

A CONSTITUCIONALIDADE DA PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA: UM ESTUDO DO JULGAMENTO DO HC N° 152752/PR

Hélia Amorim Leal-UNIBALSAS¹
Cesar Augusto Danelli Júnior -UNIBALSAS²
Everton Machado Pereira-UNIBALSAS³
Rosemara Unser-UNIBALSAS⁴

Resumo: O presente trabalho possui como tema central a constitucionalidade da execução provisória da pena proferida em segundo grau de jurisdição no âmbito do princípio da presunção de inocência, e visa analisar se o atual entendimento do STF, mais uma vez firmado quando do julgamento do *Habeas Corpus* 152752/PR, fere o princípio mencionado. Para tanto, primeiramente, tratar-se-á da ponderação dos princípios constitucionais e sua interpretação sistemática, após serão analisados os métodos formais e informais de alteração do texto da Carta Magna, e, por fim, discutir-se-á acerca da constitucionalidade da execução provisória da pena em face do HC mencionado. Para a elaboração deste, utilizou-se do método de pesquisa bibliográfica, que possibilitou que se chegasse à conclusão de que o atual entendimento do pretório excelso é plenamente constitucional.

Palavras-chave: Constitucionalidade. Prisão em Segunda Instância. HC 152752/PR.

Abstract: The present work has as its central theme the constitutionality of the provisional execution of the sentence handed down in a second degree of jurisdiction under the presumption of innocence principle, and aims to analyze if the current understanding of the Supreme Court, once again established at the Habeas trial. Corpus 152752 / PR, violates the mentioned principle. For this, firstly, it will be about the weighting of the constitutional principles and their systematic interpretation, after that will be analyzed the formal and informal methods of alteration of the text of the Magna Carta, and, finally, will be discussed about the constitutionality of the provisional execution of the sentence in the face of the mentioned HC. For the elaboration of this one, we used the method of bibliographic research, which allowed the conclusion that the current understanding of the Praetorian High is fully constitutional.

Keywords: Constitutionality. Imprisonment at Second Instance. HC 152752 / PR.

INTRODUÇÃO

Está em debate no Supremo Tribunal Federal (STF) (e na sociedade) a constitucionalidade da execução provisória da pena após decisão proferida em segundo grau de jurisdição, discussão esta que ganhou repercussão quando do julgamento do *Habeas Corpus* (HC) 152752/PR, cujo paciente é o ex-presidente da República, Sr. Luiz Inácio Lula da Silva. Trata-se de assunto que permeia os debates da Suprema Corte de forma fervorosa desde 2016, quando o pretório excelso denegou, por 7 votos a 4, o HC 126292/SP,

¹Acadêmica do 10º período do Curso de Direito. Direito Constitucional e Temáticas Contemporâneas em Direito. Email: hhelliaamorim@gmail.com.

²Professor Orientador do Grupo de Pesquisa Direito Constitucional e Temáticas Contemporâneas em Direito do curso de Direito. E-mail: cesardanelli@gmail.com.

³Professor Orientador do Grupo de Pesquisa Direito Constitucional e Temáticas Contemporâneas em Direito do curso de Direito. E-mail: everton-direito2011@hotmail.com.

⁴Professora Orientadora do Grupo de Pesquisa Direito Constitucional e Temáticas Contemporâneas em Direito do curso de Direito. E-mail: ro.unser@hotmail.com.

autorizando o início do cumprimento da pena de réu condenado em segunda instância, ou seja, sem que fosse necessário aguardar o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, mesmo que fora das hipóteses de prisão cautelar.

Com tal acórdão, houve alteração do entendimento do STF acerca da possibilidade constitucional da prisão após decisão de segundo grau, contrariando o entendimento que vigia na Corte desde 2009, segundo o qual era inconstitucional a execução antecipada da pena, a não ser que estivessem preenchidos os requisitos necessários para aplicação de prisão cautelar. Nesse ínterim, o que firma essa discussão é a interpretação do princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade, insculpido no art. 5º, LVII, da Constituição, que aduz que ninguém será considerado culpado até que ocorra o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Discute-se a interpretação do sentido desta norma em face das consequências negativas geradas em virtude da vasta quantidade de recursos que podem ser interpostos até o esgotamento de todas as instâncias jurisdicionais.

O atual entendimento foi possível por meio da realização de mutação constitucional, método informal de alteração da Constituição amparada apenas na interpretação desta, sem que haja qualquer alteração na literalidade do texto. Com efeito, a discussão em tela é de suma relevância, pois permeia um debate ainda não pacificado até a conclusão deste trabalho, e cuja uniformização é imperiosa e permitirá que haja unicidade quanto ao momento em que se pode dar início à execução de sentença penal condenatória.

Para o desenvolvimento deste trabalho, utilizou-se o método da pesquisa bibliográfica, consubstanciada pela leitura de livros, leis, artigos, súmulas, dentre outros meios de investigação científica, que propiciaram concluir-se pela constitucionalidade do atual entendimento, vez que foi possível perceber que não houve desrespeito às normas emanadas da Carta Magna, conforme será demonstrado adiante. Para tanto, faz-se um análise dos princípios constitucionais, das formas de alteração da Constituição e, por fim, chegou-se ao estudo do HC 152752/PR sob o prisma da constitucionalidade da decisão tomada a partir dele.

1 A PONDERAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E SUA INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA

Antes de se falar em princípios constitucionais, é imperioso que se faça uma definição, ainda que breve, do conceito de Constituição. Esta, de modo sucinto, pode ser entendida como “um sistema aberto de princípios e regras, permeável por valores jurídicos supra positivos, no qual as ideias de justiça e realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central.” (BARROSO, 2003, p. 148). Trata-se de documento solene de um Estado, por meio do qual o poder constituinte estabelece sua forma de organização, bem como as regras de alteração de seu texto, compreendendo um conjunto de normas e princípios (SILVA, 1994, p. 17).

Nesse sentido, busca-se um conceito que integre os diferentes âmbitos de definição da Constituição, vez que a doutrina divide-se ao concebê-la em três aspectos: (1) sociológico, (2) político ou (3) puramente jurídico. Destarte, pode-se defini-la por meio da integração de seus diferentes sentidos, de modo que aquilo que ela dita esteja amparado em todo o escopo social que gira em torno dela. Desse modo:

A constituição é algo que tem, *como forma*, um complexo de normas (escritas ou costumeiras); *como conteúdo*, a conduta humana motivada pelas relações sociais (econômicas, políticas, religiosas etc.); *como fim*, a realização dos valores que apontam para o existir da comunidade; e, finalmente, *como causa criadora e recriadora*, o poder que emana do povo. Não pode ser compreendida e interpretada, se não se tiver em mente essa estrutura, considerada como *conexão de sentido*, como é tudo aquilo que integra um conjunto de valores (SILVA, 2015, p. 41, grifo do autor).

Com efeito, trata-se de um conjunto de normas e princípios que visam garantir um Estado estruturado e que tenha como pilar o respeito às garantias trazidas como fundamentais, tendo como centro a dignidade humana. Dito isto, faz-se necessária a conceituação e distinção entre regras e princípios, que possuem âmbitos de aplicação e alcances diferentes.

