



INTER
FACES
CIENTÍFICAS

DIREITO

ISSN IMPRESSO 2316-3321

E - ISSN 2316-381X

DOI - 10.17564/2316-381X.2017v5n3p31-50

O PAPEL DO STF NO PARADIGMA PÓS-POSITIVISTA, MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL E O JULGAMENTO DO HC 126.292

THE ROLE OF THE BRAZILIAN SUPREME FEDERAL COURT IN THE POST-POSITIVE PARADIGM,
CONSTITUTIONAL MUTATION AND THE JUDGMENT OF THE HC 126.292

EL PAPEL DEL STF EN EL PARADIGMA POST-POSITIVISTA, MUTACIÓN CONSTITUCIONAL Y EL JUICIO DE HC 126.292

Phablo Freire¹

Álef da Costa Santos²

RESUMO

O presente artigo objetivou analisar a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Habeas Corpus 126.292-SP que possibilitou o início do cumprimento da condenação criminal após decisão proferida por tribunal em segundo grau de jurisdição. Nesse enfoque abordou-se acerca do neoconstitucionalismo, por meio do viés filosófico pós-positivista, além de tratar o fenômeno da mutação constitucional e um breve estudo no tocante aos direitos humanos. O presente estudo de cunho teórico se encontra na vertente teórico-metodológica jurídico-dogmático. A investigação é do tipo jurídico-diagnóstico. Para a coleta de dados foram utilizados

técnicas e procedimentos metodológicos normativos, bibliográficos e jurídico-doutrinários. Em relação a análise dos dados coletados, adotou-se o recurso metodológico hermenêutico-analítico. Valeu-se de triangulação metodológica para se chegar as conclusões auferidas.

PALAVRAS-CHAVE

Neoconstitucionalismo. Pós-Positivismo. Direitos Humanos. Mutações Constitucionais. Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

This article aims to analyze the decision handed down by the Federal Supreme Court in the judgment of Habeas Corpus 126.292-SP, which made it possible to commence criminal conviction after a court decision in a second degree of jurisdiction. In this approach, neo-constitutionalism was approached through the post-positivist philosophical bias, in addition to treating the phenomenon of constitutional mutation and a brief study on human rights. The present theoretical study is in the theoretical-methodological legal-dogmatic. The investigation is of the legal-diagnostic type. For data collection,

normative, bibliographic and legal-doctrinal techniques and procedures were used. In relation to the analysis of the collected data, the hermeneutic-analytical methodological resource was adopted. We used methodological triangulation to arrive at the conclusions reached.

KEYWORDS

Neo Constitutionalism. Post Positivism. Human Rights. Constitutional Mutation. Brazilian Supreme Federal Court.

RESUMEN

En este artículo se pretende analizar la decisión dictada por el Tribunal Supremo en la sentencia de hábeas corpus 126.292-SP que permitió el inicio del cumplimiento de la condena penal después de la decisión por el tribunal en el segundo grado de jurisdicción. En este enfoque dirigido a aproximadamente neoconstitucionalismo a través del sesgo filosófico post-positivista, además de tratar el fenómeno del cambio constitucional y un breve estudio en materia de derechos humanos. Este teórico, estudio son los aspectos jurídicos-dogmáticas teóricas y metodológicas. La investigación es el diagnóstico de tipo legal. Para la recolección de datos se

utilizaron los procedimientos y técnicas estándar, metodológicos y doctrina legal-bibliográfica. En cuanto al análisis de los datos recogidos, se adoptó el recurso metodológico analítica hermenéutico. Nos aprovechamos de la triangulación metodológica para obtener las conclusiones obtenidas.

DESCRIPTORES

Neoconstitucionalismo, Post-positivismo, Los Derechos Humanos, El cambio constitucional, El Tribunal Supremo.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição brasileira de 1988 representou um avanço democrático e de direitos em nosso país. Conhecida como constituição cidadã, a atual Carta Magna instituiu uma série de direitos e garantias fundamentais pautados nos preceitos oferecidos pelos direitos humanos.

Sendo assim, os direitos fundamentais, a força dos princípios e normas constitucionais passaram a ter destaque no ordenamento, fazendo com que todo o sistema jurídico mantenha conexão com os preceitos emitidos pela Constituição. Nesse sentido, a teoria neoconstitucionalista passou a ter destaque, pois é a partir dela que os princípios constitucionais e a própria constituição ganham força. E esta teoria passa a ter respaldo em nosso ordenamento jurídico a partir da Carta Magna de 1988. Até então, constituições anteriores não procuravam colocar os indivíduos como sujeitos principais de proteção, mas sim a própria figura do Estado.

Nesse contexto, o presente trabalho visa discutir a teoria neoconstitucionalista, compreendendo sua aplicação no atual cenário jurídico, tendo como objeto central da abordagem a análise do julgamento do HC 126.292-SP, apreciado pelo plenário do Supremo Tribunal Federal em fevereiro de 2016. Na ocasião o Supremo percebeu, pela modificação do entendimento que até então prevalecia, agravando a situação de sujeitos que respondem ou possam eventualmente vir a responder processos criminais.

Frise-se também ser esta uma abordagem sobre direitos humanos e a teoria da mutação constitucional, visto que, a decisão do STF está diretamente ligada a esses dois tópicos. Em relação aos direitos humanos merece destaque, principalmente, a ideia central do Habeas Corpus em análise – Princípio da Inocência –, e no tocante a teoria da Mutação Constitucional, nota-se que a decisão é típico caso, pois sem alterar o texto constitucional a Corte Suprema modificou a sua jurisprudência. Nesse sentido, procura-se analisar o arcabouço teórico que embasou a decisão proferida.

A produção em apreço se localiza na vertente teó-

rico-metodológica jurídico-dogmática, ou seja, toda a abordagem se concentra na análise de um fenômeno jurídico e se valerá de recursos técnicos também jurídicos para sua análise (GUSTIN; DIAS, 2015, p. 27). O tipo de investigação adotada para tanto será o jurídico descritivo, a saber, teorias e instrumentos jurídicos, correlatos ao objeto, serão selecionados e descritos, em conjunto, para a construção da análise necessária para implementação do estudo. No tocante às técnicas e procedimentos metodológicos para o levantamento de dados, utilizar-se-á apenas dados bibliográficos: normativos e técnicos dogmáticos. Quanto a análise destes dados levantados, lançou-se mão do recurso metodológico hermenêutico-analítico (GUSTIN; DIAS, 2015, p. 93).

O trabalho se inicia com uma abordagem acerca do constitucionalismo. Logo em seguida é demonstrado a maneira contemporânea de pensar e aplicar o direito constitucional: o fenômeno conhecido pela doutrina como neoconstitucionalismo. Nesse sentido, é feita uma abordagem acerca dessa teoria, levando em consideração sua vertente filosófica pós-positivista. Adiante, trata-se acerca dos direitos humanos, e a teoria da mutação constitucional. Demonstra-se o procedimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal ao proferir as suas decisões. Logo em seguida é feita uma análise acerca dos argumentos contidos nos votos proferidos pelos Ministros do STF no julgamento do HC 126.292-SP, tanto a tese que se consolidou vencedora, quanto a tese vencida. Finalmente, busca-se estabelecer a conexão entre a teoria neoconstitucional, os direitos humanos e o fenômeno da mutação constitucional, com o conteúdo decisório do Habeas Corpus em análise.

2 APORTE TEÓRICO

O termo constituição deriva do latim *constitutio*, *de constituere*, (constituir, organizar). Possui como sinônimos, lei fundamental, código supremo, magna carta ou estatuto básico. Em sua acepção jurídica, Constituição representa um conjunto de regras e princípios fundamentais, emanados da soberania de um povo, servindo de base à organização política e firmando os direitos e

deveres dos indivíduos. Nessa acepção ampla, a Constituição seria o maior mandamento jurídico, portanto, lei das leis (SILVA, 2012, p. 358).

Para se chegar ao modelo de Constituição atual foi galgado um longo caminho. Inicialmente pautado na forma organizacional do Estado: o constitucionalismo liberal, limitado sobretudo a determinar como se organizaria o Estado, sendo gradativamente substituído pelo constitucionalismo social. A partir de então, direitos sociais passaram a ter maior ênfase nas Constituições (BARROSO, 2009, p. 84).

