

UNIVERSIDADE DE TAUBATÉ

Jéssica de Souza Mendes

**A MUTAÇÃO (IN)CONSTITUCIONAL DO PRINCÍPIO DA NÃO
CULPABILIDADE**

Taubaté -SP

2019

Jéssica de Souza Mendes

**A MUTAÇÃO (IN)CONSTITUCIONAL DO PRINCÍPIO DA
NÃO CULPABILIDADE**

Trabalho de Graduação em Direito, apresentado ao Departamento de Ciências Jurídicas da Universidade de Taubaté, como requisito para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Edson Sampaio da Silva.

Taubaté -SP

2019

**Ficha catalográfica elaborada pelo
SIBi – Sistema Integrado de Bibliotecas / UNITAU**

M538m Mendes, Jéssica de Souza
A mutação (in)constitucional do princípio da não culpabilidade /
Jéssica de Souza Mendes -- 2019.
56 f.

Monografia (graduação) – Universidade de Taubaté, Departamento
de Ciências Jurídicas, 2019.

Orientação: Prof. Edson Sampaio da Silva, Departamento de
Ciências Jurídicas.

1. Princípio da presunção de inocência - Interpretação e construção.
2. Sentenças (Processo penal). 3. Mutação constitucional. 4. Brasil.
Supremo Tribunal Federal. I. Universidade de Taubaté. II. Título.

CDU 343.131.5(81)

Elaborada por Felipe Augusto Souza dos Santos Rio Branco - CRB-8/9104

Jéssica de Souza Mendes

**A MUTAÇÃO (IN)CONSTITUCIONAL DO PRINCÍPIO DA NÃO
CULPABILIDADE**

Trabalho de Graduação em Direito, apresentado ao Departamento de Ciências Jurídicas da Universidade de Taubaté, como requisito para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Edson Sampaio da Silva.

Data: _____

Resultado: _____

BANCA EXAMINADORA

Prof.: _____

Universidade de Taubaté

Assinatura: _____

Prof.: _____

Universidade de Taubaté

Assinatura: _____

Dedico este trabalho ao meu pai (in memoriam), que foi, além de herói, meu grande incentivador e, sabendo do valor dos estudos, batalhou dia e noite para que eu pudesse continuar estudando e assim realizar os nossos sonhos. Também dedico a minha mãe, que é minha heroína e se manteve forte por todo este tempo, batalhando ao lado de meu pai e me apoiando e incentivando, principalmente nos momentos mais difíceis, fazendo com que eu não desistisse.

Aos meus irmãos, em especial ao Bruno, e aos meus familiares, por todo apoio e incentivo.

Aos professores da Universidade por todo aprendizado oferecido ao longo deste curso.

AGRADECIMENTOS

Aos meus amigos, que estiveram ao meu lado durante esses cinco anos, me apoiando e incentivando, principalmente durante a elaboração deste trabalho, em especial Alexandre; Amanda; Ana Lethicia; Bruna e João Vitor!

Ao meu professor orientador, pelo cotidiano apoio acadêmico, bem como por todo suporte oferecido para a elaboração deste trabalho; pelos conselhos e principalmente por me transmitir sua visão do Direito, me possibilitando expandir meus horizontes e assim, defender meus ideais.

Aos professores da Universidade que, de alguma forma, me inspiraram e me incentivaram a realizar este trabalho.

“Justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta”

RUI BARBOSA

RESUMO

O presente trabalho tem como principal objetivo expor toda a discussão envolvendo o princípio da não culpabilidade e, com isso, evidenciar se o início do cumprimento de pena antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória fere ou não este princípio. Deste modo, o trabalho foi construído sobre a metodologia dialética, com base principalmente em pesquisas bibliográficas e jurisprudenciais acerca do tema. O início do trabalho se dá com a construção do conceito do princípio da não culpabilidade analisando sua origem e o seu alcance. Por conseguinte será demonstrada a distinção da terminologia utilizada para este princípio, sendo muitas vezes utilizado o termo presunção de inocência. Adiante, passa-se a analisar as formas de mudança do texto constitucional e a chamada mutação constitucional. Assim sendo, serão expostos os principais pontos discutidos nos julgados do Supremo Tribunal Federal que fizeram com que este órgão alterasse seu posicionamento considerando que o início do cumprimento da pena após a decisão de segunda instância não fere o princípio da não culpabilidade exarado no artigo 5º, LVII, da Constituição Federal. Ainda, a exposição das ações declaratórias de constitucionalidade nº 43 e nº 44 que buscam fazer com que o Supremo declare constitucional o artigo 283, do Código de Processo Penal, e assim, altere novamente seu posicionamento, para declarar que o cumprimento de pena antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória é inconstitucional. Deste modo, o próximo objetivo é exibir como se deu a ascensão do Poder Judiciário evidenciando o Supremo Tribunal Federal. Neste sentido, busca-se analisar os motivos que levaram o Supremo a alterar o seu posicionamento e expor toda a discussão envolvendo essa mudança a fim de promover uma reflexão para o leitor do presente trabalho, para que este possa construir sua própria opinião e entendimento sobre o tema.

Palavras-chave: Princípio da Não Culpabilidade. Princípio da Presunção de Inocência. Supremo Tribunal Federal. Mutações Constitucionais. Constituição Federal.

ABSTRACT

The present work has as main objective to expose the whole discussion involving the principle of non-culpability and, thus, to show if the beginning of the penalty of the sentence before the *res judicata* of a convicting criminal, offends this principle or not. Therefore, this work was built on the dialectical methodology, based mainly on bibliographic and jurisprudential research on the subject. The beginning of the work grasps the construction of the concept of the principle of non-culpability by analyzing its origin and its scope. Thereby, the distinction of the terminology used for this principle will be demonstrated, often known as the term, presumption of innocence. Ahead, the work proceeds to analyse the forms of change of the constitutional text and the so-called constitutional mutation. Thus, the main points discussed in the judgments of the Federal Supreme Court, which caused this body to change its position will be exposed considering that the beginning of the execution of the sentence, after the decision of the second instance, does not violate the principle of non-culpability stated in the Article 5, LVII, of the Federal Constitution. Still, the statement of the Declaratory action for Constitutionality No. 43 and 44, which seeks to make the Supreme Court declare constitutional the Article 283 of the Code of Criminal Procedure, hence, change, again, its position to declare that compliance with penalty before the final judgment of a conviction is unconstitutional. To this point, the next objective is to show how the rise of the judiciary occurred, highlighting the Supreme Federal Court. In this sense, the work seeks to analyse the reasons that led the Supreme to change its position and expose the entire discussion involving this change, in order to promote a reflection of the present work for the reader, building his own opinion and understanding about the theme.

Keyword: Principle of non-culpability. Principle of presumption of innocence. Brazilian Supreme Federal Court. Constitutional mutation. Federal Constitution.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 PRINCÍPIO DA NÃO CULPABILIDADE	12
2.1 Discussões doutrinárias acerca da denominação do princípio	12
2.2 Origem e evolução do Princípio da Não Culpabilidade	14
2.3 Não culpabilidade nas constituições brasileiras	15
2.4 Conceito e alcance do princípio	16
2.5 A prisão penal e as prisões processuais	18
2.5.1 <i>Prisão pena ou prisão penal</i>	18
2.5.2 <i>Prisão processual ou cautelar</i>	19
3 MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL	21
3.1 Origem	21
3.2 Conceito e fundamento	21
3.3 Mudança formal x Mudança informal	22
3.4 Modalidades de mutação	24
3.4.1 <i>Mutação através da interpretação</i>	24
3.4.2 <i>Mutação por via do costume</i>	26
3.4.3 <i>Mutação por via do legislador</i>	26
3.5 Os limites da mutação e a chamada mutação inconstitucional	27
4 DISCUSSÕES JURISPRUDENCIAIS ACERCA DA POSSIBILIDADE DO CUMPRIMENTO DE PENA APÓS A CONDENAÇÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA	28
4.1 Habeas Corpus nº 84.078	28
4.2 Habeas Corpus nº 126.292	31
4.3 Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43 e nº 44	33
4.3.1 <i>Medida Cautelar na Ação declaratória de Constitucionalidade</i>	34
4.4 Repercussão Geral no Recurso Extraordinário com agravo nº 964.246	37
5 ASCENSÃO DO PODER JUDICIÁRIO: em especial o Supremo Tribunal Federal	39
6 MUTAÇÃO (IN)CONSTITUCIONAL?	44
7 CONCLUSÃO	49
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	52

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho aborda como tema a mutação (in)constitucional do princípio da não culpabilidade.

A Constituição Federal garante em seu artigo 5º, LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (BRASIL, 1988), e assegura neste inciso o princípio da não culpabilidade. É de suma importância evidenciar que este é um direito fundamental previsto em nossa Carta Magna, que possui o condão de garantir a liberdade pessoal do indivíduo e neste sentido, é entendido também como uma garantia processual penal.

É imperioso destacar que a nossa Carta Magna é considerada como um modelo rígido, sendo assim, a alteração de seu texto constitucional só é permitida se realizada através de emendas constitucionais, respeitada a regra de votação do artigo 60, da Constituição Federal. Contudo, o artigo 60, §4º da Constituição faz uma ressalva no que diz respeito as garantias e direitos individuais, pois, proíbe qualquer proposta de emenda que tende a abolir estas garantias e direitos.

Nesta linha de raciocínio, existem certas formas de mudança do texto constitucional, que serão analisadas no decorrer deste trabalho. Existem as mudanças formais do texto constitucional e existem também as mudanças informais. O objetivo é diferenciar essas formas de mudanças e assim poder apresentar a mutação constitucional, que é uma alteração do entendimento do texto constitucional, sem de fato, alterar o texto escrito.

É notável que nos últimos anos o Poder Judiciário teve uma crescente ascensão, e com isso passou a construir entendimentos e posicionamentos, consolidando-os através de suas jurisprudências, súmulas e etc. Ao longo deste trabalho será apontada a forma como ocorreu a ascensão do Poder Judiciário e como isso pode afetar os julgamentos e as formas de interpretação das leis, bem como os efeitos que esta ascensão irradia na sociedade, que é a principal afetada pelos julgamentos em questão.

Esta explanação é essencial para que se consiga entender as mudanças de posicionamento do Supremo Tribunal Federal acerca do referido tema.

O Supremo Tribunal Federal, até o ano de 2009 considerava constitucional o início do cumprimento de pena após condenação em segunda instância. Contudo, no referido ano, com o julgamento do HC nº 84.078 o STF alterou seu entendimento, condicionando o cumprimento da pena a sentença penal irrecorrível. Entretanto, no ano de 2016, com o julgamento do HC nº 126.292, o STF mudou seu entendimento novamente e voltou a considerar que o início do cumprimento de pena após decisão condenatória de segunda instância não fere o princípio da não culpabilidade.

Deste modo, este é um tema de alta relevância, tendo em vista as mudanças de posicionamento do Supremo Tribunal Federal, que nos últimos anos, alterou o seu posicionamento duas vezes, gerando discussões sobre a questão por parte da sociedade e principalmente da comunidade jurídica, haja vista que essas mudanças geram um certo desconforto e com isso acabam causando uma insegurança jurídica.

O objetivo principal deste trabalho é expor, primeiramente, a origem, a conceituação e o alcance do princípio da não culpabilidade e, principalmente, expor as discussões doutrinárias sobre a diferenciação da terminologia do princípio mencionado que muitas vezes é denominado como princípio da presunção de inocência.

Em seguida, serão apresentadas as formas pelas quais se é possível alterar o texto constitucional, quem pode realizar estas mudanças e qual o limite delas.

Deste modo, o próximo capítulo é destinado a análise dos últimos julgados do Supremo Tribunal Federal, que alteraram significativamente o entendimento atribuído ao artigo 5º, LVII, da Constituição Federal. Por conseguinte, o objetivo é exhibir os motivos e os pensamentos que levaram as decisões proferidas e também as discussões jurisprudenciais que foram geradas nestes julgados. Importante observar que entres estes julgados estão as Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43 e nº 44 que foram propostas objetivando a declaração de constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal e com isso buscam também um posicionamento do Supremo Tribunal Federal para considerar que o início do cumprimento de pena após decisão condenatória de segunda instância fere o artigo mencionado.

