

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC SP
ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO CONSTITUCIONAL

BEATRIZ BORGES MEDEIROS

MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL: UM ESTUDO SOBRE A INTERPRETAÇÃO
CONSTITUCIONAL, SEUS LIMITES E POSSÍVEIS DISTORÇÕES À LUZ DO
HC 126292/SP.

SÃO PAULO

2016

BEATRIZ BORGES MEDEIROS

**MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL: UM ESTUDO SOBRE A INTERPRETAÇÃO
CONSTITUCIONAL, SEUS LIMITES E POSSÍVEIS DISTORÇÕES À LUZ DO
HC 126292/SP.**

Monografia apresentada à banca examinadora da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do grau de especialização *Lato Sensu* em Direito Constitucional, sob orientação do Professor Doutor Marcelo de Oliveira Fausto Figueiredo Santos.

SÃO PAULO

2016

MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL: UM ESTUDO SOBRE A INTERPRETAÇÃO
CONSTITUCIONAL, SEUS LIMITES E POSSÍVEIS DISTORÇÕES À LUZ DO
HC 126292/SP

BEATRIZ BORGES MEDEIROS

Monografia avaliada em ____/ ____/ ____ com conceito _____

BANCA EXAMINADORA

Orientador Professor: Marcelo de Oliveira Fausto Figueiredo Santos

1º Examinador: _____

2º Examinador: _____

SÃO PAULO

2016

RESUMO

O presente estudo tem como objetivo analisar a mutação constitucional pela via interpretativa como uma espécie dos processos informais de mudança da Constituição.

Para tanto, será apresentada uma visão geral da hermenêutica jurídica e interpretação, bem como também serão abordados os métodos e os princípios mais relevantes da interpretação constitucional para, posteriormente, adentrarmos no tema dos processos informais de alteração da Constituição, em especial a mutação pela interpretação.

Ao final, será feita a análise dos pontos mais relevantes ao tema do recente do voto do ministro Luís Roberto Barroso no HC 126.292, julgado pelo STF, no qual foi afastado o princípio da presunção de inocência após o julgamento em segunda instância sob o argumento de que teria havido uma mutação constitucional.

PALAVRAS CHAVES: Hermenêutica – Interpretação – Constituição – Métodos e Princípios – Alteração Informal – mutação constitucional – Limites.

ABSTRACT

The objective of this study is to analyze the constitutional mutation through interpretation as a kind of informal processes of change in the Constitution.

To do so, you will be presented with an overview of Legal Hermeneutics and interpretation, as well as will also be discussed the methods and the most important principles of constitutional interpretation to subsequently enter into the subject of informal processes for amending the Constitution, in particular the mutation by interpretation.

In the end, there will be an examination of the salient points relevant to the theme of the recent vote of the Minister Luís Roberto Barroso at HC 126,292, judged by the Supreme Court, which was far enough away from the principle of presumption of innocence after the trial in second instance under the argument that it would have been a constitutional mutation.

KEYWORDS: Hermeneutics - Interpretation - Constitution - methods and principles - Amendment Informal - constitutional mutation - Limits.

1.	INTRODUÇÃO	8
2.	HERMENÊUTICA JURÍDICA E INTERPRETAÇÃO.....	10
3.	A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL PELA VIA JUDICIAL	16
3.1.	MÉTODOS E PRINCÍPIOS DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL.....	19
3.1.1	MÉTODO JURÍDICO OU HERMENÊUTICO-CLÁSSICO.....	24
3.1.2	MÉTODO TÓPICO-PROBLEMÁTICO.....	26
3.1.3	MÉTODO HERMENÊUTICO-CONCRETIZADOR.....	27
3.1.4	MÉTODO CIENTÍFICO-ESPIRITUAL.....	28
3.1.5	MÉTODO NORMATIVO-ESTRUTURANTE	28
3.1.6	MÉTODO COMPARATIVO.....	29
3.2	PRINCÍPIOS DA INTEPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL.....	30
3.2.1	O PRINCÍPIO DA UNIDADE DA CONSTITUIÇÃO.....	31
3.2.2	O PRINCÍPIO DO EFEITO INTEGRADOR.....	31
3.2.3	O PRINCÍPIO DA FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO	31
4	OS PROCESSOS INFORMAIS DE ALTERAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO: MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL	33
4.1	A INTERPRETAÇÃO COMO ESPÉCIE DE MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL	36
4.2	LIMITES DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL PELA VIA INTERPRETATIVA.....	40
4.3	CRÍTICA À MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL PELA VIA INTERPRETATIVA.....	45
5	O HABEAS CORPUS 126.292/SP EM BREVE RETROSPECTIVA.....	49
5.1	ANÁLISE DO CASO	51

6	CONCLUSÕES	84
---	------------------	----

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho teve como objetivo abordar o delicado tema da interpretação constitucional como espécie de mutação constitucional, sem a menor pretensão de esgotá-lo, pois se assim o fizesse, tal não passaria de mera presunção cuja frustração teria, de pronto, impedido o seu desenvolvimento.

