

MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL E A ATUAÇÃO DO STF: ANÁLISE DOS VOTOS MINISTROS BARROSO E ROSA WEBER ADC's 43/44

Luiz Carlos de Oliveira Silva

Resumo:

O presente trabalho busca demonstrar a importância da mutação constitucional, sobretudo, quando entendida à luz dos direitos e garantias fundamentais e dos princípios do Estado Democrático de Direito e como um mecanismo de reforma informal da Constituição, de modo a trazer maior higiene e contemporaneidade às normas e valores constitucionais. A partir da força normativa da Constituição e a fundamentalidade dos direitos fundamentais, compreender que a mutação precisa ser analisada e entendida como uma ferramenta que contribui para o aperfeiçoamento do sistema jurídico. Com base nesses valores democráticos-constitucionais, vislumbrou-se que a presunção de inocência detém natureza jurídica de direito-garantia fundamental, logo é impossível de sofrer flexibilização para permitir a prisão após a Segunda Instância, apenas se dentro das hipóteses constitucionalmente previstas (prisão em flagrante, preventiva e temporária). Por fim, avaliar se os votos dos Ministros Luís Roberto Barroso e Rosa Weber são compatíveis para adequar aos preceitos democráticos da mutação constitucional e se se coaduna com a normatividade da Constituição e dos direitos fundamentais.

Palavras Chaves: Mutação Constitucional. Direitos Fundamentais. Prisão em Segunda Instância.

ABSTRACT:

The present work seeks to demonstrate the importance of constitutional mutation, especially when understood in the light of fundamental rights and guarantees and the principles of the Democratic Rule of Law and as a mechanism for informal reform of the Constitution, in order to bring greater hygiene and contemporaneity to the norms and constitutional values. From the normative strength of the Constitution and the fundamentality of fundamental rights, understand that the mutation needs to be analyzed and understood as a tool that contributes to the improvement of the legal system. Based on these democratic-constitutional values, it was perceived that the presumption of innocence has a legal nature as a fundamental right-guarantee, therefore it is impossible to undergo flexibility to allow imprisonment after the Second Instance, only if within the constitutionally provided hypotheses (imprisonment in flagrant, preventive and temporary). Finally, evaluate whether the votes of Ministers Luís Roberto Barroso and Rosa Weber are compatible to adapt to the democratic precepts of constitutional change and if it is in line with the norms of the Constitution and fundamental rights.

Keywords: Constitutional Mutation. Fundamental rights. Second Instance Prison.

Introdução

Na década de 60, o Brasil passou por um momento de crise que abalou os sistemas dos direitos e os pilares da democracia, tornando-se um país regido por Ditadura Militar. A partir deste evento, a nação brasileira foi obrigada se adaptar a uma série de imposições e restrições que impediam a fruição de direitos imanentes à condição humana, por exemplo, o direito natural de ir e vir.

O Estado de Exceção, portanto, vivenciado naquela época, passou a dirigir a forma de viver dos cidadãos, não mais de forma democrática, mas expurgando direitos e impondo, pela força, sua ideologia ditatorial, que representou o fim do diálogo entre Estado e cidadão e deflagrou o regime de exceção, mediante a supremacia da vontade do Estado Máximo sobre os interesses e direitos individuais e coletivos.

Após duas décadas de ditadura e restrições severas de direitos e garantias, o povo despertou e reivindicou, no ano de 1988, o retorno da democracia e seus valores. O regime democrático retoma, com novo fôlego, o posto de sistema de governo da nação brasileira, acompanhado pela promulgação da Constituição Federal de 1988, conhecida como Carta Cidadã, trouxe um extensivo e riquíssimo rol Direitos e Garantias Fundamentais, os quais, doravante, diante da força normativa da Constituição, vão exigir, não somente o respeito por parte dos órgãos estatais, como requer do Estado o dever de concretizá-los.

Uma nova fase. Um novo direito. Esse novo momento, veio com a promessa de uma ordem constitucional arrimada na dignidade da pessoa humana, nos objetivos fundamentais, direitos e garantias fundamentais, que exigem uma nova maneira de ser do Estado Brasileiro, que passou por reestruturação administrativa, jurídica e política a fim de atender aos novos axiomas democráticos implementados.

Apesar desse clima democrático, é cediço que por mais competente e perfeito que o legislador possa ser, é inevitável que o passar dos tempos sua obra precisa ser atualizada, revista, sobretudo, diante da dinamicidade da sociedade contemporânea e sua volatilidade para mudanças. O direito e os institutos jurídicos, no regime democrático, não podem ser tratados como entraves ou meramente instrumentos, porém, sim, o plus normativo, com a finalidade de resgatar as promessas do Estado Social que ainda não forma concretizadas, sendo que a Constituição, nesse caso, passa a ser o *locus* privilegiado da ação concreta do Estado (STRECK, 2011).