Antes de uma análise mais profunda acerca de seus conceitos e distinções, destaca-se, primeiramente, que ambos são normas constitucionais que não guardam hierarquia entre si, vez que se prima, precipuamente, pela unidade constitucional, tendo em vista que o próprio conceito de Constituição, conforme dito acima, diz respeito a um sistema normativo aberto de normas e princípios (LENZA, 2016). Nesse sentido:

A proposta de *diferenciação hermenêutica* – e não *distinção/cisão estrutural* – entre

regras e princípios aqui defendida parte da descoberta, que tem raízes na teoria integrativa dworkiniana, do caráter unificador dos princípios: eles são o marco da institucionalização da autonomia do Direito. As regras não acontecem sem os princípios. Os princípios sempre atuam como determinantes para concretização do Direito e em todo caso concreto eles devem conduzir para determinação da resposta adequada. *As regras constituem modalidades objetivas de solução de conflitos.* Elas “regram” o caso, determinando o que deve ou não ser feito. Os princípios autorizam essa determinação; eles fazem com que o caso decidido seja dotado de autoridade que – hermeneuticamente – vem do reconhecimento da *legitimidade*. O problema da resposta adequada/correta, nesse caso, só é resolvido na medida em que seja *descoberto o princípio que institui (legitimamente) a regra do caso* (STRECK, 2012, p. 15-16, grifo do autor).

Desse modo, apesar de ambos constituírem normas, guardam conceitos diferentes entre si. E compreender a distinção entre eles é crucial para que sejam sanados problemas relativos aos direitos fundamentais, bem como delimitado o alcance de sua aplicação e resolvidas possíveis colisões entre um e outro.

Nesse sentido, regras podem ser conceituadas como comandos objetivos que incidem no modo tudo ou nada, ou seja, uma vez caracterizada a situação que elas regulam haverá a incidência de sua aplicação. Destarte, possuem um caráter objetivo e aplicam-se especificamente às circunstâncias abrangidas por elas, constituindo-se, essencialmente, em uma composição descritiva de comportamentos. Assim, segundo Amorim (2005, p. 126, grifo do autor) “as regras são normas que só podem ser cumpridas ou não. Se uma regra é válida, então há de fazer exatamente o que ela exige, sem mais nem menos”.⁵

Por outro lado, princípios não são determinados pela lógica do tudo ou nada, possuindo um caráter mais abstrato e constituindo-se, essencialmente, em mandados de otimização, ou seja, podem ser aplicados/satisfeitos em diferentes graus, a depender do caso concreto e das possibilidades jurídicas. Assim, diante de uma situação fática, um princípio em aparente colisão com outro, prevalecerá sobre este, escolha que vai depender do peso, valor e importância atribuídos ao mesmo no caso em análise. Trata-se de um conceito abstrato, não havendo a determinação de condutas, como nas regras. Diversos princípios possuem natureza de norma constitucional, estabelecendo estados ideais que devem ser atingidos. Eles ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, em face da gradatividade com que podem ser aplicados. Nesse sentido, exemplifica Barroso (2018, s.p.):

⁵ Exemplos: Ao atingir 70 anos, ou 75 anos, o servidor público deve aposentar-se compulsoriamente; o imposto de transmissão é devido ao adquirir-se um bem imóvel. Com efeito, não há margem valorativa para o intérprete da norma, pois, uma vez presente a situação descrita, esta deverá incidir ao caso concreto. Caso isso não ocorra, a norma terá sido violada (BARROSO, 2018).

No tocante ao *conteúdo*, o vocábulo “princípio” identifica as normas que expressam *decisões políticas fundamentais* – República, Estado democrático de direito, Federação -, *valores* a serem observados em razão de sua dimensão ética – dignidade humana, segurança jurídica, razoabilidade – ou *fins públicos* a serem realizados -, desenvolvimento nacional, erradicação da pobreza, busca do pleno emprego. Como consequência de tais conteúdos, os princípios podem referir-se tanto a direitos individuais, como a interesses coletivos (BARROSO, 2018, s.p., grifo do autor).

Dito isso, é importante destacar que embora um princípio possa entrar em aparente colisão com outro, de modo algum se pode declarar a invalidade de um deles, mas apenas o maior peso de um em relação ao outro em determinada situação fática. Para tanto, utiliza-se a técnica da ponderação, vez que não há hierarquia abstrata entre os princípios.

A ponderação consiste em técnica que permite a resolução de casos difíceis, em que o juízo da subsunção, utilizado para as normas⁶, não é suficiente para saná-los, vez que se está diante de princípios constitucionais que não comportam hierarquia entre si (AMORIM, 2005). “Exemplo de fácil percepção, na defesa de interesses contrapostos [...] é a proteção, de um lado, a propriedade privada, e, de outro, a função social que a mesma deve se ater para que, assim, possa se assegurar respeito àquele direito fundamental.” (SILVEIRA, 2013, s.p.).

Assim, esta técnica aplica-se quando dois princípios acarretam uma contradição. Nessa hipótese, deve-se estabelecer as condições sob as quais um princípio prevalecerá sobre outro para a resolução de determinada situação fática. Todavia, mais uma vez, ressalta-se que não se trata de prevalência absoluta de um princípio sobre o outro, muito menos em estabelecimento de cláusula de exceção a aplicação do princípio sobreposto, mas apenas em estabelecer qual deles irá ceder ao tempo em que o outro se aplicará de forma mais expressiva à luz de cada caso concreto. Segundo Alexy (apud AMORIM, 2005, p. 128) a técnica da ponderação é um processo aplicado em três etapas, quais sejam:

[...] (i) primeiro se investigam e identificam os princípios (valores, direitos, interesses) em conflito, e quanto mais elementos forem trazidos mais correto poderá ser o resultado final da ponderação; (ii) segundo, atribui-se o peso ou importância que lhes corresponda, conforme as circunstâncias do caso concreto; e (iii) por fim, decide-se sobre a prevalência de um deles sobre o outro (ou outros) (ALEXY apud AMORIM, 2005, p. 128).

⁶Por muito tempo, a subsunção foi o raciocínio padrão na aplicação do Direito. Como se sabe, ela se desenvolve por via de um raciocínio silogístico, no qual a premissa maior – a norma – incide sobre a premissa menor – os fatos, produzindo um resultado, fruto da aplicação da norma no caso concreto. Como já assinalado, esse tipo de raciocínio jurídico continua a ser fundamental para a dinâmica do Direito. Mas não é suficiente para lidar com as situações que envolvam colisões de princípios ou de direitos fundamentais (BARROSO, 2018, s.p.).

Com efeito, na primeira etapa identifica-se quais normas se aplicam de forma preponderante ao caso concreto, percebendo possíveis conflitos entre elas. Em seguida, deve-se intercalar estas normas para que se possa extrair qual solução será mais viável para a situação fática, ou seja, aquilo que elas sugerem, com o objetivo de *a posteriori* fazer-se a comparação dos elementos normativos que estão em jogo (BARROSO, 2018).

Já na segunda etapa, deve-se proceder com a interação entre o caso concreto e as normas que estão relacionadas a ele, examinando-o de forma pormenorizada, de modo que se identifique quais normas melhor se aplicam na busca pelo resultado mais benéfico. Trata-se de etapa relevante, uma vez que o alcance dessas normas bem como sua validade só é percebida quando há o ajuste à situação fática em análise (BARROSO, 2018).