Como destaca Bulos (2015, p. 64), embora seja o termo Constitucionalismo uma criação recente, a sua ideia é antiga. De acordo com o autor, Platão já explicitava a ideia de um Estado Constitucional, no sentido de um conjunto de leis garantidoras, e é na própria Constituição que se verifica a ideia de constitucionalismo.

Contudo, somente na modernidade, por volta do século XVIII, o constitucionalismo se fortaleceu. Isso se deu em virtude, principalmente, pela adoção de declarações de direitos e de garantias fundamentais pelos Estados. Inicialmente o constitucionalismo não estava ligado à Constituições escritas. Somente neste período surge a ideia de uma constituição escrita, com o intuito de conter os abusos dos Poderes Públicos pautado no poder absoluto do soberano. Surge em consonância, portanto, o Estado de Direito em oposição ao Estado Absoluto. A lume dessa ideia tem-se o nascimento do constitucionalismo moderno com o surgimento das Constituições escritas dos Estados Unidos da América (1787), e da França (1791). (BULOS, 2015, p. 71).

No que se refere ao constitucionalismo explica o professor Dirley da Cunha Jr. (2013, p. 31):

O conceito de constitucionalismo, portanto, está vinculado à noção e importância da Constituição, na medida em que é através da Constituição que aquele movimento pretende realizar o *ideal de liberdade humana* com a criação de meios e instituições necessárias para limitar e controlar o poder político, opondo-se, desde sua origem, a governos arbitrários, independente de época e de lugar. [...] O constitucionalismo se despontou no mundo como um movimento político e filosófico inspirado por *idéias libertárias* que reivindicou, desde seus primeiros passos, um modelo de organi-

zação política lastreado no respeito dos direitos dos governados e na limitação do poder dos governantes.

Ainda sobre o constitucionalismo moderno, nota-se estar atrelado a fase do pós-positivismo jurídico, pois este se manifesta do constitucionalismo moderno ao início do constitucionalismo contemporâneo. O pós-positivismo jurídico promoveu maior importância aos princípios em oposição ao “normativismo exacerbado”. A ascensão desse movimento se deu em contrapartida a decadência do Positivismo¹. O movimento pós-positivista procurou relacionar valores, princípios e regras; trazendo a ideia de uma nova hermenêutica constitucional, além de uma teoria de direitos fundamentais pautado na dignidade da pessoa humana. Essa hermenêutica frisa a importância dos princípios, atribuindo-lhes caráter normativo. O constitucionalismo, portanto, inaugura esse novo pensamento jurídico que se solidifica no constitucionalismo contemporâneo (BULOS, 2015, p. 73).

Atualmente vivencia-se a fase do constitucionalismo, contemporâneo, em que as constituições ganham dimensões mais amplas. O pós-positivismo representa, portanto, o marco filosófico desse novo direito constitucional. Segundo Barroso (2009, p. 248) esse movimento surge como uma superação do conhecimento convencional, contestando a ideia positivista de separar o Direito, a moral e a política. Dentre suas ideias mais importantes frise-se o reconhecimento da força normativa dos princípios e sua diferença no que tange às regras, além da criação de uma nova hermenêutica e desenvolvimento da teoria dos direitos fundamentais sob o crivo da dignidade da pessoa humana, citados anteriormente. No Brasil o marco histórico desse novo modelo de direito constitucional foi a Constituição de 1988. Acerca disso ensina a doutrina:

No caso brasileiro, o renascimento do direito constitucional se deu igualmente, no ambiente de reconstitucionalização do país, por ocasião da discussão prévia, convocação, elaboração e promulgação da Constitui-

1 O movimento positivista granjeou enorme prestígio em todo o mundo, nas diversas áreas da cultura e do saber, sempre proclamando a importância dos métodos experimentais e advertindo para as limitações da filosofia racionalista. O nome positivismo surgiu em 1830, na Escola do socialismo utópico Saint-Simon (1760-1825) (BULOS, 2015, p. 73).

ção de 1988. [...] a Constituição foi capaz de promover, de maneira bem-sucedida, a travessia de um regime autoritário, intolerante e, por vezes, violento para um Estado democrático de direito. Mais do que isso: a Carta de 1988 tem propiciado o mais longo período de estabilidade institucional da história republicana do país. (BARROSO, 2009, p. 246).

Nesse contexto de transição surge a expressão neoconstitucionalismo, significando o estudo desse novo direito constitucional. O novo constitucionalismo, portanto, representa o conjunto de ideias do direito constitucional que se pretende construir na contemporaneidade. Com o neoconstitucionalismo surge a ideia de Estado Constitucional de Direito, em oposição ao Estado Legislativo de Direito, em que a Lei e o Princípio da Legalidade constituíam as únicas formas de legitimação do Direito, no qual uma norma jurídica era considerada válida por emanar de uma autoridade competente e não por ser justa. A partir do neoconstitucionalismo o que passa a prevalecer no ordenamento jurídico é a força normativa da Constituição. Sendo assim, a partir de então, para que uma lei seja válida, deve emanar não somente de uma autoridade competente, mas também estar compatível com o conteúdo axiológico dos princípios e regras constitucionais (CUNHA JR., 2013, p. 39).

Bulos (2015, p. 79), posicionando-se de modo diferente da corrente aqui ilustrada por Barroso, defende que o neoconstitucionalismo nada mais é que o constitucionalismo contemporâneo, um novo nome para um fenômeno que já havia. Para o autor, o termo não passa de uma invenção doutrinária para criar a impressão de que surgiu algo diferente capaz de revolucionar o pensamento constitucional.

Em outra linha, Barroso (2009, p. 250), em contraponto à Bulos, identifica o neoconstitucionalismo como uma evolução do direito constitucional contemporâneo a partir de um viés filosófico. Segundo o autor:

O novo direito constitucional ou neoconstitucionalismo é, em parte, produto desse reencontro entre ciência jurídica e a filosofia do Direito. Para poderem beneficiar-se do amplo instrumental do Direito, migrando do plano ético para o mundo jurídico, os valores mo-

rais compartilhados por toda a comunidade, em dado momento e lugar, materializam-se em princípios, que passam a estar abrigados na Constituição, explícita ou implicitamente. Alguns nela já se inscreviam de longa data, como a liberdade e igualdade, sem embargo de evolução constante de seus significados. Outros, conquanto clássicos, sofreram releituras e revelaram novas sutilezas, como a democracia, a República e a separação dos poderes. Houve, ainda, princípios cujas potencialidades só foram desenvolvidas mais recentemente, como a dignidade da pessoa humana e o da razoabilidade. (BARROSO, 2009, p. 250).

O movimento neoconstitucional teve seu início na Europa, a partir da Segunda Guerra Mundial. Isso se deu com o surgimento do Estado Constitucional Social, sendo posteriormente disseminado para outros lugares do mundo. Os que defendem o neoconstitucionalismo citam como suas características: o caráter de inovação da teoria do Direito Constitucional; a dinâmica dialética normativa entre o Direito Constitucional e os demais ramos; a força normativa da Constituição como princípio fundamental; a criação de um Estado de Direito propriamente Constitucional. Nesse sentido, salienta Bulos (2015, p. 80):

Para nós, nenhuma dessas características, tomadas de per si, pertence ao *neoconstitucionalismo*, porque todas elas fazem parte da evolução do constitucionalismo contemporâneo, algo que independe de rótulos, nomes, expressões ou terminologias para existir. (...) não se trata de um movimento, muito menos de uma escola; não agrega, de modo sistematizado, um corpo coerente de postulados, nem de propostas científicas que venham a crescer algo, verdadeiramente novo, àquilo que a humanidade já sabia; trabalha com teses, ideias e descobertas que vêm de priscas eras, mas que encontraram o seu apogeu na contemporaneidade; e seus defensores são chamados de “neoconstitucionalistas”. Adoram propagar concepções velhas como se fossem “novas”, com o comando de suporte constatações do pensamento jusfilosófico dos dias correntes.

Frise-se que a crítica feita por Bulos ao termo neoconstitucionalismo não tem o intuito de negar a existência de uma evolução ocorrida no direito constitucional a partir de novas ideias surgidas ao longo do tempo. A crítica se dirige ao termo empregado e a seu caráter

de inovação que, segundo o autor não se identifica, todavia, ainda em Bulos o neoconstitucionalismo representa efetivamente uma alteração na dinâmica de produção dos saberes jurídicos constitucionais no Direito contemporâneo (BULOS, 2015, p. 88).