É nessa ótica que o presente trabalho se desenvolverá, a partir dessa constatação, em que o direito não acompanha a dinamicidade da sociedade, fato inquestionável, porém, que é ordem constitucional e os direitos fundamentais o fiel da balança com o condão de, não apenas assegurar e implementar os ditames democráticos, como manter o sistema jurídico atual, sem, contudo, que com isso implique em extirpar a segurança aos cidadãos e a sua confiabilidade no sistema jurídico.

Nesse ponto, ganha especial relevo o instituto da Mutação Constitucional, que entendida no seu viés democrático e   luz da força normativa da Constitui o, tem a fun o de promover mudanças pontais na ordem constitucional, sem causar caos, insegurança jurídica ou quebras aos núcleos essenciais da Constitui o e direitos fundamentais, no intuito de deixá-los mais próximos da realidade brasileira, já que promoverão uma atualiza o na forma de compreender o direito constitucional, sem alterar a reda o textual.

  claro, como dito, que a muta o constitucional não permite “*dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa*”,   indispensável sua consonância com as aspira oes democráticas e   luz da força normativa da Constitui o e, não menos importante, os direitos e garantias fundamentais, que legam   Constitui o de 1988 um caráter principiológico e aberto para manter o Texto Magno contemporâneo, sem permitir que os intérpretes construam teses mirabolantes, com a finalidade de corromper a tradi o democrática e conspurcar os valores constitucionais.

Assim, nossos olhos voltam-se para o Guardião da Constitui o, o Supremo Tribunal Federal (art. 102 CF/88), que tem o dever de manter sua interpreta o atualizada, sem desvirtuar o que o Texto Magno quer dizer, ou seja, a interpreta o da Corte Constitucional não pode distanciar dos fundamentos constitucionais e nem de sua fun o institucional de manter as normas constitucionais h gidas, agindo com equilíbrio, a partir de interpreta oes que manterão e preservar o a estabilidade constitucional e democrática. Tarefa árdua, mas indispensável.

Recentemente, acompanhamos o intenso debate jurídico-político acerca da prisão em segunda instância e, principalmente, a melhor forma de compreender o art. 5 , inciso LVII, da Constitui o Cidad ¹, que provocou o embate entre os defensores

¹ Art. 5 , LVII, da CF/88: ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

dos direitos e garantias fundamentais e os adeptos à flexibilização da garantia fundamental, a fim de conferir interpretação (mutação), no sentido de que a realidade social, exigiria da Corte Constitucional a autorização para submeter os condenados à prisão-pena antes do trânsito em julgado, uma vez que após a segunda instância, os recursos (Recurso Especial ou Recurso Extraordinário) não permite a revisão dos fatos, apenas a discussão jurídica, sobre a aplicação correta das normas jurídicas.

Sobre o debate na Corte Constitucional analisar-se-á, na espécie, os votos da Ministra Rosa Weber, em contraponto com o voto do Ministro Luís Roberto Barroso, no intuito de apreciar os argumentos suscitados por ambos que, no julgamento, assumiram posições colidentes, ela favorável à procedência do pedido; ele, por sua vez, contrário.

Evidentemente, a análise acima, somente será possível a partir da extensa revisão bibliográfica sobre o Constitucionalismo Contemporâneo e a mutação constitucional, sem as quais não seria possível compreender, num viés constitucional-democrático, a importância sobre a utilização da mutação constitucional como uma ferramenta que, apesar de modificar a norma constitucional, sem alterar sua redação, deve promover os direitos fundamentais, não restringi-los ou extirpá-los.

Outrossim, o presente trabalho, não tem a pretensão de esgotar todo o assunto, todavia, com humildade, buscará trazer argumentos indispensáveis a formação de uma aplicação equilibrada e democrática da mutação constitucional.

2. A Constituição e a Mutação Constitucional

Antes de adentrar ao estudo propriamente dito sobre mutação constitucional, tema central dessa pesquisa, convém, *prima facie*, identificar algumas características e noções básicas sobre a ótica, para os fins aqui propostos, que se compreende o Direito.

A Constituição, segundo a melhor doutrina, é a Norma Suprema de qualquer Estado, dotada de supremacia formal e material, em relação as demais fontes normativas, já que ela (a Constituição) é a responsável por dar validade e legitimidade às leis e atos normativos e, bem assim, às decisões judiciais, já que seria inadmissível reconhecer apenas a supremacia constitucional em relação à legislação *lato sensu* e não incluir os atos decisórios do Poder Judiciário.

Evidentemente, a posição de ápice do ordenamento jurídico ocupado pela Constituição implica, não só sua incidência na esfera da relação entre Estado e cidadão, mas sua aplicação nas relações privadas, sobretudo, diante da força normativa da Constituição e da aplicação horizontal dos direitos fundamentais².

Por isso, em vista dessa característica da Constituição e do Constitucionalismo Contemporâneo podemos dizer, em síntese, mas sem desprezar a complexidade do tema, que no âmbito do Estado Democrático de Direito, o direito clama para que o compreendamos, não apenas como mero legitimador das relações de poder, porém para contempla-lo como um direito com potencialidade de transformar a realidade da sociedade e dos cidadãos.