Qualquer tentativa de expor a complexidade do assunto acabaria em digressões que, dificilmente, levar-nos-ia a algum lugar.

No entanto, cumpre registrar que a “interpretação constitucional” é espécie do gênero “interpretação jurídica” a qual, por sua vez, é o objeto de estudo da Hermenêutica. Isto, por si só, já é capaz de alertar-nos acerca do campo espinhoso em que estamos prestes a ingressar.

Dessa forma, tentando seguir uma ordem lógica, abordamos, em um primeiro momento, conjuntamente, Hermenêutica Jurídica e Interpretação, conceituando-as a partir das obras de diversos autores estudiosos do tema.

Feito isso, adentramos na interpretação constitucional judicial, em especial a realizada pelos ministros do Supremo Tribunal Federal, sem nos referimos às demais – administrativa e legislativa – em razão do papel que a Constituição Federal lhe reservou e também em razão de sua atuação no desempenho desse papel.

Finalmente, passamos à discussão daquilo que a doutrina e a jurisprudência brasileiras convencionaram chamar de “mutação constitucional”, consistente em um processo informal de alteração da constituição, que pode ocorrer de maneiras diferentes mas que, tendo em vista o escopo do presente trabalho, será abordada apenas pela sua forma mais comum de ser observada, isto é, pela via da interpretação da constituição.

Como já dito alhures, apesar da dificuldade inerente ao tema da interpretação da constituição, ainda assim optamos por abordá-lo por um de seus prismas mais problemáticos que é a mutação constitucional, cuja conceituação ainda nos parece insuficiente para resolver a questão de sua aceitação como um instrumento legítimo no constitucionalismo.

O “mau uso”, se assim podemos dizer, da interpretação constitucional sob o pretexto de ter-se operado uma mutação constitucional poderá resultar em efeitos catastróficos para a democracia na medida em que esvazia a normatividade da constituição, gerando, inclusive, uma crise de legitimidade entre os poderes instituídos, ao que chamamos de “manipulação constitucional”.

Para isso, faremos o estudo do mais recente caso de “mutação constitucional” julgado pelo STF que relativizou o princípio da presunção de inocência em uma reviravolta copernicana dentro da jurisprudência brasileira, o Habeas Corpus 126.292. Analisaremos se podemos dizer ter se operado uma “mutação” como defendeu o Ministro Roberto Luís Barroso, ou se, a bem da verdade, tratou-se de um diletantismo para que se faça valer preferências pessoais em sacrifício daquelas que foram feitas por todos à época da Constituinte.

2. HERMENÊUTICA JURÍDICA E INTERPRETAÇÃO

Não se sabe ao certo a origem da Hermenêutica, mas *“é possível afirmar que remonta aos gregos, mais precisamente ao mitológico Hermes. Consta que esse personagem da mitologia grega era um semideus, dotado da função de ‘mensageiro’: era Hermes o encarregado de traduzir, para a linguagem humana, aquilo que era dito entre os Deuses”*.¹

A Hermenêutica pode ser definida como *“teoria ou arte da interpretação e compreensão de textos, cujo o objetivo precípua consiste em descrever como se dá o processo interpretativo”*.²

Divergem alguns autores sobre se realmente existe distinção entre o que venha ser Hermenêutica e o que venha a ser a interpretação, havendo vários textos e obras em que alguns autores se referem a ambos como sendo um sinônimo do outro. No entanto, para a abordagem do presente trabalho, iremos reproduzir a ideia de que cada termo possui seu significado e que, em que pesem estejam intimamente ligados, não são a mesma coisa.

A Hermenêutica seria um processo intelectual anterior à Interpretação, de cunho teórico-jurídico que cuida de definir e sistematizar regras de Interpretação das normas jurídicas visando orientar o trabalho do intérprete. Já a Interpretação seria genuinamente concreta, pragmática, consistindo na aplicação dessas regras aos casos concretos.

Assim, Celso Ribeiro Bastos, de forma alegórica, faz a distinção entre Hermenêutica e Interpretação:

O hermeneuta oferece os enunciados que servirão à interpretação. O intérprete os toma como um dado prévio. A interpretação, pode-se dizer assim, é verdadeiramente uma arte. Como as tintas que se apresentam ao pintor, os enunciados hermenêuticos são deixados ao

¹ ABOUD, Georges. CARNIO, Henrique Garbellini. OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Introdução à teoria e à Filosofia do Direito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

² STRECK, Lênio. Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, 11ª edição revista, atualizada e ampliada.

tirocínio do intérprete. Assim, como as tintas não dizem onde, como ou em que extensão deveriam ser aplicadas na tela, o mesmo ocorre com os enunciados quando enfrenta-se um caso concreto³

Partindo-se do consenso de que Hermenêutica é teoria da interpretação, passemos ao estudo desta última, atendo-nos à interpretação constitucional. Mas para isso, far-se-á uma breve exposição sobre como se conceitua a interpretação jurídica.