Destarte, o marco histórico do neoconstitucionalismo foi o fim da Segunda Guerra Mundial (1945). Reitera-se que no Brasil o marco histórico do novo direito constitucional é a Carta de 1988, tida como constituição cidadã. O marco filosófico desse novo direito constitucional é o pós-positivismo, pautado na teoria dos direitos fundamentais com ênfase no princípio da dignidade da pessoa humana. Sendo assim, é importante tratar acerca dos Direitos Humanos.

Segundo Barroso (2009, p. 89), a Constituição possui, como uma de suas principais funções, veicular o mínimo necessário para a dignidade das pessoas. A dignidade da pessoa humana remete ao respeito ao próximo, em que todos são iguais, tendo, portanto, tratamento igualmente digno (BARROSO, 2009, p. 250). Esse autor ainda ensina que:

A transposição do princípio da dignidade da pessoa humana dos planos religioso e ético para o domínio do Direito não é uma tarefa singela. Logo após a Segunda Guerra Mundial, passou ele a figurar em documentos internacionais, como a Declaração dos Direitos Humanos (1948), e em Constituições como a italiana (1947), a alemã (1949), a portuguesa (1976) e a espanhola (1978). Na Constituição brasileira de 1988 vem previsto no art. 1º, III, como um dos fundamentos da República. A dignidade da pessoa humana está na origem dos direitos materialmente fundamentais e representa o núcleo essencial de cada um deles, assim os individuais como os políticos e os sociais. O princípio tem sido objeto, no Brasil e no mundo, de intensa elaboração doutrinária e de busca de maior densidade jurídica. Procura-se estabelecer os contornos de uma objetividade possível, apta a prover a racionalidade e controlabilidade à sua utilização nas decisões judiciais. (BARROSO, 2009, p. 251).

Segundo as lições de Bobbio (2004, p. 7), em uma sociedade só existe democracia quando os direitos do homem são reconhecidos e respeitados, e na sociedade em que não há democracia é inviável se falar em paz social. As Constituições modernas são as respon-

sáveis por trazer o reconhecimento dos direitos dos homens. Nesse contexto os indivíduos, antes súditos, agora se tornam cidadãos. Os direitos do homem são direitos históricos, sendo marcados por lutas contra poderes absolutos (BOBBIO, 2004, p. 9).

De acordo com Lafer (1991, p. 117), o totalitarismo é uma maneira de organizar a sociedade, visando a dominação dos indivíduos. Nessa vertente, o totalitarismo traz a ideia do homem como ser supérfluo. Esse fenômeno não ficou restrito a sociedades passadas. Contemporaneamente há situações sociais, políticas e econômicas que reduzem o homem a condição de ser supérfluo.

O valor da pessoa humana visa encontrar sua afirmação nos direitos fundamentais do homem (LAFER, 1991, p. 118).

Para se entender a atual conjectura dos direitos humanos é necessário o estudo das suas gerações (dimensões) anteriores. Autores estabelecem cerca de quatro gerações a respeito dos direitos humanos.

Autores como Lafer (1991, p. 126) e Conti (2008, p. 21), propõem que os Direitos Humanos de primeira geração surgem com a Declaração Francesa de 1789. Segundo Lafer (1991, p. 126), tais direitos são tidos como naturais e são inerentes ao indivíduo. Nessa linha, Conti (2008, p. 23) salienta: “Vê-se, assim, que há uma Idéia de Lei Natural e que tal Lei é apreendida por meio da Razão [...]. É por meio de tal lei natural que vislumbramos que somos igualmente livres por sermos naturalmente iguais”.

Os Direitos Humanos de primeira geração são justificados pelo Direito Natural, surgindo como forma de proteção das liberdades individuais, levando em consideração o indivíduo burguês, daí a supremacia do interesse individual sob o coletivo. O Estado confere essa proteção. É um modelo de direito que surge em consonância ao Estado Liberal de Direito, assumindo o lugar do Estado Monárquico Absolutista (CONTI, 2008, p. 27).

Na ideia de Lafer (1991, p. 127), entre os Direitos Humanos de segunda e primeira geração há uma complementariedade, visto que, aquele se trata de uma geração de direitos que visa assegurar o exercício deste.

Em outra linha de raciocínio entende-se que os Direitos Humanos de segunda geração surgem das críticas aos Direitos Humanos de primeira geração. Essa geração emana dos problemas advindos do capitalismo, marcado pela figura da burguesia. Nesse sentido nascem os ideais sociais em que o Estado deve atentar ao desenvolvimento humano. O Estado Liberal de Direito perde espaço para o Estado Social de Direito (CONTI, 2008, p. 32).

Lafer (1991, p. 131), não faz distinção entre Direitos Humanos de terceira e quarta geração. Segundo o autor, tratam-se de direitos que privilegiam os grupos humanos em sua coletividade e não o indivíduo em sua singularidade.

Ao se fazer uma distinção entre Direitos Humanos de terceira e quarta geração, tem-se que os de terceira visam a proteção de coletividades, sendo que isto só foi possível graças a evolução do Estado Social de Direito para o Estado Democrático de Direito (CONTI, 2008, p. 37).

De acordo com Conti (2008, p. 37), os Direitos Humanos de quarta geração surgem quase que concomitantemente aos de terceira geração. Naqueles passa-se a dar maior importância a órgãos internacionais como a Organização das Nações Unidas (ONU). Assim, contra os abusos do Estado o indivíduo poderá se valer de mecanismos de proteção internacional. De forma plausível, Conti (2008, p. 40) ensina que:

Quanto as perquirições supra, pode-se dizer que os Direitos Humanos de 1ª e de 3ª Geração encontram a eficácia de sua proteção no próprio ordenamento jurídico interno dos Estados e que os Direitos Humanos de 2ª Geração encontram a eficácia de sua proteção principalmente na ação política (os Direitos Sociais são direitos a serem implementados) e não na ação do Estado-Julgador. Já em relação aos Direitos de 4ª geração, faz-se plausível dizer que os mesmos estão começando a ser positivados em legislações supra-nacionais, como o Estatuto de Roma, que instaurou o Tribunal Penal Internacional Permanente.

Conforme ocorriam mudanças na história da humanidade, os direitos dos homens também se modificavam, e ainda continuam se modificando. Direitos,

como a propriedade, tidos absolutos no século XVIII, sofreram limitações em declarações posteriores. Já outros direitos, como os sociais, que ainda não existiam na mesma época, são aclamados contemporaneamente. Disso se depreende que futuramente poderá surgir outros direitos ainda não vislumbrados. Nessa perspectiva nota-se que os direitos fundamentais não surgem por natureza, mas sim, em consonância com o momento histórico das civilizações (BOBBIO, 2004, p. 13).

É proclamada em 1948, seguindo essa linha de evolução, a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Segundo Bobbio (2004, p. 19), direitos que antes eram idealizados se tornam concretos, além de possuir caráter universal. Contudo, essa universalidade somente é válida aos Estados que o reconhecem. Sendo assim, os Direitos do Homem passam a ser universais e positivos. É universal pois se estende a todos os homens, e positivo, pois a partir de então não são tidos como ideais reconhecidos, mas sim, direitos efetivos, inclusive contra uma eventual transgressão por parte do próprio Estado. Bobbio identifica que “os direitos do homem nascem como direitos naturais universais, desenvolvem-se como direitos positivos particulares, para finalmente encontrarem sua plena realização como direitos positivos universais” (BOBBIO, 2004, p. 19).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, representa auge da proteção e efetivação dos direitos humanos na contemporaneidade. Todos os artigos presentes nessa declaração dizem respeito a direitos fundamentais. Um desses direitos fundamentais nomeia a dignidade da pessoa humana.

O preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos propõe “que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo”. A mesma declaração no seu artigo primeiro estabelece que “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade”. Nota-se que a referida declaração traz a lume a dignidade humana como um dos seus pilares e preceitos fundamentais.

O indivíduo membro da humanidade é ser dotado de dignidade. Essa dignidade representa algo singular, portanto, aquilo que não pode ser fracionado ou abandonado. Em consonância com a Declaração Universal de Direitos Humanos, a Constituição brasileira de 1988 traz em seu artigo 1º, inciso III, a dignidade da pessoa humana como um princípio fundamental (CONTI, 2008, p. 59).