Assim, de um direito meramente legitimador das relações de poder, passa-se a *um direito como potencialidade de transformar a sociedade*, como aliás, consta no texto da Constituição do Brasil, bastando, para tanto, uma simples leitura de alguns dispositivos, em especial, art. 3º. O direito, nos quadros do Estado Democrático (e Social) de Direito, **é sempre um instrumento de transformação**, porque regula a intervenção do Estado na economia, estabelece a obrigação da realização de políticas públicas, além do imenso catálogo de direitos fundamentais-sociais. (STRECK, 2011, p. 59, grifos)

Uma nova fase, um novo direito, que vai exigir um sistema de controle de alteração do texto constitucional, para que não se incorra em modificações antidemocráticas, através de um procedimento mais rigoroso de revisão da Constituição (supremacia formal) e, principalmente, uma jurisdição constitucional forte com meios jurídicos-processuais capazes de exigir, além do respeito às normas constitucionais, sua concretização por parte do Poder Estatal.

Nesse sentido, Konrad Hesse (1991, 15, grifamos)

A Constituição não configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser; ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas. **Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social.**

Portanto, no âmbito do Estado Democrático de Direito há um crescente deslocamento da tensão entre os poderes do Estado em direção à jurisdição

² Aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, a partir de sua eficácia horizontal, conforme emblemático voto do Ministro Gilmar Mendes, no julgamento do RE 201.819/RJ, no ano de 2005.

constitucional, na medida em que a ineficiência dos Poderes Executivo e Legislativo e do aumento de demandas por direitos fundamentais e sua concretização, logo haverá maior atuação da justiça (constitucional).

Por tudo isso, é possível sustentar que, no Estado Democrático de Direito, ocorre certo deslocamento do centro de decisões do Legislativo e do Executivo para o plano da justiça constitucional. Pode-se dizer, nesse sentido, que no Estado Liberal, o centro de decisão apontava para o Legislativo (o que não é proibido é permitido, direitos negativos); no Estado Social, a primazia ficava com o Executivo, em face da necessidade de realizar políticas públicas e sustentar a intervenção do Estado na economia; **já no Estado Democrático de Direito, o foco de tensão se volta para o Judiciário. [...]. Inércias do Executivo e falta de atuação do Legislativo passam a poder – em determinadas circunstâncias – ser supridas pelo Judiciário, justamente mediante a utilização dos mecanismos jurídicos previstos na Constituição que estabeleceu o Estado Democrático de Direito.** (STRECK, 2011, p. 63, destaque nosso)

A partir dessa característica, não é difícil perceber a constante tensão existente entre o Judiciário e os Poderes Executivo e Legislativo e, até mesmo, com a própria sociedade, principalmente, se observarmos as pautas das últimas decisões da nossa Suprema Corte, cabendo aqui referir algumas delas, exemplificadamente, ADPF 54 análise sobre a constitucionalidade do aborto em caso anencefalia; a ADPF 347 sobre o Estado de Coisas Inconstitucionais e, por fim, ADC's 43 e 44 sobre a possibilidade da prisão em segunda instância, objeto de análise mais à frente³.

É dentro desse cenário que a mutação constitucional precisa ser compreendida, enquanto instrumento a serviço da Jurisdição Constitucional, de alteração informal dos textos constitucionais, por se tratar de 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”*. (BARROSO, 2011, p. 146)

A despeito do processo formal de reformas (emenda ou revisão), previstos expressamente na Constituição, vislumbra-se, nas Constituições rígidas, mudanças não decorrentes de atuação do Poder Constituinte Reformador, mas que emerge de uma realidade constitucional do Estado, que não pode ser ignorada.

³ Confira a advertência de Streck (2011, p. 52, grifo no original): *“Evidentemente, essa posição adotada pelas posturas substancialistas não autoriza a defesa de ativismos judiciais ou protagonismos ad hoc, a pretexto de estar-se concretizando direito. A concretização só se apresenta como concretização na medida em que se encontra adequada à Constituição, não podendo estar fundada em critérios pessoais de conveniência política e/ou convicções morais”*.

Nesse sentido, pode-se dizer, com esopeque nos estudos de Anna Cândida (2015), que sem qualquer alteração no texto, as Constituições vão se modificando, a partir de novos significados, em vista das relações sociais e da evolução política, jurídica, social e tecnológica da sociedade, a fim de manter a ordem constitucional estável e dinâmica.

Apesar de sua importância, não se admite que a mutação seja utilizada de maneira inconstitucional e antidemocrática. A Corte Constitucional, portanto, não está isenta dos limites constitucionais e democráticos para atribuir qualquer sentido ao texto constitucional, o que é inadmissível, no âmbito do Estado Democrático de Direito.