Sabemos que o desenvolvimento de técnicas interpretativas não é algo novo, mas já estava presente na jurisprudência romana, bem como na retórica grega. No entanto, segundo Tércio Sampaio Ferraz Jr.⁴, *“a consciência de que a teoria jurídica é uma teoria hermenêutica, ou seja, a tematização da Ciência do Direito como ciência hermenêutica é relativamente recente”*. E prossegue dizendo que *“Isso nos conduz ao século XIX como o período em que a interpretação deixa de ser uma questão técnica de atividade do jurista para ser objeto de reflexão, tendo em vista a constituição de uma teoria”*.

Nosso ordenamento jurídico é formado por preceitos normativos que são sempre abstrações da realidade, carregando, portanto, sempre alta carga de imprecisão e vagueza. No entanto, *“para que as normas possam cumprir a sua finalidade de disciplinar um número infindável de situações necessitam apelar para um alto nível de abstração e generalidade.”*⁵

Não é de hoje, nem mesmo deste século, a preocupação de juristas e filósofos acerca do problema da busca pelo “verdadeiro” sentido da norma, cujas teses criadas ainda retumbam fortemente na dogmática jurídica.

Lênio Streck⁶, em sua obra *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*, faz referência - levando em

³ BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002. 3ª ed. Revista e atualizada.

⁴ Ferraz Jr., Tercio Sampaio. *A ciência do direito*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 84.

⁵ Idem.

⁶ STRECK, Lênio. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, 11ª edição revista, atualizada e ampliada.

consideração o grau de importância ontem e hoje - a vários teóricos e a suas ideias cujo ideal reside na possível busca do “verdadeiro” sentido da norma.

Em razão do propósito deste trabalho, mencionaremos apenas alguns daqueles referidos por Streck, sem aprofundarmos em cada um deles.

O primeiro a quem a quem faz referência em sua obra é Aníbal Bruno, para quem, segundo Streck, *“interpretar a lei é penetrar-lhe o verdadeiro e exclusivo sentido, sendo que, quando a lei é clara (in claris non fit interpretatio), a interpretação é instantânea”*.⁷

Dentre os defensores da busca pelo “verdadeiro” sentido da norma está Carlos Maximiliano que, ainda segundo Streck, *“entendia que interpretar é a busca do esclarecimento, do significado verdadeiro de uma expressão; é extrair de uma frase, de uma sentença, de uma norma, tudo o que na mesma se contém”*.⁸

Nesta linha ainda, mas mais contemporaneamente, Streck também menciona Maria Helena Diniz, a qual, segundo ele, *“entende que interpretar é descobrir o sentido e o alcance da norma, procurando a significação dos conceitos jurídicos”*. E prossegue dizendo *“Para ela, interpretar é explicar, esclarecer; dar o verdadeiro significado do vocábulo; extrair da norma tudo o que nela se contém, revelando seu sentido apropriado para a vida real e conducente a uma decisão”*.

Streck ainda registra o posicionamento de Paulo Dourado de Gusmão. Segundo o professor gaúcho, *“Para Gusmão, pelo processo interpretativo se estabelece o exato sentido da norma, o seu alcance, as suas consequências jurídicas e os elementos constitutivos do caso típico previsto pela norma”*.

⁷ Idem.

⁸ Idem.

Quanto a Carlos Maximiliano, Streck⁹ faz a ressalva de que, apesar das críticas que podem ser feitas à sua hermenêutica, convém registrar que Maximiliano sempre defendeu a imprescindibilidade do processo interpretativo em qualquer hipótese, rejeitando a premissa de que as leis claras não comportam interpretação (*in claris cessat interpretatio*).

Em que pese, ainda hoje, possa haver aqueles que defendem o velho brocardo *interpretatio cessat in claris*, pode-se dizer que resta pacificada a necessidade de interpretação no âmbito do direito uma vez que os termos contidos em um texto legal não fornecem um significado único e incontestado, além de, no mais das vezes, serem plurívocos.

Mestre da metodologia da ciência do direito, Larenz aponta que o problema do significado de um texto legislativo reside no fato de que a linguagem de que se serve a lei não é, em grande medida, uma linguagem codificada ou simbolizada:

Que o significado preciso de um texto legislativo seja constantemente problemático depende, em primeira linha, do facto de a linguagem corrente, de que a lei se serve em grande medida, não utilizar, ao contrário de uma lógica axiomatizada e da linguagem das ciências, conceitos cujo âmbito esteja rigorosamente fixado, mas termos mais ou menos flexíveis, cujo significado oscila dentro de uma larga faixa e que pode ser diferente segundo as circunstâncias, a relação objectiva e o contexto do discurso, a colocação da frase e a entonação de uma palavra. Mesmo quando se trata de conceitos em alguma medida fixos, estes contêm frequentemente notas distintivas que, por seu lado, carecem de uma delimitação rigorosa.¹⁰

No entanto, em que pese a ciência do direito não se valha de uma linguagem totalmente codificada ou simbolizada, assim o é para que o Direito possa cumprir com a sua função de pacificação social, pois tal não seria possível se os termos não pudessem atravessar os tempos demandando novos exercícios interpretativos e, do contrário, reclamassem sempre alteração através de processos legislativos, trazendo enorme carga de insegurança jurídica e social.