De acordo com Barroso (2009, p. 254), a dignidade da pessoa humana compõe um dos pilares dos direitos fundamentais, sendo que sua efetivação se mostra crescente tanto no Brasil quanto mundo. Trata-se, portanto, de um princípio que merece respaldo no mundo jurídico. Nas palavras de Bonavides (2001, p. 232): “o princípio em tela é, por consequência, o ponto de chegada na trajetória concretizante do mais alto valor jurídico que uma ordem constitucional abriga”.

Importante salientar que no âmbito jurídico interno brasileiro já decidiu o Supremo Tribunal Federal que “Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto” (STF, Pleno, RMS 23.452/RJ, Relator Ministro Celso de Mello, DJ de 12.05.2000, p. 20). Contudo, no cenário externo, a Declaração Universal de Direitos Humanos consagra direitos absolutos nos artigos IV e V. De acordo com a Declaração Universal de Direitos Humanos “Ninguém pode ser mantido em escravidão ou em servidão; a escravatura e o comércio de escravos, sob qualquer forma, são proibidos” e “Ninguém será submetido a tortura nem a punição ou tratamento cruéis, desumanos ou degradantes”.

Visto a evolução das constituições ao longo dos tempos, partindo do constitucionalismo até se chegar ao neoconstitucionalismo, ou simplesmente constitucionalismo contemporâneo, como prefere alguns autores, tendo como enfoque principal os Direitos Humanos sob o crivo da dignidade da pessoa humana, é necessário compreender alguns fenômenos constitucionais, como a chamada mutação constitucional que para a finalidade deste estudo é fenômeno jurídico que deve ser considerado.

Segundo Silva (2012, p. 937) a mutação constitucional é “a reforma da Constituição, operando-se por via formal (emenda ou revisão) ou por via informal (a

mudança da interpretação da norma operada pela jurisprudência ou por novas práticas políticas ou sociais”.

Conforme as lições de Barroso (2009, p. 123) a mutação constitucional ocorre na modificação informal da constituição. Segundo o autor, a Constituição pode ser modificada de maneira formal e de maneira informal. A modificação formal é a reforma constitucional que se opera por meio do procedimento estipulado na própria Constituição, que estabelece os meios a serem seguidos para que ocorra a alteração do seu texto. A modificação informal ocorre pela mutação constitucional, em que sem haver modificação do texto constitucional, há alteração no sentido e no alcance das normas. Nesse sentido:

É possível dizer que a mutação constitucional consiste em uma alteração do significado de determinada norma da Constituição, sem observância do mecanismo constitucionalmente previsto para as emendas e, além disso, sem que tenha havido qualquer modificação de seu texto. Esse novo sentido ou alcance do mandamento constitucional pode decorrer de uma mudança na realidade fática ou de uma nova percepção do Direito, uma nova releitura do que deve ser considerado ético e justo. Para ser legítima, a mutação precisa ter lastro democrático, isto é, deve corresponder a uma demanda social efetiva por parte da coletividade, estando respaldada, portanto, pela soberania popular. (BARROSO, 2009, p. 125-126).

A mutação constitucional deve se dar entre o equilíbrio da rigidez da Constituição e a plasticidade de suas normas. A rigidez da Constituição visa resguardar a segurança jurídica, já a plasticidade tem o intuito de adaptar a Constituição a realidade em que se encontra a sociedade.

A interpretação para essa mudança de leitura da Constituição fica a cargo de órgãos estatais de acordo com políticas aceitas pela sociedade. Deve-se aplicar as normas constitucionais de modo em que estas atendam às necessidades da sociedade. Para tanto, é necessário que haja a comunicação da Constituição com as novas realidades. Contudo, a mutação constitucional possui limites. Deve-se acima de tudo respeitar os princípios fundamentais inerentes a referida Constituição. Ultrapassar esses limites significa vio-

lar a soberania de um povo. Interpretações que resultem em alterações em desacordo com o sentido posto pela Constituição são tidas como inconstitucionais (BARROSO, 2009, p. 127-128).

Destarte, sabiamente, Bonavides (2001, p. 259) ensina que “organizando poderes, integrando valores, a Constituição incorpora o espírito de cada época, e seus intérpretes leem nas suas cláusulas fundamentais a direção jurídica da Sociedade e do Estado”.

Para melhor compreensão do Habeas Corpus em análise, é necessária uma abordagem acerca do procedimento utilizado pelo Supremo Tribunal Federal para proferir os seus julgamentos. Sendo assim, nesse interesse, foi utilizado o próprio regimento interno do STF.

De acordo com o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal nos artigos 1, 2, 3 e 4, o mesmo é órgão do Poder Judiciário brasileiro composto por onze ministros, tendo sede na Capital da República e jurisdição em todo o território nacional. O Tribunal é dividido em três órgãos: o Plenário, as Turmas e o Presidente. As Turmas são compostas por cinco membros, sendo presidida pelo Ministro mais antigo por um ano até que todos tenham exercido a presidência.

Segundo o artigo 143, o Plenário se reúne com a presença mínima de seis Ministros sendo dirigido pelo Presidente do Tribunal. O artigo 6, inciso II, alínea c, assevera que ao Plenário, compete dentre outros, processar e julgar os Habeas Corpus remetidos ao julgamento pelo Relator. O inciso I do artigo 145 propõem que os HC's tenham prioridade no julgamento do Plenário.

Relator é o nome dado ao Ministro designado para ordenar e dirigir um processo, sendo sua atribuição apresentar um relatório, contendo um resumo do caso em questão e o seu voto. A definição dos relatores de cada processo é feita mediante distribuição dos processos entre os Ministros. Segundo o artigo 66 do Regime Interno do Supremo Tribunal Federal, a distribuição será feita por sorteio ou prevenção, mediante sistema informatizado. O §2º do artigo 66 estabelece que pós o sorteio os autos são conclusos ao Relator. De acordo com o artigo 21, inciso XI, uma outra função do Relator é remeter Habeas Corpus ou recurso de Habeas Corpus ao julgamento do Plená-

rio. De acordo com o artigo 87 “aos Ministros julgadores será distribuída cópia do relatório antecipadamente”, a critério do Relator.

De acordo com o artigo 52, inciso VIII, além do Presidente, Relator e demais Ministros, o Procurador-Geral da República terá vista dos autos, dentre outros, nos Habeas Corpus originários e nos seus recursos. Estabelece o artigo 48 que o Procurador-Geral da República tem assento à direita do Presidente.

Segundo o artigo 54 as petições iniciais e os processos remetidos, ou incidentes, serão protocolados na ordem de recebimento. De acordo com o artigo 55 o registro é feito por classes, sendo uma delas o Habeas Corpus.

De acordo com o artigo 188 o Habeas Corpus é uma garantia constitucional utilizada sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder. O artigo 189, incisos I e II diz que o Habeas Corpus pode ser impetrado por qualquer pessoa, em seu favor ou de outrem e pelo Ministério Público.

Segundo o artigo 57, salvo os casos de isenção, compete às partes antecipar o pagamento do respectivo preparo. O parágrafo único do mesmo artigo diz que o “preparo compreende o recolhimento de custas e das despesas de todos os atos do processo”. O §1º do artigo 59 estabelece que “Nenhum recurso subirá ao Supremo Tribunal Federal, salvo caso de isenção, sem a prova do respectivo preparo”. O §1º do artigo 61 diz que nos Habeas Corpus há isenção do preparo.

De acordo com o artigo 83 a publicação da pauta de julgamento antecederá em no mínimo quarenta e oito horas antes da sessão em que os processos possam ser chamados. O §1º, inciso III diz que o julgamento de Habeas Corpus independe de pauta.

Segundo o artigo 93 as decisões do Plenário e das Turmas são chamadas de acórdão. Estabelece o artigo 96 que em cada julgamento é feita a transcrição do áudio em que constará o relatório, a discussão, os votos fundamentados, bem como as perguntas feitas aos advogados e suas respostas. O parágrafo único do artigo 98 diz que acórdão será assinado pelo Presidente e pelos Ministros que houverem participado do julgamento.

Segundo o artigo 131 nos julgamentos, o presidente dará a palavra, sucessivamente, ao autor, recorrente, peticionário ou impetrante, e ao réu, recorrido ou impetrado, para sustentação oral. De acordo com o §1º do artigo 132 ao Procurador-Geral também será dado a oportunidade de se manifestar, falando em primeiro lugar se a União for autora ou recorrente.

De acordo com os artigos 133, 134 e 135 os Ministros falarão sobre o assunto em discussão. Concluído o debate oral, o Presidente tomará os votos do Relator e dos outros Ministros. Os Ministros poderão antecipar o voto se o Presidente autorizar. Encerrada a votação, o Presidente proclamará a decisão.