A experiência constitucional demonstra que a expressão *mutação constitucional*, ou seja, os processos não formais de mudança constitucional, não é empregada uniformemente pela doutrina, abrigando, a um só tempo, dois tipos ou espécies diferentes de mutações: **as que não violentam a Constituição, isto é, aquelas que, se confrontadas por qualquer meio de controle, particularmente pelo jurisdicional, não sofrerão a pecha de inconstitucionalidade**, e as mutações constitucionais que contrariam a Constituição e que, num confronto com a Lei Fundamental, não devem subsistir. (FERRAZ, 2015, p. 9, grifo)

Por mais louvável a revisão informal, é inadmissível, reforça-se, a possibilidade de mutação inconstitucional, contrária às normas constitucionais e aos princípios democráticos, os quais devem balizar a atuação, sobretudo, do Poder Judiciário, no exercício da jurisdição constitucional, numa atuação comedida aos limites explícitos e implícitos da Constituição.

Concluimos com Anna Ferraz (2015, p. 11, grifo original), segundo a qual:

Em resumo, a *mutação constitucional*, para que mereça o qualitativo, satisfazer, portanto, os requisitos apontados. Em primeiro lugar, importa sempre em alteração do sentido, do significado ou do alcance da norma constitucional. Em segundo lugar, essa *mutação* não ofende a letra nem o espírito da Constituição: é, pois, *constitucional*. Finalmente, a alteração da Constituição se processa por modo ou meio diferentes das formas organizadas de poder constituinte instituído ou derivado.

2.1. A presunção de inocência, enquanto Direito Fundamental

Aqui é necessário o retorno a uma premissa importantíssima acerca do Direito e da Constituição, no âmbito do Estado Democrático de Direito, que diz respeito a função transformadora.

[...] é preciso compreender o direito – neste momento histórico – não é mais ordenador, como na fase liberal; tampouco é (apenas) promovedor, como era na fase do *welfare state* (que nem sequer ocorreu no Brasil); na verdade, o direito, na era do Estado Democrático de Direito, é um *plus* normativo em relação às fases anteriores, porque agora é transformador da realidade. E é exatamente por isso que aumenta sensivelmente o polo de tensão em direção da grande invenção contramajoritária: a jurisdição constitucional, que, no Estado Democrático de Direito, vai se transformar na garantidora dos direitos fundamentais-sociais e da própria democracia. (STRECK, 2011, p. 67-68).

Veja que essa característica está relacionada com a própria normatividade da Constituição e a fundamentalidade dos Direitos Fundamentais, haja vista que desde o surgimento do Constitucionalismo e dos direitos fundamentais, pode-se dizer, que sempre houve a necessidade de limitação do poder do Estado ou governante e a previsão de direitos preexistentes, decorrentes da própria condição de homem.

No âmbito da teoria constitucional dos direitos fundamentais, também no Brasil tem sido recepcionada a noção de que a função dos direitos fundamentais não se limita a serem direitos subjetivos, já que também representam decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, que se projetam em todo o ordenamento jurídico. Em outras palavras, os direitos fundamentais passaram a apresenta-se no âmbito da ordem constitucional como um conjunto de valores objetivos básicos e fins diretivos da ação positiva dos poderes públicos, e não apenas garantias negativas (e positivas) dos interesses individuais. (SARLET, 2016, p.)

A Constituição Federal de 1.988, no título dedica aos direitos e garantias fundamentais, prevê no art. 5º, inciso LVII a chamada “presunção de inocência”, ao dispor que: “*ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória*”. Tal previsão não destoia de outros dispositivos previstos em diplomas internacionais.

Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão

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. (grifo)

Declaração Universal dos Direitos Humanos

XL.1. Todo ser humano **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 à sua defesa. (grifo)

Convenção Europeia de Direito Humanos

6.2. Qualquer **pessoa acusada de uma infração presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada.** (grifo)

Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos⁴

14.2. Qualquer pessoa **acusada de infração penal é de direito presumida inocente até que sua culpabilidade tenha sido legalmente estabelecida.** (grifo)

Convenção Americana sobre Direitos Humanos⁵

Art. 8.1. Toda pessoa **acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa.** (grifo)

Em qualquer ótica, nacional ou internacional, verifica a preocupação em assegurar a presunção de inocência e delimitar seus limites, a partir de expressões como “*trânsito em julgado*” ou “*até que sua culpabilidade tenha sido legalmente estabelecida*”, nas quais pode-se identificar com precisão a partir de quando o indivíduo perderá a qualidade de inocente, dispensando qualquer técnica exegética para se compreender, vez que de cristalina compreensão.

A Constituição Federal, todavia, é claríssima ao estabelecer que somente o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória poderá afastar o estado inicial de inocência de que todos gozam. Seu caráter mais amplo deve prevalecer, portanto, sobre o teor da Convenção Americana de Direitos Humanos. De fato, a própria Convenção Americana prevê que os direitos nela estabelecidos não poderão ser interpretados no sentido de restringir ou limitar a aplicação de normas mais amplas que existam no direito interno dos países signatários (art. 29, b). Em consequência, deverá sempre prevalecer a disposição mais favorável. (BRASILEIRO, 2016, p.)

