática, perdurando até hoje árduos debates acerca do assunto. Logo, busca-se na presente literatura entender a viabilidade de uma eventual aplicação da execução provisória da pena no ordenamento jurídico brasileiro, respeitando os limites das Emendas e mutações constitucionais propiciadas pelos legisladores e intérpretes da Constituição, ora o STF, respectivamente.

Para elaboração deste trabalho foi utilizado como metodologia de pesquisa a revisão bibliográfica e o estudo de caso, sob uma abordagem qualitativa e exploratória.

Palavras-Chave: Supremo Tribunal Federal. Constituição Federal. Execução Provisória da Pena. Mutação Constitucional. PEC nº 05/2019.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	Erro! Indicador não definido.
2. CONSTITUIÇÃO FEDERAL: A BÚSSOLA DO PODER JUDICIÁRIO	7
2.1 MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL	11
2.2 CPP À LUZ DA CONSTITUIÇÃO	Erro! Indicador não definido.7
2.3 PEC N° 05/2019: PONTOS E CONTRAPONTO	22
3. CONSIDERAÇÕES FINAIS	27
4. REFERÊNCIAS	30

1. INTRODUÇÃO

Desde a sua promulgação, em 1988, a Constituição Federal vem norteando todo o ordenamento jurídico brasileiro, bem como o seu Estado Democrático de Direito. Como forma de garantir o cumprimento e concretização dos dispositivos deste diploma legal, incumbiu ao Constituinte Originário delegar ao Supremo Tribunal Federal (doravante, STF) o dever de salvaguardar a Lei Maior.

Assim sendo, havendo controvérsia jurídica que verse sobre entendimento ou aplicação supostamente contrária ao que se prevê na Constituição, é possível que tal discussão seja levada até o Supremo, a fim de que todos os entendimentos sejam pautados nos princípios e garantias que edificam a Carta Política brasileira.

Diante disso, há interpretações do Supremo que por eventualmente são questionadas quando confrontadas com as Normas a qual viabilizam a aplicação da hermenêutica constitucional, sendo justamente um desses entendimentos controversos, ora objeto deste artigo, a execução provisória da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Aprofundando-se neste aspecto, aborda-se no presente estudo o conflito da execução provisória da pena ante o texto constitucional, bem como os efeitos desta questão com uma eventual aprovação da PEC nº 05/2019, que por sua vez alteraria drasticamente a Lei suprema neste aspecto do cumprimento da pena.

Tal alteração se aplicaria ao art. 93, da Constituição Federal, incluindo no referido artigo o inciso XVI, que determinaria que a decisão condenatória proferida por órgãos colegiados deve ser executada imediatamente, independentemente do cabimento de eventuais recursos ao grau jurisdicional superior.

Nesse sentido, busca-se responder a seguinte questão de pesquisa: **Haveria a possibilidade de viabilizar a execução provisória da pena, mediante Proposta de Emenda à Constituição, dirimindo, portanto, a subjetividade interpretativa inerente às mutações constitucionais realizadas pelo Supremo Tribunal Federal?**

Não obstante, urge a necessidade de discutir se o STF cumpriu o preceito constitucional de salvaguardar o disposto na Magna Carta no tocante a execução provisória da pena, bem como a repercussão jurídica diante dos entendimentos da Corte Maior a respeito do tema, posto que uma interpretação contrária ao disposto na Lei Maior, resultaria em um entendimento inconstitucional do Supremo.

2. CONSTITUIÇÃO FEDERAL: A BÚSSOLA DO PODER JUDICIÁRIO

Com o propósito de contribuição literária acadêmica, o presente artigo versa sobre a execução provisória da pena, sob o prisma da sua viabilidade constitucional, que por sua vez, ainda causa certa controvérsia no meio jurídico e acadêmico. Portanto, busca-se demonstrar os elementos do assunto em análise, a fim de contemplar as nuances, debates e aspectos do objeto desta pesquisa.

Para entender melhor a problemática trazida ao trabalho, é necessário identificar elementos, características e até mesmo conceitos de alguns pilares desta discussão, como por exemplo o Supremo Tribunal Federal, em sua competência atribuída pelo art. 102, da Carta Maior, além da garantia fundamental prevista no art. 5º inciso LVII, também da Constituição Federal, ora atrelado ao princípio da não culpabilidade. Outrossim, há de se observar também como estes elementos dialogam entre si, chegando assim a uma visão multifacetada ante a discussão aduzida.

Desta forma é possível ao menos concatenar as ideias entre os principais elementos aqui presentes, que por sua vez se escusam de serem analisados sob uma ótica una. De acordo com o artigo 102 da Constituição (BRASIL 1988), mais precisamente em seu caput, compete ao Supremo Tribunal Federal basilarmente a guarda da Carta Política, sendo procedida de competências, originárias, ordinárias e extraordinariamente complementares.

Diante disso, compreende-se que sob a luz constitucional, seguirá esta Corte, balizando e atendo suas decisões às normas da já trigenária Carta Política, cabendo-lhe eventuais interpretações e adequações, devido à natural evolução social, bem como dos fatos jurídicos, que por sua vez criam fatos novos que venham a precisar de uma interpretação mais extensiva, restritiva, ou de qualquer outro gênero, mas sempre fiel ao disposto na Constituição.

Seguindo nesta linha da soberania constitucional, cabe o entendimento de José Gomes Canotilho, no qual aduz a existência de algumas categorias no tocante a interpretação da norma, senão vejamos:

a) o princípio da prevalência da Constituição impõe que, dentre as várias possibilidades de interpretação, só se deve escolher-se uma interpretação não contrária ao texto e programas da norma ou normas constitucionais; b) o princípio da conservação de normas afirma que uma norma não deve ser declarada inconstitucional quando, observados os fins da norma, ela pode ser interpretada em conformidade com a Constituição; c) o princípio da exclusão da interpretação conforme a Constituição, mas “contra legem” impõe que o aplicador de uma norma não pode contrariar a letra e o sentido dessa norma através de uma interpretação conforme a Constituição, mesmo que através desta interpretação consiga uma concordância entre a norma infraconstitucional e as normas constitucionais. (CANOTILHO 2000, p. 1189)

Portanto, tem-se que a interpretação deve ser limitada aos parâmetros estabelecidos constitucionalmente.

Não obstante, seguindo este viés de entendimento ao tema, urge a Constituição Federal como protagonista do enredo, trazendo em seu bojo uma herança garantista e humanizada. Muito por conta do período de sua elaboração e a conseqüente promulgação, que se deu em um cenário pós regime ditatorial, por isso a preocupação em preservar a democracia, bem como as garantias individuais e coletivas são intrínsecas ao texto, com destaque para o art. 5º, em seu inciso LVII, ora edificado sob a égide do princípio da não culpabilidade, também herança desta natureza garantista da Carta Magna.

Ademais, a Constituição Cidadã, conforme declarou o então presidente da Assembleia Nacional Constituinte, o deputado Ulysses GUIMARÃES (1988)- isso porque pela primeira vez na história emendas de cidadãos comuns e entidades representativas foram alicerces para elaboração da Carta Política, ratificando assim a intenção de espelhar em seu texto os anseios e direitos do povo, como então demonstrado pelo Secretário Geral da Câmara dos Deputados, Mozart VIANNA (1987), na seguinte fala consagrada: “Foi um momento maravilhoso de efervescência cívica”

Como consequência de toda essa democratização e enaltecimento de garantias aos cidadãos, uma das searas jurídicas mais contempladas foi a esfera penal, que passou a se valer de valorosos e necessários princípios, como por exemplo a ampla defesa, o contraditório e a presunção de inocência.

Como bem sintetiza MACHADO (2004), o sistema constitucional fez com que todos os cidadãos que fossem acusados passassem necessariamente por um processo legítimo, com possibilidade de defesa, sendo este estabelecimento de direitos ao acusado o grande marco da Carta.

Indo um pouco mais a fundo nas garantias que constituem o devido processo legal, torna-se muito importante voltar às atenções ao disposto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal (BRASIL, 1988), que traz à tona o princípio da presunção de inocência, através do seguinte texto de lei “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;”.

Ora, de plano teria-se o claro entendimento que apenas poder ser considerada culpada ante o crime a si imputado, quando a sentença viesse a transitar em julgado, ou seja, já estivesse exaurida a possibilidade de interposição de recursos ao processo.

ROMANO (2013) traz em seu entendimento o fato do princípio da inocência, outrora também chamado pela doutrina por princípio da não culpabilidade, a característica da tutela à liberdade individual, ratificando o entendimento de que o acusado apenas teria sua imputação de culpa, após a condenação.

Assim também preconiza o Pacto de San José, mais precisamente em seu artigo 8º, ao estabelecer que “toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”.

Todavia, apesar deste amparo à proteção do indivíduo, é prudente ressaltar que a prisão pode sim acontecer antes da sentença penal condenatória, desde que não seja como finalidade a punibilidade do agente.

É justamente neste sentido que o Código de Processo Penal traz em seu artigo 302 e seguintes as prisões, preventiva, temporária, além da prisão em flagrante, mas como já dito, nenhuma delas possui como finalidade a punição imediata ao agente.

Não obstante, há de se apontar também outras características deste alicerce do devido processo legal. A influência principiológica da não culpabilidade no ordenamento jurídico brasileiro se deu por muitos diplomas internacionais tidos como clássicos, além do Pacto de San José, ora já mencionado, há também inspiração na Declaração Universal dos Direitos Humanos, bem como na Convenção Europeia de Direitos Humanos de 1950.

2.1 MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

A mutação constitucional surge como um mecanismo de adequação da norma à realidade social, trazendo constantes atualizações da aplicação do dispositivo legal ante as necessidades e evoluções de uma sociedade. Assim, coloca-se a mutação constitucional como uma ferramenta modificadora da Constituição.

Neste mesmo enredo, ensina Ana Cândida Ferraz ao definir mutação constitucional:

“(…) alteração, não da letra ou do texto expresso, mas do significado, do sentido e do alcance das disposições constitucionais, por meio ora da interpretação judicial, ora dos costumes, ora das leis, alterações essas que, em geral, se processam lentamente, e só se tornam claramente perceptíveis quando se compara o entendimento atribuído às cláusulas constitucionais em momentos diferentes, cronologicamente afastados uns dos outros, ou em épocas distintas e diante de circunstâncias diversas”. (FERRAZ, 1986, p.09)

A grande questão é que a mutação constitucional é apenas uma das formas para se proceder com a alteração da Constituição. Em verdade, cabe que de acordo com a própria Carta Política, há apenas uma maneira para buscar essa reforma, ora prevista no art. 60 da CF, através da formalidade do ato modificativo, edificando-se por meio da Emenda Constitucional.

Todavia, como ensina Uadi Lammego Bulos, a solenidade prevista na Constituição nem sempre seria oportuna, levando em consideração a alta complexidade nos trâmites previstos para alteração do dispositivo Maior, logo, tem-se:

“Seria errôneo e mesmo ingênuo conceber-se uma Constituição inalterável, frente à realidade social cambiante, com exigências, necessidades e situações sempre novas, em constante evolução” (BULOS, 1997, p. 57)

Portanto, a mutação constitucional não pode ser desprezada em detrimento à Reforma.

Assim também entende Luís Roberto Barroso, senão vejamos:

(...) a mutação constitucional consiste em uma alteração do significado de determinada norma da Constituição, sem observância do mecanismo constitucionalmente previsto para as emendas e, além disso, sem que tenha havido qualquer modificação de seu texto. Esse novo sentido ou alcance do mandamento constitucional pode decorrer de uma mudança na realidade fática ou de uma nova percepção do Direito, uma releitura do que deve ser considerado ético ou justo. (BARROSO, 2011, p. 148-149)

Essa mutação constitucional se dá de uma forma não solene, ou seja, a letra da lei permanece intacta, todavia, o seu entendimento é alterado, buscando uma melhor aplicabilidade diante dos novos fatos e percepções jurídicas de uma determinada sociedade. Diferentemente do que ocorre em uma reforma constitucional.

É neste aspecto que se discute sobre o ativismo judicial. Esse ativismo do Poder Judiciário reflete-se em uma discutível proeminência da atuação judiciária, que por sua vez estaria avançando “limites” de atuação tripartite da atribuição dos poderes do Estado, como afirma-se na doutrina de Luís Roberto Barroso:

“A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.” (BARROSO, 2008)

Na mesma proporção em que o Judiciário possui legitimidade para modificar o entendimento constitucional, há de se ponderar até qual ponto esta modificação interpretativa não estaria contrapondo a autonomia e competência do Legislativo em reformar a Constituição mediante as Emendas e Revisões, conforme preconizado nos art. 3º, ADCT, além do art. 60º, CF/88.

Seguindo este viés, há de se pontuar o entendimento doutrinário de José Gomes CANOTILHO:

(...) uma coisa é admitirem-se alterações do âmbito ou esfera da norma que ainda se podem considerar susceptíveis de serem abrangidas pelo programa normativo (Normprogramm), e outra coisa é legitimarem-se alterações constitucionais que se traduzem na existência de uma realidade constitucional inconstitucional, ou seja, alterações manifestamente inoportáveis pelo programa da norma constitucional. (CANOTILHO, 2000, p. 254)

Portanto, há de se ponderar a aplicabilidade da mutação constitucional em determinados casos, como por exemplo o entendimento constitucional tomado pela Corte Maior ao apreciar no ano de 2016 o HC nº 126.292.

[...]cumpre ao Poder Judiciário e, sobretudo, ao Supremo Tribunal Federal, garantir que o processo - único meio de efetivação do jus puniendi estatal -, resgate essa sua inafastável função institucional. A retomada da tradicional jurisprudência, de atribuir efeito apenas devolutivo aos recursos especial e extraordinário (como, aliás, está previsto em textos normativos) é, sob esse aspecto, mecanismo legítimo de harmonizar o princípio da presunção de inocência com o da efetividade da função jurisdicional do Estado. Não se mostra arbitrária, mas inteiramente justificável, a possibilidade de o julgador determinar o imediato início do cumprimento da pena, inclusive com restrição da liberdade do condenado, após firmada a responsabilidade criminal pelas instâncias ordinárias.

(STF - HC: 126292 SP - SÃO PAULO 8620448-89.2015.1.00.0000, Relator: Min. TEORI ZAVASCKI, Data de Julgamento: 17/02/2016, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-100 17-05-2016)

Este julgado é um caso emblemático, tanto pela sua repercussão, quanto por suas controvérsias causadas no âmbito jurídico-acadêmico.

Se ainda levar em consideração que o Supremo valeu-se do poder difuso de constitucionalidade para modificar o entendimento de um dispositivo legal que versa sobre garantias e direitos fundamentais, sendo portanto, uma cláusula pétrea, conforme prevê o art. 60, § 4º, inciso IV, da Constituição Federal, agrava-se ainda mais essa situação.

É justamente nesta seara que encontra-se um dos grandes problemas do entendimento do STF ante o HC nº 126.292, afinal, indo de encontro com o art. 5º, inciso LVII, bem como do art. 283 do CPP, entendeu como possível o cumprimento da sentença penal condenatória antes do esgotamento das vias recursais no grau máximo jurisdicional.

Neste sentido, em conflito com os dispositivos legais supracitados, a Suprema Corte confronta a também a doutrina majoritária no tocante ao tema, indo desde o ilustre Cesare BECCARIA, em sua eternizada obra *Dos Delitos e das Penas*, no qual esboçava a construção da presunção de inocência desde o século XVIII:

“Um homem não pode ser chamado de 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 das quais ela lhe foi outorgada”.
(BECCARIA, 1997, p. 69)

A repercussão dessa decisão foi tão significativa, que provocou várias ações perante o Supremo, com destaque para a ADC nº 54, que apontava a automaticidade das prisões após a condenação no segundo grau jurisdicional. O objetivo principal da ADC, que por sua vez era fortalecida por outras duas ações declaratórias, ora de números 43 e 44, era declarar constitucional o artigo 283 do CPP, que era totalmente contrário ao então entendimento do Supremo, hoje já superado, da viabilidade do cumprimento da sentença penal antes do esgotamento dos recursos cabíveis.

Ademais, a respeito dos limites da mutação constitucional, é primoroso ressaltar que de acordo com a própria nomenclatura, a mutação modifica a Constituição, logo, trata-se de uma interpretação acerca da CF, não de correntes doutrinárias ou de meros entendimentos jurisprudenciais tidos isoladamente ante à Lei Maior.

Neste viés, desbravando os fatos e fenômenos jurídicos sobre o tema, surge na doutrina, o entendimento no qual havendo uma mutação que contrarie o texto Constitucional, ela abandonaria o propósito da mutação constitucional, que é justamente o intérprete dar nova forma à Norma, tornando-se assim, uma “mutação inconstitucional”, como afirma Luís Roberto BARROSO (2010, p. 129).

Seguindo essa corrente, de forma implacável pronuncia-se o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, relacionando o posicionamento do STF diante do HC nº 126.292/SP com a doutrina antevetida por Barroso, categorizando assim o entendimento adotado pelo STF face à referida ação constitucional como uma “mutação inconstitucional”.

Não obstante, há de se observar o julgado do STF a respeito das Ações Declaratórias de Constitucionalidade de nº 43, 44 e 54, onde os requerentes buscavam mudar o então entendimento da Corte Maior, que permitia a execução da pena após decisão colegiada em segunda instância.

Tendo como objeto central das ADCs o assentamento da constitucionalidade do art. 283, do CPP, os Ministros do Supremo procederam com o reconhecimento ora requerido, retificando assim, o entendimento anterior, tomado após o julgado do HC nº 126.292/SP, já mencionado anteriormente. Vale ressaltar ainda o que se encontra disposto no referido artigo:

Art. 283. 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. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 1º As medidas cautelares previstas neste Título não se aplicam à infração a que não for isolada, cumulativa ou alternativamente cominada pena privativa de liberdade. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 2º A prisão poderá ser efetuada em qualquer dia e a qualquer hora, respeitadas as restrições relativas à inviolabilidade do domicílio. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

Outrossim, diante do reconhecimento da constitucionalidade do artigo supracitado, modificou-se, novamente, o posicionamento do STF ante o instituto da execução provisória da pena, que doravante passou aplicar sua interpretação normativa seguindo estritamente o disposto no art. 5º, LVII, CF/88, bem como o que se aduz também em norma infraconstitucional acima exposta.

2.2 CPP À LUZ DA CONSTITUIÇÃO

Aludindo o papel de cada um dos alicerces principais dessa problemática, faz-se necessário uma abordagem mais dialética entre todos esses elementos, a fim de compreender a essência da contrariedade da mutação constitucional adotada pelo STF diante da possibilidade do cumprimento da sentença penal condenatória antes do esgotamento dos recursos pertinentes.

Como já foi exposto, a Constituição Federal norteia todo o ordenamento jurídico brasileiro. Não obstante, além de regulamentar a estrutura do Estado, sendo amparado por demais diplomas e dispositivos legais, conseguinte, as decisões proferidas por determinada autoridade judiciária, necessariamente deverá ser uníssona à Carta Política, seja esta uma decisão monocrática, colegiada ou até mesmo por entendimento jurisprudencial dos Tribunais.

É justamente neste ponto que cria-se a problemática apresentada neste artigo, afinal a Constituição é soberana e norteia as decisões judiciais. Como o princípio da presunção de inocência está previsto no já mencionado dispositivo legal, cabe à autoridade judiciária aplicá-lo de acordo com a sua previsão constitucional. Outrossim, há de se considerar que o instituto do trânsito em julgado da sentença penal condenatória é pacificado, seja doutrina ou jurisprudencialmente.

Logo, resta de maneira lúcida e inequívoca o entendimento a respeito do trânsito em julgado da sentença, ou também conhecido como coisa julgada, onde seguindo os ensinamentos de Enrico Tullio LIEBMAN (1981), a coisa julgada é uma qualidade da sentença, a qual torna imutável o comando legal deste título.

Neste mesmo aspecto, tem-se o entendimento doutrinário do jurista Gustavo Henrique BADARÓ a respeito da consequência da coisa julgada no ordenamento jurídico, que aduz o fato do trânsito em julgado da sentença penal condenatória relacionar-se com o elemento da imutabilidade da sentença ou acórdão: “Assim, o trânsito em julgado da sentença penal condenatória ocorre no momento em que a sentença ou o acórdão torna-se imutável, surgindo a coisa julgada material” (BADARÓ, 2018).

“Não há, portanto, margem exegética para que a expressão seja interpretada, mesmo pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido de que o acusado é presumido inocente, até o julgamento condenatório em segunda instância, ainda que interposto recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal ou recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça.” (BADARÓ, 2018)

Outrossim, há de considerar-se a aplicação hermenêutica interpretativa ante a fria letra de lei, afinal, presumir-se que após mera manutenção da sentença pelos Tribunais ante decisão proferida pelo Juízo Primevo, viabilizaria o início ao cumprimento da pena, poderia representar eventual divergência constitucional, tendo em vista que se houve interposição de Recurso ante o acórdão, o mesmo poderá ser reformado, característica essa que preserva o status de inocente do acusado, conforme garante o princípio da não culpabilidade.

Elucidado o elemento interpretativo à luz constitucional, urge o Código de Processo Penal como alicerce garantidor dos Direitos Fundamentais, previstos na Constituição Federal, tendo o merecido destaque ao artigo 283, do CPP. Ao encontro do art. 5º, inciso LVII da CF, o art. 283, do CPP reforça, em seu caput, a tese do cabimento da prisão em caráter de cumprimento da pena apenas após o trânsito em julgado do título:

Art. 283. 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.** (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência) (Grifo nosso).

Entretanto, para entender melhor o cabimento da prisão, é necessária uma breve exposição para reforçar a diferença entre a prisão cautelar e a prisão em virtude da condenação, ora advinda pela sentença penal condenatória. Inicialmente, cabe uma breve análise sobre a prisão em flagrante, que busca precipuamente a não consumação do crime ou seu exaurimento, além de evitar a fuga do suspeito, bem como viabilizar a colheita de elementos probatórios de autoria e materialidade do

delito. De forma transparente e objetiva, surge a referida prisão cautelar pacificada com o taxativo art. 302, do CPP.

Ainda neste sentido, há também a prisão preventiva, prevista no art. 311, do CPP, e seguintes, com destaque para o art. 312, do referido diploma legal, que regulamenta os cabimentos da sua decretação. Essa modalidade de prisão permite a garantia do procedimento investigatório ou do processo penal, quando presente o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* em detrimento à ordem pública ou econômica.

Por fim, há de se ressaltar o papel da prisão temporária, prevista pela Lei nº 7.960/89, que completa os tipos de prisões cautelares previstas no ordenamento jurídico brasileiro. Este último tipo de prisão cautelar é bem restritiva, aplicando-se apenas em crimes e situações específicas, taxadas na Lei regulamentadora.

Não obstante, diante dos ensinamentos de Guilherme de Souza NUCCI, tem-se a seguinte definição para prisão:

“É a privação da liberdade, tolhendo-se o direito de ir e vir, através do recolhimento da pessoa humana ao cárcere. Não se distingue, nesse conceito, a prisão provisória, **enquanto se aguarda o deslinde da instrução criminal, daquela que resulta de cumprimento de pena.** Enquanto o Código Penal regula a prisão proveniente de condenação, estabelecendo as suas espécies, formas de cumprimento e regimes de abrigo do condenado, o Código de Processo Penal cuida da prisão cautelar e provisória, **destinada unicamente a vigorar, quando necessário, até o trânsito em julgado da decisão condenatória.**” (Grifo nosso). (NUCCI, 2014, p. 463)

Portanto, percebe-se a clara natureza da prisão cautelar, que por sua vez é decretada, unicamente pelo judiciário, a fim de viabilizar em plenas condições a instrução criminal, até o trânsito em julgado da decisão condenatória. Diante o exposto, não se confunde a prisão cautelar com a prisão destinada ao cumprimento da sentença penal condenatória.

Após esse breve desvendar, torna-se possível debruçar-se de forma mais asseverada sobre a fiel importância do art. 283, do já debatido dispositivo legal, em consonância ao princípio constitucional, ora positivado no art. 5º, inciso LVII:

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

Neste sentido, surgem ainda Nestor TÁVORA e Rosmar Rodrigues ALENCAR, ratificando o entendimento exposto no presente artigo:

[...] o reconhecimento da autoria de uma infração criminal pressupõe sentença condenatória transitada em julgado (art. 5º, inc. LVII, da CF). Antes deste marco, somos presumivelmente inocentes, cabendo à acusação o ônus probatório desta demonstração, além do que o cerceamento cautelar da liberdade só pode ocorrer em situações excepcionais e de estrita necessidade. (TÁVORA; ALENCAR, 2015, p. 51)

Por isso, tem-se que até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, a regra no ordenamento jurídico brasileiro é a liberdade, restando assim, o encarceramento como mero acessório excepcional, atendo-se necessariamente às delimitações previstas em lei.

Ademais, havendo o STF se posicionado de forma contrária aos dispositivos legais em evidência, insurgiram-se os legitimados a propositura de ação de controle de constitucionalidade, outrora já suscitada neste artigo, mas carecendo de uma maior atenção nesta literatura, provocando os Supremo mediante a ADC de nº 43, bem como seus apensos de nº 44 e 54.

Analisando o julgado da supracitada ação, ocorre que, na medida em que o Plenário da Corte maior assente com a procedência da ADC, pacifica-se nova jurisprudência a respeito da execução provisória da pena, sendo doravante inadmitida, salvo casos específicos expressos em lei.

Decisão: O Tribunal, por maioria, nos termos e limites dos votos proferidos, **julgou procedente a ação para assentar a constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, na redação dada pela Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011**, vencidos o Ministro Edson Fachin, que julgava improcedente a ação, e os Ministros Alexandre de Moraes, Roberto Barroso, Luiz Fux e Cármen Lúcia, que a julgavam parcialmente procedente para dar interpretação conforme. Presidência do Ministro Dias Toffoli. Plenário, 07.11.2019. (Grifo nosso).

Todavia, apesar de pacificado o entendimento acerca do tema exposto, não ficou definido pela Corte Suprema a viabilidade da alteração do texto constitucional acerca da propositura de Propostas de Emendas à Constituição, fato que toma-se notoriedade e protagonismo após a PEC nº 05/2019, que objetiva justamente a positivação em texto constitucional da execução provisória da pena.

2.3 PEC N° 05/2019: PONTOS E CONTRAPONTOS

Como já explanado no artigo, o STF valendo-se da mutação constitucional, pacificou o entendimento da viabilidade da execução provisória da pena ao julgar o HC nº 126.292/SP. Não obstante, em decorrência deste entendimento, surgiram várias Ações Declaratórias de Constitucionalidade, que por sua vez resultaram em um novo entendimento do Supremo, desta vez, contrário à execução provisória da pena, fundamentando-se no art. 283 do Código de Processo Penal.

O fato do STF ter-se valido da mutação constitucional para edificar um entendimento não é o problema da questão, mas sim o fato do entendimento modificado versar sobre cláusula pétrea. Seguindo os ensinamentos de Paulo Gustavo GONET, verifica-se que as cláusulas pétreas estão salvaguardadas de eventuais modificações, seja por via formal, através das emendas constitucionais, seja por via informal, através da mutação constitucional.

“O poder constituinte originário cria o poder de reforma e estabelece também o procedimento que este deve trilhar. Por isso mesmo, o poder constituinte derivado deve respeito aos limites que o originário lhe impuser.(...)”

O poder constituinte originário pode estabelecer que certas regras são intangíveis. Terá consagrado o que se denomina de cláusula pétrea. Essas cláusulas de perpetuidade são justificadas politicamente sob o argumento de que perfazem um núcleo essencial do projeto, que o titular do poder constituinte originário intenta preservar de quaisquer mudanças institucionalizadas.” (Grifo nosso) (GONET, 2009, 4ªed)

Sendo assim, intenta-se o STF, em seu derradeiro entendimento, ora rechaçando a execução provisória da pena, em manter-se fiel à Carta Política.

Portanto, como já visto, não poderia o Supremo, valer-se da mutação constitucional para dar nova interpretação ao inciso LVII, do art. 5º da CF. Todavia, o Poder Legislativo, em Proposta de Emenda Constitucional, doravante denominada de PEC,

teria autonomia para viabilizar a execução provisória da pena, de uma forma que não contrariasse a Carta Magna, e tão pouco tentasse alterar uma cláusula pétrea.

Tudo isso seria possível através da aprovação da PEC nº 05/2019, outrora ainda em tramitação no Congresso Nacional. A proposta em questão, tem como objetivo a inserção de um novo inciso, ora o XVI, no artigo 93 da Constituição Federal, a fim de positivizar a possibilidade da execução provisória da pena, após condenação proferida em órgão colegiado, independente da possibilidade de interposição de recursos em grau jurisdicional superior.

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

O que se mostra interessante nessa PEC é que ela busca resolver um dos maiores conflitos da execução provisória da pena, que é justamente a inalteração da cláusula pétrea, afinal, o dispositivo modificado seria o artigo 93 e não o artigo 5º, ambos da Lei Maior.

Outro aspecto de viabilidade da PEC nº 05/2019, consiste muito na consonância com o entendimento doutrinário a respeito da mutabilidade da cláusula pétrea, ora ensinado por Nathalia MASSON (2018), no qual debruça-se a respeito da locução “tendente a abolir”, ora prevista no art. 60, § 4º, CF/88.

Ou seja, ao amparar o núcleo essencial do direito protegido como cláusula pétrea o constituinte, não garantiu uma intangibilidade absoluta ao dispositivo. Meras reformulações linguísticas, em que nada alterem a substância daquilo preservado pela cláusula pétrea, são viáveis, assim como reformas superficiais, que não atinjam seu núcleo central.

Ademais, sendo o Congresso Nacional precipuamente composto por representantes do povo, cabe aos congressistas legitimar a vontade do povo. Seguindo neste raciocínio, foi aberto uma consulta pública, disponível no próprio site do Senado

Federal, questionando ao cidadão o seu posicionamento a respeito da proposição da PEC nº 05/2019.

Ainda sobre a consulta pública, segundo dados disponibilizados no site do Senado Federal, iniciada em 18/11/2019 até 10/06/2021, os votos apurados sendo favoráveis à referida Proposta de Emenda Constitucional, perfazem um percentual de 91,87% (noventa e um vírgula oitenta e sete por cento), contra 8,13% (oito vírgula treze por cento) contrários à proposição da PEC, em um universo de 26.122 (vinte e seis mil cento e vinte e dois votos).

Neste sentido, surgem Eugenio Raúl ZAFFARONI e José Henrique PIERANGELI (2015), observando que de acordo com as necessidades da sociedade, há uma necessidade de adequação social das leis, bem como da conduta humana. Isso principalmente, no tocante às leis penais, que por sua vez tutelam e regulam os conflitos que envolvem o maior bem jurídico do nosso ordenamento, logo, a vida.

Portanto, mostra-se que a Lei, seja ela a Carta Constitucional ou dispositivo infraconstitucional, normatiza as relações e condutas da sociedade, devendo ser assim, consequência dos anseios e mudanças sociais, como assim sugere o aforismo *“ubi societas, ibi jus”*.

Posto a respeito da relativização no tocante à imutabilidade da cláusula pétrea, bem como visto sobre a necessidade da adequação legal às mudanças sociais, há de se abrir espaço para um terceiro aspecto interessante que dialoga com esses dois alicerces outrora expostos, que é a prevalência, mas não supremacia dos direitos e garantias fundamentais em nosso ordenamento.

Neste sentido, é prudente ressaltar que os direitos fundamentais possuem como característica a relatividade e não o absolutismo, ou seja, havendo conflito de direitos, necessariamente um se sobreporá ao outro, como ensina Cristina QUEIROZ:

“Na verdade, quando dois ou mais princípios colidem a solução do conflito está no recurso a um procedimento de ponderação. Instrumento dessa ponderação é o recurso a um conjunto de

“relações de precedência” que ordenam os princípios em conflito. Essas relações de precedência não são absolutas, mas “condicionadas”. Valem unicamente sob as condições do caso particular ou de um grupo determinado de casos. Não possuem assim valor absoluto ou geral. De contrário, não poderíamos falar num processo de ponderação, mas de “sobreposição” ou “triumfo” de um princípio sobre o outro.” (QUEIROZ, 2000, p. 185)

Portanto, como exposto neste capítulo, por mais que se trate de direitos e garantias fundamentais, sendo ainda considerados cláusulas pétreas, não exerce tal princípio uma intangibilidade suprema.

Não obstante, valendo-se da possibilidade de expor pontos e contrapontos, ora oportunizada pelo ambiente Acadêmico, urge o mestre Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, com o seguinte ensinamento:

“violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa, não só a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.” (BANDEIRA DE MELLO, 2000, p. 747 - 749)

Sendo assim, de acordo com o exposto, constrói-se, no papel de antítese, o entendimento a respeito da impossibilidade da execução provisória da pena, posto que para parte da doutrina, a PEC nº 05/2019, mesmo que não altere diretamente o art. 5º, inciso LVII, da CF. Isso porque, conforme já aduzido, a cláusula pétrea não poderia ter o seu núcleo modificado.

Logo, neste entendimento, seria inconstitucional a tentativa de positivizar a viabilidade da execução provisória da pena, mesmo que tal modificação se desse através da emenda constitucional do art. 93, da CF.

Edifica-se assim, um cenário tênue entre a modificação legal, ora tida pelo próprio Poder Judiciário (mutação constitucional), outrora pelo Poder Legislativo (Proposta de Emenda à Constituição), a fim de atender os anseios e relações sociais atuais, em face da garantia constitucional, que por sua vez tem em sua essência a imutabilidade ao tratar-se de direitos fundamentais.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do assentado neste artigo, pode-se afirmar a necessidade de modificação da Constituição, a fim de acompanhar as mudanças da sociedade. Entretanto, tais mudanças precisam acontecer de acordo com os ditames constitucionais, havendo assim, uma linha tênue entre estes dois aspectos.

Todavia, analisando especificamente o fato da execução provisória da pena, há de se pontuar observações pertinentes. Em plano sobressalente, há de se pontuar a atual impossibilidade da execução provisória, face a cláusula pétrea que positiva a garantia fundamental do princípio da não culpabilidade, bem como a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal, que ratifica que a prisão dar-se-á mediante o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Em contraponto, dos aspectos favoráveis à viabilidade da execução provisória, observa-se o elemento social, que representa as novas relações jurídicas e valores da sociedade, onde conforme demonstrado ao longo do presente artigo, é um dos pilares para a movimentação do Congresso para reformar a Carta Política.

Outrossim, vale reiterar que a PEC nº 05/2019, em uma derradeira tentativa de viabilizar a execução provisória da pena, busca alterar um artigo da CF que não versa sobre direito ou garantia fundamental, o que pode ser considerado como um esforço em driblar o protecionismo inerente ao núcleo da cláusula pétrea, o que por sua vez, poderia expurgar uma eventual inconstitucionalidade da Proposta.

Analisando as exposições apresentadas, apesar de não serem conclusivas devido à própria natureza do problema de pesquisa, que por sua vez não proporciona uma solução uníssona, entende-se que há de se ponderar até qual ponto se deve prevalecer a imutabilidade da cláusula pétrea em detrimento à necessidade de adequação das normas às modificações sociais que acontecem com o passar dos anos.

Indubitavelmente que as garantias e direitos fundamentais são os alicerces mais sólidos do Estado democrático de Direito, dispensando qualquer introdução histórica,

que por si só seria capaz de recrudescer um artigo. Entretanto, em que pese a ponderação de direitos, é prudente não expurgar de imediato a possibilidade de adequação dos princípios diante das modificações inerentes à sociedade.'

Ademais, diante de uma temática tão complexa e delicada quanto a exposta, conforme previsão constitucional, não deveria caber à Corte Máxima do Poder Judiciário manifestar-se em tom decisivo a respeito do assunto, cabendo, portanto, ao Poder Legislativo, ora revestido de sua função legiferante, em regulamentar o tema, como assim foi tentado através da PEC objeto de estudo deste artigo.

Desta mesma maneira, que de forma assertiva o STF modificou o seu entendimento ante o julgado do HC nº 126.292/SP, onde possibilitava a execução provisória da pena, reconhecendo a constitucionalidade da afirmação de quem ninguém será preso senão em virtude de condenação criminal transitada em julgado, ressalvada exceções previstas em lei.

Neste sentido, objetivando conglomerar os posicionamentos doutrinários juntamente com os dispositivos legais apresentados, permite-se concluir que a execução provisória da pena é inconstitucional, pois confronta diretamente garantias fundamentais, bem como princípios constitucionais enraizados historicamente no ordenamento jurídico ocidental e aplicados na Constituição Pátria ao final do século passado.

Ainda a respeito da inconstitucionalidade da execução provisória, é pertinente alegar que a própria PEC nº 05/2019, por mais que siga o rito das Emendas, ora previsto constitucionalmente, também se mostra como sendo contrária à CF. Isso porque independente da referida Proposta não alterar diretamente o texto de artigo consagrado como cláusula pétrea, o objeto da PEC fere o núcleo de um direito fundamental, ora do princípio da não culpabilidade, sacramentada no art. 5º, inciso LVII, da Lei Maior.

Arrematando assim, acerca do tema apresentando, conclui-se que independentemente da necessidade de se ponderar as mudanças interpretativas de acordo com as evoluções do relacionamento e valores sociais, o Judiciário deve se

manter fiel à Constituição, pois dela é que se deve refletir os direitos fundamentais, conquistados após séculos de luta.

4. REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, promulgada em 05 de outubro de 1988. Publicada no DOU de 05.10.1998. Planalto. Sítio Oficial. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 set. 2020.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm> Acesso em: 14 nov. 2020.

BRASIL. Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7960.htm> Acesso em: 25 abr. 2021.

BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm> Acesso em: 17 nov. 2020.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3689 de 3 de outubro de 1941. Instituiu o Código de Processo Penal. Publicado no DOU de 13.10.1941. Brasília. DF. Disponível em: Acesso em: 10 set. 2019.

UNICEF. Declaração Universal dos Direitos Humanos,1948. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>> Acesso em: 15 nov. 2020.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 4ª edição, pág. 1189

GOVERNO DO BRASIL. Democrática, Constituição Federal de 1988 foi Construída pela Sociedade,2018. Disponível em: <<https://www.gov.br/pt-br/constituicao-30-anos/textos/democratica-constituicao-federal-de-1988-foi-construida-pela-sociedade>> Acesso em: 10, nov. 2020.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. Direito constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

ROMANO, Rogério Tadeu. Continência e Conexão como Formas de Modificação de Competência no Processo Penal. Disponível em: <<https://www.jfrn.jus.br/institucional/biblioteca/doutrina/Doutrina264-continencia-e-conexao-formas-processo-penal.pdf>> Acesso em: 18 mar. 2021.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Processos informais de mudança da constituição: Mutações constitucionais como manifestação da interpretação constitucional pluralista Página 16 mutações constitucionais e mutações inconstitucionais. São Paulo: Max Limonad, 1986. p. 9.

BULOS, Uadi Lammêgo. Mutações Constitucionais. São Paulo: Saraiva, 1997, p.57

BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 3ª. ed., São Paulo: Saraiva, 2011, p. 148 - 149.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. Disponível em: <http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf> Acesso em: 15 mar. 2021

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 4ª. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 254

Supremo Tribunal Federal. Plenário. Direito Constitucional. Direito Processual Penal. Habeas Corpus nº 126.292 de São Paulo. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Impetrante: Maria Claudia de Seixas. Coator: Relator do HC nº 313.021 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília, 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4697570>>. Acesso em 11 set. 2019

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE

SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. Habeas Cosrpus, nº 126.292/São Paulo. Marcio Rodrigues Dantas. Relator: Ministro Teori Zavascki. 17 fev. 2016.

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

BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. 2a Ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 129).

LIEBMAN, Enrico Tullio. Eficácia e autoridade da sentença e outros aspectos escritos sobre a coisa julgada (com aditamentos relativos ao direito brasileiro). 2. ed. Tradução de: Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Forense: Rio de Janeiro, 1981.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró. É temerário admitir que o STF pode "criar" um novo conceito de trânsito em julgado. 6 de abril de 2018. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2018-abr-03/badaro-stf-nao-criar-conceito-transito-julgado>> Acesso em: 16 nov. 2020

NUCCI, Guilherme de Souza. Prisão e liberdade. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 463.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de direito processual penal. 10ª ed. JusPODIVM, 2015. p. 51.

CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. ADC nº 44. Disponível em <<http://s.conjur.com.br/dl/oab-stf-declare-constitucional-prisao.pdf>>. Acesso em 22/11/2017.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Oliveira. 4ª. ed. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2009.

MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional.** 6. ed. Salvador: JusPODIVM, 2018, p. 139.

SENADO FEDERAL. Consulta Pública, Proposta de Emenda à Constituição nº 5 de 2019 (PEC 5/2019). Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/ecidadania/visualizacaomateria?id=135253>> Acesso em: 10 jun. 2021.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro. 11. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015, p.505

QUEIROZ, Cristina M. M. O Princípio da não reversibilidade dos Direitos Fundamentais Sociais. 2000. Op.cit., p.14.

MELLO, Celso Antonio Bandeira. Curso de Direito Administrativo, 12a edição, Malheiros, 2000, pp. 747 a 749.

A Constituição e o Supremo. **Supremo Tribunal Federal**, 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp?item=1079>> Acesso em: 12, nov. 2020

BITENCOURT, C. R. Tratado de Direito Penal: Parte geral. 16. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LENZA, P. Direito constitucional esquematizado. 20. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016. Ebook.

MONTESQUIEU, C.D.S. O espírito das leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes. 8. Ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

GOMIDE, Mariana. Mutação Constitucional. 2017. Disponível em: <https://www.pucrs.br/direito/wpcontent/uploads/sites/11/2017/09/mariana_gomide_20171.pdf> Acesso em: 10 mar. 2021



Relatório do Software Anti-plágio CopySpider

Para mais detalhes sobre o CopySpider, acesse: <https://copyspider.com.br>

Instruções

Este relatório apresenta na próxima página uma tabela na qual cada linha associa o conteúdo do arquivo de entrada com um documento encontrado na internet (para "Busca em arquivos da internet") ou do arquivo de entrada com outro arquivo em seu computador (para "Pesquisa em arquivos locais"). A quantidade de termos comuns representa um fator utilizado no cálculo de Similaridade dos arquivos sendo comparados. Quanto maior a quantidade de termos comuns, maior a similaridade entre os arquivos. É importante destacar que o limite de 3% representa uma estatística de semelhança e não um "índice de plágio". Por exemplo, documentos que citam de forma direta (transcrição) outros documentos, podem ter uma similaridade maior do que 3% e ainda assim não podem ser caracterizados como plágio. Há sempre a necessidade do avaliador fazer uma análise para decidir se as semelhanças encontradas caracterizam ou não o problema de plágio ou mesmo de erro de formatação ou adequação às normas de referências bibliográficas. Para cada par de arquivos, apresenta-se uma comparação dos termos semelhantes, os quais aparecem em vermelho.

Veja também:

[Analisando o resultado do CopySpider](#)

[Qual o percentual aceitável para ser considerado plágio?](#)



Relatório gerado por: arieldenizard@hotmail.com

Arquivos	Termos comuns	Similaridade
ARIEL DENIZARD COUTO SILVA 03.06.docx X https://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2017/09/mariana_gomide_20171.pdf	424	2,67
ARIEL DENIZARD COUTO SILVA 03.06.docx X http://e-legis.camara.leg.br/cefor/index.php/e-legis/article/download/128/124	255	1,86
ARIEL DENIZARD COUTO SILVA 03.06.docx X http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm	311	0,48
ARIEL DENIZARD COUTO SILVA 03.06.docx X http://www.readbag.com/graduacao-uerj-br-relatorio-divulgacao-10a-semana-graduacao	286	0,22
ARIEL DENIZARD COUTO SILVA 03.06.docx X https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=444384&ori=1	15	0,21
ARIEL DENIZARD COUTO SILVA 03.06.docx X https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2018/novembro/artigo-21-deg-toda-a-pessoa-tem-o-direito-a-participacao-democratica	12	0,15
ARIEL DENIZARD COUTO SILVA 03.06.docx X http://portal.stf.jus.br	4	0,05
ARIEL DENIZARD COUTO SILVA 03.06.docx X https://www.gov.br/planalto/pt-br	3	0,04
ARIEL DENIZARD COUTO SILVA 03.06.docx X https://www.vagalume.com.br/filipe-ret/questione.html	0	0,00

Arquivos com problema de download

<https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10655791/artigo-283-do-decreto-lei-n-3689-de-03-de-outubro-de-1941>

Não foi possível baixar o arquivo. É recomendável baixar o arquivo manualmente e realizar a análise em conluio (Um contra todos). - Erro: Parece que o documento não existe ou não pode ser acessado. HTTP response code: 403 - Server returned HTTP response code: 403 for URL:
<https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10655791/artigo-283-do-decreto-lei-n-3689-de-03-de-outubro-de-1941>



=====
Arquivo 1: [ARIEL DENIZARD COUTO SILVA 03.06.docx](#) (6219 termos)

Arquivo 2: https://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2017/09/mariana_gomide_20171.pdf
(10037 termos)

Termos comuns: 424

Similaridade: 2,67%

O texto abaixo é o conteúdo do documento [ARIEL DENIZARD COUTO SILVA 03.06.docx](#) (6219 termos)

Os termos em vermelho foram encontrados no documento https://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2017/09/mariana_gomide_20171.pdf (10037 termos)

=====
5

ARIEL DENIZARD COUTO SILVA

OS LIMITES DAS **EMENDAS E MUTAÇÕES CONSTITUCIONAIS** SOB O PRISMA DA EXECUÇÃO
PROVISÓRIA DA PENA **A PARTIR DO JULGADO DO HC Nº 126.292/SP**

SALVADOR - BA

2021

ARIEL DENIZARD COUTO SILVA



OS LIMITES DAS **EMENDAS E MUTAÇÕES CONSTITUCIONAIS** SOB O PRISMA DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA **A PARTIR DO JULGADO DO HC Nº 126.292/SP**

Trabalho de conclusão de curso, apresentado com finalidade de obtenção da aprovação acadêmica no Bacharelado em Direito na Universidade Católica do Salvador - UCSAL.

Orientador: Prof. MSc. André Quadros Côrtes

SALVADOR - BA
2021

RESUMO

O trabalho apresentado busca analisar **a atuação do Supremo Tribunal Federal** sob os limites **das mutações constitucionais**, diante da sua interpretação acerca da execução provisória da pena, concretizada mediante o HC nº 126.292/SP, além de analisar a eventual inconstitucionalidade da PEC nº 05/2019.

A relevância do tema abordado é flagrante, posto **que, trata-se de** uma discussão com relevância nacional, onde recentemente tiveram muitas mudanças de interpretações a respeito da temática, perdurando até hoje árduos debates acerca do assunto. Logo, busca-se na presente literatura entender a viabilidade de uma eventual aplicação da execução provisória da pena **no ordenamento jurídico brasileiro**, respeitando os limites das **Emendas e mutações constitucionais** propiciadas pelos legisladores e intérpretes da Constituição, ora o STF, respectivamente.

Para elaboração deste trabalho foi utilizado como metodologia de pesquisa a revisão bibliográfica e o estudo de caso, sob uma abordagem qualitativa e exploratória.



Palavras-Chave: **Supremo Tribunal Federal**. Constituição Federal. Execução Provisória da Pena. Mutação Constitucional. PEC nº 05/2019.

SUMÁRIO

5

INTRODUÇÃO

Desde a sua promulgação, em 1988, a Constituição Federal vem norteando todo o **ordenamento jurídico brasileiro**, bem como o seu Estado Democrático de Direito. **Como forma de** garantir o cumprimento e concretização dos dispositivos deste diploma legal, incumbiu ao Constituinte Originário delegar **ao Supremo Tribunal Federal** (doravante, STF) o dever de salvaguardar **a Lei Maior**.

Assim sendo, havendo controvérsia jurídica que verse sobre entendimento ou aplicação supostamente contrária ao que se prevê na Constituição, é possível que tal discussão seja levada até o Supremo, a fim de que todos os entendimentos sejam pautados nos princípios e garantias que edificam a Carta Política brasileira.

Diante disso, há interpretações do Supremo que por eventualmente são questionadas quando



confrontadas **com as Normas** a qual viabilizam **a aplicação da hermenêutica constitucional**, sendo justamente um desses entendimentos controversos, ora objeto deste artigo, a execução provisória da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Aprofundando-se neste aspecto, aborda-se no presente estudo o conflito da execução provisória da pena ante o texto constitucional, bem como os efeitos desta questão com uma eventual aprovação da PEC nº 05/2019, que **por sua vez** alteraria drasticamente **a Lei suprema** neste aspecto do **cumprimento da pena**.

Tal alteração se aplicaria ao **art. 93, da Constituição Federal**, incluindo no referido artigo o inciso XVI, que determinaria que a decisão condenatória proferida por órgãos colegiados deve ser executada imediatamente, independentemente do cabimento de eventuais recursos ao grau jurisdicional superior.

Nesse sentido, busca-se responder a seguinte questão de pesquisa: Haveria **a possibilidade de** viabilizar a execução provisória da pena, mediante Proposta **de Emenda à Constituição**, dirimindo, portanto, a subjetividade interpretativa inerente às mutações constitucionais realizadas pelo **Supremo Tribunal Federal** ?

Não obstante, urge **a necessidade de** discutir se o STF cumpriu o preceito constitucional de salvaguardar o disposto na Magna Carta no tocante a execução provisória da pena, bem como a repercussão jurídica diante dos entendimentos da Corte Maior a respeito do tema, posto que uma interpretação contrária ao disposto na Lei Maior, resultaria em um entendimento inconstitucional do Supremo.



2. CONSTITUIÇÃO FEDERAL: A BÚSSOLA DO PODER JUDICIÁRIO

Com o propósito de contribuição literária acadêmica, o presente artigo versa sobre a execução provisória da pena, sob o prisma da sua viabilidade constitucional, que **por sua vez**, ainda causa certa controvérsia no meio jurídico e acadêmico. Portanto, busca-se demonstrar os elementos do assunto em análise, a fim de contemplar as nuances, debates e aspectos do objeto desta pesquisa.

Para entender melhor a problemática trazida ao trabalho, é necessário identificar elementos, características **e até mesmo** conceitos de alguns pilares desta discussão, como por exemplo **o Supremo Tribunal Federal**, em sua competência atribuída pelo art. 102, da Carta Maior, além da garantia fundamental prevista no art. 5º inciso LVII, também **da Constituição Federal**, ora atrelado ao princípio da não culpabilidade. Outrossim, há de se observar também como estes elementos dialogam entre si, chegando assim a uma visão multifacetada ante a discussão aduzida.

Desta forma é possível ao menos concatenar as ideias entre os principais elementos aqui presentes, que **por sua vez** se escusam de serem analisados sob uma ótica una. **De acordo com o** artigo 102 da Constituição (BRASIL 1988), mais precisamente em seu caput, **compete ao Supremo Tribunal Federal** basilarmente **a guarda da** Carta Política, sendo procedida de competências, originárias, ordinárias e extraordinariamente complementares.

Diante disso, compreende-se que sob a luz constitucional, seguirá esta Corte, balizando e atendo suas decisões às normas da já trigenária Carta Política, cabendo-lhe eventuais interpretações e adequações, devido à natural evolução social, bem como dos fatos jurídicos, que **por sua vez** criam fatos novos que venham a precisar **de uma interpretação** mais extensiva, restritiva, ou de qualquer outro gênero, mas sempre fiel ao disposto na Constituição.

Seguindo nesta linha da soberania constitucional, cabe o entendimento de **José Gomes Canotilho**, no qual aduz **a existência de** algumas categorias no tocante **a interpretação da norma**, senão vejamos:

a) **o princípio da** prevalência da Constituição impõe que, dentre as várias possibilidades de interpretação, só se deve escolher-se uma interpretação não contrária ao texto e programas **da norma ou** normas constitucionais; b) **o princípio da** conservação de normas afirma que uma norma não deve ser declarada inconstitucional quando, observados os fins da norma, ela pode ser interpretada em conformidade **com a Constituição**; c) **o princípio da** exclusão da interpretação **conforme a Constituição**, mas ?contra legem? impõe que o aplicador **de uma norma** não pode **contrariar a letra e o** sentido dessa norma **através de uma interpretação conforme a Constituição**, mesmo que através desta interpretação consiga uma concordância entre a norma infraconstitucional e as normas constitucionais. (CANOTILHO 2000, p. 1189)

Portanto, **tem-se que a interpretação** deve ser limitada aos parâmetros estabelecidos constitucionalmente.

Não obstante, seguindo este viés de entendimento ao tema, urge a Constituição Federal como



protagonista do enredo, **trazendo em seu** bojo uma herança garantista e humanizada. Muito por conta do período de sua elaboração e a conseqüente promulgação, que se deu em um cenário pós regime ditatorial, **por isso a** preocupação em preservar a democracia, bem como as garantias individuais e coletivas são intrínsecas ao texto, com destaque para o art. 5º, em seu inciso LVII, ora edificado sob a égide do princípio da não culpabilidade, também herança desta natureza garantista **da Carta Magna**.

Ademais, a Constituição Cidadã, conforme declarou o então presidente da Assembleia Nacional Constituinte, o deputado Ulysses GUIMARÃES (1988)- isso porque **pela primeira vez** na história emendas de cidadãos comuns e entidades representativas foram alicerces para elaboração da Carta Política, ratificando assim a intenção de espelhar em seu texto os anseios e direitos do povo, como então demonstrado pelo Secretário Geral da Câmara dos Deputados, Mozart VIANNA (1987), na seguinte fala consagrada: "Foi um momento maravilhoso de efervescência cívica?"

Como conseqüência de toda essa democratização e enaltecimento de garantias aos cidadãos, uma das searas jurídicas mais contempladas foi a esfera penal, **que passou a** se valer de valorosos e necessários princípios, como por exemplo a ampla defesa, o contraditório e a presunção de inocência.

Como bem sintetiza MACHADO (2004), o sistema constitucional fez com que todos os cidadãos que fossem acusados passassem necessariamente por um processo legítimo, com possibilidade de defesa, sendo este estabelecimento de direitos ao acusado o grande marco da Carta.

Indo um pouco mais a fundo nas garantias que constituem o **devido processo legal**, torna-se muito importante voltar às atenções ao disposto no artigo 5º, inciso LVII, **da Constituição Federal** (BRASIL, 1988), que **traz à tona o princípio da** presunção de inocência, através do seguinte texto de lei "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;".

Ora, de plano teria-se o claro entendimento que apenas poder ser considerada culpada ante o crime a si imputado, quando a sentença viesse a transitar em julgado, ou seja, já estivesse exaurida **a possibilidade de** interposição de recursos ao processo.

ROMANO (2013) traz em seu entendimento o fato do princípio da inocência, outrora também chamado pela doutrina por princípio da não culpabilidade, a característica da tutela à liberdade individual, ratificando o entendimento **de que o** acusado apenas teria sua imputação de culpa, após a condenação.

Assim também preconiza o Pacto de San José, mais precisamente em seu artigo 8º, ao estabelecer que "toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa".