⁹ Idem.

¹⁰ LARENZ, Karl. Metodologia da Ciência do Direito. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, 3ª edição.

Logicamente que, com isso, não se pretende defender a petrificação dos textos legais cuja mudança apenas se operaria através de interpretação. Há previsões legais que não comportam mais nenhum tipo de adaptação aos novos valores sociais e outra medida não há senão a reforma, a revogação legislativa ou, até mesmo, a declaração de inconstitucionalidade.

Por essa razão, é que não existe, na ciência do direito, uma interpretação que se possa dizer seja a “interpretação correta” naquilo que “correto” possa remeter a “definitivo”, segundo as lições de Larenz:

Se bem que toda e qualquer interpretação, devida a um tribunal ou à ciência do Direito, encerre necessariamente a pretensão de ser uma interpretação <<correcta>>, no sentido de conhecimento adequado, apoiado em razões compreensíveis, não existe, no entanto, uma interpretação <<absolutamente correcta>>, no sentido de que seja tanto definitiva, como válida para todas as épocas. Nunca é definitiva, porque a quantidade inabarcável e a permanente mutação das relações da vida colocam aquele que aplica a norma constantemente perante novas questões. Tão-pouco pode ser válida em definitivo, porque a interpretação, como ainda haveremos de ver, tem sempre uma referência de sentido à totalidade do ordenamento jurídico respectivo e às pautas de valoração que lhe são subjacentes.¹¹

Embora a interpretação esteja inserida em um contexto histórico, “*Com isso não se pretende dizer que o intérprete deve seguir par e passo cada tendência da época ou da moda*”.¹²

Assim, podemos afirmar que não existe texto claro e de fácil compreensão que dispense a interpretação, pois em que pese a primeira vista possa parecer tentador crer ter extraído seu sentido em um mero passar d’olhos, a verdade é que tal não passa de uma ilusão, ilusão essa na qual ainda vive um universo de operadores e doutrinadores do Direito.

A interpretação das normas jurídicas infraconstitucionais é de suma importância uma vez que “*qualquer reflexão é carne de sua carne, sangue de*

¹¹ Idem.

¹² Idem.

*seu sangue, sem hermenêutica ainda poderia haver mundo, porém nunca consciência do mundo”.*¹³

Uma vez já assente a necessidade de interpretar, resta-nos a preocupação em como interpretar “corretamente”, isto é, como, dentre tantos sentidos possíveis de se alcançar, poderemos afirmar que um é o “adequado”? Podemos falar em uma “interpretação autêntica”?

A doutrina se divide entre aqueles partidários da ideia de que a interpretar é compreender o pensamento do legislador e aqueles que defendem que interpretar é encontrar um sentido que seria imanente à norma, isto é, para estes teóricos a norma possui um sentido próprio que poderia, até certo ponto, ser independente do sentido que lhe quis atribuir o legislador. A primeira doutrina chama-se subjetivista e a segunda objetivista.

Poderíamos, ainda, aqui abordar as diversas técnicas interpretativas modernas no âmbito de cada uma das escolas jurídicas da história do Ocidente (interpretação gramatical, lógica, sistemática, teleológica, histórico-evolutiva e etc.) começando pela Escola da Exegese, passando pela Escola Histórica de Savigny e pela Escola Finalista de Ihering, até chegar aos Sistemas da Livre Interpretação.

¹³ PASQUALINI, Alexandre. *Hermenêutica: uma crença intersubjetiva na busca da melhor leitura possível* in *Hermenêutica Plural*, organizadores Carlos E. de Abreu Boucault e José Rodrigo Rodriguez. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.159.

3. A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL PELA VIA JUDICIAL

Merece ser esclarecido, neste momento, que o presente trabalho não ignora a interpretação constitucional feita pela administração e pelo legislativo, razão pela qual a abordagem apenas pelo viés judicial não se dá por simples predileção. Ocorre que a interpretação constitucional pela via judicial desperta maior interesse porque é patente o grau de relevância das decisões judiciais, a repercussão que elas têm em todos os setores da sociedade (não se limitam apenas ao âmbito do Poder Judiciário) e seus efeitos vinculantes.

A Constituição e as leis que lhe são inferiores têm, em comum, a indiscutível necessidade de interpretação, entretanto, hoje ainda se discute se as especificidades das normas constitucionais são suficientes para dar ensejo a uma interpretação exclusivamente constitucional ou se não há diferença entre elas.

Uadi Lâmega Bulos parece ser a nota dissonante que, com veemência, nega a especificidade da interpretação constitucional:

Estamos que inexistem diferenças entre interpretação jurídica em geral e a interpretação dos preceitos constitucionais.

Seja em sede constitucional, civil, trabalhista, tributária, comercial, penal etc., a operação que nos permite desvendar o sentido, significado e alcance das expressões legislativas é uma só.