Por fim, na terceira fase, tida como a mais importante no processo de ponderação, vez que é nesta etapa que fica evidenciada a diferença de alcance desta em relação à subsunção, aplicada no caso de conflito de regras, proceder-se-á com a conjugação de princípios constitucionais, de modo que um passará a ter, para o caso em análise, maior aplicação que outro, sem que isso, de modo algum, invalide o princípio suprimido. Ou seja, trata-se do momento em que os princípios em colisão serão graduados e será decidido em que medida um prevalecerá sobre o outro. Todavia, deve-se mencionar que existem algumas críticas à essa técnica, notadamente no que concerne ao grau de objetividade de seus aplicadores.⁷ Todo esse debate é amparado pelo princípio da proporcionalidade ou razoabilidade.⁸

Destarte, destaca-se que, apesar das críticas, esta técnica visa garantir a proteção ao princípio da unidade da Constituição, harmonizando os possíveis conflitos que possam advir de sua interpretação e aplicação às diversas situações fáticas apresentadas. Com efeito,

⁷A exemplo de Lenio Luiz Streck, pois, segundo ele, ponderação e discricionariedade são faces de uma mesma moeda, o que a torna vulnerável ao poder de escolha do agente julgador. Para ele, nas decisões emanadas pelos juristas brasileiros, o que se observa é que esta técnica é citada apenas como “álibi retórico” para diferentes modos de discricionariedade adotados pelos juízes. Ou seja, no Brasil, afirma, a aplicação desta técnica não foge do subjetivismo, em especial na escolha dos princípios que serão sopesados. Apesar disso, o uso da ponderação é preponderante nas decisões que emanam dos tribunais brasileiros, em especial da mais alta corte do país, o Supremo Tribunal Federal (STRECK, 2014).

⁸Nesse diapasão, o princípio da proporcionalidade funcionaria enquanto limite que conduz a atividade de sopesamento dos valores dos intérpretes do Direito, clareando a atividade de ponderação de princípios jurídicos, bem como a estrutura das dimensões da dignidade humana. Assim, em apertada síntese, conclui-se que o princípio da proporcionalidade surge na lei da ponderação, como um verdadeiro limite – instrumento de vedação de excessos –, parâmetro para o poder decisório, diante das colisões de princípios, regras e direitos fundamentais no caso concreto, controlando assim, uma possível discricionariedade em extremo, no provimento jurisdicional (CALDAS, 2011, s.p.).

existem outros princípios que devem ser resguardados quando da interpretação constitucional. Alguns deles serão destacados a seguir.

Segundo Canotilho, são seis os princípios norteadores da interpretação constitucional: (1) Unidade, (2) Efeito integrador, (3) Eficiência, (4) Justeza, (5) Harmonização e (6) Força Normativa da Constituição. A seguir, passa-se a análise de cada um deles (CANOTILHO, 1992).

O Princípio da Unidade assevera que as normas e princípios constitucionais devem ser interpretados de maneira uníssona e sistemática e não de forma isolada, pois o texto constitucional só pode ser compreendido se analisado de acordo com a unicidade de seus preceitos. Funda-se na ideia de que uma parte, analisada isoladamente, irá transmitir uma ideia diferente do todo. Ainda segundo esse princípio, a análise conjunta do texto constitucional impedirá um possível conflito aparente de normas, quando estas pretenderem regular o mesmo caso concreto (COELHO, 2002).

Além disso, a afirmação do princípio da unidade da constituição, que também dialoga com a produção de uma unidade política, deve ser equacionada no âmbito de uma teoria democrática da interpretação constitucional, aberta a várias concepções e posicionamentos, inclusive àqueles que não estão formalmente legitimados a exercê-la. Independentemente do já exposto, é preciso ter em conta *que o princípio da unidade da constituição representa talvez menos um autêntico princípio da interpretação do que um objetivo da interpretação*, visto que implica uma obrigação por parte dos intérpretes da constituição (que, por sua vez, se valem de métodos e princípios de interpretação) no sentido de interpretar as normas constitucionais isoladas de modo a afastar contradições (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2016, s.p., grifo do autor).

O Princípio do Efeito Integrador pauta-se da integração social e política do Estado, ao defender que todo o processo interpretativo do texto constitucional, para ser válido, deve levar a esta finalidade, de modo a respeitar o pluralismo social. Assim, segundo essa concepção, criar-se-á uma verdadeira ordem política, pois será conferida coesão à Carta Magna. Desse modo, ao conduzir o intérprete a soluções integradoras, é possível banir possíveis conflitos entre normas constitucionais (TRINDADE, 2015).

O Princípio da Máxima Efetividade ou Eficiência defende uma interpretação expansiva da Constituição, ao estabelecer que suas normas e princípios devem ser interpretados de acordo com o sentido que lhes confira maior eficácia sob o ponto de vista social, ou seja, de modo que produzam resultados mais significativos para a sociedade, sem contudo, violar seu conteúdo. Exemplificando, à luz deste princípio, caso haja alguma dúvida acerca de qual

norma deve prevalecer para a resolução de determinada situação fática, deve-se levar em conta aquela que garanta maior eficácia e a mais ampla efetividade social (COELHO, 2002).

O Princípio da Justeza preceitua que, de nenhuma maneira, a interpretação do texto constitucional pode levar a subversão da tripartição dos poderes, evitando-se, desse modo, a deturpação do sistema organizatório-funcional resguardado pela Constituição. Assim, pode-se dizer que se trata de princípio que limita o intérprete (TRINDADE, 2015).

O Princípio da Harmonização pauta-se da ausência de hierarquização entre os princípios, preconizando que na hipótese de eventual colisão entre estes ou os bens jurídicos constitucionais, o intérprete deverá harmonizá-los, de modo que a aplicação de um não aniquile o outro. Ou seja, por meio dele, busca-se evitar o total sacrifício de bens jurídicos em relação a outros, através de sua coordenação e combinação, valorizando-se a ideia de igualdade de valor entre eles. Está intimamente relacionado, como se percebe, ao Princípio da Unidade da Constituição, vez que valoriza a otimização de todas as garantias, evitando a negação de qualquer um por meio da imposição do balanceamento dos interesses conflituosos (COELHO, 2002).

Por fim, o Princípio da Força Normativa da Constituição assemelha-se ao Princípio da Máxima Efetividade, contudo, estes não se confundem. Aquele busca a máxima aplicabilidade das normas constitucionais, enquanto este busca a maior eficácia dessas normas. Desse modo, na solução de uma situação fática, deve-se primar pela opção que garanta maior utilidade prática do texto constitucional (TRINDADE, 2015).

Com efeito, apresentados os princípios norteadores da interpretação do texto constitucional, faz-se necessário asseverar que eles de modo algum esgotam o alcance ilimitado das normas delineadas pela Carta Magna, devendo sempre adaptarem-se ao caso concreto, sob pena de tornarem-se obsoletos, tendo em vista que a realidade social está em constante transformação.