Todavia, apesar deste amparo à proteção do indivíduo, é prudente ressaltar que a prisão pode sim acontecer antes da sentença penal condenatória, desde **que não seja** como finalidade a punibilidade do agente.

É justamente neste sentido que o Código de Processo Penal traz em seu artigo 302 e seguintes as prisões, preventiva, temporária, além da prisão em flagrante, mas como já dito, nenhuma delas possui como finalidade a punição imediata ao agente.



Não obstante, há de se apontar também outras características deste alicerce do **devido processo legal**. A influência principiológica da não culpabilidade **no ordenamento jurídico brasileiro** se deu por muitos diplomas internacionais tidos como clássicos, além do Pacto de San José, ora já mencionado, há também inspiração na Declaração Universal dos Direitos Humanos, bem como na Convenção Europeia de Direitos Humanos de 1950.

2.1 MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

A **mutação constitucional** surge como um mecanismo de adequação da norma à realidade social, trazendo constantes atualizações **da aplicação do** dispositivo legal ante as necessidades e evoluções **de uma sociedade**. Assim, coloca-se **a mutação constitucional como** uma ferramenta modificadora da Constituição.

Neste mesmo enredo, ensina Ana Cândida Ferraz ao definir mutação constitucional:

?(?) alteração, não da letra ou do texto expresso, mas **do significado, do sentido e do alcance das disposições constitucionais**, por meio ora da interpretação judicial, ora dos costumes, ora das leis, alterações essas que, em geral, se processam lentamente, **e só se tornam claramente perceptíveis quando se compara o entendimento atribuído às cláusulas constitucionais em momentos diferentes**,



cronologicamente afastados uns dos outros, **ou em épocas distintas e diante de circunstâncias diversas?**. (FERRAZ, 1986, p.09)

A grande questão é **que a mutação constitucional** é apenas uma das formas para se proceder com a alteração **da Constituição**. Em verdade, cabe que **de acordo com a** própria Carta Política, há apenas uma maneira para buscar essa reforma, ora prevista no art. 60 da CF, através da formalidade do ato modificativo, edificando-se por meio da Emenda Constitucional.

Todavia, como ensina Uadi Lammego Bulos, a solenidade prevista na Constituição nem sempre seria oportuna, **levando em consideração** a alta complexidade nos trâmites previstos para alteração do dispositivo Maior, logo, tem-se:

?Seria errôneo e mesmo ingênuo conceber-se uma Constituição inalterável, frente à realidade social cambiante, com exigências, necessidades e situações sempre novas, em constante evolução? (BULOS, 1997, p. 57)

Portanto, **a mutação constitucional** não pode ser desprezada em detrimento à Reforma.

Assim também entende **Luís Roberto Barroso**, senão vejamos:

(...) **a mutação constitucional consiste em uma alteração do significado de determinada norma da Constituição, sem observância do mecanismo constitucionalmente previsto para as emendas e, além disso, sem que tenha havido qualquer modificação de seu texto. Esse novo sentido ou alcance do mandamento constitucional pode decorrer de uma mudança na realidade fática ou de uma nova percepção do Direito, uma releitura do que deve ser considerado ético ou justo.** (BARROSO, 2011, p. 148-149)

Essa **mutação constitucional se dá** de uma forma não solene, **ou seja, a letra da lei** permanece intacta, todavia, o seu entendimento é alterado, buscando uma melhor aplicabilidade diante dos novos fatos e percepções jurídicas de uma determinada sociedade. **Diferentemente do que ocorre** em uma reforma constitucional.

É neste aspecto que se discute sobre o ativismo judicial. Esse ativismo **do Poder Judiciário** reflete-se em uma discutível proeminência da atuação judiciária, que **por sua vez** estaria avançando ?limites? de atuação tripartite da atribuição **dos poderes do Estado**, como afirma-se na doutrina de **Luís Roberto Barroso**:

?**A ideia de** ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa **do Judiciário na** concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta **por meio de** diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta **da Constituição a** situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) **a declaração de** inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) **a imposição de** condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.? (BARROSO, 2008)



Na mesma proporção em que o Judiciário possui legitimidade para modificar o entendimento constitucional, há de se ponderar até qual ponto esta modificação interpretativa não estaria contrapondo a autonomia e competência do Legislativo em reformar a Constituição mediante as Emendas e Revisões, conforme preconizado nos art. 3º, ADCT, além do art. 60º, CF/88.

Seguindo este viés, há de se pontuar o entendimento doutrinário de José Gomes CANOTILHO:

(...) uma coisa é admitirem-se alterações do âmbito ou esfera da norma que ainda se podem considerar susceptíveis de serem abrangidas pelo programa normativo (Normprogramm), e outra coisa é legitimarem-se alterações constitucionais que se traduzem na existência de uma realidade constitucional inconstitucional, ou seja, alterações manifestamente inoportáveis pelo programa da norma constitucional. (CANOTILHO, 2000, p. 254)

Portanto, há de se ponderar a aplicabilidade da mutação constitucional em determinados casos, como por exemplo o entendimento constitucional tomado pela Corte Maior ao apreciar no ano de 2016 o HC nº 126.292.

[...]cumpre ao Poder Judiciário e, sobretudo, ao Supremo Tribunal Federal, garantir que o processo - único meio de efetivação do jus puniendi estatal -, resgate essa sua inafastável função institucional. A retomada da tradicional jurisprudência, de atribuir efeito apenas devolutivo aos recursos especial e extraordinário (como, aliás, está previsto em textos normativos) é, sob esse aspecto, mecanismo legítimo de harmonizar o princípio da presunção de inocência com o da efetividade da função jurisdicional do Estado. Não se mostra arbitrária, mas inteiramente justificável, a possibilidade de o julgador determinar o imediato início do cumprimento da pena, inclusive com restrição da liberdade do condenado, após firmada a responsabilidade criminal pelas instâncias ordinárias.

(STF - HC: 126292 SP - SÃO PAULO 8620448-89.2015.1.00.0000, Relator: Min. TEORI ZAVASCKI, Data de Julgamento: 17/02/2016, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-100 17-05-2016)

Este julgado é um caso emblemático, tanto pela sua repercussão, quanto por suas controvérsias causadas no âmbito jurídico-acadêmico.

Se ainda levar em consideração que o Supremo valeu-se do poder difuso de constitucionalidade para modificar o entendimento de um dispositivo legal que versa sobre garantias e direitos fundamentais, sendo portanto, uma cláusula pétrea, conforme prevê o art. 60, § 4º, inciso IV, da Constituição Federal, agrava-se ainda mais essa situação.

É justamente nesta seara que encontra-se um dos grandes problemas do entendimento do STF ante o HC nº 126.292, afinal, indo de encontro com o art. 5º, inciso LVII, bem como do art. 283 do CPP, entendeu como possível o cumprimento da sentença penal condenatória antes do esgotamento das vias recursais no grau máximo jurisdicional.

Neste sentido, em conflito com os dispositivos legais supracitados, a Suprema Corte confronta a também a doutrina majoritária no tocante ao tema, indo desde o ilustre Cesare BECCARIA, em sua eternizada obra



Dos Delitos e das Penas, no qual esboçava a construção da presunção de inocência desde o século XVIII :

?Um homem não pode ser chamado de 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 das** quais ela lhe foi outorgada?. (BECCARIA, 1997, p. 69)

A repercussão dessa decisão foi tão significativa, que provocou várias ações perante o Supremo, com destaque para a ADC nº 54, que apontava a automaticidade das prisões após a condenação no segundo grau jurisdicional. O objetivo principal da ADC, que **por sua vez** era fortalecida por outras duas ações declaratórias, ora de números 43 e 44, era declarar constitucional o artigo 283 do CPP, que era totalmente contrário ao então entendimento do Supremo, hoje já superado, da viabilidade do cumprimento da sentença penal antes do esgotamento dos recursos cabíveis.

Ademais, a respeito **dos limites da mutação constitucional**, é primoroso ressaltar que **de acordo com a** própria nomenclatura, a mutação modifica a Constituição, logo, **trata-se de uma interpretação** acerca da CF, não de correntes doutrinárias ou de meros entendimentos jurisprudenciais tidos isoladamente ante à Lei Maior.

Neste viés, desbravando os fatos e fenômenos jurídicos **sobre o tema**, surge na doutrina, o entendimento no qual havendo uma mutação que contrarie o texto Constitucional, ela abandonaria o propósito **da mutação constitucional**, **que é** justamente o intérprete dar nova forma à Norma, tornando-se assim, uma ?mutação inconstitucional?, como afirma **Luís Roberto BARROSO** (2010, p. 129).

Seguindo essa corrente, de forma implacável pronuncia-se o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, relacionando **o posicionamento do STF** diante do HC nº 126.292/SP com a doutrina antevertida por Barroso, categorizando assim o entendimento adotado pelo STF face à referida ação constitucional como uma ?mutação inconstitucional".

Não obstante, há de se observar o julgado **do STF a** respeito das Ações Declaratórias de Constitucionalidade de nº 43, 44 e 54, onde os requerentes buscavam mudar o então entendimento da Corte Maior, que permitia a execução da pena após decisão colegiada em segunda instância.

Tendo como objeto central das ADCs o assentamento da constitucionalidade do art. 283, do CPP, os Ministros do Supremo procederam com o reconhecimento ora requerido, retificando assim, o entendimento anterior, tomado após o julgado do HC nº 126.292/SP, já mencionado anteriormente. Vale ressaltar ainda **o que se** encontra disposto no referido artigo:

Art. 283. 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. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 1o As medidas cautelares previstas neste Título não se aplicam à infração a que não for isolada, cumulativa ou alternativamente cominada pena privativa de liberdade. (Incluído pela Lei nº 12.403, **de** 2011).



§ 2º A prisão poderá ser efetuada em qualquer dia e a qualquer hora, respeitadas as restrições relativas à inviolabilidade do domicílio. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

Outrossim, diante do reconhecimento da constitucionalidade do artigo supracitado, modificou-se, novamente, o posicionamento do STF ante o instituto da execução provisória da pena, que doravante passou aplicar sua interpretação normativa seguindo estritamente o disposto no art. 5º, LVII, CF/88, bem como o que se aduz também em norma infraconstitucional acima exposta.

2.2 CPP À LUZ DA CONSTITUIÇÃO

Aludindo o papel de cada um dos alicerces principais dessa problemática, faz-se necessário uma abordagem mais dialética entre todos esses elementos, a fim de compreender a essência da contrariedade da mutação constitucional adotada pelo STF diante da possibilidade do cumprimento da sentença penal condenatória antes do esgotamento dos recursos pertinentes.

Como já foi exposto, a Constituição Federal norteia todo o ordenamento jurídico brasileiro. Não obstante, além de regulamentar a estrutura do Estado, sendo amparado por demais diplomas e dispositivos legais, conseguinte, as decisões proferidas por determinada autoridade judiciária, necessariamente deverá ser uníssona à Carta Política, seja esta uma decisão monocrática, colegiada ou até mesmo por entendimento jurisprudencial dos Tribunais.

É justamente neste ponto que cria-se a problemática apresentada neste artigo, afinal a Constituição é soberana e norteia as decisões judiciais. Como o princípio da presunção de inocência está previsto no já



mencionado dispositivo legal, cabe à autoridade judiciária aplicá-lo **de acordo com a** sua previsão constitucional. Outrossim, há de se considerar que o instituto do trânsito em julgado da sentença penal condenatória é pacificado, seja doutrina ou jurisprudencialmente.

Logo, resta de maneira lúcida e inequívoca o entendimento a respeito do trânsito em julgado da sentença, ou também conhecido como coisa julgada, onde seguindo os ensinamentos de Enrico Tullio LIEBMAN (1981), a coisa julgada é uma qualidade da sentença, a qual torna imutável o comando legal deste título.

Neste mesmo aspecto, tem-se o entendimento doutrinário do jurista Gustavo Henrique BADARÓ a respeito da consequência da coisa julgada **no ordenamento jurídico**, que aduz o fato do trânsito em julgado da sentença penal condenatória relacionar-se com o elemento da imutabilidade da sentença ou acórdão: ?Assim, o trânsito em julgado da sentença penal condenatória ocorre **no momento em que** a sentença ou o acórdão torna-se imutável, surgindo a coisa julgada material? (BADARÓ, 2018).

?Não há, portanto, margem exegética **para que a** expressão seja interpretada, mesmo pelo **Supremo Tribunal Federal**, no sentido **de que o** acusado é presumido inocente, até o julgamento condenatório em segunda instância, ainda que interposto recurso extraordinário para **o Supremo Tribunal Federal** ou recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça.? (BADARÓ, 2018)

Outrossim, há de considerar-se a aplicação hermenêutica interpretativa ante a fria letra de lei, afinal, presumir-se que após mera manutenção da sentença pelos Tribunais ante decisão proferida pelo Juízo Primevo, viabilizaria o início ao **cumprimento da pena**, poderia representar eventual divergência constitucional, tendo em vista que se houve interposição de Recurso ante o acórdão, o mesmo poderá ser reformado, característica essa que preserva **o status de** inocente do acusado, conforme garante **o princípio da** não culpabilidade.

Elucidado o elemento interpretativo à luz constitucional, urge o Código de Processo Penal como alicerce garantidor dos Direitos Fundamentais, previstos na Constituição Federal, tendo o merecido destaque ao artigo 283, do CPP. Ao encontro do art. 5º, inciso LVII da CF, o art. 283, do CPP reforça, em seu caput, a tese do cabimento da prisão em caráter de **cumprimento da pena** apenas após o trânsito em julgado do título:

Art. 283. 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. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência) (Grifo nosso).

Entretanto, para entender melhor o cabimento da prisão, é necessária uma breve exposição para reforçar **a diferença entre** a prisão cautelar e a prisão em virtude da condenação, ora advinda pela sentença penal condenatória. Inicialmente, cabe uma breve análise sobre a prisão em flagrante, que busca precipuamente a não consumação do crime ou seu exaurimento, além de evitar a fuga do suspeito, bem como viabilizar a colheita de elementos probatórios de autoria e materialidade do delito. De forma transparente e objetiva, surge a referida prisão cautelar pacificada com o taxativo art. 302, do CPP.

Ainda neste sentido, há também a prisão preventiva, prevista no art. 311, do CPP, e seguintes, com



destaque para o art. 312, do referido diploma legal, que regulamenta os cabimentos da sua decretação. Essa modalidade de prisão permite a garantia do procedimento investigatório ou do processo penal, quando presente o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* em detrimento à ordem pública ou econômica.

Por fim, há de se ressaltar o papel da prisão temporária, prevista pela Lei nº 7.960/89, que completa os tipos de prisões cautelares previstas no ordenamento jurídico brasileiro. Este último tipo de prisão cautelar é bem restritiva, aplicando-se apenas em crimes e situações específicas, taxadas na Lei regulamentadora.

Não obstante, diante dos ensinamentos de Guilherme de Souza Nucci, tem-se a seguinte definição para prisão:

“É a privação da liberdade, tolhendo-se o direito de ir e vir, através do recolhimento da pessoa humana ao cárcere. Não se distingue, nesse conceito, a prisão provisória, enquanto se aguarda o deslinde da instrução criminal, daquela que resulta de cumprimento de pena. Enquanto o Código Penal regula a prisão proveniente de condenação, estabelecendo as suas espécies, formas de cumprimento e regimes de abrigo do condenado, o Código de Processo Penal cuida da prisão cautelar e provisória, destinada unicamente a vigorar, quando necessário, até o trânsito em julgado da decisão condenatória.” (Grifo nosso). (NUCCI, 2014, p. 463)

Portanto, percebe-se a clara natureza da prisão cautelar, que por sua vez é decretada, unicamente pelo judiciário, a fim de viabilizar em plenas condições a instrução criminal, até o trânsito em julgado da decisão condenatória. Diante do exposto, não se confunde a prisão cautelar com a prisão destinada ao cumprimento da sentença penal condenatória.

Após esse breve desvendar, torna-se possível debruçar-se de forma mais asseverada sobre a fiel importância do art. 283, do já debatido dispositivo legal, em consonância ao princípio constitucional, ora positivado no art. 5º, inciso LVII:

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

Neste sentido, surgem ainda Nestor TÁVORA e Rosmar Rodrigues ALENCAR, ratificando o entendimento exposto no presente artigo:

[...] o reconhecimento da autoria de uma infração criminal pressupõe sentença condenatória transitada em julgado (art. 5º, inc. LVII, da CF). Antes deste marco, somos presumivelmente inocentes, cabendo à acusação o ônus probatório desta demonstração, além do que o cerceamento cautelar da liberdade só pode ocorrer em situações excepcionais e de estrita necessidade. (TÁVORA; ALENCAR, 2015, p. 51)

Por isso, tem-se que até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, a regra no ordenamento jurídico brasileiro é a liberdade, restando assim, o encarceramento como mero acessório excepcional, atendo-se necessariamente às delimitações previstas em lei.

Ademais, havendo o STF se posicionado de forma contrária aos dispositivos legais em evidência, insurgiram-se os legitimados a propositura de ação de controle de constitucionalidade, outrora já suscitada



neste artigo, mas carecendo de uma maior atenção nesta literatura, provocando os Supremo mediante a ADC de nº 43, bem como seus apensos de nº 44 e 54.

Analisando o julgado da supracitada ação, ocorre que, na medida **em que o** Plenário da Corte maior assente com a procedência da ADC, pacifica-se nova jurisprudência a respeito da execução provisória da pena, sendo doravante inadmitida, salvo casos específicos expressos em lei.

Decisão: O Tribunal, por maioria, nos termos e limites dos votos proferidos, julgou procedente a ação para assentar a constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, na redação dada pela Lei nº 12.403, de 4 **de maio de** 2011, vencidos o Ministro Edson Fachin, que julgava improcedente a ação, e os Ministros Alexandre de Moraes, Roberto Barroso, Luiz Fux e Cármen Lúcia, que a julgavam parcialmente procedente para dar interpretação conforme. Presidência do Ministro Dias Toffoli. Plenário, 07.11.2019. (Grifo nosso).

Todavia, apesar de pacificado o entendimento acerca do tema exposto, não ficou definido pela **Corte Suprema a** viabilidade da **alteração do texto constitucional** acerca da propositura de Propostas de Emendas à Constituição, fato que toma-se notoriedade e protagonismo após a PEC nº 05/2019, que objetiva justamente a positivação em texto constitucional da execução provisória da pena.

2.3 PEC N° 05/2019: PONTOS E CONTRAPONTOS

Como já explanado no artigo, o STF valendo-se **da mutação constitucional**, pacificou **o entendimento da** viabilidade da execução provisória da pena ao julgar o HC nº 126.292/SP. Não obstante, em decorrência deste entendimento, surgiram várias Ações Declaratórias de Constitucionalidade, que **por sua vez** resultaram em um novo entendimento do Supremo, desta vez, contrário à execução provisória da pena,



fundamentando-se no art. 283 do Código de Processo Penal.

O fato do STF ter-se valido **da mutação constitucional para** edificar um entendimento não é **o problema da** questão, mas sim o fato do entendimento modificado versar sobre cláusula pétrea. Seguindo os ensinamentos de Paulo Gustavo GONET, verifica-se que as cláusulas pétreas estão salvaguardadas de eventuais modificações, seja por via formal, através das emendas constitucionais, seja por via informal, **através da mutação constitucional.**

?**O poder constituinte originário** cria **o poder de** reforma e estabelece também o procedimento que este deve trilhar. **Por isso mesmo, o poder constituinte** derivado deve respeito aos limites que o originário lhe impuser.(?)

O poder constituinte originário pode estabelecer que certas regras são intangíveis. Terá consagrado **o que se** denomina de cláusula pétrea. Essas cláusulas de perpetuidade são justificadas politicamente sob o argumento de que perfazem um núcleo essencial do projeto, que o titular **do poder constituinte originário** intenta preservar de quaisquer mudanças institucionalizadas.? (Grifo nosso) (GONET, 2009, 4ªed) Sendo assim, intenta-se o STF, em seu derradeiro entendimento, ora rechaçando a execução provisória da pena, em manter-se fiel à Carta Política.

Portanto, como já visto, não poderia o Supremo, valer-se **da mutação constitucional para** dar nova interpretação ao inciso LVII, do art. 5º da CF. Todavia, o Poder Legislativo, em Proposta de Emenda Constitucional, doravante denominada de PEC, teria autonomia para viabilizar a execução provisória da pena, de uma forma que não contrariasse **a Carta Magna**, e tão pouco tentasse alterar uma cláusula pétrea.

Tudo isso seria possível através da aprovação da PEC nº 05/2019, outrora ainda em tramitação no Congresso Nacional. A proposta em questão, **tem como objetivo a** inserção **de um novo** inciso, ora o XVI, **no artigo 93 da Constituição Federal**, a fim de positivar **a possibilidade da** execução provisória da pena, após condenação proferida em órgão colegiado, independente da possibilidade de interposição de recursos em grau jurisdicional superior.

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa **do Supremo Tribunal Federal**, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

O que se mostra interessante nessa PEC é que ela busca resolver **um dos maiores** conflitos da execução provisória da pena, que é justamente a inalteração da cláusula pétrea, afinal, o dispositivo modificado seria o artigo 93 **e não o** artigo 5º, ambos da Lei Maior.

Outro aspecto de viabilidade da PEC nº 05/2019, consiste muito na consonância **com o entendimento** doutrinário a respeito da mutabilidade da cláusula pétrea, ora ensinado por Nathalia MASSON (2018), no qual debruça-se a respeito da locução ?tendente a abolir?, ora prevista no art. 60, § 4º, CF/88.

Ou seja, ao amparar o núcleo essencial do direito protegido como cláusula pétrea o constituinte, não garantiu uma intangibilidade absoluta ao dispositivo. Meras reformulações linguísticas, em que nada alterem a substância daquilo preservado pela cláusula pétrea, são viáveis, assim como reformas



superficiais, que não atinjam seu núcleo central.

Ademais, sendo o Congresso Nacional precipuamente composto por representantes do povo, cabe aos congressistas legitimar **a vontade do povo**. Seguindo neste raciocínio, foi aberto uma consulta pública, disponível no próprio site **do Senado Federal**, questionando ao cidadão o seu posicionamento a respeito da proposição da PEC nº 05/2019.

Ainda sobre a consulta pública, segundo dados disponibilizados no site **do Senado Federal**, iniciada em 18/11/2019 até 10/06/2021, os votos apurados sendo favoráveis à referida Proposta de Emenda Constitucional, perfazem um percentual de 91,87% (noventa e um vírgula oitenta e sete por cento), contra 8,13% (oito vírgula treze por cento) contrários à proposição da PEC, em um universo de 26.122 (vinte e seis mil cento e vinte e dois votos).

Neste sentido, surgem Eugenio Raúl ZAFFARONI e José Henrique PIERANGELI (2015), observando que **de acordo com as necessidades** da sociedade, há uma necessidade de adequação social das leis, bem como da conduta humana. Isso principalmente, no tocante às leis penais, que **por sua vez** tutelam e regulam os conflitos que envolvem o maior bem jurídico do nosso ordenamento, logo, a vida.

Portanto, mostra-se **que a Lei**, seja ela a Carta Constitucional ou dispositivo infraconstitucional, normatiza as relações e condutas da sociedade, devendo ser assim, consequência dos anseios e mudanças sociais, como assim sugere o aforismo *ubi societas, ibi jus*?

Posto a respeito da relativização no tocante à imutabilidade da cláusula pétrea, bem como visto sobre **a necessidade da** adequação legal **às mudanças sociais**, há de se abrir espaço para um terceiro aspecto interessante que dialoga com esses dois alicerces outrora expostos, **que é a** prevalência, mas não supremacia dos **direitos e garantias fundamentais** em nosso ordenamento.

Neste sentido, é prudente ressaltar que os direitos fundamentais possuem como característica a relatividade **e não o** absolutismo, ou seja, havendo conflito de direitos, necessariamente um se sobreporá ao outro, como ensina Cristina QUEIROZ:

?Na verdade, quando dois ou mais princípios colidem a solução do conflito está no recurso a um procedimento de ponderação. Instrumento dessa ponderação é o recurso a um conjunto de ?relações de precedência? que ordenam os princípios em conflito. Essas relações de precedência não são absolutas, mas ?condicionadas?. Valem unicamente sob as condições do caso particular ou de um grupo determinado de casos. Não possuem assim valor absoluto ou geral. De contrário, não poderíamos falar num processo de ponderação, mas de ?sobreposição? ou ?triumfo? de um princípio sobre o outro.? (QUEIROZ, 2000, p. 185)

Portanto, como exposto neste capítulo, por mais que se trate de **direitos e garantias fundamentais**, sendo ainda considerados cláusulas pétreas, não exerce tal princípio uma intangibilidade suprema.

Não obstante, valendo-se da possibilidade de expor pontos e contrapontos, ora oportunizada pelo ambiente Acadêmico, urge o mestre Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, com o seguinte ensinamento:



?violiar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa, **não só a** um específico mandamento obrigatório, mas a todo **o sistema de** comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.? (BANDEIRA DE MELLO, 2000, p . 747 - 749)

Sendo assim, **de acordo com o** exposto, constrói-se, no papel de antítese, o entendimento a respeito da impossibilidade da execução provisória da pena, posto que para parte da doutrina, a PEC nº 05/2019, mesmo que não altere diretamente o art. 5º, inciso LVII, da CF. Isso porque, conforme já aduzido, a cláusula pétrea não poderia ter o seu núcleo modificado.

Logo, neste entendimento, seria inconstitucional a tentativa de positivar a viabilidade da execução provisória da pena, mesmo que tal modificação se desse através da emenda constitucional do art. 93, da CF.

Edifica-se assim, um cenário tênue entre a modificação legal, ora tida pelo próprio Poder Judiciário (mutação constitucional), outrora pelo Poder Legislativo (Proposta **de Emenda à Constituição**), a fim de atender os anseios e relações sociais atuais, em face da garantia constitucional, que **por sua vez** tem em sua essência a imutabilidade ao tratar-se de direitos fundamentais.



3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do assentado neste artigo, pode-se afirmar **a necessidade de** modificação **da Constituição**, a fim de acompanhar **as mudanças da** sociedade. Entretanto, tais mudanças precisam acontecer **de acordo com os** ditames constitucionais, havendo assim, uma linha tênue entre estes dois aspectos.

Todavia, analisando especificamente o fato da execução provisória da pena, há de se pontuar observações pertinentes. Em plano sobressalente, há de se pontuar a atual impossibilidade da execução provisória, face a cláusula pétrea que positiva a garantia fundamental do princípio da não culpabilidade, bem como a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal, que ratifica que a prisão **dar-se-á** mediante o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Em contraponto, dos aspectos favoráveis à viabilidade da execução provisória, observa-se o elemento social, que representa as novas relações jurídicas e valores da sociedade, onde conforme demonstrado **ao longo do** presente artigo, é um dos pilares para a movimentação do Congresso para reformar a Carta Política.

Outrossim, vale reiterar que a PEC nº 05/2019, em uma derradeira tentativa de viabilizar a execução provisória da pena, busca alterar um artigo da CF que não versa sobre direito ou garantia fundamental, o **que pode ser** considerado como um esforço em driblar o protecionismo inerente ao núcleo da cláusula pétrea, o que **por sua vez**, poderia expurgar uma eventual inconstitucionalidade da Proposta.

Analisando as exposições apresentadas, **apesar de não** serem conclusivas devido à própria natureza do problema de pesquisa, que **por sua vez** não proporciona uma solução uníssona, entende-se que há de se ponderar até qual ponto se deve prevalecer a imutabilidade da cláusula pétrea em detrimento à necessidade de adequação das normas às modificações sociais que acontecem **com o passar dos anos**.

Indubitavelmente que as garantias e direitos fundamentais são os alicerces mais sólidos do Estado democrático de Direito, dispensando qualquer introdução histórica, que por si só seria capaz de recrudescer um artigo. Entretanto, em que pese a ponderação de direitos, é prudente não expurgar de imediato **a possibilidade de** adequação dos princípios diante das modificações inerentes à sociedade.?

Ademais, diante de uma temática tão complexa e delicada quanto a exposta, conforme previsão constitucional, não deveria caber à Corte Máxima **do Poder Judiciário** manifestar-se em tom decisivo a respeito do assunto, cabendo, portanto, ao Poder Legislativo, ora revestido de sua função legiferante, em regulamentar o tema, como assim foi tentado através da PEC objeto de estudo deste artigo.

Desta mesma maneira, que de forma assertiva o STF modificou o seu entendimento ante o julgado do HC nº 126.292/SP, onde possibilitava a execução provisória da pena, reconhecendo a constitucionalidade da afirmação de quem ninguém será preso senão em virtude de condenação criminal transitada em julgado, ressalvada exceções previstas em lei.



Neste sentido, objetivando conglomerar os posicionamentos doutrinários juntamente com os dispositivos legais apresentados, permite-se concluir que a execução provisória da pena é inconstitucional, pois confronta diretamente garantias fundamentais, bem como princípios constitucionais enraizados historicamente **no ordenamento jurídico** ocidental e aplicados na Constituição Pátria ao final do século passado.

Ainda a respeito da inconstitucionalidade da execução provisória, é pertinente alegar que a própria PEC n^o 05/2019, por mais que siga o rito das Emendas, ora previsto constitucionalmente, também se mostra como sendo contrária à CF. Isso porque independente da referida Proposta não alterar diretamente o texto de artigo consagrado como cláusula pétrea, o objeto da PEC fere o núcleo de um direito fundamental, ora do princípio da não culpabilidade, sacramentada no art. 5^o, inciso LVII, da Lei Maior.

Arrematando assim, acerca do tema apresentando, conclui-se que independentemente **da necessidade de** se ponderar as mudanças interpretativas **de acordo com as** evoluções do relacionamento e valores sociais, o Judiciário deve se manter fiel à Constituição, pois dela é que se deve refletir os direitos fundamentais, conquistados após séculos de luta.



4. REFERÊNCIAS

- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, promulgada em 05 de outubro de 1988. Publicada no DOU de 05.10.1998. Planalto. Sítio Oficial. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 set. 2020.
- BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm> Acesso em: 14 nov. 2020.
- BRASIL. Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7960.htm> Acesso em: 25 abr. 2021.
- BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm> Acesso em: 17 nov. 2020.
- BRASIL. Decreto-Lei nº 3689 de 3 de outubro de 1941. Instituiu o Código de Processo Penal. Publicado no DOU de 13.10.1941. Brasília. DF. Disponível em: Acesso em: 10 set. 2019.
- UNICEF. Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>> Acesso em: 15 nov. 2020.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 4ª edição, pág. 1189
- GOVERNO DO BRASIL. Democrática, **Constituição Federal de 1988** foi Construída pela Sociedade, 2018. Disponível em: <<https://www.gov.br/pt-br/constituicao-30-anos/textos/democratica-constituicao-federal-de-1988-foi-construida-pela-sociedade>> Acesso em: 10, nov. 2020.
- MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **Direito constitucional**. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2004.
- ROMANO, Rogério Tadeu. Continência e Conexão como Formas de Modificação de Competência no Processo Penal. Disponível em: <<https://www.jfrn.jus.br/institucional/biblioteca/doutrina/Doutrina264-continencia-e-conexao-formas-processo-penal.pdf>> Acesso em: 18 mar. 2021.
- FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos informais de mudança da constituição: Mutações constitucionais como manifestação da interpretação constitucional pluralista** Página 16 **mutações constitucionais e mutações inconstitucionais**. São Paulo: Max Limonad, 1986. p. 9.
- BULOS, Uadi Lammêgo. **Mutação Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997, p.57
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3ª. ed., São Paulo: Saraiva, 2011, p. 148 - 149.
- BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. Disponível em: <http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf> Acesso em : 15 mar. 2021
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4ª. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 254



Supremo Tribunal Federal. Plenário. Direito Constitucional. Direito Processual Penal. **Habeas Corpus nº 126.292 de São Paulo**. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Impetrante: Maria Claudia de Seixas. Coator: Relator do HC nº 313.021 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília, 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4697570>> ;. Acesso em 11 set. 2019

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE.
Habeas Cosrpus, nº 126.292/São Paulo. Marcio Rodrigues Dantas. Relator: Ministro Teori Zavascki. 17 fev . 2016.

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

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 2a Ed. **São Paulo: Saraiva**, 2010. p. 129).

LIEBMAN, Enrico Tullio. Eficácia e autoridade da sentença e outros aspectos escritos sobre a coisa julgada (com aditamentos relativos ao direito brasileiro). 2. ed. Tradução de: Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Forense: **Rio de Janeiro**, 1981.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró. É temerário admitir que o STF pode "criar" um novo conceito de trânsito em julgado. 6 de abril de 2018. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2018-abr-03/badaro-stf-nao-criar-conceito-transito-julgado>> Acesso em: 16 nov. 2020

NUCCI, Guilherme de Souza. Prisão e liberdade. 4. ed. **Rio de Janeiro**: Forense, 2014. p. 463.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito** processual penal. 10ª ed. JusPODIVM, 2015. p. 51.

CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. ADC nº 44. Disponível em <<http://s.conjur.com.br/dl/oab-stf-declare-constitucional-prisao.pdf>>; Acesso em 22/11/2017.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Oliveira. 4ª. ed. **Curso de Direito Constitucional**. **São Paulo: Saraiva**, 2009.

MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional**. 6. ed. Salvador: JusPODIVM, 2018, p. 139.
SENADO FEDERAL. Consulta Pública, Proposta **de Emenda à Constituição** nº 5 de 2019 (PEC 5/2019). Disponível em: < <https://www12.senado.leg.br/ecidadania/visualizacaomateria?id=135253>> Acesso em: 10 jun. 2021.



ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 11. Ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**. 2015, p.505

QUEIROZ, Cristina M. M. **O Princípio da não reversibilidade dos Direitos Fundamentais Sociais**. 2000. Op .cit., p.14.

MELLO, Celso Antonio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**, 12a edição, Malheiros, 2000, pp. 747 a 749.

A Constituição e o Supremo. Supremo Tribunal Federal, 2007. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp?item=1079>> Acesso em: 12, nov. 2020

BITENCOURT, C. R. **Tratado de Direito Penal: Parte geral**. 16. Ed. São Paulo: **Saraiva**, 2011.

LENZA, P. **Direito constitucional esquematizado**. 20. Ed. São Paulo: **Saraiva**, 2016. Ebook.

MONTESQUIEU, C.D.S. **O espírito das leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes**. 8. Ed. São Paulo: **Saraiva**



=====

Arquivo 1: [ARIEL DENIZARD COUTO SILVA 03.06.docx](#) (6219 termos)

Arquivo 2: <http://e-legis.camara.leg.br/cefor/index.php/e-legis/article/download/128/124> (7674 termos)

Termos comuns: 255

Similaridade: 1,86%

O texto abaixo é o conteúdo do documento [ARIEL DENIZARD COUTO SILVA 03.06.docx](#) (6219 termos)

Os termos em vermelho foram encontrados no documento <http://e-legis.camara.leg.br/cefor/index.php/e-legis/article/download/128/124> (7674 termos)

=====

5

ARIEL DENIZARD COUTO SILVA

OS LIMITES DAS EMENDAS E MUTAÇÕES CONSTITUCIONAIS SOB O PRISMA DA EXECUÇÃO
PROVISÓRIA DA PENA **A PARTIR DO** JULGADO DO HC Nº 126.292/SP

SALVADOR - BA

2021

ARIEL DENIZARD COUTO SILVA

OS LIMITES DAS EMENDAS E MUTAÇÕES CONSTITUCIONAIS SOB O PRISMA DA EXECUÇÃO



PROVISÓRIA DA PENA **A PARTIR DO** JULGADO DO HC Nº 126.292/SP

Trabalho de conclusão de curso, apresentado com finalidade de obtenção da aprovação acadêmica no Bacharelado em Direito na Universidade Católica do Salvador - UCSAL.

Orientador: Prof. MSc. André Quadros Côrtes

SALVADOR - BA
2021

RESUMO

O trabalho apresentado busca analisar **a atuação do Supremo Tribunal Federal** sob os limites das mutações constitucionais, diante da sua interpretação acerca da execução provisória da pena, concretizada mediante o HC nº 126.292/SP, além de analisar a eventual inconstitucionalidade da PEC nº 05/2019.

A relevância do tema abordado é flagrante, posto que, trata-se de uma discussão com relevância nacional, onde recentemente tiveram muitas mudanças de interpretações a respeito da temática, perdurando até hoje árduos debates acerca do assunto. Logo, busca-se na presente literatura entender a viabilidade de uma eventual aplicação da execução provisória da pena no **ordenamento jurídico brasileiro**, respeitando os limites das Emendas e mutações constitucionais propiciadas pelos legisladores e **intérpretes da Constituição**, ora o STF, respectivamente.

Para elaboração deste trabalho foi utilizado como metodologia de pesquisa a revisão bibliográfica e o estudo de caso, sob uma abordagem qualitativa e exploratória.

Palavras-Chave: **Supremo Tribunal Federal**. Constituição Federal. Execução Provisória da Pena. Mutações



Constitucional. PEC nº 05/2019.

SUMÁRIO

5

INTRODUÇÃO

Desde a sua promulgação, em 1988, a Constituição Federal vem norteando todo o **ordenamento jurídico brasileiro**, bem como o seu **Estado Democrático de Direito**. Como forma de garantir o cumprimento e concretização dos dispositivos deste diploma legal, incumbiu ao Constituinte Originário delegar ao **Supremo Tribunal Federal** (doravante, STF) o dever de salvaguardar a Lei Maior.

Assim sendo, havendo controvérsia jurídica que verse sobre entendimento ou aplicação supostamente contrária ao que se prevê na Constituição, é possível que tal discussão seja levada até o Supremo, a fim de **que todos os** entendimentos sejam pautados nos princípios e garantias que edificam a Carta Política brasileira.

Diante disso, há interpretações do Supremo que por eventualmente são questionadas quando confrontadas com as Normas a qual viabilizam **a aplicação da** hermenêutica constitucional, sendo



justamente um desses entendimentos controversos, ora objeto deste artigo, a execução provisória da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Aprofundando-se neste aspecto, aborda-se no presente estudo o conflito da execução provisória da pena ante o texto constitucional, bem como os efeitos desta questão com uma eventual aprovação da PEC nº 05/2019, que **por sua vez** alteraria drasticamente a Lei suprema neste aspecto do cumprimento da pena.

Tal alteração se aplicaria ao art. 93, **da Constituição Federal**, incluindo no referido artigo o inciso XVI, que determinaria **que a decisão** condenatória proferida por órgãos colegiados deve ser executada imediatamente, independentemente do cabimento de eventuais recursos ao grau jurisdicional superior.

Nesse sentido, busca-se responder a seguinte questão de pesquisa: Haveria **a possibilidade de** viabilizar a execução provisória da pena, mediante Proposta de Emenda à Constituição, dirimindo, portanto, a subjetividade interpretativa inerente às mutações constitucionais realizadas **pelo Supremo Tribunal Federal** ?

Não obstante, urge **a necessidade de** discutir **se o STF** cumpriu o preceito constitucional de salvaguardar o disposto na Magna Carta no tocante a execução provisória da pena, **bem como a** repercussão jurídica diante dos entendimentos **da Corte Maior** a respeito do tema, posto que uma interpretação contrária ao disposto na Lei Maior, resultaria em um entendimento inconstitucional do Supremo.



2. CONSTITUIÇÃO FEDERAL: A BÚSSOLA DO PODER JUDICIÁRIO

Com o propósito de contribuição literária acadêmica, o presente artigo versa sobre a execução provisória da pena, sob o prisma da sua viabilidade constitucional, que **por sua vez**, ainda causa certa controvérsia no meio jurídico e acadêmico. Portanto, busca-se demonstrar os elementos do assunto em análise, a fim de contemplar as nuances, debates e aspectos do objeto desta pesquisa.

Para entender melhor a problemática trazida ao trabalho, é necessário identificar elementos, características e até mesmo conceitos de alguns pilares desta discussão, **como por exemplo o Supremo Tribunal Federal**, em sua competência atribuída pelo art. 102, da Carta Maior, além da garantia fundamental **prevista no art. 5º inciso LVII**, também **da Constituição Federal**, ora atrelado **ao princípio da não culpabilidade**. Outrossim, há de se observar também como estes elementos dialogam entre si, chegando assim **a uma visão** multifacetada ante a discussão aduzida.

Desta forma é possível ao menos concatenar as ideias entre os principais elementos aqui presentes, que **por sua vez** se escusam de serem analisados sob uma ótica una. **De acordo com o artigo 102 da Constituição (BRASIL 1988)**, mais precisamente em seu caput, compete ao **Supremo Tribunal Federal** basilaramente **a guarda da Carta Política**, sendo procedida de competências, originárias, ordinárias e extraordinariamente complementares.

Diante disso, compreende-se que sob a luz constitucional, seguirá esta Corte, balizando e atendo suas decisões às normas da já trigenária Carta Política, cabendo-lhe eventuais interpretações e adequações, devido à natural evolução social, bem como dos fatos jurídicos, que **por sua vez** criam fatos novos que venham a precisar de uma interpretação mais extensiva, restritiva, ou de qualquer outro gênero, mas sempre fiel ao disposto na Constituição.

Seguindo nesta linha da soberania constitucional, cabe o entendimento de José Gomes Canotilho, no qual aduz **a existência de** algumas categorias no tocante **a interpretação da** norma, senão vejamos:

a) o princípio da prevalência da Constituição impõe que, dentre as várias possibilidades de interpretação, só se deve escolher-se uma interpretação não contrária ao texto e programas da norma ou normas constitucionais; b) o princípio da conservação de normas afirma que uma norma **não deve ser** declarada inconstitucional quando, observados os fins da norma, ela pode ser interpretada em conformidade **com a Constituição**; c) o princípio da exclusão da interpretação conforme a Constituição, mas **?contra legem?** impõe que o aplicador de uma norma não pode contrariar a letra e o sentido dessa norma através de uma interpretação conforme a Constituição, mesmo que através desta interpretação consiga uma concordância entre a norma infraconstitucional e as normas constitucionais. (CANOTILHO 2000, p. 1189)

Portanto, tem-se **que a interpretação** deve ser limitada aos parâmetros estabelecidos constitucionalmente.

Não obstante, seguindo este viés de entendimento ao tema, urge a Constituição Federal como protagonista do enredo, trazendo em seu bojo uma herança garantista e humanizada. Muito por conta do



período de sua elaboração e a conseqüente promulgação, que se deu em um cenário pós regime ditatorial , por isso a preocupação em preservar a democracia, **bem como as** garantias individuais e coletivas são intrínsecas ao texto, com destaque para o art. 5º, em seu inciso LVII, ora edificado sob a égide **do princípio da não culpabilidade**, também herança desta natureza garantista **da Carta Magna**.

Ademais, a Constituição Cidadã, conforme declarou o então presidente da Assembleia Nacional Constituinte, o deputado Ulysses GUIMARÃES (1988)- isso porque **pela primeira vez na** história emendas de cidadãos comuns e entidades representativas foram alicerces para elaboração da Carta Política, ratificando assim **a intenção de** espelhar em seu texto os anseios e direitos do povo, como então demonstrado pelo Secretário Geral da Câmara dos Deputados, Mozart VIANNA (1987), na seguinte fala consagrada: "Foi um momento maravilhoso de efervescência cívica?"

Como conseqüência de toda essa democratização e enaltecimento de garantias aos cidadãos, uma das searas jurídicas mais contempladas foi a esfera penal, que passou a se valer de valorosos e necessários princípios, **como por exemplo** a ampla defesa, o contraditório e a presunção de inocência.

Como bem sintetiza MACHADO (2004), o sistema constitucional fez com **que todos os cidadãos** que fossem acusados passassem necessariamente por um processo legítimo, com possibilidade de defesa, sendo este estabelecimento de direitos ao acusado o grande marco da Carta.

Indo um pouco mais a fundo nas garantias que constituem **o devido processo legal**, torna-se muito importante voltar às atenções ao disposto no artigo 5º, inciso LVII, **da Constituição Federal** (BRASIL, 1988), que traz à tona o princípio da presunção de inocência, através do seguinte texto de lei "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;".

Ora, de plano teria-se o claro entendimento que apenas poder ser considerada culpada ante o crime a si imputado, quando a sentença viesse a transitar em julgado, ou seja, já estivesse exaurida **a possibilidade de** interposição de recursos ao processo.

ROMANO (2013) traz em seu entendimento o fato **do princípio da** inocência, outrora também chamado pela doutrina por princípio da não culpabilidade, a característica da tutela à liberdade individual, ratificando o entendimento **de que o** acusado apenas teria sua imputação de culpa, após a condenação.

Assim também preconiza o Pacto de San José, mais precisamente em seu artigo 8º, ao estabelecer que "toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa".

Todavia, apesar deste amparo à proteção do indivíduo, é prudente ressaltar que a prisão pode sim acontecer antes da sentença penal condenatória, **desde que não seja** como finalidade a punibilidade do agente.

É justamente neste sentido que o Código de Processo Penal traz em seu artigo 302 e seguintes as prisões , preventiva, temporária, além da prisão em flagrante, mas como já dito, nenhuma delas possui como finalidade a punição imediata ao agente.



Não obstante, há de se apontar também outras características deste alicerce **do devido processo legal**. A influência principiológica da não culpabilidade no **ordenamento jurídico brasileiro** se deu por muitos diplomas internacionais tidos como clássicos, além do Pacto de San José, ora já mencionado, há também inspiração na Declaração Universal dos Direitos Humanos, bem como na Convenção Europeia de Direitos Humanos de 1950.

2.1 MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

A **mutação constitucional** surge como um mecanismo de adequação da norma à realidade social, trazendo constantes atualizações da aplicação do dispositivo legal ante as necessidades e evoluções **de uma sociedade**. Assim, coloca-se **a mutação constitucional como** uma ferramenta modificadora da Constituição.

Neste mesmo enredo, ensina Ana Cândida Ferraz ao definir mutação constitucional:

?(?) alteração, não da letra ou do texto expresso, mas do significado, do sentido e do alcance das disposições constitucionais, por meio ora da interpretação judicial, ora dos costumes, ora das leis, alterações essas que, em geral, se processam lentamente, e só se tornam claramente perceptíveis quando se compara o entendimento atribuído às cláusulas constitucionais em momentos diferentes, cronologicamente afastados uns dos outros, ou em épocas distintas e diante de circunstâncias diversas?.



(FERRAZ, 1986, p.09)

A grande questão é que **a mutação constitucional** é apenas uma das formas para se proceder com a alteração **da Constituição**. Em verdade, cabe que **de acordo com a** própria Carta Política, há apenas uma maneira para buscar essa reforma, ora **prevista no art. 60 da CF**, através da formalidade do ato modificativo, edificando-se **por meio da** Emenda Constitucional.

Todavia, como ensina Uadi Lammego Bulos, a solenidade **prevista na Constituição** nem sempre seria oportuna, levando em consideração a alta complexidade nos trâmites previstos para alteração do dispositivo Maior, logo, tem-se:

?Seria errôneo e mesmo ingênuo conceber-se uma Constituição inalterável, frente à realidade social cambiante, com exigências, necessidades e situações sempre novas, em constante evolução? (BULOS, 1997, p. 57)

Portanto, **a mutação constitucional não pode ser** desprezada em detrimento à Reforma.

Assim também entende Luís Roberto Barroso, senão vejamos:

(...) **a mutação constitucional consiste em uma alteração do significado de determinada norma da Constituição, sem observância do mecanismo constitucionalmente previsto para as emendas e, além disso, sem que tenha havido qualquer modificação de seu texto. Esse novo sentido ou alcance do mandamento constitucional pode decorrer de uma mudança na realidade fática ou de uma nova percepção do Direito, uma releitura do que deve ser considerado ético ou justo.** (BARROSO, 2011, p. 148-149)

Essa mutação constitucional se dá de uma forma não solene, ou seja, a letra da lei permanece intacta, todavia, o seu entendimento é alterado, buscando uma melhor aplicabilidade diante dos novos fatos e percepções jurídicas de uma determinada sociedade. Diferentemente do que ocorre em uma reforma constitucional.

É neste aspecto que se discute sobre o ativismo judicial. Esse ativismo **do Poder Judiciário** reflete-se em uma discutível proeminência da atuação judiciária, que **por sua vez** estaria avançando ?limites? de atuação tripartite da atribuição dos **poderes do Estado**, como afirma-se na doutrina de Luís **Roberto Barroso**:

?A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta **por meio de** diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta **da Constituição a** situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente **de manifestação do** legislador ordinário; (ii) **a declaração de inconstitucionalidade** de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.? (BARROSO, 2008)

Na mesma proporção **em que o** Judiciário possui legitimidade para modificar o entendimento constitucional



, há de se ponderar até qual ponto esta modificação interpretativa não estaria contrapondo a autonomia e competência do Legislativo em reformar a Constituição mediante **as Emendas e** Revisões, conforme preconizado nos art. 3º, ADCT, além do art. 60º, CF/88.

Seguindo este viés, há de se pontuar o entendimento doutrinário de José Gomes CANOTILHO:

(...) uma coisa é admitirem-se alterações do âmbito ou esfera da norma que ainda se podem considerar susceptíveis de serem abrangidas pelo programa normativo (Normprogramm), e outra coisa é legitimarem-se alterações constitucionais que se traduzem na **existência de uma** realidade constitucional inconstitucional, ou seja, alterações manifestamente inoportáveis pelo programa **da norma constitucional**. (CANOTILHO, 2000, p. 254)

Portanto, há de se ponderar a aplicabilidade **da mutação constitucional** em determinados casos, **como por exemplo o** entendimento constitucional tomado pela Corte Maior ao apreciar **no ano de 2016** o HC nº 126.292.

[...]cumpre ao Poder Judiciário e, sobretudo, ao **Supremo Tribunal Federal**, garantir que o processo - único meio de efetivação do jus puniendi estatal -, resgate essa sua inafastável função institucional. A retomada da tradicional jurisprudência, de atribuir efeito apenas devolutivo aos recursos especial e extraordinário (como, aliás, está previsto em textos normativos) é, sob esse aspecto, mecanismo legítimo de harmonizar o princípio da presunção de inocência com o da efetividade da função jurisdicional do Estado. Não se mostra arbitrária, mas inteiramente justificável, **a possibilidade de** o julgador determinar o imediato início do cumprimento da pena, inclusive com restrição da liberdade do condenado, após firmada a responsabilidade criminal pelas instâncias ordinárias.

(STF - HC: 126292 SP - SÃO PAULO 8620448-89.2015.1.00.0000, Relator: Min. TEORI ZAVASCKI, Data de Julgamento: 17/02/2016, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-100 17-05-2016)

Este julgado é um caso emblemático, tanto pela sua repercussão, quanto por suas controvérsias causadas no âmbito jurídico-acadêmico.

Se ainda levar em consideração que o Supremo valeu-se do poder **difuso de constitucionalidade para** modificar o entendimento de um dispositivo legal que versa sobre garantias **e direitos fundamentais**, sendo portanto, uma cláusula pétrea, conforme prevê o art. 60, § 4º, inciso IV, **da Constituição Federal**, agrava-se ainda mais essa situação.

É justamente nesta seara que encontra-se um dos grandes problemas do entendimento do STF ante o HC nº 126.292, afinal, indo de encontro com o art. 5º, inciso LVII, bem como do art. 283 do CPP, entendeu como possível o cumprimento da sentença penal condenatória antes do esgotamento das vias recursais no grau máximo jurisdicional.

Neste sentido, em conflito com os dispositivos legais supracitados, a Suprema Corte confronta a também a doutrina majoritária no tocante ao tema, indo desde o ilustre Cesare BECCARIA, em sua eternizada obra Dos Delitos e das Penas, no qual esboçava a construção da presunção de inocência desde o século XVIII



:

?Um homem **não pode ser** chamado de 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 das quais ela lhe foi outorgada?. (BECCARIA, 1997, p. 69)

A repercussão dessa decisão foi tão significativa, que provocou várias ações **perante o Supremo**, com destaque para a ADC nº 54, que apontava a automaticidade das prisões após a condenação no segundo grau jurisdicional. O objetivo principal da ADC, que **por sua vez** era fortalecida por outras duas ações declaratórias, ora de números 43 e 44, era declarar constitucional o artigo 283 do CPP, que era totalmente contrário ao então entendimento do Supremo, hoje já superado, da viabilidade do cumprimento da sentença penal antes do esgotamento dos recursos cabíveis.

Ademais, a respeito dos limites **da mutação constitucional**, é primoroso ressaltar que **de acordo com a** própria nomenclatura, a mutação modifica a Constituição, logo, trata-se de uma interpretação acerca da CF, não de correntes doutrinárias ou de meros entendimentos jurisprudenciais tidos isoladamente ante à Lei Maior.

Neste viés, desbravando os fatos e fenômenos jurídicos sobre o tema, surge na doutrina, o entendimento no qual havendo uma mutação que contrarie o texto Constitucional, ela abandonaria o propósito **da mutação constitucional**, que é justamente o intérprete dar nova forma à Norma, tornando-se assim, uma ?mutação inconstitucional?, como afirma Luís Roberto BARROSO (2010, p. 129).

Seguindo essa corrente, de forma implacável pronuncia-se o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, relacionando o posicionamento **do STF diante do HC nº 126.292/SP** com a doutrina antevertida por Barroso, categorizando assim o entendimento adotado pelo STF face à referida ação constitucional como uma ?mutação inconstitucional".

Não obstante, há de se observar **o julgado do STF a** respeito das Ações **Declaratórias de Constitucionalidade** de nº 43, 44 e 54, onde os requerentes buscavam mudar o então **entendimento da Corte Maior**, que permitia **a execução da** pena após decisão colegiada em segunda instância.

Tendo como objeto central das ADCs o assentamento da constitucionalidade do art. 283, do CPP, os Ministros do Supremo procederam com o reconhecimento ora requerido, retificando assim, o entendimento anterior, tomado após **o julgado do HC nº 126.292/SP**, já mencionado anteriormente. Vale ressaltar ainda **o que se** encontra disposto no referido artigo:

Art. 283. 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. (Redação dada pela **Lei nº 13.964, de 2019**)

§ 1o As medidas cautelares previstas neste Título não se aplicam à infração a que não for isolada, cumulativa ou alternativamente cominada pena privativa de liberdade. (Incluído pela **Lei nº 12.403, de 2011**).

§ 2o A prisão poderá ser efetuada em qualquer dia e a qualquer hora, respeitadas as restrições relativas à



inviolabilidade do domicílio. (Incluído pela **Lei nº 12.403, de 2011**).

Outrossim, diante do reconhecimento da constitucionalidade do artigo supracitado, modificou-se, novamente, o posicionamento do STF ante o instituto da execução provisória da pena, que doravante passou aplicar sua interpretação normativa seguindo estritamente o disposto no art. 5º, LVII, CF/88, bem como **o que se** aduz também em norma infraconstitucional acima exposta.

2.2 CPP À LUZ DA CONSTITUIÇÃO

Aludindo o papel de cada um dos alicerces principais dessa problemática, faz-se necessário uma abordagem mais dialética entre todos esses elementos, a fim de compreender a essência da contrariedade **da mutação constitucional** adotada pelo STF diante da possibilidade do cumprimento da sentença penal condenatória antes do esgotamento dos recursos pertinentes.