No capítulo seguinte se dá a exposição de como vem ocorrendo a ascensão do Poder Judiciário, como isso pode afetar a sociedade através da construção de jurisprudências ou da construção de novos entendimentos e/ou interpretações sobre o texto constitucional ou até mesmo sobre os textos legais.

Portanto, a questão principal a ser debatida é: esta mutação, que consiste na mudança de posicionamento do Supremo, é constitucional?, ou seja, pode, o Supremo Tribunal Federal, por ser o guardião da nossa Carta Magna, alterar seu posicionamento e considerar constitucional a execução antecipada da pena? Quais os efeitos desta alteração de entendimento?

Destarte, apresentado o tema, é essencial apontar que será utilizado para a elaboração deste trabalho o método dialético, realizado através de uma pesquisa bibliográfica e jurisprudencial do tema explanado.

2 PRINCÍPIO DA NÃO CULPABILIDADE

É necessário observar que no direito brasileiro há uma certa discussão sobre a denominação do princípio exarado no artigo 5º, LVII da Constituição Federal. Há os que apontam ser uma presunção de inocência; há os que dizem ser uma presunção de não culpabilidade e ainda há os que preferem alegar que não existe presunção. Sendo assim, no presente trabalho será utilizada a denominação do princípio da não culpabilidade.

Neste sentido, estudando o referido princípio, será apontada a sua origem e como ele foi inserido na constituição brasileira. Ademais, qual é o alcance deste princípio e qual o limite de sua atuação.

2.1 Discussões doutrinárias acerca da denominação do princípio

O direito brasileiro traz esculpido no artigo 5º, LVII da Constituição Federal uma garantia referente a liberdade do indivíduo, quando dispõe que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (BRASIL, 1988).

Com base nessa garantia prevista em nossa Carta Magna, muito se discute na doutrina qual seria a denominação correta do princípio que traz essa garantia. A seguir, serão apresentadas diversas opiniões e pensamentos sobre as distinções entre as principais denominações, quais sejam, princípio da não culpabilidade e princípio da presunção de inocência.

Há alguns doutrinadores que seguem a linha de raciocínio de que o princípio exarado em nossa Carta Magna é o da presunção de inocência, como, por exemplo, Alexandre de Moraes (2018, p. 165), que defende que

a Constituição Federal estabelece que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, consagrando a presunção de inocência [...].

Entretanto, existe a ideia de que as duas denominações se referem ao mesmo princípio e ao mesmo conteúdo e que não há necessidade de se fazer uma distinção. Esta é a posição mais defendida entre os doutrinadores, pois, aponta que o que muda é apenas a denominação do princípio, contudo, elas representam a mesma ideia, o mesmo objetivo.

Pode-se apontar então, o ensinamento dos autores Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2017, p.69), que nos dizem que “presunção de inocência, presunção de não culpabilidade e estado de inocência são denominações tratadas como sinônimas pela mais recente doutrina. Não há utilidade prática na distinção”. O pensamento do autor Gustavo Henrique Badaró (2017, p.63) se complementa ao dos referidos autores, quando evidencia que “não há diferença de conteúdo entre presunção de inocência e presunção de não culpabilidade. As expressões ‘inocente’ e ‘não culpável’ constituem somente variáveis semânticas de um idêntico conteúdo”. Ainda neste raciocínio, o autor Flávio Martins (2019, p. 851), defende que

o art. 5º, LVII, da Constituição Federal prevê o princípio da presunção de inocência, ou estado de inocência, ou estado de não culpabilidade, ao afirmar que ‘ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória’.

Apesar desta ser a posição mais defendida na doutrina, há aqueles que afirmam que o princípio consagrado em nossa Constituição é o princípio da não culpabilidade.

Renato Brasileiro de Lima, (2017, p. 43), aponta que

[...] a Constituição Federal em momento algum utiliza a expressão *inocente*, dizendo, na verdade, que ninguém será considerado *culpado*. Por conta dessa diversidade terminológica, o preceito inserido na Carta magna passou a ser denominado presunção de não culpabilidade.

Neste sentido, o autor Renato Marcão (2017, p. 79), diz que “a rigor, o dispositivo constitucional não fala em ‘presunção de inocência’, mas em ‘não culpabilidade’[...]”. O atual ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Mendes (2018, p. 831) esclarece que

a Constituição estabelece, no art. 5º, LVII, que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, consagrando, de forma explícita, no direito positivo constitucional, o princípio da não culpabilidade.

Tendo em vista todos os posicionamentos apresentados, a denominação que mais parece se adequar ao tema aqui discutido é a do princípio de não culpabilidade, uma vez que a Constituição não utiliza o termo “inocente”. Ainda, se utilizarmos o termo presunção de inocência, como justificar a instauração de um processo contra uma pessoa inocente? Nesta perspectiva o autor Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho (2006, p. 156) afirma que,

sustenta-se que não se pode presumir a inocência do réu, se contra ele tiver sido instaurada ação penal, pois, no caso, haverá um suporte probatório mínimo. O que se poderia presumir é a sua não-culpabilidade, até que assim seja declarado judicialmente. Não se poderia, assim, cogitar-se propriamente em uma presunção.

Ante o exposto, a denominação adotada para o presente trabalho será a do princípio da não culpabilidade. Entretanto, é importante observar que na doutrina e, principalmente na jurisprudência brasileira, as denominações são entendidas como sinônimas, motivo pelo qual em muitos julgados os órgãos judiciários alternam entre uma denominação e outra.

2.2 Origem e evolução do Princípio da Não Culpabilidade

A evolução histórica do princípio da não culpabilidade encontra algumas divergências com relação ao seu surgimento.

O autor Renato Brasileiro de Lima defende que este princípio teve seu surgimento em 1764, com o pensador Cesare Beccaria (1997 apud LIMA, 2017, p 43), quando este afirma que

um homem não pode ser chamado réu antes da sentença do juiz, e a sociedade só lhe pode retirar a proteção pública após ter decidido que ele violou os pactos por meio dos quais ela lhe foi outorgada.

Contudo, alguns outros autores, como Flávio Martins (2019, p. 851) e Renato Marcão (2017, p. 78), apontam que o princípio da não culpabilidade surgiu com a Revolução Francesa em 1789, quando foi positivado na Declaração dos Direitos do

Homem e do Cidadão, em seu artigo 9º, “todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei” (FRANÇA, 1789).

Por conseguinte, o autor Flávio Martins (2019) e o autor Renato Brasileiro de Lima (2017) estabelecem que o princípio foi proclamado também na Declaração Universal de Direitos Humanos, que foi aprovada pela ONU, em 1948, quando prevê em seu artigo 11, I, que

todo homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias a sua defesa (ONU, 1948).

Afirma o autor Renato Marcão (2017) que esse pensamento, ou seja, esse princípio foi positivado também na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). O artigo 8.2 da referida convenção, dispõe que “toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa [...]” (BRASIL, 1992).

Este princípio pode ser encontrado, também, em alguns outros pactos internacionais, como por exemplo, a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, em seu artigo 6.2, bem como no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, em seu artigo 14.2 (LIMA, 2017, 43).

Nota-se então, que o princípio da não culpabilidade teve sua origem consagrada nos tratados de direito Internacional, especificamente em pactos que tratavam sobre Direitos Humanos, tendo em vista que defende uma garantia fundamental que é a liberdade do indivíduo.

2.3 Não culpabilidade nas constituições brasileiras

O princípio da não culpabilidade só existia de forma implícita nas constituições brasileiras, até o advento da Constituição Federal de 1988. Era

invocado sempre com base no princípio do devido processo legal. Somente com a atual Constituição é que ele veio a ser admitido de forma expressa (LIMA, 2017).

A Constituição Federal de 1988, então, trouxe o princípio da não culpabilidade em seu artigo 5º, LVII, “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (BRASIL, 1988).

Analisando a origem do princípio através dos tratados internacionais, é possível observar que a nossa Constituição preferiu uma nomenclatura diferente ao positivizar este princípio, ou seja, não se fala em presumir a inocência de alguém, mas, fala-se em não considerá-lo culpado (LIMA, 2017). Este é mais um dos motivos que faz com que a terminologia não culpabilidade se enquadre melhor a discussão apresentada neste trabalho.

Nessa perspectiva, o autor Flávio Martins (2019, p. 851) destaca que

no Brasil, a primeira Constituição a admitir o princípio foi a de 1988, mesmo assim, com uma redação diferente: influenciada pelos textos fascistas italianos, em vez de dizer que o réu era inocente até decisão contrária, preferiu chamá-lo de ‘ainda não culpado’.

Apesar da nomenclatura usada de forma diversa, a Constituição garante o princípio da não culpabilidade e com ele a possibilidade do acusado responder ao processo em liberdade.

2.4 Conceito e alcance do princípio

O princípio da não culpabilidade traduz uma garantia fundamental, qual seja, tutelar a liberdade do indivíduo, no sentido de que este não seja considerado culpado até a prolação de sentença penal irrecorrível.

Este princípio pode ser compreendido como um princípio processual, no sentido que visa garantir que o acusado tenha direito ao devido processo legal, com a observância do contraditório e da ampla defesa, pois ele só será considerado culpado após a prolação de uma sentença penal irrecorrível.

O autor Renato Brasileiro de Lima (2017, p. 43) alega que este princípio,

em síntese, pode ser definido como o direito de não ser declarado culpado senão após o término do devido processo legal, durante o qual o acusado tenha se utilizado de todos os meios de prova pertinentes para a sua defesa (ampla defesa) e para a destruição da credibilidade das provas apresentadas pela acusação (contraditório).

Já o autor Flávio Martins (2019, p. 851) aponta que

trata-se de um direito individual, ou liberdade pública, ou direito de primeira dimensão (segundo Karel Vasak) ou de *status negativo* (segundo Georg Jellinek). Dessa maneira, o Estado terá o dever principal de não fazer: de não considerar o réu culpado antes de sentença penal condenatória transitada em julgado.

Haja vista que o princípio tem o intuito de tutelar a liberdade, sendo então, um direito individual, o que se passa a analisar é o alcance desse princípio. Qual o limite da proteção da liberdade do acusado?

Deste princípio surge a ideia de que o estado de inocência do réu prevalece até que este seja considerado culpado e que neste sentido, é dever do Estado, através da acusação comprovar a culpa do indivíduo. Desta forma, a liberdade do agente prevalece sobre o encarceramento no curso do processo (TÁVORA; ALENCAR, 2017).

É possível afirmar que surgem duas regras deste princípio, a regra probatória e a regra de tratamento. A regra probatória é aquela que prevê que o Estado tem o dever de evidenciar a culpa do agente. Deste modo, é da acusação o encargo de demonstrar que a autoria do crime imputado ao agente é de fato dele. A regra de tratamento tem o dever de fazer com que o Estado não trate o acusado de forma como se este já houvesse sido condenado. Contudo, as prisões cautelares não são proibidas no curso do processo, desde que ocorram em caráter excepcional, sendo a liberdade do indivíduo a regra, e desde que estejam presentes os pressupostos que autorizem e justifiquem a adoção de tais medidas, não sendo confundidas com execução provisória da pena (LIMA, 2017).

Observa-se que a presunção de inocência influencia não só o início do cumprimento da pena, como também a ocorrência de prisões cautelares no curso do processo. Contudo, o Supremo Tribunal Federal já declarou constitucional a decretação das prisões cautelares contra o acusado. Neste sentido, os autores Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2017, p. 185) defendem que

vale lembrar que as prisões cautelares (em flagrante, temporária e preventiva) sempre foram admitidas – e continuam sendo – pelo Supremo Tribunal Federal, independentemente de condenação em qualquer grau, desde que fundamentadas concretamente nos pressupostos previstos na legislação penal pertinente.

Sendo assim, no presente trabalho o que se discute é o início do cumprimento da prisão pena antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória e não a ocorrência da prisões cautelares, tendo em vista que estas são possíveis.