Inegável a correlação entre liberdade individual e a presunção de não culpabilidade, sendo uma salvaguarda da liberdade, na medida em que vai exigir do Poder Público, sobretudo dos órgãos, direta e indiretamente, ligados à persecução penal, a tratar o indivíduo inocente até a formação da sua culpa, que se dá, por opção expressa do legislador constituinte, com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Logo, a garantia fundamental da presunção de inocência outorga uma proteção pétrea para os acusados e veda, sobre todas as óticas, a prisão em segunda instância para cumprimento da pena, já que pouco importa, neste caso, *data vêniam* aos pensadores em contrário, se os recursos para o STJ ou STF possuem apenas efeito

⁴ Inteiramente incluído ao ordenamento jurídico brasileiro, por meio do Decreto nº 592/92.

⁵ Inteiramente incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro, por meio do Decreto nº 678/92

devolutivo e não suspenderiam a eficácia da condenação confirmada no tribunal, como defendido por muitos, ainda assim não haveria “trânsito em julgado” marco constitucional para início do cumprimento da pena.

É certo, por outro lado, que a presunção não é absoluta, admitindo exceções, tais como a autorizada pelo art. 5º, inciso LXI, que prevê a possibilidade de prisão preventiva e temporária, que não quer dizer que o acusado é, nessas hipóteses, culpado, apenas por conveniência ao processo penal é permitido seu recolhimento ao cárcere.

3. O Julgamento das ADC's 43 e 44 e a Análise dos votos Ministro Barroso e Rosa Weber

Nesse tópico, inicialmente, apresentar-se-á um sumário das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44, de maneira a identificar o que foi debatido nas respectivas ações objetivas, para contribuir com a compreensão acerca da celeuma jurídica-política instaurada em nossas terras sobre a possibilidade, ou melhor, a constitucionalidade da execução provisória da pena.

Em seguida, em breve esboço, igualmente, se pretende apresentar os principais argumentos utilizados pelos ilustres Ministros Luís Roberto Barroso e Rosa Weber, utilizados em seus respectivos votos acerca da melhor interpretação da presunção de inocência.

Pois bem, a celeuma acerca da possibilidade da prisão em Segunda Instância se originou após o julgamento do HC 126.292, pelo Supremo Tribunal Federal, tendo como relator o Ministro Teoria Zavascki, o qual sem analisar a constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, ainda de maneira subjetiva, isto é, relativo ao caso concreto debatido no *habeas corpus*, considerou válida a o início do cumprimento da pena (execução provisória da pena), independentemente, do trânsito em julgado da sentença.

Em vista desse julgamento, no qual houve alteração no entendimento consolidado ao longo dos anos pela Suprema Corte a respeito do assunto, diversos Tribunais, mesmo sem a obrigatoriedade de segui-lo, cabendo referir a Súmula 122⁶

⁶ Súmula 122 TRF-4, *in verbis*: “Encerrada a jurisdição criminal de segundo grau, deve ter início a execução da pena imposta ao réu, independentemente da eventual interposição de recurso especial ou extraordinário”. Atualmente, está cancelada, conforme informação no site do próprio tribunal (https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=sumulas_trf4). Acesso em: 28/06/2020.

do Tribunal Regional Federal da 4^o Região, passaram a determinar o início do cumprimento da pena, sem que tivesse ocorrido o trânsito em julgado.

Em síntese, foram esses os acontecimentos que ensejaram a propositura das Ações Declaratórias de Constitucionalidade, no intuito de que fosse declarada a constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei 12.403/2011, em vista de sua constitucionalidade espelhada, ou seja, o inegável paralelismo com o art. 5^o, incisos LVII e LXI, da Constituição Federal.

Constituição da República	Código de Processo Penal
Art. 5 ^o LVII – Ninguém será considerado culpado até <u>o trânsito em julgado de sentença penal condenatória</u> . LXI – <u>ninguém será preso</u> senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei.	Art. 283 <u>Ninguém poderá ser preso</u> senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de <u>sentença condenatória transitada em julgado</u> ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou preventiva.

3.1 – A síntese dos votos

O Ministro Barroso, em seu voto, argumenta que inexistem quaisquer dos motivos alegados pelos autores das Ações de Constitucionalidade, mas, sim de uma posição coerente com a própria Constituição, que permitiria a prisão antes da condenação em segunda instância.

Sustentou que a interpretação não é apenas uma atividade meramente exegética, gramatical, vez que os textos oferecem um ponto de partida para a interpretação, de maneira em que diante das diversas possibilidades poderia intérprete escolher a que melhor reflete a norma contida na redação. Inexiste, neste caso, caminho para preferências pessoais do intérprete, o qual deve observar aquela interpretação que melhor representem e realizem os valores constitucionais e o interesse social, tendo sempre em mira os direitos fundamentais, a proporcionalidade e os fins sociais.