Como já foi exposto, a Constituição Federal norteia todo **o ordenamento jurídico brasileiro**. Não obstante, além de regulamentar a estrutura do Estado, sendo amparado por demais diplomas e dispositivos legais, conseguinte, as decisões proferidas por determinada autoridade judiciária, necessariamente deverá ser uníssona à Carta Política, seja esta uma decisão monocrática, colegiada ou até mesmo por entendimento jurisprudencial dos Tribunais.

É justamente neste ponto que cria-se a problemática apresentada neste artigo, afinal **a Constituição é** soberana e norteia as decisões judiciais. Como o princípio da presunção de inocência está previsto no já mencionado dispositivo legal, cabe à autoridade judiciária aplicá-lo **de acordo com a** sua previsão



constitucional. Outrossim, há de se considerar que o **instituto do** trânsito em julgado da sentença penal condenatória é pacificado, seja doutrina ou jurisprudencialmente.

Logo, resta de maneira lúcida e inequívoca o entendimento a respeito do trânsito em julgado da sentença, ou também conhecido como coisa julgada, onde seguindo os ensinamentos de Enrico Tullio LIEBMAN (1981), a coisa julgada é uma qualidade da sentença, a qual torna imutável o comando legal deste título.

Neste mesmo aspecto, tem-se o entendimento doutrinário do jurista Gustavo Henrique BADARÓ a respeito da consequência da coisa julgada no ordenamento jurídico, que aduz o fato do trânsito em julgado da sentença penal condenatória relacionar-se com o elemento da imutabilidade da sentença ou acórdão: ?Assim, o trânsito em julgado da sentença penal condenatória ocorre no **momento em que** a sentença ou o acórdão torna-se imutável, surgindo a coisa julgada material? (BADARÓ, 2018).

?Não há, portanto, margem exegética **para que a** expressão seja interpretada, mesmo **pele Supremo Tribunal Federal, no sentido de que o** acusado é presumido inocente, até o julgamento condenatório em segunda instância, ainda que interposto recurso extraordinário para o **Supremo Tribunal Federal** ou recurso especial para o Superior **Tribunal de Justiça**.? (BADARÓ, 2018)

Outrossim, há de considerar-se a aplicação hermenêutica interpretativa ante a fria letra de lei, afinal, presumir-se que após mera manutenção da sentença pelos Tribunais ante **decisão proferida pelo** Juízo Primevo, viabilizaria o início ao cumprimento da pena, poderia representar eventual divergência constitucional, **tendo em vista que** se houve interposição de Recurso ante o acórdão, o mesmo poderá ser reformado, característica essa que preserva o status de inocente do acusado, conforme garante o princípio da não culpabilidade.

Elucidado o elemento interpretativo à luz constitucional, urge o Código de Processo Penal como alicerce garantidor **dos Direitos Fundamentais**, previstos na Constituição Federal, tendo o merecido destaque ao artigo 283, do CPP. Ao encontro do art. 5º, inciso LVII da CF, o art. 283, do CPP reforça, em seu caput, **a tese do** cabimento da prisão em caráter de cumprimento da pena apenas após o trânsito em julgado do título:

Art. 283. 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. (Redação dada pela **Lei nº 13.964, de 2019**) (Vigência) (Grifo nosso).

Entretanto, para entender melhor o cabimento da prisão, é necessária uma breve exposição para reforçar a diferença entre a prisão cautelar e a prisão em virtude da condenação, ora advinda pela sentença penal condenatória. Inicialmente, cabe uma breve análise sobre a prisão em flagrante, que busca precipuamente a não consumação do crime ou seu exaurimento, além **de evitar a** fuga do suspeito, bem como viabilizar a colheita de elementos probatórios de autoria e materialidade do delito. De forma transparente e objetiva, surge a referida prisão cautelar pacificada com o taxativo art. 302, do CPP.

Ainda neste sentido, há também a prisão preventiva, **prevista no art. 311**, do CPP, e seguintes, com destaque para o art. 312, do referido diploma legal, que regulamenta os cabimentos da sua decretação.



Essa modalidade de prisão permite a garantia do procedimento investigatório ou do processo penal, quando presente o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* em detrimento à ordem pública ou econômica.

Por fim, há de se ressaltar o papel da prisão temporária, prevista pela Lei nº 7.960/89, que completa os tipos de prisões cautelares previstas no **ordenamento jurídico brasileiro**. Este último tipo de prisão cautelar é bem restritiva, aplicando-se apenas em crimes e situações específicas, taxadas na Lei regulamentadora.

Não obstante, diante dos ensinamentos de Guilherme de Souza Nucci, **tem-se a** seguinte definição para prisão:

?É a privação da liberdade, tolhendo-se o direito de ir e vir, através do recolhimento da pessoa humana ao cárcere. Não se distingue, nesse conceito, a prisão provisória, enquanto se aguarda o deslinde da instrução criminal, daquela que resulta de cumprimento de pena. Enquanto o Código Penal regula a prisão proveniente de condenação, estabelecendo as suas espécies, formas de cumprimento e regimes de abrigo do condenado, o Código de Processo Penal cuida da prisão cautelar e provisória, destinada unicamente a vigorar, quando necessário, até o trânsito em julgado da decisão condenatória.? (Grifo nosso). (NUCCI, 2014, p. 463)

Portanto, percebe-se a clara natureza da prisão cautelar, que **por sua vez** é decretada, unicamente pelo judiciário, a fim de viabilizar em plenas condições a instrução criminal, até o trânsito em julgado da decisão condenatória. Diante o exposto, não se confunde a prisão cautelar com a prisão destinada ao cumprimento da sentença penal condenatória.

Após esse breve desvendar, torna-se possível debruçar-se de forma mais asseverada sobre a fiel importância do art. 283, do já debatido dispositivo legal, em consonância ao princípio constitucional, ora positivado no art. 5º, inciso LVII:

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

Neste sentido, surgem ainda Nestor TÁVORA e **Rosmar Rodrigues ALENCAR**, ratificando o entendimento exposto no presente artigo:

[...] o reconhecimento da autoria de uma infração criminal pressupõe sentença condenatória transitada em julgado (art. 5º, inc. LVII, da CF). Antes deste marco, somos presumivelmente inocentes, cabendo à acusação o ônus probatório desta demonstração, além **do que o** cerceamento cautelar da liberdade só **pode ocorrer em** situações excepcionais e de estrita necessidade. (TÁVORA; ALENCAR, 2015, p. 51)

Por isso, tem-se que até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, a regra no **ordenamento jurídico brasileiro é** a liberdade, restando assim, o encarceramento como mero acessório excepcional, atendo-se necessariamente às delimitações previstas em lei.

Ademais, havendo **o STF se** posicionado de forma contrária aos dispositivos legais em evidência, insurgiram-se os legitimados a propositura de ação **de controle de constitucionalidade**, outrora já suscitada neste artigo, mas carecendo de uma maior atenção nesta literatura, provocando os Supremo mediante a



ADC de nº 43, bem como seus apensos de nº 44 e 54.

Analisando o julgado da supracitada ação, ocorre que, **na medida em que o Plenário da Corte maior** assente com a procedência da ADC, pacifica-se nova jurisprudência a respeito da execução provisória da pena, sendo doravante inadmitida, salvo casos específicos expressos em lei.

Decisão: O Tribunal, por maioria, nos termos e limites dos votos proferidos, julgou procedente a ação para assentar a constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, na redação dada pela **Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011**, vencidos o Ministro Edson Fachin, que julgava improcedente a ação, e os Ministros **Alexandre de Moraes**, Roberto Barroso, Luiz Fux e Cármen Lúcia, que a julgavam parcialmente procedente para dar interpretação conforme. Presidência do Ministro Dias Toffoli. Plenário, 07.11.2019. (Grifo nosso).

Todavia, apesar de pacificado o entendimento acerca do tema exposto, não ficou definido pela Corte Suprema a viabilidade da alteração **do texto constitucional** acerca da propositura de Propostas de Emendas à Constituição, fato que toma-se notoriedade e protagonismo após a PEC nº 05/2019, que objetiva justamente a positivação em texto constitucional da execução provisória da pena.

2.3 PEC Nº 05/2019: PONTOS E CONTRAPONTOS

Como já explanado no artigo, o STF valendo-se **da mutação constitucional**, pacificou **o entendimento da** viabilidade da execução provisória da pena ao julgar o HC nº 126.292/SP. Não obstante, em decorrência deste entendimento, surgiram várias Ações **Declaratórias de Constitucionalidade, que por sua vez** resultaram em um novo entendimento do Supremo, desta vez, contrário à execução provisória da pena, fundamentando-se no art. 283 do Código de Processo Penal.



O fato do STF ter-se valido **da mutação constitucional para** edificar um entendimento não é o problema da questão, mas sim o fato do entendimento modificado versar sobre cláusula pétrea. Seguindo os ensinamentos de Paulo Gustavo GONET, verifica-se que as cláusulas pétreas estão salvaguardadas de eventuais modificações, seja por via formal, através das emendas constitucionais, seja por via informal, através **da mutação constitucional**.

?O poder constituinte originário cria **o poder de** reforma e estabelece também o procedimento que este deve trilhar. Por isso mesmo, o poder constituinte derivado deve respeito aos limites que o originário lhe impuser.(?)

O poder constituinte originário pode estabelecer que certas regras são intangíveis. Terá consagrado **o que se** denomina de cláusula pétrea. Essas cláusulas de perpetuidade são justificadas politicamente sob **o argumento de** que perfazem um núcleo essencial do projeto, que o titular do poder constituinte originário intenta preservar de quaisquer mudanças institucionalizadas.? (Grifo nosso) (GONET, 2009, 4ªed) Sendo assim, intenta-se **o STF, em** seu derradeiro entendimento, ora rechaçando a execução provisória da pena, em manter-se fiel à Carta Política.

Portanto, como já visto, não poderia o Supremo, valer-se **da mutação constitucional para** dar nova interpretação ao inciso LVII, do **art. 5º da CF**. Todavia, o Poder Legislativo, em Proposta **de Emenda Constitucional**, doravante denominada de PEC, teria autonomia para viabilizar a execução provisória da pena, de uma forma que não contrariasse a Carta Magna, e tão pouco tentasse alterar uma cláusula pétrea.

Tudo isso seria possível através da aprovação da PEC nº 05/2019, outrora ainda em tramitação no Congresso Nacional. A proposta em questão, tem como objetivo a inserção de um novo inciso, ora o XVI, no artigo 93 **da Constituição Federal**, a fim de positivar a possibilidade da execução provisória da pena, após condenação proferida em órgão colegiado, independente **da possibilidade de** interposição de recursos em grau jurisdicional superior.

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa **do Supremo Tribunal Federal**, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

O que se mostra interessante nessa PEC é que ela busca resolver um dos maiores conflitos da execução provisória da pena, que é justamente a inalteração da cláusula pétrea, afinal, o dispositivo modificado seria o artigo 93 e não o artigo 5º, ambos da Lei Maior.

Outro aspecto de viabilidade da PEC nº 05/2019, consiste muito na consonância com o entendimento doutrinário a respeito da mutabilidade da cláusula pétrea, ora ensinado por Nathalia MASSON (2018), no qual debruça-se a respeito da locução ?tendente a abolir?, ora **prevista no art. 60, § 4º, CF/88**.

Ou seja, ao amparar o núcleo essencial do direito protegido como cláusula pétrea o constituinte, não garantiu uma intangibilidade absoluta ao dispositivo. Meras reformulações linguísticas, em que nada alterem a substância daquilo preservado pela cláusula pétrea, são viáveis, assim como reformas superficiais, que não atinjam seu núcleo central.



Ademais, sendo o Congresso Nacional precipuamente composto por representantes do povo, cabe aos congressistas legitimar a vontade do povo. Seguindo neste raciocínio, foi aberto uma consulta pública, disponível no próprio site **do Senado Federal**, questionando ao cidadão o seu posicionamento a respeito da proposição da PEC nº 05/2019.

Ainda sobre a consulta pública, segundo dados disponibilizados no site **do Senado Federal**, iniciada em 18/11/2019 até 10/06/2021, os votos apurados sendo favoráveis à referida Proposta **de Emenda Constitucional**, perfazem um percentual de 91,87% (noventa e um vírgula oitenta e sete por cento), contra 8,13% (oito vírgula treze por cento) contrários à proposição da PEC, em um universo de 26.122 (vinte e seis mil cento e vinte e dois votos).

Neste sentido, surgem Eugenio Raúl ZAFFARONI e José Henrique PIERANGELI (2015), observando que **de acordo com** as necessidades da sociedade, há uma necessidade de adequação social das leis, bem como da conduta humana. Isso principalmente, no tocante às leis penais, que **por sua vez** tutelam e regulam os conflitos que envolvem o maior bem jurídico do nosso ordenamento, logo, a vida.

Portanto, mostra-se **que a Lei**, seja ela a Carta Constitucional ou dispositivo infraconstitucional, normatiza as relações e condutas da sociedade, devendo ser assim, consequência dos anseios e mudanças sociais, como assim sugere o aforismo *ubi societas, ibi jus*?

Posto a respeito da relativização no tocante à imutabilidade da cláusula pétrea, bem como visto sobre a necessidade da adequação legal às mudanças sociais, há de se abrir espaço para um terceiro aspecto interessante que dialoga com esses dois alicerces outrora expostos, que é a prevalência, mas não supremacia dos direitos e garantias fundamentais em nosso ordenamento.

Neste sentido, é prudente ressaltar que os direitos fundamentais possuem como característica a relatividade e não o absolutismo, ou seja, havendo conflito de direitos, necessariamente um se sobreporá ao outro, como ensina Cristina QUEIROZ:

Na verdade, quando dois ou mais princípios colidem a solução do conflito está no recurso a um procedimento de ponderação. Instrumento dessa ponderação é o recurso a **um conjunto de** relações de precedência que ordenam os princípios em conflito. Essas relações de precedência não são absolutas, mas condicionadas. Valem unicamente sob as condições do caso particular ou de um grupo determinado de casos. Não possuem assim valor absoluto ou geral. De contrário, não poderíamos falar num processo de ponderação, mas de sobreposição ou triunfo de um princípio sobre o outro? (QUEIROZ, 2000, p. 185)

Portanto, como exposto neste capítulo, **por mais que** se trate de direitos e garantias fundamentais, sendo ainda considerados cláusulas pétreas, não exerce tal princípio uma intangibilidade suprema.

Não obstante, valendo-se **da possibilidade de** expor pontos e contrapontos, ora oportunizada pelo ambiente Acadêmico, urge o mestre Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, com o seguinte ensinamento:



?violar um princípio **é muito mais** grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa, **não só a um** específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.? (BANDEIRA DE MELLO, 2000, p . 747 - 749)

Sendo assim, **de acordo com** o exposto, constrói-se, no papel de antítese, o entendimento a respeito da impossibilidade da execução provisória da pena, posto que para parte **da doutrina**, a PEC nº 05/2019, mesmo que não altere diretamente o art. 5º, inciso LVII, da CF. Isso porque, conforme já aduzido, a cláusula pétrea não poderia ter o seu núcleo modificado.

Logo, neste entendimento, seria inconstitucional **a tentativa de** positivar a viabilidade da execução provisória da pena, mesmo que tal modificação se desse através da emenda **constitucional do art. 93, da CF**.

Edifica-se assim, um cenário tênue entre a modificação legal, ora tida pelo **próprio Poder Judiciário** (mutação constitucional), outrora pelo Poder Legislativo (Proposta de Emenda à Constituição), a fim de atender os anseios e relações sociais atuais, **em face da** garantia constitucional, que **por sua vez** tem em sua essência a imutabilidade ao tratar-se **de direitos fundamentais**.



3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do assentado neste artigo, pode-se afirmar **a necessidade de modificação da Constituição**, a fim de acompanhar as mudanças da sociedade. Entretanto, tais mudanças precisam acontecer **de acordo com os ditames constitucionais**, havendo assim, uma linha tênue entre estes dois aspectos.

Todavia, analisando especificamente o fato da execução provisória da pena, há de se pontuar observações pertinentes. Em plano sobressalente, há de se pontuar a atual impossibilidade da execução provisória, face a cláusula pétrea que positiva a garantia fundamental **do princípio da não culpabilidade, bem como a** constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal, que ratifica que a prisão dar-se-á mediante o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Em contraponto, dos aspectos favoráveis à viabilidade da execução provisória, observa-se o elemento social, que representa as novas relações jurídicas e valores da sociedade, onde conforme demonstrado **ao longo do** presente artigo, é um dos pilares para a movimentação do Congresso para reformar a Carta Política.

Outrossim, vale reiterar que a PEC n° 05/2019, em uma derradeira tentativa de viabilizar a execução provisória da pena, busca alterar um artigo **da CF que** não versa sobre direito ou garantia fundamental, o **que pode ser considerado** como um esforço em driblar o protecionismo inerente ao núcleo da cláusula pétrea, o que **por sua vez**, poderia expurgar uma eventual inconstitucionalidade da Proposta.

Analisando as exposições apresentadas, apesar de não serem conclusivas devido à própria natureza do problema de pesquisa, que **por sua vez** não proporciona uma solução uníssona, entende-se que há de se ponderar até qual ponto se deve prevalecer a imutabilidade da cláusula pétrea em detrimento à necessidade de adequação das normas às modificações sociais que acontecem com o passar dos anos.

Indubitavelmente que as garantias **e direitos fundamentais** são os alicerces mais sólidos **do Estado democrático de Direito**, dispensando qualquer introdução histórica, que por si só seria capaz de recrudescer um artigo. Entretanto, **em que pese a** ponderação de direitos, é prudente não expurgar de imediato **a possibilidade de** adequação dos princípios diante das modificações inerentes à sociedade.?

Ademais, diante de uma temática tão complexa e delicada quanto a exposta, conforme previsão constitucional, não deveria caber à Corte Máxima **do Poder Judiciário** manifestar-se em tom decisivo a respeito do assunto, cabendo, portanto, ao Poder Legislativo, ora revestido de sua função legiferante, em regulamentar o tema, como assim foi tentado através da PEC **objeto de estudo** deste artigo.

Desta mesma maneira, que de forma assertiva o STF modificou o seu entendimento ante **o julgado do HC** n° 126.292/SP, onde possibilitava a execução provisória da pena, reconhecendo **a constitucionalidade da** afirmação de quem ninguém será preso senão em virtude de condenação criminal transitada em julgado, ressalvada exceções previstas em lei.

Neste sentido, objetivando conglomerar os posicionamentos doutrinários juntamente com os dispositivos



legais apresentados, permite-se concluir que a execução provisória da pena é inconstitucional, pois confronta diretamente garantias fundamentais, bem como princípios constitucionais enraizados historicamente no ordenamento jurídico ocidental e aplicados na Constituição Pátria ao final do século passado.

Ainda a respeito da inconstitucionalidade da execução provisória, é pertinente alegar que a própria PEC n° 05/2019, **por mais que** siga o rito das Emendas, ora previsto constitucionalmente, também se mostra como sendo contrária à CF. Isso porque independente da referida Proposta não alterar diretamente o texto de artigo consagrado como cláusula pétrea, o objeto da PEC fere o núcleo de um direito fundamental, ora **do princípio da** não culpabilidade, sacramentada no art. 5º, inciso LVII, da Lei Maior.

Arrematando assim, acerca do tema apresentando, conclui-se que independentemente da necessidade de se ponderar as mudanças interpretativas **de acordo com** as evoluções do relacionamento e valores sociais, o Judiciário deve se manter fiel à Constituição, pois dela **é que se** deve refletir os direitos fundamentais, conquistados após séculos de luta.

4. REFERÊNCIAS

- BRASIL. **Constituição da República** Federativa do Brasil de 1988, promulgada em 05 de outubro de 1988. Publicada no DOU de 05.10.1998. Planalto. Sítio Oficial. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 set. 2020.
- BRASIL. Decreto-**Lei n° 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 14 nov. 2020.
- BRASIL. **Lei n° 7.960, de 21 de dezembro de 1989**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7960.htm>. Acesso em: 25 abr. 2021.
- BRASIL. Decreto **n° 678, de 6 de novembro de 1992**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 17 nov. 2020.
- BRASIL. Decreto-**Lei n° 3689 de 3 de outubro de 1941**. Instituiu o Código de Processo Penal. Publicado no DOU de 13.10.1941. Brasília. DF. Disponível em: Acesso em: 10 set. 2019.
- UNICEF. Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>>. Acesso em: 15 nov. 2020.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e **Teoria da Constituição**, 4ª edição, pág. 1189
- GOVERNO DO BRASIL. Democrática, **Constituição Federal de 1988** foi Construída pela Sociedade, 2018. Disponível em: <<https://www.gov.br/pt-br/constituicao-30-anos/textos/democratica-constituicao-federal-de-1988-foi-construida-pela-sociedade>>. Acesso em: 10, nov. 2020.
- MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **Direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- ROMANO, Rogério Tadeu. Continência e Conexão como Formas de Modificação de Competência no Processo Penal. Disponível em: <<https://www.jfn.jus.br/institucional/biblioteca/doutrina/Doutrina264-continencia-e-conexao-formas-processo-penal.pdf>>. Acesso em: 18 mar. 2021.
- FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Processos informais de mudança da constituição: Mutações constitucionais como manifestação da interpretação constitucional pluralista Página 16 mutações constitucionais e mutações inconstitucionais. São Paulo: Max Limonad, 1986. p. 9.
- BULOS, Uadi Lammêgo. **Mutação Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997, p.57
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 3ª. ed., São Paulo: Saraiva, 2011, p. 148 - 149.
- BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. Disponível em: <http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>. Acesso em : 15 mar. 2021
- CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e **Teoria da Constituição**. 4ª. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 254



Supremo Tribunal Federal. Plenário. Direito Constitucional. Direito Processual Penal. **Habeas Corpus nº 126.292 de São Paulo**. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Impetrante: Maria Claudia de Seixas. Coator: Relator do HC nº 313.021 do Superior **Tribunal de Justiça**. Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília, 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4697570>> ;. **Acesso em 11 set.** 2019

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE.
Habeas Cosrpus, nº 126.292/São Paulo. Marcio Rodrigues Dantas. Relator: Ministro Teori Zavascki. 17 fev . 2016.

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

BARROSO, Luís **Roberto**. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 2a Ed. **São Paulo: Saraiva**, 2010. p. 129).

LIEBMAN, Enrico Tullio. Eficácia e autoridade da sentença e outros aspectos escritos sobre a coisa julgada (com aditamentos relativos ao **direito brasileiro**). 2. ed. Tradução de: Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Forense: **Rio de Janeiro**, 1981.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró. É temerário admitir **que o STF pode "criar"** um novo conceito de trânsito em julgado. 6 de abril de 2018. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2018-abr-03/badaro-stf-nao-criar-conceito-transito-julgado>> **Acesso em: 16 nov. 2020**

NUCCI, Guilherme de Souza. Prisão e liberdade. 4. ed. **Rio de Janeiro: Forense**, 2014. p. 463.

TÁVORA, Nestor; **ALENCAR, Rosmar Rodrigues**. **Curso de direito** processual penal. 10ª ed. JusPODIVM, 2015. p. 51.

CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. ADC nº 44. Disponível em <<http://s.conjur.com.br/dl/oab-stf-declare-constitucional-prisao.pdf>>. **Acesso em 22/11/2017.**

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, **Gilmar Ferreira Mendes** e Inocêncio Oliveira. 4ª. ed. **Curso de Direito Constitucional**. **São Paulo: Saraiva**, 2009.

MASSON, Nathalia. Manual **de Direito Constitucional**. 6. ed. Salvador: JusPODIVM, 2018, p. 139.
SENADO FEDERAL. Consulta Pública, Proposta de Emenda à Constituição nº 5 de 2019 (PEC 5/2019). Disponível em: < <https://www12.senado.leg.br/ecidadania/visualizacaomateria?id=135253>> **Acesso em: 10 jun. 2021.**

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro. 11. Ed. **São**



Paulo: Revista dos Tribunais. 2015, p.505

QUEIROZ, Cristina M. M. O Princípio da não reversibilidade dos Direitos Fundamentais Sociais. 2000. Op .cit., p.14.

MELLO, Celso Antonio Bandeira. Curso de Direito Administrativo, 12a edição, Malheiros, 2000, pp. 747 a 749.

A Constituição e o Supremo. Supremo Tribunal Federal, 2007. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp?item=1079>> Acesso em: 12, nov. 2020

BITENCOURT, C. R. Tratado de Direito Penal: Parte geral. 16. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LENZA, P. Direito constitucional esquematizado. 20. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016. Ebook.

MONTESQUIEU, C.D.S. O espírito das leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes. 8. Ed. São Paulo: Saraiva



=====

Arquivo 1: [ARIEL DENIZARD COUTO SILVA 03.06.docx](#) (6219 termos)

Arquivo 2: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm (58785 termos)

Termos comuns: 311

Similaridade: 0,48%

O texto abaixo é o conteúdo do documento [ARIEL DENIZARD COUTO SILVA 03.06.docx](#) (6219 termos)

Os termos em vermelho foram encontrados no documento

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm (58785 termos)

=====

5

ARIEL DENIZARD COUTO SILVA

OS LIMITES DAS EMENDAS E MUTAÇÕES CONSTITUCIONAIS SOB O PRISMA DA EXECUÇÃO
PROVISÓRIA DA PENA **A PARTIR DO** JULGADO DO HC Nº 126.292/SP

SALVADOR - BA

2021

ARIEL DENIZARD COUTO SILVA

OS LIMITES DAS EMENDAS E MUTAÇÕES CONSTITUCIONAIS SOB O PRISMA DA EXECUÇÃO



PROVISÓRIA DA PENA A PARTIR DO JULGADO DO HC Nº 126.292/SP

Trabalho de conclusão de curso, apresentado com finalidade de obtenção da aprovação acadêmica no Bacharelado em Direito na Universidade Católica do Salvador - UCSAL.

Orientador: Prof. MSc. André Quadros Côrtes

SALVADOR - BA
2021

RESUMO

O trabalho apresentado busca analisar a atuação do **Supremo Tribunal Federal** sob **os limites das** mutações constitucionais, diante da sua interpretação acerca da execução provisória da pena, concretizada mediante o HC nº 126.292/SP, além de analisar a eventual inconstitucionalidade da PEC nº 05/2019.

A relevância do tema abordado é flagrante, posto que, trata-se de uma discussão com relevância nacional, onde recentemente tiveram muitas mudanças de interpretações a respeito da temática, perdurando até hoje árduos debates acerca do assunto. Logo, busca-se na presente literatura entender a viabilidade de uma eventual aplicação da execução provisória da pena no ordenamento jurídico brasileiro, respeitando **os limites das** Emendas e mutações constitucionais propiciadas pelos legisladores e intérpretes da Constituição, ora o STF, respectivamente.

Para elaboração deste trabalho foi utilizado como metodologia de pesquisa a revisão bibliográfica e o estudo de caso, sob uma abordagem qualitativa e exploratória.

Palavras-Chave: **Supremo Tribunal Federal**. Constituição Federal. Execução Provisória da Pena. Mutação



Constitucional. PEC nº 05/2019.

SUMÁRIO

5

INTRODUÇÃO

Desde a sua promulgação, em 1988, a **Constituição Federal** vem norteando todo o ordenamento jurídico brasileiro, **bem como o seu Estado Democrático de Direito. Como forma de** garantir o cumprimento e concretização dos dispositivos deste diploma legal, incumbiu ao Constituinte Originário delegar **ao Supremo Tribunal Federal** (doravante, STF) **o dever de** salvaguardar a Lei Maior.

Assim sendo, havendo controvérsia jurídica que verse sobre entendimento ou aplicação supostamente contrária ao que se prevê na Constituição, é possível que tal discussão seja levada até o Supremo, **a fim de que todos os** entendimentos sejam pautados nos princípios e garantias que edificam a Carta Política brasileira.

Diante disso, há interpretações do Supremo que por eventualmente são questionadas quando confrontadas **com as Normas a** qual viabilizam **a aplicação da** hermenêutica constitucional, sendo



justamente um desses entendimentos controversos, ora objeto **deste artigo**, a execução provisória da pena antes do **trânsito em julgado** da **sentença penal condenatória**.

Aprofundando-se neste aspecto, aborda-se no presente estudo o conflito da execução provisória da pena ante o texto constitucional, **bem como os** efeitos desta questão com uma eventual aprovação da PEC nº 05/2019, que por sua vez alteraria drasticamente a Lei suprema neste aspecto do cumprimento da pena.

Tal alteração se aplicaria ao **art. 93, da Constituição Federal**, incluindo no referido artigo o inciso XVI, que determinaria que a decisão condenatória proferida por órgãos colegiados deve ser executada imediatamente, independentemente do cabimento de eventuais recursos ao grau jurisdicional superior.

Nesse sentido, busca-se responder a seguinte questão de pesquisa: Haveria **a possibilidade de viabilizar a** execução provisória da pena, mediante **Proposta de Emenda à Constituição**, dirimindo, portanto, a subjetividade interpretativa inerente às mutações constitucionais realizadas **pelo Supremo Tribunal Federal** ?

Não obstante, urge a necessidade de discutir se o STF cumpriu o preceito constitucional de salvaguardar **o disposto na** Magna Carta **no tocante a** execução provisória da pena, **bem como a** repercussão jurídica diante dos entendimentos da Corte Maior a respeito do tema, posto que uma interpretação contrária **ao disposto na** Lei Maior, resultaria em um entendimento inconstitucional do Supremo.



2. CONSTITUIÇÃO FEDERAL: A BÚSSOLA DO PODER JUDICIÁRIO

Com o propósito de contribuição literária acadêmica, o presente artigo versa sobre a execução provisória da pena, sob o prisma da sua viabilidade constitucional, que por sua vez, ainda causa certa controvérsia no meio jurídico e acadêmico. Portanto, busca-se demonstrar os elementos do assunto em análise, a fim de contemplar as nuances, debates e aspectos do objeto desta pesquisa.

Para entender melhor a problemática trazida ao trabalho, é necessário identificar elementos, características e até mesmo conceitos de alguns pilares desta discussão, como por exemplo o Supremo Tribunal Federal, em sua competência atribuída pelo art. 102, da Carta Maior, além da garantia fundamental prevista no art. 5º inciso LVII, também da Constituição Federal, ora atrelado ao princípio da não culpabilidade. Outrossim, há de se observar também como estes elementos dialogam entre si, chegando assim a uma visão multifacetada ante a discussão aduzida.

Desta forma é possível ao menos concatenar as ideias entre os principais elementos aqui presentes, que por sua vez se escusam de serem analisados sob uma ótica una. De acordo com o artigo 102 da Constituição (BRASIL 1988), mais precisamente em seu caput, compete ao Supremo Tribunal Federal basilaramente a guarda da Carta Política, sendo procedida de competências, originárias, ordinárias e extraordinariamente complementares.

Diante disso, compreende-se que sob a luz constitucional, seguirá esta Corte, balizando e atendo suas decisões às normas da já trigenária Carta Política, cabendo-lhe eventuais interpretações e adequações, devido à natural evolução social, bem como dos fatos jurídicos, que por sua vez criam fatos novos que venham a precisar de uma interpretação mais extensiva, restritiva, ou de qualquer outro gênero, mas sempre fiel ao disposto na Constituição.

Seguindo nesta linha da soberania constitucional, cabe o entendimento de José Gomes Canotilho, no qual aduz a existência de algumas categorias no tocante a interpretação da norma, senão vejamos:

a) o princípio da prevalência da Constituição impõe que, dentre as várias possibilidades de interpretação, só se deve escolher-se uma interpretação não contrária ao texto e programas da norma ou normas constitucionais; b) o princípio da conservação de normas afirma que uma norma não deve ser declarada inconstitucional quando, observados os fins da norma, ela pode ser interpretada em conformidade com a Constituição; c) o princípio da exclusão da interpretação conforme a Constituição, mas ?contra legem? impõe que o aplicador de uma norma não pode contrariar a letra e o sentido dessa norma através de uma interpretação conforme a Constituição, mesmo que através desta interpretação consiga uma concordância entre a norma infraconstitucional e as normas constitucionais. (CANOTILHO 2000, p. 1189)

Portanto, tem-se que a interpretação deve ser limitada aos parâmetros estabelecidos constitucionalmente.

Não obstante, seguindo este viés de entendimento ao tema, urge a Constituição Federal como protagonista do enredo, trazendo em seu bojo uma herança garantista e humanizada. Muito por conta do



período de sua **elaboração e a** conseqüente promulgação, **que se deu** em um cenário pós regime ditatorial , por isso a preocupação em preservar a democracia, **bem como as** garantias individuais e coletivas são intrínsecas ao texto, com destaque para o art. 5º, **em seu inciso** LVII, ora edificado sob a égide do princípio da não culpabilidade, também herança desta natureza garantista da Carta Magna.

Ademais, a Constituição Cidadã, conforme declarou o **então presidente da Assembleia Nacional Constituinte**, o deputado Ulysses GUIMARÃES (1988)- isso porque pela primeira vez na história emendas de cidadãos comuns e entidades representativas foram alicerces para elaboração da Carta Política, ratificando assim a intenção de espelhar em seu texto os anseios e direitos do povo, como então demonstrado pelo Secretário Geral **da Câmara dos Deputados**, Mozart VIANNA (1987), na seguinte fala consagrada: ?Foi um momento maravilhoso de efervescência cívica?

Como conseqüência de toda essa democratização e enaltecimento de garantias aos cidadãos, uma das searas jurídicas mais contempladas foi a esfera penal, que passou a se valer de valorosos e necessários princípios, como por exemplo **a ampla defesa, o contraditório e a** presunção de inocência.

Como bem sintetiza MACHADO (2004), o sistema constitucional fez com **que todos os** cidadãos que fossem acusados passassem necessariamente por um processo legítimo, **com possibilidade de** defesa, sendo este estabelecimento de direitos ao acusado o grande marco da Carta.

Indo um pouco mais a fundo nas garantias que constituem **o devido processo legal**, torna-se muito importante voltar às atenções **ao disposto no** artigo 5º, inciso LVII, **da Constituição Federal** (BRASIL, 1988), que traz à tona **o princípio da** presunção de inocência, através do seguinte texto de lei **?ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;?**

Ora, de plano teria-se o claro entendimento que apenas poder ser considerada culpada ante o crime a si imputado, quando a sentença viesse a transitar **em julgado, ou** seja, já estivesse exaurida **a possibilidade de** interposição **de recursos ao** processo.

ROMANO (2013) traz em seu entendimento o fato do princípio da inocência, outrora também chamado pela doutrina por princípio da não culpabilidade, a característica da tutela à liberdade individual, ratificando o entendimento **de que o** acusado apenas teria sua imputação de culpa, após a condenação.

Assim também preconiza o Pacto de San José, mais precisamente em seu artigo 8º, ao estabelecer que **?toda pessoa acusada de delito tem direito a que se** presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa".

Todavia, apesar deste amparo à proteção do indivíduo, é prudente ressaltar que a prisão pode sim acontecer antes da **sentença penal condenatória, desde que não seja** como finalidade a punibilidade do agente.

É justamente neste sentido que o Código de Processo Penal traz em seu artigo 302 e seguintes as prisões , preventiva, temporária, além da prisão em flagrante, mas como já dito, nenhuma delas possui como finalidade a punição imediata ao agente.



Não obstante, há de se apontar também outras características deste alicerce do **devido processo legal**. A influência principiológica da não culpabilidade no ordenamento jurídico brasileiro se deu por muitos diplomas internacionais tidos como clássicos, além do Pacto de San José, ora já mencionado, há também inspiração na Declaração Universal **dos Direitos Humanos, bem como na** Convenção Europeia **de Direitos Humanos** de 1950.

2.1 MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

A mutação constitucional surge como um mecanismo de adequação da norma à realidade social, trazendo constantes atualizações **da aplicação do** dispositivo legal ante as necessidades e evoluções **de uma sociedade**. Assim, coloca-se a mutação constitucional como uma ferramenta modificadora da Constituição.

Neste mesmo enredo, ensina Ana Cândida Ferraz ao definir mutação constitucional:

?(?) alteração, não da letra ou do texto expresso, mas do significado, do sentido e do alcance **das disposições constitucionais**, por meio ora da interpretação judicial, ora dos costumes, ora das leis, alterações essas que, em geral, se processam lentamente, e só se tornam claramente perceptíveis quando se compara o entendimento atribuído às cláusulas constitucionais em momentos diferentes, cronologicamente afastados **uns dos outros**, ou em épocas distintas e diante de circunstâncias diversas?.



(FERRAZ, 1986, p.09)

A grande questão é que a mutação constitucional é apenas uma das formas para se proceder com **a alteração da** Constituição. Em verdade, cabe **que de acordo com a** própria Carta Política, há apenas uma maneira para buscar essa reforma, ora **prevista no art. 60 da CF**, através da formalidade do ato modificativo, edificando-se por meio **da Emenda Constitucional**.

Todavia, como ensina Uadi Lammego Bulos, a solenidade prevista na Constituição nem sempre seria oportuna, levando em consideração a alta complexidade nos trâmites previstos **para alteração do** dispositivo Maior, logo, tem-se:

?Seria errôneo e mesmo ingênuo conceber-se uma Constituição inalterável, frente à realidade social cambiante, com exigências, necessidades e situações sempre novas, em constante evolução? (BULOS, 1997, p. 57)

Portanto, a mutação constitucional **não pode ser** desprezada em detrimento à Reforma.

Assim também entende Luís Roberto Barroso, senão vejamos:

(...) a mutação constitucional consiste em **uma alteração do** significado de determinada norma da Constituição, sem observância do mecanismo constitucionalmente previsto para as emendas e, além disso, sem que tenha havido qualquer modificação de seu texto. Esse novo sentido ou alcance do mandamento constitucional pode decorrer de uma mudança na realidade fática **ou de uma** nova percepção do Direito, uma releitura do que deve ser considerado ético ou justo. (BARROSO, 2011, p. 148-149)

Essa mutação constitucional se dá de uma forma não solene, ou seja, a letra da lei permanece intacta, todavia, o seu entendimento é alterado, buscando uma melhor aplicabilidade diante dos novos fatos e percepções jurídicas de uma determinada sociedade. Diferentemente do que ocorre em uma reforma constitucional.

É neste aspecto que se discute sobre o ativismo judicial. Esse ativismo **do Poder Judiciário** reflete-se em uma discutível proeminência da atuação judiciária, que por sua vez estaria avançando ?limites? de atuação tripartite da atribuição dos poderes do Estado, como afirma-se na doutrina de Luís Roberto Barroso:

?A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação **dos outros dois** Poderes. A postura ativista se manifesta **por meio de** diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta **da Constituição a** situações não expressamente contempladas em seu texto **e independentemente de** manifestação do legislador ordinário; (ii) **a declaração de inconstitucionalidade de** atos normativos emanados do legislador, **com base em** critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções **ao Poder Público**, notadamente **em matéria de políticas públicas**.? (BARROSO, 2008)

Na mesma proporção em que o Judiciário possui legitimidade para modificar o entendimento constitucional



, há de se ponderar até qual ponto esta modificação interpretativa não estaria contrapondo a autonomia e competência do Legislativo em reformar a Constituição mediante as Emendas e Revisões, conforme preconizado nos art. 3º, ADCT, além do art. 60º, CF/88.

Seguindo este viés, há de se pontuar o entendimento doutrinário de José Gomes CANOTILHO:

(...) uma coisa é admitirem-se alterações do âmbito ou esfera da norma que ainda se podem considerar susceptíveis de serem abrangidas pelo programa normativo (Normprogramm), e outra coisa é legitimarem-se alterações constitucionais que se traduzem na existência de uma realidade constitucional inconstitucional, ou seja, alterações manifestamente inoportáveis pelo programa da norma constitucional. (CANOTILHO, 2000, p. 254)

Portanto, há de se ponderar a aplicabilidade da mutação constitucional em determinados casos, como por exemplo o entendimento constitucional tomado pela Corte Maior ao apreciar no ano de 2016 o HC nº 126.292.

[...]cumpre **ao Poder Judiciário e**, sobretudo, **ao Supremo Tribunal Federal**, garantir que o processo - único meio de efetivação do jus puniendi estatal -, resgate essa sua inafastável função institucional. A retomada da tradicional jurisprudência, de atribuir efeito apenas devolutivo aos recursos especial e extraordinário (como, aliás, está previsto em textos normativos) é, sob esse aspecto, mecanismo legítimo de harmonizar **o princípio da** presunção de inocência com o da efetividade da **função jurisdicional do Estado**. Não se mostra arbitrária, mas inteiramente justificável, **a possibilidade de** o julgador determinar o imediato início do cumprimento da pena, inclusive com **restrição da liberdade** do condenado, após firmada a responsabilidade criminal pelas instâncias ordinárias.

(STF - HC: 126292 SP - SÃO PAULO 8620448-89.2015.1.00.0000, Relator: Min. TEORI ZAVASCKI, Data de Julgamento: 17/02/2016, Tribunal Pleno, **Data de Publicação:** DJe-100 17-05-2016)

Este julgado é um caso emblemático, tanto pela sua repercussão, quanto por suas controvérsias causadas no âmbito jurídico-acadêmico.

Se ainda levar em consideração que o Supremo valeu-se do poder difuso de constitucionalidade para modificar o entendimento de um dispositivo legal que versa sobre garantias e direitos fundamentais, sendo portanto, uma cláusula pétrea, conforme prevê **o art. 60, § 4º, inciso IV, da Constituição Federal**, agrava-se ainda mais essa situação.

É justamente nesta seara que encontra-se um dos grandes problemas do entendimento do STF ante o HC nº 126.292, afinal, indo de encontro **com o art. 5º, inciso LVII, bem como do art. 283 do CPP**, entendeu como possível **o cumprimento da sentença penal condenatória** antes do esgotamento das vias recursais no grau máximo jurisdicional.

Neste sentido, em conflito **com os dispositivos legais** supracitados, a Suprema Corte confronta a também a doutrina majoritária no tocante ao tema, indo desde o ilustre Cesare BECCARIA, em sua eternizada obra Dos Delitos e das Penas, no qual esboçava a construção da presunção de inocência desde o século XVIII



:

?Um homem **não pode ser** chamado de 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 das quais ela lhe foi outorgada?. (BECCARIA, 1997, p. 69)

A repercussão dessa decisão foi tão significativa, que provocou várias ações **perante o Supremo**, com destaque para a ADC nº 54, que apontava a automaticidade das prisões após a condenação no segundo grau jurisdicional. O objetivo principal da ADC, que por sua vez era fortalecida por outras duas ações declaratórias, ora de números 43 e 44, era declarar constitucional o artigo 283 do CPP, que era totalmente contrário ao então entendimento do Supremo, hoje já superado, da viabilidade do cumprimento da sentença penal antes do esgotamento dos recursos cabíveis.

Ademais, a respeito **dos limites da** mutação constitucional, é primoroso ressaltar **que de acordo com a** própria nomenclatura, a mutação modifica a Constituição, logo, trata-se de uma interpretação acerca da CF, não de correntes doutrinárias ou de meros entendimentos jurisprudenciais tidos isoladamente ante à Lei Maior.

Neste viés, desbravando os fatos e fenômenos jurídicos sobre o tema, surge na doutrina, o entendimento no qual havendo uma mutação que contrarie o texto Constitucional, ela abandonaria o propósito da mutação constitucional, que é justamente o intérprete dar nova forma à Norma, tornando-se assim, uma ?mutação inconstitucional?, como afirma Luís Roberto BARROSO (2010, p. 129).

Seguindo essa corrente, de forma implacável pronuncia-se **o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil**, relacionando o posicionamento do STF diante do HC nº 126.292/SP com a doutrina antevertida por Barroso, categorizando assim o entendimento adotado pelo STF face à referida ação constitucional como uma ?mutação inconstitucional".

Não obstante, há de se observar o julgado do STF a respeito das **Ações Declaratórias de Constitucionalidade de** nº 43, 44 e 54, onde os requerentes buscavam mudar o então entendimento da Corte Maior, que permitia **a execução da** pena após decisão colegiada em segunda instância.

Tendo como objeto central das ADCs o assentamento da constitucionalidade **do art. 283, do CPP, os Ministros do Supremo** procederam com o reconhecimento ora requerido, retificando assim, o entendimento anterior, tomado após o julgado do HC nº 126.292/SP, já mencionado anteriormente. Vale ressaltar ainda o que se encontra disposto no referido artigo:

Art. 283. **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.** (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 1º As medidas cautelares previstas neste Título **não se aplicam** à infração **a que não** for isolada, cumulativa ou alternativamente cominada **pena privativa de liberdade.** (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 2º **A** prisão poderá ser efetuada em qualquer dia **e a qualquer** hora, respeitadas as **restrições relativas à**



inviolabilidade do domicílio. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

Outrossim, diante do reconhecimento da constitucionalidade do artigo supracitado, modificou-se, novamente, o posicionamento do STF ante o instituto da execução provisória da pena, que doravante passou a aplicar sua interpretação normativa seguindo estritamente o disposto no art. 5º, LVII, CF/88, bem como o que se aduz também em norma infraconstitucional acima exposta.

2.2 CPP À LUZ DA CONSTITUIÇÃO

Aludindo o papel de cada um dos alicerces principais dessa problemática, faz-se necessário uma abordagem mais dialética entre todos esses elementos, a fim de compreender a essência da contrariedade da mutação constitucional adotada pelo STF diante da possibilidade do cumprimento da sentença penal condenatória antes do esgotamento dos recursos pertinentes.

Como já foi exposto, a Constituição Federal norteia todo o ordenamento jurídico brasileiro. Não obstante, além de regulamentar a estrutura do Estado, sendo amparado por demais diplomas e dispositivos legais, consequente, as decisões proferidas por determinada autoridade judiciária, necessariamente deverá ser uníssona à Carta Política, seja esta uma decisão monocrática, colegiada ou até mesmo por entendimento jurisprudencial dos Tribunais.

É justamente neste ponto que cria-se a problemática apresentada neste artigo, afinal a Constituição é soberana e norteia as decisões judiciais. Como o princípio da presunção de inocência está previsto no já mencionado dispositivo legal, cabe à autoridade judiciária aplicá-lo de acordo com a sua previsão



constitucional. Outrossim, há de se considerar que o instituto do **trânsito em julgado** da **sentença penal condenatória** é pacificado, seja doutrina ou jurisprudencialmente.

Logo, resta de maneira lúcida e inequívoca o entendimento a respeito do **trânsito em julgado** da sentença, ou também conhecido como coisa julgada, onde seguindo os ensinamentos de Enrico Tullio LIEBMAN (1981), **a coisa julgada** é uma qualidade da sentença, a qual torna imutável o comando legal deste título.

Neste mesmo aspecto, tem-se o entendimento doutrinário do jurista Gustavo Henrique BADARÓ a respeito da consequência da coisa julgada no ordenamento jurídico, que aduz o fato do **trânsito em julgado** da **sentença penal condenatória** relacionar-se com o elemento da imutabilidade da sentença ou acórdão: ?Assim, **o trânsito em julgado** da **sentença penal condenatória** ocorre no momento **em que a** sentença ou o acórdão torna-se imutável, surgindo **a coisa julgada** material? (BADARÓ, 2018).

?Não há, portanto, margem exegética para que a expressão seja interpretada, mesmo **pelo Supremo Tribunal Federal**, no sentido **de que o** acusado é presumido inocente, até o julgamento condenatório em segunda instância, ainda que interposto recurso extraordinário para **o Supremo Tribunal Federal** ou recurso especial para **o Superior Tribunal de Justiça**.? (BADARÓ, 2018)

Outrossim, há de considerar-se **a aplicação** hermenêutica interpretativa ante a fria letra de lei, afinal, presumir-se que após mera manutenção da sentença pelos Tribunais ante decisão proferida pelo Juízo Primevo, viabilizaria o início ao cumprimento da pena, poderia representar eventual divergência constitucional, **tendo em vista** que se houve interposição de Recurso ante o acórdão, o mesmo poderá ser reformado, característica essa que preserva o status de inocente do acusado, conforme garante **o princípio da** não culpabilidade.

Elucidado o elemento interpretativo à luz constitucional, urge o Código de Processo Penal como alicerce garantidor dos Direitos Fundamentais, previstos **na Constituição Federal**, tendo o merecido destaque ao artigo 283, do CPP. Ao encontro **do art. 5º, inciso LVII** da CF, **o art. 283, do CPP** reforça, em seu caput, a tese do cabimento da prisão em caráter **de cumprimento da** pena apenas após **o trânsito em julgado** do título:

Art. 283. 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.** (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência) (Grifo nosso).

Entretanto, para entender melhor o cabimento da prisão, é necessária uma breve exposição para reforçar **a diferença entre a** prisão cautelar e a prisão em virtude da condenação, ora advinda pela **sentença penal condenatória**. Inicialmente, cabe uma breve análise **sobre a prisão** em flagrante, que busca precipuamente a não consumação do crime ou seu exaurimento, além de evitar a fuga do suspeito, bem como viabilizar a colheita de elementos probatórios de autoria e materialidade do delito. De forma transparente e objetiva, surge a referida prisão cautelar pacificada com o taxativo art. 302, do CPP.

Ainda neste sentido, há também a prisão preventiva, **prevista no art. 311**, do CPP, e seguintes, com destaque para **o art. 312, do** referido diploma legal, que regulamenta os cabimentos da sua decretação.



Essa modalidade de prisão permite a **garantia do** procedimento investigatório ou do processo penal, quando presente o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* em detrimento à **ordem pública ou** econômica.

Por fim, há de se ressaltar o papel da prisão temporária, prevista **pela Lei n° 7.960/89**, que completa os tipos de prisões cautelares previstas no ordenamento jurídico brasileiro. Este último tipo de prisão cautelar é bem restritiva, aplicando-se apenas em crimes e situações específicas, taxadas na Lei regulamentadora.

Não obstante, diante dos ensinamentos de Guilherme de Souza Nucci, tem-se a seguinte definição para prisão:

?É a privação da liberdade, tolhendo-**se o direito de** ir e vir, através do recolhimento **da pessoa humana** ao cárcere. Não se distingue, nesse conceito, a prisão provisória, enquanto se aguarda o deslinde da instrução criminal, daquela que resulta de cumprimento de pena. Enquanto o Código Penal regula a prisão proveniente de condenação, estabelecendo as suas espécies, formas de cumprimento e regimes de abrigo do condenado, o Código de Processo Penal cuida da prisão cautelar e provisória, destinada unicamente a vigorar, quando necessário, **até o trânsito em julgado** da decisão condenatória.? (Grifo nosso). (NUCCI, 2014, p. 463)

Portanto, percebe-se a clara natureza da prisão cautelar, que por sua vez é decretada, unicamente pelo judiciário, **a fim de** viabilizar em plenas condições a instrução criminal, **até o trânsito em julgado** da decisão condenatória. Diante o exposto, não se confunde a prisão cautelar com a prisão destinada ao cumprimento da **sentença penal condenatória**.

Após esse breve desvendar, torna-se possível debruçar-se de forma mais asseverada sobre a fiel importância **do art. 283, do** já debatido dispositivo legal, em consonância ao princípio constitucional, ora positivado **no art. 5º, inciso LVII**:

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

Neste sentido, surgem ainda Nestor TÁVORA e Rosmar Rodrigues ALENCAR, ratificando o entendimento exposto no presente artigo:

[...] o reconhecimento da autoria de uma infração criminal pressupõe sentença condenatória **transitada em julgado** (art. 5º, inc. LVII, da CF). Antes deste marco, somos presumivelmente inocentes, cabendo à acusação o ônus probatório desta demonstração, **além do que o** cerceamento cautelar da liberdade só pode ocorrer em situações excepcionais e de estrita necessidade. (TÁVORA; ALENCAR, 2015, p. 51)

Por isso, tem-se que **até o trânsito em julgado** da **sentença penal condenatória**, a regra no ordenamento jurídico brasileiro é a liberdade, restando assim, o encarceramento como mero acessório excepcional, atendo-se necessariamente às delimitações **previstas em lei**.

Ademais, havendo o STF se posicionado de forma contrária aos dispositivos legais em evidência, insurgiram-se os legitimados a propositura de ação de controle de constitucionalidade, outrora já suscitada neste artigo, mas carecendo de uma maior atenção nesta literatura, provocando os Supremo mediante a



ADC de nº 43, **bem como seus** apensos de nº 44 e 54.

Analisando o julgado da supracitada ação, ocorre que, na medida **em que o** Plenário da Corte maior assente com a procedência da ADC, pacifica-se nova jurisprudência a respeito da execução provisória da pena, sendo doravante inadmitida, salvo casos específicos **expressos em lei**.

Decisão: O Tribunal, por maioria, **nos termos e limites** dos votos proferidos, julgou procedente a ação para assentar a constitucionalidade **do art. 283 do** Código de Processo Penal, na **redação dada pela Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011**, vencidos o Ministro Edson Fachin, que julgava improcedente a ação, **e os Ministros** Alexandre de Moraes, Roberto Barroso, Luiz Fux e Cármen Lúcia, que a julgavam parcialmente procedente para dar interpretação conforme. Presidência do Ministro Dias Toffoli. Plenário, 07.11.2019. (Grifo nosso).

Todavia, apesar de pacificado o entendimento acerca do tema exposto, não ficou definido pela Corte Suprema a viabilidade da alteração do texto constitucional acerca da propositura de **Propostas de Emendas à Constituição**, fato que toma-se notoriedade e protagonismo após a PEC nº 05/2019, que objetiva justamente a positivação em texto constitucional da execução provisória da pena.

2.3 PEC Nº 05/2019: PONTOS E CONTRAPONTOS

Como já explanado no artigo, o STF valendo-se da mutação constitucional, pacificou o entendimento da viabilidade da execução provisória da pena ao julgar o HC nº 126.292/SP. Não obstante, em decorrência deste entendimento, surgiram várias **Ações Declaratórias de Constitucionalidade**, que por sua vez resultaram em um novo entendimento do Supremo, desta vez, contrário à execução provisória da pena, fundamentando-se no art. 283 do Código de Processo Penal.



O fato do STF ter-se valido da mutação constitucional para edificar um entendimento não é o problema da questão, mas sim o fato do entendimento modificado versar sobre cláusula pétrea. Seguindo os ensinamentos de Paulo Gustavo GONET, verifica-se que as cláusulas pétreas estão salvaguardadas de eventuais modificações, seja por via formal, através das emendas constitucionais, seja por via informal, através da mutação constitucional.

?O poder constituinte originário cria o poder de reforma e estabelece também o procedimento que este deve trilhar. Por isso mesmo, o poder constituinte derivado deve respeito aos limites que o originário lhe impuser.(?)

O poder constituinte originário pode estabelecer que certas regras são intangíveis. Terá consagrado o que se denomina de cláusula pétrea. Essas cláusulas de perpetuidade são justificadas politicamente sob o argumento de que perfazem um núcleo essencial do projeto, que o titular do poder constituinte originário intenta preservar de quaisquer mudanças institucionalizadas.? (Grifo nosso) (GONET, 2009, 4ªed) Sendo assim, intenta-se o STF, em seu derradeiro entendimento, ora rechaçando a execução provisória da pena, em manter-se fiel à Carta Política.