O princípio da não culpabilidade, então, garante um direito individual de liberdade. Este direito, via de regra, deve perdurar até que ocorra a prolação de uma sentença penal irrecorrível. Contudo, a sociedade clama por justiça, clama pela efetividade das leis e poder Judiciário, no sentido de que os culpados cumpram sua pena devida, sem que fiquem se utilizando de inúmeros recursos protelatórios a fim de postergar o início do cumprimento desta pena. Esta é a discussão trazida à baila por este trabalho. A necessidade do equilíbrio entre a liberdade do acusado e a efetividade do poder judiciário no tocante ao direito da sociedade à segurança pública.

2.5 A prisão penal e as prisões processuais

Analisando o alcance do princípio da não culpabilidade, é possível esclarecer que as prisões processuais continuam sendo válidas no curso do processo e não ferem o referido princípio. A discussão presente neste trabalho gira em torno da prisão penal, ou seja, do início do cumprimento desta prisão logo após condenação em segunda instância. Sendo assim, passa-se a breve análise das duas prisões.

2.5.1 Prisão pena ou prisão penal

A prisão penal, também chamada de prisão pena é aquela decretada após decisão penal condenatória transitada em julgado, em virtude de um crime cometido. “[...] é verdadeira prisão satisfativa, em resposta estatal ao delito ocorrido, tendo por

título a decisão judicial definitiva” (TÁVORA; ALENCAR, 2017, p. 891). “Além de expressar a satisfação da pretensão punitiva ou a realização do Direito Penal objetivo, caracteriza-se pela definitividade” (LIMA, 2017, P. 875).

Insta salientar que após a decisão do Supremo no HC 126.292, a prisão pena pode, então, ser decretada após acórdão condenatório proferido pelos tribunais de segunda instância, contudo, as garantias processuais previstas na Constituição devem ser asseguradas, como por exemplo, o devido processo legal; o contraditório e a ampla defesa. Neste interim, deve-se ressaltar que a decisão do STF em permitir o cumprimento de pena após decisão de segunda instância não fere o princípio da não culpabilidade, haja vista que os direitos e garantias do acusado foram asseguradas.

A prisão pode ocorrer após condenação de acórdão recorrível, sendo ainda previstos como garantia do preso os recursos que possam eventualmente revogar uma prisão arbitrária ou conceder ao preso o direito de resposta ao processo em liberdade. Para isso, existem o Habeas Corpus; o recurso Especial e o recurso Extraordinário.

Os recursos especial e extraordinário são interpostos nos tribunais superiores, respectivamente o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal. E “pelo menos em regra, os recursos extraordinário e especial não são dotados de efeito suspensivo (CPP, art. 637 c/c arts. 995 e 1.029, §5º, ambos do novo CPC)” (LIMA, 2017, p. 46). Neste sentido, o que se observa é que após a condenação em segunda instância, o acusado já pode iniciar o cumprimento da pena, haja vista que a interposição dos mencionados recursos não possui efeito suspensivo, atribuindo eficácia imediata a decisão da segunda instância. Contudo, o relator pode, em caráter excepcional, garantir o efeito suspensivo a estes recursos.

2.5.2 Prisão processual ou cautelar

A prisão processual ou cautelar é aquela decretada no curso do processo. Esta prisão possui caráter excepcional e só pode ocorrer nas hipóteses previstas em lei, demonstrado o requisito de que a permanência do acusado em liberdade é um risco para o curso do processo ou da investigação criminal. “É aquela decretada

antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória com o objetivo de assegurar a eficácia das investigações ou do processo criminal” (LIMA, 2017, p. 875).

A prisão processual é dividida em prisão em flagrante; prisão preventiva e prisão temporária. Estas prisões são completamente aceitas em nosso ordenamento jurídico e não ferem o princípio da não culpabilidade, podendo ser decretadas a critério do juiz, desde que devidamente fundamentadas e presentes seus requisitos. Não serão objeto de estudo do presente trabalho, que visa discorrer sobre a prisão penal.

3 MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

A mutação constitucional é uma forma de mudança da norma constitucional sem, de fato, alterar o seu texto. É a mudança na interpretação constitucional, a fim de adaptar a Constituição a novas realidades vividas pela sociedade.

3.1 Origem

A mutação constitucional surgiu na Alemanha, através da teoria constitucional alemã, que desenvolveu uma forma de alterar normas da Constituição sem que fosse necessária a alteração do texto formal. Sendo assim, as mudanças da realidade e da sociedade alemã levaram ao reconhecimento da existência da mutação (BARROSO, 2018).

O nome “mutação constitucional” surgiu em 1895, através da obra “Mutações na constituição do Reich Alemão”, de Paul Laband. Surgiu após serem encontradas diversas diferenças e/ou desigualdades entre a Constituição do Reich de 1871 e a realidade vivida na época (NUNES JÚNIOR, 2019).

3.2 Conceito e fundamento

O conceito específico da mutação, na visão de Luis Roberto Barroso (2018, p. 160), vem a ser um “[...] mecanismo que permite a transformação do sentido e do alcance de normas da Constituição, sem que se opere, no entanto, qualquer modificação do seu texto”.

A mutação, então, é vista como uma mudança informal, pois, ocorre através de uma mudança de interpretação, diferente da mudança formal que ocorre através de uma alteração textual. Sendo assim, para os autores Ingo Wolfgang; Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero (2019, p. 118)

no âmbito da chamada mudança informal, não há, a rigor, alteração de texto normativo, mas sim alteração no que diz com a aplicação concreta de seu conteúdo a situações fáticas que se modificam no tempo, geralmente pela via da interpretação constitucional, fenômeno designado, como já referido, de “mutação constitucional”, no sentido de uma mudança constitucional que, embora altere o sentido e alcance da constituição, mantém o texto constitucional intacto.

Nesta linha de raciocínio, Flávio Martins (2019, p. 346) conceitua a mutação como um

[...] poder de alterar o sentido, a interpretação da Constituição, *sem alteração de seu texto*. [...] Dessa maneira, o texto constitucional não é alterado, mas o seu sentido, a sua interpretação.

A mutação é, então, a mudança de interpretação de determinada norma sem que se altere seu texto original. Na constituição isso fica mais evidente, tendo em vista a plasticidade das normas constitucionais.

Após explícito o conceito da mutação, aponta-se o fundamento da mutação, que é a interação do direito com a realidade. Nas palavras de Luís Roberto Barroso (2018, p. 163) “o direito não existe abstratamente, fora da realidade sobre a qual incide. Pelo contrário, em uma relação intensa e recíproca [...] o Direito influencia a realidade e sofre a influência desta”.

“No caso das mutações constitucionais, é o conteúdo da norma que sofre o efeito da passagem do tempo [...]” (BARROSO, 2018, p. 163).

Desta forma, a mutação ocorre para que as normas consigam acompanhar a evolução da sociedade. Como se dá o pensamento do autor Flávio Martins (2019, p. 352), “[...] nas palavras de Thomas Jefferson “o mundo é dos vivos”, não podendo ser governado pelos mortos e suas vontades, seus valores”.

3.3 Mudança formal x Mudança informal

A mutação constitucional é um mecanismo que foi criado a fim de adequar normas já existentes a realidade que vivemos, sem a necessidade de se alterar o texto original da norma. No Brasil, é evidente que a Constituição Federal é dotada de

rigidez e com isso, a alteração da norma é feita através de um procedimento complexo e somente pode ser realizada pelos órgãos competentes.

Neste sentido, a mudança formal da Constituição ocorre através do poder constituinte reformador, também podendo ser chamado de poder constituinte derivado. Este é um poder de direito, haja vista que é regulamentado pela própria constituição, nos seus limites e atuação. Segundo Luis Roberto Barroso (2018, p. 186) o poder reformador “por via de consequência, somente poderá rever a obra materializada na constituição originária observando as formas e parâmetros nela estabelecidos”. O poder reformador pode alterar o texto constitucional através de emendas, seguindo o procedimento do artigo 60 da Constituição Federal.

“Os limites materiais atribuem a determinados conteúdos da Constituição uma super-rigidez, impedindo sua supressão (BARROSO, 2018, p. 205). Neste sentido, o poder reformador fica limitado e não pode alterar estes determinados conteúdos.

Com base na informação acima, pode-se apontar como um limite material as chamadas “cláusulas pétreas” contidas no artigo 60, § 4º, da Constituição Federal

Art. 60. A constituição poderá ser emendada mediante proposta:
§ 4º não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:
I – a forma federativa de Estado;
II – o voto direto, secreto, universal e periódico;
III – a separação dos Poderes;
IV – os direitos e garantias individuais (BRASIL, 1988).

No caso do presente trabalho, o que importa é o inciso IV do referido artigo, os direitos e garantias individuais, haja vista que o princípio da não culpabilidade previsto no inciso LVII, do artigo 5º da Constituição é considerado uma cláusula pétrea, por ser uma garantia fundamental. Neste sentido, abre-se espaço para uma discussão no sentido de se descobrir ser possível ou não uma mudança formal deste inciso, para que se torne possível o cumprimento da pena após condenação em segunda instância, pois, a mudança não serviria para abolir e/ou suprimir o direito da liberdade individual, mas sim, garantir que a justiça seja eficaz e acabe com as impunidades.

Existe também o poder constituinte originário que “trata-se do poder de elaborar e impor a vigência de uma Constituição” (BARROSO, 2018, p. 134) e com

relação a sua titularidade, “sua legitimidade repousa na soberania popular” (BARROSO, 2018, p. 134).

A mutação constitucional surge a fim de balancear a contradição entre a rigidez da Constituição e plasticidade das normas. A Constituição é rígida, pois, sendo a lei maior do país deve gerar segurança jurídica e estabilidade, contudo, as normas devem possuir plasticidade para que possam ser adaptadas as constantes evoluções da sociedade, sem que seja necessário se utilizar do processo complexo de reforma da Constituição (BARROSO, 2018).

Assim sendo, a mais recente doutrina aponta a existência de um terceiro poder, além dos poderes constituinte originário e derivado, o chamado poder constituinte difuso. Este caracteriza-se como um poder de fato, tendo em vista que não possui regulamentação em nosso ordenamento jurídico. Importante observar que esse poder pode ser exercido por qualquer intérprete da Constituição, por isso o termo “difuso”. Este poder traduz-se na mutação constitucional, pois é a alteração da interpretação da norma (NUNES JÚNIOR, 2019).

É um poder que possui sua soberania no povo, ou seja, os representantes do povo, que fazem parte dos órgãos do poder constituído, é que exercem este poder, através das demandas sociais. É exercido através de mecanismos informais, que não estão previstos de forma expressa, mas, ainda sim são permitidos pela Constituição, como a interpretação das normas constitucionais (BARROSO, 2018).

3.4 Modalidades de mutação

A Constituição Federal, embora seja rígida, deve se adaptar as novas realidades a fim de que não perca sua eficácia, de que não fique desacreditada. Desta forma, existem mecanismos, modos de utilização da mutação, que serão explicados a seguir.

3.4.1 Mutação através da interpretação

A mutação constitucional ocorre, na maior parte das vezes, por meio da interpretação, por ser o meio mais rápido de atualização e adaptação das normas a realidade atual. Segundo Luís Roberto Barroso (2018, p. 166) “a interpretação constitucional consiste na determinação do sentido e alcance de uma norma constante da Constituição, com vistas à sua aplicação”.

A interpretação pode ocorrer de forma direta, quando ocorrer em face de um dispositivo constitucional e indireta, quando ocorrer tendo como base uma norma infraconstitucional (hipótese em que a Constituição é utilizada como parâmetro para aplicação da referida norma), (BARROSO, 2018).

Cumprir observar que as normas contidas na Constituição Federal possuem um caráter aberto e por isso podem ser interpretadas. Neste sentido, o intérprete da Constituição se torna fundamental na aplicação da norma, tendo em vista que sua função se estende para um julgamento do caso concreto, através de escolhas e valorações dos elementos presentes, para que então, a norma possa ser aplicada. Deste modo, a mutação constitucional por via da interpretação ocorre quando há uma mudança de entendimento em relação a um texto normativo já existente. É a mudança de uma interpretação que já foi utilizada (BARROSO, 2018).

Nas palavras de Luís Roberto Barroso (2018, p. 167),

no caso da interpretação judicial, haverá mutação constitucional quando, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal vier a atribuir a determinada norma constitucional sentido diverso do que fixara anteriormente, seja pela mudança da realidade social ou por uma nova percepção do direito.