Segundo o artigo 146, parágrafo único, em caso de empate no julgamento de Habeas Corpus e recursos de Habeas Corpus deve-se proclamar a decisão mais favorável ao paciente.

3 ANÁLISE DO CONTEÚDO DECISÓRIO DOS MINISTROS DO STF NO JULGAMENTO HABEAS CORPUS 126.292-SP

No Habeas Corpus 126.292-SP, sob a relatoria do Ministro Teori Zavascki, se discutiu acerca da possibilidade ou não do início da execução da pena privativa de liberdade após a confirmação de sentença penal condenatória por Tribunal de Segundo Grau de Jurisdição. Ou seja, o debate do Habeas Corpus consistia na possibilidade de execução provisória de acordão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que cabíveis recursos.

O julgamento do referido Habeas Corpus ocorreu no dia 17 de fevereiro de 2016, em sessão plenária do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. A época do julgamento o Supremo Tribunal Federal era composto pelos Ministros Ricardo Lewandowski, Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber, Teori Zavascki, Roberto Barroso e Edson Fachin.

O Habeas Corpus 126.292-SP foi impetrado por Maria Claudia Seixas e teve como paciente Marcio

Rodrigues Dantas, condenado à pena de 5 anos e 4 meses de reclusão pelo crime de roubo qualificado, conforme a sentença de primeiro grau. A defesa recorreu ao Tribunal Superior, que negou o provimento ao recurso e determinou a prisão do sujeito. Buscando afastar o mandado de prisão emitido pelo TJ-SP, a defesa impetrou Habeas Corpus com pedido liminar, pedido esse indeferido pelo Superior Tribunal de Justiça.

Contra a decisão do Superior Tribunal de Justiça, que indeferiu o pedido liminar no HC 31.021/SP, a defesa impetrou Habeas Corpus ao Supremo Tribunal Federal, sob o fundamento de que o mandado de prisão emitido pelo TJ-SP sem o trânsito em julgado da condenação fere o princípio constitucional da presunção de inocência e a jurisprudência o STF. Antes do julgamento do Habeas Corpus em sessão plenária, o Ministro Relator Teori Zavascki deferiu o pedido liminar, suspendendo a prisão decretada contra o paciente. (MINISTRO TEORI ZAVASCKI, HC 126.292-SP, p. 1 – 3).

Os onze Ministros participaram do julgamento em sessão plenária. Por maioria dos votos, mais precisamente sete votos a quatro, o Habeas Corpus foi indeferido, sendo revogada a liminar concedida pelo relator ao paciente. Nesse sentido foi o voto do Ministro Teori Zavascki (Relator), que foi acompanhado pelos votos dos Ministros Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Dias Toffoli, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes.

Já os Ministros Marco Aurélio, Celso de Mello, Rosa Weber e Ricardo Lewandowski, presidente da Corte à época, votaram pela manutenção da jurisprudência do Tribunal, concedendo a ordem ao Habeas Corpus impetrado. Nesse mesmo sentido foi o parecer da Procuradoria-Geral da República que se manifestou a favor da concessão da ordem ao Habeas Corpus.

Sendo assim, por sete votos a quatro foi denegada a ordem ao Habeas Corpus, sendo emitido o entendimento de que a execução provisória da pena, após decisão colegiada de um tribunal em sede de segunda instância, não fere o princípio da presunção de inocência, ainda que seja cabíveis recursos. Nesse sentido o Supremo Tribunal Federal modificou o entendimento que até então prevalecia.

3.1 VOTOS FAVORÁVEIS A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA A PARTIR DA DECISÃO CONDENATÓRIA EM 2ª GRAU DE JURISDIÇÃO

No julgamento do Habeas Corpus 126.292-SP os Ministros decidiram, por maioria dos votos, pela possibilidade da execução provisória da pena após a confirmação da condenação por acórdão proferido por tribunal em segundo grau de jurisdição. Nesse sentido compunha o argumento vencedor pelo voto do Ministro Relator Teori Zavascki, que foi acompanhado pelos votos dos Ministros Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Dias Toffoli, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes.

No sentido de denegar a ordem do Habeas Corpus, suspendendo a liminar concedida anteriormente ao paciente, os Ministros levantaram a tese de que “a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência” (MINISTRO TEORI ZAVASCKI, HC 126.292-SP, p. 19).

Para chegar a formulação da tese prolatada, modificando a jurisprudência que antes prevalecia, os Ministros expressaram seus argumentos. Passasse a analisar as teorias e argumentos utilizados pelos Ministros na fundamentação dos seus respectivos votos, levando em consideração os argumentos mais evocados para os menos evocados, de acordo com o número de Ministros que os suscitaram.

O argumento mais evocado pelos Ministros diz respeito ao Princípio da Presunção de Inocência, seja de forma isolada, demonstrando o seu alcance, ou o abordando em consonância a outros temas. Ora, é principalmente em torno do debate acerca desse princípio que se perpassa o conteúdo da discussão do Habeas Corpus em análise. Sendo assim, foi levantado argumentos no sentido de expressar o alcance do princípio e como deve ser feita a sua interpretação e aplicação.

O princípio da presunção de inocência esta expressamente previsto no art. 5º, LVII, CF/88, que estabelece que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Contudo, antes mesmo da promulgação da Carta Magna de 1988, o princípio da presunção de inocência já

possuía destaque no ordenamento jurídico nacional, devido a adesão do país à Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que trazia em seu artigo 11.1² o princípio da presunção de inocência (MINISTRO TEORI ZAVASCKI, HC 126.292-SP, p. 7).

O ordenamento é composto por regras e princípios. As regras são aplicadas na sua totalidade ou não são aplicadas. Já os princípios podem ser ponderados, principalmente, quando do confronto com outros princípios ou até mesmo com regras. A presunção de inocência constitui um princípio, sendo assim pode sofrer ponderação. Contudo, toda e qualquer forma de ponderação não deve atingir o núcleo essencial ao qual o princípio se destina (MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO, HC 126.292-SP, p. 37-39).

Deve-se interpretar o dispositivo constitucional da presunção de inocência sem apego a literalidade. Não se pode interpretar essa regra constitucional de forma absoluta, é necessário associá-la a outros princípios e regras constitucionais. (MINISTRO EDSON FACHIN, HC 126.292-SP, p. 22).

De acordo com o Ministro Edson Fachin (HC 126.292-SP, p. 25):

Se afirmarmos que a presunção de inocência não cede nem mesmo depois de um Juízo monocrático ter afirmado a culpa de um acusado, com a subsequente confirmação por parte de experientes julgadores de segundo grau, soberanos na avaliação dos fatos e integrantes de instância à qual não se opõem limites à devolutividade recursal, reflexamente estaríamos a afirmar que a Constituição erigiu uma presunção absoluta de desconfiância às decisões provenientes das instâncias ordinárias.

O Ministro Luiz Fux (HC 126.292-SP, p. 58), levando em consideração essa ponderação, argumenta que “a presunção de inocência cessa a partir do momento em que se comprova a culpabilidade do agente, máxime, em segundo grau de jurisdição”.

O Ministro Luiz Fux (HC 126.292-SP, p. 58) cita

² Declaração Universal de Direitos Humanos, 1948, artigo 11.1: 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.

ainda o dispositivo da Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, segundo o qual o sujeito é presumidamente inocente até que seja provada a sua culpabilidade. Não havendo, portanto, necessidade do trânsito em julgado. Nesse sentido saliente a Ministra Cármen Lúcia que “o que a Constituição determina é a não culpa definitiva antes do trânsito, e não a não condenação” (MINISTRA CÁRMEN LÚCIA, HC 126.292-SP, p. 62).

Segundo o Ministro Gilmar Mendes (HC 126.292-SP, p. 72), a lei não garante ao réu o mesmo tratamento durante todo o processo. Nesse sentido o Ministro Luís Roberto Barroso (2016, p. 41) argumentou que:

Há, desse modo, uma ponderação a ser realizada. [...] o princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade adquire peso gradativamente menor na medida em que o processo avança, em que as provas são produzidas e as condenações ocorrem. Por exemplo, na fase pré-processual [...], o peso a ser atribuído a presunção de inocência deve ser o máximo [...]. Ao contrário, com a decisão condenatória em segundo grau de jurisdição, há sensível redução do peso do princípio da presunção de inocência [...].