Portanto, como já visto, não poderia o Supremo, valer-se da mutação constitucional para dar nova interpretação ao inciso LVII, **do art. 5º da CF**. Todavia, **o Poder Legislativo, em Proposta de Emenda Constitucional**, doravante denominada de PEC, teria autonomia para viabilizar a execução provisória da pena, de uma forma que não contrariasse a Carta Magna, e tão pouco tentasse alterar uma cláusula pétrea.

Tudo isso seria possível através da aprovação da PEC nº 05/2019, outrora ainda **em tramitação no Congresso Nacional**. A proposta em questão, tem como objetivo a inserção de um novo inciso, ora o XVI, no **artigo 93 da Constituição Federal, a fim de** positivar a possibilidade da execução provisória da pena, após condenação proferida em órgão colegiado, independente da possibilidade de interposição de recursos em grau jurisdicional superior.

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

O que se mostra interessante nessa PEC é que ela busca resolver um dos maiores conflitos da execução provisória da pena, que é justamente a inalteração da cláusula pétrea, afinal, o dispositivo modificado seria o artigo 93 e não o artigo 5º, ambos da Lei Maior.

Outro aspecto de viabilidade da PEC nº 05/2019, consiste muito na **consonância com o** entendimento doutrinário a respeito da mutabilidade da cláusula pétrea, ora ensinado por Nathalia MASSON (2018), no qual debruça-se a respeito da locução **?tendente a abolir?**, ora **prevista no art. 60, § 4º, CF/88**.

Ou seja, ao amparar o núcleo essencial do direito protegido como cláusula pétrea o constituinte, não garantiu uma intangibilidade absoluta ao dispositivo. Meras reformulações linguísticas, em que nada alterem a substância daquilo preservado pela cláusula pétrea, são viáveis, assim como reformas superficiais, que não atinjam seu núcleo central.



Ademais, sendo o **Congresso Nacional** precipuamente composto por **representantes do povo**, cabe aos congressistas legitimar a vontade do povo. Seguindo neste raciocínio, foi aberto uma consulta pública, disponível no próprio site do **Senado Federal**, questionando **ao cidadão o** seu posicionamento a respeito da proposição da PEC nº 05/2019.

Ainda sobre a consulta pública, segundo dados disponibilizados no site do **Senado Federal**, iniciada em 18/11/2019 até 10/06/2021, os votos apurados sendo favoráveis à referida **Proposta de Emenda** Constitucional, perfazem um percentual de 91,87% (noventa e um vírgula oitenta **e sete por cento**), contra 8,13% (oito vírgula treze por cento) contrários à proposição da PEC, em um universo **de 26.122 (vinte e seis mil cento e vinte e dois** votos).

Neste sentido, surgem Eugenio Raúl ZAFFARONI e José Henrique PIERANGELI (2015), observando **que de acordo com as** necessidades da sociedade, há uma necessidade de adequação social das **leis, bem como da** conduta humana. Isso principalmente, **no tocante às** leis penais, que por sua vez tutelam e regulam os conflitos que envolvem o maior bem jurídico do nosso ordenamento, logo, a vida.

Portanto, mostra-se **que a Lei**, seja ela a Carta Constitucional ou dispositivo infraconstitucional, normatiza as relações e condutas da sociedade, devendo ser assim, consequência dos anseios e mudanças sociais, como assim sugere o aforismo *ubi societas, ibi jus*.

Posto a respeito da relativização no tocante à imutabilidade da cláusula pétrea, bem como visto sobre a necessidade da adequação legal às mudanças sociais, há de se abrir espaço para um terceiro aspecto interessante que dialoga com esses dois alicerces outrora expostos, que é a prevalência, mas não supremacia **dos direitos e garantias fundamentais** em nosso ordenamento.

Neste sentido, é prudente ressaltar que **os direitos fundamentais** possuem como característica a relatividade e não o absolutismo, ou seja, havendo conflito de direitos, necessariamente um se sobreporá ao outro, como ensina Cristina QUEIROZ:

Na verdade, quando **dois ou mais** princípios colidem a solução do conflito está no recurso a um procedimento de ponderação. Instrumento dessa ponderação é o recurso a um conjunto de *relações de precedência* que ordenam os princípios em conflito. Essas relações de precedência não são absolutas, mas *condicionadas*. Valem unicamente sob **as condições do caso particular ou de um grupo** determinado de casos. Não possuem assim valor absoluto ou geral. De contrário, não poderíamos falar num processo de ponderação, mas de *sobreposição* ou *triumfo* de um princípio sobre o outro.? (QUEIROZ, 2000, p. 185)

Portanto, como exposto neste capítulo, por mais que **se trate de direitos e garantias fundamentais**, sendo ainda considerados cláusulas pétreas, não exerce tal princípio uma intangibilidade suprema.

Não obstante, valendo-se da possibilidade de expor pontos e contrapontos, ora oportunizada pelo ambiente Acadêmico, urge o mestre Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, com o seguinte ensinamento:



?violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa, não só a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.? (BANDEIRA DE MELLO, 2000, p . 747 - 749)

Sendo assim, de acordo com o exposto, constrói-se, no papel de antítese, o entendimento a respeito da impossibilidade da execução provisória da pena, posto que para parte da doutrina, a PEC nº 05/2019, mesmo que não altere diretamente o art. 5º, inciso LVII, da CF. Isso porque, conforme já aduzido, a cláusula pétrea não poderia ter o seu núcleo modificado.

Logo, neste entendimento, seria inconstitucional a tentativa de positivar a viabilidade da execução provisória da pena, mesmo que tal modificação se desse através da emenda constitucional do art. 93, da CF.

Edifica-se assim, um cenário tênue entre a modificação legal, ora tida pelo próprio Poder Judiciário (mutação constitucional), outrora pelo Poder Legislativo (Proposta de Emenda à Constituição), a fim de atender os anseios e relações sociais atuais, em face da garantia constitucional, que por sua vez tem em sua essência a imutabilidade ao tratar-se de direitos fundamentais.



3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do assentado neste artigo, pode-se afirmar a necessidade de modificação **da Constituição, a fim de acompanhar as mudanças da sociedade**. Entretanto, tais mudanças precisam acontecer **de acordo com os ditames constitucionais**, havendo assim, uma linha tênue entre estes dois aspectos.

Todavia, analisando especificamente o fato da execução provisória da pena, há de se pontuar observações pertinentes. Em plano sobressalente, há de se pontuar a atual impossibilidade da execução provisória, face a cláusula pétrea que positiva a garantia fundamental do princípio da não culpabilidade, **bem como a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal, que ratifica que a prisão dar-se-á mediante o trânsito em julgado da sentença penal condenatória**.

Em contraponto, dos aspectos favoráveis à viabilidade da execução provisória, observa-se o elemento social, que representa as novas relações jurídicas e valores da sociedade, onde conforme demonstrado ao longo do presente artigo, é um dos pilares para a movimentação do Congresso para reformar a Carta Política.

Outrossim, vale reiterar que a PEC n° 05/2019, em uma derradeira tentativa **de viabilizar a execução provisória da pena**, busca alterar um artigo da CF que não versa sobre direito ou garantia fundamental, o **que pode ser** considerado como um esforço em driblar o protecionismo inerente ao núcleo da cláusula pétrea, o que por sua vez, poderia expurgar uma eventual inconstitucionalidade da Proposta.

Analisando as exposições apresentadas, apesar de não serem conclusivas devido à própria natureza do problema de pesquisa, que por sua vez não proporciona uma solução uníssona, entende-se que há de se ponderar até qual ponto se deve prevalecer a imutabilidade da cláusula pétrea em detrimento à necessidade de adequação das normas às modificações sociais que acontecem com o passar dos anos.

Indubitavelmente que **as garantias e direitos fundamentais são os alicerces mais sólidos do Estado democrático de Direito**, dispensando qualquer introdução histórica, que por si só seria capaz de recrudescer um artigo. Entretanto, em que pese a ponderação de direitos, é prudente não expurgar de imediato **a possibilidade de adequação dos princípios** diante das modificações inerentes à sociedade.?

Ademais, diante de uma temática tão complexa e delicada quanto a exposta, conforme previsão constitucional, não deveria caber à Corte Máxima **do Poder Judiciário** manifestar-se em tom decisivo a respeito do assunto, cabendo, portanto, **ao Poder Legislativo**, ora revestido de sua função legiferante, em regulamentar o tema, como assim foi tentado através da PEC objeto de estudo deste artigo.

Desta mesma maneira, que de forma assertiva o STF modificou o seu entendimento ante o julgado do HC n° 126.292/SP, onde possibilitava a execução provisória da pena, reconhecendo a constitucionalidade da afirmação de quem **ninguém será preso senão em virtude de condenação criminal transitada em julgado**, ressalvada **exceções previstas em lei**.

Neste sentido, objetivando conglomerar os posicionamentos doutrinários **juntamente com os dispositivos**



legais apresentados, permite-se concluir que a execução provisória da pena é inconstitucional, pois confronta diretamente garantias fundamentais, bem como princípios constitucionais enraizados historicamente no ordenamento jurídico ocidental e aplicados na Constituição Pátria ao final do século passado.

Ainda a respeito da inconstitucionalidade da execução provisória, é pertinente alegar que a própria PEC n^o 05/2019, por mais que siga o rito das Emendas, ora previsto constitucionalmente, também se mostra como sendo contrária à CF. Isso porque independente da referida Proposta não alterar diretamente o texto de artigo consagrado como cláusula pétrea, o objeto da PEC fere o núcleo de um direito fundamental, ora do princípio da não culpabilidade, sacramentada **no art. 5^o, inciso LVII**, da Lei Maior.

Arrematando assim, acerca do tema apresentando, conclui-se que independentemente da necessidade de se ponderar as mudanças interpretativas **de acordo com as** evoluções do relacionamento e valores sociais, o Judiciário deve se manter fiel à Constituição, pois dela é que se deve refletir **os direitos fundamentais**, conquistados após séculos de luta.



4. REFERÊNCIAS

- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, promulgada em 05 de outubro de 1988. Publicada no DOU de 05.10.1998. Planalto. Sítio Oficial. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 set. 2020.
- BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 14 nov. 2020.
- BRASIL. Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7960.htm.>. Acesso em: 25 abr. 2021.
- BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 17 nov. 2020.
- BRASIL. Decreto-Lei nº 3689 de 3 de outubro de 1941. Instituiu o Código de Processo Penal. Publicado no DOU de 13.10.1941. Brasília. DF. Disponível em: Acesso em: 10 set. 2019.
- UNICEF. Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 15 nov. 2020.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 4ª edição, pág. 1189
- GOVERNO DO BRASIL. Democrática, Constituição Federal de 1988 foi Construída pela Sociedade, 2018. Disponível em: <https://www.gov.br/pt-br/constituicao-30-anos/textos/democratica-constituicao-federal-de-1988-foi-construida-pela-sociedade.>. Acesso em: 10, nov. 2020.
- MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. Direito constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- ROMANO, Rogério Tadeu. Continência e Conexão como Formas de Modificação de Competência no Processo Penal. Disponível em: <https://www.jfn.jus.br/institucional/biblioteca/doutrina/Doutrina264-continencia-e-conexao-formas-processo-penal.pdf>. Acesso em: 18 mar. 2021.
- FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Processos informais de mudança da constituição: Mutações constitucionais como manifestação da interpretação constitucional pluralista Página 16 mutações constitucionais e mutações inconstitucionais. São Paulo: Max Limonad, 1986. p. 9.
- BULOS, Uadi Lammêgo. Mutação Constitucional. São Paulo: Saraiva, 1997, p.57
- BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 3ª. ed., São Paulo: Saraiva, 2011, p. 148 - 149.
- BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. Disponível em: <http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>. Acesso em : 15 mar. 2021
- CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 4ª. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 254



Supremo Tribunal Federal. Plenário. Direito Constitucional. Direito Processual Penal. Habeas Corpus nº 126.292 de São Paulo. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Impetrante: Maria Claudia de Seixas. Coator: Relator do HC nº 313.021 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília, 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4697570>> ;. Acesso em 11 set. 2019

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). **SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO**. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. Habeas Cosrpus, nº 126.292/São Paulo. Marcio Rodrigues Dantas. Relator: Ministro Teori Zavascki. 17 fev . 2016.

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

BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. 2a Ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 129).

LIEBMAN, Enrico Tullio. Eficácia e autoridade da sentença e outros aspectos escritos sobre a coisa julgada (com aditamentos relativos ao direito brasileiro). 2. ed. Tradução de: Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Forense: Rio de Janeiro, 1981.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró. É temerário admitir que o STF pode "criar" um novo conceito de trânsito em julgado. 6 de abril de 2018. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2018-abr-03/badaro-stf-nao-criar-conceito-transito-julgado>> Acesso em: 16 nov. 2020

NUCCI, Guilherme de Souza. Prisão e liberdade. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 463.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de direito processual penal. 10ª ed. JusPODIVM, 2015. p. 51.

CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. ADC nº 44. Disponível em <<http://s.conjur.com.br/dl/oab-stf-declare-constitucional-prisao.pdf>>. Acesso em 22/11/2017.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Oliveira. 4ª. ed. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2009.

MASSON, Nathalia. Manual de Direito Constitucional. 6. ed. Salvador: JusPODIVM, 2018, p. 139. SENADO FEDERAL. Consulta Pública, **Proposta de Emenda à Constituição** nº 5 de 2019 (PEC 5/2019). Disponível em: < <https://www12.senado.leg.br/ecidadania/visualizacaomateria?id=135253>> Acesso em: 10 jun. 2021.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro. 11. Ed. São



Paulo: Revista dos Tribunais. 2015, p.505

QUEIROZ, Cristina M. M. **O Princípio da** não reversibilidade dos Direitos Fundamentais Sociais. 2000. Op .cit., p.14.

MELLO, Celso Antonio Bandeira. Curso de Direito Administrativo, 12a edição, Malheiros, 2000, pp. 747 a 749.

A Constituição e o Supremo. Supremo Tribunal Federal, 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp?item=1079>> Acesso em: 12, nov. 2020

BITENCOURT, C. R. Tratado de Direito Penal: Parte geral. 16. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LENZA, P. Direito constitucional esquematizado. 20. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016. Ebook.

MONTESQUIEU, C.D.S. O espírito das leis: **as formas de** governo, a federação, a divisão dos poderes. 8. Ed. São Paulo: Saraiva



=====

Arquivo 1: [ARIEL DENIZARD COUTO SILVA 03.06.docx](#) (6219 termos)

Arquivo 2: <http://www.readbag.com/graduacao-uerj-br-relatorio-divulgacao-10a-semana-graduacao> (119973 termos)

Termos comuns: 286

Similaridade: 0,22%

O texto abaixo é o conteúdo do documento [ARIEL DENIZARD COUTO SILVA 03.06.docx](#) (6219 termos)

Os termos em vermelho foram encontrados no documento <http://www.readbag.com/graduacao-uerj-br-relatorio-divulgacao-10a-semana-graduacao> (119973 termos)

=====

5

ARIEL DENIZARD COUTO SILVA

OS LIMITES DAS EMENDAS E MUTAÇÕES CONSTITUCIONAIS **SOB O PRISMA** DA EXECUÇÃO
PROVISÓRIA DA PENA **A PARTIR DO** JULGADO DO HC Nº 126.292/SP

SALVADOR - BA

2021

ARIEL DENIZARD COUTO SILVA



OS LIMITES DAS EMENDAS E MUTAÇÕES CONSTITUCIONAIS SOB O PRISMA DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA A PARTIR DO JULGADO DO HC Nº 126.292/SP

Trabalho de conclusão de curso, apresentado com finalidade de obtenção da aprovação acadêmica no Bacharelado em Direito na Universidade Católica do Salvador - UCSAL.

Orientador: Prof. MSc. André Quadros Côrtes

SALVADOR - BA

2021

RESUMO

O trabalho apresentado busca analisar a atuação do Supremo Tribunal Federal sob os limites das mutações constitucionais, diante da sua interpretação acerca da execução provisória da pena, concretizada mediante o HC nº 126.292/SP, além de analisar a eventual inconstitucionalidade da PEC nº 05/2019.

A relevância do tema abordado é flagrante, posto que, trata-se de uma discussão com relevância nacional, onde recentemente tiveram muitas mudanças de interpretações a respeito da temática, perdurando até hoje árduos debates acerca do assunto. Logo, busca-se na presente literatura entender a viabilidade de uma eventual aplicação da execução provisória da pena no ordenamento jurídico brasileiro, respeitando os limites das Emendas e mutações constitucionais propiciadas pelos legisladores e intérpretes da Constituição, ora o STF, respectivamente.

Para elaboração deste trabalho foi utilizado como metodologia de pesquisa a revisão bibliográfica e o estudo de caso, sob uma abordagem qualitativa e exploratória.



Palavras-Chave: **Supremo Tribunal Federal**. Constituição Federal. Execução Provisória da Pena. Mutação Constitucional. PEC nº 05/2019.

SUMÁRIO

5

INTRODUÇÃO

Desde a sua promulgação, em 1988, a Constituição Federal vem norteando todo o ordenamento jurídico brasileiro, **bem como o seu** Estado Democrático de Direito. **Como forma de garantir o** cumprimento e concretização dos dispositivos deste diploma legal, incumbiu ao Constituinte Originário delegar **ao Supremo Tribunal Federal** (doravante, STF) o dever de salvaguardar a Lei Maior.

Assim sendo, havendo controvérsia jurídica que verse sobre entendimento ou aplicação supostamente contrária ao que se prevê na Constituição, **é possível que** tal discussão seja levada até o Supremo, **a fim de que todos os** entendimentos sejam pautados nos princípios e garantias que edificam a Carta Política brasileira.

Diante disso, há interpretações do Supremo que por eventualmente são questionadas quando



confrontadas **com as Normas** a qual viabilizam a aplicação da hermenêutica constitucional, sendo justamente um desses entendimentos controversos, ora objeto deste artigo, a execução provisória da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Aprofundando-se neste aspecto, aborda-se **no presente estudo** o conflito da execução provisória da pena ante o texto constitucional, **bem como os** efeitos desta questão com uma eventual aprovação da PEC nº 05/2019, **que por sua vez** alteraria drasticamente a Lei suprema neste aspecto do cumprimento da pena.

Tal alteração se aplicaria ao art. 93, da Constituição Federal, incluindo no referido artigo o inciso XVI, que determinaria que a decisão condenatória proferida por órgãos colegiados deve ser executada imediatamente, independentemente do cabimento de eventuais recursos ao grau jurisdicional superior.

Nesse sentido, busca-se responder a seguinte questão de pesquisa: Haveria **a possibilidade de viabilizar a** execução provisória da pena, mediante Proposta de Emenda à Constituição, dirimindo, portanto, a subjetividade interpretativa inerente às mutações constitucionais realizadas pelo **Supremo Tribunal Federal** ?

Não obstante, urge **a necessidade de** discutir se o STF cumpriu o preceito constitucional de salvaguardar o disposto na Magna Carta no tocante a execução provisória da pena, **bem como a** repercussão jurídica diante dos entendimentos da Corte Maior **a respeito do tema**, posto que uma interpretação contrária ao disposto na Lei Maior, resultaria em um entendimento inconstitucional do Supremo.



2. CONSTITUIÇÃO FEDERAL: A BÚSSOLA DO PODER JUDICIÁRIO

Com o propósito de contribuição literária acadêmica, o presente artigo versa sobre a execução provisória da pena, sob o prisma da sua viabilidade constitucional, que por sua vez, ainda causa certa controvérsia no meio jurídico e acadêmico. Portanto, busca-se demonstrar os elementos do assunto em análise, a fim de contemplar as nuances, debates e aspectos do objeto desta pesquisa.

Para entender melhor a problemática trazida ao trabalho, é necessário identificar elementos, características e até mesmo conceitos de alguns pilares desta discussão, como por exemplo o Supremo Tribunal Federal, em sua competência atribuída pelo art. 102, da Carta Maior, além da garantia fundamental prevista no art. 5º inciso LVII, também da Constituição Federal, ora atrelado ao princípio da não culpabilidade. Outrossim, há de se observar também como estes elementos dialogam entre si, chegando assim a uma visão multifacetada ante a discussão aduzida.

Desta forma é possível ao menos concatenar as ideias entre os principais elementos aqui presentes, que por sua vez se escusam de serem analisados sob uma ótica una. De acordo com o artigo 102 da Constituição (BRASIL 1988), mais precisamente em seu caput, compete ao Supremo Tribunal Federal basilamente a guarda da Carta Política, sendo procedida de competências, originárias, ordinárias e extraordinariamente complementares.

Diante disso, compreende-se que sob a luz constitucional, seguirá esta Corte, balizando e atendo suas decisões às normas da já trigenária Carta Política, cabendo-lhe eventuais interpretações e adequações, devido à natural evolução social, bem como dos fatos jurídicos, que por sua vez criam fatos novos que venham a precisar de uma interpretação mais extensiva, restritiva, ou de qualquer outro gênero, mas sempre fiel ao disposto na Constituição.

Seguindo nesta linha da soberania constitucional, cabe o entendimento de José Gomes Canotilho, no qual aduz a existência de algumas categorias no tocante a interpretação da norma, senão vejamos:

a) o princípio da prevalência da Constituição impõe que, dentre as várias possibilidades de interpretação, só se deve escolher-se uma interpretação não contrária ao texto e programas da norma ou normas constitucionais; b) o princípio da conservação de normas afirma que uma norma não deve ser declarada inconstitucional quando, observados os fins da norma, ela pode ser interpretada em conformidade com a Constituição; c) o princípio da exclusão da interpretação conforme a Constituição, mas ?contra legem? impõe que o aplicador de uma norma não pode contrariar a letra e o sentido dessa norma através de uma interpretação conforme a Constituição, mesmo que através desta interpretação consiga uma concordância entre a norma infraconstitucional e as normas constitucionais. (CANOTILHO 2000, p. 1189)

Portanto, tem-se que a interpretação deve ser limitada aos parâmetros estabelecidos constitucionalmente.

Não obstante, seguindo este viés de entendimento ao tema, urge a Constituição Federal como



protagonista do enredo, trazendo em seu bojo uma herança garantista e humanizada. Muito por conta do período de sua elaboração e a conseqüente promulgação, que se deu em um cenário pós regime ditatorial, por isso a preocupação em preservar a democracia, bem como as garantias individuais e coletivas são intrínsecas ao texto, com destaque para o art. 5º, em seu inciso LVII, ora edificado sob a égide do princípio da não culpabilidade, também herança desta natureza garantista da Carta Magna.

Ademais, a Constituição Cidadã, conforme declarou o então presidente da Assembleia Nacional Constituinte, o deputado Ulysses GUIMARÃES (1988)- isso porque pela primeira vez na história emendas de cidadãos comuns e entidades representativas foram alicerces para elaboração da Carta Política, ratificando assim a intenção de espelhar em seu texto os anseios e direitos do povo, como então demonstrado pelo Secretário Geral da Câmara dos Deputados, Mozart VIANNA (1987), na seguinte fala consagrada: "Foi um momento maravilhoso de efervescência cívica?"

Como conseqüência de toda essa democratização e enaltecimento de garantias aos cidadãos, uma das searas jurídicas mais contempladas foi a esfera penal, que passou a se valer de valorosos e necessários princípios, como por exemplo a ampla defesa, o contraditório e a presunção de inocência.

Como bem sintetiza MACHADO (2004), o sistema constitucional fez com que todos os cidadãos que fossem acusados passassem necessariamente por um processo legítimo, com possibilidade de defesa, sendo este estabelecimento de direitos ao acusado o grande marco da Carta.

Indo um pouco mais a fundo nas garantias que constituem o devido processo legal, torna-se muito importante voltar às atenções ao disposto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal (BRASIL, 1988), que traz à tona o princípio da presunção de inocência, através do seguinte texto de lei "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;".

Ora, de plano teria-se o claro entendimento que apenas poder ser considerada culpada ante o crime a si imputado, quando a sentença viesse a transitar em julgado, ou seja, já estivesse exaurida a possibilidade de interposição de recursos ao processo.

ROMANO (2013) traz em seu entendimento o fato do princípio da inocência, outrora também chamado pela doutrina por princípio da não culpabilidade, a característica da tutela à liberdade individual, ratificando o entendimento de que o acusado apenas teria sua imputação de culpa, após a condenação.

Assim também preconiza o Pacto de San José, mais precisamente em seu artigo 8º, ao estabelecer que "toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa".

Todavia, apesar deste amparo à proteção do indivíduo, é prudente ressaltar que a prisão pode sim acontecer antes da sentença penal condenatória, desde que não seja como finalidade a punibilidade do agente.

É justamente neste sentido que o Código de Processo Penal traz em seu artigo 302 e seguintes as prisões, preventiva, temporária, além da prisão em flagrante, mas como já dito, nenhuma delas possui como finalidade a punição imediata ao agente.



Não obstante, há de se apontar também outras características deste alicerce do devido processo legal. A influência principiológica da não culpabilidade no ordenamento jurídico brasileiro se deu por muitos diplomas internacionais tidos como clássicos, além do Pacto de San José, ora já mencionado, há também inspiração na Declaração Universal **dos Direitos Humanos**, **bem como na** Convenção Europeia **de Direitos Humanos** de 1950.

2.1 MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

A mutação constitucional surge como um mecanismo de adequação da norma à realidade social, trazendo constantes atualizações da aplicação do dispositivo legal ante **as necessidades e** evoluções de uma sociedade. Assim, coloca-se a mutação constitucional **como uma ferramenta** modificadora da Constituição.

Neste mesmo enredo, ensina Ana Cândida Ferraz ao definir mutação constitucional:

?(?) alteração, não da letra ou do texto expresso, mas do significado, do sentido e do alcance das disposições constitucionais, por meio ora da interpretação judicial, ora dos costumes, ora das leis, alterações essas **que, em geral, se** processam lentamente, e só se tornam claramente perceptíveis quando se compara o entendimento atribuído às cláusulas constitucionais em momentos diferentes,



cronologicamente afastados **uns dos outros**, ou em épocas distintas **e diante de** circunstâncias diversas?. (FERRAZ, 1986, p.09)

A grande questão **é que a** mutação constitucional **é apenas uma das** formas para se proceder com a alteração da Constituição. Em verdade, cabe que **de acordo com a própria** Carta Política, há apenas uma maneira para buscar essa reforma, ora prevista no art. 60 da CF, através da formalidade do ato modificativo, edificando-se **por meio da** Emenda Constitucional.

Todavia, como ensina Uadi Lammego Bulos, a solenidade prevista na Constituição nem sempre seria oportuna, **levando em consideração a** alta complexidade nos trâmites previstos para alteração do dispositivo Maior, logo, tem-se:

?Seria errôneo e mesmo ingênuo conceber-se uma Constituição inalterável, frente à realidade social cambiante, com exigências, necessidades e situações sempre novas, em constante evolução? (BULOS, 1997, p. 57)

Portanto, a mutação constitucional **não pode ser** desprezada em detrimento à Reforma.

Assim também entende Luís Roberto Barroso, senão vejamos:

(...) a mutação constitucional **consiste em uma** alteração do significado de determinada norma da Constituição, sem observância do mecanismo constitucionalmente previsto para as emendas e, além disso, sem que tenha havido qualquer modificação de seu texto. Esse novo sentido ou alcance do mandamento constitucional pode decorrer de uma mudança na realidade fática ou **de uma nova** percepção do Direito, uma releitura do **que deve ser** considerado ético ou justo. (BARROSO, 2011, p. 148-149)

Essa mutação constitucional se dá de uma forma não solene, **ou seja, a letra da lei** permanece intacta, todavia, o seu entendimento é alterado, **buscando uma melhor** aplicabilidade **diante dos novos** fatos e percepções jurídicas de uma determinada sociedade. Diferentemente do que ocorre em uma reforma constitucional.

É neste aspecto que se discute sobre o ativismo judicial. Esse ativismo do Poder Judiciário reflete-se **em uma** discutível proeminência da atuação judiciária, **que por sua vez** estaria avançando ?limites? de atuação tripartite da atribuição dos poderes do Estado, como afirma-se na doutrina de Luís Roberto Barroso:

?A **ideia de** ativismo judicial **está associada a uma participação mais** ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência **no espaço de** atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta **por meio de** diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, **com base em** critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em **matéria de políticas públicas**.? (BARROSO, 2008)



Na mesma proporção **em que o** Judiciário possui legitimidade **para modificar o** entendimento constitucional, há de se ponderar até qual ponto esta modificação interpretativa não estaria contrapondo a autonomia e competência do Legislativo em reformar a Constituição mediante as Emendas e Revisões, conforme preconizado nos art. 3º, ADCT, além do art. 60º, CF/88.

Seguindo este viés, há de se pontuar o entendimento doutrinário de José Gomes CANOTILHO:

(...) uma coisa é admitirem-se alterações do âmbito ou esfera da norma que ainda se podem considerar susceptíveis de serem abrangidas pelo programa normativo (Normprogramm), e outra coisa é legitimarem-se alterações constitucionais que se traduzem na **existência de uma** realidade constitucional inconstitucional, ou seja, alterações manifestamente inoportáveis pelo programa da norma constitucional. (CANOTILHO, 2000, p. 254)

Portanto, há de se ponderar **a aplicabilidade da** mutação constitucional em determinados casos, **como por exemplo o** entendimento constitucional tomado pela Corte Maior ao apreciar **no ano de 2016 o** HC nº 126.292.

[...]cumpre ao Poder Judiciário **e, sobretudo, ao Supremo Tribunal Federal**, garantir **que o processo** - único meio de efetivação do jus puniendi estatal -, resgate essa sua inafastável função institucional. **A retomada da** tradicional jurisprudência, de atribuir efeito apenas devolutivo aos recursos especial e extraordinário (como, aliás, está previsto em textos normativos) é, sob esse aspecto, mecanismo legítimo de harmonizar **o princípio da** presunção de inocência com o da efetividade da função jurisdicional do Estado. **Não se mostra** arbitrária, mas inteiramente justificável, **a possibilidade de o** julgador determinar o imediato início do cumprimento da pena, inclusive com restrição da liberdade do condenado, após firmada a responsabilidade criminal pelas instâncias ordinárias.

(STF - HC: 126292 SP - SÃO PAULO 8620448-89.2015.1.00.0000, Relator: Min. TEORI ZAVASCKI, Data de Julgamento: 17/02/2016, Tribunal Pleno, **Data de Publicação:** DJe-100 17-05-2016)

Este julgado é um caso emblemático, tanto pela sua repercussão, quanto por suas controvérsias causadas no âmbito jurídico-acadêmico.

Se ainda levar **em consideração que** o Supremo valeu-se do poder difuso de constitucionalidade **para modificar o entendimento de** um dispositivo legal que versa sobre garantias e direitos fundamentais, sendo portanto, uma cláusula pétrea, conforme prevê o art. 60, § 4º, inciso IV, da Constituição Federal, agrava-se ainda mais essa situação.

É justamente nesta seara que encontra-se **um dos grandes** problemas do entendimento do STF ante o HC nº 126.292, afinal, indo de encontro com o art. 5º, inciso LVII, **bem como do** art. 283 do CPP, entendeu como possível o cumprimento da sentença penal condenatória antes do esgotamento das vias recursais no grau máximo jurisdicional.

Neste sentido, **em conflito com os dispositivos** legais supracitados, a Suprema Corte confronta a também a doutrina majoritária no tocante ao tema, indo desde o ilustre Cesare BECCARIA, em sua eternizada obra



Dos Delitos e das Penas, no qual esboçava a construção da presunção de inocência desde o século XVIII :

?Um homem não pode ser chamado de 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 das quais ela lhe foi outorgada?. (BECCARIA, 1997, p. 69)

A repercussão dessa decisão foi tão significativa, que provocou várias ações perante o Supremo, com destaque para a ADC nº 54, que apontava a automaticidade das prisões após a condenação no segundo grau jurisdicional. O objetivo principal da ADC, que por sua vez era fortalecida por outras duas ações declaratórias, ora de números 43 e 44, era declarar constitucional o artigo 283 do CPP, que era totalmente contrário ao então entendimento do Supremo, hoje já superado, da viabilidade do cumprimento da sentença penal antes do esgotamento dos recursos cabíveis.

Ademais, a respeito dos limites da mutação constitucional, é primoroso ressaltar que de acordo com a própria nomenclatura, a mutação modifica a Constituição, logo, trata-se de uma interpretação acerca da CF, não de correntes doutrinárias ou de meros entendimentos jurisprudenciais tidos isoladamente ante à Lei Maior.

Neste viés, desbravando os fatos e fenômenos jurídicos sobre o tema, surge na doutrina, o entendimento no qual havendo uma mutação que contrarie o texto Constitucional, ela abandonaria o propósito da mutação constitucional, que é justamente o intérprete dar nova forma à Norma, tornando-se assim, uma ?mutação inconstitucional?, como afirma Luís Roberto BARROSO (2010, p. 129).

Seguindo essa corrente, de forma implacável pronuncia-se o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, relacionando o posicionamento do STF diante do HC nº 126.292/SP com a doutrina antevertida por Barroso, categorizando assim o entendimento adotado pelo STF face à referida ação constitucional como uma ?mutação inconstitucional".

Não obstante, há de se observar o julgado do STF a respeito das Ações Declaratórias de Constitucionalidade de nº 43, 44 e 54, onde os requerentes buscavam mudar o então entendimento da Corte Maior, que permitia a execução da pena após decisão colegiada em segunda instância.

Tendo como objeto central das ADCs o assentamento da constitucionalidade do art. 283, do CPP, os Ministros do Supremo procederam com o reconhecimento ora requerido, retificando assim, o entendimento anterior, tomado após o julgado do HC nº 126.292/SP, já mencionado anteriormente. Vale ressaltar ainda o que se encontra disposto no referido artigo:

Art. 283. 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. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 1o As medidas cautelares previstas neste Título não se aplicam à infração a que não for isolada, cumulativa ou alternativamente cominada pena privativa de liberdade. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).



§ 2o A prisão poderá ser efetuada em qualquer dia e a qualquer hora, respeitadas as restrições relativas à inviolabilidade do domicílio. (Incluído pela **Lei nº 12.403, de 2011**).

Outrossim, diante do reconhecimento da constitucionalidade do artigo supracitado, modificou-se, novamente, o posicionamento do STF ante o instituto da execução provisória da pena, que doravante passou aplicar sua interpretação normativa seguindo estritamente o disposto no art. 5º, LVII, CF/88, **bem como o que se** aduz também em norma infraconstitucional acima exposta.

2.2 CPP À LUZ DA CONSTITUIÇÃO

Aludindo **o papel de cada um dos** alicerces principais dessa problemática, **faz-se necessário uma abordagem mais** dialética entre todos esses elementos, **a fim de compreender a essência da** contrariedade da mutação constitucional adotada pelo STF diante da possibilidade do cumprimento da sentença penal condenatória antes do esgotamento dos recursos pertinentes.

Como já foi exposto, **a Constituição Federal** norteia todo o ordenamento jurídico brasileiro. Não obstante, além de regulamentar **a estrutura do** Estado, sendo amparado por demais diplomas e dispositivos legais, conseguinte, as decisões proferidas por determinada autoridade judiciária, necessariamente deverá ser uníssona à Carta Política, seja esta uma decisão monocrática, colegiada **ou até mesmo** por entendimento jurisprudencial dos Tribunais.

É justamente neste ponto que **cria-se a** problemática apresentada neste artigo, afinal a Constituição é soberana e norteia as decisões judiciais. Como **o princípio da** presunção de inocência está previsto no já



mencionado dispositivo legal, cabe à autoridade judiciária aplicá-lo **de acordo com a sua** previsão constitucional. Outrossim, há de se **considerar que o** instituto do trânsito em julgado da sentença penal condenatória é pacificado, seja doutrina ou jurisprudencialmente.

Logo, resta de maneira lúcida e inequívoca o entendimento **a respeito do** trânsito em julgado da sentença, ou também conhecido como coisa julgada, onde seguindo os ensinamentos de Enrico Tullio LIEBMAN (1981), a coisa julgada é uma qualidade da sentença, a qual torna imutável o comando legal deste título.

Neste mesmo aspecto, tem-se o **entendimento** doutrinário do jurista Gustavo Henrique BADARÓ **a respeito da** consequência da coisa julgada no ordenamento jurídico, que aduz **o fato do** trânsito em julgado da sentença penal condenatória relacionar-se **com o** elemento da imutabilidade da sentença ou acórdão: ?Assim, o trânsito em julgado da sentença penal condenatória ocorre **no momento em que a** sentença ou o acórdão torna-se imutável, surgindo a coisa julgada material? (BADARÓ, 2018).

?Não há, portanto, margem exegética **para que a** expressão seja interpretada, mesmo pelo **Supremo Tribunal Federal, no sentido de que o** acusado é presumido inocente, até o julgamento condenatório em segunda instância, ainda que interposto recurso extraordinário para o **Supremo Tribunal Federal** ou recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça.? (BADARÓ, 2018)

Outrossim, há de considerar-se a aplicação hermenêutica interpretativa ante a fria letra de lei, afinal, presumir-se que após mera manutenção da sentença pelos Tribunais ante decisão proferida pelo Juízo Primevo, viabilizaria o início ao cumprimento da pena, poderia representar eventual divergência constitucional, **tendo em vista que** se houve interposição de Recurso ante o acórdão, o mesmo poderá ser reformado, característica essa que preserva o status de inocente do acusado, conforme garante **o princípio da** não culpabilidade.

Elucidado o elemento interpretativo à luz constitucional, urge **o Código de** Processo Penal como alicerce garantidor dos Direitos Fundamentais, previstos **na Constituição Federal**, tendo o merecido destaque ao artigo 283, do CPP. Ao encontro do art. 5º, inciso LVII da CF, o art. 283, do CPP reforça, em seu caput, a tese do cabimento da prisão em caráter de cumprimento da pena apenas após o trânsito em julgado do título:

Art. 283. 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. (Redação dada pela **Lei nº 13.964, de 2019**) (Vigência) (Grifo nosso).

Entretanto, para entender melhor o cabimento da prisão, é necessária uma breve exposição para reforçar **a diferença entre** a prisão cautelar e a prisão **em virtude da** condenação, ora advinda pela sentença penal condenatória. Inicialmente, cabe uma breve **análise sobre a** prisão em flagrante, que busca precipuamente a não consumação do crime ou seu exaurimento, além de evitar a fuga do suspeito, bem como viabilizar a colheita de elementos probatórios de autoria e materialidade do delito. De forma transparente e objetiva, surge a referida prisão cautelar pacificada com o taxativo art. 302, do CPP.

Ainda neste sentido, há também a prisão preventiva, prevista no art. 311, do CPP, e seguintes, **com**



destaque para o art. 312, do referido diploma legal, que regulamenta os cabimentos da sua decretação. **Essa modalidade de** prisão permite a garantia do procedimento investigatório ou do processo penal, quando presente o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* em detrimento à ordem pública ou econômica.

Por fim, há de se ressaltar **o papel da** prisão temporária, prevista pela Lei nº 7.960/89, que completa **os tipos de** prisões cautelares previstas no ordenamento jurídico brasileiro. Este último tipo de prisão cautelar é bem restritiva, aplicando-se apenas em crimes e situações específicas, taxadas na Lei regulamentadora.

Não obstante, diante dos ensinamentos de Guilherme de Souza Nucci, **tem-se a** seguinte definição para prisão:

?É a privação da liberdade, tolhendo-se **o direito de** ir e vir, através do recolhimento da pessoa humana ao cárcere. Não se distingue, nesse conceito, a prisão provisória, enquanto se aguarda o deslinde da instrução criminal, daquela que resulta de cumprimento de pena. Enquanto o Código Penal regula a prisão proveniente de condenação, estabelecendo as suas espécies, formas de cumprimento e regimes de abrigo do condenado, **o Código de** Processo Penal cuida da prisão cautelar e provisória, destinada unicamente a vigorar, quando necessário, até o trânsito em julgado da decisão condenatória.? (Grifo nosso). (NUCCI, 2014, p. 463)

Portanto, **percebe-se a** clara natureza da prisão cautelar, **que por sua vez é** decretada, unicamente pelo judiciário, **a fim de viabilizar** em plenas condições a instrução criminal, até o trânsito em julgado da decisão condenatória. Diante o exposto, não se confunde a prisão cautelar com a prisão destinada ao cumprimento da sentença penal condenatória.

Após esse breve desvendar, torna-se possível debruçar-se **de forma mais** asseverada sobre a fiel importância do art. 283, do já debatido dispositivo legal, em consonância ao princípio constitucional, ora positivado no art. 5º, inciso LVII:

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

Neste sentido, surgem ainda Nestor TÁVORA e Rosmar Rodrigues ALENCAR, ratificando o entendimento exposto no presente artigo:

[...] o reconhecimento da autoria de uma infração criminal pressupõe sentença condenatória transitada em julgado (art. 5º, inc. LVII, da CF). Antes deste marco, somos presumivelmente inocentes, cabendo à acusação o ônus probatório desta demonstração, além **do que o** cerceamento cautelar da liberdade só pode ocorrer em situações excepcionais e de estrita necessidade. (TÁVORA; ALENCAR, 2015, p. 51)

Por isso, tem-se que até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, a regra no ordenamento jurídico brasileiro é a liberdade, restando assim, o encarceramento como mero acessório excepcional, atendo-se necessariamente às delimitações previstas em lei.

Ademais, havendo o STF se posicionado de forma contrária aos dispositivos legais em evidência, insurgiram-se os legitimados a propositura de ação **de controle de** constitucionalidade, outrora já suscitada



neste artigo, mas carecendo **de uma maior** atenção nesta literatura, provocando os Supremo mediante a ADC de nº 43, bem como seus apensos de nº 44 e 54.

Analisando o julgado da supracitada ação, ocorre que, **na medida em que o** Plenário da Corte maior assente com a procedência da ADC, pacifica-se nova jurisprudência **a respeito da** execução provisória da pena, sendo doravante inadmitida, salvo casos específicos expressos em lei.

Decisão: O Tribunal, por maioria, nos termos e limites dos votos proferidos, julgou procedente a ação para assentar a constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, na redação dada pela **Lei nº 12.403, de 4 de** maio de 2011, vencidos o Ministro Edson Fachin, que julgava improcedente a ação, e os Ministros Alexandre de Moraes, Roberto Barroso, Luiz Fux e Cármen Lúcia, que a julgavam parcialmente procedente para dar interpretação conforme. Presidência do Ministro Dias Toffoli. Plenário, 07.11.2019. (Grifo nosso).

Todavia, apesar de pacificado o entendimento **acerca do tema** exposto, não ficou definido pela Corte Suprema a viabilidade da alteração do texto constitucional acerca da propositura de Propostas de Emendas à Constituição, fato que toma-se notoriedade e protagonismo após a PEC nº 05/2019, que objetiva justamente a positivação em texto constitucional da execução provisória da pena.

2.3 PEC Nº 05/2019: PONTOS E CONTRAPONTOS

Como já explanado no artigo, o STF valendo-se da mutação constitucional, pacificou o entendimento da viabilidade da execução provisória da pena ao julgar o HC nº 126.292/SP. Não obstante, em decorrência deste entendimento, surgiram várias Ações Declaratórias de Constitucionalidade, **que por sua vez** resultaram em um novo entendimento do Supremo, desta vez, contrário à execução provisória da pena,



fundamentando-se no art. 283 do Código de Processo Penal.

O fato do STF ter-se valido da mutação constitucional para edificar um entendimento **não é o** problema da questão, mas sim **o fato do** entendimento modificado versar sobre cláusula pétrea. Seguindo os ensinamentos de Paulo Gustavo GONET, **verifica-se que** as cláusulas pétreas estão salvaguardadas de eventuais modificações, seja por via formal, através das emendas constitucionais, seja por via informal, através da mutação constitucional.

?O poder constituinte originário cria o poder de reforma e estabelece também o procedimento que este deve trilhar. Por isso mesmo, o poder constituinte derivado deve respeito aos limites que o originário lhe impuser.(?)

O poder constituinte originário pode estabelecer que certas regras são intangíveis. Terá consagrado **o que se** denomina de cláusula pétrea. Essas cláusulas de perpetuidade são justificadas politicamente sob o argumento de que perfazem um núcleo essencial **do projeto, que** o titular do poder constituinte originário intenta preservar de quaisquer mudanças institucionalizadas.? (Grifo nosso) (GONET, 2009, 4ªed) Sendo assim, intenta-se o STF, em seu derradeiro entendimento, ora rechaçando a execução provisória da pena, em manter-se fiel à Carta Política.

Portanto, como já visto, não poderia o Supremo, valer-se da mutação constitucional para dar nova interpretação ao inciso LVII, do art. 5º da CF. Todavia, o Poder Legislativo, em Proposta de Emenda Constitucional, doravante denominada de PEC, teria autonomia para viabilizar a execução provisória da pena, de uma forma que não contrariasse a Carta Magna, e tão pouco tentasse alterar uma cláusula pétrea.

Tudo isso seria possível através da aprovação da PEC nº 05/2019, outrora ainda em tramitação no Congresso Nacional. A proposta em questão, **tem como objetivo a** inserção **de um novo** inciso, ora o XVI, no artigo 93 da Constituição Federal, **a fim de** positivar **a possibilidade da** execução provisória da pena, após condenação proferida em órgão colegiado, independente da possibilidade de interposição de recursos em grau jurisdicional superior.

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do **Supremo Tribunal Federal**, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

O que se mostra interessante nessa PEC é que ela busca resolver um dos maiores conflitos da execução provisória da pena, que é justamente a inalteração da cláusula pétrea, afinal, o dispositivo modificado seria o artigo 93 e não o artigo 5º, ambos da Lei Maior.

Outro aspecto de viabilidade da PEC nº 05/2019, consiste muito na **consonância com o** entendimento doutrinário **a respeito da** mutabilidade da cláusula pétrea, ora ensinado por Nathalia MASSON (2018), no qual debruça-se **a respeito da** locução ?tendente a abolir?, ora prevista no art. 60, § 4º, CF/88.

Ou seja, ao amparar o núcleo essencial do direito protegido como cláusula pétrea o constituinte, não garantiu uma intangibilidade absoluta ao dispositivo. Meras reformulações linguísticas, em que nada alterem a substância daquilo preservado pela cláusula pétrea, são viáveis, assim como reformas



superficiais, que não atinjam seu núcleo central.

Ademais, sendo o Congresso Nacional precipuamente composto por representantes do povo, cabe aos congressistas legitimar a vontade do povo. Seguindo neste raciocínio, foi aberto uma consulta pública, disponível no próprio site do Senado Federal, questionando ao cidadão o seu posicionamento **a respeito da** proposição da PEC nº 05/2019.

Ainda sobre a consulta pública, segundo dados disponibilizados **no site do** Senado Federal, iniciada em 18/11/2019 até 10/06/2021, os votos apurados sendo favoráveis à referida Proposta de Emenda Constitucional, perfazem um percentual de 91,87% (noventa e um vírgula oitenta e sete por cento), contra 8,13% (oito vírgula treze por cento) contrários à proposição da PEC, em **um universo de** 26.122 (**vinte e seis mil cento e vinte e dois** votos).

Neste sentido, surgem Eugenio Raúl ZAFFARONI e José Henrique PIERANGELI (2015), observando que **de acordo com as necessidades da** sociedade, há **uma necessidade de** adequação social das leis, bem como da conduta humana. Isso principalmente, **no tocante às** leis penais, **que por sua vez** tutelam e regulam os conflitos **que envolvem o** maior bem jurídico do nosso ordenamento, logo, a vida.

Portanto, mostra-se **que a** Lei, seja ela a Carta Constitucional ou dispositivo infraconstitucional, normatiza as relações e condutas da sociedade, devendo ser assim, consequência dos anseios e mudanças sociais, como assim sugere o aforismo ?ubi societas, íbis jus?.

Posto **a respeito da** relativização no tocante à imutabilidade da cláusula pétrea, bem como visto **sobre a necessidade** da adequação legal às mudanças sociais, há de se **abrir espaço para** um terceiro aspecto interessante **que dialoga com** esses dois alicerces outrora expostos, **que é a** prevalência, mas não supremacia dos direitos e garantias fundamentais em nosso ordenamento.

Neste sentido, é prudente ressaltar que os direitos fundamentais possuem **como característica a** relatividade e não o absolutismo, ou seja, havendo conflito de direitos, necessariamente um se sobreporá ao outro, como ensina Cristina QUEIROZ:

?Na verdade, quando dois ou mais princípios colidem a solução do conflito está no recurso a um procedimento de ponderação. Instrumento dessa ponderação é o recurso **a um conjunto de** ?relações de precedência? que ordenam os princípios em conflito. Essas relações de precedência não são absolutas, mas ?condicionadas?. Valem unicamente sob **as condições do** caso particular ou **de um grupo** determinado de casos. Não possuem assim valor absoluto ou geral. De contrário, não poderíamos falar **num processo de** ponderação, mas de ?sobreposição? ou ?triumfo? de um princípio sobre o outro.? (QUEIROZ, 2000, p. 185)

Portanto, como exposto neste capítulo, por mais que se trate **de direitos e** garantias fundamentais, sendo ainda considerados cláusulas pétreas, não exerce tal princípio uma intangibilidade suprema.

Não obstante, valendo-se da possibilidade de expor pontos e contrapontos, ora oportunizada pelo ambiente Acadêmico, urge o mestre Celso Antônio **BANDEIRA DE MELLO**, com o seguinte ensinamento:



?violar um princípio **é muito mais** grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa, **não só a** um específico mandamento obrigatório, mas **a todo o sistema de** comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra **todo o sistema**, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão **de sua estrutura** mestra.? (BANDEIRA DE MELLO, 2000, p . 747 - 749)

Sendo assim, **de acordo com o** exposto, constrói-se, **no papel de** antítese, o entendimento **a respeito da** impossibilidade da execução provisória da pena, posto que para parte da doutrina, a PEC nº 05/2019, mesmo que não altere diretamente o art. 5º, inciso LVII, da CF. Isso porque, conforme já aduzido, a cláusula pétrea não poderia ter o seu núcleo modificado.

Logo, neste entendimento, seria inconstitucional a tentativa de positivar a viabilidade da execução provisória da pena, mesmo que tal modificação se desse através da emenda constitucional do art. 93, da CF.

Edifica-se assim, um cenário tênue entre a modificação legal, ora tida pelo próprio Poder Judiciário (mutação constitucional), outrora pelo Poder Legislativo (Proposta de Emenda à Constituição), **a fim de atender** os anseios **e relações sociais** atuais, **em face da** garantia constitucional, **que por sua vez tem** em sua essência a imutabilidade ao tratar-se de direitos fundamentais.



3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do assentado neste artigo, pode-se afirmar **a necessidade de** modificação da Constituição, **a fim de** acompanhar as mudanças da sociedade. Entretanto, tais mudanças precisam acontecer **de acordo com os** ditames constitucionais, havendo assim, uma linha tênue **entre estes dois** aspectos.

Todavia, analisando especificamente o fato da execução provisória da pena, há de se pontuar observações pertinentes. Em plano sobressalente, há de se pontuar a atual impossibilidade da execução provisória, face a cláusula pétrea que positiva a garantia fundamental do princípio da não culpabilidade, **bem como a** constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal, que ratifica que a prisão dar-se-á mediante o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Em contraponto, dos aspectos favoráveis à viabilidade da execução provisória, observa-se o elemento social, que representa as novas relações jurídicas e valores da sociedade, onde conforme demonstrado **ao longo do** presente artigo, **é um dos** pilares para a movimentação do Congresso para reformar a Carta Política.

Outrossim, vale reiterar que a PEC nº 05/2019, em uma derradeira tentativa **de viabilizar a** execução provisória da pena, busca alterar um artigo da CF que não versa sobre direito ou garantia fundamental, **o que pode ser considerado como** um esforço em driblar o protecionismo inerente ao núcleo da cláusula pétrea, **o que por sua vez,** poderia expurgar uma eventual inconstitucionalidade da Proposta.

Analisando as exposições apresentadas, apesar de não serem conclusivas devido à própria natureza do problema **de pesquisa,** **que por sua vez** não proporciona uma solução uníssona, **entende-se que há** de se ponderar até qual ponto se deve prevalecer a imutabilidade da cláusula pétrea em detrimento à **necessidade de** adequação das normas às modificações sociais que acontecem **com o passar** dos anos.

Indubitavelmente que as garantias e direitos fundamentais são os alicerces mais sólidos do Estado democrático de Direito, dispensando qualquer introdução histórica, que por si só seria capaz de recrudescer um artigo. Entretanto, **em que pese** a ponderação de direitos, é prudente não expurgar de imediato **a possibilidade de** adequação dos princípios diante das modificações inerentes à sociedade.?

Ademais, **diante de uma** temática tão complexa e delicada quanto a exposta, conforme previsão constitucional, não deveria caber à Corte Máxima do Poder Judiciário manifestar-se em tom decisivo **a respeito do** assunto, cabendo, portanto, ao Poder Legislativo, ora revestido de sua função legiferante, em regulamentar o tema, como assim foi tentado através da PEC **objeto de estudo** deste artigo.

Desta mesma maneira, que de forma assertiva o STF modificou o seu entendimento ante o julgado do HC nº 126.292/SP, onde possibilitava a execução provisória da pena, reconhecendo a constitucionalidade da afirmação de quem ninguém será preso senão em virtude de condenação criminal transitada em julgado, ressalvada exceções previstas em lei.



Neste sentido, objetivando conglomerar os posicionamentos doutrinários **juntamente com os dispositivos** legais apresentados, permite-se concluir que a execução provisória da pena é inconstitucional, pois confronta diretamente garantias fundamentais, bem como princípios constitucionais enraizados historicamente no ordenamento jurídico ocidental e aplicados na Constituição Pátria **ao final do século passado**.

Ainda **a respeito da** inconstitucionalidade da execução provisória, é pertinente alegar **que a própria** PEC n^o 05/2019, por mais que siga o rito das Emendas, ora previsto constitucionalmente, também se mostra como sendo contrária à CF. Isso porque independente da referida Proposta não alterar diretamente o texto de artigo consagrado como cláusula pétrea, o objeto da PEC fere **o núcleo de** um direito fundamental, ora do princípio da não culpabilidade, sacramentada no art. 5^o, inciso LVII, da Lei Maior.

Arrematando assim, **acerca do tema** apresentando, **conclui-se que** independentemente **da necessidade de se** ponderar as mudanças interpretativas **de acordo com as** evoluções do relacionamento e valores sociais, o Judiciário deve se manter fiel à Constituição, pois dela é que se deve refletir os direitos fundamentais, conquistados após séculos de luta.