Não distante, o pensamento do autor Flávio Martins (2019, p. 347)

a mudança da interpretação da Constituição pode ser feita por qualquer intérprete da Constituição, mas principalmente pelo Judiciário (e, claro, pelo guardião da Constituição Federal, o STF). Embora o texto constitucional permaneça o mesmo, a interpretação do texto é alterada.

Como exemplo da mutação através da interpretação pode-se utilizar o tema do presente trabalho, ou seja, o princípio da não culpabilidade (artigo 5º, LVII, CF). De acordo com Flávio Martins (2019, p. 350)

trata-se de um importante exemplo de mutação constitucional. Se, no passado, o STF fazia uma interpretação absoluta, irrestrita, do art. 5º, LVII, da Constituição, afirmou expressamente nas ADCs 43 e 44 a relatividade desse direito fundamental.

Desta forma, é possível apontar que a mutação do referido princípio é uma mudança informal da Constituição que ocorre através de uma alteração da interpretação dada a ele.

3.4.2 Mutação por via do costume

A muta o por via do costume ocorre através da prática reiterada de atos que passam a ser considerados válidos ou até obrigatórios. Contudo, a ideia da existência de costumes constitucionais não   pacífica (BARROSO, 2018).

Autores como Flávio Martins (2019) denominam a muta o por via do costume como “*praxe constitucional*”, alegando ser esta a prática de reiterados atos políticos que possam alterar o sentido das normas constitucionais sem a altera o de seu texto.

Como exemplo, pode-se utilizar o sistema parlamentarista, constituído durante o reinado de D. Pedro II, quando este começou a nomear ministros para o ajudarem no governo, muito embora não houvesse nenhum dispositivo constitucional sobre o assunto (NUNES JÚNIOR, 2019).

3.4.3 Muta o por via do legislador

A muta o por via do legislador ocorre através da atua o do poder legislativo. Ocorrerá quando, o legislador, ao editar uma lei, procurar alterar uma interpreta o que já foi atribuída a uma determinada norma constitucional. O exemplo utilizado   o do artigo 226,  3 , CF, que reconhece a entidade familiar como sendo o homem e a mulher. Supondo-se que este artigo reconhecesse a veda o da existência de união estável entre pessoas do mesmo sexo, se ao editar uma lei, o legislador reconhecesse a existência dessa união estável, estaria alterando o sentido dado a norma constitucional, fazendo com que ocorresse a muta o

constitucional. Contudo esta lei estará sujeita ao controle de constitucionalidade que irá decidir se a interpretação criada é legítima ou não (BARROSO, 2018).

3.5 Os limites da mutação e a chamada mutação inconstitucional

A mutação constitucional para ter validade é preciso ser legítima, é preciso respeitar os limites. Para isso, deve buscar sua legitimidade entre a rigidez a plasticidade da Constituição. Observa-se aqui que a rigidez serve para resguardar e/ou proteger a segurança jurídica e a estabilidade das normas constitucionais. Já a plasticidade tem a finalidade de adequar as normas constitucionais a nova realidade a as novas demandas sociais, sem que seja necessário se utilizar dos processos formais de alteração da Constituição (BARROSO, 2018).

Sendo assim, apresenta dois limites, quais sejam, “[...] as possibilidades semânticas do relato da norma, vale dizer, os sentidos possíveis do texto que está sendo interpretado ou afetado [...]” (BARROSO, 2018, p. 164), ou seja, a mutação deve se manter dentro dos limites de interpretação do texto constitucional, e a “[...] preservação dos princípios fundamentais que dão identidade àquela específica Constituição [...]” (BARROSO, 2018, p. 164), ou seja, não deve desrespeitar os direitos fundamentais que estão inseridos na Constituição.

Caso uma mutação não respeite os limites impostos, esta passará a ser chamada de “mutação inconstitucional”. São mutações, formas de adaptação da Constituição a nova realidade que contrariam o sentido da Constituição e até mesmo a soberania popular (através do poder constituinte). De acordo com Luís Roberto Barroso (2019, p. 164) “[...] essa capacidade de adaptação não pode desvirtuar o espírito da Constituição”.

Com relação as mutações inconstitucionais, é dever dos poderes competentes rejeitá-las, o que pode acabar não ocorrendo, haja vista que a maior parte delas ocorre por parte da interpretação, que ocorre através dos intérpretes da Constituição, que na maioria das vezes são os órgãos do Poder Judiciário. Sendo assim, as mutações que ocorrem atualmente são alvo de grandes e polêmicas discussões, como no caso do presente trabalho.

4 DISCUSSÕES JURISPRUDENCIAIS ACERCA DA POSSIBILIDADE DO CUMPRIMENTO DE PENA APÓS A CONDENAÇÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA

É notório que o fato de o STF permitir o início do cumprimento da pena após a prisão em segunda instância gerou muita polêmica e debates em torno deste assunto. Para explicar como o Supremo chegou até a última decisão, consagrando que o início do cumprimento da pena não está condicionado ao trânsito em julgado de sentença penal condenatória, é necessário uma análise dos julgados que alteraram sua posição ao longo dos anos.

Neste sentido, é de extrema importância que se faça saber que a posição do Supremo Tribunal Federal sempre foi a de que a condenação em segunda instância gera o início do cumprimento da pena. Contudo, somente no ano de 2009 é que este posicionamento foi alterado, passando a considerar que o início do cumprimento da pena estaria condicionado ao trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Esta discussão foi trazida à baila novamente com o julgamento do HC nº 126.292, no ano de 2016, em que o STF voltou a adotar seu entendimento originário de que a condenação em segunda instância gera o início do cumprimento da pena. Assim, ainda no ano de 2016 foi decretada a repercussão geral do assunto no Recurso Extraordinário com Agravo nº 946.264.

Por ser um tema muito polêmico, ainda há ações em trâmite a fim de declarar inconstitucional o cumprimento de pena após condenação em segunda instância, como por exemplo, as ADC's nº 43 e 44, contudo, em decisão de medida cautelar destas ações, o STF manteve a sua posição.

Após a síntese das decisões, passa-se ao estudo dos julgados.

4.1 Habeas Corpus nº 84.078

Como já foi relatado anteriormente, desde a promulgação da Constituição de 1988 até o ano de 2009 o posicionamento do Supremo Federal era de que após a

condenação em segunda instância já era possível o início do cumprimento da pena e que isso não feria o princípio da não culpabilidade (PAULO; ALEXANDRINO, 2017).

No entanto, no ano de 2009 o Supremo decidiu por alterar o seu posicionamento com relação ao princípio da não culpabilidade, contido no artigo 5º, LVII, CF, através do julgamento do HC nº 84.078, no dia 05 de fevereiro de 2009.

A história por trás deste Habeas Corpus é a de Omar Coelho Vítor, denunciado por tentativa de homicídio duplamente qualificado (artigos 212, §2º, IV e artigo 14, II, ambos do CP). Ele foi condenado pelo Tribunal do Júri da comarca de Passos (MG) à pena de 3 anos e 6 meses de reclusão, após acolhimento da tese de homicídio privilegiado. Após julgamento de novo júri, em virtude do provimento da apelação do Ministério Público, o agente foi condenado a 7 anos e 6 meses de reclusão em regime integralmente fechado. Contudo, em julgamento da apelação da defesa, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais manteve a decisão da condenação em 7 anos e 6 meses, alterando apenas o regime para inicialmente fechado e não integralmente fechado (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. HC nº 84.078. Relator:Ministro Luiz Fux).

A defesa do agente recorreu ao STJ, através de recurso especial, contudo, antes da subida do recurso, o Ministério Público de Minas Gerais pediu ao Tribunal de Justiça do Estado de Minas a decretação da prisão do agente. Deste modo, a alternativa encontrada pela defesa foi a impetração do Habeas Corpus ao STF pedindo a suspensão da execução da pena (STF, 2009).

O Habeas Corpus recebeu o número 84.078, foi julgado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal e foi concedido, por sete votos a quatro, para que o agente recorresse da decisão condenatória em liberdade. Foram vencidos os votos dos ministros Menezes Direito; Carmem Lúcia; Joaquim Barbosa e Ellen Gracie e foram vencedores os votos dos ministros Eros Grau (relator); Celso de Mello; Cezar Peluso; Carlos Ayres Britto; Ricardo Lewandowski; Gilmar Mendes e Marco Aurélio (STF, 2009). O julgado possui a seguinte ementa

HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA "EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA". ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. O art. 637 do CPP estabelece que "[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à

primeira instância para a execução da sentença". A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória". 2. Daí que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP. 3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. 4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão. 5. Prisão temporária, restrição dos efeitos da interposição de recursos em matéria penal e punição exemplar, sem qualquer contemplação, nos "crimes hediondos" exprimem muito bem o sentimento que EVANDRO LINS sintetizou na seguinte assertiva: "Na realidade, quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está querendo fazer o mal, se equipara um pouco ao próprio delinqüente". 6. A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados -- - não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e extraordinários e subseqüentes agravos e embargos, além do que "ninguém mais será preso". Eis o que poderia ser apontado como incitação à "jurisprudência defensiva", que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço. 7. No RE 482.006, relator o Ministro Lewandowski, quando foi debatida a constitucionalidade de preceito de lei estadual mineira que impõe a redução de vencimentos de servidores públicos afastados de suas funções por responderem a processo penal em razão da suposta prática de crime funcional [art. 2º da Lei n. 2.364/61, que deu nova redação à Lei n. 869/52], o STF afirmou, por unanimidade, que o preceito implica flagrante violação do disposto no inciso LVII do art. 5º da Constituição do Brasil. Isso porque -- - disse o relator --- "a se admitir a redução da remuneração dos servidores em tais hipóteses, estar-se-ia validando verdadeira antecipação de pena, sem que esta tenha sido precedida do devido processo legal, e antes mesmo de qualquer condenação, nada importando que haja previsão de devolução das diferenças, em caso de absolvição". Daí porque a Corte decidiu, por unanimidade, sonoramente, no sentido do não recebimento do preceito da lei estadual pela Constituição de 1.988, afirmando de modo unânime a impossibilidade de antecipação de qualquer efeito afeto à propriedade anteriormente ao seu trânsito em julgado. A Corte que vigorosamente prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade não a deve negar quando se trate da garantia da liberdade, mesmo porque a propriedade tem mais a ver com as elites; a ameaça às liberdades alcança de modo efetivo as classes subalternas. 8. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual Ordem concedida.

(HC 84078, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em

05/02/2009, DJe-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010 EMENT VOL-02391-05 PP-01048)

Mesmo no ano de 2009 o julgamento foi alvo de muitos debates e muitas questões polêmicas foram levantadas ao se presenciar a mudança de posicionamento do Supremo sobre um tema tão relevante. A tese que prevaleceu foi a de que a execução antecipada da pena fere o artigo 5º, LVII, CF. Contudo, como já informado que o julgamento foi alvo de debates, os ministros que tiveram seus votos vencidos alegaram, entre outros argumentos, que a análise da matéria de fato se dá nas instâncias ordinárias e que os recursos encaminhados ao STJ e STF não possuem efeito suspensivo, sendo possível a execução da pena logo após a condenação em segunda instância, bem como afirmaram que o Brasil possui muitas vias recursais (STF, 2009). Segundo o ministro Joaquim Barbosa (STF, 2009), “[...] em nenhum país há a “generosidade de HCs” existente no Brasil”.

Após este julgamento, o entendimento passou a ser condicionar a execução da pena ao trânsito de sentença penal irrecorrível.

4.2 Habeas Corpus nº 126.292

Após o julgamento em 2009, o posicionamento do STF se manteve até o julgamento do Habeas Corpus nº 126.292, no dia 17 de fevereiro de 2016.

O agente envolvido no julgamento foi condenado, em primeira instância, à pena de 5 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial fechado, pelo crime de roubo qualificado (art. 157, §2º, I e II, CP). A defesa recorreu ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que negou provimento ao recurso e determinou a expedição do mandado de prisão. Inconformada, a defesa impetrou HC no Superior Tribunal de Justiça, que indeferiu o pedido de liminar. Sendo assim, a defesa impetrou HC perante o STF a fim de comprovar que a expedição do mandado de prisão antes do trânsito em julgado de decisão condenatória fere o princípio da não culpabilidade, conforme jurisprudência adotada no julgamento do HC 84.078 (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, HC 126.292, Relator Ministro Teori Zavascki).