Destarte, feita a ponderação do princípio da presunção de inocência com outros dispositivos que compõem o ordenamento, conclui-se que a execução provisória da pena após a condenação em segundo grau de jurisdição, não constitui a sua violação (MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO, HC 126.292-SP, p. 43).

Quatro Ministros, argumentaram acerca dos recursos especial e extraordinário, no sentido de explicar que ambos não possuem efeito suspensivo, sendo assim não obstem o início do cumprimento da pena ao condenado em segundo grau de jurisdição. Esse constituiu um dos argumentos mais evocados para embasar a tese que se consumou vencedora. Nesse sentido argumentaram os Ministros Teori Zavascki, Edson Fachin, Luiz Fux e Gilmar Mendes.

No Tribunal que julga o recurso de apelação se tem o exaurimento acerca do exame sobre os fatos e provas da causa. Nesse momento ocorre o chamado duplo grau de jurisdição, em que há a devolutividade de toda a matéria aludida no juízo de primeiro grau. Sendo as-

sim, é nas instâncias ordinárias que se finda a análise de fatos e provas. Portanto, recursos de caráter extraordinários não configuram o duplo grau de jurisdição, visto que não se prestam a análise de fatos e provas (MINISTRO TEORI ZAVASCKI, HC 126.292-SP, p. 9).

As instâncias de primeiro e segundo grau de jurisdição são soberanas na análise dos fatos e provas. As cortes superiores não possuem o poder de apresentar nova versão aos fatos apresentados. Além de que os recursos de natureza extraordinária possuem natureza excepcional (MINISTRO EDSON FACHIN, HC 126.292-SP, p. 23).

A coisa julgada é uma qualidade conferida a uma decisão judicial tornando-a imutável e indiscutível. A coisa julgada é admitida em partes, ou seja, capítulos da decisão. Em relação a matéria relativa aos fatos e provas, a coisa julgada se opera com o acordão do tribunal de segunda instância, visto que, nesse momento a matéria fático-probatória se torna indiscutível (MINISTRO LUIZ FUX, HC 126.292-SP, p. 59).

Julgado o recurso de apelação finda-se as vias ordinárias, sendo possível somente o manejo de recursos de natureza extraordinária. Os recursos extraordinário e especial não possuem efeito suspensivo e servem ao interesse coletivo. Destarte, após a análise das instâncias ordinárias forma-se a culpa do réu, o que se faz necessário à sua prisão (MINISTRO GILMAR MENDES, HC 126.292-SP, p. 68).

Ao fazer uma conexão entre a ponderação do princípio da presunção de inocência e os recursos de natureza extraordinária, o Ministro Relator Teori Zavascki (HC 126.292-SP, p. 11) argumentou:

Realmente a execução da pena na pendência de recursos de natureza extraordinária não compromete o núcleo essencial do pressuposto da não-culpabilidade, na medida em que o acusado foi tratado como inocente no curso de todo o processo ordinário criminal [...]. Não é incompatível com a garantia constitucional autorizar, a partir daí, ainda que cabíveis ou pendentes de julgamento recursos extraordinários, a produção dos efeitos próprios da responsabilização criminal reconhecida pelas instâncias ordinárias.

Outro fator trazido à baila pelos Ministros diz respeito à larga interposição de recursos com caráter meramen-

te protelatório, almejando principalmente a extinção da punibilidade em decorrência da prescrição da pretensão punitiva. Quatro Ministros argumentaram nesse sentido, sendo eles o Relator Teori Zavascki, os Ministros Edson Fachin, Luís Roberto Barroso e Gilmar Mendes.

Não permitir a execução da pena sem que se tenha julgado todos os recursos ordinários e extraordinários faz o princípio da presunção de inocência possuir natureza absoluta. Isso ocasiona a interposição de inúmeros recursos, visando a prescrição da pretensão punitiva. Portanto, a larga interposição de recursos, possui caráter protelatório (MINISTRO TEORI ZAVASCKI, HC 126.292-SP, p. 17).

Assinala o Ministro Luís Roberto Barroso (HC 126.292-SP, p. 32), acompanhando o raciocínio defendido pelo Ministro Relator Teori Zavascki:

Com efeito, a impossibilidade de execução provisória da pena após o julgamento final pelas instâncias ordinárias produziu [...] consequências muito negativas para o sistema de justiça criminal. Em *primeiro lugar*, funcionou como um poderoso incentivo à infundável interposição de recursos protelatórios.

Ora, a interposição infundável de recursos de caráter meramente protelatórios, como mecanismo de impedir o trânsito em julgado, é mecanismo utilizado, visando a prescrição. Salienta o Ministro Gilmar Mendes que a “massa de recursos faz com que tenhamos esse quadro constrangedor de impunidade” (MINISTRO GILMAR MENDES, HC 126.292-SP, p. 65).

Assim, o novo entendimento, que possibilita a execução provisória da pena após a decisão em segunda instância, representa uma ruptura no paradigma da impunidade. Pois, o início do cumprimento de pena, evita que a demora processual ocasione à prescrição dos delitos (MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO, HC 126.292-SP, p. 53).

Ao fazer uma análise comparativa do ordenamento jurídico brasileiro com o de outros países, três Ministros, sendo eles o Relator Teori Zavascki e os Ministros Luís Roberto Barroso e Gilmar Mendes, o Brasil dá ao princípio da presunção de inocência, e conseqüentemente ao início da execução da pena, um tratamento distinto dos demais países.

Em países como a Inglaterra, Estados Unidos, Canadá, Alemanha, França, Portugal, Espanha e Argentina, é possível o início do cumprimento de pena pelo acusado, ainda que hajam recursos, aguardando análise dos tribunais superiores. Na Inglaterra, por exemplo, a regra é iniciar o cumprimento da pena, esperando o julgamento dos recursos. Nos Estados Unidos, o cumprimento da pena é imediato, ainda que pendentes recursos. No Canadá, proferida a sentença de primeiro grau, ocorre o início da sua execução. Na Alemanha, não se confere efeito suspensivo a recursos para os Tribunais Superiores.

E na França, é permitido ao Tribunal emitir mandado de prisão, ainda que hajam recursos. Em Portugal, o Princípio da Presunção de Inocência não é tratado de forma absoluta. Na Espanha, se dá atenção maior ao princípio da efetividade das decisões. Na Argentina, ainda que haja a previsão do princípio da presunção de inocência, não há impedimento de que a pena possa iniciar antes do trânsito em julgado de uma decisão (MINISTRO TEORI ZAVASCKI, HC 126.292-SP, p. 9-12).

Neste sentido, se remete ao argumento proferido pela Ministra Ellen Gracie no julgamento do Habeas Corpus n. 86.886 em 2005. Quando advertiu que “em país nenhum do mundo, depois de observado o duplo grau de jurisdição, a execução de uma condenação fica suspensa, aguardando referendo da Suprema Corte” (MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO, HC 126.292-SP, p. 48).

A partir da dinâmica hermenêutica oriunda do direito comparado, aplicada ao princípio em tela nos moldes do ordenamento pátrio, percebe-se que a presunção de inocência cessa no momento em que é comprovada a culpa do sujeito. Cita-se a Convenção Americana de Direitos Humanos em seu artigo 8.2, a qual estabelece que,

[...] toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”. Cite-se também a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, que em seu artigo 6º.2, estabelece que “Qualquer pessoa acusada de uma infração presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada. (MINISTRO GILMAR MENDES, HC 126.292-SP, p. 69).

Os Ministros Teori Zavascki, Edson Fachin e Gilmar Mendes não descartam a possibilidade de as instâncias ordinárias incorrerem em erro, ou até mesmo abusos de poder. Contudo, ressaltam que o ordenamento prevê mecanismos para resguardar direitos essencialmente fundamentais aos indivíduos, eficazes no combate as arbitrariedades e abusos eventualmente cometidos. Nesse sentido discorreu o Ministro Relator Teori Zavascki, seguido no seu raciocínio pelos Ministros Edson Fachin e Gilmar Mendes:

Sustenta-se, com razão, que podem ocorrer equívocos nos juízos condenatórios proferidos pelas instâncias ordinárias. Isso é inegável: equívocos ocorrem também nas instâncias ordinárias. Todavia, para essas eventualidades, sempre haverá outros mecanismos aptos a inibir consequências danosas para o condenado, suspendendo, se necessário, a execução provisória da pena. (MINISTRO TEORI ZAVASCKI, HC 126.292-SP, p. 19).