Essa forma, a interpretação constitucional não difere da interpretação das demais normas jurídicas. Ambas seguem os mesmos cânones hermenêuticos apontados pela ciência jurídica. Esta, por seu turno, ao descrever o direito positivo – seu objeto – faz uso de um corpo de linguagem com o escopo de comunicar informações, transmitir conhecimentos e desvendar técnicas passíveis de aplicação universal.¹⁴

No entanto, adotaremos aqui a ideia de que as peculiaridades do texto constitucional, sobre os quais discorreremos logo mais, são sim elementos importantes para um estudo em separado da interpretação da constituição, mas não só eles; também há de ser considerada a natureza política da norma constitucional, conforme nos ensina Paulo Bonavides:

¹⁴ BULOS, Uadi Lâmega. *Mutação Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 99.

As relações que a norma constitucional, pela sua natureza mesma, costuma disciplinar, são de preponderante conteúdo político e social e por isso mesmo sujeitas a um influxo *político* considerável, senão essencial, o qual se reflete diretamente sobre a norma, bem como sobre o método interpretativo aplicável.¹⁵

Konrad Hesse também destaca a importância da interpretação para o direito constitucional:

Para o Direito Constitucional, a importância da interpretação é fundamental porque, pelo caráter amplo e aberto da Constituição, os problemas de interpretação surgem com maior frequência do que noutros setores do ordenamento em que as normas são detalhadas.¹⁶

Sobre as peculiaridades da norma constitucional a demonstrarem o importante papel que a interpretação desempenha no âmbito da constituição, leciona Luís Roberto Barroso¹⁷:

Embora seja uma lei, e como tal deva ser interpretada, a Constituição merece uma atenção destacada dentro do sistema, à vista do conjunto de peculiaridades que singularizam suas normas. Quatro delas merecem referência expressa: a) a superioridade hierárquica; b) a natureza da linguagem; c) o conteúdo específico; d) o caráter político.

Para Sarlet, o relevo da interpretação constitucional deve-se unicamente às suas peculiaridades, não significando, com isso, que seja autônoma:

Muito embora se deva refutar uma autonomia da interpretação constitucional, até mesmo por exigência da unidade do sistema jurídico, integrado pelas normas constitucionais, também é verdade que a posição ocupada pela constituição na ordem jurídica, no plano da hierarquia das fontes do direito, por si só já indica que a interpretação constitucional implica uma atenção especial.¹⁸

¹⁵ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros Editores, 2016, p. 471.

¹⁶ HESSE, Konrad. Temas Fundamentais de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 102.

¹⁷ BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 101.

¹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. Linhas mestras da interpretação constitucional *in* Curso de direito constitucional. Ingo Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 207.

Ao lado de Luís Roberto Barroso, Jane Reis Gonçalves Pereira¹⁹ também destaca as especificidades da interpretação constitucional que, segundo ela, decorrem, majoritariamente, da natureza das normas constitucionais as quais, como todos já sabemos, diferenciam-se substancialmente das demais normas do ordenamento jurídico.

Para Jane Reis Gonçalves Pereira²⁰ uma interpretação específica da constituição sustenta-se e justifica-se na supremacia da hierárquica da Constituição e na natureza de sua linguagem constitucional.

Portanto, podemos dizer que são as características próprias da Constituição e de seu texto juntamente com a sua natureza política que fundamentam um estudo específico da interpretação constitucional.

Uma vez que temos presentes as razões pelas quais se dá esse estudo em separado, passaremos à busca do saber no que consiste essa espécie de interpretação.

Neste sentido, Joaquim José Gomes Canotilho²¹ exemplarmente define no que consiste a interpretação constitucional:

Interpretar uma norma constitucional consiste em atribuir um significado a um ou a vários símbolos linguísticos escritos na constituição com o fim de se obter uma decisão de problemas práticos normativo-constitucionalmente fundada. Sugerem-se aqui três dimensões importantes da interpretação da constituição: (1) interpretar a constituição significa procurar o *direito* contido nas normas constitucionais; (2) investigar o direito contido na lei constitucional implica uma *actividade* – actividade complexa – que se traduz fundamentalmente na <<adscrição>> de um significado a um enunciado ou disposição linguística (“texto da norma”); (3) o *produto* do acto de interpretar é o significado atribuído.

O objetivo da interpretação constitucional foi definido por Konrad Hesse²²:

¹⁹ PEREIRA, Jane Gonçalves Reis. Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

²⁰ Idem.

²¹ CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Edições Almedina, 1941, 7ª edição, p. 1200 a 1201.

O objetivo da interpretação é chegar ao resultado constitucionalmente 'correto' através de um procedimento racional e controlável, fundamentando esse resultado igualmente racional e controlável, e criando, dessa forma, certeza e previsibilidade jurídicas, ao invés de acaso, de simples decisão por decisão.

Portanto, podemos inferir que as especificidades do texto constitucional e sua natureza política, quando comparados ao ordenamento jurídico como um todo, são determinantes para uma interpretação específica da constituição, mas também porque interpretar a constituição é mantê-la viva, é preservá-la das reformas oportunistas e desnecessárias que só a fragilizam, além de permitir-lhe que cumpria com o seu papel de conformadora de uma sociedade atemporal.