Suscitou a aplicação, ao caso em análise, do art. 5^o da LINDB, *in verbis*: “*Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum*”, para justificar que o entendimento deveria ser mantido, já que atenderia aos fins sociais e da proteção da sociedade, ressaltando a importância da jurisprudência como forma de correção da desigualdade social e econômica, inclusive

em relação ao próprio Judiciário, conforme revelariam as fontes por ele pesquisada, que evidenciavam que a classe pobre compreenderia a maior parte da população encarcerada no país.

O Ministro defendeu a aplicação da ponderação ao caso, porquanto estar-se-ia diante de clássico conflito de princípios constitucionais. Nesse sentido, a técnica da ponderação, em matéria penal, fundamentar-se-ia através dos subprincípios da Proibição do Excesso e da Vedação da Proteção Deficiente.

Para Barroso, um sistema processual em que os processos são eternos, sobretudo, pela incapacidade de responder aos anseios da sociedade com a punição a contento do infrator, acaba por enfraquecer a credibilidade da Justiça (Criminal) e por gerar a sensação de deficiência do sistema normativa, já que, não raras vezes, ocorre a prescrição da pretensão punitiva do Estado, exurgindo um sentimento de impunidade do delinquente e falibilidade dos órgãos envolvidos com a persecução penal.

Nessa linha, arguiu a duração razoável do processo, insculpido no art. 5º, inciso LXXVIII, da CF/88, como contraponto aos argumentos iniciais, já que, segundo o Ministro, no Estado Democrático de Direito o processo precisa ser rápido o suficiente para responder aos anseios, sem desprezar as garantias fundamentais, todavia, em terra tupiniquim o duração razoável do processo está alheia aos preceitos constitucionais-democráticos.

Em arremate, o Ministro Roberto Barroso defendeu o acerto da decisão ao permitir a prisão após a confirmação da condenação em Segunda Instância, uma vez o julgamento feito pelo Tribunal *Ad quem* estabelece algumas certezas jurídicas acerca da materialidade do delito, sendo incabível nos recursos Especial e Extraordinário a rediscussão sobre os fatos e provas, somente questões jurídicas.

Assim, em vista dessas certezas, entendeu o Ministro que o art. 283 do CPP não pode ser fundamento a impedir a prisão em Segunda Instância, já que nem mesmo em Primeira Instância há óbice quanto a decretação de prisão.

Em suma, concluiu o Ministro Luís Barroso que, no Brasil, sofre-se com a invasão de uma epidemia de violência e corrupção generalizada e um sentimento de impunidade dos infratores, sobretudo, em relação aos crimes de Colarinho Branco, o que exige das instituições democráticas uma resposta, já que elas são responsáveis pelo sucesso ou fracasso da nação, e que, em vista de toda a sua manifestação, seu

voto era no sentido de excluir do art. 283 do CPP a parte que impeditiva da execução provisória da pena, após o julgamento em Segundo Grau.

Por sua vez, a ministra Rosa Weber asseverou sobre a força normativa da Constituição e sobre sua interpretação, destacando que nas democracias existem instituições formadas a partir da eleição popular e as não eleitas, com serventia à tutela dos direitos fundamentais. No caso, o Poder Judiciário, dentro das instituições democráticas não eleitas, é indispensável e útil como elemento estruturante de uma democracia constitucional, principalmente, pela função de interpretar a legislação e assegurar a supremacia da Constituição, de maneira imparcial para a solução do conflito.

Descreveu, em síntese, o objeto *sub judice*, invocando como parâmetros à constitucionalidade do art. 283 do CPP a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF/88), a separação dos poderes (art. 2º da CF/88), o devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF/88) e, por fim, a presunção de não culpabilidade (art. 5º, LVII, da CF/88), os quais evidenciavam grande peso para o debate.

Sobre a presunção de inocência, alegou que, antes da Constituição Democrática, inexistiu nas normas constitucionais pretéritas qualquer disposição similar, destacando o rico e importante debate político na Constituinte, bem como trouxe variadas decisões do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto e o entendimento da Corte sobre a impossibilidade de execução provisória da pena, inclusive a proibição de lançar o nome do acusado no rol de condenados, antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, por ofender a presunção constitucional de não culpabilidade.

Segundo Weber, tal entendimento da Corte Constitucional serviu de inspiração ao legislador infraconstitucional na edição da Lei 12.403/2011, que trouxe diversas alterações no Código de Processo Penal, dentre outras, a nova redação conferida ao art. 283, que indubitavelmente possui estreita relação com a presunção de inocência.

Todavia, para a Ministra, em que pese as razões do Min. Luís Barroso, não se conduziria a melhor exegese sobre a presunção de inocência, já que o Legislador Constituinte optou como por marco definidor para perda da qualidade de inocente o trânsito em julgado, isto é, quando a sentença se tornou imutável pela preclusão máxima, norma de natureza principiológica, cujo campo semântico somente permite compreender que o cumprimento da pena definitiva somente pode ser feito após a

sentença condenatória ter se tornado definitiva, após esgotado o manejo da tutela recursal disponível.