Os Ministros Teori Zavascki e Luís Roberto Barroso, chamaram a atenção para o número mínimo de provimento dos recursos remetidos aos Tribunais Superiores. De acordo com os dois Ministros, na grande maioria dos recursos de natureza extraordinária, a situação do recorrente não é modificada.

De acordo com o Ministro Luís Roberto Barroso (HC 126.292-SP, p. 45), o baixo número de provimento dos recursos extraordinários torna ainda mais evidente a afronta à ordem pública, proclamada pelo não início da execução da pena após a decisão em segunda instância. Nesse sentido ressaltou o Ministro Gilmar Mendes (HC 126.292-SP, p. 75) em um de seus argumentos, que “o entendimento que nós temos hoje, aqui, é que se justifica a prisão, com base na garantia da ordem pública”.

Dois Ministros sendo eles o Relator Teori Zavascki e o Ministro Luís Roberto Barroso, trataram acerca da oscilação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal Perante a Matéria.

O Ministro Relator Teori Zavascki (HC 126.292-SP, p. 5), salientou que a execução provisória da pena era o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal. Esse entendimento prevaleceu na Suprema Corte

na vigência da Carta de 1988. E nesse sentido argumentou o Ministro Luís Roberto Barroso.

Além de inúmeras decisões proferidos pela Suprema Corte, foram editadas as Súmulas 716 e 717, que evidenciam situações de execução provisória da pena. Somente em 2009 o entendimento foi modificado, passando a vigor a impossibilidade de execução da pena antes do trânsito em julgado da condenação (MINISTRO TEORI ZAVASCKI, HC 126.292-SP, p. 7).

O Ministro Luís Roberto Barroso, de forma isolada, trouxe no seu voto uma importante análise acerca do fenômeno da mutação constitucional.

Segundo o Ministro, no tocante ao assunto tratado, houve uma mutação constitucional em 2009 quando o Supremo Tribunal Federal modificou o seu entendimento, barrando o início do cumprimento da pena condenatória antes que se obtivesse o trânsito em julgado da decisão. A nova jurisprudência trouxe consequências negativas, conforme assevera o Ministro Luís Roberto Barroso (HC 126.292-SP, p. 32):

Trata-se, assim, de típico caso de *mutação constitucional*, em que a alteração na compreensão da realidade social altera o próprio significado do Direito. Ainda que o STF tenha se manifestado e sentido diverso no passado, e mesmo que não tenha havido alteração formal do texto da Constituição de 1988, o sentido que lhe deve ser atribuído inequivocamente se alterou. Fundado nessa premissa, entendo que a Constituição Federal e o sistema penal brasileiro admitem a execução da pena após a condenação em segundo grau de jurisdição, ainda sem o trânsito em julgado. (Grifos nossos).

Superados os argumentos dos Ministros que preferiram o posicionamento que se consolidou vencedor, passa-se a análise dos argumentos da tese vencida.

3.2 VOTOS CONTRÁRIOS A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA A PARTIR DA DECISÃO CONDENATÓRIA EM 2ª GRAU DE JURISDIÇÃO

Minoria dos Ministros votou no sentido de conceder a ordem do Habeas Corpus, sendo também nesse sentido o parecer da Procuradoria-Geral da República. Compunham o argumento vencido os votos dos

Ministros Marco Aurélio, Celso de Mello, Rosa Weber e Ricardo Lewandowski (Presidente).

No sentido de manter a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acerca da matéria, os Ministros reafirmaram a tese de que

[...] a execução prematura (ou provisória) da sentença penal condenatória antes de consumado o seu trânsito em julgado revela-se incompatível com o direito fundamental do réu, assegurado pela própria Constituição da República (CF, art. 5º, LVII) de ser presumido inocente. (MINISTRO CELSO DE MELLO, HC 126.292-SP, p. 96).

Passasse a analisar as teorias e argumentos utilizados pelos Ministros na fundamentação dos seus respectivos votos. Os Ministros Marco Aurélio, Celso de Mello, e o Ministro Presidente Ricardo Lewandowski, fizeram uma análise do princípio da presunção de inocência. Nos argumentos acerca, os Ministros procuraram demonstrar a clareza e taxatividade do princípio constitucional, bem como a sua importância para os indivíduos.

O postulado da presunção de inocência é uma conquista dos cidadãos. Esteve presente em diversos dispositivos ao longo da história. Cite-se a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, a Convenção Europeia para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos e a Declaração Islâmica sobre Direitos Humanos (MINISTRO CELSO DE MELLO, HC 126.292-SP, p. 80-81).

O preceito constitucional da presunção de inocência, estabelece que “ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, é claro não permitindo interpretações. Em casos onde o texto é claro e preciso não há que se fazer interpretações, sob pena de modificar o que é estabelecido no texto. (MINISTRO MARCO AURÉLIO, HC 126.292-SP, p. 78).

De acordo com o Ministro Presidente Ricardo Lewandowski (HC 126.292-SP, p. 97), o princípio da presunção de inocência é taxativo, não cabendo maiores interpretações. Nessa análise argumenta o Ministro Celso de Mello (HC 126.292-SP, p.84):

Disso resulta, *segundo entendo*, que a consagração constitucional *da presunção de inocência* como direito fundamental *de qualquer* pessoa – independentemente *da gravidade* ou *da hediondez* do delito que lhe haja sido imputado – há de viabilizar, *sob a perspectiva da liberdade*, uma hermenêutica essencialmente emancipatória *dos direitos básicos da pessoa humana*, cuja prerrogativa de ser sempre considerada inocente, *para todos e quaisquer efeitos*, deve prevalecer, até o superveniente trânsito em julgado da condenação criminal, *como uma cláusula de insuperável bloqueio* à imposição prematura de quaisquer medidas que afetem ou restrinjam a esfera jurídica das pessoas em geral.

Sendo assim, a proteção a presunção de inocência, impossibilitando a execução da pena antes que se tenha o trânsito em julgado da decisão, confere a proteção a um direito fundamental resguardado pela Constituição. Ora, trata-se de um direito fundamental que se aplica a todos os indivíduos (MINISTRO CELSO DE MELLO, HC 126.292-SP, p. 88).

O princípio da presunção de inocência não desparece de forma progressiva. Ou seja, mesmo confirmada a condenação em segundo grau de jurisdição, a presunção de inocência continua a vigor. Somente após o trânsito em julgado da decisão condenatória é que a presunção de que o sujeito é inocente é extinto (MINISTRO CELSO DE MELLO, HC 126.292-SP, p. 93).

A Ministra Rosa Weber e o Ministro Marco Aurélio, argumentaram acerca do princípio da segurança jurídica. Defendeu-se a importância de se resguardar os preceitos de modo a não gerar a instabilidade do sistema.

O princípio da segurança jurídica, principalmente quando a matéria em apresso trata de questões constitucionais, deve ser preservado. A jurisprudência aplicada pode sofrer variações ao longo do tempo, contudo, não é interessante que a mesma seja modificada somente pela alteração dos Ministros que compõem a Suprema Corte (MINISTRA ROSA WEBER, HC 126.292-SP, p. 55).

Nessa linha de raciocínio, afirmou o Ministro Marco Aurélio que “devem ser guardados parâmetros, princípios e valores, não se gerando instabilidade, porque a sociedade não pode viver aos sobressaltos, sendo surpreendida” (MINISTRO MARCO AURÉLIO, HC 126.292-SP, p. 77).

Ao seguir essa linha de preservação dos preceitos de modo a não gerar instabilidade ou insegurança jurídica, o Ministro Celso de Mello, trouxe, na argumentação do seu voto, julgados anteriores. Em tais julgados o posicionamento é de que a execução provisória da pena condenatória somente é possível após o trânsito em julgado da decisão.

No voto vencedor, houve a argumentação de que o Brasil dá ao princípio da presunção de inocência e consequentemente ao início de cumprimento de pena tratamento diverso ao dado por outros países. Segundo o Ministro Celso de Mello (HC 126.292-SP, p. 88), em outros países, como exemplo, Estados Unidos e França, não se impõem ao princípio da presunção de inocência, a observância do trânsito em julgado da decisão.

O Ministro Celso de Mello (HC 126.292-SP, p. 93-94), também argumentou acerca de dados estatísticos que enfatizam a importância de se aguardar o trânsito em julgado das decisões. O Ministro trouxe números citados pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal, o Ministro Ricardo Lewandowski, no julgamento da ADPF 144/DF. Os dados obtidos demonstram que a soma dos recursos extraordinários criminais providos e parcialmente providos constitui 28,5%.