3.1. MÉTODOS E PRINCÍPIOS DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL.

Atualmente, podemos dizer que a importância da interpretação da constituição já foi reconhecida, em que pese a ainda não tão farta doutrina encontrada a esse respeito quando comparada com outros temas em direito constitucional. No entanto, não são todos os teóricos constitucionalistas que defendem a existência de métodos ou regras específicas para a interpretação da constituição.

Paulo Bonavides, Uadi Lâmega Bulos, Ingo Wolfgang Sarlet, Virgílio Afonso da Silva, dentre outros, reconhecem a importância da interpretação constitucional, porém não preconizam a existência de métodos próprios, mas sim a utilização dos mesmos métodos já utilizados para interpretação da legislação em geral, os quais foram criados há quase dois séculos.

Segundo Bonavides, os “modernos” métodos de interpretação da constituição surgiram da incapacidade apresentada pela hermenêutica formalista em explicar e acompanhar as mudanças sofridas pelas constituições no século XX.

²² HESSE, Konrad. Temas Fundamentais de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 103.

Já não era possível prestar constas de variações emergenciais de sentido, cada vez mais frequentes, valendo-se apenas dos recursos lógicos ministrados pela interpretação formal, que naturalmente obrigavam o intérprete a ignorar o conteúdo da norma, a distanciar-se com segurança do lado material do problema, a situar-se enfim regaladamente à margem do respectivo mérito.²³

É também Bonavides quem faz a crítica aos métodos específicos de interpretação da constituição quando afirma que a nova metodologia agigantou seu fator político-social e, em contrapartida, enfraqueceu sua consistência jurídica normativa, gerando uma crise que poderá leva-la a sua desintegração.

O subjetivismo dos novos métodos interpretativos redundava assim na quebra e decomposição da juridicidade das Constituições, que logram por essa via seu nível mais alto e privilegiado de politização, donde decorre em consequência uma legitimidade fácil e desimpedida com que amparar todas as soluções do poder.²⁴

Portanto, para uma gama de teóricos, os métodos aplicáveis à interpretação constitucional são os tradicionais gramatical, histórico, sistemático e teleológico, acerca dos quais dispensaremos a conceituação individual, não porque são menos importantes do que os métodos atuais, porque não o são, mas porque já são largamente conhecidos no mundo jurídico.

Mas a par daqueles que defendem a aplicação dos métodos tradicionais também na interpretação da constituição ou daqueles que defendem a aplicação dos métodos modernos em detrimento dos elementos desenvolvidos por Savigny, ainda resta a dúvida – e esta sim é velha – de como saber, dentre tantos, qual(s) método(s) empregar? É possível aplicá-los conjuntamente?

Para Gilmar Ferreira Mendes²⁵, a variedade dos métodos apresenta dois grandes problemas para os intérpretes e aplicadores da Constituição:

[...] o primeiro grande problema com que se defrontam intérpretes/aplicadores da Constituição parece residir, de um lado, e paradoxalmente, na riqueza desse repertório de possibilidades e, de outro, na inexistência de critérios que possam validar a escolha de seus instrumentos de trabalho, nem resolver eventuais conflitos entre

²³ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros Editores, 2016, p. 495.

²⁴ Idem, p. 497.

²⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 90-91.

tais instrumentos, seja em função dos casos a decidir, das normas a manejar, dos objetivos que pretendem alcançar em dada situação hermenêutica, o que, tudo somado, aponta para a necessidade de complementações e restrições recíprocas, de um ir e vir ou balançar de olhos entre objeto e método, tendo como eixo o valor justiça, em permanente configuração.

Em que pese para alguns doutrinadores a variedade dos métodos interpretativos possa significar zonas nebulosas aos intérpretes e aplicadores da lei, há também quem entenda que a pluralidade dos métodos interpretativos lhes oportuniza mais de um caminho possível para encontrar o significado da norma, agindo também como mecanismo de controle do arbítrio do intérprete:

Ademais, faz parte da própria atividade interpretativa o ofertar uma pluralidade de sentidos que a norma comporta. O fato de se aplicar, por exemplo, o método histórico não impede que se aplique também o elemento lógico.

[...]

De outra parte há que se considerar que o emprego desses métodos são imprescindíveis no processo interpretativo, eis que funcionam como um limite a subjetividade.²⁶

Para Paulo Bonavides, no tocante ao tema da interpretação constitucional, não há que se falar em regras e meios interpretativos que não aqueles já considerados válidos para a interpretação dos outros ramos do Direito. Apesar disso, ainda segundo seu entendimento, tal não significa dizer que podemos interpretar as normas constitucionais de forma meramente mecânica e silogística.

Não vamos longe aqui a ponto de postular uma técnica interpretativa especial para as leis constitucionais, nem preconizar os meios e regras de interpretação que não sejam aquelas válidas para todos os ramos do Direito, cuja unidade básica não podemos ignorar e nem perder de vista (doutro forma não se justificaria o longo exórdio que consagramos à teoria da interpretação e seus distintos métodos), mas nem por isso devemos admitir se possa dar à norma constitucional, salvo violentando-lhe o sentido e a natureza, uma interpretação de todo mecânica e silogística, indiferente à plasticidade que lhe é inerente, e a única aliás a permitir acomodá-la a fins, cujo teor axiológico assenta nos princípios com que a ideologia tutela o próprio ordenamento jurídico.²⁷

²⁶ BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002. 3ª ed. Revista e atualizada, p. 55-56.