Diante dos métodos e princípios interpretativos apresentados, poder-se-ia vislumbrar dificuldades no processo de integração do texto constitucional. Contudo, a interpretação sistemática da Constituição faz-se imperiosa para que se alcance da forma mais eficiente possível a efetividade das normas ali emanadas. Isso pode ser conseguido por meio do respeito a estes princípios bem como do uso da técnica de ponderação, sempre da forma mais

objetiva possível. Outrossim, o texto constitucional manterá a harmonia a que se destina e norteará da forma mais benéfica possível a tomada de decisão dos juristas, atendendo, desse modo, o anseio social por justiça.

2 MÉTODOS FORMAIS E INFORMAIS DE ALTERAÇÃO DO TEXTO CONSTITUCIONAL

As Constituições dos Estados ao longo do tempo, a depender da forma como foram estruturadas, tendem a sofrer transformações ocasionadas pelas alterações emanadas do seio social. Desse modo, conseguem manter-se ligadas à realidade que regulamentam, inspiradas pelos membros do grupo a que pertencem, não caindo, assim, na obsolescência.

Essas alterações variam de acordo com cada tipo de Constituição, conforme será explanado ao longo deste tópico. São diversas as classificações dadas às Constituições e destaca-se a seguir as principais citadas por Lenza (2016): quanto à origem, sendo promulgadas ou outorgadas; quanto à forma, sendo escritas ou costumeiras; quanto à extensão, sintéticas ou analíticas; quanto ao conteúdo, material ou formal; quanto ao modo de elaboração, dogmáticas ou históricas; quanto à sistemática, reduzidas e variadas; quanto à dogmática, ortodoxa e eclética; quanto à finalidade, garantia, balanço ou dirigente⁹; e, por

⁹ *Outorgada* é a constituição imposta, de maneira unilateral, pelo agente revolucionário [...] *Promulgada*, também chamada de democrática, votada, ou popular, é aquela constituição fruto do trabalho de uma Assembleia Nacional Constituinte, eleita diretamente pelo povo, para, em nome dele, atuar, nascendo, portanto, da deliberação da representação legítima popular [...]. *Escrita (instrumental)* [...] seria a Constituição formada por um conjunto de regras sistematizadas e organizadas em um único documento, estabelecendo as normas fundamentais de um Estado [...]; *Costumeira (não escrita ou consuetudinária)* seria aquela Constituição que, ao contrário da escrita, não traz as regras em um único texto solene e codificado. É formada por “textos” esparsos, reconhecidos pela sociedade como fundamentais, e baseia-se nos usos, costumes, jurisprudências, convenções [...]. *Sintéticas* seriam aquelas enxutas, veiculadoras apenas dos princípios fundamentais e estruturais do Estado. Não descem a minúcias, motivo pelo qual são mais duradouras, na medida em que os seus princípios estruturais são interpretados e adequados aos novos anseios pela atividade da Suprema Corte [...]; *Analíticas*, por outro lado, são aquelas que abordam todos os assuntos que os representantes do povo entenderem fundamentais. Normalmente descem a minúcias, estabelecendo regras que deveriam estar em leis infraconstitucionais [...]. *Materialmente constitucional* será aquele texto que contiver as normas fundamentais e estruturais do Estado, a organização de seus órgãos, os direitos e garantias fundamentais [...]; *Formal*, por seu turno, será aquela Constituição que elege como critério o processo de sua formação, e não o conteúdo de suas normas. Assim, qualquer regra nela contida terá o caráter de constitucional [...]. *Dogmáticas*, sempre escritas, consubstanciam os dogmas estruturais e fundamentais do estado [...]; *Históricas*, constituem-se através de um lento e conflituoso processo de formação, ao longo do tempo, reunindo a história e as tradições de um povo [...]. *Reduzidas* seriam aquelas que se materializariam em um só código básico e sistemático, como as brasileiras. *Variadas* seriam aquelas que se distribuiriam em vários textos e documentos esparsos, sendo formadas de várias leis constitucionais [...] *Ortodoxa* é aquela formada por uma só ideologia [...]; *Eclética* seria aquela formada por ideologias conciliatórias, como a brasileira de 1988 [...] A Constituição *garantia* busca garantir a liberdade,

fim, quanto à alterabilidade, rígidas, flexíveis, semiflexíveis ou semirrígidas, fixas e imutáveis. Segundo o autor, a Constituição brasileira de 1988 classifica-se como: promulgada, escrita, analítica, formal, dogmática, reduzida, eclética, garantia e rígida. Neste trabalho focar-se-á na classificação que diz respeito à alterabilidade das Constituições, pois é ela que determina a sua mutabilidade.

Constituição fixa é aquela cuja alteração só pode ser realizada pelo poder constituinte originário¹⁰. Também é chamada de silenciosa, pois não prevê claramente como seria seu processo de mudança. Por esses motivos, diz-se que ela possui apenas valor histórico. Já as Constituições imutáveis ou permanentes são aquelas que não podem sofrer nenhum tipo de alteração, por qualquer poder que seja. Por essa razão, estão fadadas à obsolescência e também possuem apenas valor histórico (NÁPOLI, 2018).

Constituições flexíveis são aquelas cuja alteração pode ser feita a partir do mesmo procedimento das normas infraconstitucionais, ou seja, para que haja a mudança de seu texto não se exige um processo mais dificultoso. Por esse motivo, diz-se que não há hierarquia formal entre a Constituição e as normas infraconstitucionais. Já as Constituições semirrígidas ou semiflexíveis são aquelas que são uma mescla das rígidas, tratadas a seguir, e das flexíveis, pois, parte de sua estrutura só pode ser alterada por um processo mais rigoroso e solene que as normas infraconstitucionais, ao passo que a outra parte pode ser modificada pelo mesmo procedimento destas, não exigindo maior formalismo e dificuldade (NÁPOLI, 2018).

Constituições rígidas são aquelas cuja modificação depende de um processo mais dificultoso e solene do que o necessário para elaboração de normas infraconstitucionais, como as leis ordinárias. É sempre escrita e predomina entre as Cartas da maior parte do mundo. A CF/88 está entre elas, assim como todas as anteriores, com exceção da de 1824 (FAVERO, 1997).

Essa rigidez no caso da atual Constituição pode ser observada quando se analisa seu artigo 60, que traz o procedimento formal necessário para a propositura de uma Proposta de

limitando o poder; a *balanço* reflete um degrau de evolução socialista e a *dirigente* estabelece um projeto de Estado [...] (LENZA, 2016, s.p., grifo nosso).

¹⁰ Poder Constituinte Originário é aquela que inaugura uma nova ordem jurídica, rompendo com a anterior e elaborando uma nova Constituição. É essencialmente político, inicial, incondicionado e ilimitado. Possui como titular o povo (LENZA, 2016).

Emenda à Constituição (PEC)¹¹, podendo-se perceber claramente que se trata de procedimento um tanto complexo e permeado de solenidade e algumas limitações, diferente do que se exige para a elaboração e alteração de leis ordinárias, por exemplo. É aí que se encontra o caráter da rigidez do texto constitucional, que atesta o viés superior das normas emanadas da Carta Magna, que está acima de todas as demais leis, em seu sentido mais amplo (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2016).