O Ministro Presidente Ricardo Lewandowski (HC 126.292-SP, p. 101), levando em consideração esse número de recursos providos perante a Suprema Corte, argumenta que:

Quer dizer, em se tratando da liberdade, nós estamos decidindo que a pessoa tem que ser provisoriamente presa, passa presa durante anos e anos, e anos a fio e, eventualmente, depois, mantidas essas estatísticas, com a possibilidade que se aproxima de 1/4 de absolvição, não terá nenhuma possibilidade de ver restituído esse tempo em que se encontrou sob custódia do Estado em condições absolutamente miseráveis, se me permite o termo.

De acordo com o Ministro Ricardo Lewandowski (2016, p. 98), a mudança na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, possibilitando a execução provisória da pena após a decisão de segundo grau de jurisdição somente facilita a entrada de pessoas no cárcere.

4 ANÁLISE DOS DADOS E DISCUSSÃO

O Julgamento do HC 126.292-SP tratou a discussão acerca da execução provisória da pena, a saber, a possibilidade de acusado iniciar cumprimento de pena sem que reste exaurido suas possibilidades de defesa, sem que haja uma sentença condenatória transitada em julgado.

As discussões, deste modo, circundaram em torno de duas grandes teses, a primeira delas, sustentada pela maioria, composta por sete dos Ministros, asseverou que a execução provisória da pena não teria o condão de ferir o princípio constitucional da presunção de inocência. Já a segunda grande tese entendia ser o cumprimento prematuro da pena incompatível com o direito fundamental da presunção de inocência e vedação de incidência dos efeitos condenatórios, sendo este argumento maior acompanhado pela minoria composta por quatro Ministros.

Destaque-se que essa espécie de lide é possibilita no cenário pós-positivista de superioridade Constitucional sobre as demais normas, em que o conteúdo axiológico constitucional, adquire um caráter dinâmico, sendo necessária sua contínua avaliação para acompanhar os interesses e valores partilhados socialmente, a despeito da textualidade do próprio texto constitucional, que no caso em apreço determina uma conduta clara e inequívoca, contrariada pela maioria dos Ministros naquela tese que veio a prosperar.

A mutação constitucional, que se observa enquanto fenômeno comum nos Estados Constitucionais e é, especificamente, o objeto indireto deste estudo, deve ser observada também em compatibilidade com os preceitos maiores presentes na Carta Magna e em consonância com a sociedade que se pretende construir, no *dever ser*, a partir dos códigos e da práxis jurisprudencial,

cabendo ao Tribunal Constitucional a produção desses sentidos, mutacionais, que haverá de ter o Texto Maior e terão o condão de guiar todo o ordenamento.

Nesse contexto entendeu-se, pela maioria dos votos, pela negativa de provimento ao Habeas Corpus, por meio de uma mudança histórica de entendimento acerca do conteúdo e alcance do princípio da inocência no sistema penal pátrio. Sendo possível para todos os julgamentos posteriores a essa mudança o cumprimento provisório da pena a partir da manutenção de sentença condenatória em segunda instância, por todos os argumentos já discutidos e aqui expostos.

5 CONCLUSÃO

No presente artigo a abordagem iniciou-se com o conceito pós-positivista de Constituição, sendo dado enfoque a sua evolução jurídica, versando a respeito da teoria do constitucionalismo até a perspectiva neoconstitucional. Ao adentrar no constitucionalismo contemporâneo, emerge na técnica jurídica um novo modelo de pensamento filosófico batizado de pós-positivismo. Esse novo modelo filosófico veio em contrapartida ao positivismo jurídico, trazendo teorias inovadoras ao mundo jurídico, com destaque ao direito constitucional. O modelo pós-positivista é pautado na teoria dos Direitos Fundamentais, com ênfase no princípio da dignidade da pessoa humana, nesse enfoque discutiu-se acerca dos Direitos Humanos.

Estudos relacionados aos Direitos Humanos serviram de suma importância para a evolução na maneira de se entender e aplicar o direito constitucional e o direito como um todo. Normas e princípios passaram a resguardar com mais eficiência os direitos fundamentais dos indivíduos, surgiram novas teorias que proporcionaram interpretações e aplicações dos preceitos, sempre com um olhar para a sociedade e o coletivo, levando-se em conta o bem-estar social. Exemplo marcante é a teoria da mutação constitucional, em que preceitos pré-existentes condicionam a novas interpretações com o fim de resguardar direitos caros a sociedade.

Em relação ao conteúdo decisório proferido pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC 126.292-SP, restou evidenciada a relação proeminente entre neoconstitucionalismo, pós-positivismo, os debates acerca dos direitos humanos e o fenômeno da mutação constitucional. Isso se justifica pelo fato de que ao proferir a decisão ao Habeas Corpus em análise, os Ministros suscitaram argumentos que permeiam essas teorias jurídicas.

Na construção da sua decisão os Ministros do STF trataram acerca de princípios constitucionais no tocante a sua aplicação e alcance, matéria recursal, efetividade jurisdicional, questões de direitos e deveres que devem ser resguardados pelo processo, interpretação constitucional e infraconstitucional, consonância das normas com o meio social, segurança jurídica, modificação jurisprudencial e a garantia da ordem pública, dentre outros temas. Além disso, fez referência a própria Teoria da Mutação Constitucional, em virtude da mudança na interpretação do dispositivo constitucional que a decisão acarretou. Nessa conjectura, foi analisada situação real em que uma decisão mudou o entendimento até então aceito, vindo a agravar a situação de indivíduos que eventualmente respondem ou venham a responder processos criminais. A discussão situa-se na averiguação dos limites do garantismo penal e sua necessária relação com as novas diretrizes hermenêuticas que o Direito brasileiro passa a assumir.

Ao ter em vista o teor não exauriente do presente trabalho – mesmo porque dedicou-se o estudo apenas a discutir o conteúdo dos argumentos e o contexto paradigmático em que se produziu a decisão do Habeas Corpus 126.292-SP –, é necessário e inevitável um maior aprofundamento no tocante ao assunto aqui tratado, por meio de estudos mais demorados sobre a jurisprudência do Supremo Tribunal a respeito da matéria, a fim de que se tenha sempre um olhar atento a correta e justa aplicação do direito aos indivíduos, sobretudo na devida proteção à Constituição.

REFERENCIAL

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 7.reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**. São Paulo: Malheiros, 2001.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. Habeas corpus denegado. **Habeas Corpus n.126.292**. São Paulo. Relator: Ministro Teori Zavascki. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 20 set. 2016.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CONTI, Rafael Augusto de. **Escritos selecionados até dezembro de 2008 (Filosofia & Direito)**. São Paulo: 2008.

CUNHA JR., Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 7.ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

Declaração (1948). Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em:<<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2016.

GUSTIN, Miracy B.S. DIAS, Maria Tereza Fosnceca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. 4.ed. Revisada e Atualizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**. 1ª reimpressão. São Paulo: Schwarcz, 1991.

LAFER, Celso. **Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal**. Texto atualizado até julho de 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2016.

SILVA, de Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 29,ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

STF – Supremo Tribunal Federal. **Pena pode ser cumprida após decisão de segunda instância, decide STF**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=310153>>. Acesso em: 20 set. 2016.

STF – Supremo Tribunal Federal. **RMS n. 23.452**. Rio de Janeiro. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14696321/mandado-de-seguranca-ms-23452-rj>>. Acesso em: 20 set. 2016.

Data da submissão: 13 de abril de 2017
Avaliado em: 27 de abril de 2017 (Avaliador A)
Avaliado em: 15 de maio de 2017 (Avaliador B)
Aceito em: 16 de maio de 2017

1 Professor universitário pela Faculdade de Ciências Aplicadas e Sociais de Petrolina – FACAPE; Mestrando em Psicologia Social pelo Programa de Pós-Graduação em Psicologia da Universidade Federal do Vale do São Francisco – UNIVASF; Pós-graduado em Gestão Pública pela Faculdade de Ciências Aplicadas e Sociais de Petrolina –FACAPE e em Direito Constitucional Aplicado pela Damásio Educacional. E-mail: phablo-freire@hotmail.com

2 Graduando em Direito pela Faculdade de Ciências Aplicadas e Sociais de Petrolina – FACAPE. E-mail: alef.costa10@hotmail.com