O Habeas Corpus de nº 126.292, então, foi julgado pelo Plenário do STF, que, por maioria de votos (7 a 4), entendeu que a execução da pena após a condenação

em segunda instância não ofende o princípio da presunção de inocência. Foram vencidos os votos dos ministros Rosa Weber; Marco Aurélio; Celso de Mello e Ricardo Lewandowski e foram vencedores os votos dos ministros Edson Fachin; Luís Roberto Barroso; Luiz Fux; Dias Toffoli; Carmem Lúcia; Gilmar Mendes e Teori Zavascki (relator) (STF, 2016a). O julgado possui a seguinte ementa

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. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado.

(HC 126292, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100 DIVULG 16-05-2016 PUBLIC 17-05-2016)

Os ministros com os votos vencedores do julgamento ressaltaram que até a sentença de segunda instância, existe a presunção de inocência do réu, que desaparece após a confirmação da condenação, pois é aí que acaba o exame da matéria de fato e de provas, sendo cabível as instâncias superiores apenas o reexame da matéria de direito, relembrando os votos no mesmo sentido do HC 84.078. As afirmações dos ministros vencidos se mantiveram no sentido de que o Tribunal já havia adotado um posicionamento sobre a matéria e deveria mantê-lo, no sentido de condicionar a execução da pena ao trânsito em julgado de sentença penal condenatória (STF, 2016a).

Este foi mais um julgamento repleto de polêmicas, sendo este, o mais importante, por alterar novamente o posicionamento do STF, no sentido de permitir a execução da pena após a condenação em segunda instância e no momento em que o país passava por um momento delicado com o estouro da operação lava-jato, onde os grandes nomes da corrupção estavam sendo presos e, então, não poderia ser outro o cenário deste julgamento, senão caótico e polêmico.

Mesmo com essa alteração de entendimento, muitas ações, recursos e HC's foram protocolados/interpostos/impetrados, a fim de fazer com que o Supremo revisitasse este julgamento e optasse por voltar ao entendimento estabelecido no HC 84.078, o que não ocorreu.

4.3 Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43 e nº 44

A ação declaratória de constitucionalidade nº 43 foi proposta pelo Partido Ecológico Nacional-PEN, enquanto a ação declaratória de constitucionalidade nº 44 foi proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados-OAB.

Ambas foram propostas com o mesmo objetivo, qual seja, declarar constitucional o artigo 283, do Código de Processo Penal, que dispõe que

ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva (BRASIL, 1941).

Isto porque a decisão do Supremo proferida no HC 126.292 que alterou seu posicionamento permitindo a execução antecipada da pena vai contra o texto legal do artigo 283, CCP, contudo, ao proferir a decisão, os ministros deixaram de se pronunciar sobre o referido artigo, informando apenas que a execução antecipada da pena não feria o artigo 5º, LVII, CF (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, medida cautelar na ADC, Relator: Ministro Marco Aurélio).

Na ADC 43, o Partido Ecológico requer que o Supremo reconheça que o início do cumprimento da pena deve estar condicionado ao trânsito em julgado de sentença penal condenatória, haja vista o que dispõe o artigo 283, CPP, bem como, o que dispõe também a decisão proferida pelo STF no HC 84.078. Deste modo, requereu em sede de cautelar que não fossem decretadas novas execuções antecipadas de pena, bem como, que fossem suspensas as que já haviam sido deferidas, libertando as pessoas que se encontravam presas sem que houvesse condenação transitada em julgado. Ainda, se indeferido este pedido, que o artigo 283, CPP fosse interpretado conforme a Constituição para que pudesse ser aplicado por analogia o artigo 319, CPP, a fim de aplicar medidas alternativas em vez da prisão decorrente de condenação em segunda instância, até que se julgue o mérito da ação. E por fim, se estes dois pedidos não fossem acolhidos, requereu que fosse condicionada a aplicação da pena a análise da causa pelo STJ, quando houvesse a

interposição de Recurso Especial, e que fosse restringida a não aplicação do efeito suspensivo ao Recurso Extraordinário, enquanto não for julgado o mérito da ação (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, medida cautelar na ADC, Relator: Ministro Marco Aurélio).

Na ADC 44, o Conselho Federal defende que o STF ao permitir a execução antecipada da pena (julgamento do HC 126.292), autoriza a determinação da prisão e o afasta o artigo 283, CPP, sem submeter a questão a apreciação do plenário, ferindo o artigo 97, CF. Alega ainda que o dispositivo que pretende ser declarado constitucional possui o mesmo teor do artigo 5º, LVII, CF e que declará-lo inconstitucional seria declarar inconstitucional o próprio dispositivo constitucional. Alega também que a interpretação adotada pelo STF fere a disposição literal do dispositivo constitucional e que a intenção é instituir “*verdadeira política judiciária que deverá orientar a atuação dos tribunais nos casos futuros, incluindo os processos da operação lavajato*” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, medida cautelar na ADC, Relator: Ministro Marco Aurélio, p. 78). Assim sendo, requereu em sede cautelar a

suspensão da execução antecipada da pena de todos os casos em que os órgãos fracionários de Segunda Instância, com base no HC 126.292/SP, simplesmente ignoraram o disposto do artigo 283 do Código de Processo Penal (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, medida cautelar na ADC, Relator: Ministro Marco Aurélio, p. 78).

Fica evidente que o propósito das duas ações declaratórias de constitucionalidade é afastar a execução antecipada da pena após condenação em segunda instância, declarando constitucional o artigo 283, CPP. A cautelar pleiteada em ambas ações foi indeferida conforme segue no próximo tópico, contudo, as ações declaratórias de constitucionalidade ainda seguem em trâmite junto ao Supremo Tribunal Federal para julgamento de seus méritos.

4.3.1 Medida Cautelar na Ação declaratória de Constitucionalidade

A ação declaratória de constitucionalidade nº 44 foi apensada a ADC nº 43 e com isso foi realizado um único julgamento das medidas cautelares pedidas em

ambas. Como declara o ministro Marco Aurélio no acórdão da referida medida cautelar, “ante a coincidência de objetos, Vossa Excelênciadeterminou o apensamento, a este processo, do revelador daação declaratória de constitucionalidade nº 44, para julgamentoconjunto” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, medida cautelar na ADC, Relator: Ministro Marco Aurélio).

A medida cautelar foi indeferida, com a seguinte ementa

MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE. ART. 283 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. EXECUÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE APÓS O ESGOTAMENTO DO PRONUNCIAMENTO JUDICIAL EM SEGUNDO GRAU. COMPATIBILIDADE COM O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. ALTERAÇÃO DE ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DO HC 126.292. EFEITO MERAMENTE DEVOLUTIVO DOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS E ESPECIAL. REGRA ESPECIAL ASSOCIADA À DISPOSIÇÃO GERAL DO ART. 283 DO CPP QUE CONDICIONA A EFICÁCIA DOS PROVIMENTOS JURISDICIONAIS CONDENATÓRIOS AO TRÂNSITO EM JULGADO. IRRETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS GRAVOSA. INAPLICABILIDADE AOS PRECEDENTES JUDICIAIS. CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 283 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. MEDIDA CAUTELAR INDEFERIDA. 1. No julgamento do Habeas Corpus 126.292/SP, a composição plenária do Supremo Tribunal Federal retomou orientação antes predominante na Corte e assentou a tese segundo a qual “A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal”. 2. No âmbito criminal, a possibilidade de atribuição de efeito suspensivo aos recursos extraordinário e especial detém caráter excepcional (art. 995 e art. 1.029, § 5º, ambos do CPC c/c art. 3º e 637 do CPP), normativa compatível com a regra do art. 5º, LVII, da Constituição da República. Efetivamente, o acesso individual às instâncias extraordinárias visa a propiciar a esta Suprema Corte e ao Superior Tribunal de Justiça exercer seus papéis de estabilizadores, uniformizadores e pacificadores da interpretação das normas constitucionais e do direito infraconstitucional. 3. Inexiste antinomia entre a especial regra que confere eficácia imediata aos acórdãos somente atacáveis pela via dos recursos excepcionais e a disposição geral que exige o trânsito em julgado como pressuposto para a produção de efeitos da prisão decorrente de sentença condenatória a que alude o art. 283 do CPP. 4. O retorno à compreensão emanada anteriormente pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido de conferir efeito paralisante a absolutamente todas as decisões colegiadas prolatadas em segundo grau de jurisdição, investindo os Tribunais Superiores em terceiro e quarto graus, revela-se inapropriado com as competências atribuídas constitucionalmente às Cortes de cúpula. 5. A irretroatividade figura como matéria atrelada à aplicação da lei penal no tempo, ato normativo idôneo a inovar a ordem jurídica, descabendo atribuir ultratividade a compreensões jurisprudenciais cujo objeto não tenha reflexo na compreensão da ilicitude das condutas. Na espécie, o debate cinge-se ao plano processual, sem reflexo, direto, na existência ou intensidade do direito de punir, mas, tão somente, no momento de punir. 6. Declaração de constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, com interpretação conforme à Constituição, assentando que é coerente com a Constituição o principiar de execução criminal quando houver condenação

assentada em segundo grau de jurisdição, salvo atribuição expressa de efeito suspensivo ao recurso cabível. 7. Medida cautelar indeferida.

(ADC 43 MC, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 05/10/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-043 DIVULG 06-03-2018 PUBLIC 07-03-2018).

Foram vencidos os votos dos ministros Marco Aurélio (relator); Rosa Weber; Ricardo Lewandowski; Celso de Mello, e, em parte o ministro Dias Toffoli.

O julgamento da medida cautelar das ADC's foi extremamente intenso, com calorosos debates entre os ministros em sessão de julgamento plenária. Os argumentos dos ministros vencidos se direcionavam no sentido de que o artigo 283, CPP é espelho do artigo 5º, LVII, CF e que o texto constitucional é claro e não há como se fazer interpretação diversa do que está escrito. Neste sentido, a execução da pena só seria possível após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, segundo o ministro Ricardo Lewandowski (STF, 2016b), “não vejo como fazer uma interpretação contrária a esse dispositivo tão taxativo”. Já o ministro Celso de Mello defende a incompatibilidade entre a execução antecipada da pena e o direito do réu a presunção de inocência e sustenta esse posicionamento com argumentos severos e fortes, como, “que se reforme o sistema processual, que se confira mais racionalidade ao modelo recursal, mas sem golpear um dos direitos fundamentais a que fazem jus os cidadãos da república” (STF, 2016b).

Em contrapartida, os ministros que votaram por indeferir a liminar também se posicionaram com argumentos ainda mais fortes, no sentido de que o artigo 283, CPP deve ser interpretado de acordo com a Constituição Federal. Sendo assim, o dispositivo legal não tem o condão de impedir o início da execução da pena após condenação em segunda instância. A hipótese de suspensão da execução da pena seria utilizada pelos efeitos suspensivos, de caráter excepcionais, conferidos a eventuais Recursos Especiais e Extraordinários. Eles defendem a efetividade do direito penal brasileiro, bem como, afirmam que o princípio da presunção de inocência não é regra, portanto, deve ser analisado de forma a ser ponderado com outros princípios e valores, não podendo ser considerado um princípio absoluto. O ministro Teori Zavascki (STF, 2016b) defende que o exame da matéria de fato e provas se encerra em segunda instância, “é ali que se concretiza, em seu sentido genuíno, o duplo grau de jurisdição” e para ele, “o processo penal deve ser minimamente capaz de garantir a sua finalidade última de pacificação social”. O

ministro Edson Fachin segue o mesmo pensamento, quando afirma que “a Constituição não tem a finalidade de outorgar uma terceira ou quarta chance para a revisão de uma decisão com a qual o réu não se conforma e considera injusta” (STF, 2016b), e, ainda, esclarece que o acesso ao STJ e o STF serve para que sejam uniformizadas as interpretações das normas.

Ante o exposto, é nítido que foi um julgamento muito balanceado na votação, contudo, com argumentos muitos poderosos tanto da parte vencida quanto da parte vencedora. Este é um motivo pelo qual se pode acreditar que ainda seja possível um novo julgamento do tema.