Dito isso, nota-se que é possível que haja mudanças na Constituição, desde que se respeitem os procedimentos previstos em seu próprio corpo. Assim, analisa-se agora quais são esses meios de alteração, com foco na CF/88, debate esse que vai abrir espaço para análise do HC 152752/PR, cujo estudo é objeto deste artigo, no que concerne à constitucionalidade do entendimento mais uma vez consolidado a partir de seu julgamento, qual seja, a possibilidade de execução provisória da pena proferida em segundo grau de jurisdição.

É fato que a Constituição tem como uma de suas funções primeiras garantir segurança jurídica às instituições políticas e jurídicas de um país, conferindo um mínimo de estabilidade ao ordenamento pátrio. Todavia, não deve permanecer imutável sob pena de se tornar completamente obsoleta. Para que isso não ocorra, e considerando o aspecto da rigidez da maior parte das constituições do mundo, a doutrina menciona duas formas possíveis de alteração do texto constitucional, quais sejam: meios formais e informais de mudança da Constituição. O primeiro ocorre por via legislativa, ao passo que o segundo ocorre pelo método interpretativo (SORIANO, 2003).

Acerca do procedimento formal de alteração da Constituição, deve-se salientar que ele ocorre por meio da atuação do poder constituinte derivado reformador, autorizado e regulado pelo poder constituinte originário e que possui como características ser limitado e

¹¹ A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; II - do Presidente da República; III - de mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros. § 1º A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio. § 2º A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros. § 3º A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem. § 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. § 5º A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa (BRASIL, 1988, Art. 60).

condicionado a este, não inaugurando uma nova ordem, apenas alterando dentro dos parâmetros estabelecidos a já existente. Tem como função precípua manter atualizado o texto constitucional, de modo que ele acompanhe o desenvolvimento da sociedade, mantendo-se válido e implica na alteração de seu texto (LENZA, 2016).

Na CF/88, as regras para que ele se manifeste encontram-se no já mencionado artigo 60, que traz os requisitos necessários para a propositura de uma PEC. Nesse dispositivo estão situados os legitimados, o quórum mínimo necessário para sua aprovação, bem como limitações chamadas pela doutrina de circunstanciais, materiais e formais (MASSON, 2015).

Nesse sentido, as limitações circunstanciais estão expostas no parágrafo 1º do dispositivo mencionado, e, assim, impedem a emenda à Constituição em sua vigência: intervenção federal, estado de defesa e estado de sítio (LENZA, 2016). Já as limitações materiais são aquelas insculpidas no parágrafo 4º e seus incisos¹², que trazem as chamadas cláusulas pétreas, núcleo intangível da Constituição e que possuem esse status por representar a essência dos bens jurídicos que a Carga Magna visa proteger, e, portanto, não poderão ser abolidas, não estando vulneráveis ao poder constituinte reformador (MASSON, 2015).

Por fim, tem-se as limitações formais ou procedimentais, que são aquelas enumeradas nos incisos I, II e III, bem como nos parágrafos 2º, 3º e 5º do artigo 60 da Constituição. Elas tratam, respectivamente, dos legitimados para a propositura da PEC, do quórum necessário para sua aprovação, da legitimidade para a promulgação e do impedimento de nova proposta na mesma sessão legislativa de PEC cuja matéria tenha sido negada ou havida por prejudicada (LENZA, 2016).

Em suma, esse é o caminho formal para alteração da Constituição. Passa-se agora à análise do meio informal de alteração desta, cuja análise é de maior interesse deste trabalho, haja vista que foi por meio dele que o STF entendeu ser constitucional o início do cumprimento da pena após condenação em segunda instância, nos termos do julgamento do HC 152752/PR.

Nesse sentido, mutações constitucionais¹³ são ditas mecanismos informais de alteração

¹² § 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, Art. 60).

¹³ As chamadas mutações constitucionais tiveram sua origem a partir da análise da Constituição alemã de 1871

da Constituição. São assim caracterizadas em virtude de, diferentemente dos mecanismos formais, não estarem previstas no texto constitucional. Além disso, elas não operam alterações na estrutura de seu texto, apenas implicam na mudança de sentido deste através da interpretação. Nessa linha, asseveram Bernardes e Ferreira (2015, p. 116):

Mutações constitucionais derivam-se, principalmente, do modo como se exerce ou se deixa de exercer o poder estatal regulado na constituição. Manifestam-se nas práticas legislativas, jurisprudenciais e administrativas mediante as quais se vai alterando o original sentido da constituição, muitas vezes ampliando ou restringindo o alcance das normas constitucionais, sem reformas constitucionais. Por intermédio dessas práticas, tanto as disposições normativas quanto as lacunas da constituição adquirem novos sentidos, de maneira a adaptá-la às forças e necessidades políticas que surgem no decurso do tempo (BERNADES; FERREIRA, 2015, p. 116).

Essas mutações decorrem sobretudo de dois aspectos, quais sejam, mudança da realidade fática de uma sociedade, ou seja, transformações decorrentes da dinâmica social, que está em permanente renovação, e de uma nova leitura do Direito, que relaciona-se ao que se considera justo em determinada época (BARROSO, 2016). Operam-se por meio do poder constituinte difuso, que não está expresso na Constituição e recebe este nome em razão de não ser possível precisar com exatidão o momento em que ele começa a atuar sobre determinada norma constitucional com o fim de modificá-la, já que se trata de um processo lento, não representando uma ruptura imediata com o posicionamento anterior. Nasce com o fim de suprir “lacunas” no texto constitucional, manifestando-se por meio do processo hermenêutico. Sua titularidade pertence aos órgãos responsáveis pela aplicação das disposições constitucionais (BERNARDES; FERREIRA, 2015).

Para que sejam válidas, as mutações devem respeitar as normas constitucionais, sob pena de serem declaradas inconstitucionais, e, portanto, inválidas. Além disso, conforme assevera Barroso (2016), devem possuir validade democrática e nascer de uma demanda social efetiva, sob o respaldo da soberania popular¹⁴(BARROSO, 2016).

por Paul Laband, que percebeu que estavam sendo operadas ao longo do tempo alterações em seu sentido sem que houvesse modificações na estrutura do seu texto. A partir daí, os estudos acerca deste temática foram sendo ampliados e percebeu-se que se tratava de um fenômeno muito comum em países com constituições rígidas, por conseguinte escritas, pois trata-se de uma meio mais célere para manter a Carta Magna atualizada, vez que os métodos formais são complexos e exigem muito mais tempo (GOMIDE, 2017).

¹⁴ Ainda citando Barroso (2016), este traz em sua obra um exemplo emblemático, dentre os vários já ocorridos no Brasil, de mutação constitucional pelo viés da interpretação. Trata-se da mudança de entendimento do STF acerca do foro por prerrogativa de função, que era um privilégio concedido a agentes públicos mesmo após o encerramento do mandato, posicionamento adotado por várias décadas e que estava consolidado por meio da súmula nº 394. Este entendimento foi alterado em 1999, levando ao cancelamento da súmula, e a aplicação do foro privilegiado apenas aos agentes enquanto ocupavam o cargo público ou estivessem no exercício da função,

Destarte, verifica-se que a mutação constitucional é um fenômeno tradicional e válido quando se respeitam os dispositivos constitucionais e se atendem as demandas sociais. E o julgamento do HC 152752/PR é sem dúvida um dos casos mais emblemáticos das últimas décadas no que se refere à aplicação desse fenômeno, por ter como paciente o ex-presidente da República, Sr. Luiz Inácio Lula da Silva, e por ter firmado, mais uma vez, o posicionamento do STF acerca da possibilidade de execução provisória da pena após condenação em segunda instância. A análise deste é o objeto do tópico seguinte.