4. REFERÊNCIAS

- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, promulgada em 05 de outubro de 1988. Publicada no DOU de 05.10.1998. Planalto. Site Oficial. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 set. 2020.
- BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 14 nov. 2020.
- BRASIL. Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7960.htm.>. Acesso em: 25 abr. 2021.
- BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 17 nov. 2020.
- BRASIL. Decreto-Lei nº 3689 de 3 de outubro de 1941. Instituiu o Código de Processo Penal. Publicado no DOU de 13.10.1941. Brasília. DF. Disponível em: Acesso em: 10 set. 2019.
- UNICEF. Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 15 nov. 2020.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 4ª edição, pág. 1189
- GOVERNO DO BRASIL. Democrática, Constituição Federal de 1988 foi Construída pela Sociedade, 2018. Disponível em: <https://www.gov.br/pt-br/constituicao-30-anos/textos/democratica-constituicao-federal-de-1988-foi-construida-pela-sociedade.>. Acesso em: 10, nov. 2020.
- MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. Direito constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- ROMANO, Rogério Tadeu. Continência e Conexão como Formas de Modificação de Competência no Processo Penal. Disponível em: <https://www.jfrn.jus.br/institucional/biblioteca/doutrina/Doutrina264-continencia-e-conexao-formas-processo-penal.pdf>. Acesso em: 18 mar. 2021.
- FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Processos informais de mudança da constituição: Mutações constitucionais como manifestação da interpretação constitucional pluralista Página 16 mutações constitucionais e mutações inconstitucionais. São Paulo: Max Limonad, 1986. p. 9.
- BULOS, Uadi Lammêgo. Mutação Constitucional. São Paulo: Saraiva, 1997, p.57
- BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 3ª. ed., São Paulo: Saraiva, 2011, p. 148 - 149.
- BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. Disponível em: <http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>. Acesso em : 15 mar. 2021
- CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 4ª. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 254



Supremo Tribunal Federal. Plenário. Direito Constitucional. Direito Processual Penal. Habeas Corpus nº 126.292 de São Paulo. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Impetrante: Maria Claudia de Seixas. Coator: Relator do HC nº 313.021 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília, 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4697570>> ;. Acesso em 11 set. 2019

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. Habeas Cosrpus, nº 126.292/São Paulo. Marcio Rodrigues Dantas. Relator: Ministro Teori Zavascki. 17 fev . 2016.

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

BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. 2a Ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 129).

LIEBMAN, Enrico Tullio. Eficácia e autoridade da sentença e outros aspectos escritos sobre a coisa julgada (com aditamentos relativos ao direito brasileiro). 2. ed. Tradução de: Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Forense: Rio de Janeiro, 1981.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró. É temerário admitir que o STF pode "criar" um novo conceito de trânsito em julgado. 6 de abril de 2018. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2018-abr-03/badaro-stf-nao-criar-conceito-transito-julgado>> Acesso em: 16 nov. 2020

NUCCI, Guilherme de Souza. Prisão e liberdade. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 463.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de direito processual penal. 10ª ed. JusPODIVM, 2015. p. 51.

CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. ADC nº 44. Disponível em <<http://s.conjur.com.br/dl/oab-stf-declare-constitucional-prisao.pdf>>;. Acesso em 22/11/2017.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Oliveira. 4ª. ed. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2009.

MASSON, Nathalia. Manual de Direito Constitucional. 6. ed. Salvador: JusPODIVM, 2018, p. 139. SENADO FEDERAL. Consulta Pública, Proposta de Emenda à Constituição nº 5 de 2019 (PEC 5/2019). Disponível em: < <https://www12.senado.leg.br/ecidadania/visualizacaomateria?id=135253>> Acesso em: 10 jun. 2021.



ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro. 11. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015, p.505

QUEIROZ, Cristina M. M. **O Princípio da** não reversibilidade dos Direitos Fundamentais Sociais. 2000. Op .cit., p.14.

MELLO, Celso Antonio Bandeira. Curso de Direito Administrativo, 12a edição, Malheiros, 2000, pp. 747 a 749.

A Constituição e o Supremo. **Supremo Tribunal Federal**, 2007. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp?item=1079>> Acesso em: 12, nov. 2020

BITENCOURT, C. R. Tratado de Direito Penal: Parte geral. 16. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LENZA, P. Direito constitucional esquematizado. 20. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016. Ebook.

MONTESQUIEU, C.D.S. O espírito das leis: **as formas de** governo, a federação, a divisão dos poderes. 8. Ed. São Paulo: Saraiva



=====

Arquivo 1: [ARIEL DENIZARD COUTO SILVA 03.06.docx](#) (6219 termos)

Arquivo 2: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=444384&ori=1> (923 termos)

Termos comuns: 15

Similaridade: 0,21%

O texto abaixo é o conteúdo do documento [ARIEL DENIZARD COUTO SILVA 03.06.docx](#) (6219 termos)

Os termos em vermelho foram encontrados no documento
<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=444384&ori=1> (923 termos)

=====

5

ARIEL DENIZARD COUTO SILVA

OS LIMITES DAS EMENDAS E MUTAÇÕES CONSTITUCIONAIS SOB O PRISMA DA EXECUÇÃO
PROVISÓRIA DA PENA A PARTIR DO JULGADO DO HC Nº 126.292/SP

SALVADOR - BA
2021
ARIEL DENIZARD COUTO SILVA

OS LIMITES DAS EMENDAS E MUTAÇÕES CONSTITUCIONAIS SOB O PRISMA DA EXECUÇÃO



PROVISÓRIA DA PENA A PARTIR DO JULGADO DO HC Nº 126.292/SP

Trabalho de conclusão de curso, apresentado com finalidade de obtenção da aprovação acadêmica no Bacharelado em Direito na Universidade Católica do Salvador - UCSAL.

Orientador: Prof. MSc. André Quadros Côrtes

SALVADOR - BA
2021

RESUMO

O trabalho apresentado busca analisar a atuação **do Supremo Tribunal Federal** sob os limites das mutações constitucionais, diante da sua interpretação acerca da execução provisória da pena, concretizada mediante o HC nº 126.292/SP, além de analisar a eventual inconstitucionalidade da PEC nº 05/2019.

A relevância do tema abordado é flagrante, posto que, trata-se de uma discussão com relevância nacional, onde recentemente tiveram muitas mudanças de interpretações a respeito da temática, perdurando até hoje árduos debates acerca do assunto. Logo, busca-se na presente literatura entender a viabilidade de uma eventual aplicação da execução provisória da pena no ordenamento jurídico brasileiro, respeitando os limites das Emendas e mutações constitucionais propiciadas pelos legisladores e intérpretes da Constituição, ora o STF, respectivamente.

Para elaboração deste trabalho foi utilizado como metodologia de pesquisa a revisão bibliográfica e o estudo de caso, sob uma abordagem qualitativa e exploratória.

Palavras-Chave: **Supremo Tribunal Federal**. Constituição Federal. Execução Provisória da Pena. Mutação



Constitucional. PEC nº 05/2019.

SUMÁRIO

5

INTRODUÇÃO

Desde a sua promulgação, em 1988, a Constituição Federal vem nortear todo o ordenamento jurídico brasileiro, bem como o seu Estado Democrático de Direito. Como forma de garantir o cumprimento e concretização dos dispositivos deste diploma legal, incumbiu ao Constituinte Originário delegar ao **Supremo Tribunal Federal** (doravante, STF) o dever de salvaguardar a Lei Maior.

Assim sendo, havendo controvérsia jurídica que verse sobre entendimento ou aplicação supostamente contrária ao que se prevê na Constituição, é possível que tal discussão seja levada até o Supremo, a fim de que todos os entendimentos sejam pautados nos princípios e garantias que edificam a Carta Política brasileira.

Diante disso, há interpretações do Supremo que por eventualmente são questionadas quando confrontadas com as Normas a qual viabilizam a aplicação da hermenêutica constitucional, sendo



justamente um desses entendimentos controversos, ora objeto deste artigo, a execução provisória da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Aprofundando-se neste aspecto, aborda-se no presente estudo o conflito da execução provisória da pena ante o texto constitucional, bem como os efeitos desta questão com uma eventual aprovação da PEC nº 05/2019, que por sua vez alteraria drasticamente a Lei suprema neste aspecto do cumprimento da pena.

Tal alteração se aplicaria ao art. 93, da Constituição Federal, incluindo no referido artigo o inciso XVI, que determinaria que a decisão condenatória proferida por órgãos colegiados deve ser executada imediatamente, independentemente do cabimento de eventuais recursos ao grau jurisdicional superior.

Nesse sentido, busca-se responder a seguinte questão de pesquisa: Haveria **a possibilidade de** viabilizar a execução provisória da pena, mediante Proposta de Emenda à Constituição, dirimindo, portanto, a subjetividade interpretativa inerente às mutações constitucionais realizadas pelo **Supremo Tribunal Federal** ?

Não obstante, urge a necessidade de discutir se o STF cumpriu o preceito constitucional de salvaguardar o disposto na Magna Carta no tocante a execução provisória da pena, bem como a repercussão jurídica diante dos entendimentos da Corte Maior a respeito do tema, posto que uma interpretação contrária ao disposto na Lei Maior, resultaria em um entendimento inconstitucional do Supremo.



2. CONSTITUIÇÃO FEDERAL: A BÚSSOLA DO PODER JUDICIÁRIO

Com o propósito de contribuição literária acadêmica, o presente artigo versa sobre a execução provisória da pena, sob o prisma da sua viabilidade constitucional, que por sua vez, ainda causa certa controvérsia no meio jurídico e acadêmico. Portanto, busca-se demonstrar os elementos do assunto em análise, a fim de contemplar as nuances, debates e aspectos do objeto desta pesquisa.

Para entender melhor a problemática trazida ao trabalho, é necessário identificar elementos, características e até mesmo conceitos de alguns pilares desta discussão, como por exemplo o **Supremo Tribunal Federal**, em sua competência atribuída pelo art. 102, da Carta Maior, além da garantia fundamental prevista no art. 5º inciso LVII, também da Constituição Federal, ora atrelado ao princípio da não culpabilidade. Outrossim, há de se observar também como estes elementos dialogam entre si, chegando assim a uma visão multifacetada ante a discussão aduzida.

Desta forma é possível ao menos concatenar as ideias entre os principais elementos aqui presentes, que por sua vez se escusam de serem analisados sob uma ótica una. De acordo com o artigo 102 da Constituição (BRASIL 1988), mais precisamente em seu caput, compete ao **Supremo Tribunal Federal** basilaramente a guarda da Carta Política, sendo procedida de competências, originárias, ordinárias e extraordinariamente complementares.

Diante disso, compreende-se que sob a luz constitucional, seguirá esta Corte, balizando e atendo suas decisões às normas da já trigenária Carta Política, cabendo-lhe eventuais interpretações e adequações, devido à natural evolução social, bem como dos fatos jurídicos, que por sua vez criam fatos novos que venham a precisar de uma interpretação mais extensiva, restritiva, ou de qualquer outro gênero, mas sempre fiel ao disposto na Constituição.

Seguindo nesta linha da soberania constitucional, cabe o entendimento de José Gomes Canotilho, no qual aduz a existência de algumas categorias no tocante a interpretação da norma, senão vejamos:

a) o princípio da prevalência da Constituição impõe que, dentre as várias possibilidades de interpretação, só se deve escolher-se uma interpretação não contrária ao texto e programas da norma ou normas constitucionais; b) o princípio da conservação de normas afirma que uma norma não deve ser declarada inconstitucional quando, observados os fins da norma, ela pode ser interpretada em conformidade com a Constituição; c) o princípio da exclusão da interpretação conforme a Constituição, mas ?contra legem? impõe que o aplicador de uma norma não pode contrariar a letra e o sentido dessa norma através de uma interpretação conforme a Constituição, mesmo que através desta interpretação consiga uma concordância entre a norma infraconstitucional e as normas constitucionais. (CANOTILHO 2000, p. 1189)

Portanto, tem-se que a interpretação deve ser limitada aos parâmetros estabelecidos constitucionalmente.

Não obstante, seguindo este viés de entendimento ao tema, urge a Constituição Federal como protagonista do enredo, trazendo em seu bojo uma herança garantista e humanizada. Muito por conta do



período de sua elaboração e a conseqüente promulgação, que se deu em um cenário pós regime ditatorial, por isso a preocupação em preservar a democracia, bem como as garantias individuais e coletivas são intrínsecas ao texto, com destaque para o art. 5º, em seu inciso LVII, ora edificado sob a égide do princípio da não culpabilidade, também herança desta natureza garantista da Carta Magna.

Ademais, a Constituição Cidadã, conforme declarou o então presidente da Assembleia Nacional Constituinte, o deputado Ulysses GUIMARÃES (1988)- isso porque pela primeira vez na história emendas de cidadãos comuns e entidades representativas foram alicerces para elaboração da Carta Política, ratificando assim a intenção de espelhar em seu texto os anseios e direitos do povo, como então demonstrado pelo Secretário Geral da Câmara dos Deputados, Mozart VIANNA (1987), na seguinte fala consagrada: "Foi um momento maravilhoso de efervescência cívica?"

Como conseqüência de toda essa democratização e enaltecimento de garantias aos cidadãos, uma das searas jurídicas mais contempladas foi a esfera penal, que passou a se valer de valorosos e necessários princípios, como por exemplo a ampla defesa, o contraditório e a presunção de inocência.

Como bem sintetiza MACHADO (2004), o sistema constitucional fez com que todos os cidadãos que fossem acusados passassem necessariamente por um processo legítimo, com possibilidade de defesa, sendo este estabelecimento de direitos ao acusado o grande marco da Carta.

Indo um pouco mais a fundo nas garantias que constituem o devido processo legal, torna-se muito importante voltar às atenções ao disposto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal (BRASIL, 1988), que traz à tona o princípio da presunção de inocência, através do seguinte texto de lei "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;".

Ora, de plano teria-se o claro entendimento que apenas poder ser considerada culpada ante o crime a si imputado, quando a sentença viesse a transitar em julgado, ou seja, já estivesse exaurida a possibilidade de interposição de recursos ao processo.

ROMANO (2013) traz em seu entendimento o fato do princípio da inocência, outrora também chamado pela doutrina por princípio da não culpabilidade, a característica da tutela à liberdade individual, ratificando o entendimento de que o acusado apenas teria sua imputação de culpa, após a condenação.

Assim também preconiza o Pacto de San José, mais precisamente em seu artigo 8º, ao estabelecer que "toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa".

Todavia, apesar deste amparo à proteção do indivíduo, é prudente ressaltar que a prisão pode sim acontecer antes da sentença penal condenatória, desde que não seja como finalidade a punibilidade do agente.

É justamente neste sentido que o Código de Processo Penal traz em seu artigo 302 e seguintes as prisões, preventiva, temporária, além da prisão em flagrante, mas como já dito, nenhuma delas possui como finalidade a punição imediata ao agente.



Não obstante, há de se apontar também outras características deste alicerce do devido processo legal. A influência principiológica da não culpabilidade no ordenamento jurídico brasileiro se deu por muitos diplomas internacionais tidos como clássicos, além do Pacto de San José, ora já mencionado, há também inspiração na Declaração Universal dos Direitos Humanos, bem como na Convenção Europeia de Direitos Humanos de 1950.

2.1 MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

A mutação constitucional surge como um mecanismo de adequação da norma à realidade social, trazendo constantes atualizações da aplicação do dispositivo legal ante as necessidades e evoluções **de uma sociedade**. Assim, coloca-se a mutação constitucional como uma ferramenta modificadora da Constituição.

Neste mesmo enredo, ensina Ana Cândida Ferraz ao definir mutação constitucional:

?(?) alteração, não da letra ou do texto expresso, mas do significado, do sentido e do alcance das disposições constitucionais, por meio ora da interpretação judicial, ora dos costumes, ora das leis, alterações essas que, em geral, se processam lentamente, e só se tornam claramente perceptíveis quando se compara o entendimento atribuído às cláusulas constitucionais em momentos diferentes, cronologicamente afastados uns dos outros, ou em épocas distintas e diante de circunstâncias diversas?.



(FERRAZ, 1986, p.09)

A grande questão é que a mutação constitucional **é apenas uma** das formas para se proceder com a alteração da Constituição. Em verdade, cabe que de acordo com a própria Carta Política, há apenas uma maneira para buscar essa reforma, ora prevista no art. 60 da CF, através da formalidade do ato modificativo, edificando-se por meio da Emenda Constitucional.

Todavia, como ensina Uadi Lammego Bulos, a solenidade prevista na Constituição nem sempre seria oportuna, levando em consideração a alta complexidade nos trâmites previstos para alteração do dispositivo Maior, logo, tem-se:

?Seria errôneo e mesmo ingênuo conceber-se uma Constituição inalterável, frente à realidade social cambiante, com exigências, necessidades e situações sempre novas, em constante evolução? (BULOS, 1997, p. 57)

Portanto, a mutação constitucional não pode ser desprezada em detrimento à Reforma.

Assim também entende Luís Roberto Barroso, senão vejamos:

(...) a mutação constitucional consiste em uma alteração do significado de determinada norma da Constituição, sem observância do mecanismo constitucionalmente previsto para as emendas e, além disso, sem que tenha havido qualquer modificação de seu texto. Esse novo sentido ou alcance do mandamento constitucional pode decorrer de uma mudança na realidade fática ou de uma nova percepção do Direito, uma releitura do que deve ser considerado ético ou justo. (BARROSO, 2011, p. 148-149)

Essa mutação constitucional se dá de uma forma não solene, ou seja, a letra da lei permanece intacta, todavia, o seu entendimento é alterado, buscando uma melhor aplicabilidade diante dos novos fatos e percepções jurídicas de uma determinada sociedade. Diferentemente do que ocorre em uma reforma constitucional.

É neste aspecto que se discute sobre o ativismo judicial. Esse ativismo do Poder Judiciário reflete-se em uma discutível proeminência da atuação judiciária, que por sua vez estaria avançando ?limites? de atuação tripartite da atribuição dos poderes do Estado, como afirma-se na doutrina de Luís Roberto Barroso:

?A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta **por meio de** diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) **a imposição de** condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.? (BARROSO, 2008)

Na mesma proporção em que o Judiciário possui legitimidade para modificar o entendimento constitucional



, há de se ponderar até qual ponto esta modificação interpretativa não estaria contrapondo a autonomia e competência do Legislativo em reformar a Constituição mediante as Emendas e Revisões, conforme preconizado nos art. 3º, ADCT, além do art. 60º, CF/88.

Seguindo este viés, há de se pontuar o entendimento doutrinário de José Gomes CANOTILHO:

(...) uma coisa é admitirem-se alterações do âmbito ou esfera da norma que ainda se podem considerar susceptíveis de serem abrangidas pelo programa normativo (Normprogramm), e outra coisa é legitimarem-se alterações constitucionais que se traduzem na existência de uma realidade constitucional inconstitucional, ou seja, alterações manifestamente inoportáveis pelo programa da norma constitucional. (CANOTILHO, 2000, p. 254)

Portanto, há de se ponderar a aplicabilidade da mutação constitucional em determinados casos, como por exemplo o entendimento constitucional tomado pela Corte Maior ao apreciar no ano de 2016 o HC nº 126.292.

[...]cumpre ao Poder Judiciário e, sobretudo, ao **Supremo Tribunal Federal**, garantir que o processo - único meio de efetivação do jus puniendi estatal -, resgate essa sua inafastável função institucional. A retomada da tradicional jurisprudência, de atribuir efeito apenas devolutivo aos recursos especial e extraordinário (como, aliás, está previsto em textos normativos) é, sob esse aspecto, mecanismo legítimo de harmonizar o princípio da presunção de inocência com o da efetividade da função jurisdicional do Estado. Não se mostra arbitrária, mas inteiramente justificável, **a possibilidade de** o julgador determinar o imediato início do cumprimento da pena, inclusive com restrição da liberdade do condenado, após firmada a responsabilidade criminal pelas instâncias ordinárias.

(STF - HC: 126292 SP - SÃO PAULO 8620448-89.2015.1.00.0000, Relator: Min. TEORI ZAVASCKI, Data de Julgamento: 17/02/2016, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-100 17-05-2016)

Este julgado é um caso emblemático, tanto pela sua repercussão, quanto por suas controvérsias causadas no âmbito jurídico-acadêmico.

Se ainda levar em consideração que o Supremo valeu-se do poder difuso de constitucionalidade para modificar o entendimento de um dispositivo legal que versa sobre garantias e direitos fundamentais, sendo portanto, uma cláusula pétrea, conforme prevê o art. 60, § 4º, inciso IV, da Constituição Federal, agrava-se ainda mais essa situação.

É justamente nesta seara que encontra-se um dos grandes problemas do entendimento do STF ante o HC nº 126.292, afinal, indo de encontro com o art. 5º, inciso LVII, bem como do art. 283 do CPP, entendeu como possível o cumprimento da sentença penal condenatória antes do esgotamento das vias recursais no grau máximo jurisdicional.

Neste sentido, em conflito com os dispositivos legais supracitados, a Suprema Corte confronta a também a doutrina majoritária no tocante ao tema, indo desde o ilustre Cesare BECCARIA, em sua eternizada obra Dos Delitos e das Penas, no qual esboçava a construção da presunção de inocência desde o século XVIII



:

?Um homem não pode ser chamado de 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 das quais ela lhe foi outorgada?. (BECCARIA, 1997, p. 69)

A repercussão dessa decisão foi tão significativa, que provocou várias ações perante o Supremo, com destaque para a ADC nº 54, que apontava a automaticidade das prisões após a condenação no segundo grau jurisdicional. O objetivo principal da ADC, que por sua vez era fortalecida por outras duas ações declaratórias, ora de números 43 e 44, era declarar constitucional o artigo 283 do CPP, que era totalmente contrário ao então entendimento do Supremo, hoje já superado, da viabilidade do cumprimento da sentença penal antes do esgotamento dos recursos cabíveis.

Ademais, a respeito dos limites da mutação constitucional, é primoroso ressaltar que de acordo com a própria nomenclatura, a mutação modifica a Constituição, logo, trata-se de uma interpretação acerca da CF, não de correntes doutrinárias ou de meros entendimentos jurisprudenciais tidos isoladamente ante à Lei Maior.

Neste viés, desbravando os fatos e fenômenos jurídicos sobre o tema, surge na doutrina, o entendimento no qual havendo uma mutação que contrarie o texto Constitucional, ela abandonaria o propósito da mutação constitucional, que é justamente o intérprete dar nova forma à Norma, tornando-se assim, uma ?mutação inconstitucional?, como afirma Luís Roberto BARROSO (2010, p. 129).

Seguindo essa corrente, de forma implacável pronuncia-se o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, relacionando o posicionamento do STF diante do HC nº 126.292/SP com a doutrina antevertida por Barroso, categorizando assim o entendimento adotado pelo STF face à referida ação constitucional como uma ?mutação inconstitucional".

Não obstante, há de se observar o julgado do STF a respeito das Ações Declaratórias de Constitucionalidade de nº 43, 44 e 54, onde os requerentes buscavam mudar o então entendimento da Corte Maior, que permitia a execução da pena após decisão colegiada em segunda instância.

Tendo como objeto central das ADCs o assentamento da constitucionalidade do art. 283, do CPP, os Ministros do Supremo procederam com o reconhecimento ora requerido, retificando assim, o entendimento anterior, tomado após o julgado do HC nº 126.292/SP, já mencionado anteriormente. Vale ressaltar ainda o que se encontra disposto no referido artigo:

Art. 283. 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. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 1o As medidas cautelares previstas neste Título não se aplicam à infração a que não for isolada, cumulativa ou alternativamente cominada pena privativa de liberdade. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 2o A prisão poderá ser efetuada em qualquer dia e a qualquer hora, respeitadas as restrições relativas à



inviolabilidade do domicílio. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

Outrossim, diante do reconhecimento da constitucionalidade do artigo supracitado, modificou-se, novamente, o posicionamento do STF ante o instituto da execução provisória da pena, que doravante passou aplicar sua interpretação normativa seguindo estritamente o disposto no art. 5º, LVII, CF/88, bem como o que se aduz também em norma infraconstitucional acima exposta.

2.2 CPP À LUZ DA CONSTITUIÇÃO

Aludindo o papel de cada um dos alicerces principais dessa problemática, faz-se necessário uma abordagem mais dialética entre todos esses elementos, a fim de compreender a essência da contrariedade da mutação constitucional adotada pelo STF diante da possibilidade do cumprimento da sentença penal condenatória antes do esgotamento dos recursos pertinentes.

Como já foi exposto, a Constituição Federal norteia todo o ordenamento jurídico brasileiro. Não obstante, além de regulamentar a estrutura do Estado, sendo amparado por demais diplomas e dispositivos legais, conseguinte, as decisões proferidas por determinada autoridade judiciária, necessariamente deverá ser uníssona à Carta Política, seja esta uma decisão monocrática, colegiada ou até mesmo por entendimento jurisprudencial dos Tribunais.

É justamente neste ponto que cria-se a problemática apresentada neste artigo, afinal a Constituição é soberana e norteia as decisões judiciais. Como o princípio da presunção de inocência está previsto no já mencionado dispositivo legal, cabe à autoridade judiciária aplicá-lo de acordo com a sua previsão



constitucional. Outrossim, há de se considerar que o instituto do trânsito em julgado da sentença penal condenatória é pacificado, seja doutrina ou jurisprudencialmente.

Logo, resta de maneira lúcida e inequívoca o entendimento a respeito do trânsito em julgado da sentença, ou também conhecido como coisa julgada, onde seguindo os ensinamentos de Enrico Tullio LIEBMAN (1981), a coisa julgada é uma qualidade da sentença, a qual torna imutável o comando legal deste título.

Neste mesmo aspecto, tem-se o entendimento doutrinário do jurista Gustavo Henrique BADARÓ a respeito da consequência da coisa julgada no ordenamento jurídico, que aduz o fato do trânsito em julgado da sentença penal condenatória relacionar-se com o elemento da imutabilidade da sentença ou acórdão: ?Assim, o trânsito em julgado da sentença penal condenatória ocorre no momento em que a sentença ou o acórdão torna-se imutável, surgindo a coisa julgada material? (BADARÓ, 2018).

?Não há, portanto, margem exegética para que a expressão seja interpretada, mesmo pelo **Supremo Tribunal Federal**, no sentido de que o acusado é presumido inocente, até o julgamento condenatório em segunda instância, ainda que interposto recurso extraordinário para o **Supremo Tribunal Federal** ou recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça.? (BADARÓ, 2018)

Outrossim, há de considerar-se a aplicação hermenêutica interpretativa ante a fria letra de lei, afinal, presumir-se que após mera manutenção da sentença pelos Tribunais ante decisão proferida pelo Juízo Primevo, viabilizaria o início ao cumprimento da pena, poderia representar eventual divergência constitucional, tendo em vista que se houve interposição de Recurso ante o acórdão, o mesmo poderá ser reformado, característica essa que preserva o status de inocente do acusado, conforme garante o princípio da não culpabilidade.

Elucidado o elemento interpretativo à luz constitucional, urge o Código de Processo Penal como alicerce garantidor dos Direitos Fundamentais, previstos na Constituição Federal, tendo o merecido destaque ao artigo 283, do CPP. Ao encontro do art. 5º, inciso LVII da CF, o art. 283, do CPP reforça, em seu caput, a tese do cabimento da prisão em caráter de cumprimento da pena apenas após o trânsito em julgado do título:

Art. 283. 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. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência) (Grifo nosso).

Entretanto, para entender melhor o cabimento da prisão, é necessária uma breve exposição para reforçar a diferença entre a prisão cautelar e a prisão em virtude da condenação, ora advinda pela sentença penal condenatória. Inicialmente, cabe uma breve análise sobre a prisão em flagrante, que busca precipuamente a não consumação do crime ou seu exaurimento, além de evitar a fuga do suspeito, bem como viabilizar a colheita de elementos probatórios de autoria e materialidade do delito. De forma transparente e objetiva, surge a referida prisão cautelar pacificada com o taxativo art. 302, do CPP.

Ainda neste sentido, há também a prisão preventiva, prevista no art. 311, do CPP, e seguintes, com destaque para o art. 312, do referido diploma legal, que regulamenta os cabimentos da sua decretação.



Essa modalidade de prisão permite a **garantia do** procedimento investigatório ou do processo penal, quando presente o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* em detrimento à ordem pública ou econômica.

Por fim, há de se ressaltar o papel da prisão temporária, prevista pela Lei nº 7.960/89, que completa os tipos de prisões cautelares previstas no ordenamento jurídico brasileiro. Este último tipo de prisão cautelar é bem restritiva, aplicando-se apenas em crimes e situações específicas, taxadas na Lei regulamentadora.

Não obstante, diante dos ensinamentos de Guilherme de Souza Nucci, tem-se a seguinte definição para prisão:

“É a privação da liberdade, tolhendo-se o direito de ir e vir, através do recolhimento da pessoa humana ao cárcere. Não se distingue, nesse conceito, a prisão provisória, enquanto se aguarda o deslinde da instrução criminal, daquela que resulta de cumprimento de pena. Enquanto o Código Penal regula a prisão proveniente de condenação, estabelecendo as suas espécies, formas de cumprimento e regimes de abrigo do condenado, o Código de Processo Penal cuida da prisão cautelar e provisória, destinada unicamente a vigorar, quando necessário, até o trânsito em julgado da decisão condenatória.” (Grifo nosso). (NUCCI, 2014, p. 463)

Portanto, percebe-se a clara natureza da prisão cautelar, que por sua vez é decretada, unicamente pelo judiciário, a fim de viabilizar em plenas condições a instrução criminal, até o trânsito em julgado da decisão condenatória. Diante o exposto, não se confunde a prisão cautelar com a prisão destinada ao cumprimento da sentença penal condenatória.

Após esse breve desvendar, torna-se possível debruçar-se de forma mais asseverada sobre a fiel importância do art. 283, do já debatido dispositivo legal, em consonância ao princípio constitucional, ora positivado no art. 5º, inciso LVII:

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

Neste sentido, surgem ainda Nestor TÁVORA e Rosmar Rodrigues ALENCAR, ratificando o entendimento exposto no presente artigo:

[...] o reconhecimento da autoria de uma infração criminal pressupõe sentença condenatória transitada em julgado (art. 5º, inc. LVII, da CF). Antes deste marco, somos presumivelmente inocentes, cabendo à acusação o ônus probatório desta demonstração, além do que o cerceamento cautelar da liberdade só pode ocorrer em situações excepcionais e de estrita necessidade. (TÁVORA; ALENCAR, 2015, p. 51)

Por isso, tem-se que até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, a regra no ordenamento jurídico brasileiro é a liberdade, restando assim, o encarceramento como mero acessório excepcional, atendo-se necessariamente às delimitações previstas em lei.

Ademais, havendo o STF se posicionado de forma contrária aos dispositivos legais em evidência, insurgiram-se os legitimados a propositura de ação de controle de constitucionalidade, outrora já suscitada neste artigo, mas carecendo de uma maior atenção nesta literatura, provocando os Supremo mediante a



ADC de nº 43, bem como seus apensos de nº 44 e 54.

Analisando o julgado da supracitada ação, ocorre que, na medida em que o Plenário da Corte maior assente com a procedência da ADC, pacifica-se nova jurisprudência a respeito da execução provisória da pena, sendo doravante inadmitida, salvo casos específicos expressos em lei.

Decisão: O Tribunal, por maioria, nos termos e limites dos votos proferidos, julgou procedente a ação para assentar a constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, na redação dada pela Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011, vencidos o **Ministro Edson Fachin**, que julgava improcedente a ação, e os Ministros **Alexandre de Moraes**, Roberto Barroso, Luiz Fux e Cármen Lúcia, que a julgavam parcialmente procedente para dar interpretação conforme. Presidência do Ministro Dias Toffoli. Plenário, 07.11.2019. (Grifo nosso).

Todavia, apesar de pacificado o entendimento acerca do tema exposto, não ficou definido pela Corte Suprema a viabilidade da alteração do texto constitucional acerca da propositura de Propostas de Emendas à Constituição, fato que toma-se notoriedade e protagonismo após a PEC nº 05/2019, que objetiva justamente a positivação em texto constitucional da execução provisória da pena.

2.3 PEC Nº 05/2019: PONTOS E CONTRAPONTOS

Como já explanado no artigo, o STF valendo-se da mutação constitucional, pacificou o entendimento da viabilidade da execução provisória da pena ao julgar o HC nº 126.292/SP. Não obstante, em decorrência deste entendimento, surgiram várias Ações Declaratórias de Constitucionalidade, que por sua vez resultaram em um novo entendimento do Supremo, desta vez, contrário à execução provisória da pena, fundamentando-se no art. 283 do Código de Processo Penal.



O fato do STF ter-se valido da mutação constitucional para edificar um entendimento não é o problema da questão, mas sim o fato do entendimento modificado versar sobre cláusula pétrea. Seguindo os ensinamentos de Paulo Gustavo GONET, verifica-se que as cláusulas pétreas estão salvaguardadas de eventuais modificações, seja por via formal, através das emendas constitucionais, seja por via informal, através da mutação constitucional.

?O poder constituinte originário cria o poder de reforma e estabelece também o procedimento que este deve trilhar. Por isso mesmo, o poder constituinte derivado deve respeito aos limites que o originário lhe impuser.(?)

O poder constituinte originário pode estabelecer que certas regras são intangíveis. Terá consagrado o que se denomina de cláusula pétrea. Essas cláusulas de perpetuidade são justificadas politicamente sob o argumento de que perfazem um núcleo essencial do projeto, que o titular do poder constituinte originário intenta preservar de quaisquer mudanças institucionalizadas.? (Grifo nosso) (GONET, 2009, 4ªed) Sendo assim, intenta-se o STF, em seu derradeiro entendimento, ora rechaçando a execução provisória da pena, em manter-se fiel à Carta Política.

Portanto, como já visto, não poderia o Supremo, valer-se da mutação constitucional para dar nova interpretação ao inciso LVII, do art. 5º da CF. Todavia, o Poder Legislativo, em Proposta de Emenda Constitucional, doravante denominada de PEC, teria autonomia para viabilizar a execução provisória da pena, de uma forma que não contrariasse a Carta Magna, e tão pouco tentasse alterar uma cláusula pétrea.

Tudo isso seria possível através da aprovação da PEC nº 05/2019, outrora ainda em tramitação no Congresso Nacional. A proposta em questão, tem como objetivo a inserção de um novo inciso, ora o XVI, no artigo 93 da Constituição Federal, a fim de positivar a possibilidade da execução provisória da pena, após condenação proferida em órgão colegiado, independente da possibilidade de interposição de recursos em grau jurisdicional superior.

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa **do Supremo Tribunal Federal**, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

O que se mostra interessante nessa PEC é que ela busca resolver um dos maiores conflitos da execução provisória da pena, que é justamente a inalteração da cláusula pétrea, afinal, o dispositivo modificado seria o artigo 93 e não o artigo 5º, ambos da Lei Maior.

Outro aspecto de viabilidade da PEC nº 05/2019, consiste muito na consonância com o entendimento doutrinário a respeito da mutabilidade da cláusula pétrea, ora ensinado por Nathalia MASSON (2018), no qual debruça-se a respeito da locução ?tendente a abolir?, ora prevista no art. 60, § 4º, CF/88.

Ou seja, ao amparar o núcleo essencial do direito protegido como cláusula pétrea o constituinte, não garantiu uma intangibilidade absoluta ao dispositivo. Meras reformulações linguísticas, em que nada alterem a substância daquilo preservado pela cláusula pétrea, são viáveis, assim como reformas superficiais, que não atinjam seu núcleo central.



Ademais, sendo o Congresso Nacional precipuamente composto por representantes do povo, cabe aos congressistas legitimar a vontade do povo. Seguindo neste raciocínio, foi aberto uma consulta pública, disponível no próprio site do Senado Federal, questionando ao cidadão o seu posicionamento a respeito da proposição da PEC nº 05/2019.

Ainda sobre a consulta pública, segundo dados disponibilizados no site do Senado Federal, iniciada em 18/11/2019 até 10/06/2021, os votos apurados sendo favoráveis à referida Proposta de Emenda Constitucional, perfazem um percentual de 91,87% (noventa e um vírgula oitenta e sete por cento), contra 8,13% (oito vírgula treze por cento) contrários à proposição da PEC, em um universo de 26.122 (vinte e seis mil cento e vinte e dois votos).

Neste sentido, surgem Eugenio Raúl ZAFFARONI e José Henrique PIERANGELI (2015), observando que de acordo com as necessidades da sociedade, há uma necessidade de adequação social das leis, bem como da conduta humana. Isso principalmente, no tocante às leis penais, que por sua vez tutelam e regulam os conflitos que envolvem o maior bem jurídico do nosso ordenamento, logo, a vida.

Portanto, mostra-se que a Lei, seja ela a Carta Constitucional ou dispositivo infraconstitucional, normatiza as relações e condutas da sociedade, devendo ser assim, consequência dos anseios e mudanças sociais, como assim sugere o aforismo *ubi societas, ibi jus*.

Posto a respeito da relativização no tocante à imutabilidade da cláusula pétrea, bem como visto sobre a necessidade da adequação legal às mudanças sociais, há de se abrir espaço para um terceiro aspecto interessante que dialoga com esses dois alicerces outrora expostos, que é a prevalência, mas não supremacia **dos direitos e** garantias fundamentais em nosso ordenamento.

Neste sentido, é prudente ressaltar **que os direitos** fundamentais possuem como característica a relatividade e não o absolutismo, ou seja, havendo conflito de direitos, necessariamente um se sobreporá ao outro, como ensina Cristina QUEIROZ:

“Na verdade, quando dois ou mais princípios colidem a solução do conflito está no recurso a um procedimento de ponderação. Instrumento dessa ponderação é o recurso a um conjunto de relações de precedência que ordenam os princípios em conflito. Essas relações de precedência não são absolutas, mas condicionadas. Valem unicamente sob as condições do caso particular ou de um grupo determinado de casos. Não possuem assim valor absoluto ou geral. De contrário, não poderíamos falar num processo de ponderação, mas de sobreposição ou triunfo de um princípio sobre o outro.” (QUEIROZ, 2000, p. 185)

Portanto, como exposto neste capítulo, por mais que se trate de direitos e garantias fundamentais, sendo ainda considerados cláusulas pétreas, não exerce tal princípio uma intangibilidade suprema.

Não obstante, valendo-se da possibilidade de expor pontos e contrapontos, ora oportunizada pelo ambiente Acadêmico, urge o mestre Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, com o seguinte ensinamento:



?violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa, não só a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.? (BANDEIRA DE MELLO, 2000, p . 747 - 749)

Sendo assim, de acordo com o exposto, constrói-se, no papel de antítese, o entendimento a respeito da impossibilidade da execução provisória da pena, posto que para parte da doutrina, a PEC nº 05/2019, mesmo que não altere diretamente o art. 5º, inciso LVII, da CF. Isso porque, conforme já aduzido, a cláusula pétrea não poderia ter o seu núcleo modificado.

Logo, neste entendimento, seria inconstitucional a tentativa de positivar a viabilidade da execução provisória da pena, mesmo que tal modificação se desse através da emenda constitucional do art. 93, da CF.

Edifica-se assim, um cenário tênue entre a modificação legal, ora tida pelo próprio Poder Judiciário (mutação constitucional), outrora pelo Poder Legislativo (Proposta de Emenda à Constituição), a fim de atender os anseios e relações sociais atuais, em face da garantia constitucional, que por sua vez tem em sua essência a imutabilidade ao tratar-se de direitos fundamentais.



3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do assentado neste artigo, pode-se afirmar a necessidade de modificação da Constituição, a fim de acompanhar as mudanças da sociedade. Entretanto, tais mudanças precisam acontecer de acordo com os ditames constitucionais, havendo assim, uma linha tênue entre estes dois aspectos.

Todavia, analisando especificamente o fato da execução provisória da pena, há de se pontuar observações pertinentes. Em plano sobressalente, há de se pontuar a atual impossibilidade da execução provisória, face a cláusula pétrea que positiva a garantia fundamental do princípio da não culpabilidade, bem como a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal, que ratifica que a prisão dar-se-á mediante o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Em contraponto, dos aspectos favoráveis à viabilidade da execução provisória, observa-se o elemento social, que representa as novas relações jurídicas e valores da sociedade, onde conforme demonstrado ao longo do presente artigo, é um dos pilares para a movimentação do Congresso para reformar a Carta Política.

Outrossim, vale reiterar que a PEC n° 05/2019, em uma derradeira tentativa de viabilizar a execução provisória da pena, busca alterar um artigo da CF que não versa sobre direito ou garantia fundamental, o que pode ser considerado como um esforço em driblar o protecionismo inerente ao núcleo da cláusula pétrea, o que por sua vez, poderia expurgar uma eventual inconstitucionalidade da Proposta.

Analisando as exposições apresentadas, apesar de não serem conclusivas devido à própria natureza do problema de pesquisa, que por sua vez não proporciona uma solução uníssona, entende-se que há de se ponderar até qual ponto se deve prevalecer a imutabilidade da cláusula pétrea em detrimento à necessidade de adequação das normas às modificações sociais que acontecem com o passar dos anos.

Indubitavelmente que as garantias e direitos fundamentais são os alicerces mais sólidos do Estado democrático de Direito, dispensando qualquer introdução histórica, que por si só seria capaz de recrudescer um artigo. Entretanto, em que pese a ponderação de direitos, é prudente não expurgar de imediato a possibilidade de adequação dos princípios diante das modificações inerentes à sociedade.?

Ademais, diante de uma temática tão complexa e delicada quanto a exposta, conforme previsão constitucional, não deveria caber à Corte Máxima do Poder Judiciário manifestar-se em tom decisivo a respeito do assunto, cabendo, portanto, ao Poder Legislativo, ora revestido de sua função legiferante, em regulamentar o tema, como assim foi tentado através da PEC objeto de estudo deste artigo.

Desta mesma maneira, que de forma assertiva o STF modificou o seu entendimento ante o julgado do HC n° 126.292/SP, onde possibilitava a execução provisória da pena, reconhecendo a constitucionalidade da afirmação de quem ninguém será preso senão em virtude de condenação criminal transitada em julgado, ressalvada exceções previstas em lei.

Neste sentido, objetivando conglomerar os posicionamentos doutrinários juntamente com os dispositivos



legais apresentados, permite-se concluir que a execução provisória da pena é inconstitucional, pois confronta diretamente garantias fundamentais, bem como princípios constitucionais enraizados historicamente no ordenamento jurídico ocidental e aplicados na Constituição Pátria ao final do século passado.

Ainda a respeito da inconstitucionalidade da execução provisória, é pertinente alegar que a própria PEC n^o 05/2019, por mais que siga o rito das Emendas, ora previsto constitucionalmente, também se mostra como sendo contrária à CF. Isso porque independente da referida Proposta não alterar diretamente o texto de artigo consagrado como cláusula pétrea, o objeto da PEC fere o núcleo de um direito fundamental, ora do princípio da não culpabilidade, sacramentada no art. 5^o, inciso LVII, da Lei Maior.

Arrematando assim, acerca do tema apresentando, conclui-se que independentemente da necessidade de se ponderar as mudanças interpretativas de acordo com as evoluções do relacionamento e valores sociais, o Judiciário deve se manter fiel à Constituição, pois dela é que se deve refletir os direitos fundamentais, conquistados após séculos de luta.



4. REFERÊNCIAS

- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, promulgada em 05 de outubro de 1988. Publicada no DOU de 05.10.1998. Planalto. Sítio Oficial. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 set. 2020.
- BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 14 nov. 2020.
- BRASIL. Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7960.htm>. Acesso em: 25 abr. 2021.
- BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 17 nov. 2020.
- BRASIL. Decreto-Lei nº 3689 de 3 de outubro de 1941. Instituiu o Código de Processo Penal. Publicado no DOU de 13.10.1941. Brasília. DF. Disponível em: Acesso em: 10 set. 2019.
- UNICEF. Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>>. Acesso em: 15 nov. 2020.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 4ª edição, pág. 1189
- GOVERNO DO BRASIL. Democrática, Constituição Federal de 1988 foi Construída pela Sociedade, 2018. Disponível em: <<https://www.gov.br/pt-br/constituicao-30-anos/textos/democratica-constituicao-federal-de-1988-foi-construida-pela-sociedade>>. Acesso em: 10, nov. 2020.
- MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. Direito constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- ROMANO, Rogério Tadeu. Continência e Conexão como Formas de Modificação de Competência no Processo Penal. Disponível em: <<https://www.jfn.jus.br/institucional/biblioteca/doutrina/Doutrina264-continencia-e-conexao-formas-processo-penal.pdf>>. Acesso em: 18 mar. 2021.
- FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Processos informais de mudança da constituição: Mutações constitucionais como manifestação da interpretação constitucional pluralista Página 16 mutações constitucionais e mutações inconstitucionais. São Paulo: Max Limonad, 1986. p. 9.
- BULOS, Uadi Lammêgo. Mutação Constitucional. São Paulo: Saraiva, 1997, p.57
- BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 3ª. ed., São Paulo: Saraiva, 2011, p. 148 - 149.
- BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. Disponível em: <http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>. Acesso em : 15 mar. 2021
- CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 4ª. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 254



Supremo Tribunal Federal. Plenário. Direito Constitucional. Direito Processual Penal. Habeas Corpus nº 126.292 de São Paulo. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Impetrante: Maria Claudia de Seixas. Coator: Relator do HC nº 313.021 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília, 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4697570>> ;. Acesso em 11 set. 2019

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. Habeas Cosrpus, nº 126.292/São Paulo. Marcio Rodrigues Dantas. Relator: Ministro Teori Zavascki. 17 fev . 2016.

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

BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. 2a Ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 129).

LIEBMAN, Enrico Tullio. Eficácia e autoridade da sentença e outros aspectos escritos sobre a coisa julgada (com aditamentos relativos ao direito brasileiro). 2. ed. Tradução de: Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Forense: Rio de Janeiro, 1981.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró. É temerário admitir que o STF pode "criar" um novo conceito de trânsito em julgado. 6 de abril de 2018. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2018-abr-03/badaro-stf-nao-criar-conceito-transito-julgado>> Acesso em: 16 nov. 2020

NUCCI, Guilherme de Souza. Prisão e liberdade. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 463.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de direito processual penal. 10ª ed. JusPODIVM, 2015. p. 51.

CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. ADC nº 44. Disponível em <<http://s.conjur.com.br/dl/oab-stf-declare-constitucional-prisao.pdf>>. Acesso em 22/11/2017.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Oliveira. 4ª. ed. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2009.

MASSON, Nathalia. Manual de Direito Constitucional. 6. ed. Salvador: JusPODIVM, 2018, p. 139. SENADO FEDERAL. Consulta Pública, Proposta de Emenda à Constituição nº 5 de 2019 (PEC 5/2019). Disponível em: < <https://www12.senado.leg.br/ecidadania/visualizacaomateria?id=135253>> Acesso em: 10 jun. 2021.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro. 11. Ed. São



Paulo: Revista dos Tribunais. 2015, p.505

QUEIROZ, Cristina M. M. O Princípio da não reversibilidade dos Direitos Fundamentais Sociais. 2000. Op .cit., p.14.

MELLO, Celso Antonio Bandeira. Curso de Direito Administrativo, 12a edição, Malheiros, 2000, pp. 747 a 749.

A Constituição e o Supremo. **Supremo Tribunal Federal**, 2007. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp?item=1079>> Acesso em: 12, nov. 2020

BITENCOURT, C. R. Tratado de Direito Penal: Parte geral. 16. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LENZA, P. Direito constitucional esquematizado. 20. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016. Ebook.

MONTESQUIEU, C.D.S. O espírito das leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes. 8. Ed. São Paulo: Saraiva



=====

Arquivo 1: [ARIEL DENIZARD COUTO SILVA 03.06.docx](#) (6219 termos)

Arquivo 2: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2018/novembro/artigo-21deg-toda-a-pessoa-tem-o-direito-a-participacao-democratica> (1503 termos)

Termos comuns: 12

Similaridade: 0,15%

O texto abaixo é o conteúdo do documento [ARIEL DENIZARD COUTO SILVA 03.06.docx](#) (6219 termos)

Os termos em vermelho foram encontrados no documento <https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2018/novembro/artigo-21deg-toda-a-pessoa-tem-o-direito-a-participacao-democratica> (1503 termos)

=====

5

ARIEL DENIZARD COUTO SILVA

OS LIMITES DAS EMENDAS E MUTAÇÕES CONSTITUCIONAIS SOB O PRISMA DA EXECUÇÃO
PROVISÓRIA DA PENA A PARTIR DO JULGADO DO HC Nº 126.292/SP

SALVADOR - BA

2021

ARIEL DENIZARD COUTO SILVA



OS LIMITES DAS EMENDAS E MUTAÇÕES CONSTITUCIONAIS SOB O PRISMA DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA A PARTIR DO JULGADO DO HC Nº 126.292/SP

Trabalho de conclusão de curso, apresentado com finalidade de obtenção da aprovação acadêmica no Bacharelado em Direito na Universidade Católica do Salvador - UCSAL.

Orientador: Prof. MSc. André Quadros Côrtes

SALVADOR - BA

2021

RESUMO

O trabalho apresentado busca analisar a atuação do Supremo Tribunal Federal sob os limites das mutações constitucionais, diante da sua interpretação acerca da execução provisória da pena, concretizada mediante o HC nº 126.292/SP, além de analisar a eventual inconstitucionalidade da PEC nº 05/2019.

A relevância do tema abordado é flagrante, posto que, trata-se de uma discussão com relevância nacional, onde recentemente tiveram muitas mudanças de interpretações a respeito da temática, perdurando até hoje árdios debates acerca do assunto. Logo, busca-se na presente literatura entender a viabilidade de uma eventual aplicação da execução provisória da pena no ordenamento jurídico brasileiro, respeitando os limites das Emendas e mutações constitucionais propiciadas pelos legisladores e intérpretes da Constituição, ora o STF, respectivamente.

Para elaboração deste trabalho foi utilizado como metodologia de pesquisa a revisão bibliográfica e o estudo de caso, sob uma abordagem qualitativa e exploratória.



Palavras-Chave: Supremo Tribunal Federal. Constituição Federal. Execução Provisória da Pena. Mutação Constitucional. PEC nº 05/2019.

SUMÁRIO

5

INTRODUÇÃO

Desde a sua promulgação, em 1988, a Constituição Federal vem norteando todo o ordenamento jurídico brasileiro, bem como o seu Estado Democrático de Direito. Como forma de garantir o cumprimento e concretização dos dispositivos deste diploma legal, incumbiu ao Constituinte Originário delegar ao Supremo Tribunal Federal (doravante, STF) o dever de salvaguardar a Lei Maior.

Assim sendo, havendo controvérsia jurídica que verse sobre entendimento ou aplicação supostamente contrária ao que se prevê na Constituição, **é possível que** tal discussão seja levada até o Supremo, a fim de que todos os entendimentos sejam pautados nos princípios e garantias que edificam a Carta Política brasileira.



Diante disso, há interpretações do Supremo que por eventualmente são questionadas quando confrontadas com as Normas a qual viabilizam a aplicação da hermenêutica constitucional, sendo justamente um desses entendimentos controversos, ora objeto deste artigo, a execução provisória da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Aprofundando-se neste aspecto, aborda-se no presente estudo o conflito da execução provisória da pena ante o texto constitucional, bem como os efeitos desta questão com uma eventual aprovação da PEC nº 05/2019, que por sua vez alteraria drasticamente a Lei suprema neste aspecto do cumprimento da pena.

Tal alteração se aplicaria ao art. 93, da Constituição Federal, incluindo no referido artigo o inciso XVI, que determinaria que a decisão condenatória proferida por órgãos colegiados deve ser executada imediatamente, independentemente do cabimento de eventuais recursos ao grau jurisdicional superior.

Nesse sentido, busca-se responder a seguinte questão de pesquisa: Haveria a possibilidade de viabilizar a execução provisória da pena, mediante Proposta de Emenda à Constituição, dirimindo, portanto, a subjetividade interpretativa inerente às mutações constitucionais realizadas pelo Supremo Tribunal Federal ?

Não obstante, urge a necessidade de discutir se o STF cumpriu o preceito constitucional de salvaguardar o disposto na Magna Carta no tocante a execução provisória da pena, bem como a repercussão jurídica diante dos entendimentos da Corte Maior a respeito do tema, posto que uma interpretação contrária ao disposto na Lei Maior, resultaria em um entendimento inconstitucional do Supremo.



2. CONSTITUIÇÃO FEDERAL: A BÚSSOLA DO PODER JUDICIÁRIO

Com o propósito de contribuição literária acadêmica, o presente artigo versa sobre a execução provisória da pena, sob o prisma da sua viabilidade constitucional, que por sua vez, ainda causa certa controvérsia no meio jurídico e acadêmico. Portanto, busca-se demonstrar os elementos do assunto em análise, a fim de contemplar as nuances, debates e aspectos do objeto desta pesquisa.

Para entender melhor a problemática trazida ao trabalho, é necessário identificar elementos, características e até mesmo conceitos de alguns pilares desta discussão, como por exemplo o Supremo Tribunal Federal, em sua competência atribuída pelo art. 102, da Carta Maior, além da garantia fundamental prevista no art. 5º inciso LVII, também da Constituição Federal, ora atrelado ao princípio da não culpabilidade. Outrossim, há de se observar também como estes elementos dialogam entre si, chegando assim a uma visão multifacetada ante a discussão aduzida.

Desta forma é possível ao menos concatenar as ideias entre os principais elementos aqui presentes, que por sua vez se escusam de serem analisados sob uma ótica una. De acordo com o [artigo 102 da Constituição \(BRASIL 1988\)](#), mais precisamente em seu caput, compete ao Supremo Tribunal Federal basilamente a guarda da Carta Política, sendo procedida de competências, originárias, ordinárias e extraordinariamente complementares.

Diante disso, compreende-se que sob a luz constitucional, seguirá esta Corte, balizando e atendo suas decisões às normas da já trigenária Carta Política, cabendo-lhe eventuais interpretações e adequações, devido à natural evolução social, bem como dos fatos jurídicos, que por sua vez criam fatos novos que venham a precisar de uma interpretação mais extensiva, restritiva, ou de qualquer outro gênero, mas sempre fiel ao disposto na Constituição.

Seguindo nesta linha da soberania constitucional, cabe o entendimento de José Gomes Canotilho, no qual aduz a existência de algumas categorias no tocante a interpretação da norma, senão vejamos:

a) o princípio da prevalência da Constituição impõe que, dentre as várias possibilidades de interpretação, só se deve escolher-se uma interpretação não contrária ao texto e programas da norma ou normas constitucionais; b) o princípio da conservação de normas afirma que uma norma não deve ser declarada inconstitucional quando, observados os fins da norma, ela pode ser interpretada em conformidade com a Constituição; c) o princípio da exclusão da interpretação conforme a Constituição, mas ?contra legem? impõe que o aplicador de uma norma não pode contrariar a letra e o sentido dessa norma através de uma interpretação conforme a Constituição, mesmo que através desta interpretação consiga uma concordância entre a norma infraconstitucional e as normas constitucionais. (CANOTILHO 2000, p. 1189)

Portanto, tem-se que a interpretação deve ser limitada aos parâmetros estabelecidos constitucionalmente.