4.4 Repercussão Geral no Recurso Extraordinário com agravo nº 964.246

Com o julgamento do HC nº 126.292 o entendimento do Supremo se alterou, permitindo a execução antecipada da pena. Contudo, essa decisão não teve efeito vinculante, gerando muitos recursos que possuíam a tentativa de reestabelecer o posicionamento anterior do STF, bem como, gerando inúmeras posições de instâncias inferiores idênticas aquela adotada pelo Supremo, reforçando aqui, mesmo sem o efeito vinculante. As ações declaratórias de constitucionalidade listadas no item anterior foram propostas com o objetivo de fazer cessar as decisões de execução antecipada da pena, para que as instâncias inferiores não seguissem o posicionamento adotado pelo Supremo.

Neste sentido, no julgamento do Recurso Extraordinário com Agravo nº 964.246, no dia 10 de novembro de 2016, foi reconhecida a repercussão geral do tema e restou consolidada a tese no sentido de manter o posicionamento do Supremo para que a execução da pena possa ser iniciada logo após a condenação em segunda instância e foi negado provimento ao recurso extraordinário, fazendo com que a decisão ganhasse efeito vinculante, a fim de cessar com as controvérsias das decisões proferidas no sistema judiciário brasileiro.

Neste caso, o agente foi condenado à pena de 5 anos e 4 meses de reclusão, em regime fechado e pena pecuniária de 13 dias multa, pelo crime de roubo qualificado (art. 157, §2º, I e II, CP). Este é um agravo contra decisão que inadmitiu o recurso extraordinário interposto contra decisão do Tribunal de Justiça do Estado

de São Paulo que negou provimento a apelação e determinou a expedição do mandado de prisão (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ARE 964.246, 2016, Relator: Ministro Teori Zavascki).

Este é o mesmo caso do HC nº 126.292. Ao interpor o recurso extraordinário, a defesa do agente alegou que a execução antecipada da pena feria o artigo 5º, LVII, CF, afirmando a existência de repercussão geral da matéria e requerendo que a execução da pena aguardasse o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

A decisão proferida foi a seguinte

o Tribunal, por unanimidade, reputou constitucional a questão. O Tribunal, por unanimidade, reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada. No mérito, por maioria, reafirmou a jurisprudência dominante sobre a matéria, vencidos os Ministros Celso de Mello, Dias Toffoli, Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski. Não se manifestou a Ministra Rosa Weber (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ARE 964.246, 2016, Relator: Ministro Teori Zavascki, p. 1).

A tese de repercussão geral foi consolidada no referido julgado e a ementa é a seguinte

CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). ACÓRDÃO PENAL CONDENATÓRIO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. JURISPRUDÊNCIA REAFIRMADA.

1. Em regime de repercussão geral, fica reafirmada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal.

2. Recurso extraordinário a que se nega provimento, com o reconhecimento da repercussão geral do tema e a reafirmação da jurisprudência sobre a matéria.

(ARE 964246 RG, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, julgado em 10/11/2016, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-251 DIVULG 24-11-2016 PUBLIC 25-11-2016).

Deste modo, este é o atual posicionamento do Supremo Tribunal Federal. Após as mudanças de posicionamento ocorridas ao longo dos anos, esta é a decisão final, contudo, por ser tema de debates muito polêmicos e de altíssima relevância, é possível que o STF ainda revise o tema e altere novamente seu posicionamento.

5 ASCENSÃO DO PODER JUDICIÁRIO: em especial o Supremo Tribunal Federal

Para que se entenda o importante papel do poder judiciário, neste caso, o papel do Supremo, na interpretação das leis e da Constituição, é necessário se analisar como se deu a ascensão deste poder.

É importante observar que logo após a promulgação da Constituição de 1988, ainda não se tinha um poder judiciário tão atuante como nos dias atuais. Somente alguns anos depois é que o poder judiciário foi assumindo seu lugar como julgador e intérprete das leis.

O início dessa ascensão se deu ao final da segunda guerra mundial, com o surgimento do Estado constitucional de direito, sendo mais identificado como o neoconstitucionalismo, que se traduz no reconhecimento da centralidade da Constituição, bem como, do reconhecimento de sua força normativa. Neste sentido, pode-se dizer que ocorreu também uma constitucionalização do direito, que por sua vez, traduz-se na disseminação dos dispositivos constitucionais dentro do sistema jurídico. Com essa constitucionalização do direito, todos os dispositivos infraconstitucionais são interpretados sob a ótica da Constituição, haja vista a sua força normativa (BARROSO, 2015).

Segundo o autor Luís Roberto Barroso, (2015, p. 28), foi a partir do final da segunda guerra que “o mundo deu-se conta de que a existência de um Poder Judiciário independente e forte é um importante fator de preservação de instituições democráticas e dos direitos fundamentais”. No Brasil, com o processo de redemocratização, após a Constituição de 1988, a justiça passou a ser o maior pedido por parte da sociedade, o que fez com que juízes e tribunais precisassem aumentar suas atuações.

Existem duas ideias que se fazem presentes quando se fala em constitucionalismo democrático, quais sejam, o constitucionalismo (ideia de respeito aos direitos fundamentais e poder limitado pelo Direito) e a democracia (que é a soberania popular). Na maior parte das vezes ocorre um atrito entre essas duas ideias, ou seja, entre o poder da maioria e os direitos fundamentais e neste caso, é

necessário um poder que julgue esses conflitos, como os tribunais constitucionais ou as cortes supremas (BARROSO, 2015).

Com a chegada do século XX ocorreram algumas transformações que modificaram a forma de se pensar e aplicar o direito no mundo atual. A primeira transformação ocorreu quando o pensamento jurídico atual passou a entender que o direito é a expressão de interesses dominantes em dado momento e lugar, portanto, a solução para os conflitos jurídicos deverá ser construída através da interpretação e julgamento da norma pelo seu intérprete, não sendo apenas uma consequência já prevista na norma, onde ocorre somente a subsunção do fato a norma. A segunda transformação ocorreu ao se entender que - como a solução dos problemas jurídicos deve ser construída pelo intérprete, pois, não está sempre contida na norma - é necessário se fazer uma leitura moral da Constituição e das lei, para que se possa buscar a justiça e outros valores, sem rejeitar o direito posto. A terceira e última transformação ocorreu através da ascensão do direito público, afastando a primazia do direito privado. Todas essas transformações resultaram na centralidade da Constituição, (BARROSO, 2015).

Na sociedade atual em que vivemos é nítida a complexidade das relações, por este motivo, é que inúmeras vezes os tribunais se deparam com situações onde as respostas são cada vez mais difíceis de se encontrar, como por exemplo, no caso de transfusão de sangue para testemunhas de jeová, prevalece a vida ou a convicção religiosa? Estas situações ilustram exatamente o que foi falado sobre a construção de uma resposta pelo intérprete, pois, para questões como essa não se há resposta pronta ou pré-pronta. Isto ocorre porque o legislador não consegue prever todas as situações que podem ocorrer, para assim formular respostas claras. A interpretação jurídica passa a ser, então, ferramenta fundamental, haja vista que a norma é resultado da interação entre a realidade e o texto. Assim sendo, muitas vezes, a questão passa a ter sua decisão final repassada ao julgador, que deverá construir a solução com base “[...] nos elementos do caso concreto, dos parâmetros fixados na norma dos precedentes e de aspectos externos ao ordenamento jurídico” (BARROSO, 2015, p. 31).

Ao se transferir para um juiz a construção da solução de um problema jurídico muitos se questionam se isso não seria uma criação judicial do direito. Luis Roberto Barroso (2015, p. 32) explica que, na verdade, o que o juiz faz é “[...] colher no sistema jurídico o fundamento normativo que servirá de fio condutor para o seu

argumento. [...] Trata-se de um trabalho de construção de sentido, e não de invenção de um Direito Novo”. Para ele, a partir do momento que o juiz passa a ser o intérprete da lei (copartícipe da criação do direito), a legitimidade de sua decisão será demonstrada através de sua “argumentação jurídica, sua capacidade de demonstrar a racionalidade, a justiça e a adequação constitucional da solução que construiu” (BARROSO, 2015, p. 32). Neste sentido, o juiz não tem discricionariedade para fazer escolhas livres, ele deve realizar ponderações, atribuindo sentido a normas abertas ou conceitos indeterminados, sempre baseado nos valores que traz a Constituição. Segundo Barroso (2015, p. 33)

um juiz não é livre para escolher de acordo com seu estado de espírito, suas simpatias ou suas opções estratégicas na vida. Um juiz de verdade, sobretudo um juiz constitucional, tem deveres de integridade e coerência.

Após a explicação da ascensão do judiciário, passa-se agora a analisar a ascensão do Supremo Tribunal Federal na interpretação da norma constitucional.

Em síntese, para Barroso (2015), o STF assume duas funções, reconhecidas como jurisdição ordinária e jurisdição constitucional. A ordinária se traduz no fato de que o Supremo atua na aplicação do direito infraconstitucional, como por exemplo, nos casos de conflitos de competência entre tribunais. A constitucional se traduz no fato de que o Supremo deve interpretar e aplicar a Constituição Federal. Na função constitucional, o STF assume duas atuações, a contramajoritária e a representativa.

A atuação contramajoritária do STF se encontra no controle de constitucionalidade exercido por ele. Sendo assim, através deste controle, o Supremo pode anular atos do Poder Legislativo, bem como do Poder Executivo. Pode-se dizer, então, que neste processo, o STF, através de seus onze ministros, pode sobrepor sua interpretação da Constituição aquela realizada pelos políticos que foram eleitos pelo povo e gozam de legitimidade democrática. Essa situação recebeu o nome de “dificuldade contramajoritária”. Ocorre que esta atuação é aceita, pois, a legitimidade democrática conferida ao controle de constitucionalidade é encontrada na proteção dos direitos fundamentais e na proteção da democracia, a fim de evitar a tirania que poderia ser imposta pela maioria (BARROSO, 2015).

Na visão de Luís Roberto Barroso (2015) a atuação representativa é a transferência do poder político para o Poder Judiciário, a fim de superar a crise de representação política, tornando este órgão o representante da maioria. Neste

sentido, com a representação política em crise, é difícil assegurar que a vontade expressada pelo sistema representativo é realmente a vontade da maioria. Essa crise gerou, nos últimos anos, no Brasil, uma expansão do poder judiciário, principalmente do Supremo, fazendo com que os juízes e tribunais se tornassem mais representativos do que os políticos eleitos pelo povo. “É estranho, mas vivemos uma quadra em que a sociedade se identifica mais com seus juízes do que com seus parlamentares” (BARROSO, 2015, p. 39). Um exemplo do Supremo Tribunal Federal é a pesquisa com células-tronco embrionárias. Este tema passou completamente despercebido pela sociedade quando foi aprovado pelo Congresso, contudo, quando a questão chegou ao STF é que ganhou visibilidade nacional e o povo começou a discuti-la.

Analisando a questão a fundo, pode-se dizer que Poder Judiciário realmente é o melhor representante da maioria. Barroso (2015) evidencia que os juízes, para ingressarem na magistratura, precisam ser aprovados em concurso público, sendo assim, pessoas de diferente classes sociais, desde que tenham estudado direito, podem, de fato, se tornarem juízes. Isso fez com que o judiciário passasse por um processo de democratização. Já no Congresso, a situação é diferente, ou seja, para se eleger, o candidato precisa buscar parcerias com pessoas do alto escalão, pois o custo da campanha é muito alto e com isso são geradas alianças políticas baseadas em interesses privados. Muitos, então, apontam que os juízes são melhores para representação da sociedade, contudo, ao se falar do Supremo Tribunal Federal há a questão de que são ministros e não juízes, mas, Barroso (2015, p. 40) aponta que “na prática, porém, a quase integralidade dos Ministros integrantes da Corte é composta por egressos de carreira jurídicas cujo ingresso se faz por disputados concursos públicos”. Pode-se apontar também que juízes não se deixam levar pelas alianças eleitorais, que duram por prazo determinado e curto, haja vista que gozam da vitaliciedade. Ainda, os processos só são instaurados a requerimento das partes e os juízes são limitados a julgar apenas o que foi pedido, devendo proceder a oitiva de todos os interessados. Neste sentido, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, são obrigatórias as participações do Procurador-Geral da República e do Advogado-Geral da União. Ainda, em diversas ações, podem ser convocadas audiências públicas ou pode haver pedido de atuação do “amicus curiae”. É importante ressaltar também que as decisões judiciais são motivadas, devendo o magistrado expor os fundamentos que o levaram a tomar aquela decisão (BARROSO, 2015).