3 A CONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA PROFERIDA EM SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO: UM ESTUDO EM FACE DO HC 152752/PR

Para que seja possível compreender o contexto que envolve julgamento do HC cuja estudo é o principal objeto deste trabalho, procede-se agora a um breve resumo dos motivos que levaram a sua impetração, tendo como base seu próprio texto. O ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva fora denunciado pela Força Tarefa da Operação Lava Jato em setembro de 2016 pelos crimes de corrupção passiva e lavagem de dinheiro, configurados em virtude de, conforme o Ministério Público (MP), ter recebido propina da empreiteira OAS na forma de reforma e reserva do apartamento tríplice na cidade de Guarujá em troca do favorecimento de contratos com a Petrobras. Condenado em primeira instância a uma pena de 09 anos e 06 meses, teve esta majorada pelo Tribunal Regional Federal da 4º Região (TRF 4), órgão de segunda instância, para 12 anos e 01 mês, bem como fora determinado que a execução tivesse início provisoriamente.

Tendo impetrado HC em face do Superior Tribunal de Justiça (STJ), com pedido liminar, teve este denegado. Em consequência dessa decisão, no dia 02 de fevereiro de 2018 fora impetrado o HC Preventivo nº 152752/PR, com o objetivo de impedir a execução provisória da pena em decorrência de decisão do TRF 4. Consagrado como remédio heroico, esta ação constitucional é um direito fundamental e possui previsão no art. 5º, inciso LXVIII da CF/88 que aduz: “conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar

ficando clara a mudança de posicionamento da Suprema Corte no sentido contrário no decorrer do tempo (BARROSO, 2016).

ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder” (BRASIL, 1988).

Com efeito, para amparar o pedido, o principal argumento da defesa girou em torno da ilegalidade da iminente prisão do paciente em virtude desta se amparar no, conforme alegação, desvirtuamento do inciso LVII do mesmo dispositivo, que leciona: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (BRASIL, 1988), como se verifica no trecho destacado abaixo:

No caso em apreço, justifica-se o manejo do presente remédio diante de iminente **constrangimento ilegal**, vez que, nos autos da apelação criminal nº5046512-94.2016.4.04.7000/PR, já foi determinada a execução provisória da pena do **Paciente** (BRASIL, 2018, p. 6-7, grifo do autor).

Todavia, o pedido fora denegado pelo STF por maioria de votos, 06 contra e 05 a favor. Votaram a favor da concessão do HC os ministros: Gilmar Mendes, Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio Mello e Celso de Mello; posicionaram-se contra os ministros: Edson Fachin, Alexandre de Moraes, Luís Roberto Barroso, Rosa Weber, Luiz Fux e Carmem Lúcia, então presidente da Suprema Corte.

A maioria que votou pela negativa da concessão do HC afastou a mencionada ilegalidade, afirmada pela defesa, das decisões do TRF – 4 e do STJ tendo em vista que o atual entendimento do STF pauta-se na possibilidade de cumprimento provisório da pena após decisão de segunda instância, como aconteceu no caso em tela. Trata-se de entendimento firmado quando do julgamento de um outro HC no ano de 2016 pela Suprema Corte, qual seja, HC 126292/SP, que alterou posicionamento adotado pelo STF desde 2009, que era contrário à decretação de prisão após decisão de segunda instância, bem como no julgamento das Ações Diretas de Constitucionalidade (ADC's) 43 e 44, que também tratavam da temática. Essas decisões consideraram constitucional o cumprimento da pena antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Ao longo de seus votos, a maioria vencedora dos ministros demonstrou que a execução antecipada da pena não contraria o que dispõe o inciso LVII do art. 5º da Carta da República, conforme será destacado por meio dos trechos de suas falas durante o julgamento trazidos neste trabalho. Esta interpretação foi possível com base na realização de mutação constitucional, que, conforme já explicitado, consiste em técnica informal de modificação da constituição e que será abordada sob a égide do julgamento em comento, pois o que se fez foi

dar entendimento diverso daquele adotado a partir de 2009, mas sem qualquer modificação no texto da CF/88, classificada como rígida e cuja alteração formal costuma demandar grande tempo.

Primeiramente, destaca-se o voto do ministro Alexandre de Moraes, que traz uma importante retrospectiva acerca do posicionamento da Corte sobre a temática. Ele relata que na maior parte dos 30 anos desde a promulgação da CF/88, o entendimento acerca da possibilidade de execução da pena após decisão em segunda instância fora adotado de forma amplamente majoritária, tendo havido posicionamento oposto apenas no período de 2009 a 2016. Outro dado importante trazido pelo ministro é o fato de que, ao longo do tempo em que prevaleceu o entendimento atual, o mesmo fora adotado por 71% dos ministros do STF, o que evidencia ainda mais a força e a consistência da atual posição, demonstrando que não se trata de uma decisão momentânea e lastreada em agitações populares (MORAES, 2018).

As exigências decorrentes da previsão constitucional do *princípio da presunção de inocência* não são desrespeitadas mediante a possibilidade de execução provisória da pena privativa de liberdade, quando a decisão condenatória observar todos os demais princípios constitucionais interligados, ou seja, quando o juízo de culpabilidade do acusado tiver sido firmado com absoluta independência do juízo natural, a partir da valoração de provas obtidas mediante o devido processo legal, contraditório e ampla defesa em dupla instância e a condenação criminal tiver sido imposta, em decisão colegiada, devidamente motivada, de Tribunal de 2º grau, com o consequente esgotamento legal da possibilidade recursal de cognição plena e da análise fática, probatória e jurídica integral em respeito ao princípio da tutela penal efetiva (MORAES, 2018, pp. 145-146, grifo do autor).

Conforme se pode observar pela fala do ministro, este aduz que a Constituição deve ser interpretada de forma sistemática, como já abordado neste trabalho, pois seus princípios estão inter-relacionados entre si, e esta relação deve ser preservada em qualquer decisão. Na análise do caso concreto, um princípio pode prevalecer sobre o outro em face de uma possível colisão. O que determinará qual deve se sobrepor irá depender do caso em análise e mediante o uso da já explicitada técnica da ponderação. Mas ressalta-se, uma vez mais, que nenhum pode ser suprimido de forma absoluta, vez que não há hierarquia formal entre eles.

Também tomando por base a fala do ministro, é oportuno esclarecer que é nas instâncias ordinárias, juízo de primeiro grau e de apelação, também chamados de juízo *a quo*, que são esgotadas as análises de fatos e provas do processo, não cabendo aos recursos extraordinário e especial, cujo julgamento compete respectivamente ao STF e STJ, essa tarefa, vedada inclusive por meio da súmula 279 do STF: “para simples reexame de prova não cabe recurso

extraordinário.”, bem como da súmula 07 do STJ: “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.” (CAPEZ, 2017).