Não obstante, seguindo este viés de entendimento ao tema, urge a Constituição Federal como protagonista do enredo, trazendo em seu bojo uma herança garantista e humanizada. Muito por conta do período de sua elaboração e a conseqüente promulgação, que se deu em um cenário pós regime ditatorial, por isso a preocupação em preservar a democracia, bem como as garantias individuais e coletivas são intrínsecas ao texto, com destaque para o art. 5º, em seu inciso LVII, ora edificado sob a égide do princípio da não culpabilidade, também herança desta natureza garantista da Carta Magna.

Ademais, a Constituição Cidadã, conforme declarou o então presidente da Assembleia Nacional Constituinte, o deputado Ulysses GUIMARÃES (1988)- isso porque pela primeira vez na história emendas de cidadãos comuns e entidades representativas foram alicerces para elaboração da Carta Política, ratificando assim a intenção de espelhar em seu texto os anseios e direitos do povo, como então demonstrado pelo Secretário Geral da Câmara dos Deputados, Mozart VIANNA (1987), na seguinte fala consagrada: "Foi um momento maravilhoso de efervescência cívica?"

Como conseqüência de toda essa democratização e enaltecimento de garantias aos cidadãos, uma das searas jurídicas mais contempladas foi a esfera penal, que passou a se valer de valorosos e necessários princípios, como por exemplo a ampla defesa, o contraditório e a presunção de inocência.

Como bem sintetiza MACHADO (2004), o sistema constitucional fez com que todos os cidadãos que fossem acusados passassem necessariamente por um processo legítimo, com possibilidade de defesa, sendo este estabelecimento de direitos ao acusado o grande marco da Carta.

Indo um pouco mais a fundo nas garantias que constituem o devido processo legal, torna-se muito importante voltar às atenções ao disposto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal (BRASIL, 1988), que traz à tona o princípio da presunção de inocência, através do seguinte texto de lei "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;".

Ora, de plano teria-se o claro entendimento que apenas poder ser considerada culpada ante o crime a si imputado, quando a sentença viesse a transitar em julgado, ou seja, já estivesse exaurida a possibilidade de interposição de recursos ao processo.

ROMANO (2013) traz em seu entendimento o fato do princípio da inocência, outrora também chamado pela doutrina por princípio da não culpabilidade, a característica da tutela à liberdade individual, ratificando o entendimento de que o acusado apenas teria sua imputação de culpa, após a condenação.

Assim também preconiza o Pacto de San José, mais precisamente em seu artigo 8º, ao estabelecer que "toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa".

Todavia, apesar deste amparo à proteção do indivíduo, é prudente ressaltar que a prisão pode sim acontecer antes da sentença penal condenatória, desde que não seja como finalidade a punibilidade do agente.

É justamente neste sentido que o Código de Processo Penal traz em seu artigo 302 e seguintes as prisões, preventiva, temporária, além da prisão em flagrante, mas como já dito, nenhuma delas possui como



finalidade a punição imediata ao agente.

Não obstante, há de se apontar também outras características deste alicerce do devido processo legal. A influência principiológica da não culpabilidade no ordenamento jurídico brasileiro se deu por muitos diplomas internacionais tidos como clássicos, além do Pacto de San José, ora já mencionado, há também inspiração na **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, bem como na Convenção Europeia de **Direitos Humanos** de 1950.

2.1 MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

A mutação constitucional surge como um mecanismo de adequação da norma à realidade social, trazendo constantes atualizações da aplicação do dispositivo legal ante as necessidades e evoluções de uma sociedade. Assim, coloca-se a mutação constitucional como uma ferramenta modificadora da Constituição.

Neste mesmo enredo, ensina Ana Cândida Ferraz ao definir mutação constitucional:

?(?) alteração, não da letra ou do texto expresso, mas do significado, do sentido e do alcance das disposições constitucionais, por meio ora da interpretação judicial, ora dos costumes, ora das leis, alterações essas que, em geral, se processam lentamente, e só se tornam claramente perceptíveis



quando se compara o entendimento atribuído às cláusulas constitucionais em momentos diferentes, cronologicamente afastados uns dos outros, ou em épocas distintas e diante de circunstâncias diversas?. (FERRAZ, 1986, p.09)

A grande questão é que a mutação constitucional é apenas uma das formas para se proceder com a alteração da Constituição. Em verdade, cabe que de acordo com a própria Carta Política, há apenas uma maneira para buscar essa reforma, ora prevista no art. 60 da CF, através da formalidade do ato modificativo, edificando-se por meio da Emenda Constitucional.

Todavia, como ensina Uadi Lammego Bulos, a solenidade prevista na Constituição nem sempre seria oportuna, levando em consideração a alta complexidade nos trâmites previstos para alteração do dispositivo Maior, logo, tem-se:

?Seria errôneo e mesmo ingênuo conceber-se uma Constituição inalterável, frente à realidade social cambiante, com exigências, necessidades e situações sempre novas, em constante evolução? (BULOS, 1997, p. 57)

Portanto, a mutação constitucional não pode ser desprezada em detrimento à Reforma.

Assim também entende Luís Roberto Barroso, senão vejamos:

(...) a mutação constitucional consiste em uma alteração do significado de determinada norma da Constituição, sem observância do mecanismo constitucionalmente previsto para as emendas e, além disso, sem que tenha havido qualquer modificação de seu texto. Esse novo sentido ou alcance do mandamento constitucional pode decorrer de uma mudança na realidade fática ou de uma nova percepção do Direito, uma releitura do que deve ser considerado ético ou justo. (BARROSO, 2011, p. 148-149)

Essa mutação constitucional se dá de uma forma não solene, ou seja, a letra da lei permanece intacta, todavia, o seu entendimento é alterado, buscando uma melhor aplicabilidade diante dos novos fatos e percepções jurídicas de uma determinada sociedade. Diferentemente do que ocorre em uma reforma constitucional.

É neste aspecto que se discute sobre o ativismo judicial. Esse ativismo do Poder Judiciário reflete-se em uma discutível proeminência da atuação judiciária, que por sua vez estaria avançando ?limites? de atuação tripartite da atribuição dos poderes do Estado, como afirma-se na doutrina de Luís Roberto Barroso:

?A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria



de políticas públicas.? (BARROSO, 2008)

Na mesma proporção em que o Judiciário possui legitimidade para modificar o entendimento constitucional, há de se ponderar até qual ponto esta modificação interpretativa não estaria contrapondo a autonomia e competência do Legislativo em reformar a Constituição mediante as Emendas e Revisões, conforme preconizado nos art. 3º, ADCT, além do art. 60º, CF/88.

Seguindo este viés, há de se pontuar o entendimento doutrinário de José Gomes CANOTILHO:

(...) uma coisa é admitirem-se alterações do âmbito ou esfera da norma que ainda se podem considerar susceptíveis de serem abrangidas pelo programa normativo (Normprogramm), e outra coisa é legitimarem-se alterações constitucionais que se traduzem na existência de uma realidade constitucional inconstitucional, ou seja, alterações manifestamente inoportáveis pelo programa da norma constitucional. (CANOTILHO, 2000, p. 254)

Portanto, há de se ponderar a aplicabilidade da mutação constitucional em determinados casos, como por exemplo o entendimento constitucional tomado pela Corte Maior ao apreciar no ano de 2016 o HC nº 126.292.

[...]cumpre ao Poder Judiciário e, sobretudo, ao Supremo Tribunal Federal, garantir que o processo - único meio de efetivação do jus puniendi estatal -, resgate essa sua inafastável função institucional. A retomada da tradicional jurisprudência, de atribuir efeito apenas devolutivo aos recursos especial e extraordinário (como, aliás, está previsto em textos normativos) é, sob esse aspecto, mecanismo legítimo de harmonizar o princípio da presunção de inocência com o da efetividade da função jurisdicional do Estado. Não se mostra arbitrária, mas inteiramente justificável, a possibilidade de o julgador determinar o imediato início do cumprimento da pena, inclusive com restrição da liberdade do condenado, após firmada a responsabilidade criminal pelas instâncias ordinárias.

(STF - HC: 126292 SP - SÃO PAULO 8620448-89.2015.1.00.0000, Relator: Min. TEORI ZAVASCKI, Data de Julgamento: 17/02/2016, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-100 17-05-2016)

Este julgado é um caso emblemático, tanto pela sua repercussão, quanto por suas controvérsias causadas no âmbito jurídico-acadêmico.

Se ainda levar em consideração que o Supremo valeu-se do poder difuso de constitucionalidade para modificar o entendimento de um dispositivo legal que versa sobre garantias e direitos fundamentais, sendo portanto, uma cláusula pétrea, conforme prevê o art. 60, § 4º, inciso IV, da Constituição Federal, agrava-se ainda mais essa situação.

É justamente nesta seara que encontra-se um dos grandes problemas do entendimento do STF ante o HC nº 126.292, afinal, indo de encontro com o art. 5º, inciso LVII, bem como do art. 283 do CPP, entendeu como possível o cumprimento da sentença penal condenatória antes do esgotamento das vias recursais no grau máximo jurisdicional.

Neste sentido, em conflito com os dispositivos legais supracitados, a Suprema Corte confronta a também a



doutrina majoritária no tocante ao tema, indo desde o ilustre Cesare BECCARIA, em sua eternizada obra Dos Delitos e das Penas, no qual esboçava a construção da presunção de inocência desde o século XVIII :

?Um homem não pode ser chamado de 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 das quais ela lhe foi outorgada?. (BECCARIA, 1997, p. 69)

A repercussão dessa decisão foi tão significativa, que provocou várias ações perante o Supremo, com destaque para a ADC nº 54, que apontava a automaticidade das prisões após a condenação no segundo grau jurisdicional. O objetivo principal da ADC, que por sua vez era fortalecida por outras duas ações declaratórias, ora de números 43 e 44, era declarar constitucional o artigo 283 do CPP, que era totalmente contrário ao então entendimento do Supremo, hoje já superado, da viabilidade do cumprimento da sentença penal antes do esgotamento dos recursos cabíveis.

Ademais, a respeito dos limites da mutação constitucional, é primoroso ressaltar que de acordo com a própria nomenclatura, a mutação modifica a Constituição, logo, trata-se de uma interpretação acerca da CF, não de correntes doutrinárias ou de meros entendimentos jurisprudenciais tidos isoladamente ante à Lei Maior.

Neste viés, desbravando os fatos e fenômenos jurídicos **sobre o tema**, surge na doutrina, o entendimento no qual havendo uma mutação que contrarie o texto Constitucional, ela abandonaria o propósito da mutação constitucional, que é justamente o intérprete dar nova forma à Norma, tornando-se assim, uma ?mutação inconstitucional?, como afirma Luís Roberto BARROSO (2010, p. 129).

Seguindo essa corrente, de forma implacável pronuncia-se o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, relacionando o posicionamento do STF diante do HC nº 126.292/SP com a doutrina antevertida por Barroso, categorizando assim o entendimento adotado pelo STF face à referida ação constitucional como uma ?mutação inconstitucional".

Não obstante, há de se observar o julgado do STF a respeito das Ações Declaratórias de Constitucionalidade de nº 43, 44 e 54, onde os requerentes buscavam mudar o então entendimento da Corte Maior, que permitia a execução da pena após decisão colegiada em segunda instância.

Tendo como objeto central das ADCs o assentamento da constitucionalidade do art. 283, do CPP, os Ministros do Supremo procederam com o reconhecimento ora requerido, retificando assim, o entendimento anterior, tomado após o julgado do HC nº 126.292/SP, já mencionado anteriormente. Vale ressaltar ainda o que se encontra disposto no referido artigo:

Art. 283. 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. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 1o As medidas cautelares previstas neste Título não se aplicam à infração a que não for isolada, cumulativa ou alternativamente cominada pena privativa de liberdade. (Incluído pela Lei nº 12.403, de



2011).

§ 2º A prisão poderá ser efetuada em qualquer dia e a qualquer hora, respeitadas as restrições relativas à inviolabilidade do domicílio. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

Outrossim, diante do reconhecimento da constitucionalidade do artigo supracitado, modificou-se, novamente, o posicionamento do STF ante o instituto da execução provisória da pena, que doravante passou aplicar sua interpretação normativa seguindo estritamente o disposto no art. 5º, LVII, CF/88, bem como o que se aduz também em norma infraconstitucional acima exposta.

2.2 CPP À LUZ DA CONSTITUIÇÃO

Aludindo o papel de cada um dos alicerces principais dessa problemática, faz-se necessário uma abordagem mais dialética entre todos esses elementos, a fim de compreender a essência da contrariedade da mutação constitucional adotada pelo STF diante da possibilidade do cumprimento da sentença penal condenatória antes do esgotamento dos recursos pertinentes.

Como já foi exposto, a Constituição Federal norteia todo o ordenamento jurídico brasileiro. Não obstante, além de regulamentar a estrutura do Estado, sendo amparado por demais diplomas e dispositivos legais, conseguinte, as decisões proferidas por determinada autoridade judiciária, necessariamente deverá ser uníssona à Carta Política, seja esta uma decisão monocrática, colegiada ou até mesmo por entendimento jurisprudencial dos Tribunais.

É justamente neste ponto que cria-se a problemática apresentada neste artigo, afinal a Constituição é



soberana e norteia as decisões judiciais. Como o princípio da presunção de inocência está previsto no já mencionado dispositivo legal, cabe à autoridade judiciária aplicá-lo de acordo com a sua previsão constitucional. Outrossim, há de se considerar que o instituto do trânsito em julgado da sentença penal condenatória é pacificado, seja doutrina ou jurisprudencialmente.

Logo, resta de maneira lúcida e inequívoca o entendimento a respeito do trânsito em julgado da sentença, ou também conhecido como coisa julgada, onde seguindo os ensinamentos de Enrico Tullio LIEBMAN (1981), a coisa julgada é uma qualidade da sentença, a qual torna imutável o comando legal deste título.

Neste mesmo aspecto, tem-se o entendimento doutrinário do jurista Gustavo Henrique BADARÓ a respeito da consequência da coisa julgada no ordenamento jurídico, que aduz o fato do trânsito em julgado da sentença penal condenatória relacionar-se com o elemento da imutabilidade da sentença ou acórdão: ?Assim, o trânsito em julgado da sentença penal condenatória ocorre no momento em que a sentença ou o acórdão torna-se imutável, surgindo a coisa julgada material? (BADARÓ, 2018).

?Não há, portanto, margem exegética para que a expressão seja interpretada, mesmo pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido de que o acusado é presumido inocente, até o julgamento condenatório em segunda instância, ainda que interposto recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal ou recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça.? (BADARÓ, 2018)

Outrossim, há de considerar-se a aplicação hermenêutica interpretativa ante a fria letra de lei, afinal, presumir-se que após mera manutenção da sentença pelos Tribunais ante decisão proferida pelo Juízo Primevo, viabilizaria o início ao cumprimento da pena, poderia representar eventual divergência constitucional, tendo em vista que se houve interposição de Recurso ante o acórdão, o mesmo poderá ser reformado, característica essa que preserva o status de inocente do acusado, conforme garante o princípio da não culpabilidade.

Elucidado o elemento interpretativo à luz constitucional, urge o Código de Processo Penal como alicerce garantidor dos Direitos Fundamentais, previstos na Constituição Federal, tendo o merecido destaque ao artigo 283, do CPP. Ao encontro do art. 5º, inciso LVII da CF, o art. 283, do CPP reforça, em seu caput, a tese do cabimento da prisão em caráter de cumprimento da pena apenas após o trânsito em julgado do título:

Art. 283. 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. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência) (Grifo nosso).

Entretanto, para entender melhor o cabimento da prisão, é necessária uma breve exposição para reforçar a diferença entre a prisão cautelar e a prisão em virtude da condenação, ora advinda pela sentença penal condenatória. Inicialmente, cabe uma breve análise sobre a prisão em flagrante, que busca precipuamente a não consumação do crime ou seu exaurimento, além de evitar a fuga do suspeito, bem como viabilizar a colheita de elementos probatórios de autoria e materialidade do delito. De forma transparente e objetiva, surge a referida prisão cautelar pacificada com o taxativo art. 302, do CPP.



Ainda neste sentido, há também a prisão preventiva, prevista no art. 311, do CPP, e seguintes, com destaque para o art. 312, do referido diploma legal, que regulamenta os cabimentos da sua decretação. Essa modalidade de prisão permite a garantia do procedimento investigatório ou do processo penal, quando presente o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* em detrimento à ordem pública ou econômica.

Por fim, há de se ressaltar o papel da prisão temporária, prevista pela Lei nº 7.960/89, que completa **os tipos de** prisões cautelares previstas no ordenamento jurídico brasileiro. Este último tipo de prisão cautelar é bem restritiva, aplicando-se apenas em crimes e situações específicas, taxadas na Lei regulamentadora.

Não obstante, diante dos ensinamentos de Guilherme de Souza Nucci, tem-se a seguinte definição para prisão:

“É a privação da liberdade, tolhendo-se **o direito de** ir e vir, através do recolhimento da pessoa humana ao cárcere. Não se distingue, nesse conceito, a prisão provisória, enquanto se aguarda o deslinde da instrução criminal, daquela que resulta de cumprimento de pena. Enquanto o Código Penal regula a prisão proveniente de condenação, estabelecendo as suas espécies, formas de cumprimento e regimes de abrigo do condenado, o Código de Processo Penal cuida da prisão cautelar e provisória, destinada unicamente a vigorar, quando necessário, até o trânsito em julgado da decisão condenatória.” (Grifo nosso). (NUCCI, 2014, p. 463)

Portanto, percebe-se a clara natureza da prisão cautelar, que por sua vez é decretada, unicamente pelo judiciário, a fim de viabilizar em plenas condições a instrução criminal, até o trânsito em julgado da decisão condenatória. Diante do exposto, não se confunde a prisão cautelar com a prisão destinada ao cumprimento da sentença penal condenatória.

Após esse breve desvendar, torna-se possível debruçar-se de forma mais asseverada sobre a fiel importância do art. 283, do já debatido dispositivo legal, em consonância ao princípio constitucional, ora positivado no art. 5º, inciso LVII:

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

Neste sentido, surgem ainda Nestor TÁVORA e Rosmar Rodrigues ALENCAR, ratificando o entendimento exposto no presente artigo:

[...] o reconhecimento da autoria de uma infração criminal pressupõe sentença condenatória transitada em julgado (art. 5º, inc. LVII, da CF). Antes deste marco, somos presumivelmente inocentes, cabendo à acusação o ônus probatório desta demonstração, além do que o cerceamento cautelar da liberdade só pode ocorrer em situações excepcionais e de estrita necessidade. (TÁVORA; ALENCAR, 2015, p. 51)

Por isso, tem-se que até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, a regra no ordenamento jurídico brasileiro é a liberdade, restando assim, o encarceramento como mero acessório excepcional, atendo-se necessariamente às delimitações previstas em lei.

Ademais, havendo o STF se posicionado de forma contrária aos dispositivos legais em evidência,



insurgiram-se os legitimados a propositura de ação de controle de constitucionalidade, outrora já suscitada neste artigo, mas carecendo de uma maior atenção nesta literatura, provocando os Supremo mediante a ADC de nº 43, bem como seus apensos de nº 44 e 54.

Analisando o julgado da supracitada ação, ocorre que, na medida em que o Plenário da Corte maior assente com a procedência da ADC, pacifica-se nova jurisprudência a respeito da execução provisória da pena, sendo doravante inadmitida, salvo casos específicos expressos em lei.

Decisão: O Tribunal, por maioria, nos termos e limites dos votos proferidos, julgou procedente a ação para assentar a constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, na redação dada pela Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011, vencidos o Ministro Edson Fachin, que julgava improcedente a ação, e os Ministros Alexandre de Moraes, Roberto Barroso, Luiz Fux e Cármen Lúcia, que a julgavam parcialmente procedente para dar interpretação conforme. Presidência do Ministro Dias Toffoli. Plenário, 07.11.2019. (Grifo nosso).

Todavia, apesar de pacificado o entendimento acerca do tema exposto, não ficou definido pela Corte Suprema a viabilidade da alteração do texto constitucional acerca da propositura de Propostas de Emendas à Constituição, fato que toma-se notoriedade e protagonismo após a PEC nº 05/2019, que objetiva justamente a positivação em texto constitucional da execução provisória da pena.

2.3 PEC N° 05/2019: PONTOS E CONTRAPONTOS

Como já explanado no artigo, o STF valendo-se da mutação constitucional, pacificou o entendimento da viabilidade da execução provisória da pena ao julgar o HC nº 126.292/SP. Não obstante, em decorrência deste entendimento, surgiram várias Ações Declaratórias de Constitucionalidade, que por sua vez



resultaram em um novo entendimento do Supremo, desta vez, contrário à execução provisória da pena, fundamentando-se no art. 283 do Código de Processo Penal.

O fato do STF ter-se valido da mutação constitucional para edificar um entendimento não é o problema da questão, mas sim o fato do entendimento modificado versar sobre cláusula pétrea. Seguindo os ensinamentos de Paulo Gustavo GONET, verifica-se que as cláusulas pétreas estão salvaguardadas de eventuais modificações, seja por via formal, através das emendas constitucionais, seja por via informal, através da mutação constitucional.

?O poder constituinte originário cria o poder de reforma e estabelece também o procedimento que este deve trilhar. Por isso mesmo, o poder constituinte derivado deve respeito aos limites que o originário lhe impuser.(?)

O poder constituinte originário pode estabelecer que certas regras são intangíveis. Terá consagrado o que se denomina de cláusula pétrea. Essas cláusulas de perpetuidade são justificadas politicamente sob o argumento de que perfazem um núcleo essencial do projeto, que o titular do poder constituinte originário intenta preservar de quaisquer mudanças institucionalizadas.? (Grifo nosso) (GONET, 2009, 4ªed) Sendo assim, intenta-se o STF, em seu derradeiro entendimento, ora rechaçando a execução provisória da pena, em manter-se fiel à Carta Política.

Portanto, como já visto, não poderia o Supremo, valer-se da mutação constitucional para dar nova interpretação ao inciso LVII, do art. 5º da CF. Todavia, o Poder Legislativo, em Proposta de Emenda Constitucional, doravante denominada de PEC, teria autonomia para viabilizar a execução provisória da pena, de uma forma que não contrariasse a Carta Magna, e tão pouco tentasse alterar uma cláusula pétrea.

Tudo isso seria possível através da aprovação da PEC nº 05/2019, outrora ainda em tramitação no Congresso Nacional. A proposta em questão, tem como objetivo a inserção de um novo inciso, ora o XVI, no artigo 93 da Constituição Federal, a fim de positivar a possibilidade da execução provisória da pena, após condenação proferida em órgão colegiado, independente da possibilidade de interposição de recursos em grau jurisdicional superior.

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

O que se mostra interessante nessa PEC é que ela busca resolver um dos maiores conflitos da execução provisória da pena, que é justamente a inalteração da cláusula pétrea, afinal, o dispositivo modificado seria o artigo 93 e não o artigo 5º, ambos da Lei Maior.

Outro aspecto de viabilidade da PEC nº 05/2019, consiste muito na consonância com o entendimento doutrinário a respeito da mutabilidade da cláusula pétrea, ora ensinado por Nathalia MASSON (2018), no qual debruça-se a respeito da locução ?tendente a abolir?, ora prevista no art. 60, § 4º, CF/88.

Ou seja, ao amparar o núcleo essencial do direito protegido como cláusula pétrea o constituinte, não garantiu uma intangibilidade absoluta ao dispositivo. Meras reformulações linguísticas, em que nada



alterem a substância daquilo preservado pela cláusula pétrea, são viáveis, assim como reformas superficiais, que não atinjam seu núcleo central.

Ademais, sendo o Congresso Nacional precipuamente composto por representantes do povo, cabe aos congressistas legitimar **a vontade do povo**. Seguindo neste raciocínio, foi aberto uma consulta pública, disponível no próprio site do Senado Federal, questionando ao cidadão o seu posicionamento a respeito da proposição da PEC nº 05/2019.

Ainda sobre a consulta pública, segundo dados disponibilizados no site do Senado Federal, iniciada em 18/11/2019 até 10/06/2021, os votos apurados sendo favoráveis à referida Proposta de Emenda Constitucional, perfazem um percentual de 91,87% (noventa e um vírgula oitenta e sete por cento), contra 8,13% (oito vírgula treze por cento) contrários à proposição da PEC, em um universo de 26.122 (vinte e seis mil cento e vinte e dois votos).

Neste sentido, surgem Eugenio Raúl ZAFFARONI e José Henrique PIERANGELI (2015), observando que de acordo com as necessidades da sociedade, há uma necessidade de adequação social das leis, bem como da conduta humana. Isso principalmente, no tocante às leis penais, que por sua vez tutelam e regulam os conflitos que envolvem o maior bem jurídico do nosso ordenamento, logo, a vida.

Portanto, mostra-se que a Lei, seja ela a Carta Constitucional ou dispositivo infraconstitucional, normatiza as relações e condutas da sociedade, devendo ser assim, consequência dos anseios e mudanças sociais, como assim sugere o aforismo *ubi societas, ibi jus*?

Posto a respeito da relativização no tocante à imutabilidade da cláusula pétrea, bem como visto sobre a necessidade da adequação legal às mudanças sociais, há de se abrir espaço para um terceiro aspecto interessante que dialoga com esses dois alicerces outrora expostos, **que é a prevalência**, mas não supremacia dos direitos e garantias fundamentais em nosso ordenamento.

Neste sentido, é prudente ressaltar que os direitos fundamentais possuem como característica a relatividade e não o absolutismo, ou seja, havendo conflito de direitos, necessariamente um se sobreporá ao outro, como ensina Cristina QUEIROZ:

“Na verdade, quando dois ou mais princípios colidem a solução do conflito está no recurso a um procedimento de ponderação. Instrumento dessa ponderação é o recurso a um conjunto de *relações de precedência* que ordenam os princípios em conflito. Essas relações de precedência não são absolutas, mas *condicionadas*. Valem unicamente sob as condições do caso particular ou de um grupo determinado de casos. Não possuem assim valor absoluto ou geral. De contrário, não poderíamos falar num processo de ponderação, mas de *sobreposição* ou *triumfo* de um princípio sobre o outro.” (QUEIROZ, 2000, p. 185)

Portanto, como exposto neste capítulo, por mais que se trate de direitos e garantias fundamentais, sendo ainda considerados cláusulas pétreas, não exerce tal princípio uma intangibilidade suprema.

Não obstante, valendo-se da possibilidade de expor pontos e contrapontos, ora oportunizada pelo



ambiente Acadêmico, urge o mestre Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, com o seguinte ensinamento:

?violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa, não só a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.? (BANDEIRA DE MELLO, 2000, p . 747 - 749)

Sendo assim, de acordo com o exposto, constrói-se, no papel de antítese, o entendimento a respeito da impossibilidade da execução provisória da pena, posto que para parte da doutrina, a PEC nº 05/2019, mesmo que não altere diretamente o art. 5º, inciso LVII, da CF. Isso porque, conforme já aduzido, a cláusula pétrea não poderia ter o seu núcleo modificado.

Logo, neste entendimento, seria inconstitucional a tentativa de positivizar a viabilidade da execução provisória da pena, mesmo que tal modificação se desse através da emenda constitucional do art. 93, da CF.

Edifica-se assim, um cenário tênue entre a modificação legal, ora tida pelo próprio Poder Judiciário (mutação constitucional), outrora pelo Poder Legislativo (Proposta de Emenda à Constituição), a fim de atender os anseios e relações sociais atuais, em face da garantia constitucional, que por sua vez tem em sua essência a imutabilidade ao tratar-se de direitos fundamentais.



3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do assentado neste artigo, pode-se afirmar a necessidade de modificação da Constituição, a fim de acompanhar as mudanças da sociedade. Entretanto, tais mudanças precisam acontecer de acordo com os ditames constitucionais, havendo assim, uma linha tênue entre estes dois aspectos.

Todavia, analisando especificamente o fato da execução provisória da pena, há de se pontuar observações pertinentes. Em plano sobressalente, há de se pontuar a atual impossibilidade da execução provisória, face a cláusula pétrea que positiva a garantia fundamental do princípio da não culpabilidade, bem como a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal, que ratifica que a prisão dar-se-á mediante o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Em contraponto, dos aspectos favoráveis à viabilidade da execução provisória, observa-se o elemento social, que representa as novas relações jurídicas e valores da sociedade, onde conforme demonstrado ao longo do presente artigo, é um dos pilares para a movimentação do Congresso para reformar a Carta Política.

Outrossim, vale reiterar que a PEC n° 05/2019, em uma derradeira tentativa de viabilizar a execução provisória da pena, busca alterar um artigo da CF que não versa sobre direito ou garantia fundamental, o que pode ser considerado como um esforço em driblar o protecionismo inerente ao núcleo da cláusula pétrea, o que por sua vez, poderia expurgar uma eventual inconstitucionalidade da Proposta.

Analisando as exposições apresentadas, apesar de não serem conclusivas devido à própria natureza do problema de pesquisa, que por sua vez não proporciona uma solução uníssona, entende-se que há de se ponderar até qual ponto se deve prevalecer a imutabilidade da cláusula pétrea em detrimento à necessidade de adequação das normas às modificações sociais que acontecem com o passar dos anos.

Indubitavelmente que as garantias e direitos fundamentais são os alicerces mais sólidos do Estado democrático de Direito, dispensando qualquer introdução histórica, que por si só seria capaz de recrudescer um artigo. Entretanto, em que pese a ponderação de direitos, é prudente não expurgar de imediato a possibilidade de adequação dos princípios diante das modificações inerentes à sociedade.?

Ademais, diante de uma temática tão complexa e delicada quanto a exposta, conforme previsão constitucional, não deveria caber à Corte Máxima do Poder Judiciário manifestar-se em tom decisivo a respeito do assunto, cabendo, portanto, ao Poder Legislativo, ora revestido de sua função legiferante, em regulamentar o tema, como assim foi tentado através da PEC objeto de estudo deste artigo.

Desta mesma maneira, que de forma assertiva o STF modificou o seu entendimento ante o julgado do HC n° 126.292/SP, onde possibilitava a execução provisória da pena, reconhecendo a constitucionalidade da afirmação de quem ninguém será preso senão em virtude de condenação criminal transitada em julgado, ressalvada exceções previstas em lei.



Neste sentido, objetivando conglomerar os posicionamentos doutrinários juntamente com os dispositivos legais apresentados, permite-se concluir que a execução provisória da pena é inconstitucional, pois confronta diretamente garantias fundamentais, bem como princípios constitucionais enraizados historicamente no ordenamento jurídico ocidental e aplicados na Constituição Pátria ao final do século passado.

Ainda a respeito da inconstitucionalidade da execução provisória, é pertinente alegar que a própria PEC n^o 05/2019, por mais que siga o rito das Emendas, ora previsto constitucionalmente, também se mostra como sendo contrária à CF. Isso porque independente da referida Proposta não alterar diretamente o texto de artigo consagrado como cláusula pétrea, o objeto da PEC fere o núcleo de um direito fundamental, ora do princípio da não culpabilidade, sacramentada no art. 5^o, inciso LVII, da Lei Maior.

Arrematando assim, acerca do tema apresentando, conclui-se que independentemente da necessidade de se ponderar as mudanças interpretativas de acordo com as evoluções do relacionamento e valores sociais, o Judiciário deve se manter fiel à Constituição, pois dela é que se deve refletir os direitos fundamentais, conquistados após séculos de luta.



4. REFERÊNCIAS

- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, promulgada em 05 de outubro de 1988. Publicada no DOU de 05.10.1998. Planalto. Sítio Oficial. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 set. 2020.
- BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 14 nov. 2020.
- BRASIL. Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7960.htm>. Acesso em: 25 abr. 2021.
- BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 17 nov. 2020.
- BRASIL. Decreto-Lei nº 3689 de 3 de outubro de 1941. Instituiu o Código de Processo Penal. Publicado no DOU de 13.10.1941. Brasília. DF. Disponível em: Acesso em: 10 set. 2019.
- UNICEF. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**,1948. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>>. Acesso em: 15 nov. 2020.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 4ª edição, pág. 1189
- GOVERNO DO BRASIL. Democrática, Constituição Federal de 1988 foi Construída pela Sociedade,2018. Disponível em: <<https://www.gov.br/pt-br/constituicao-30-anos/textos/democratica-constituicao-federal-de-1988-foi-construida-pela-sociedade>>. Acesso em: 10, nov. 2020.
- MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. Direito constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- ROMANO, Rogério Tadeu. Continência e Conexão como Formas de Modificação de Competência no Processo Penal. Disponível em: <<https://www.jfrn.jus.br/institucional/biblioteca/doutrina/Doutrina264-continencia-e-conexao-formas-processo-penal.pdf>>. Acesso em: 18 mar. 2021.
- FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Processos informais de mudança da constituição: Mutações constitucionais como manifestação da interpretação constitucional pluralista Página 16 mutações constitucionais e mutações inconstitucionais. São Paulo: Max Limonad, 1986. p. 9.
- BULOS, Uadi Lammêgo. Mutação Constitucional. São Paulo: Saraiva, 1997, p.57
- BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 3ª. ed., São Paulo: Saraiva, 2011, p. 148 - 149.
- BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. Disponível em: <http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>. Acesso em : 15 mar. 2021
- CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 4ª. ed. Coimbra: Almedina,



2000, p. 254

Supremo Tribunal Federal. Plenário. Direito Constitucional. Direito Processual Penal. Habeas Corpus nº 126.292 de São Paulo. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Impetrante: Maria Claudia de Seixas. Coator: Relator do HC nº 313.021 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília, 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4697570> > ;. Acesso em 11 set. 2019

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE.
Habeas Cosrpus, nº 126.292/São Paulo. Marcio Rodrigues Dantas. Relator: Ministro Teori Zavascki. 17 fev . 2016.

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

BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. 2a Ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 129).

LIEBMAN, Enrico Tullio. Eficácia e autoridade da sentença e outros aspectos escritos sobre a coisa julgada (com aditamentos relativos ao direito brasileiro). 2. ed. Tradução de: Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Forense: Rio de Janeiro, 1981.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró. É temerário admitir que o STF pode "criar" um novo conceito de trânsito em julgado. 6 de abril de 2018. Disponível em < <https://www.conjur.com.br/2018-abr-03/badaro-stf-nao-criar-conceito-transito-julgado> > ; Acesso em: 16 nov. 2020

NUCCI, Guilherme de Souza. Prisão e liberdade. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 463.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de direito processual penal. 10ª ed. JusPODIVM, 2015. p. 51.

CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. ADC nº 44. Disponível em < <http://s.conjur.com.br/dl/oab-stf-declare-constitucional-prisao.pdf> > ;. Acesso em 22/11/2017.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Oliveira. 4ª. ed. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2009.

MASSON, Nathalia. Manual de Direito Constitucional. 6. ed. Salvador: JusPODIVM, 2018, p. 139.
SENADO FEDERAL. Consulta Pública, Proposta de Emenda à Constituição nº 5 de 2019 (PEC 5/2019). Disponível em: < <https://www12.senado.leg.br/ecidadania/visualizacaomateria?id=135253> > ; Acesso em: 10 jun. 2021.



ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro. 11. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015, p.505

QUEIROZ, Cristina M. M. O Princípio da não reversibilidade dos Direitos Fundamentais Sociais. 2000. Op .cit., p.14.

MELLO, Celso Antonio Bandeira. Curso de Direito Administrativo, 12a edição, Malheiros, 2000, pp. 747 a 749.

A Constituição e o Supremo. Supremo Tribunal Federal, 2007. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp?item=1079>> Acesso em: 12, nov. 2020

BITENCOURT, C. R. Tratado de Direito Penal: Parte geral. 16. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LENZA, P. Direito constitucional esquematizado. 20. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016. Ebook.

MONTESQUIEU, C.D.S. O espírito das leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes. 8. Ed. São Paulo: Saraiva



=====

Arquivo 1: [ARIEL DENIZARD COUTO SILVA 03.06.docx](#) (6219 termos)

Arquivo 2: <http://portal.stf.jus.br> (749 termos)

Termos comuns: 4

Similaridade: 0,05%

O texto abaixo é o conteúdo do documento [ARIEL DENIZARD COUTO SILVA 03.06.docx](#) (6219 termos)

Os termos em vermelho foram encontrados no documento <http://portal.stf.jus.br> (749 termos)

=====

5

ARIEL DENIZARD COUTO SILVA

OS LIMITES DAS EMENDAS E MUTAÇÕES CONSTITUCIONAIS SOB O PRISMA DA EXECUÇÃO
PROVISÓRIA DA PENA A PARTIR DO JULGADO DO HC Nº 126.292/SP

SALVADOR - BA

2021

ARIEL DENIZARD COUTO SILVA

OS LIMITES DAS EMENDAS E MUTAÇÕES CONSTITUCIONAIS SOB O PRISMA DA EXECUÇÃO
PROVISÓRIA DA PENA A PARTIR DO JULGADO DO HC Nº 126.292/SP



Trabalho de conclusão de curso, apresentado com finalidade de obtenção da aprovação acadêmica no Bacharelado em Direito na Universidade Católica do Salvador - UCSAL.

Orientador: Prof. MSc. André Quadros Côrtes

SALVADOR - BA

2021

RESUMO

O trabalho apresentado busca analisar a atuação do **Supremo Tribunal Federal** sob os limites das mutações constitucionais, diante da sua interpretação acerca da execução provisória da pena, concretizada mediante o HC nº 126.292/SP, além de analisar a eventual inconstitucionalidade da PEC nº 05/2019.

A relevância do tema abordado é flagrante, posto que, trata-se de uma discussão com relevância nacional, onde recentemente tiveram muitas mudanças de interpretações a respeito da temática, perdurando até hoje árdios debates acerca do assunto. Logo, busca-se na presente literatura entender a viabilidade de uma eventual aplicação da execução provisória da pena no ordenamento jurídico brasileiro, respeitando os limites das Emendas e mutações constitucionais propiciadas pelos legisladores e intérpretes da Constituição, ora o STF, respectivamente.

Para elaboração deste trabalho foi utilizado como metodologia de pesquisa a revisão bibliográfica e o estudo de caso, sob uma abordagem qualitativa e exploratória.

Palavras-Chave: **Supremo Tribunal Federal**. Constituição Federal. Execução Provisória da Pena. Mutação Constitucional. PEC nº 05/2019.



SUMÁRIO

5

INTRODUÇÃO

Desde a sua promulgação, em 1988, a Constituição Federal vem norteando todo o ordenamento jurídico brasileiro, bem como o seu Estado Democrático de Direito. Como forma de garantir o cumprimento e concretização dos dispositivos deste diploma legal, incumbiu ao Constituinte Originário delegar ao **Supremo Tribunal Federal** (doravante, STF) o **dever de** salvaguardar a Lei Maior.

Assim sendo, havendo controvérsia jurídica que verse sobre entendimento ou aplicação supostamente contrária ao que se prevê na Constituição, é possível que tal discussão seja levada até o Supremo, a fim de que todos os entendimentos sejam pautados nos princípios e garantias que edificam a Carta Política brasileira.

Diante disso, há interpretações do Supremo que por eventualmente são questionadas quando confrontadas com as Normas a qual viabilizam a aplicação da hermenêutica constitucional, sendo justamente um desses entendimentos controversos, ora objeto deste artigo, a execução provisória da pena



antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Aprofundando-se neste aspecto, aborda-se no presente estudo o conflito da execução provisória da pena ante o texto constitucional, bem como os efeitos desta questão com uma eventual aprovação da PEC nº 05/2019, que por sua vez alteraria drasticamente a Lei suprema neste aspecto do cumprimento da pena.

Tal alteração se aplicaria ao art. 93, da Constituição Federal, incluindo no referido artigo o inciso XVI, que determinaria que a decisão condenatória proferida por órgãos colegiados deve ser executada imediatamente, independentemente do cabimento de eventuais recursos ao grau jurisdicional superior.

Nesse sentido, busca-se responder a seguinte questão de pesquisa: Haveria a possibilidade de viabilizar a execução provisória da pena, mediante Proposta de Emenda à Constituição, dirimindo, portanto, a subjetividade interpretativa inerente às mutações constitucionais realizadas pelo **Supremo Tribunal Federal** ?

Não obstante, urge a necessidade de discutir se o STF cumpriu o preceito constitucional de salvaguardar o disposto na Magna Carta no tocante a execução provisória da pena, bem como a repercussão jurídica diante dos entendimentos da Corte Maior a respeito do tema, posto que uma interpretação contrária ao disposto na Lei Maior, resultaria em um entendimento inconstitucional do Supremo.



2. CONSTITUIÇÃO FEDERAL: A BÚSSOLA DO PODER JUDICIÁRIO

Com o propósito de contribuição literária acadêmica, o presente artigo versa sobre a execução provisória da pena, sob o prisma da sua viabilidade constitucional, que por sua vez, ainda causa certa controvérsia no meio jurídico e acadêmico. Portanto, busca-se demonstrar os elementos do assunto em análise, a fim de contemplar as nuances, debates e aspectos do objeto desta pesquisa.

Para entender melhor a problemática trazida ao trabalho, é necessário identificar elementos, características e até mesmo conceitos de alguns pilares desta discussão, como por exemplo o **Supremo Tribunal Federal**, em sua competência atribuída pelo art. 102, da Carta Maior, além da garantia fundamental prevista no art. 5º inciso LVII, também da Constituição Federal, ora atrelado ao princípio da não culpabilidade. Outrossim, há de se observar também como estes elementos dialogam entre si, chegando assim a uma visão multifacetada ante a discussão aduzida.

Desta forma é possível ao menos concatenar as ideias entre os principais elementos aqui presentes, que por sua vez se escusam de serem analisados sob uma ótica una. De acordo com o artigo 102 da Constituição (BRASIL 1988), mais precisamente em seu caput, compete ao **Supremo Tribunal Federal** basilamente a guarda da Carta Política, sendo procedida de competências, originárias, ordinárias e extraordinariamente complementares.

Diante disso, compreende-se que sob a luz constitucional, seguirá esta Corte, balizando e atendo suas decisões às normas da já trigenária Carta Política, cabendo-lhe eventuais interpretações e adequações, devido à natural evolução social, bem como dos fatos jurídicos, que por sua vez criam fatos novos que venham a precisar de uma interpretação mais extensiva, restritiva, ou de qualquer outro gênero, mas sempre fiel ao disposto na Constituição.

Seguindo nesta linha da soberania constitucional, cabe o entendimento de José Gomes Canotilho, no qual aduz a existência de algumas categorias no tocante a interpretação da norma, senão vejamos:

a) o princípio da prevalência da Constituição impõe que, dentre as várias possibilidades de interpretação, só se deve escolher-se uma interpretação não contrária ao texto e programas da norma ou normas constitucionais; b) o princípio da conservação de normas afirma que uma norma não deve ser declarada inconstitucional quando, observados os fins da norma, ela pode ser interpretada em conformidade com a Constituição; c) o princípio da exclusão da interpretação conforme a Constituição, mas ?contra legem? impõe que o aplicador de uma norma não pode contrariar a letra e o sentido dessa norma através de uma interpretação conforme a Constituição, mesmo que através desta interpretação consiga uma concordância entre a norma infraconstitucional e as normas constitucionais. (CANOTILHO 2000, p. 1189)

Portanto, tem-se que a interpretação deve ser limitada aos parâmetros estabelecidos constitucionalmente.

Não obstante, seguindo este viés de entendimento ao tema, urge a Constituição Federal como protagonista do enredo, trazendo em seu bojo uma herança garantista e humanizada. Muito por conta do período de sua elaboração e a conseqüente promulgação, que se deu em um cenário pós regime ditatorial



, por isso a preocupação em preservar a democracia, bem como as garantias individuais e coletivas são intrínsecas ao texto, com destaque para o art. 5º, em seu inciso LVII, ora edificado sob a égide do princípio da não culpabilidade, também herança desta natureza garantista da Carta Magna.

Ademais, a Constituição Cidadã, conforme declarou o então presidente da Assembleia Nacional Constituinte, o deputado Ulysses GUIMARÃES (1988)- isso porque pela primeira vez na história emendas de cidadãos comuns e entidades representativas foram alicerces para elaboração da Carta Política, ratificando assim a intenção de espelhar em seu texto os anseios e direitos do povo, como então demonstrado pelo Secretário Geral da Câmara dos Deputados, Mozart VIANNA (1987), na seguinte fala consagrada: "Foi um momento maravilhoso de efervescência cívica?"

Como consequência de toda essa democratização e enaltecimento de garantias aos cidadãos, uma das searas jurídicas mais contempladas foi a esfera penal, que passou a se valer de valorosos e necessários princípios, como por exemplo a ampla defesa, o contraditório e a presunção de inocência.

Como bem sintetiza MACHADO (2004), o sistema constitucional fez com que todos os cidadãos que fossem acusados passassem necessariamente por um processo legítimo, com possibilidade de defesa, sendo este estabelecimento de direitos ao acusado o grande marco da Carta.

Indo um pouco mais a fundo nas garantias que constituem o devido processo legal, torna-se muito importante voltar às atenções ao disposto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal (BRASIL, 1988), que traz à tona o princípio da presunção de inocência, através do seguinte texto de lei "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;"?

Ora, de plano teria-se o claro entendimento que apenas poder ser considerada culpada ante o crime a si imputado, quando a sentença viesse a transitar em julgado, ou seja, já estivesse exaurida a possibilidade de interposição de recursos ao processo.

ROMANO (2013) traz em seu entendimento o fato do princípio da inocência, outrora também chamado pela doutrina por princípio da não culpabilidade, a característica da tutela à liberdade individual, ratificando o entendimento de que o acusado apenas teria sua imputação de culpa, após a condenação.

Assim também preconiza o Pacto de San José, mais precisamente em seu artigo 8º, ao estabelecer que "toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa".

Todavia, apesar deste amparo à proteção do indivíduo, é prudente ressaltar que a prisão pode sim acontecer antes da sentença penal condenatória, desde que não seja como finalidade a punibilidade do agente.

É justamente neste sentido que o Código de Processo Penal traz em seu artigo 302 e seguintes as prisões , preventiva, temporária, além da prisão em flagrante, mas como já dito, nenhuma delas possui como finalidade a punição imediata ao agente.

Não obstante, há de se apontar também outras características deste alicerce do devido processo legal. A



influência principiológica da não culpabilidade no ordenamento jurídico brasileiro se deu por muitos diplomas internacionais tidos como clássicos, além do Pacto de San José, ora já mencionado, há também inspiração na Declaração Universal dos Direitos Humanos, bem como na Convenção Europeia de Direitos Humanos de 1950.

2.1 MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

A mutação constitucional surge como um mecanismo de adequação da norma à realidade social, trazendo constantes atualizações da aplicação do dispositivo legal ante as necessidades e evoluções de uma sociedade. Assim, coloca-se a mutação constitucional como uma ferramenta modificadora da Constituição.

Neste mesmo enredo, ensina Ana Cândida Ferraz ao definir mutação constitucional:

?(?) alteração, não da letra ou do texto expresso, mas do significado, do sentido e do alcance das disposições constitucionais, por meio ora da interpretação judicial, ora dos costumes, ora das leis, alterações essas que, em geral, se processam lentamente, e só se tornam claramente perceptíveis quando se compara o entendimento atribuído às cláusulas constitucionais em momentos diferentes, cronologicamente afastados uns dos outros, ou em épocas distintas e diante de circunstâncias diversas?.
(FERRAZ, 1986, p.09)



A grande questão é que a mutação constitucional é apenas uma das formas para se proceder com a alteração da Constituição. Em verdade, cabe que de acordo com a própria Carta Política, há apenas uma maneira para buscar essa reforma, ora prevista no art. 60 da CF, através da formalidade do ato modificativo, edificando-se por meio da Emenda Constitucional.

Todavia, como ensina Uadi Lammego Bulos, a solenidade prevista na Constituição nem sempre seria oportuna, levando em consideração a alta complexidade nos trâmites previstos para alteração do dispositivo Maior, logo, tem-se:

?Seria errôneo e mesmo ingênuo conceber-se uma Constituição inalterável, frente à realidade social cambiante, com exigências, necessidades e situações sempre novas, em constante evolução? (BULOS, 1997, p. 57)

Portanto, a mutação constitucional não pode ser desprezada em detrimento à Reforma.

Assim também entende Luís Roberto Barroso, senão vejamos:

(...) a mutação constitucional consiste em uma alteração do significado de determinada norma da Constituição, sem observância do mecanismo constitucionalmente previsto para as emendas e, além disso, sem que tenha havido qualquer modificação de seu texto. Esse novo sentido ou alcance do mandamento constitucional pode decorrer de uma mudança na realidade fática ou de uma nova percepção do Direito, uma releitura do que deve ser considerado ético ou justo. (BARROSO, 2011, p. 148-149)

Essa mutação constitucional se dá de uma forma não solene, ou seja, a letra da lei permanece intacta, todavia, o seu entendimento é alterado, buscando uma melhor aplicabilidade diante dos novos fatos e percepções jurídicas de uma determinada sociedade. Diferentemente do que ocorre em uma reforma constitucional.

É neste aspecto que se discute sobre o ativismo judicial. Esse ativismo do Poder Judiciário reflete-se em uma discutível proeminência da atuação judiciária, que por sua vez estaria avançando ?limites? de atuação tripartite da atribuição dos poderes do Estado, como afirma-se na doutrina de Luís Roberto Barroso:

?A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.? (BARROSO, 2008)

Na mesma proporção em que o Judiciário possui legitimidade para modificar o entendimento constitucional, há de se ponderar até qual ponto esta modificação interpretativa não estaria contrapondo a autonomia e



competência do Legislativo em reformar a Constituição mediante as Emendas e Revisões, conforme preconizado nos art. 3º, ADCT, além do art. 60º, CF/88.

Seguindo este viés, há de se pontuar o entendimento doutrinário de José Gomes CANOTILHO:

(...) uma coisa é admitirem-se alterações do âmbito ou esfera da norma que ainda se podem considerar susceptíveis de serem abrangidas pelo programa normativo (Normprogramm), e outra coisa é legitimarem-se alterações constitucionais que se traduzem na existência de uma realidade constitucional inconstitucional, ou seja, alterações manifestamente inoportáveis pelo programa da norma constitucional. (CANOTILHO, 2000, p. 254)

Portanto, há de se ponderar a aplicabilidade da mutação constitucional em determinados casos, como por exemplo o entendimento constitucional tomado pela Corte Maior ao apreciar no ano de 2016 o HC nº 126.292.

[...]cumpre ao Poder Judiciário e, sobretudo, ao **Supremo Tribunal Federal**, garantir que o processo - único meio de efetivação do jus puniendi estatal -, resgate essa sua inafastável função institucional. A retomada da tradicional jurisprudência, de atribuir efeito apenas devolutivo aos recursos especial e extraordinário (como, aliás, está previsto em textos normativos) é, sob esse aspecto, mecanismo legítimo de harmonizar o princípio da presunção de inocência com o da efetividade da função jurisdicional do Estado. Não se mostra arbitrária, mas inteiramente justificável, a possibilidade de o julgador determinar o imediato início do cumprimento da pena, inclusive com restrição da liberdade do condenado, após firmada a responsabilidade criminal pelas instâncias ordinárias.

(STF - HC: 126292 SP - SÃO PAULO 8620448-89.2015.1.00.0000, Relator: Min. TEORI ZAVASCKI, Data de Julgamento: 17/02/2016, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-100 17-05-2016)

Este julgado é um caso emblemático, tanto pela sua repercussão, quanto por suas controvérsias causadas no âmbito jurídico-acadêmico.

Se ainda levar em consideração que o Supremo valeu-se do poder difuso de constitucionalidade para modificar o entendimento de um dispositivo legal que versa sobre garantias e direitos fundamentais, sendo portanto, uma cláusula pétrea, conforme prevê o art. 60, § 4º, inciso IV, da Constituição Federal, agrava-se ainda mais essa situação.

É justamente nesta seara que encontra-se um dos grandes problemas do entendimento do STF ante o HC nº 126.292, afinal, indo de encontro com o art. 5º, inciso LVII, bem como do art. 283 do CPP, entendeu como possível o cumprimento da sentença penal condenatória antes do esgotamento das vias recursais no grau máximo jurisdicional.

Neste sentido, em conflito com os dispositivos legais supracitados, a Suprema Corte confronta a também a doutrina majoritária no tocante ao tema, indo desde o ilustre Cesare BECCARIA, em sua eternizada obra *Dos Delitos e das Penas*, no qual esboçava a construção da presunção de inocência desde o século XVIII :



?Um homem não pode ser chamado de 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 das quais ela lhe foi outorgada?. (BECCARIA, 1997, p. 69)

A repercussão dessa decisão foi tão significativa, que provocou várias ações perante o Supremo, com destaque para a ADC nº 54, que apontava a automaticidade das prisões após a condenação no segundo grau jurisdicional. O objetivo principal da ADC, que por sua vez era fortalecida por outras duas ações declaratórias, ora de números 43 e 44, era declarar constitucional o artigo 283 do CPP, que era totalmente contrário ao então entendimento do Supremo, hoje já superado, da viabilidade do cumprimento da sentença penal antes do esgotamento dos recursos cabíveis.

Ademais, a respeito dos limites da mutação constitucional, é primoroso ressaltar que de acordo com a própria nomenclatura, a mutação modifica a Constituição, logo, trata-se de uma interpretação acerca da CF, não de correntes doutrinárias ou de meros entendimentos jurisprudenciais tidos isoladamente ante à Lei Maior.

Neste viés, desbravando os fatos e fenômenos jurídicos sobre o tema, surge na doutrina, o entendimento no qual havendo uma mutação que contrarie o texto Constitucional, ela abandonaria o propósito da mutação constitucional, que é justamente o intérprete dar nova forma à Norma, tornando-se assim, uma ?mutação inconstitucional?, como afirma Luís Roberto BARROSO (2010, p. 129).

Seguindo essa corrente, de forma implacável pronuncia-se o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, relacionando o posicionamento do STF diante do HC nº 126.292/SP com a doutrina antevertida por Barroso, categorizando assim o entendimento adotado pelo STF face à referida ação constitucional como uma ?mutação inconstitucional".

Não obstante, há de se observar o julgado do STF a respeito das Ações Declaratórias de Constitucionalidade de nº 43, 44 e 54, onde os requerentes buscavam mudar o então entendimento da Corte Maior, que permitia a **execução da pena** após decisão colegiada em segunda instância.

Tendo como objeto central das ADCs o assentamento da constitucionalidade do art. 283, do CPP, os Ministros do Supremo procederam com o reconhecimento ora requerido, retificando assim, o entendimento anterior, tomado após o julgado do HC nº 126.292/SP, já mencionado anteriormente. Vale ressaltar ainda o que se encontra disposto no referido artigo:

Art. 283. 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. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 1º As medidas cautelares previstas neste Título não se aplicam à infração a que não for isolada, cumulativa ou alternativamente cominada pena privativa de liberdade. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 2º A prisão poderá ser efetuada em qualquer dia e a qualquer hora, respeitadas as restrições relativas à inviolabilidade do domicílio. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).



Outrossim, diante do reconhecimento da constitucionalidade do artigo supracitado, modificou-se, novamente, o posicionamento do STF ante o instituto da execução provisória da pena, que doravante passou aplicar sua interpretação normativa seguindo estritamente o disposto no art. 5º, LVII, CF/88, bem como o que se aduz também em norma infraconstitucional acima exposta.