Por fim, Rosa Weber concluiu que, apesar de a sociedade reclamar sobre a morosidade na resolução das questões criminais, definindo a culpa do delinquente e o pagamento por meio da pena a ser cumprida, tal vociferação não tem o condão de suprimir uma importantíssima garantia fundamental do Texto Magno, a justificar a possibilidade de execução provisória da pena, que deve ser rechaçado.

Diante disso, terminou seu voto julgando procedente as ações declaratórias de constitucionalidade, para declarar constitucional o art. 283 do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei 12.403/2011.

3.2. O STF tem atuado verdadeiramente como guardião e protetor do texto Constitucional ao ficar alterando seu entendimento no que tange a prisão em segunda instância? Tal mutação segue a forma correta?

Nesse ponto, após analisada e compreendida a mutação constitucional e o debate jurídico formado no âmbito das Ações Diretas de Constitucionalidade e ainda as razões contidas nos votos dos Ministros Luís Barroso e Rosa Weber, pode-se dizer que a mutação não pode servir a propósitos inconstitucionais e contrários ao Estado Democrático de Direito.

O Supremo Tribunal Constitucional, enquanto guardião da Constituição (art. 102 da CF/88) não está isento de conferir às normas constitucionais interpretações coerentes e consentâneas com os direitos e garantias fundamentais e a força normativa da Constituição e, por dizer, com os limites do texto objeto de interpretação, lhe sendo vedada qualquer atuação ativista que contraria aos preceitos fundamentais do Estado Democrático de Direito.

É certo que há uma diferença entre ativismo judicial, completamente pernicioso à Constituição e aos valores democráticos, com a judicialização, o aumento de demandas sobre direitos fundamentais sociais, coletivos etc., sobre os quais o Judiciário é chamado a intervir e responder.

Acontece que, em grande parte, a Constituição não está sendo cumprida. As normas-programa da Lei Maior não estão sendo implementadas. Por isso, na falta de políticas públicas cumpridoras dos ditames do Estado Democrático de Direito, *surge o Judiciário como instrumento para o resgate dos direitos não realizados*. Por isso a inexorabilidade desse “sensível deslocamento” [...]. Em face do quadro que se apresenta – ausência de cumprimento da Constituição,

mediante a omissão dos poderes públicos, que não realizam as devidas políticas públicas determinadas pelo pacto constituinte -, *a via judiciária se apresenta – por vezes – como a via possível para a realização dos direitos que estão previstos nas leis e na Constituição.* (STRECK, 2011, p. 64, grifo no original)

Por isso, acima se disse, que hodiernamente há um deslocamento da tensão entre os Poderes e a sociedade, na medida em que diante da ineficiência do Legislativo e Executivo, socorrem-se da tutela jurisdicional (inafastabilidade da jurisdição – art. 5º, XXXV, da CF/88) para reivindicar seus direitos, o que acirra o debate sobre os limites para aplicação da lei pelo julgador.

Não se pode confundir, entretanto, a adequada/necessária intervenção da jurisdição constitucional com a possibilidade de decisionismos por parte de juízes e tribunais. Seria antidemocrático. Com efeito, defender um certo grau de dirigismo constitucional e um nível determinado de exigência de intervenção da justiça constitucional não pode significar que os tribunais se assenhem da Constituição. Além disso, é necessário alertar para o fato de que a afirmação 'a norma é (sempre) produto da interpretação do texto', ou de que o 'intérprete sempre atribui sentido (*Sinngebung*) ao texto, nem de longe pode significar a possibilidade deste – o intérprete – poder 'dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa', atribuindo sentidos de forma arbitrária aos textos, como se texto e norma estivessem separados (e, portanto, tivessem 'existência autônoma'). (STRECK, 2011, p. 117)

Dito isso, voltando os olhos para os votos, nota-se que ambos os Ministros ressaltaram cada um ao seu modo a importância da interpretação para o direito, sobretudo, no que diz respeito ao princípio constitucional da presunção da inocência, e da constitucionalidade do art. 283 do CPP, já que em 2016, no julgamento do HC 126.292, o pleno do Supremo considerou ser possível a execução provisória da pena, em oposição ao entendimento consolidado na Corte aos longos dos anos.

O Ministro Luís Barroso suscita argumentos de ordem pragmática para justificar a necessidade de modificar a compreensão dos limites da presunção de não culpabilidade, em evidência, a credibilidade da jurisdição penal perante a sociedade, já que na história, não foram poucos os acusados que se beneficiaram da morosidade de ineficiência dos sistema de persecução penal e, ainda, valeram-se, na visão do julgador, do sistema recursal de maneira indevida, o que ensejou o reconhecimento da prescrição em diversos casos, inclusive de pessoas com notoriedade pública.

Embora as situação narradas e expostas pelo Ministro não devam desprezadas, os argumentos utilizados, contudo, não têm o condão de suplantar a

garantia fundamental da presunção de não culpabilidade, haja vista ao se admitir a fundamentação acerca da eficiência do sistema e a confirmação da decisão de primeiro grau no tribunal *ad quem*, por si só, não são suficientes para limitar a garantia fundamental, que obliquamente preserva a liberdade do acusado, além de extinguir um núcleo essencial do Estado Democrático, que sequer pode ser objeto de reforma formal (art. 60, §4º, da CF/88).