Cumpra observar então, que o Supremo seria um “representante argumentativo da sociedade”, ao passo que aponta sua função jurisdicional como uma representação popular, estando em alinhamento com a democracia. Contudo, tem de se observar que além deste papel representativo assumido pelo Supremo, este assume também, eventualmente, o papel de “vanguarda iluminista, encarregada de empurrar a história quando ela emperra” (BARROSO, 2015, p. 42). Neste sentido, pode-se utilizar como exemplo, a equiparação das relações homoafetivas às uniões estáveis convencionais, permitindo o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Esta pode não ser a posição da maioria da sociedade, porém, a proteção da igualdade, que é um direito fundamental validou a decisão do Supremo.

A conclusão que se chega é que essa ascensão do poder judiciário, bem como do STF, vem ocorrendo há um bom tempo. No caso do Supremo é preciso ressaltar que sua função de jurisdição constitucional, através do controle de constitucionalidade e da representatividade, bem como, ainda, do papel de vanguardista em questões envolvendo direitos fundamentais, tem sido de grande importância para o país. A desconfiança que muitas pessoas possuem com relação a atuação mais intensa dos juízes e tribunais é válida, pois, realmente podem acontecer abusos e é preciso atenção para não deixar que eles ocorram. No Supremo é difícil se encontrar casos em que realmente foram extrapolado os limites, mas, nos casos encontrados, a própria Corte tratou de reparar o ocorrido. Sendo assim, pode-se dizer que as várias críticas que o Supremo tem recebido atualmente são provenientes de pessoas insatisfeitas com alguns resultados, pois, se este órgão é representante da sociedade, ao ultrapassar limites deveria haver uma grande repressão da população às decisões emitidas pelo STF, o que não se vê nos dias atuais (BARROSO, 2015).

Para finalizar, Luís Roberto Barroso (2015, p. 46) sustenta que

o Supremo Tribunal Federal tem a prerrogativa de ser o intérprete final do direito, nos casos que são a ele submetidos, mas não é o dono da Constituição. Justamente ao contrário, o sentido e o alcance das normas constitucionais são fixados em interação com a sociedade, com os outros Poderes e com as instituições em geral. A perda de interlocução com a sociedade, a eventual incapacidade de justificar suas decisões ou de ser compreendido, retiraria o acatamento e a legitimidade do Tribunal. [...] Portanto, o poder do Supremo Tribunal Federal tem limites claros. Na vida institucional, como na vida em geral, ninguém é bom demais e, sobretudo, ninguém é bom sozinho.

6 MUTAÇÃO (IN)CONSTITUCIONAL?

Este último capítulo tem o intuito de demonstrar alguns argumentos acerca da discussão da possibilidade do início do cumprimento da pena após condenação em segunda instância. Como já demonstrado anteriormente, o STF já decidiu a questão, afirmando em tese de repercussão geral ser constitucional essa execução provisória da pena, pois, não fere o princípio da não culpabilidade. Contudo, este tema ainda é muito discutido, por ser muito polêmico, e como ainda existem as ações diretas de constitucionalidade nº 43 e 44 em trâmite, é possível que ainda haja novo debate sobre o tema no Supremo, por isso, é importante evidenciar os dois lados desta história, ou seja, os prós e contras.

Seguindo esta linha de raciocínio começa-se com as falas e argumentos daqueles que são contra essa decisão proferida pelo STF.

Os autores Nestor Távora e Rosmar Rodrigues (2017, p. 70), assumem posição contrária a decisão do Supremo, quando afirmam que

entendemos que tal decisão ofende o postulado da presunção de inocência. [...] Admitir a execução provisória da pena em momento anterior à formação de coisa julgada, com base em argumento de eficiência do sistema e só pelo fato de ter sido afirmada a condenação em outro tribunal, esbarra no texto da Constituição (art. 5º, LVII) e do CPP (art. 283).

Já na visão do autor Flávio Martins o Supremo acertou em não considerar a regra do princípio da presunção de inocência como absoluta, mas sim, fazer uma ponderação da aplicação desse princípio. Aponta que “estamos diante de um conflito entre o princípio constitucional da presunção de inocência (art. 5º, LVII, CF) e o princípio da segurança (art. 5º, caput, e art. 6º, caput, CF)” (NUNES JÚNIOR, 2019, p. 854). Contudo, assegura que não concorda com a posição do STF em determinar como constitucional a execução antecipada da pena. Sustenta que o Supremo substituiu um princípio completamente absoluto por uma regra mais tolerável, mas, entende que quando se fala em conflito de princípios constitucionais esta não seria a melhor solução, por ser uma solução abstrata, e que o certo seria analisar cada caso concreto para se chegar a uma solução justa. Sendo assim, no caso em questão, a melhor solução seria analisar cada caso, sendo a regra o início do cumprimento da pena somente após sentença penal condenatória transitada em julgado e sendo a

exceção a possibilidade do tribunal, após verificar a intenção protelatória dos recursos interpostos, permitir a execução provisória da pena (MARTINS, 2019)

Utilizados estes dois argumentos, pode-se apontar ainda os votos dos ministros do Supremo que votaram pela inconstitucionalidade da execução antecipada da pena nos julgamentos já mencionados. Os argumentos utilizados giram em torno da clareza e especificidade do dispositivo constitucional (art. 5º, LVII, CF) e que não é possível se fazer interpretação diversa do texto. O ministro Ricardo Lewandowski (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, HC 126.292, Relator Ministro Teori Zavascki, p. 97)

[...] eu quero reafirmar que não consigo, assim como expressou o Ministro Marco Aurélio, ultrapassar a taxatividade desse dispositivo constitucional, que diz que a presunção de inocência se mantém até o trânsito em julgado. Isso é absolutamente taxativo, categórico; não vejo como se possa interpretar esse dispositivo.

Também o ministro Marco Aurélio (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, HC 126.292, Relator Ministro Teori Zavascki, p. 79), afirma que se mantém fiel a Constituição e expõe o significado do princípio da não culpabilidade, como segue, “qual é esse significado, senão evitar que se execute, invertendo-se a ordem natural das coisas – que direciona a apurar para, selada a culpa, prender -, uma pena, a qual não é, ainda, definitiva”.

O autor Renato Brasileiro de Lima, (2017) aponta os fundamentos que sustentaram a decisão tomada pelo Supremo, como por exemplo, a busca pelo equilíbrio entre a presunção de inocência e a efetividade do judiciário no âmbito penal; o fato de que é nos órgãos de segunda instância que se acaba a análise dos fatos e provas, ou seja, é ali que se encerra o duplo grau de jurisdição; que outros países do mundo não condicionam o início do cumprimento da pena ao trânsito em julgado de sentença penal condenatória, entre outros, entretanto, mesmo após essa demonstração que comprova ser legítima a posição adotada pelo Supremo, o autor esclarece que não apoia essa decisão. Sustenta que realmente é preciso uma maior efetividade por parte do sistema processual penal, mas, que não se pode sobrepor essa busca à Constituição, ou seja, não é possível início do cumprimento da pena antes de decisão transitada em julgado e afirma que a decisão só transita em julgado quando se torna imutável. Aponta que “a solução para o caos dos sistema

punitivo brasileiro deve passar, portanto, por uma mudança legislativa – e não jurisprudencial, como feita pelo STF [...]” (LIMA, 2017, p. 50).

É preciso evidenciar que a maior parte dos argumentos utilizados por aqueles que são contra a decisão visam proteger o acusado, alegando ser ele presumidamente inocente até o trânsito em julgado e afirmando ser o artigo 5º, LVII, CF um texto taxativo, não passível de interpretação, por isso o descontentamento com a posição assumida pelo STF.

A partir deste momento passa-se a análise dos argumentos daqueles que defendem ser legítima a posição assumida pelo Supremo.

O procurador regional da república, Douglas Fischer (2018), afirma que o Brasil deve garantir o duplo grau de jurisdição, previsto na Constituição Federal, que se encerra nos tribunais de segunda instância. Ele assegura que a presunção de inocência é importante, mas não deve ser absoluta e que após o julgamento em segunda instância não há mais possibilidade de discussão das provas do processo e que a interposição dos recursos nas instâncias superiores só é possível em situações restritas, motivo pelo qual a sociedade merece uma resposta positiva, sendo possível a execução antecipada da pena. Contudo, aponta que é possível, diante do recurso interposto, conceder o efeito suspensivo, a depender o caso concreto e que além dos recursos ainda há o Habeas Corpus como medida de assegurar a liberdade do acusado. Sendo assim, não há que se falar em enfraquecimento do princípio ou falta de proteção aos acusados. Ele esclarece que ainda que se tenha uma visão garantista do sistema, não seria possível a proteção exclusiva do réu, pois tem que haver um equilíbrio com outros valores que devem ser observados, ou seja, é necessário também que se proteja os interesses coletivos; a sociedade. Por fim, defende que espera que o STF mantenha sua posição, pois “mudar é retroceder e desproteger a sociedade” (FISCHER, 2018).

Já a procuradora Raquel Elias Ferreira Dodge (BRASIL, Ministério Público Federal, Procuradora: Raquel Elias Ferreira Dodge, p.1), ao se manifestar com o parecer nas ADC's 43 e 44, esclarece que os requerentes das ações não estariam satisfeitos com a decisão presente no julgamento do ARE nº 964.246 e enfatiza que

revogá-lo, mesmo diante de todos os argumentos jurídicos e pragmáticos que o sustentam, representaria triplo retrocesso: para o sistema de precedentes brasileiro, que, ao se ver diante de julgado vinculante revogado pouco mais de um ano após a sua edição, perderia em estabilidade e teria sua seriedade desafiada; para a persecução penal no país, que voltaria ao

cenário do passado e teria sua funcionalidade ameaçada por processos penais infundáveis, recursos protelatórios e penas massivamente prescritas; e para a própria credibilidade da sociedade na Justiça, como resultado da restauração da sensação de impunidade que vigorava em momento anterior ao julgamento do ARE n. 964246/SP.

É imprescindível também a apresentação dos votos dos ministros que votaram a favor da posição assumida pelo Supremo nos julgados já mencionados no presente trabalho. Como muitos defenderam, a execução antecipada da pena é legítima, haja vista que é preciso também proteger a sociedade e demonstrar que tanto a Constituição quando o poder judiciário no âmbito penal são eficazes, assim, o princípio da não culpabilidade não pode ser absoluto. O ministro Edson Fachin (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, HC 126.292, Relator Ministro Teori Zavascki),

[...] interpreto a regra do art. 5º, LVII, da Constituição da República [...] sem o apego à literalidade com a qual se afeiçoam os que defendem ser impossível iniciar-se a execução penal antes que os Tribunais Superiores deem a última palavra sobre a culpabilidade do réu. [...] Considero que não se pode dar a essa regra constitucional caráter absoluto, desconsiderando-se sua necessária conexão a outros princípios e regras constitucionais que, levados em consideração com igual ênfase, não permitem a conclusão segundo a qual apenas após esgotadas as instâncias extraordinárias é que se pode iniciar a execução da pena privativa de liberdade.

Também, a ministra Carmem Lúcia (STF, 05/10/2016) afirma que há um conflito entre a presunção de inocência e a efetividade do sistema e que esta deve ser preservada em nome da confiabilidade que deve passar a sociedade. Sendo assim, declara que a sociedade clama por uma resposta, e quer obtê-la em tempo razoável.

Essa afirmação encontra-se entrelaçada com aquela de que, no Brasil, os acusados se utilizam de inúmeros recursos protelatórios para postergar o início do cumprimento da pena e na maioria das vezes para que o direito de punibilidade do Estado prescreva. O autor Flávio Martins (2019, p. 854) aponta que

[...] permitir que os réus interponham dezenas de recursos com o fito de adiar a execução da pena cria na sociedade uma sensação de impunidade e insegurança, na medida em que o processo penal transmitiria uma sensação de impunidade, estimulando a prática de novos crimes.