²⁷ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 2016, p.

No entanto, abordar a questão de interpretação constitucional sem fazer referência à importante obra de Virgílio Afonso da Silva, para quem, na contramão da maioria da doutrina atual brasileira, os atuais métodos interpretativos, aliados aos princípios da interpretação constitucional, pecam por aquilo que ele convencionou chamar de “sincretismo metodológico” e pela unilateralidade, é esquecer de lições de grande valia para o estudo da interpretação constitucional.

Para Virgílio Afonso da Silva, o “sincretismo metodológico” consistiria na assimilação acrítica dos estudos de vários teóricos, especialmente e majoritariamente da doutrina alemã tais como Böckenförd, Hesse, Häberle, Alexy, Müller, dentre outros, os quais, muitas das vezes, sequer são compatíveis entre si, além de não gozarem do mesmo status de importância e centralidade no direito germânico como desfrutam no direito brasileiro.

Virgílio Afonso da Silva ainda aponta que a adoção dos métodos interpretativos listados por Böckenförd, assim como os princípios da interpretação listados por Hesse, no âmbito constitucional, sugere mais um movimento na tentativa de romper com os métodos antigos do que propriamente a necessidade de métodos exclusivamente constitucionais de interpretação, em suas palavras:

O apego aos princípios de Hesse e aos métodos sintetizados por Böckenförd parece ser mais o produto de um simples movimento emancipatório, disposto a romper com cânones de interpretação surgidos no campo do direito privado, que a real necessidade de novos métodos que se somente à interpretação constitucional.²⁸

Do estudo dos métodos, seja dos atuais, seja dos tradicionais já secularmente consagrados, o fato é que, na prática, em especial nas próprias decisões do STF, conforme veremos mais adiante, é-nos bastante difícil e custoso identificar exatamente qual é o método interpretativo empregado em cada um dos votos dos ministros da Suprema Corte. Além dessa dificuldade, também existe o fato de que, na em sua grande maioria, os ministros não esclarecem e, por consequência não fundamentam, qual(s) mecanismo(s)

²⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 140.

interpretativo(s) por eles utilizado que os levaram a decidir daquela maneira e não de outra(s).

Assim, dessa dificuldade que, em geral, os intérpretes e aplicadores do direito parecem ser portadores, espanta o fato de que até os intérpretes máximos da constituição, aqueles que são a última voz em matéria constitucional, igualmente não “prestem contas”, por assim dizer, dos métodos utilizados.

A ausência desta “prestação de contas”, que se observa em todos os graus de jurisdição – limitado o presente estudo apenas à análise das decisões do Supremo Tribunal Federal –, torna difícil o controle de suas decisões. Isto não quer dizer que os integrantes do STF não fundamentem suas decisões, porque o fazem exaustivamente, em centenas de laudas em apenas um acórdão, mas essas fundamentações já são suas razões de decidir, já são suas conclusões sobre a questão apreciada, já são os resultados de suas interpretações, mas não a apresentação dos caminhos que o intérprete trilhou para chegar ao seu destino.

Tivesse o intérprete e aplicador do direito que demonstrar o seu ponto de partida, talvez seu ponto de chegada nem fosse o mesmo daquele a que chegou sem fazer essa demonstração, pois lhe seria exigido coerência entre o método escolhido e o produto de sua interpretação.

Isso demonstra o quão complexo é o tema da interpretação. Não raras são as vezes em que, mencionados os métodos interpretativos utilizados pelos ministros da Suprema Corte, estes façam a confusão entre métodos e princípios, não faltando, inclusive, quem deles sustente, em dias atuais, que determinado dispositivo da constituição é tão claro que sequer demanda labor interpretativo, invocando o princípio, já afastado pela doutrina, do “*in claris cessat interpretatio*”.

Virgílio Afonso da Silva²⁹, é quem ilustra exemplarmente o problema do completo e absoluto silêncio à explicitação dos pontos de partida teóricos da argumentação jurídica:

É possível dizer que dificilmente poderá existir método de interpretação e aplicação dos direitos fundamentais sem uma teoria dos direitos fundamentais que esteja por trás desse método. E se essa teoria fica escondida, o método se obscurece.

Assim, no aspecto teórico, o problema principal não está relacionado à análise do caso concreto, mas às premissas teóricas de que se parte para solucioná-lo. O problema, aqui, surge quando não se explicita de que premissas se parte, ou qual é a teoria dos direitos fundamentais que fundamenta a interpretação em questão, ou, ainda, quando há falta de honestidade na exposição dessas premissas.