2.2 CPP À LUZ DA CONSTITUIÇÃO

Aludindo o papel de cada um dos alicerces principais dessa problemática, faz-se necessário uma abordagem mais dialética entre todos esses elementos, a fim de compreender a essência da contrariedade da mutação constitucional adotada pelo STF diante da possibilidade do cumprimento da sentença penal condenatória antes do esgotamento dos recursos pertinentes.

Como já foi exposto, a Constituição Federal norteia todo o ordenamento jurídico brasileiro. Não obstante, além de regulamentar a estrutura do Estado, sendo amparado por demais diplomas e dispositivos legais, conseguinte, as decisões proferidas por determinada autoridade judiciária, necessariamente deverá ser uníssona à Carta Política, seja esta uma decisão monocrática, colegiada ou até mesmo por entendimento jurisprudencial dos Tribunais.

É justamente neste ponto que cria-se a problemática apresentada neste artigo, afinal a Constituição é soberana e norteia as decisões judiciais. Como o princípio da presunção de inocência está previsto no já mencionado dispositivo legal, cabe à autoridade judiciária aplicá-lo de acordo com a sua previsão constitucional. Outrossim, há de se considerar que o instituto do trânsito em julgado da sentença penal



condenatória é pacificado, seja doutrina ou jurisprudencialmente.

Logo, resta de maneira lúcida e inequívoca o entendimento a respeito do trânsito em julgado da sentença, ou também conhecido como coisa julgada, onde seguindo os ensinamentos de Enrico Tullio LIEBMAN (1981), a coisa julgada é uma qualidade da sentença, a qual torna imutável o comando legal deste título.

Neste mesmo aspecto, tem-se o entendimento doutrinário do jurista Gustavo Henrique BADARÓ a respeito da consequência da coisa julgada no ordenamento jurídico, que aduz o fato do trânsito em julgado da sentença penal condenatória relacionar-se com o elemento da imutabilidade da sentença ou acórdão: ?Assim, o trânsito em julgado da sentença penal condenatória ocorre no momento em que a sentença ou o acórdão torna-se imutável, surgindo a coisa julgada material? (BADARÓ, 2018).

?Não há, portanto, margem exegética para que a expressão seja interpretada, mesmo pelo **Supremo Tribunal Federal**, no sentido de que o acusado é presumido inocente, até o julgamento condenatório em segunda instância, ainda que interposto recurso extraordinário para o **Supremo Tribunal Federal** ou recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça.? (BADARÓ, 2018)

Outrossim, há de considerar-se a aplicação hermenêutica interpretativa ante a fria letra de lei, afinal, presumir-se que após mera manutenção da sentença pelos Tribunais ante decisão proferida pelo Juízo Primevo, viabilizaria o início ao cumprimento da pena, poderia representar eventual divergência constitucional, tendo em vista que se houve interposição de Recurso ante o acórdão, o mesmo poderá ser reformado, característica essa que preserva o status de inocente do acusado, conforme garante o princípio da não culpabilidade.

Elucidado o elemento interpretativo à luz constitucional, urge o Código de Processo Penal como alicerce garantidor dos Direitos Fundamentais, previstos na Constituição Federal, tendo o merecido destaque ao artigo 283, do CPP. Ao encontro do art. 5º, inciso LVII da CF, o art. 283, do CPP reforça, em seu caput, a tese do cabimento da prisão em caráter de cumprimento da pena apenas após o trânsito em julgado do título:

Art. 283. 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. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência) (Grifo nosso).

Entretanto, para entender melhor o cabimento da prisão, é necessária uma breve exposição para reforçar a diferença entre a prisão cautelar e a prisão em virtude da condenação, ora advinda pela sentença penal condenatória. Inicialmente, cabe uma breve análise sobre a prisão em flagrante, que busca precipuamente a não consumação do crime ou seu exaurimento, além de evitar a fuga do suspeito, bem como viabilizar a colheita de elementos probatórios de autoria e materialidade do delito. De forma transparente e objetiva, surge a referida prisão cautelar pacificada com o taxativo art. 302, do CPP.

Ainda neste sentido, há também a prisão preventiva, prevista no art. 311, do CPP, e seguintes, com destaque para o art. 312, do referido diploma legal, que regulamenta os cabimentos da sua decretação. Essa modalidade de prisão permite a garantia do procedimento investigatório ou do processo penal,



quando presente o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* em detrimento à ordem pública ou econômica.

Por fim, há de se ressaltar o papel da prisão temporária, prevista pela Lei nº 7.960/89, que completa os tipos de prisões cautelares previstas no ordenamento jurídico brasileiro. Este último tipo de prisão cautelar é bem restritiva, aplicando-se apenas em crimes e situações específicas, taxadas na Lei regulamentadora.

Não obstante, diante dos ensinamentos de Guilherme de Souza Nucci, tem-se a seguinte definição para prisão:

“É a privação da liberdade, tolhendo-se o direito de ir e vir, através do recolhimento da pessoa humana ao cárcere. Não se distingue, nesse conceito, a prisão provisória, enquanto se aguarda o deslinde da instrução criminal, daquela que resulta de cumprimento de pena. Enquanto o Código Penal regula a prisão proveniente de condenação, estabelecendo as suas espécies, formas de cumprimento e regimes de abrigo do condenado, o Código de Processo Penal cuida da prisão cautelar e provisória, destinada unicamente a vigorar, quando necessário, até o trânsito em julgado da decisão condenatória.” (Grifo nosso). (NUCCI, 2014, p. 463)

Portanto, percebe-se a clara natureza da prisão cautelar, que por sua vez é decretada, unicamente pelo judiciário, a fim de viabilizar em plenas condições a instrução criminal, até o trânsito em julgado da decisão condenatória. Diante do exposto, não se confunde a prisão cautelar com a prisão destinada ao cumprimento da sentença penal condenatória.

Após esse breve desvendar, torna-se possível debruçar-se de forma mais asseverada sobre a fiel importância do art. 283, do já debatido dispositivo legal, em consonância ao princípio constitucional, ora positivado no art. 5º, inciso LVII:

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

Neste sentido, surgem ainda Nestor TÁVORA e Rosmar Rodrigues ALENCAR, ratificando o entendimento exposto no presente artigo:

[...] o reconhecimento da autoria de uma infração criminal pressupõe sentença condenatória transitada em julgado (art. 5º, inc. LVII, da CF). Antes deste marco, somos presumivelmente inocentes, cabendo à acusação o ônus probatório desta demonstração, além do que o cerceamento cautelar da liberdade só pode ocorrer em situações excepcionais e de estrita necessidade. (TÁVORA; ALENCAR, 2015, p. 51)

Por isso, tem-se que até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, a regra no ordenamento jurídico brasileiro é a liberdade, restando assim, o encarceramento como mero acessório excepcional, atendo-se necessariamente às delimitações previstas em lei.

Ademais, havendo o STF se posicionado de forma contrária aos dispositivos legais em evidência, insurgiram-se os legitimados a propositura de ação de controle de constitucionalidade, outrora já suscitada neste artigo, mas carecendo de uma maior atenção nesta literatura, provocando os Supremo mediante a ADC de nº 43, bem como seus apensos de nº 44 e 54.



Analisando o julgado da supracitada ação, ocorre que, na medida em que o Plenário da Corte maior assente com a procedência da ADC, pacifica-se nova jurisprudência a respeito da execução provisória da pena, sendo doravante inadmitida, salvo casos específicos expressos em lei.

Decisão: O Tribunal, por maioria, nos termos e limites dos votos proferidos, julgou procedente a ação para assentar a constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, na redação dada pela Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011, vencidos o Ministro Edson Fachin, que julgava improcedente a ação, e os Ministros **Alexandre de Moraes**, Roberto Barroso, Luiz Fux e Cármen Lúcia, que a julgavam parcialmente procedente para dar interpretação conforme. Presidência do Ministro Dias Toffoli. Plenário, 07.11.2019. (Grifo nosso).

Todavia, apesar de pacificado o entendimento acerca do tema exposto, não ficou definido pela Corte Suprema a viabilidade da alteração do texto constitucional acerca da propositura de Propostas de Emendas à Constituição, fato que toma-se notoriedade e protagonismo após a PEC nº 05/2019, que objetiva justamente a positivação em texto constitucional da execução provisória da pena.

2.3 PEC Nº 05/2019: PONTOS E CONTRAPONTOS

Como já explanado no artigo, o STF valendo-se da mutação constitucional, pacificou o entendimento da viabilidade da execução provisória da pena ao julgar o HC nº 126.292/SP. Não obstante, em decorrência deste entendimento, surgiram várias Ações Declaratórias de Constitucionalidade, que por sua vez resultaram em um novo entendimento do Supremo, desta vez, contrário à execução provisória da pena, fundamentando-se no art. 283 do Código de Processo Penal.



O fato do STF ter-se valido da mutação constitucional para edificar um entendimento não é o problema da questão, mas sim o fato do entendimento modificado versar sobre cláusula pétrea. Seguindo os ensinamentos de Paulo Gustavo GONET, verifica-se que as cláusulas pétreas estão salvaguardadas de eventuais modificações, seja por via formal, através das emendas constitucionais, seja por via informal, através da mutação constitucional.

?O poder constituinte originário cria o poder de reforma e estabelece também o procedimento que este deve trilhar. Por isso mesmo, o poder constituinte derivado deve respeito aos limites que o originário lhe impuser.(?)

O poder constituinte originário pode estabelecer que certas regras são intangíveis. Terá consagrado o que se denomina de cláusula pétrea. Essas cláusulas de perpetuidade são justificadas politicamente sob o argumento de que perfazem um núcleo essencial do projeto, que o titular do poder constituinte originário intenta preservar de quaisquer mudanças institucionalizadas.? (Grifo nosso) (GONET, 2009, 4ªed) Sendo assim, intenta-se o STF, em seu derradeiro entendimento, ora rechaçando a execução provisória da pena, em manter-se fiel à Carta Política.

Portanto, como já visto, não poderia o Supremo, valer-se da mutação constitucional para dar nova interpretação ao inciso LVII, do art. 5º da CF. Todavia, o Poder Legislativo, em Proposta de Emenda Constitucional, doravante denominada de PEC, teria autonomia para viabilizar a execução provisória da pena, de uma forma que não contrariasse a Carta Magna, e tão pouco tentasse alterar uma cláusula pétrea.

Tudo isso seria possível através da aprovação da PEC nº 05/2019, outrora ainda em tramitação no Congresso Nacional. A proposta em questão, tem como objetivo a inserção de um novo inciso, ora o XVI, no artigo 93 da Constituição Federal, a fim de positivar a possibilidade da execução provisória da pena, após condenação proferida em órgão colegiado, independente da possibilidade de interposição de recursos em grau jurisdicional superior.

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do **Supremo Tribunal Federal**, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

O que se mostra interessante nessa PEC é que ela busca resolver um dos maiores conflitos da execução provisória da pena, que é justamente a inalteração da cláusula pétrea, afinal, o dispositivo modificado seria o artigo 93 e não o artigo 5º, ambos da Lei Maior.

Outro aspecto de viabilidade da PEC nº 05/2019, consiste muito na consonância com o entendimento doutrinário a respeito da mutabilidade da cláusula pétrea, ora ensinado por Nathalia MASSON (2018), no qual debruça-se a respeito da locução ?tendente a abolir?, ora prevista no art. 60, § 4º, CF/88.

Ou seja, ao amparar o núcleo essencial do direito protegido como cláusula pétrea o constituinte, não garantiu uma intangibilidade absoluta ao dispositivo. Meras reformulações linguísticas, em que nada alterem a substância daquilo preservado pela cláusula pétrea, são viáveis, assim como reformas superficiais, que não atinjam seu núcleo central.



Ademais, sendo o Congresso Nacional precipuamente composto por representantes do povo, cabe aos congressistas legitimar a vontade do povo. Seguindo neste raciocínio, foi aberto uma consulta pública, disponível no próprio site do Senado Federal, questionando ao cidadão o seu posicionamento a respeito da proposição da PEC nº 05/2019.

Ainda sobre a consulta pública, segundo dados disponibilizados no site do Senado Federal, iniciada em 18/11/2019 até 10/06/2021, os votos apurados sendo favoráveis à referida Proposta de Emenda Constitucional, perfazem um percentual de 91,87% (noventa e um vírgula oitenta e sete por cento), contra 8,13% (oito vírgula treze por cento) contrários à proposição da PEC, em um universo de 26.122 (vinte e seis mil cento e vinte e dois votos).

Neste sentido, surgem Eugenio Raúl ZAFFARONI e José Henrique PIERANGELI (2015), observando que de acordo com as necessidades da sociedade, há uma necessidade de adequação social das leis, bem como da conduta humana. Isso principalmente, no tocante às leis penais, que por sua vez tutelam e regulam os conflitos que envolvem o maior bem jurídico do nosso ordenamento, logo, a vida.

Portanto, mostra-se que a Lei, seja ela a Carta Constitucional ou dispositivo infraconstitucional, normatiza as relações e condutas da sociedade, devendo ser assim, consequência dos anseios e mudanças sociais, como assim sugere o aforismo *ubi societas, ibi jus*?

Posto a respeito da relativização no tocante à imutabilidade da cláusula pétrea, bem como visto sobre a necessidade da adequação legal às mudanças sociais, há de se abrir espaço para um terceiro aspecto interessante que dialoga com esses dois alicerces outrora expostos, que é a prevalência, mas não supremacia dos direitos e garantias fundamentais em nosso ordenamento.

Neste sentido, é prudente ressaltar que os direitos fundamentais possuem como característica a relatividade e não o absolutismo, ou seja, havendo conflito de direitos, necessariamente um se sobreporá ao outro, como ensina Cristina QUEIROZ:

“Na verdade, quando dois ou mais princípios colidem a solução do conflito está no recurso a um procedimento de ponderação. Instrumento dessa ponderação é o recurso a um conjunto de relações de precedência que ordenam os princípios em conflito. Essas relações de precedência não são absolutas, mas condicionadas. Valem unicamente sob as condições do caso particular ou de um grupo determinado de casos. Não possuem assim valor absoluto ou geral. De contrário, não poderíamos falar num processo de ponderação, mas de sobreposição ou triunfo de um princípio sobre o outro.” (QUEIROZ, 2000, p. 185)

Portanto, como exposto neste capítulo, por mais que se trate de direitos e garantias fundamentais, sendo ainda considerados cláusulas pétreas, não exerce tal princípio uma intangibilidade suprema.

Não obstante, valendo-se da possibilidade de expor pontos e contrapontos, ora oportunizada pelo ambiente Acadêmico, urge o mestre Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, com o seguinte ensinamento:

“violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio



implica ofensa, não só a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.? (BANDEIRA DE MELLO, 2000, p . 747 - 749)

Sendo assim, de acordo com o exposto, constrói-se, no papel de antítese, o entendimento a respeito da impossibilidade da execução provisória da pena, posto que para parte da doutrina, a PEC nº 05/2019, mesmo que não altere diretamente o art. 5º, inciso LVII, da CF. Isso porque, conforme já aduzido, a cláusula pétrea não poderia ter o seu núcleo modificado.

Logo, neste entendimento, seria inconstitucional a tentativa de positivizar a viabilidade da execução provisória da pena, mesmo que tal modificação se desse através da emenda constitucional do art. 93, da CF.

Edifica-se assim, um cenário tênue entre a modificação legal, ora tida pelo próprio Poder Judiciário (mutação constitucional), outrora pelo Poder Legislativo (Proposta de Emenda à Constituição), a fim de atender os anseios e relações sociais atuais, em face da garantia constitucional, que por sua vez tem em sua essência a imutabilidade ao tratar-se de direitos fundamentais.



3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do assentado neste artigo, pode-se afirmar a necessidade de modificação da Constituição, a fim de acompanhar as mudanças da sociedade. Entretanto, tais mudanças precisam acontecer de acordo com os ditames constitucionais, havendo assim, uma linha tênue entre estes dois aspectos.

Todavia, analisando especificamente o fato da execução provisória da pena, há de se pontuar observações pertinentes. Em plano sobressalente, há de se pontuar a atual impossibilidade da execução provisória, face a cláusula pétrea que positiva a garantia fundamental do princípio da não culpabilidade, bem como a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal, que ratifica que a prisão dar-se-á mediante o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Em contraponto, dos aspectos favoráveis à viabilidade da execução provisória, observa-se o elemento social, que representa as novas relações jurídicas e valores da sociedade, onde conforme demonstrado ao longo do presente artigo, é um dos pilares para a movimentação do Congresso para reformar a Carta Política.

Outrossim, vale reiterar que a PEC n° 05/2019, em uma derradeira tentativa de viabilizar a execução provisória da pena, busca alterar um artigo da CF que não versa sobre direito ou garantia fundamental, o que pode ser considerado como um esforço em driblar o protecionismo inerente ao núcleo da cláusula pétrea, o que por sua vez, poderia expurgar uma eventual inconstitucionalidade da Proposta.

Analisando as exposições apresentadas, apesar de não serem conclusivas devido à própria natureza do problema de pesquisa, que por sua vez não proporciona uma solução uníssona, entende-se que há de se ponderar até qual ponto se deve prevalecer a imutabilidade da cláusula pétrea em detrimento à necessidade de adequação das normas às modificações sociais que acontecem com o passar dos anos.

Indubitavelmente que as garantias e direitos fundamentais são os alicerces mais sólidos do Estado democrático de Direito, dispensando qualquer introdução histórica, que por si só seria capaz de recrudescer um artigo. Entretanto, em que pese a ponderação de direitos, é prudente não expurgar de imediato a possibilidade de adequação dos princípios diante das modificações inerentes à sociedade.?

Ademais, diante de uma temática tão complexa e delicada quanto a exposta, conforme previsão constitucional, não deveria caber à Corte Máxima do Poder Judiciário manifestar-se em tom decisivo a respeito do assunto, cabendo, portanto, ao Poder Legislativo, ora revestido de sua função legiferante, em regulamentar o tema, como assim foi tentado através da PEC objeto de estudo deste artigo.

Desta mesma maneira, que de forma assertiva o STF modificou o seu entendimento ante o julgado do HC n° 126.292/SP, onde possibilitava a execução provisória da pena, reconhecendo a constitucionalidade da afirmação de quem ninguém será preso senão em virtude de condenação criminal transitada em julgado, ressalvada exceções previstas em lei.

Neste sentido, objetivando conglomerar os posicionamentos doutrinários juntamente com os dispositivos legais apresentados, permite-se concluir que a execução provisória da pena é inconstitucional, pois



confronta diretamente garantias fundamentais, bem como princípios constitucionais enraizados historicamente no ordenamento jurídico ocidental e aplicados na Constituição Pátria ao final do século passado.

Ainda a respeito da inconstitucionalidade da execução provisória, é pertinente alegar que a própria PEC n^o 05/2019, por mais que siga o rito das Emendas, ora previsto constitucionalmente, também se mostra como sendo contrária à CF. Isso porque independente da referida Proposta não alterar diretamente o texto de artigo consagrado como cláusula pétrea, o objeto da PEC fere o núcleo de um direito fundamental, ora do princípio da não culpabilidade, sacramentada no art. 5^o, inciso LVII, da Lei Maior.

Arrematando assim, acerca do tema apresentando, conclui-se que independentemente da necessidade de se ponderar as mudanças interpretativas de acordo com as evoluções do relacionamento e valores sociais, o Judiciário deve se manter fiel à Constituição, pois dela é que se deve refletir os direitos fundamentais, conquistados após séculos de luta.



4. REFERÊNCIAS

- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, promulgada em 05 de outubro de 1988. Publicada no DOU de 05.10.1998. Planalto. Sítio Oficial. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 set. 2020.
- BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 14 nov. 2020.
- BRASIL. Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7960.htm>. Acesso em: 25 abr. 2021.
- BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 17 nov. 2020.
- BRASIL. Decreto-Lei nº 3689 de 3 de outubro de 1941. Instituiu o Código de Processo Penal. Publicado no DOU de 13.10.1941. Brasília. DF. Disponível em: Acesso em: 10 set. 2019.
- UNICEF. Declaração Universal dos Direitos Humanos,1948. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>>. Acesso em: 15 nov. 2020.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 4ª edição, pág. 1189
- GOVERNO DO BRASIL. Democrática, Constituição Federal de 1988 foi Construída pela Sociedade,2018. Disponível em: <<https://www.gov.br/pt-br/constituicao-30-anos/textos/democratica-constituicao-federal-de-1988-foi-construida-pela-sociedade>>. Acesso em: 10, nov. 2020.
- MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. Direito constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- ROMANO, Rogério Tadeu. Continência e Conexão como Formas de Modificação de Competência no Processo Penal. Disponível em: <<https://www.jfrn.jus.br/institucional/biblioteca/doutrina/Doutrina264-continencia-e-conexao-formas-processo-penal.pdf>>. Acesso em: 18 mar. 2021.
- FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Processos informais de mudança da constituição: Mutações constitucionais como manifestação da interpretação constitucional pluralista Página 16 mutações constitucionais e mutações inconstitucionais. São Paulo: Max Limonad, 1986. p. 9.
- BULOS, Uadi Lammêgo. Mutação Constitucional. São Paulo: Saraiva, 1997, p.57
- BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 3ª. ed., São Paulo: Saraiva, 2011, p. 148 - 149.
- BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. Disponível em: <http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>. Acesso em : 15 mar. 2021
- CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 4ª. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 254
- Supremo Tribunal Federal.** Plenário. Direito Constitucional. Direito Processual Penal. Habeas Corpus nº



126.292 de São Paulo. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Impetrante: Maria Claudia de Seixas. Coator: Relator do HC nº 313.021 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília, 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4697570>> ;. Acesso em 11 set. 2019

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE.

Habeas Cosrpus, nº 126.292/São Paulo. Marcio Rodrigues Dantas. Relator: Ministro Teori Zavascki. 17 fev . 2016.

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

BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. 2a Ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 129).

LIEBMAN, Enrico Tullio. Eficácia e autoridade da sentença e outros aspectos escritos sobre a coisa julgada (com aditamentos relativos ao direito brasileiro). 2. ed. Tradução de: Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Forense: Rio de Janeiro, 1981.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró. É temerário admitir que o STF pode "criar" um novo conceito de trânsito em julgado. 6 de abril de 2018. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2018-abr-03/badaro-stf-nao-criar-conceito-transito-julgado>>; Acesso em: 16 nov. 2020

NUCCI, Guilherme de Souza. Prisão e liberdade. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 463.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de direito processual penal. 10ª ed. JusPODIVM, 2015. p. 51.

CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. ADC nº 44. Disponível em <<http://s.conjur.com.br/dl/oab-stf-declare-constitucional-prisao.pdf>>; Acesso em 22/11/2017.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Oliveira. 4ª. ed. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2009.

MASSON, Nathalia. Manual de Direito Constitucional. 6. ed. Salvador: JusPODIVM, 2018, p. 139. SENADO FEDERAL. Consulta Pública, Proposta de Emenda à Constituição nº 5 de 2019 (PEC 5/2019). Disponível em: < <https://www12.senado.leg.br/ecidadania/visualizacaomateria?id=135253>>; Acesso em: 10 jun. 2021.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro. 11. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015, p.505



QUEIROZ, Cristina M. M. O Princípio da não reversibilidade dos Direitos Fundamentais Sociais. 2000. Op .cit., p.14.

MELLO, Celso Antonio Bandeira. Curso de Direito Administrativo, 12a edição, Malheiros, 2000, pp. 747 a 749.

A Constituição e o Supremo. **Supremo Tribunal Federal**, 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp?item=1079>> Acesso em: 12, nov. 2020

BITENCOURT, C. R. Tratado de Direito Penal: Parte geral. 16. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LENZA, P. Direito constitucional esquematizado. 20. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016. Ebook.

MONTESQUIEU, C.D.S. O espírito das leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes. 8. Ed. São Paulo: Saraiva



=====

Arquivo 1: [ARIEL DENIZARD COUTO SILVA 03.06.docx](#) (6219 termos)

Arquivo 2: <https://www.gov.br/planalto/pt-br> (933 termos)

Termos comuns: 3

Similaridade: 0,04%

O texto abaixo é o conteúdo do documento [ARIEL DENIZARD COUTO SILVA 03.06.docx](#) (6219 termos)

Os termos em vermelho foram encontrados no documento <https://www.gov.br/planalto/pt-br> (933 termos)

=====

5

ARIEL DENIZARD COUTO SILVA

OS LIMITES DAS EMENDAS E MUTAÇÕES CONSTITUCIONAIS SOB O PRISMA DA EXECUÇÃO
PROVISÓRIA DA PENA A PARTIR DO JULGADO DO HC Nº 126.292/SP

SALVADOR - BA

2021

ARIEL DENIZARD COUTO SILVA

OS LIMITES DAS EMENDAS E MUTAÇÕES CONSTITUCIONAIS SOB O PRISMA DA EXECUÇÃO



PROVISÓRIA DA PENA A PARTIR DO JULGADO DO HC Nº 126.292/SP

Trabalho de conclusão de curso, apresentado com finalidade de obtenção da aprovação acadêmica no Bacharelado em Direito na Universidade Católica do Salvador - UCSAL.

Orientador: Prof. MSc. André Quadros Côrtes

SALVADOR - BA
2021

RESUMO

O trabalho apresentado busca analisar a atuação do Supremo Tribunal Federal sob os limites das mutações constitucionais, diante da sua interpretação acerca da execução provisória da pena, concretizada mediante o HC nº 126.292/SP, além de analisar a eventual inconstitucionalidade da PEC nº 05/2019.

A relevância do tema abordado é flagrante, posto que, trata-se de uma discussão com relevância nacional, onde recentemente tiveram muitas mudanças de interpretações a respeito da temática, perdurando até hoje árduos debates acerca do assunto. Logo, busca-se na presente literatura entender a viabilidade de uma eventual aplicação da execução provisória da pena no ordenamento jurídico brasileiro, respeitando os limites das Emendas e mutações constitucionais propiciadas pelos legisladores e intérpretes da Constituição, ora o STF, respectivamente.

Para elaboração deste trabalho foi utilizado como metodologia de pesquisa a revisão bibliográfica e o estudo de caso, sob uma abordagem qualitativa e exploratória.

Palavras-Chave: Supremo Tribunal Federal. Constituição Federal. Execução Provisória da Pena. Mutação



Constitucional. PEC nº 05/2019.

SUMÁRIO

5

INTRODUÇÃO

Desde a sua promulgação, em 1988, a Constituição Federal vem norteando todo o ordenamento jurídico brasileiro, bem como o seu Estado Democrático de Direito. Como forma de garantir o cumprimento e concretização dos dispositivos deste diploma legal, incumbiu ao Constituinte Originário delegar ao Supremo Tribunal Federal (doravante, STF) o dever de salvaguardar a Lei Maior.

Assim sendo, havendo controvérsia jurídica que verse sobre entendimento ou aplicação supostamente contrária ao que se prevê na Constituição, é possível que tal discussão seja levada até o Supremo, a fim de que todos os entendimentos sejam pautados nos princípios e garantias que edificam a Carta Política brasileira.

Diante disso, há interpretações do Supremo que por eventualmente são questionadas quando confrontadas com as Normas a qual viabilizam a aplicação da hermenêutica constitucional, sendo



justamente um desses entendimentos controversos, ora objeto deste artigo, a execução provisória da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Aprofundando-se neste aspecto, aborda-se no presente estudo o conflito da execução provisória da pena ante o texto constitucional, bem como os efeitos desta questão com uma eventual aprovação da PEC nº 05/2019, que por sua vez alteraria drasticamente a Lei suprema neste aspecto do cumprimento da pena.

Tal alteração se aplicaria ao art. 93, da Constituição Federal, incluindo no referido artigo o inciso XVI, que determinaria que a decisão condenatória proferida por órgãos colegiados deve ser executada imediatamente, independentemente do cabimento de eventuais recursos ao grau jurisdicional superior.

Nesse sentido, busca-se responder a seguinte questão de pesquisa: Haveria a possibilidade de viabilizar a execução provisória da pena, mediante Proposta de Emenda à Constituição, dirimindo, portanto, a subjetividade interpretativa inerente às mutações constitucionais realizadas pelo Supremo Tribunal Federal ?

Não obstante, urge a necessidade de discutir se o STF cumpriu o preceito constitucional de salvaguardar o disposto na Magna Carta no tocante a execução provisória da pena, bem como a repercussão jurídica diante dos entendimentos da Corte Maior a respeito do tema, posto que uma interpretação contrária ao disposto na Lei Maior, resultaria em um entendimento inconstitucional do Supremo.



2. CONSTITUIÇÃO FEDERAL: A BÚSSOLA DO PODER JUDICIÁRIO

Com o propósito de contribuição literária acadêmica, o presente artigo versa sobre a execução provisória da pena, sob o prisma da sua viabilidade constitucional, que por sua vez, ainda causa certa controvérsia no meio jurídico e acadêmico. Portanto, busca-se demonstrar os elementos do assunto em análise, a fim de contemplar as nuances, debates e aspectos do objeto desta pesquisa.

Para entender melhor a problemática trazida ao trabalho, é necessário identificar elementos, características e até mesmo conceitos de alguns pilares desta discussão, como por exemplo o Supremo Tribunal Federal, em sua competência atribuída pelo art. 102, da Carta Maior, além da garantia fundamental prevista no art. 5º inciso LVII, também da Constituição Federal, ora atrelado ao princípio da não culpabilidade. Outrossim, há de se observar também como estes elementos dialogam entre si, chegando assim a uma visão multifacetada ante a discussão aduzida.

Desta forma é possível ao menos concatenar as ideias entre os principais elementos aqui presentes, que por sua vez se escusam de serem analisados sob uma ótica una. De acordo com o artigo 102 da Constituição (BRASIL 1988), mais precisamente em seu caput, compete ao Supremo Tribunal Federal basilaramente a guarda da Carta Política, sendo procedida de competências, originárias, ordinárias e extraordinariamente complementares.

Diante disso, compreende-se que sob a luz constitucional, seguirá esta Corte, balizando e atendo suas decisões às normas da já trigenária Carta Política, cabendo-lhe eventuais interpretações e adequações, devido à natural evolução social, bem como dos fatos jurídicos, que por sua vez criam fatos novos que venham a precisar de uma interpretação mais extensiva, restritiva, ou de qualquer outro gênero, mas sempre fiel ao disposto na Constituição.

Seguindo nesta linha da soberania constitucional, cabe o entendimento de José Gomes Canotilho, no qual aduz a existência de algumas categorias no tocante a interpretação da norma, senão vejamos:

a) o princípio da prevalência da Constituição impõe que, dentre as várias possibilidades de interpretação, só se deve escolher-se uma interpretação não contrária ao texto e programas da norma ou normas constitucionais; b) o princípio da conservação de normas afirma que uma norma não deve ser declarada inconstitucional quando, observados os fins da norma, ela pode ser interpretada em conformidade com a Constituição; c) o princípio da exclusão da interpretação conforme a Constituição, mas ?contra legem? impõe que o aplicador de uma norma não pode contrariar a letra e o sentido dessa norma através de uma interpretação conforme a Constituição, mesmo que através desta interpretação consiga uma concordância entre a norma infraconstitucional e as normas constitucionais. (CANOTILHO 2000, p. 1189)

Portanto, tem-se que a interpretação deve ser limitada aos parâmetros estabelecidos constitucionalmente.

Não obstante, seguindo este viés de entendimento ao tema, urge a Constituição Federal como protagonista do enredo, trazendo em seu bojo uma herança garantista e humanizada. Muito por conta do



período de sua elaboração e a conseqüente promulgação, que se deu em um cenário pós regime ditatorial , por isso a preocupação em preservar a democracia, bem como as garantias individuais e coletivas são intrínsecas ao texto, com destaque para o art. 5º, em seu inciso LVII, ora edificado sob a égide do princípio da não culpabilidade, também herança desta natureza garantista da Carta Magna.

Ademais, a Constituição Cidadã, conforme declarou o então presidente da Assembleia Nacional Constituinte, o deputado Ulysses GUIMARÃES (1988)- isso porque pela primeira vez na história emendas de cidadãos comuns e entidades representativas foram alicerces para elaboração da Carta Política, ratificando assim a intenção de espelhar em seu texto os anseios e direitos do povo, como então demonstrado pelo Secretário Geral da Câmara dos Deputados, Mozart VIANNA (1987), na seguinte fala consagrada: "Foi um momento maravilhoso de efervescência cívica?"

Como conseqüência de toda essa democratização e enaltecimento de garantias aos cidadãos, uma das searas jurídicas mais contempladas foi a esfera penal, que passou a se valer de valorosos e necessários princípios, como por exemplo a ampla defesa, o contraditório e a presunção de inocência.

Como bem sintetiza MACHADO (2004), o sistema constitucional fez com que todos os cidadãos que fossem acusados passassem necessariamente por um processo legítimo, com possibilidade de defesa, sendo este estabelecimento de direitos ao acusado o grande marco da Carta.

Indo um pouco mais a fundo nas garantias que constituem o devido processo legal, torna-se muito importante voltar às atenções ao disposto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal (BRASIL, 1988), que traz à tona o princípio da presunção de inocência, através do seguinte texto de lei "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;".

Ora, de plano teria-se o claro entendimento que apenas poder ser considerada culpada ante o crime a si imputado, quando a sentença viesse a transitar em julgado, ou seja, já estivesse exaurida a possibilidade de interposição de recursos ao processo.

ROMANO (2013) traz em seu entendimento o fato do princípio da inocência, outrora também chamado pela doutrina por princípio da não culpabilidade, a característica da tutela à liberdade individual, ratificando o entendimento de que o acusado apenas teria sua imputação de culpa, após a condenação.

Assim também preconiza o Pacto de San José, mais precisamente em seu artigo 8º, ao estabelecer que "toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa".

Todavia, apesar deste amparo à proteção do indivíduo, é prudente ressaltar que a prisão pode sim acontecer antes da sentença penal condenatória, desde que não seja como finalidade a punibilidade do agente.

É justamente neste sentido que o Código de Processo Penal traz em seu artigo 302 e seguintes as prisões , preventiva, temporária, além da prisão em flagrante, mas como já dito, nenhuma delas possui como finalidade a punição imediata ao agente.



Não obstante, há de se apontar também outras características deste alicerce do devido processo legal. A influência principiológica da não culpabilidade no ordenamento jurídico brasileiro se deu por muitos diplomas internacionais tidos como clássicos, além do Pacto de San José, ora já mencionado, há também inspiração na Declaração Universal dos Direitos Humanos, bem como na Convenção Europeia de Direitos Humanos de 1950.

2.1 MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

A mutação constitucional surge como um mecanismo de adequação da norma à realidade social, trazendo constantes atualizações da aplicação do dispositivo legal ante as necessidades e evoluções de uma sociedade. Assim, coloca-se a mutação constitucional como uma ferramenta modificadora da Constituição.

Neste mesmo enredo, ensina Ana Cândida Ferraz ao definir mutação constitucional:

?(?) alteração, não da letra ou do texto expresso, mas do significado, do sentido e do alcance das disposições constitucionais, por meio ora da interpretação judicial, ora dos costumes, ora das leis, alterações essas que, em geral, se processam lentamente, e só se tornam claramente perceptíveis quando se compara o entendimento atribuído às cláusulas constitucionais em momentos diferentes, cronologicamente afastados uns dos outros, ou em épocas distintas e diante de circunstâncias diversas?.



(FERRAZ, 1986, p.09)

A grande questão é que a mutação constitucional é apenas uma das formas para se proceder com a alteração da Constituição. Em verdade, cabe que de acordo com a própria Carta Política, há apenas uma maneira para buscar essa reforma, ora prevista no art. 60 da CF, através da formalidade do ato modificativo, edificando-se por meio da Emenda Constitucional.

Todavia, como ensina Uadi Lammego Bulos, a solenidade prevista na Constituição nem sempre seria oportuna, levando em consideração a alta complexidade nos trâmites previstos para alteração do dispositivo Maior, logo, tem-se:

?Seria errôneo e mesmo ingênuo conceber-se uma Constituição inalterável, frente à realidade social cambiante, com exigências, necessidades e situações sempre novas, em constante evolução? (BULOS, 1997, p. 57)

Portanto, a mutação constitucional não pode ser desprezada em detrimento à Reforma.

Assim também entende Luís Roberto Barroso, senão vejamos:

(...) a mutação constitucional consiste em uma alteração do significado de determinada norma da Constituição, sem observância do mecanismo constitucionalmente previsto para as emendas e, além disso, sem que tenha havido qualquer modificação de seu texto. Esse novo sentido ou alcance do mandamento constitucional pode decorrer de uma mudança na realidade fática ou de uma nova percepção do Direito, uma releitura do que deve ser considerado ético ou justo. (BARROSO, 2011, p. 148-149)

Essa mutação constitucional se dá de uma forma não solene, ou seja, a letra da lei permanece intacta, todavia, o seu entendimento é alterado, buscando uma melhor aplicabilidade diante dos novos fatos e percepções jurídicas de uma determinada sociedade. Diferentemente do que ocorre em uma reforma constitucional.

É neste aspecto que se discute sobre o ativismo judicial. Esse ativismo do Poder Judiciário reflete-se em uma discutível proeminência da atuação judiciária, que por sua vez estaria avançando ?limites? de atuação tripartite da atribuição dos poderes do Estado, como afirma-se na doutrina de Luís Roberto Barroso:

?A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.? (BARROSO, 2008)

Na mesma proporção em que o Judiciário possui legitimidade para modificar o entendimento constitucional



, há de se ponderar até qual ponto esta modificação interpretativa não estaria contrapondo a autonomia e competência do Legislativo em reformar a Constituição mediante as Emendas e Revisões, conforme preconizado nos art. 3º, ADCT, além do art. 60º, CF/88.

Seguindo este viés, há de se pontuar o entendimento doutrinário de José Gomes CANOTILHO:

(...) uma coisa é admitirem-se alterações do âmbito ou esfera da norma que ainda se podem considerar susceptíveis de serem abrangidas pelo programa normativo (Normprogramm), e outra coisa é legitimarem-se alterações constitucionais que se traduzem na existência de uma realidade constitucional inconstitucional, ou seja, alterações manifestamente in comportáveis pelo programa da norma constitucional. (CANOTILHO, 2000, p. 254)

Portanto, há de se ponderar a aplicabilidade da mutação constitucional em determinados casos, como por exemplo o entendimento constitucional tomado pela Corte Maior ao apreciar no ano de 2016 o HC nº 126.292.

[...]cumpre ao Poder Judiciário e, sobretudo, ao Supremo Tribunal Federal, garantir que o processo - único meio de efetivação do jus puniendi estatal -, resgate essa sua inafastável função institucional. A retomada da tradicional jurisprudência, de atribuir efeito apenas devolutivo aos recursos especial e extraordinário (como, aliás, está previsto em textos normativos) é, sob esse aspecto, mecanismo legítimo de harmonizar o princípio da presunção de inocência com o da efetividade da função jurisdicional do Estado. Não se mostra arbitrária, mas inteiramente justificável, a possibilidade de o julgador determinar o imediato início do cumprimento da pena, inclusive com restrição da liberdade do condenado, após firmada a responsabilidade criminal pelas instâncias ordinárias.

(STF - HC: 126292 SP - SÃO PAULO 8620448-89.2015.1.00.0000, Relator: Min. TEORI ZAVASCKI, Data de Julgamento: 17/02/2016, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-100 17-05-2016)

Este julgado é um caso emblemático, tanto pela sua repercussão, quanto por suas controvérsias causadas no âmbito jurídico-acadêmico.

Se ainda levar em consideração que o Supremo valeu-se do poder difuso de constitucionalidade para modificar o entendimento de um dispositivo legal que versa sobre garantias e direitos fundamentais, sendo portanto, uma cláusula pétrea, conforme prevê o art. 60, § 4º, inciso IV, da Constituição Federal, agrava-se ainda mais essa situação.

É justamente nesta seara que encontra-se um dos grandes problemas do entendimento do STF ante o HC nº 126.292, afinal, indo de encontro com o art. 5º, inciso LVII, bem como do art. 283 do CPP, entendeu como possível o cumprimento da sentença penal condenatória antes do esgotamento das vias recursais no grau máximo jurisdicional.

Neste sentido, em conflito com os dispositivos legais supracitados, a Suprema Corte confronta a também a doutrina majoritária no tocante ao tema, indo desde o ilustre Cesare BECCARIA, em sua eternizada obra Dos Delitos e das Penas, no qual esboçava a construção da presunção de inocência desde o século XVIII



:

?Um homem não pode ser chamado de 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 das quais ela lhe foi outorgada?. (BECCARIA, 1997, p. 69)

A repercussão dessa decisão foi tão significativa, que provocou várias ações perante o Supremo, com destaque para a ADC nº 54, que apontava a automaticidade das prisões após a condenação no segundo grau jurisdicional. O objetivo principal da ADC, que por sua vez era fortalecida por outras duas ações declaratórias, ora de números 43 e 44, era declarar constitucional o artigo 283 do CPP, que era totalmente contrário ao então entendimento do Supremo, hoje já superado, da viabilidade do cumprimento da sentença penal antes do esgotamento dos recursos cabíveis.

Ademais, a respeito dos limites da mutação constitucional, é primoroso ressaltar que de acordo com a própria nomenclatura, a mutação modifica a Constituição, logo, trata-se de uma interpretação acerca da CF, não de correntes doutrinárias ou de meros entendimentos jurisprudenciais tidos isoladamente ante à Lei Maior.

Neste viés, desbravando os fatos e fenômenos jurídicos sobre o tema, surge na doutrina, o entendimento no qual havendo uma mutação que contrarie o texto Constitucional, ela abandonaria o propósito da mutação constitucional, que é justamente o intérprete dar nova forma à Norma, tornando-se assim, uma ?mutação inconstitucional?, como afirma Luís Roberto BARROSO (2010, p. 129).

Seguindo essa corrente, de forma implacável pronuncia-se o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, relacionando o posicionamento do STF diante do HC nº 126.292/SP com a doutrina antevertida por Barroso, categorizando assim o entendimento adotado pelo STF face à referida ação constitucional como uma ?mutação inconstitucional".

Não obstante, há de se observar o julgado do STF a respeito das Ações Declaratórias de Constitucionalidade de nº 43, 44 e 54, onde os requerentes buscavam mudar o então entendimento da Corte Maior, que permitia a execução da pena após decisão colegiada em segunda instância.

Tendo como objeto central das ADCs o assentamento da constitucionalidade do art. 283, do CPP, os Ministros do Supremo procederam com o reconhecimento ora requerido, retificando assim, o entendimento anterior, tomado após o julgado do HC nº 126.292/SP, já mencionado anteriormente. Vale ressaltar ainda o que se encontra disposto no referido artigo:

Art. 283. 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. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 1o As medidas cautelares previstas neste Título não se aplicam à infração a que não for isolada, cumulativa ou alternativamente cominada pena privativa de liberdade. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 2o A prisão poderá ser efetuada em qualquer dia e a qualquer hora, respeitadas as restrições relativas à



inviolabilidade do domicílio. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

Outrossim, diante do reconhecimento da constitucionalidade do artigo supracitado, modificou-se, novamente, o posicionamento do STF ante o instituto da execução provisória da pena, que doravante passou aplicar sua interpretação normativa seguindo estritamente o disposto no art. 5º, LVII, CF/88, bem como o que se aduz também em norma infraconstitucional acima exposta.

2.2 CPP À LUZ DA CONSTITUIÇÃO

Aludindo o papel de cada um dos alicerces principais dessa problemática, faz-se necessário uma abordagem mais dialética entre todos esses elementos, a fim de compreender a essência da contrariedade da mutação constitucional adotada pelo STF diante da possibilidade do cumprimento da sentença penal condenatória antes do esgotamento dos recursos pertinentes.

Como já foi exposto, a Constituição Federal norteia todo o ordenamento jurídico brasileiro. Não obstante, além de regulamentar a estrutura do Estado, sendo amparado por demais diplomas e dispositivos legais, conseguinte, as decisões proferidas por determinada autoridade judiciária, necessariamente deverá ser uníssona à Carta Política, seja esta uma decisão monocrática, colegiada ou até mesmo por entendimento jurisprudencial dos Tribunais.

É justamente neste ponto que cria-se a problemática apresentada neste artigo, afinal a Constituição é soberana e norteia as decisões judiciais. Como o princípio da presunção de inocência está previsto no já mencionado dispositivo legal, cabe à autoridade judiciária aplicá-lo de acordo com a sua previsão



constitucional. Outrossim, há de se considerar que o instituto do trânsito em julgado da sentença penal condenatória é pacificado, seja doutrina ou jurisprudencialmente.

Logo, resta de maneira lúcida e inequívoca o entendimento a respeito do trânsito em julgado da sentença, ou também conhecido como coisa julgada, onde seguindo os ensinamentos de Enrico Tullio LIEBMAN (1981), a coisa julgada é uma qualidade da sentença, a qual torna imutável o comando legal deste título.

Neste mesmo aspecto, tem-se o entendimento doutrinário do jurista Gustavo Henrique BADARÓ a respeito da consequência da coisa julgada no ordenamento jurídico, que aduz o fato do trânsito em julgado da sentença penal condenatória relacionar-se com o elemento da imutabilidade da sentença ou acórdão: ?Assim, o trânsito em julgado da sentença penal condenatória ocorre no momento em que a sentença ou o acórdão torna-se imutável, surgindo a coisa julgada material? (BADARÓ, 2018).

?Não há, portanto, margem exegética para que a expressão seja interpretada, mesmo pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido de que o acusado é presumido inocente, até o julgamento condenatório em segunda instância, ainda que interposto recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal ou recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça.? (BADARÓ, 2018)

Outrossim, há de considerar-se a aplicação hermenêutica interpretativa ante a fria letra de lei, afinal, presumir-se que após mera manutenção da sentença pelos Tribunais ante decisão proferida pelo Juízo Primevo, viabilizaria o início ao cumprimento da pena, poderia representar eventual divergência constitucional, tendo em vista que se houve interposição de Recurso ante o acórdão, o mesmo poderá ser reformado, característica essa que preserva o status de inocente do acusado, conforme garante o princípio da não culpabilidade.

Elucidado o elemento interpretativo à luz constitucional, urge o Código de Processo Penal como alicerce garantidor dos Direitos Fundamentais, previstos na Constituição Federal, tendo o merecido destaque ao artigo 283, do CPP. Ao encontro do art. 5º, inciso LVII da CF, o art. 283, do CPP reforça, em seu caput, a tese do cabimento da prisão em caráter de cumprimento da pena apenas após o trânsito em julgado do título:

Art. 283. 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. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência) (Grifo nosso).

Entretanto, para entender melhor o cabimento da prisão, é necessária uma breve exposição para reforçar a diferença entre a prisão cautelar e a prisão em virtude da condenação, ora advinda pela sentença penal condenatória. Inicialmente, cabe uma breve análise sobre a prisão em flagrante, que busca precipuamente a não consumação do crime ou seu exaurimento, além de evitar a fuga do suspeito, bem como viabilizar a colheita de elementos probatórios de autoria e materialidade do delito. De forma transparente e objetiva, surge a referida prisão cautelar pacificada com o taxativo art. 302, do CPP.

Ainda neste sentido, há também a prisão preventiva, prevista no art. 311, do CPP, e seguintes, com destaque para o art. 312, do referido diploma legal, que regulamenta os cabimentos da sua decretação.



Essa modalidade de prisão permite a garantia do procedimento investigatório ou do processo penal, quando presente o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* em detrimento à ordem pública ou econômica.

Por fim, há de se ressaltar o papel da prisão temporária, prevista pela Lei nº 7.960/89, que completa os tipos de prisões cautelares previstas no ordenamento jurídico brasileiro. Este último tipo de prisão cautelar é bem restritiva, aplicando-se apenas em crimes e situações específicas, taxadas na Lei regulamentadora.

Não obstante, diante dos ensinamentos de Guilherme de Souza Nucci, tem-se a seguinte definição para prisão:

“É a privação da liberdade, tolhendo-se o direito de ir e vir, através do recolhimento da pessoa humana ao cárcere. Não se distingue, nesse conceito, a prisão provisória, enquanto se aguarda o deslinde da instrução criminal, daquela que resulta de cumprimento de pena. Enquanto o Código Penal regula a prisão proveniente de condenação, estabelecendo as suas espécies, formas de cumprimento e regimes de abrigo do condenado, o Código de Processo Penal cuida da prisão cautelar e provisória, destinada unicamente a vigorar, quando necessário, até o trânsito em julgado da decisão condenatória.” (Grifo nosso). (NUCCI, 2014, p. 463)

Portanto, percebe-se a clara natureza da prisão cautelar, que por sua vez é decretada, unicamente pelo judiciário, a fim de viabilizar em plenas condições a instrução criminal, até o trânsito em julgado da decisão condenatória. Diante o exposto, não se confunde a prisão cautelar com a prisão destinada ao cumprimento da sentença penal condenatória.

Após esse breve desvendar, torna-se possível debruçar-se de forma mais asseverada sobre a fiel importância do art. 283, do já debatido dispositivo legal, em consonância ao princípio constitucional, ora positivado no art. 5º, inciso LVII:

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

Neste sentido, surgem ainda Nestor TÁVORA e Rosmar Rodrigues ALENCAR, ratificando o entendimento exposto no presente artigo:

[...] o reconhecimento da autoria de uma infração criminal pressupõe sentença condenatória transitada em julgado (art. 5º, inc. LVII, da CF). Antes deste marco, somos presumivelmente inocentes, cabendo à acusação o ônus probatório desta demonstração, além do que o cerceamento cautelar da liberdade só pode ocorrer em situações excepcionais e de estrita necessidade. (TÁVORA; ALENCAR, 2015, p. 51)

Por isso, tem-se que até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, a regra no ordenamento jurídico brasileiro é a liberdade, restando assim, o encarceramento como mero acessório excepcional, atendo-se necessariamente às delimitações previstas em lei.

Ademais, havendo o STF se posicionado de forma contrária aos dispositivos legais em evidência, insurgiram-se os legitimados a propositura de ação de controle de constitucionalidade, outrora já suscitada neste artigo, mas carecendo de uma maior atenção nesta literatura, provocando os Supremo mediante a



ADC de nº 43, bem como seus apensos de nº 44 e 54.

Analisando o julgado da supracitada ação, ocorre que, na medida em que o Plenário da Corte maior assente com a procedência da ADC, pacifica-se nova jurisprudência a respeito da execução provisória da pena, sendo doravante inadmitida, salvo casos específicos expressos em lei.

Decisão: O Tribunal, por maioria, nos termos e limites dos votos proferidos, julgou procedente a ação para assentar a constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, na redação dada pela Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011, vencidos o Ministro Edson Fachin, que julgava improcedente a ação, e os Ministros Alexandre de Moraes, Roberto Barroso, Luiz Fux e Cármen Lúcia, que a julgavam parcialmente procedente para dar interpretação conforme. Presidência do Ministro Dias Toffoli. Plenário, 07.11.2019. (Grifo nosso).

Todavia, apesar de pacificado o entendimento acerca do tema exposto, não ficou definido pela Corte Suprema a viabilidade da alteração do texto constitucional acerca da propositura de Propostas de Emendas à Constituição, fato que toma-se notoriedade e protagonismo após a PEC nº 05/2019, que objetiva justamente a positivação em texto constitucional da execução provisória da pena.

2.3 PEC Nº 05/2019: PONTOS E CONTRAPONTOS

Como já explanado no artigo, o STF valendo-se da mutação constitucional, pacificou o entendimento da viabilidade da execução provisória da pena ao julgar o HC nº 126.292/SP. Não obstante, em decorrência deste entendimento, surgiram várias Ações Declaratórias de Constitucionalidade, que por sua vez resultaram em um novo entendimento do Supremo, desta vez, contrário à execução provisória da pena, fundamentando-se no art. 283 do Código de Processo Penal.



O fato do STF ter-se valido da mutação constitucional para edificar um entendimento não é o problema da questão, mas sim o fato do entendimento modificado versar sobre cláusula pétrea. Seguindo os ensinamentos de Paulo Gustavo GONET, verifica-se que as cláusulas pétreas estão salvaguardadas de eventuais modificações, seja por via formal, através das emendas constitucionais, seja por via informal, através da mutação constitucional.

?O poder constituinte originário cria o poder de reforma e estabelece também o procedimento que este deve trilhar. Por isso mesmo, o poder constituinte derivado deve respeito aos limites que o originário lhe impuser.(?)

O poder constituinte originário pode estabelecer que certas regras são intangíveis. Terá consagrado o que se denomina de cláusula pétrea. Essas cláusulas de perpetuidade são justificadas politicamente sob o argumento de que perfazem um núcleo essencial do projeto, que o titular do poder constituinte originário intenta preservar de quaisquer mudanças institucionalizadas.? (Grifo nosso) (GONET, 2009, 4ªed) Sendo assim, intenta-se o STF, em seu derradeiro entendimento, ora rechaçando a execução provisória da pena, em manter-se fiel à Carta Política.

Portanto, como já visto, não poderia o Supremo, valer-se da mutação constitucional para dar nova interpretação ao inciso LVII, do art. 5º da CF. Todavia, o Poder Legislativo, em Proposta de Emenda Constitucional, doravante denominada de PEC, teria autonomia para viabilizar a execução provisória da pena, de uma forma que não contrariasse a Carta Magna, e tão pouco tentasse alterar uma cláusula pétrea.

Tudo isso seria possível através da aprovação da PEC nº 05/2019, outrora ainda em tramitação no Congresso Nacional. A proposta em questão, tem como objetivo a inserção de um novo inciso, ora o XVI, no artigo 93 da Constituição Federal, a fim de positivar a possibilidade da execução provisória da pena, após condenação proferida em órgão colegiado, independente da possibilidade de interposição de recursos em grau jurisdicional superior.

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

O que se mostra interessante nessa PEC é que ela busca resolver um dos maiores conflitos da execução provisória da pena, que é justamente a inalteração da cláusula pétrea, afinal, o dispositivo modificado seria o artigo 93 e não o artigo 5º, ambos da Lei Maior.

Outro aspecto de viabilidade da PEC nº 05/2019, consiste muito na consonância com o entendimento doutrinário a respeito da mutabilidade da cláusula pétrea, ora ensinado por Nathalia MASSON (2018), no qual debruça-se a respeito da locução ?tendente a abolir?, ora prevista no art. 60, § 4º, CF/88.

Ou seja, ao amparar o núcleo essencial do direito protegido como cláusula pétrea o constituinte, não garantiu uma intangibilidade absoluta ao dispositivo. Meras reformulações linguísticas, em que nada alterem a substância daquilo preservado pela cláusula pétrea, são viáveis, assim como reformas superficiais, que não atinjam seu núcleo central.



Ademais, sendo o Congresso Nacional precipuamente composto por representantes do povo, cabe aos congressistas legitimar a vontade do povo. Seguindo neste raciocínio, foi aberto uma consulta pública, disponível no próprio site do Senado Federal, questionando ao cidadão o seu posicionamento a respeito da proposição da PEC nº 05/2019.