Este fato é por demais relevante, e consubstanciou-se em uma das principais razões que levaram ao atual entendimento do pretório excelso, vez que para o voto dominante, as instâncias ordinárias esgotam o duplo grau de jurisdição, já que encerram a análise de fatos e provas, conforme já mencionado. Aos recursos extraordinário e especial cabe a tarefa de tutelar o respeito às normas processuais no que se refere à salvaguarda dos mandamentos constitucionais e das leis federais (LIMA, 2017). O Recurso Extraordinário está previsto no Art. 102, inciso III da CF/88 e tem como função primeira a “[...] uniformização na aplicação das regras da Carta Magna em todo o território nacional.” (REIS; GONÇALVES, 2017, p. 735), ao passo que o Recurso Especial encontra sede no art. 105, inciso III da Carta da República, e possui o condão de tutelar a lei federal e garantir sua uniformização no território nacional (REIS; GONÇALVES, 2017).

Com efeito, não há que se aguardar o exaurimento de todos os recursos e o instituto do trânsito em julgado para que se possa dar início ao cumprimento da pena, pois em sede de segunda instância esgota-se a análise de fatos e provas. Além disso, é imperioso mencionar que esses recursos são despidos de efeito suspensivo, ou seja, não possuem o condão de “congelar” a decisão do juízo *a quo* até que sejam decididos (REIS; GONÇALVES, 2017).

Os ministros destacaram ainda em seus votos que costuma ser grande o lapso temporal entre a prolação da sentença ou voto colegiado e o início do cumprimento da pena, o que ocasiona a prescrição de crimes e esvai-se a possibilidade de o poder estatal puni-los. Isso ocorre especialmente nos casos de crime de corrupção, dado o costumeiro alto poder aquisitivo dos envolvidos, que possuem condições de levar a cabo uma série de recursos protelatórios. Essa realidade faz com que o princípio da tutela judicial efetiva perca seu valor, vez que a infração penal permanecerá impune, como bem reforçaram os ministros. Ademais, é ínfimo o percentual de decisões reformadas nos tribunais superiores em sede de recurso extraordinário, como bem destacou o ministro Luís Roberto Barroso.

Outrossim, o ministro mencionado elencou em seu voto três consequências por deveras negativas que ocorreram a partir do entendimento firmado em 2009, que passou a impedir o início da execução provisória da pena, e que clamam pela realização da mutação do texto

constitucional. A primeira delas foi o alto índice de recursos meramente protelatórios, com o único objetivo de impedir a execução da pena e a consequente prescrição dos crimes. O segundo impacto negativo citado pelo eminente ministro foi a seletividade do sistema prisional brasileiro (BARROSO, 2018):

[...] que tornou muitíssimo mais fácil prender um menino com 100 gramas de maconha do que prender um agente público ou um agente privado que desviou 10, 20, 50 milhões. Esta é a realidade do sistema penal brasileiro, ele é feito para prender menino pobre e não consegue prender essas pessoas que desviam, por corrupção e outros delitos, milhões de dinheiros, que matam as pessoas (BARROSO, 2018, p. 165).

Como terceira consequência negativa, o ministro citou a impunidade latente que ocorre ao escárnio da sociedade brasileira e o consequente descrédito no sistema judiciário, que acontece devido a infindável quantidade de recursos disponíveis até que haja o trânsito em julgado de uma condenação, cujo julgamento pode levar dezenas de anos, ocasionando a prescrição dos crimes, conforme já mencionado, e a violação ao princípio do devido processo legal, vez que não há a tutela estatal em tempo razoável¹⁵ (BARROSO, 2018).

Por tudo isso, é mister que o atual entendimento seja mantido, vez que é clara a sua constitucionalidade, bem como as razões que o validam. Nesse ínterim, também foi mencionado pelos ministros já citados a ausência de previsão de trânsito em julgado para que se inicie o cumprimento da pena nas Declarações de Direitos Humanos ratificadas pelo Brasil. Ou seja, o princípio da presunção de inocência além de não ser absoluto, em face da existência de outros princípios de mesmo valor que devem ser respeitados, não implica na proibição do início de cumprimento da pena antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória (BRASIL, 2018).

Complemento esse raciocínio, o ministro Luiz Fux aduziu em seu voto que o princípio da presunção de inocência deve ser harmonizado com os demais, vez que a Constituição, conforme já explicitado, deve ser interpretada de modo sistemático, ou seja, nos ditames de todos os princípios expressos por ela, vez que há uma interdependência entre eles. Além

¹⁵ Trinta por cento da população carcerária são presos não violentos, delitos associados a drogas, outros tantos presos por furto. Mais de 50% da população carcerária não está presa pelos dois crimes que afligem a sociedade brasileira, pelas duas mazelas que afligem a sociedade brasileira: violência e corrupção. Por violência, tem um tanto preso por roubo; um número bem menor preso por homicídio e uma quantidade presa por estupro. Por corrupção não tem nem estatística; dá menos de 1%; dá zero e alguma coisa. Nós não prendemos os verdadeiros bandidos no Brasil (BARROSO, 2018, pp. 165-166).

disso, destacou mais uma vez que o dispositivo em discussão não se confunde com impossibilidade de execução da pena antes do trânsito em julgado de decisão judicial e cita os incisos LIV e LXI do artigo 5º da CF/88, que tratam da possibilidade de prisão, destacando que esta pode ser concretizada quando se respeita o devido processo legal e desde que haja ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente ordenando-a (FUX, 2018).

Com efeito, os ministros vencedores trouxeram em suas falas um importante aspecto acerca da temática da interpretação sistemática da Constituição e que menciono neste trabalho. Ressaltaram que quando do início da investigação criminal, o princípio da presunção da inocência possui o maior peso possível, vez que cabe ao Estado trazer indícios de autoria e materialidade delitivas; quando passa-se à denúncia, o peso deste princípio já decai um pouco, já que os indícios mencionados já foram trazidos; em seguida, quando advém a decisão de primeiro grau, há uma queda significativa do peso desse princípio, tornando-se esta ainda maior quando há a condenação em segunda instância, momento a partir do qual outros princípios tão importantes quanto devem prevalecer: efetividade da tutela jurisdicional, dignidade da pessoa humana, probidade administrativa, dentre outros (BRASIL, 2018).

Destarte, percebe-se a realização por parte do STF de mutação plenamente constitucional, vez que essa se deu por via da correta interpretação do alcance do princípio presunção de inocência, medida esta imperativa para que se garanta a efetividade da justiça e para que o Direito Penal cumpra a sua função de pacificador social, em atenção a todos os princípios constitucionais trazidos pela Carta Magna.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste trabalho fez-se uma análise acerca da constitucionalidade da execução provisória da pena proferida em segundo grau de jurisdição sob a égide do julgamento do HC 152752/PR. Ao longo do texto ficou clara a importância do tema em comento, que ganhou notoriedade quando do julgamento do remédio constitucional mencionado, em virtude do prestígio do paciente, um ex-presidente da república.

Trata-se de discussão de grande relevância histórica para o Brasil, pois o pano de fundo é a interpretação do significado e alcance de um princípio constitucional, qual seja, o da presunção de inocência ou não culpabilidade. Os contrários ao entedimento atual defendem que

este viola tal princípio, constituindo a decisão do STF uma caso de mutação inconstitucional, pois para eles, o princípio em comento veda de forma absoluta o início da execução da pena em face de decisão proferida em segundo grau de jurisdição, vez que defendem que essa só pode ocorrer após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória ou na hipótese de prisão cautelar.