Ora, é certo que a doutrina atribui duas perspectivas à presunção de inocência, uma de ordem probatória e outra a respeito do tratamento que deva ser conferido aos acusados, em geral. Essa segunda modalidade, nos interessa aqui, na medida impõe como regra a liberdade, exigindo que toda privação seja guiada pela nota da excepcionalidade (BRASILEIRO, 2016).

Diante disso, pode-se dizer que fora as hipóteses de privação cautelar (prisão em flagrante, preventiva e temporária), prevista no Texto Magno, é inadmissível acolher a mutação pretendida pelo Ministro Barroso, já que mesmo em Segunda Instância, se presentes os requisitos legais do art. 312 do Código de Processo Penal, é possível que o tribunal determine o recolhimento à prisão do condenado de maneira preventiva, o que não implica ao cumprimento provisória da pena, já que esse esbarra na garantia de não culpabilidade.

Portanto, ficamos com as razões apresentadas pela Ministra Rosa Weber, sobretudo, pela a fundamentação dos limites semânticos contido na própria redação do art. 5º, inciso LVII, da CF/88, que exige o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, que somente pode ser compreendido, na esteira da dogmática processual penal, como a impossibilidade de interposição de recurso, isto é, na imutabilidade da decisão impositiva de punição.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em arremate, diante do exposto acima, pode-se formular a seguinte questão provocativa: afinal a mutação constitucional é viável no bojo do Estado Democrático de Direito? Há limites?

Pode-se dizer que o Estado Democrático de Direito, sobretudo, diante da força normativa da Constituição e dos direitos e garantias fundamentais vão exigir que a mutação constitucional, extremamente importante para a saúde do sistema jurídico-

constitucional, deve ser compreendida à luz daqueles, sob pena de se gerar uma mutação inconstitucional e antidemocrática, o que é um absurdo e admissível.

A partir dessa consideração, infelizmente, o voto do Ministro Luís Roberto Barroso, *data vênia*, como dito, apesar de não se poder desprezá-las, não são argumentos suficientes para suplantar a fundamentalidade do direito-garantia da presunção de inocência, sobretudo, por se tratar de argumentos pragmáticos e não jurídicos.

A Constituição Federal Brasileira não deixa margem para dúvida quando o assunto é a presunção da inocência, pois somente após o trânsito em julgado é que o sentenciado poderá ser considerado culpado, ou seja, não há outra forma, outro caminho ou outro entendimento que se pode chegar acerca do tema debatido, enquanto a Constituição perdurar, o estado de inocência de qualquer acusado só se encerrar após a preclusão máxima, quando torna-se imutável.

Conclui-se que a Mutação é de extrema importância para o Estado Democrático de Direito, visto que, uma Constituição não tem caráter eterno, porém quando ultrapassa os limites tornando um ativismo, transforma-se em algo maléfico, que prejudica todo o ordenamento. Malgrado a jurisdição constitucional, como aqui defendida, ganha especial atenção e atuação frente aos dilemas de uma sociedade desigual e injusta, como a brasileira, não é dado ao Judiciário a poder para agir ao arrepio das normas constitucionais, sobretudo, ao Supremo Tribunal Federal, eleito pelo constituinte guardião da Carta Magna, cuja missão democrática é trazer estabilidade social ao interpretar as normas de direitos fundamentais, não criar embaraços à fruição deles, já que suas decisões precisam estar pautadas em argumentos jurídicos democráticos-constitucionais, isto é, contramajoritária, vale as normas constitucionais, independentemente do clamor das ruas.

REFERÊNCIA

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução: Virgílio Afonso. Malheiros Editores. São Paulo. 2012.

BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo. 3 ed. São Paulo. Saraiva, 2011.

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Tradução de Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. Elsevier editora. Rio de Janeiro. 2004.

BRASILEIRO, Renato. Manual de Direito Processual Penal. 4ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

CAMPOS, Alexandre de Azevedo Campos; Estado de Coisas Inconstitucional. Salvado: JusPodivm, 2016.

CUNHA, Dirley. Curso de direito constitucional. 7. ed. Salvador: JusPODIVM, 2013.

GONÇALVES FERREIRA FILHO, Manoel. CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL. 32º Edição: Editora Saraiva, 2011.

HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1991.

HUMENHUK, Hewrstton. Responsabilidade Civil do Estado Constitucional por Omissão e a efetividade dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. 8. ed. São Paulo: Wmf Martins Fontes, 2011. 427 p. Tradução de: João Baptista Machado

NOVELINO, Marcelo; FELLET, André (org.). Constitucionalismo e Democracia. Salvador: JusPodivm, 2013.

SOARES, Ricardo Maurício. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. São Paulo: Saraiva, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. Verdade ou Consenso. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – decido conforme minha consciência?. 4º ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.