Segundo o referido autor, o pensamento que fica é que é difícil acreditar em uma justiça onde os mais ricos interpõem dezenas de recursos (haja vista que

possuem condições para pagar os melhores advogados, bem como as custas dos devidos recursos) para postergar o início do cumprimento da pena, enquanto os mais pobres, (que sem condições de pagar os melhores advogados e que muitas vezes são representados pela Defensoria – exercendo então apenas a defesa regular e não abusiva) iniciam o cumprimento da pena muito antes. Ele traz como exemplo, a condenação do ex-senador Luiz Estevão a 31 anos de prisão que contra esta decisão interpôs, nada mais nada menos do que 34 recursos (MARTINS, 2019).

Para encerrar estes debates, após todo o explicado no presente trabalho, a mutação constitucional do princípio da não culpabilidade parece ser de fato, constitucional, haja vista que o Supremo dispõe que legitimidade democrática para tomar decisões em face de sua representação para/com o povo e a mutação foi realizada justamente a fim de passar segurança para a sociedade que há cada dia descredita um pouco mais em nossa Carta Magna, ante a impunidade de tantos acusados. Nas palavras de Luís Roberto Barroso, (2018, p. 163 e 159) “para que seja legítima, a mutação precisa ter lastro democrático, isto é, deve corresponder a uma demanda social efetiva por parte da coletividade, estando respaldada, portanto, pela soberania popular”.

E como último argumento, é imprescindível lembrar que a Constituição deve acompanhar a evolução da sociedade, justamente para que não perca sua eficácia. “As Constituições não são eternas e nem podem ter a pretensão de ser imutáveis. Uma geração não pode submeter a outra a seus desígnios. Os mortos não podem governar os vivos” (BARROSO, 2018, p. 159). Desta forma, é necessário que as leis acompanhem sua geração, e se a mudança atende ao clamor da sociedade atual, deve-se entender que a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal é legítima e a mutação é constitucional.

Após esta exposição é de se entender que tanto os argumentos utilizados contra, quanto os argumentos utilizados a favor da posição assumida pelo Supremo são válidos para o debate, cabendo a cada um adotar sua posição com base em toda explicação feita neste trabalho.

7 CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como objetivo especificar e demonstrar todos os pontos que envolveram as mudanças de posição do Supremo Tribunal Federal nos últimos anos com relação ao princípio da não culpabilidade na aplicação da pena.

Nestes termos, passou-se ao estudo do referido princípio, chegando-se a conclusão de que, no Brasil, apesar de possuir duas denominações, para o Supremo e a maioria dos doutrinadores e julgadores não há diferença entre elas. Contudo, nota-se uma certa predileção ao termo não culpabilidade, haja vista que o legislador constitucional se utilizou do termo “ninguém será considerado culpado, se distanciando dos dispositivos internacionais de origem do referido princípio que utiliza o termo “presumidamente inocente”.

Com origem nas cartas internacionais que tratam dos direitos humanos, este princípio foi incorporado na nossa Constituição Federal de 1988, passando a ser uma diretriz para os aplicadores do Direito. Este princípio traduz-se na ideia de que o réu só poderá ser preso após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Ocorre que desde a promulgação da Constituição de 1988 até o ano de 2009 a posição do Supremo nunca foi essa. O entendimento prevalecente era o de que após o acórdão condenatório de segunda instância já era possível o início do cumprimento da pena. Neste sentido, somente com o julgamento do HC 84.078 é que este entendimento mudou, condicionando o cumprimento da pena ao trânsito em julgado de sentença condenatória. Este novo entendimento prevaleceu até o ano de 2016, no julgamento do HC 126.292, onde o Supremo Tribunal Federal decidiu novamente por alterar seu entendimento e passar a permitir a execução provisória da pena, tese essa que foi confirmada como repercussão geral no ARE 964.246, no final do ano de 2016.

A mudança no entendimento do STF se originou por uma mudança de interpretação do dispositivo constitucional (artigo 5º, LVII, CF) que consagra o princípio da não culpabilidade. Mudança denominada de mutação constitucional que consiste, exatamente, na alteração da interpretação de uma norma. Essa é uma mudança informal, que não altera, de fato, o texto constitucional.

Com isso, muito se discutiu sobre a posição que o Supremo havia assumido e se isso não feria o princípio da não culpabilidade, ou ainda, se isso não seria considerado um excesso da Suprema Corte. Muitas discussões foram criadas envolvendo o tema, sempre recheadas de muita polêmica.

O intuito do presente trabalho foi, justamente, conferir ao leitor a possibilidade de entender melhor os dois lados da discussão. Os argumentos que sustentam ser legítima a mudança do Supremo e os argumentos que criticam piamente esta decisão.

A maior parte dos argumentos contrários a decisão são no sentido da clareza e especificidade do texto constitucional e que ele não gera interpretação diversa do que efetivamente está escrito. Ainda, defendem ser constitucional o artigo 283, CPP, requerendo que este seja declarado constitucional, afastando a hipótese de cumprimento provisório da pena, como consta das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43 e 44. Defendem também que é um direito do réu ser presumido inocente e que este estado deve perdurar até a sentença se tornar imutável.

Com relação aos argumentos favoráveis, se destacam os que sustentam que o princípio da não culpabilidade não pode ser considerado absoluto e neste sentido, deve ser interpretado de forma ponderada se observando outros princípios. Desta forma, não se pode priorizar a proteção exclusiva do réu, devendo também proteger a sociedade. Por isso, a execução da pena pode ter início após decisão condenatória de segunda instância, a fim de garantir a eficácia do poder judiciário no âmbito penal, anulando os inúmeros recursos protelatórios interpostos. Ainda, que o exame de fatos e provas se encerra em segunda instância, não havendo mais o que se discutir acerca da autoria e materialidade do fato, assegurando então o duplo grau de jurisdição e não havendo o que se falar em desproteção do acusado.

Para justificar sua alteração de posicionamento, o Supremo, através dos votos, favoráveis a alteração, de seus ministros, sustenta que há que se fazer uma interpretação ponderada do artigo 5º, LVII, CF, não se agarrando apenas ao texto literal. Garantindo assim, a eficácia da Constituição perante a sociedade que, ante a quantidade de acusados impunes, já não acredita tanto nela. Garantindo também, a proteção do acusado, que mantém seu direito ao duplo grau de jurisdição; contraditório e ampla defesa assegurado, bem como dispõe também dos recursos

as instâncias superiores e dos habeas corpus, para invalidar julgamento arbitrário ou garantir que o acusado responda o processo em liberdade.

Após uma análise de como se deu a ascensão do poder judiciário, bem como do Supremo, é possível afirmar que a Corte age em nome da sociedade, como seu representante, buscando transmitir segurança e confiabilidade a população. Desta forma, sua mudança de posição estaria pautada na legitimidade democrática.

É necessário explicar que ao se utilizar a expressão “ninguém será considerado culpado”, a mudança do Supremo de permitir a condenação antecipada da pena esbarra exatamente nesse termo. O que se entende por ser considerado culpado? E esta é a indagação que gera toda a polêmica. Sendo ainda, em nossa legislação e doutrina difícil encontrar uma resposta para esta questão. O que se sabe é que ao ser instaurada um ação penal o réu já começa a ser considerado culpado e conforme as provas vão surgindo e as condenações começam a ocorrer (primeira e segunda instâncias), a culpabilidade do réu vai ficando cada vez mais evidente. Sendo assim, o que existe são graus de culpabilidade que vão se confirmando conforme decorre o processo.

Neste sentido, após a condenação em segunda instância e comprovada a materialidade e autoria do fato, já se pode iniciar a condenação em segunda instância, haja vista que os tribunais superiores revisam apenas matéria de direito. Sendo assim, a execução da pena já pode se iniciar em segunda instância, pois, dos inúmeros recursos interpostos em instâncias superiores, raros são os que realmente modificam as sentenças dos juízos “a quo”.

Este é um tema altamente polêmico e como as ações declaratórias de constitucionalidade nº 43 e 44 ainda estão em trâmite, é possível um novo julgamento no Supremo a fim de que se revise o tema, que então, é passível de alteração.

Após todo o exposto, é difícil se afirmar com toda certeza que a mutação do princípio da não culpabilidade é, de fato, constitucional. Contudo, com todos os fundamentos e argumentos utilizados pelo Supremo; pelos doutrinadores e julgadores, é nítido que há uma predisposição a se entender que a mutação é constitucional, enquanto baseada na tentativa de se passar segurança e confiabilidade ao sistema para a sociedade.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

_____. Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, número especial, p. 23-50, 2015. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/viewFile/3180/pdf>>. Acesso em: 31 agosto 2018.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 05 outubro 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

_____. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. *Diário Oficial da União*, Brasília, 09 novembro 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>.

_____. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 13 outubro 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 84.078**. Plenário. Relator Ministro Luiz Fux. Minas Gerais, 05 de fevereiro de 2009, publicado no DJE dia 05 de fevereiro de 2009 – ATA nº 02/2009. DJE nº 33. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2208796>>. Acesso em: 15 setembro 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 126.292**. Plenário. Relator Ministro Teori Zavascki. São Paulo, 17 de fevereiro de 2016, publicado no DJE dia 17 de maio de 2016 – ATA nº 71/2016. DJE nº 100. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4697570>>. Acesso em: 15 setembro 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 43**. Plenário. Relator Ministro Marco Aurélio. Distrito Federal, 19 de maio de 2016. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986065>>. Acesso em: 15 setembro 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 44**. Plenário. Relator Ministro Marco Aurélio. Distrito Federal, 20 de maio de 2016. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986729>>. Acesso em: 15 setembro 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Medida cautelar na ação declaratória de constitucionalidade**. Plenário. Relator Ministro Marco Aurélio. Distrito Federal, 05 de outubro de 2016, publicado no DJE dia 07 de março de 2018 – ATA nº 23/2018. DJE nº 43. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=206&dataPublicacaoDj=28/09/2018&incidente=4986066&codCapitulo=6&numMateria=142&codMateria=2>>. Acesso em: 15 setembro 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário com Agravo 964.246**. Plenário. Relator Ministro Teori Zavascki. São Paulo, 10 de novembro de 2016, publicado no DJE dia 25 de novembro de 2016 – ATA nº 37/2016. DJE nº 251. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4966379>>. Acesso em: 15 setembro 2018.

_____. Ministério Público Federal. **Parecer nas Ações Diretas de Constitucionalidade n. 43 e 44**. Procuradoria Geral da República. Procuradora Raquel Elias Ferreira Dodge, 05 de março de 2018. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313834046&ext=.pdf>>. Acesso em: 01 setembro 2019

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Processo Penal e Constituição**: princípios constitucionais do processo penal. 4. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

FISCHER, Douglas. **Mudar é retroceder e desproteger a sociedade**. 08 fevereiro 2018. Disponível em: < <http://genjuridico.com.br/2018/02/08/mudar-retroceder-desproteger-sociedade/> >. Acesso em: 15 setembro 2018.

FRANÇA. *Declaração dos direitos do homem e do cidadão*. 1789. Disponível em: <<https://br.ambafrance.org/A-Declaracao-dos-Direitos-do-Homem-e-do-Cidadao>>. Acesso em: 1/09/2019.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**: volume único. 5. ed. Salvador: Editora JusPodvim, 2017.

MARCÃO, Renato. **Curso de Processo Penal**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

ONU. Assembleia Geral das Nações Unidas. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. 1948. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>>. Acesso em: 01/05/2019

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. 16. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

STF. **Pena pode ser cumprida após decisão de segunda instância, decide STF.17** de fevereiro de 2016a. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=310153>>. Acesso em: 15 de outubro de 2018.

_____. **STF admite execução da pena após condenação em segunda instância**. 05 de outubro de 2016b. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754>>. Acesso em: 15 de outubro de 2018.

_____. **Supremo garante a condenado o direito de recorrer em liberdade**. 05 de fevereiro de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=102869>>. Acesso em: 15 de outubro de 2018.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 12. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2017.