Contudo, o entendimento que prevalece atualmente vai no caminho oposto, defendendo que o princípio da presunção não é violado quando dá-se início provisoriamente à execução penal após decisão de segunda instância, pois é nas instâncias ordinárias que se esgotam a análise de fatos e provas no processo, cabendo às instâncias extraordinárias apenas a análise de questões processuais, conforme já explicitado. Além disso, para os ministros que defendem esse entendimento, a interpretação sistemática da Constituição permite que certo princípio prevaleça sobre outro em determinado caso concreto, mencionando que este vai cedendo lugar a outros princípios como o devido processo legal e a efetividade jurisdicional à medida em que o processo avança. Este é o posicionamento que é defendido por este trabalho, pelas razões mencionadas.

Nesse íterim, é imperioso mencionar que durante a elaboração deste texto, iniciou-se no dia 17 de outubro de 2019 nova votação no STF acerca da temática da prisão em segunda instância, dessa vez com o objetivo de se rediscutir o mérito da questão e conferir efeito vinculante à escolha da maioria após o final dos votos, em face da atual ausência de pacificação quanto ao tema. Após os votos de 07 ministros, que se estenderam por mais de um dia, o placar ficou em 04 votos a favor do atual entendimento, e 03 contra, momento em que a votação foi adiada para o dia 06 de novembro de 2019, após o fechamento deste trabalho. Com efeito, fica mais uma vez evidenciada a importância do debate em tela, e deve-se ressaltar que independentemente do resultado final, seu debate permanecerá vivo, pois os entendimentos tendem a variar ao longo do tempo, amparados nas transformações da sociedade.

REFERÊNCIAS

AMORIM, L. B. A distinção entre regras e princípios segundo Robert Alexy: esboço e críticas. In: **Revista de Informação Legislativa**. Vol. 42, n° 165. Jan/Mar. 2005. Disponível em: < https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/42/165/ril_v42_n165_p123.pdf>. Acesso em 17 mai. 2019.

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

BARROSO, L. R.; BARCELLOS, A. P. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: **Revista de Direito Administrativo**. Vol. 232, n° 141-176. Abr/Jun. 2003. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45690/45068>>. Acesso em 24 abr. 2019.

BERNARDES, J.T; FERREIRA, O. A. V. A. **Direito Constitucional Tomo I**. 5 ed. Bahia: Editora JusPODIVM, 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 7**. A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/docs_internet/VerbetesSTJ_asc.pdf>. Acesso em: 01 out. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus n. 152.752 da segunda turma do Supremo Tribunal Federal**. Diário da Justiça Eletrônico. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=15132272>>. Acesso em: 15 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 279**. Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2174>>. Acesso em: 01 out. 2019.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 02 out. 2019.

CALDAS, I. L. D. A. A ponderação de princípios e a supremacia do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 94, nov 2011. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10617>. Acesso em 20 mai. 2019.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**. Coimbra: Coimbra Editora, 1992.

CAPEZ, F. **Curso de Processo Penal**. {Biblioteca Virtual}. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

COELHO, I. M. **Métodos de interpretação constitucional**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em:< <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/119/edicao-1/metodos-de-interpretacao-constitucional>>. Acesso em 24 abr. 2019.

NÁPOLI, E. **Direito Constitucional**. Editora JusPODIVM, 2018. Disponível em< <https://www.editorajuspodivm.com.br/cdn/arquivos/079de468a667f81e9750cafeba387528.pdf>>. Acesso em 30 set. 2019.

FAVERO, E. R. **Reforma Constitucional: a questão do equilíbrio entre a estabilidade e a necessidade de evolução das Constituições rígidas**. 1997. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina. Disponível em< <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/77168/143476.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em 30 set. 2019.

GOMIDE, M. **Mutação Constitucional: Um estudo sobre a influencia norte-americana no Common Law no sistema romano-germânico brasileiro e na práxis do STF. Rio Grande do Sul, 2017**. Disponível em:< http://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2017/09/mariana_gomide_20171.pdf>. Acesso em 10 out. 2019.

LENZA, P. **Direito Constitucional Esquematizado**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LIMA, C. C. **Execução de sentença penal condenatória confirmada em segunda instância, pendente de recurso extraordinário: execução provisória de sentença penal condenatória confirmada por tribunal de apelação**. 2017. Dissertação (Graduação em Direito) – Faculdade de Ciências Jurídicas. Disponível em< <http://repositorio.pgskroton.com.br/bitstream/123456789/15112/1/CLAUDEMIR%20DE%20CASTRO%20LIMA.pdf>>. Acesso em 05 out. 2019.

MASSON, N. **Manual de Direito Constitucional**. 3 ed. Bahia: Editora JusPODIVM, 2015.
RAMALHO, R. *et al.* Supremo rejeita por 6 votos a 5 habeas corpus preventivo para LULA; prisão agora depende do TR-4. **G1**, Brasília, abr. 2018. Disponível em:< <https://g1.globo.com/politica/noticia/stf-julgamento-habeas-corpus-lula-4-de-abril.ghtml>>. Acesso em 10 out. 2019.

REIS, A. C. A.; GONÇALVES, V. E. R. **Direito Processual Penal Esquematizado**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. **Direito Constitucional**. {Biblioteca Virtual}. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SILVA, C. O. P. da S. **Interpretação Constitucional**. Brasília, 1998, p.26-30.

SILVA, J. A. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 38 ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2015.

SILVA, J. A. Os princípios constitucionais fundamentais. In: **Revista do Tribunal Regional Federal 1º Região**. Vol. 6, nº 4. Out/Dez. 1994. Disponível em: <http://files.camolinaro.net/200000095-a6856a703c/principios_constitucionais_fundamentais.pdf>. Acesso em 24 abr. 2019.

SILVEIRA, V. L. M. **Ponderação e proporcionalidade no direito brasileiro**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/pondera%C3%A7%C3%A3o-e-proporcionalidade-no-direito-brasileiro>>. Acesso em 26 mai. 2019.

SORIANO, A. G. Constitucionalização do Direito Internacional: uma nova forma de alteração da constituição. In: **Revista de Informação Legislativa**. Vol. 40, nº 159. Jul/Set. 2003. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/889/R159-19.pdf?sequence=4>>. Acesso em 06 out. 2019.

STF nega habeas corpus preventivo ao ex-presidente Lula. **Portal STF**, Brasília, abr. 2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=374437>>. Acesso em 10 out. 2019.

STRECK, L. L. Do pamprinciologismo à concepção hipossuficiente de princípio: dilemas da crise do direito. In: **Revista de Informação Legislativa**. Vol. 49, nº 194. Abr/Jun. 2012. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496574/000952675.pdf>>. Acesso em 12 mai. 2019.

STRECK, L. L. Por que a ponderação e a subsunção são inconsistentes. **Consultor Jurídico**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-abr-26/observatorio-constitucional->

porque-ponderacao-subsuncao-sao-inconsistentes>. Acesso em 10 mai. 2019.

TRINDADE, A. F. dos R. **Manual de Direito Constitucional**. {Biblioteca Virtual}. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.