Ainda sobre a consulta pública, segundo dados disponibilizados no site do Senado Federal, iniciada em 18/11/2019 até 10/06/2021, os votos apurados sendo favoráveis à referida Proposta de Emenda Constitucional, perfazem um percentual de 91,87% (noventa e um vírgula oitenta e sete por cento), contra 8,13% (oito vírgula treze por cento) contrários à proposição da PEC, em um universo de 26.122 (vinte e seis mil cento e vinte e dois votos).

Neste sentido, surgem Eugenio Raúl ZAFFARONI e José Henrique PIERANGELI (2015), observando que de acordo com as necessidades da sociedade, há uma necessidade de adequação social das leis, bem como da conduta humana. Isso principalmente, no tocante às leis penais, que por sua vez tutelam e regulam os conflitos que envolvem o maior bem jurídico do nosso ordenamento, logo, a vida.

Portanto, mostra-se que a Lei, seja ela a Carta Constitucional ou dispositivo infraconstitucional, normatiza as relações e condutas da sociedade, devendo ser assim, consequência dos anseios e mudanças sociais, como assim sugere o aforismo *ubi societas, ibi jus*.

Posto a respeito da relativização no tocante à imutabilidade da cláusula pétrea, bem como visto sobre a necessidade da adequação legal às mudanças sociais, há de se abrir espaço para um terceiro aspecto interessante que dialoga com esses dois alicerces outrora expostos, que é a prevalência, mas não supremacia dos direitos e garantias fundamentais em nosso ordenamento.

Neste sentido, é prudente ressaltar que os direitos fundamentais possuem como característica a relatividade e não o absolutismo, ou seja, havendo conflito de direitos, necessariamente um se sobreporá ao outro, como ensina Cristina QUEIROZ:

“Na verdade, quando dois ou mais princípios colidem a solução do conflito está no recurso a um procedimento de ponderação. Instrumento dessa ponderação é o recurso a um conjunto de relações de precedência que ordenam os princípios em conflito. Essas relações de precedência não são absolutas, mas condicionadas. Valem unicamente sob as condições do caso particular ou de um grupo determinado de casos. Não possuem assim valor absoluto ou geral. De contrário, não poderíamos falar num processo de ponderação, mas de sobreposição ou triunfo de um princípio sobre o outro.” (QUEIROZ, 2000, p. 185)

Portanto, como exposto neste capítulo, por mais que se trate de direitos e garantias fundamentais, sendo ainda considerados cláusulas pétreas, não exerce tal princípio uma intangibilidade suprema.

Não obstante, valendo-se da possibilidade de expor pontos e contrapontos, ora oportunizada pelo ambiente Acadêmico, urge o mestre Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, com o seguinte ensinamento:



?violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa, não só a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.? (BANDEIRA DE MELLO, 2000, p . 747 - 749)

Sendo assim, de acordo com o exposto, constrói-se, no papel de antítese, o entendimento a respeito da impossibilidade da execução provisória da pena, posto que para parte da doutrina, a PEC nº 05/2019, mesmo que não altere diretamente o art. 5º, inciso LVII, da CF. Isso porque, conforme já aduzido, a cláusula pétrea não poderia ter o seu núcleo modificado.

Logo, neste entendimento, seria inconstitucional a tentativa de positivar a viabilidade da execução provisória da pena, mesmo que tal modificação se desse através da emenda constitucional do art. 93, da CF.

Edifica-se assim, um cenário tênue entre a modificação legal, ora tida pelo próprio Poder Judiciário (mutação constitucional), outrora pelo Poder Legislativo (Proposta de Emenda à Constituição), a fim de atender os anseios e relações sociais atuais, em face da garantia constitucional, que por sua vez tem em sua essência a imutabilidade ao tratar-se de direitos fundamentais.



3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do assentado neste artigo, pode-se afirmar a necessidade de modificação da Constituição, a fim de acompanhar as mudanças da sociedade. Entretanto, tais mudanças precisam acontecer de acordo com os ditames constitucionais, havendo assim, uma linha tênue entre estes dois aspectos.

Todavia, analisando especificamente o fato da execução provisória da pena, há de se pontuar observações pertinentes. Em plano sobressalente, há de se pontuar a atual impossibilidade da execução provisória, face a cláusula pétrea que positiva a garantia fundamental do princípio da não culpabilidade, bem como a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal, que ratifica que a prisão dar-se-á mediante o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Em contraponto, dos aspectos favoráveis à viabilidade da execução provisória, observa-se o elemento social, que representa as novas relações jurídicas e valores da sociedade, onde conforme demonstrado ao longo do presente artigo, é um dos pilares para a movimentação do Congresso para reformar a Carta Política.

Outrossim, vale reiterar que a PEC n° 05/2019, em uma derradeira tentativa de viabilizar a execução provisória da pena, busca alterar um artigo da CF que não versa sobre direito ou garantia fundamental, o que pode ser considerado como um esforço em driblar o protecionismo inerente ao núcleo da cláusula pétrea, o que por sua vez, poderia expurgar uma eventual inconstitucionalidade da Proposta.

Analisando as exposições apresentadas, apesar de não serem conclusivas devido à própria natureza do problema de pesquisa, que por sua vez não proporciona uma solução uníssona, entende-se que há de se ponderar até qual ponto se deve prevalecer a imutabilidade da cláusula pétrea em detrimento à necessidade de adequação das normas às modificações sociais que acontecem com o passar dos anos.

Indubitavelmente que as garantias e direitos fundamentais são os alicerces mais sólidos do Estado democrático de Direito, dispensando qualquer introdução histórica, que por si só seria capaz de recrudescer um artigo. Entretanto, em que pese a ponderação de direitos, é prudente não expurgar de imediato a possibilidade de adequação dos princípios diante das modificações inerentes à sociedade.?

Ademais, diante de uma temática tão complexa e delicada quanto a exposta, conforme previsão constitucional, não deveria caber à Corte Máxima do Poder Judiciário manifestar-se em tom decisivo a respeito do assunto, cabendo, portanto, ao Poder Legislativo, ora revestido de sua função legiferante, em regulamentar o tema, como assim foi tentado através da PEC objeto de estudo deste artigo.

Desta mesma maneira, que de forma assertiva o STF modificou o seu entendimento ante o julgado do HC n° 126.292/SP, onde possibilitava a execução provisória da pena, reconhecendo a constitucionalidade da afirmação de quem ninguém será preso senão em virtude de condenação criminal transitada em julgado, ressalvada exceções previstas em lei.

Neste sentido, objetivando conglomerar os posicionamentos doutrinários juntamente com os dispositivos



legais apresentados, permite-se concluir que a execução provisória da pena é inconstitucional, pois confronta diretamente garantias fundamentais, bem como princípios constitucionais enraizados historicamente no ordenamento jurídico ocidental e aplicados na Constituição Pátria ao final do século passado.

Ainda a respeito da inconstitucionalidade da execução provisória, é pertinente alegar que a própria PEC n° 05/2019, por mais que siga o rito das Emendas, ora previsto constitucionalmente, também se mostra como sendo contrária à CF. Isso porque independente da referida Proposta não alterar diretamente o texto de artigo consagrado como cláusula pétrea, o objeto da PEC fere o núcleo de um direito fundamental, ora do princípio da não culpabilidade, sacramentada no art. 5º, inciso LVII, da Lei Maior.

Arrematando assim, acerca do tema apresentando, conclui-se que independentemente da necessidade de se ponderar as mudanças interpretativas de acordo com as evoluções do relacionamento e valores sociais, o Judiciário deve se manter fiel à Constituição, pois dela é que se deve refletir os direitos fundamentais, conquistados após séculos de luta.



4. REFERÊNCIAS

- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, promulgada em 05 de outubro de 1988. Publicada no DOU de 05.10.1998. Planalto. Sítio Oficial. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 set. 2020.
- BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 14 nov. 2020.
- BRASIL. Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7960.htm>. Acesso em: 25 abr. 2021.
- BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 17 nov. 2020.
- BRASIL. Decreto-Lei nº 3689 de 3 de outubro de 1941. Instituiu o Código de Processo Penal. Publicado no DOU de 13.10.1941. Brasília. DF. Disponível em: Acesso em: 10 set. 2019.
- UNICEF. Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>>. Acesso em: 15 nov. 2020.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 4ª edição, pág. 1189
- GOVERNO DO BRASIL. Democrática, Constituição Federal de 1988 foi Construída pela Sociedade, 2018. Disponível em: <<https://www.gov.br/pt-br/constituicao-30-anos/textos/democratica-constituicao-federal-de-1988-foi-construida-pela-sociedade>>. Acesso em: 10, nov. 2020.
- MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. Direito constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- ROMANO, Rogério Tadeu. Continência e Conexão como Formas de Modificação de Competência no Processo Penal. Disponível em: <<https://www.jfn.jus.br/institucional/biblioteca/doutrina/Doutrina264-continencia-e-conexao-formas-processo-penal.pdf>>. Acesso em: 18 mar. 2021.
- FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Processos informais de mudança da constituição: Mutações constitucionais como manifestação da interpretação constitucional pluralista Página 16 mutações constitucionais e mutações inconstitucionais. São Paulo: Max Limonad, 1986. p. 9.
- BULOS, Uadi Lammêgo. Mutação Constitucional. São Paulo: Saraiva, 1997, p.57
- BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 3ª. ed., São Paulo: Saraiva, 2011, p. 148 - 149.
- BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. Disponível em: <http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>. Acesso em : 15 mar. 2021
- CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 4ª. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 254



Supremo Tribunal Federal. Plenário. Direito Constitucional. Direito Processual Penal. Habeas Corpus nº 126.292 **de São Paulo**. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Impetrante: Maria Claudia de Seixas. Coator: Relator do HC nº 313.021 **do Superior Tribunal** de Justiça. Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília, 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4697570>> ;. Acesso em 11 set. 2019

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. Habeas Cosrpus, nº 126.292/São Paulo. Marcio Rodrigues Dantas. Relator: Ministro Teori Zavascki. 17 fev . 2016.

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

BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. 2a Ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 129).

LIEBMAN, Enrico Tullio. Eficácia e autoridade da sentença e outros aspectos escritos sobre a coisa julgada (com aditamentos relativos ao direito brasileiro). 2. ed. Tradução de: Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Forense: **Rio de Janeiro**, 1981.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró. É temerário admitir que o STF pode "criar" um novo conceito de trânsito em julgado. 6 de abril de 2018. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2018-abr-03/badaro-stf-nao-criar-conceito-transito-julgado>> Acesso em: 16 nov. 2020

NUCCI, Guilherme de Souza. Prisão e liberdade. 4. ed. **Rio de Janeiro**: Forense, 2014. p. 463.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de direito processual penal. 10ª ed. JusPODIVM, 2015. p. 51.

CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. ADC nº 44. Disponível em <<http://s.conjur.com.br/dl/oab-stf-declare-constitucional-prisao.pdf>>. Acesso em 22/11/2017.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Oliveira. 4ª. ed. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2009.

MASSON, Nathalia. Manual de Direito Constitucional. 6. ed. Salvador: JusPODIVM, 2018, p. 139. SENADO FEDERAL. Consulta Pública, Proposta de Emenda à Constituição nº 5 de 2019 (PEC 5/2019). Disponível em: < <https://www12.senado.leg.br/ecidania/visualizacaomateria?id=135253>> Acesso em: 10 jun. 2021.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro. 11. Ed. São



Paulo: Revista dos Tribunais. 2015, p.505

QUEIROZ, Cristina M. M. O Princípio da não reversibilidade dos Direitos Fundamentais Sociais. 2000. Op .cit., p.14.

MELLO, Celso Antonio Bandeira. Curso de Direito Administrativo, 12a edição, Malheiros, 2000, pp. 747 a 749.

A Constituição e o Supremo. Supremo Tribunal Federal, 2007. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp?item=1079>> Acesso em: 12, nov. 2020

BITENCOURT, C. R. Tratado de Direito Penal: Parte geral. 16. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LENZA, P. Direito constitucional esquematizado. 20. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016. Ebook.

MONTESQUIEU, C.D.S. O espírito das leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes. 8. Ed. São Paulo: Saraiva



=====

Arquivo 1: [ARIEL DENIZARD COUTO SILVA 03.06.docx](#) (6219 termos)

Arquivo 2: <https://www.vagalume.com.br/filipe-ret/questione.html> (463 termos)

Termos comuns: 0

Similaridade: 0,00%

O texto abaixo é o conteúdo do documento [ARIEL DENIZARD COUTO SILVA 03.06.docx](#) (6219 termos)

Os termos em vermelho foram encontrados no documento <https://www.vagalume.com.br/filipe-ret/questione.html> (463 termos)

=====

5

ARIEL DENIZARD COUTO SILVA

OS LIMITES DAS EMENDAS E MUTAÇÕES CONSTITUCIONAIS SOB O PRISMA DA EXECUÇÃO
PROVISÓRIA DA PENA A PARTIR DO JULGADO DO HC Nº 126.292/SP

SALVADOR - BA

2021

ARIEL DENIZARD COUTO SILVA

OS LIMITES DAS EMENDAS E MUTAÇÕES CONSTITUCIONAIS SOB O PRISMA DA EXECUÇÃO



PROVISÓRIA DA PENA A PARTIR DO JULGADO DO HC Nº 126.292/SP

Trabalho de conclusão de curso, apresentado com finalidade de obtenção da aprovação acadêmica no Bacharelado em Direito na Universidade Católica do Salvador - UCSAL.

Orientador: Prof. MSc. André Quadros Côrtes

SALVADOR - BA
2021

RESUMO

O trabalho apresentado busca analisar a atuação do Supremo Tribunal Federal sob os limites das mutações constitucionais, diante da sua interpretação acerca da execução provisória da pena, concretizada mediante o HC nº 126.292/SP, além de analisar a eventual inconstitucionalidade da PEC nº 05/2019.

A relevância do tema abordado é flagrante, posto que, trata-se de uma discussão com relevância nacional, onde recentemente tiveram muitas mudanças de interpretações a respeito da temática, perdurando até hoje árduos debates acerca do assunto. Logo, busca-se na presente literatura entender a viabilidade de uma eventual aplicação da execução provisória da pena no ordenamento jurídico brasileiro, respeitando os limites das Emendas e mutações constitucionais propiciadas pelos legisladores e intérpretes da Constituição, ora o STF, respectivamente.

Para elaboração deste trabalho foi utilizado como metodologia de pesquisa a revisão bibliográfica e o estudo de caso, sob uma abordagem qualitativa e exploratória.

Palavras-Chave: Supremo Tribunal Federal. Constituição Federal. Execução Provisória da Pena. Mutação



Constitucional. PEC nº 05/2019.

SUMÁRIO

5

INTRODUÇÃO

Desde a sua promulgação, em 1988, a Constituição Federal vem norteando todo o ordenamento jurídico brasileiro, bem como o seu Estado Democrático de Direito. Como forma de garantir o cumprimento e concretização dos dispositivos deste diploma legal, incumbiu ao Constituinte Originário delegar ao Supremo Tribunal Federal (doravante, STF) o dever de salvaguardar a Lei Maior.

Assim sendo, havendo controvérsia jurídica que verse sobre entendimento ou aplicação supostamente contrária ao que se prevê na Constituição, é possível que tal discussão seja levada até o Supremo, a fim de que todos os entendimentos sejam pautados nos princípios e garantias que edificam a Carta Política brasileira.

Diante disso, há interpretações do Supremo que por eventualmente são questionadas quando confrontadas com as Normas a qual viabilizam a aplicação da hermenêutica constitucional, sendo



justamente um desses entendimentos controversos, ora objeto deste artigo, a execução provisória da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Aprofundando-se neste aspecto, aborda-se no presente estudo o conflito da execução provisória da pena ante o texto constitucional, bem como os efeitos desta questão com uma eventual aprovação da PEC nº 05/2019, que por sua vez alteraria drasticamente a Lei suprema neste aspecto do cumprimento da pena.

Tal alteração se aplicaria ao art. 93, da Constituição Federal, incluindo no referido artigo o inciso XVI, que determinaria que a decisão condenatória proferida por órgãos colegiados deve ser executada imediatamente, independentemente do cabimento de eventuais recursos ao grau jurisdicional superior.

Nesse sentido, busca-se responder a seguinte questão de pesquisa: Haveria a possibilidade de viabilizar a execução provisória da pena, mediante Proposta de Emenda à Constituição, dirimindo, portanto, a subjetividade interpretativa inerente às mutações constitucionais realizadas pelo Supremo Tribunal Federal ?

Não obstante, urge a necessidade de discutir se o STF cumpriu o preceito constitucional de salvaguardar o disposto na Magna Carta no tocante a execução provisória da pena, bem como a repercussão jurídica diante dos entendimentos da Corte Maior a respeito do tema, posto que uma interpretação contrária ao disposto na Lei Maior, resultaria em um entendimento inconstitucional do Supremo.



2. CONSTITUIÇÃO FEDERAL: A BÚSSOLA DO PODER JUDICIÁRIO

Com o propósito de contribuição literária acadêmica, o presente artigo versa sobre a execução provisória da pena, sob o prisma da sua viabilidade constitucional, que por sua vez, ainda causa certa controvérsia no meio jurídico e acadêmico. Portanto, busca-se demonstrar os elementos do assunto em análise, a fim de contemplar as nuances, debates e aspectos do objeto desta pesquisa.

Para entender melhor a problemática trazida ao trabalho, é necessário identificar elementos, características e até mesmo conceitos de alguns pilares desta discussão, como por exemplo o Supremo Tribunal Federal, em sua competência atribuída pelo art. 102, da Carta Maior, além da garantia fundamental prevista no art. 5º inciso LVII, também da Constituição Federal, ora atrelado ao princípio da não culpabilidade. Outrossim, há de se observar também como estes elementos dialogam entre si, chegando assim a uma visão multifacetada ante a discussão aduzida.

Desta forma é possível ao menos concatenar as ideias entre os principais elementos aqui presentes, que por sua vez se escusam de serem analisados sob uma ótica una. De acordo com o artigo 102 da Constituição (BRASIL 1988), mais precisamente em seu caput, compete ao Supremo Tribunal Federal basilaramente a guarda da Carta Política, sendo procedida de competências, originárias, ordinárias e extraordinariamente complementares.

Diante disso, compreende-se que sob a luz constitucional, seguirá esta Corte, balizando e atendo suas decisões às normas da já trigenária Carta Política, cabendo-lhe eventuais interpretações e adequações, devido à natural evolução social, bem como dos fatos jurídicos, que por sua vez criam fatos novos que venham a precisar de uma interpretação mais extensiva, restritiva, ou de qualquer outro gênero, mas sempre fiel ao disposto na Constituição.

Seguindo nesta linha da soberania constitucional, cabe o entendimento de José Gomes Canotilho, no qual aduz a existência de algumas categorias no tocante a interpretação da norma, senão vejamos:

a) o princípio da prevalência da Constituição impõe que, dentre as várias possibilidades de interpretação, só se deve escolher-se uma interpretação não contrária ao texto e programas da norma ou normas constitucionais; b) o princípio da conservação de normas afirma que uma norma não deve ser declarada inconstitucional quando, observados os fins da norma, ela pode ser interpretada em conformidade com a Constituição; c) o princípio da exclusão da interpretação conforme a Constituição, mas ?contra legem? impõe que o aplicador de uma norma não pode contrariar a letra e o sentido dessa norma através de uma interpretação conforme a Constituição, mesmo que através desta interpretação consiga uma concordância entre a norma infraconstitucional e as normas constitucionais. (CANOTILHO 2000, p. 1189)

Portanto, tem-se que a interpretação deve ser limitada aos parâmetros estabelecidos constitucionalmente.

Não obstante, seguindo este viés de entendimento ao tema, urge a Constituição Federal como protagonista do enredo, trazendo em seu bojo uma herança garantista e humanizada. Muito por conta do



período de sua elaboração e a conseqüente promulgação, que se deu em um cenário pós regime ditatorial , por isso a preocupação em preservar a democracia, bem como as garantias individuais e coletivas são intrínsecas ao texto, com destaque para o art. 5º, em seu inciso LVII, ora edificado sob a égide do princípio da não culpabilidade, também herança desta natureza garantista da Carta Magna.

Ademais, a Constituição Cidadã, conforme declarou o então presidente da Assembleia Nacional Constituinte, o deputado Ulysses GUIMARÃES (1988)- isso porque pela primeira vez na história emendas de cidadãos comuns e entidades representativas foram alicerces para elaboração da Carta Política, ratificando assim a intenção de espelhar em seu texto os anseios e direitos do povo, como então demonstrado pelo Secretário Geral da Câmara dos Deputados, Mozart VIANNA (1987), na seguinte fala consagrada: "Foi um momento maravilhoso de efervescência cívica?"

Como conseqüência de toda essa democratização e enaltecimento de garantias aos cidadãos, uma das searas jurídicas mais contempladas foi a esfera penal, que passou a se valer de valorosos e necessários princípios, como por exemplo a ampla defesa, o contraditório e a presunção de inocência.

Como bem sintetiza MACHADO (2004), o sistema constitucional fez com que todos os cidadãos que fossem acusados passassem necessariamente por um processo legítimo, com possibilidade de defesa, sendo este estabelecimento de direitos ao acusado o grande marco da Carta.

Indo um pouco mais a fundo nas garantias que constituem o devido processo legal, torna-se muito importante voltar às atenções ao disposto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal (BRASIL, 1988), que traz à tona o princípio da presunção de inocência, através do seguinte texto de lei "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;".

Ora, de plano teria-se o claro entendimento que apenas poder ser considerada culpada ante o crime a si imputado, quando a sentença viesse a transitar em julgado, ou seja, já estivesse exaurida a possibilidade de interposição de recursos ao processo.

ROMANO (2013) traz em seu entendimento o fato do princípio da inocência, outrora também chamado pela doutrina por princípio da não culpabilidade, a característica da tutela à liberdade individual, ratificando o entendimento de que o acusado apenas teria sua imputação de culpa, após a condenação.

Assim também preconiza o Pacto de San José, mais precisamente em seu artigo 8º, ao estabelecer que "toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa".

Todavia, apesar deste amparo à proteção do indivíduo, é prudente ressaltar que a prisão pode sim acontecer antes da sentença penal condenatória, desde que não seja como finalidade a punibilidade do agente.

É justamente neste sentido que o Código de Processo Penal traz em seu artigo 302 e seguintes as prisões , preventiva, temporária, além da prisão em flagrante, mas como já dito, nenhuma delas possui como finalidade a punição imediata ao agente.



Não obstante, há de se apontar também outras características deste alicerce do devido processo legal. A influência principiológica da não culpabilidade no ordenamento jurídico brasileiro se deu por muitos diplomas internacionais tidos como clássicos, além do Pacto de San José, ora já mencionado, há também inspiração na Declaração Universal dos Direitos Humanos, bem como na Convenção Europeia de Direitos Humanos de 1950.

2.1 MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

A mutação constitucional surge como um mecanismo de adequação da norma à realidade social, trazendo constantes atualizações da aplicação do dispositivo legal ante as necessidades e evoluções de uma sociedade. Assim, coloca-se a mutação constitucional como uma ferramenta modificadora da Constituição.

Neste mesmo enredo, ensina Ana Cândida Ferraz ao definir mutação constitucional:

?(?) alteração, não da letra ou do texto expresso, mas do significado, do sentido e do alcance das disposições constitucionais, por meio ora da interpretação judicial, ora dos costumes, ora das leis, alterações essas que, em geral, se processam lentamente, e só se tornam claramente perceptíveis quando se compara o entendimento atribuído às cláusulas constitucionais em momentos diferentes, cronologicamente afastados uns dos outros, ou em épocas distintas e diante de circunstâncias diversas?.



(FERRAZ, 1986, p.09)

A grande questão é que a mutação constitucional é apenas uma das formas para se proceder com a alteração da Constituição. Em verdade, cabe que de acordo com a própria Carta Política, há apenas uma maneira para buscar essa reforma, ora prevista no art. 60 da CF, através da formalidade do ato modificativo, edificando-se por meio da Emenda Constitucional.

Todavia, como ensina Uadi Lammego Bulos, a solenidade prevista na Constituição nem sempre seria oportuna, levando em consideração a alta complexidade nos trâmites previstos para alteração do dispositivo Maior, logo, tem-se:

?Seria errôneo e mesmo ingênuo conceber-se uma Constituição inalterável, frente à realidade social cambiante, com exigências, necessidades e situações sempre novas, em constante evolução? (BULOS, 1997, p. 57)

Portanto, a mutação constitucional não pode ser desprezada em detrimento à Reforma.

Assim também entende Luís Roberto Barroso, senão vejamos:

(...) a mutação constitucional consiste em uma alteração do significado de determinada norma da Constituição, sem observância do mecanismo constitucionalmente previsto para as emendas e, além disso, sem que tenha havido qualquer modificação de seu texto. Esse novo sentido ou alcance do mandamento constitucional pode decorrer de uma mudança na realidade fática ou de uma nova percepção do Direito, uma releitura do que deve ser considerado ético ou justo. (BARROSO, 2011, p. 148-149)

Essa mutação constitucional se dá de uma forma não solene, ou seja, a letra da lei permanece intacta, todavia, o seu entendimento é alterado, buscando uma melhor aplicabilidade diante dos novos fatos e percepções jurídicas de uma determinada sociedade. Diferentemente do que ocorre em uma reforma constitucional.

É neste aspecto que se discute sobre o ativismo judicial. Esse ativismo do Poder Judiciário reflete-se em uma discutível proeminência da atuação judiciária, que por sua vez estaria avançando ?limites? de atuação tripartite da atribuição dos poderes do Estado, como afirma-se na doutrina de Luís Roberto Barroso:

?A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.? (BARROSO, 2008)

Na mesma proporção em que o Judiciário possui legitimidade para modificar o entendimento constitucional



, há de se ponderar até qual ponto esta modificação interpretativa não estaria contrapondo a autonomia e competência do Legislativo em reformar a Constituição mediante as Emendas e Revisões, conforme preconizado nos art. 3º, ADCT, além do art. 60º, CF/88.

Seguindo este viés, há de se pontuar o entendimento doutrinário de José Gomes CANOTILHO:

(...) uma coisa é admitirem-se alterações do âmbito ou esfera da norma que ainda se podem considerar susceptíveis de serem abrangidas pelo programa normativo (Normprogramm), e outra coisa é legitimarem-se alterações constitucionais que se traduzem na existência de uma realidade constitucional inconstitucional, ou seja, alterações manifestamente in comportáveis pelo programa da norma constitucional. (CANOTILHO, 2000, p. 254)

Portanto, há de se ponderar a aplicabilidade da mutação constitucional em determinados casos, como por exemplo o entendimento constitucional tomado pela Corte Maior ao apreciar no ano de 2016 o HC nº 126.292.

[...]cumpre ao Poder Judiciário e, sobretudo, ao Supremo Tribunal Federal, garantir que o processo - único meio de efetivação do jus puniendi estatal -, resgate essa sua inafastável função institucional. A retomada da tradicional jurisprudência, de atribuir efeito apenas devolutivo aos recursos especial e extraordinário (como, aliás, está previsto em textos normativos) é, sob esse aspecto, mecanismo legítimo de harmonizar o princípio da presunção de inocência com o da efetividade da função jurisdicional do Estado. Não se mostra arbitrária, mas inteiramente justificável, a possibilidade de o julgador determinar o imediato início do cumprimento da pena, inclusive com restrição da liberdade do condenado, após firmada a responsabilidade criminal pelas instâncias ordinárias.

(STF - HC: 126292 SP - SÃO PAULO 8620448-89.2015.1.00.0000, Relator: Min. TEORI ZAVASCKI, Data de Julgamento: 17/02/2016, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-100 17-05-2016)

Este julgado é um caso emblemático, tanto pela sua repercussão, quanto por suas controvérsias causadas no âmbito jurídico-acadêmico.

Se ainda levar em consideração que o Supremo valeu-se do poder difuso de constitucionalidade para modificar o entendimento de um dispositivo legal que versa sobre garantias e direitos fundamentais, sendo portanto, uma cláusula pétrea, conforme prevê o art. 60, § 4º, inciso IV, da Constituição Federal, agrava-se ainda mais essa situação.

É justamente nesta seara que encontra-se um dos grandes problemas do entendimento do STF ante o HC nº 126.292, afinal, indo de encontro com o art. 5º, inciso LVII, bem como do art. 283 do CPP, entendeu como possível o cumprimento da sentença penal condenatória antes do esgotamento das vias recursais no grau máximo jurisdicional.

Neste sentido, em conflito com os dispositivos legais supracitados, a Suprema Corte confronta a também a doutrina majoritária no tocante ao tema, indo desde o ilustre Cesare BECCARIA, em sua eternizada obra Dos Delitos e das Penas, no qual esboçava a construção da presunção de inocência desde o século XVIII



:

?Um homem não pode ser chamado de 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 das quais ela lhe foi outorgada?. (BECCARIA, 1997, p. 69)

A repercussão dessa decisão foi tão significativa, que provocou várias ações perante o Supremo, com destaque para a ADC nº 54, que apontava a automaticidade das prisões após a condenação no segundo grau jurisdicional. O objetivo principal da ADC, que por sua vez era fortalecida por outras duas ações declaratórias, ora de números 43 e 44, era declarar constitucional o artigo 283 do CPP, que era totalmente contrário ao então entendimento do Supremo, hoje já superado, da viabilidade do cumprimento da sentença penal antes do esgotamento dos recursos cabíveis.

Ademais, a respeito dos limites da mutação constitucional, é primoroso ressaltar que de acordo com a própria nomenclatura, a mutação modifica a Constituição, logo, trata-se de uma interpretação acerca da CF, não de correntes doutrinárias ou de meros entendimentos jurisprudenciais tidos isoladamente ante à Lei Maior.

Neste viés, desbravando os fatos e fenômenos jurídicos sobre o tema, surge na doutrina, o entendimento no qual havendo uma mutação que contrarie o texto Constitucional, ela abandonaria o propósito da mutação constitucional, que é justamente o intérprete dar nova forma à Norma, tornando-se assim, uma ?mutação inconstitucional?, como afirma Luís Roberto BARROSO (2010, p. 129).

Seguindo essa corrente, de forma implacável pronuncia-se o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, relacionando o posicionamento do STF diante do HC nº 126.292/SP com a doutrina antevertida por Barroso, categorizando assim o entendimento adotado pelo STF face à referida ação constitucional como uma ?mutação inconstitucional".

Não obstante, há de se observar o julgado do STF a respeito das Ações Declaratórias de Constitucionalidade de nº 43, 44 e 54, onde os requerentes buscavam mudar o então entendimento da Corte Maior, que permitia a execução da pena após decisão colegiada em segunda instância.

Tendo como objeto central das ADCs o assentamento da constitucionalidade do art. 283, do CPP, os Ministros do Supremo procederam com o reconhecimento ora requerido, retificando assim, o entendimento anterior, tomado após o julgado do HC nº 126.292/SP, já mencionado anteriormente. Vale ressaltar ainda o que se encontra disposto no referido artigo:

Art. 283. 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. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 1o As medidas cautelares previstas neste Título não se aplicam à infração a que não for isolada, cumulativa ou alternativamente cominada pena privativa de liberdade. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 2o A prisão poderá ser efetuada em qualquer dia e a qualquer hora, respeitadas as restrições relativas à



inviolabilidade do domicílio. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

Outrossim, diante do reconhecimento da constitucionalidade do artigo supracitado, modificou-se, novamente, o posicionamento do STF ante o instituto da execução provisória da pena, que doravante passou aplicar sua interpretação normativa seguindo estritamente o disposto no art. 5º, LVII, CF/88, bem como o que se aduz também em norma infraconstitucional acima exposta.

2.2 CPP À LUZ DA CONSTITUIÇÃO

Aludindo o papel de cada um dos alicerces principais dessa problemática, faz-se necessário uma abordagem mais dialética entre todos esses elementos, a fim de compreender a essência da contrariedade da mutação constitucional adotada pelo STF diante da possibilidade do cumprimento da sentença penal condenatória antes do esgotamento dos recursos pertinentes.

Como já foi exposto, a Constituição Federal norteia todo o ordenamento jurídico brasileiro. Não obstante, além de regulamentar a estrutura do Estado, sendo amparado por demais diplomas e dispositivos legais, conseguinte, as decisões proferidas por determinada autoridade judiciária, necessariamente deverá ser uníssona à Carta Política, seja esta uma decisão monocrática, colegiada ou até mesmo por entendimento jurisprudencial dos Tribunais.

É justamente neste ponto que cria-se a problemática apresentada neste artigo, afinal a Constituição é soberana e norteia as decisões judiciais. Como o princípio da presunção de inocência está previsto no já mencionado dispositivo legal, cabe à autoridade judiciária aplicá-lo de acordo com a sua previsão



constitucional. Outrossim, há de se considerar que o instituto do trânsito em julgado da sentença penal condenatória é pacificado, seja doutrina ou jurisprudencialmente.

Logo, resta de maneira lúcida e inequívoca o entendimento a respeito do trânsito em julgado da sentença, ou também conhecido como coisa julgada, onde seguindo os ensinamentos de Enrico Tullio LIEBMAN (1981), a coisa julgada é uma qualidade da sentença, a qual torna imutável o comando legal deste título.

Neste mesmo aspecto, tem-se o entendimento doutrinário do jurista Gustavo Henrique BADARÓ a respeito da consequência da coisa julgada no ordenamento jurídico, que aduz o fato do trânsito em julgado da sentença penal condenatória relacionar-se com o elemento da imutabilidade da sentença ou acórdão: ?Assim, o trânsito em julgado da sentença penal condenatória ocorre no momento em que a sentença ou o acórdão torna-se imutável, surgindo a coisa julgada material? (BADARÓ, 2018).

?Não há, portanto, margem exegética para que a expressão seja interpretada, mesmo pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido de que o acusado é presumido inocente, até o julgamento condenatório em segunda instância, ainda que interposto recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal ou recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça.? (BADARÓ, 2018)

Outrossim, há de considerar-se a aplicação hermenêutica interpretativa ante a fria letra de lei, afinal, presumir-se que após mera manutenção da sentença pelos Tribunais ante decisão proferida pelo Juízo Primevo, viabilizaria o início ao cumprimento da pena, poderia representar eventual divergência constitucional, tendo em vista que se houve interposição de Recurso ante o acórdão, o mesmo poderá ser reformado, característica essa que preserva o status de inocente do acusado, conforme garante o princípio da não culpabilidade.

Elucidado o elemento interpretativo à luz constitucional, urge o Código de Processo Penal como alicerce garantidor dos Direitos Fundamentais, previstos na Constituição Federal, tendo o merecido destaque ao artigo 283, do CPP. Ao encontro do art. 5º, inciso LVII da CF, o art. 283, do CPP reforça, em seu caput, a tese do cabimento da prisão em caráter de cumprimento da pena apenas após o trânsito em julgado do título:

Art. 283. 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. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência) (Grifo nosso).

Entretanto, para entender melhor o cabimento da prisão, é necessária uma breve exposição para reforçar a diferença entre a prisão cautelar e a prisão em virtude da condenação, ora advinda pela sentença penal condenatória. Inicialmente, cabe uma breve análise sobre a prisão em flagrante, que busca precipuamente a não consumação do crime ou seu exaurimento, além de evitar a fuga do suspeito, bem como viabilizar a colheita de elementos probatórios de autoria e materialidade do delito. De forma transparente e objetiva, surge a referida prisão cautelar pacificada com o taxativo art. 302, do CPP.

Ainda neste sentido, há também a prisão preventiva, prevista no art. 311, do CPP, e seguintes, com destaque para o art. 312, do referido diploma legal, que regulamenta os cabimentos da sua decretação.



Essa modalidade de prisão permite a garantia do procedimento investigatório ou do processo penal, quando presente o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* em detrimento à ordem pública ou econômica.

Por fim, há de se ressaltar o papel da prisão temporária, prevista pela Lei nº 7.960/89, que completa os tipos de prisões cautelares previstas no ordenamento jurídico brasileiro. Este último tipo de prisão cautelar é bem restritiva, aplicando-se apenas em crimes e situações específicas, taxadas na Lei regulamentadora.

Não obstante, diante dos ensinamentos de Guilherme de Souza Nucci, tem-se a seguinte definição para prisão:

“É a privação da liberdade, tolhendo-se o direito de ir e vir, através do recolhimento da pessoa humana ao cárcere. Não se distingue, nesse conceito, a prisão provisória, enquanto se aguarda o deslinde da instrução criminal, daquela que resulta de cumprimento de pena. Enquanto o Código Penal regula a prisão proveniente de condenação, estabelecendo as suas espécies, formas de cumprimento e regimes de abrigo do condenado, o Código de Processo Penal cuida da prisão cautelar e provisória, destinada unicamente a vigorar, quando necessário, até o trânsito em julgado da decisão condenatória.” (Grifo nosso). (NUCCI, 2014, p. 463)

Portanto, percebe-se a clara natureza da prisão cautelar, que por sua vez é decretada, unicamente pelo judiciário, a fim de viabilizar em plenas condições a instrução criminal, até o trânsito em julgado da decisão condenatória. Diante o exposto, não se confunde a prisão cautelar com a prisão destinada ao cumprimento da sentença penal condenatória.

Após esse breve desvendar, torna-se possível debruçar-se de forma mais asseverada sobre a fiel importância do art. 283, do já debatido dispositivo legal, em consonância ao princípio constitucional, ora positivado no art. 5º, inciso LVII:

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

Neste sentido, surgem ainda Nestor TÁVORA e Rosmar Rodrigues ALENCAR, ratificando o entendimento exposto no presente artigo:

[...] o reconhecimento da autoria de uma infração criminal pressupõe sentença condenatória transitada em julgado (art. 5º, inc. LVII, da CF). Antes deste marco, somos presumivelmente inocentes, cabendo à acusação o ônus probatório desta demonstração, além do que o cerceamento cautelar da liberdade só pode ocorrer em situações excepcionais e de estrita necessidade. (TÁVORA; ALENCAR, 2015, p. 51)

Por isso, tem-se que até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, a regra no ordenamento jurídico brasileiro é a liberdade, restando assim, o encarceramento como mero acessório excepcional, atendo-se necessariamente às delimitações previstas em lei.

Ademais, havendo o STF se posicionado de forma contrária aos dispositivos legais em evidência, insurgiram-se os legitimados a propositura de ação de controle de constitucionalidade, outrora já suscitada neste artigo, mas carecendo de uma maior atenção nesta literatura, provocando os Supremo mediante a



ADC de nº 43, bem como seus apensos de nº 44 e 54.

Analisando o julgado da supracitada ação, ocorre que, na medida em que o Plenário da Corte maior assente com a procedência da ADC, pacifica-se nova jurisprudência a respeito da execução provisória da pena, sendo doravante inadmitida, salvo casos específicos expressos em lei.

Decisão: O Tribunal, por maioria, nos termos e limites dos votos proferidos, julgou procedente a ação para assentar a constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, na redação dada pela Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011, vencidos o Ministro Edson Fachin, que julgava improcedente a ação, e os Ministros Alexandre de Moraes, Roberto Barroso, Luiz Fux e Cármen Lúcia, que a julgavam parcialmente procedente para dar interpretação conforme. Presidência do Ministro Dias Toffoli. Plenário, 07.11.2019. (Grifo nosso).

Todavia, apesar de pacificado o entendimento acerca do tema exposto, não ficou definido pela Corte Suprema a viabilidade da alteração do texto constitucional acerca da propositura de Propostas de Emendas à Constituição, fato que toma-se notoriedade e protagonismo após a PEC nº 05/2019, que objetiva justamente a positivação em texto constitucional da execução provisória da pena.

2.3 PEC Nº 05/2019: PONTOS E CONTRAPONTOS

Como já explanado no artigo, o STF valendo-se da mutação constitucional, pacificou o entendimento da viabilidade da execução provisória da pena ao julgar o HC nº 126.292/SP. Não obstante, em decorrência deste entendimento, surgiram várias Ações Declaratórias de Constitucionalidade, que por sua vez resultaram em um novo entendimento do Supremo, desta vez, contrário à execução provisória da pena, fundamentando-se no art. 283 do Código de Processo Penal.



O fato do STF ter-se valido da mutação constitucional para edificar um entendimento não é o problema da questão, mas sim o fato do entendimento modificado versar sobre cláusula pétrea. Seguindo os ensinamentos de Paulo Gustavo GONET, verifica-se que as cláusulas pétreas estão salvaguardadas de eventuais modificações, seja por via formal, através das emendas constitucionais, seja por via informal, através da mutação constitucional.

?O poder constituinte originário cria o poder de reforma e estabelece também o procedimento que este deve trilhar. Por isso mesmo, o poder constituinte derivado deve respeito aos limites que o originário lhe impuser.(?)

O poder constituinte originário pode estabelecer que certas regras são intangíveis. Terá consagrado o que se denomina de cláusula pétrea. Essas cláusulas de perpetuidade são justificadas politicamente sob o argumento de que perfazem um núcleo essencial do projeto, que o titular do poder constituinte originário intenta preservar de quaisquer mudanças institucionalizadas.? (Grifo nosso) (GONET, 2009, 4ªed) Sendo assim, intenta-se o STF, em seu derradeiro entendimento, ora rechaçando a execução provisória da pena, em manter-se fiel à Carta Política.

Portanto, como já visto, não poderia o Supremo, valer-se da mutação constitucional para dar nova interpretação ao inciso LVII, do art. 5º da CF. Todavia, o Poder Legislativo, em Proposta de Emenda Constitucional, doravante denominada de PEC, teria autonomia para viabilizar a execução provisória da pena, de uma forma que não contrariasse a Carta Magna, e tão pouco tentasse alterar uma cláusula pétrea.

Tudo isso seria possível através da aprovação da PEC nº 05/2019, outrora ainda em tramitação no Congresso Nacional. A proposta em questão, tem como objetivo a inserção de um novo inciso, ora o XVI, no artigo 93 da Constituição Federal, a fim de positivar a possibilidade da execução provisória da pena, após condenação proferida em órgão colegiado, independente da possibilidade de interposição de recursos em grau jurisdicional superior.

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

O que se mostra interessante nessa PEC é que ela busca resolver um dos maiores conflitos da execução provisória da pena, que é justamente a inalteração da cláusula pétrea, afinal, o dispositivo modificado seria o artigo 93 e não o artigo 5º, ambos da Lei Maior.

Outro aspecto de viabilidade da PEC nº 05/2019, consiste muito na consonância com o entendimento doutrinário a respeito da mutabilidade da cláusula pétrea, ora ensinado por Nathalia MASSON (2018), no qual debruça-se a respeito da locução ?tendente a abolir?, ora prevista no art. 60, § 4º, CF/88.

Ou seja, ao amparar o núcleo essencial do direito protegido como cláusula pétrea o constituinte, não garantiu uma intangibilidade absoluta ao dispositivo. Meras reformulações linguísticas, em que nada alterem a substância daquilo preservado pela cláusula pétrea, são viáveis, assim como reformas superficiais, que não atinjam seu núcleo central.



Ademais, sendo o Congresso Nacional precipuamente composto por representantes do povo, cabe aos congressistas legitimar a vontade do povo. Seguindo neste raciocínio, foi aberto uma consulta pública, disponível no próprio site do Senado Federal, questionando ao cidadão o seu posicionamento a respeito da proposição da PEC nº 05/2019.

Ainda sobre a consulta pública, segundo dados disponibilizados no site do Senado Federal, iniciada em 18/11/2019 até 10/06/2021, os votos apurados sendo favoráveis à referida Proposta de Emenda Constitucional, perfazem um percentual de 91,87% (noventa e um vírgula oitenta e sete por cento), contra 8,13% (oito vírgula treze por cento) contrários à proposição da PEC, em um universo de 26.122 (vinte e seis mil cento e vinte e dois votos).

Neste sentido, surgem Eugenio Raúl ZAFFARONI e José Henrique PIERANGELI (2015), observando que de acordo com as necessidades da sociedade, há uma necessidade de adequação social das leis, bem como da conduta humana. Isso principalmente, no tocante às leis penais, que por sua vez tutelam e regulam os conflitos que envolvem o maior bem jurídico do nosso ordenamento, logo, a vida.

Portanto, mostra-se que a Lei, seja ela a Carta Constitucional ou dispositivo infraconstitucional, normatiza as relações e condutas da sociedade, devendo ser assim, consequência dos anseios e mudanças sociais, como assim sugere o aforismo *ubi societas, ibi jus*.

Posto a respeito da relativização no tocante à imutabilidade da cláusula pétrea, bem como visto sobre a necessidade da adequação legal às mudanças sociais, há de se abrir espaço para um terceiro aspecto interessante que dialoga com esses dois alicerces outrora expostos, que é a prevalência, mas não supremacia dos direitos e garantias fundamentais em nosso ordenamento.

Neste sentido, é prudente ressaltar que os direitos fundamentais possuem como característica a relatividade e não o absolutismo, ou seja, havendo conflito de direitos, necessariamente um se sobreporá ao outro, como ensina Cristina QUEIROZ:

“Na verdade, quando dois ou mais princípios colidem a solução do conflito está no recurso a um procedimento de ponderação. Instrumento dessa ponderação é o recurso a um conjunto de relações de precedência que ordenam os princípios em conflito. Essas relações de precedência não são absolutas, mas condicionadas. Valem unicamente sob as condições do caso particular ou de um grupo determinado de casos. Não possuem assim valor absoluto ou geral. De contrário, não poderíamos falar num processo de ponderação, mas de sobreposição ou triunfo de um princípio sobre o outro.” (QUEIROZ, 2000, p. 185)

Portanto, como exposto neste capítulo, por mais que se trate de direitos e garantias fundamentais, sendo ainda considerados cláusulas pétreas, não exerce tal princípio uma intangibilidade suprema.

Não obstante, valendo-se da possibilidade de expor pontos e contrapontos, ora oportunizada pelo ambiente Acadêmico, urge o mestre Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, com o seguinte ensinamento:



?violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa, não só a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.? (BANDEIRA DE MELLO, 2000, p . 747 - 749)

Sendo assim, de acordo com o exposto, constrói-se, no papel de antítese, o entendimento a respeito da impossibilidade da execução provisória da pena, posto que para parte da doutrina, a PEC nº 05/2019, mesmo que não altere diretamente o art. 5º, inciso LVII, da CF. Isso porque, conforme já aduzido, a cláusula pétrea não poderia ter o seu núcleo modificado.

Logo, neste entendimento, seria inconstitucional a tentativa de positivar a viabilidade da execução provisória da pena, mesmo que tal modificação se desse através da emenda constitucional do art. 93, da CF.

Edifica-se assim, um cenário tênue entre a modificação legal, ora tida pelo próprio Poder Judiciário (mutação constitucional), outrora pelo Poder Legislativo (Proposta de Emenda à Constituição), a fim de atender os anseios e relações sociais atuais, em face da garantia constitucional, que por sua vez tem em sua essência a imutabilidade ao tratar-se de direitos fundamentais.



3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do assentado neste artigo, pode-se afirmar a necessidade de modificação da Constituição, a fim de acompanhar as mudanças da sociedade. Entretanto, tais mudanças precisam acontecer de acordo com os ditames constitucionais, havendo assim, uma linha tênue entre estes dois aspectos.

Todavia, analisando especificamente o fato da execução provisória da pena, há de se pontuar observações pertinentes. Em plano sobressalente, há de se pontuar a atual impossibilidade da execução provisória, face a cláusula pétrea que positiva a garantia fundamental do princípio da não culpabilidade, bem como a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal, que ratifica que a prisão dar-se-á mediante o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Em contraponto, dos aspectos favoráveis à viabilidade da execução provisória, observa-se o elemento social, que representa as novas relações jurídicas e valores da sociedade, onde conforme demonstrado ao longo do presente artigo, é um dos pilares para a movimentação do Congresso para reformar a Carta Política.

Outrossim, vale reiterar que a PEC n° 05/2019, em uma derradeira tentativa de viabilizar a execução provisória da pena, busca alterar um artigo da CF que não versa sobre direito ou garantia fundamental, o que pode ser considerado como um esforço em driblar o protecionismo inerente ao núcleo da cláusula pétrea, o que por sua vez, poderia expurgar uma eventual inconstitucionalidade da Proposta.

Analisando as exposições apresentadas, apesar de não serem conclusivas devido à própria natureza do problema de pesquisa, que por sua vez não proporciona uma solução uníssona, entende-se que há de se ponderar até qual ponto se deve prevalecer a imutabilidade da cláusula pétrea em detrimento à necessidade de adequação das normas às modificações sociais que acontecem com o passar dos anos.

Indubitavelmente que as garantias e direitos fundamentais são os alicerces mais sólidos do Estado democrático de Direito, dispensando qualquer introdução histórica, que por si só seria capaz de recrudescer um artigo. Entretanto, em que pese a ponderação de direitos, é prudente não expurgar de imediato a possibilidade de adequação dos princípios diante das modificações inerentes à sociedade.?

Ademais, diante de uma temática tão complexa e delicada quanto a exposta, conforme previsão constitucional, não deveria caber à Corte Máxima do Poder Judiciário manifestar-se em tom decisivo a respeito do assunto, cabendo, portanto, ao Poder Legislativo, ora revestido de sua função legiferante, em regulamentar o tema, como assim foi tentado através da PEC objeto de estudo deste artigo.

Desta mesma maneira, que de forma assertiva o STF modificou o seu entendimento ante o julgado do HC n° 126.292/SP, onde possibilitava a execução provisória da pena, reconhecendo a constitucionalidade da afirmação de quem ninguém será preso senão em virtude de condenação criminal transitada em julgado, ressalvada exceções previstas em lei.

Neste sentido, objetivando conglomerar os posicionamentos doutrinários juntamente com os dispositivos



legais apresentados, permite-se concluir que a execução provisória da pena é inconstitucional, pois confronta diretamente garantias fundamentais, bem como princípios constitucionais enraizados historicamente no ordenamento jurídico ocidental e aplicados na Constituição Pátria ao final do século passado.

Ainda a respeito da inconstitucionalidade da execução provisória, é pertinente alegar que a própria PEC n° 05/2019, por mais que siga o rito das Emendas, ora previsto constitucionalmente, também se mostra como sendo contrária à CF. Isso porque independente da referida Proposta não alterar diretamente o texto de artigo consagrado como cláusula pétrea, o objeto da PEC fere o núcleo de um direito fundamental, ora do princípio da não culpabilidade, sacramentada no art. 5º, inciso LVII, da Lei Maior.

Arrematando assim, acerca do tema apresentando, conclui-se que independentemente da necessidade de se ponderar as mudanças interpretativas de acordo com as evoluções do relacionamento e valores sociais, o Judiciário deve se manter fiel à Constituição, pois dela é que se deve refletir os direitos fundamentais, conquistados após séculos de luta.



4. REFERÊNCIAS

- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, promulgada em 05 de outubro de 1988. Publicada no DOU de 05.10.1998. Planalto. Sítio Oficial. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>; Acesso em: 10 set. 2020.
- BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>; Acesso em: 14 nov. 2020.
- BRASIL. Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7960.htm>; Acesso em: 25 abr. 2021.
- BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>; Acesso em: 17 nov. 2020.
- BRASIL. Decreto-Lei nº 3689 de 3 de outubro de 1941. Instituiu o Código de Processo Penal. Publicado no DOU de 13.10.1941. Brasília. DF. Disponível em: Acesso em: 10 set. 2019.
- UNICEF. Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>; Acesso em: 15 nov. 2020.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 4ª edição, pág. 1189
- GOVERNO DO BRASIL. Democrática, Constituição Federal de 1988 foi Construída pela Sociedade, 2018. Disponível em: <https://www.gov.br/pt-br/constituicao-30-anos/textos/democratica-constituicao-federal-de-1988-foi-construida-pela-sociedade>; Acesso em: 10, nov. 2020.
- MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. Direito constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- ROMANO, Rogério Tadeu. Continência e Conexão como Formas de Modificação de Competência no Processo Penal. Disponível em: <https://www.jfn.jus.br/institucional/biblioteca/doutrina/Doutrina264-continencia-e-conexao-formas-processo-penal.pdf>; Acesso em: 18 mar. 2021.
- FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Processos informais de mudança da constituição: Mutações constitucionais como manifestação da interpretação constitucional pluralista Página 16 mutações constitucionais e mutações inconstitucionais. São Paulo: Max Limonad, 1986. p. 9.
- BULOS, Uadi Lammêgo. Mutação Constitucional. São Paulo: Saraiva, 1997, p.57
- BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 3ª. ed., São Paulo: Saraiva, 2011, p. 148 - 149.
- BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. Disponível em: <http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>; Acesso em : 15 mar. 2021
- CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 4ª. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 254



Supremo Tribunal Federal. Plenário. Direito Constitucional. Direito Processual Penal. Habeas Corpus nº 126.292 de São Paulo. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Impetrante: Maria Claudia de Seixas. Coator: Relator do HC nº 313.021 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília, 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4697570>> ;. Acesso em 11 set. 2019

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. Habeas Cosrpus, nº 126.292/São Paulo. Marcio Rodrigues Dantas. Relator: Ministro Teori Zavascki. 17 fev . 2016.

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

BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. 2a Ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 129).

LIEBMAN, Enrico Tullio. Eficácia e autoridade da sentença e outros aspectos escritos sobre a coisa julgada (com aditamentos relativos ao direito brasileiro). 2. ed. Tradução de: Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Forense: Rio de Janeiro, 1981.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró. É temerário admitir que o STF pode "criar" um novo conceito de trânsito em julgado. 6 de abril de 2018. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2018-abr-03/badaro-stf-nao-criar-conceito-transito-julgado>> Acesso em: 16 nov. 2020

NUCCI, Guilherme de Souza. Prisão e liberdade. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 463.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de direito processual penal. 10ª ed. JusPODIVM, 2015. p. 51.

CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. ADC nº 44. Disponível em <<http://s.conjur.com.br/dl/oab-stf-declare-constitucional-prisao.pdf>>. Acesso em 22/11/2017.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Oliveira. 4ª. ed. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2009.

MASSON, Nathalia. Manual de Direito Constitucional. 6. ed. Salvador: JusPODIVM, 2018, p. 139. SENADO FEDERAL. Consulta Pública, Proposta de Emenda à Constituição nº 5 de 2019 (PEC 5/2019). Disponível em: < <https://www12.senado.leg.br/ecidadaniamateria/visualizacaomateria?id=135253>> Acesso em: 10 jun. 2021.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro. 11. Ed. São



Paulo: Revista dos Tribunais. 2015, p.505

QUEIROZ, Cristina M. M. O Princípio da não reversibilidade dos Direitos Fundamentais Sociais. 2000. Op .cit., p.14.

MELLO, Celso Antonio Bandeira. Curso de Direito Administrativo, 12a edição, Malheiros, 2000, pp. 747 a 749.

A Constituição e o Supremo. Supremo Tribunal Federal, 2007. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp?item=1079>> Acesso em: 12, nov. 2020

BITENCOURT, C. R. Tratado de Direito Penal: Parte geral. 16. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LENZA, P. Direito constitucional esquematizado. 20. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016. Ebook.

MONTESQUIEU, C.D.S. O espírito das leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes. 8. Ed. São Paulo: Saraiva