3.1.1 MÉTODO JURÍDICO OU HERMENÊUTICO-CLÁSSICO.

Sob o ponto de vista deste método jurídico, mesmo sem desconsiderar as suas peculiaridades, a Constituição seria uma lei como todas as demais que integram o ordenamento jurídico, razão pela qual o labor interpretativo de suas normas deveria se dar pela mesma via da interpretação das leis em geral, utilizando-se dos elementos filológico, lógico, histórico e teleológico da hermenêutica clássica.

Gomes Canotilho assim define o método hermenêutico-clássico:

O método jurídico parte da consideração de que a constituição é, para todos os efeitos, uma lei. Interpretar a constituição é interpretar uma lei (tese de identidade: interpretação constitucional = interpretação legal). Para se captar o sentido da lei constitucional devem utilizar-se os cânones ou regras tradicionais da hermenêutica. O sentido das normas constitucionais desvenda-se através da utilização como elementos interpretativos: (i) do elemento filológico (=literal, gramatical, textual); (ii) do elemento lógico (=elemento sistemático); (iii) do elemento histórico; (iiii) do elemento teleológico (= elemento racional); (iiiii) do elemento genético.³⁰

Para os adeptos do método hermenêutico-clássico, afastar-se da natureza legal da Constituição e desconsiderar os métodos clássicos de

²⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. in Ronaldo Porto Macedo Jr. & Catarina Helena Cortada Barbieri (orgs.), *Direito e interpretação: racionalidades e instituições*, São Paulo: Direito GV/Saraiva, 2011, p. 371-372.

³⁰ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Edições Almedina, 1941, 7ª edição, p. 1210.

interpretação poderia resultar em alterações da Carta Magna através da atividade interpretativa, o que, segundo tais defensores, é vedado pela própria Constituição.

Desconsiderado o caráter *legal* da Constituição e rejeitados, na sua interpretação, os *métodos* tradicionais desenvolvidos por Savigny — os únicos, ao ver de Forsthoff, que lhe preservam o conteúdo normativo e impedem a sua dissolução em considerações valorativas —, ao ver dos seguidores desse método a Lei Fundamental estaria sujeita a modificações subterrâneas, de viés interpretativo, o que, tudo somado, lhe ofenderia o texto, que não contempla esse tipo de alteração; comprometeria a sua finalidade estabilizadora, de todo avessa a oscilações hermenêuticas;³¹

Também defensor da inexistência de uma interpretação específica da Constituição, Uadi Lâmega Bulos entende que os métodos interpretativos constitucionais deverão ser os mesmos métodos aplicados no exercício de interpretação das leis comuns uma vez que, para ele, o esforço em ambos os casos seria o mesmo, não havendo diferenças.

Gilmar Mendes é um dos críticos desse método e assim esboça seu entendimento sobre o método hermenêutico clássico:

Trata-se de uma concepção hermenêutica baseada na idéia de *verdade como conformidade* ou, se quisermos, na crença metafísico-jurídica de que toda norma possui um sentido *em si*, seja aquele que o legislador pretendeu atribuir-lhe (*mens legislatoris*), seja o que, afinal e à sua revelia, acabou emergindo do texto (*mens legis*). Por isso, a tarefa do intérprete, enquanto *aplicador* do direito, resumir-se-ia em descobrir o *verdadeiro* significado das normas e guiar-se por ele na sua aplicação.³²

Dessa forma, podemos ter presente que o método hermenêutico clássico nega a existência de particularidades entre a lei constitucional e as demais leis que integram o ordenamento jurídico, utilizando, para isso, critérios de semelhança entre as normas constitucionais e todo o manancial legislativo infraconstitucional, ao contrário de buscar as diferenças para justificar uma interpretação específica da Constituição.

³¹ MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 122.

³² MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 123.

Para os adeptos desta corrente, os métodos de interpretação constitucional seriam os mesmos já desenvolvidos por Savigny, a saber: gramatical, histórico, teleológico e sistemático.

3.1.2 MÉTODO TÓPICO-PROBLEMÁTICO

Ao contrário do método hermenêutico clássico, o método tópico-problemático tem como ponto de partida a insuficiência dos métodos hermenêuticos clássicos de interpretação do Direito quanto se está a falar em interpretação constitucional eis que, segundo seus defensores, a Constituição seria um sistema aberto de regras e princípios e que, portanto, as normas constitucionais admitiriam não apenas uma única interpretação, mas várias, resultando em um problema.

Noutro dizer, sendo a interpretação jurídica uma tarefa essencialmente *prática* — nesse domínio, compreender sempre foi, também, aplicar³³ —, e tendo as normas constitucionais estrutura *aberta, fragmentária e indeterminada*, decorre daí que a sua efetivação exige, necessariamente, o protagonismo dos intérpretes/aplicadores, transformando a *leitura* constitucional num *processo aberto de argumentação*, do qual participam, igualmente legitimados, todos os operadores da Constituição.³³

A interpretação constitucional teria, por este método, o objetivo de revelar o sentido do texto a partir dos vários sentidos possíveis, cujo processo seria concretizado por uma pluralidade de interpretes, consistindo num processo aberto de argumentação.

Mas é Canotilho³⁴ quem adverte para os perigos desse método de interpretação

A concretização do texto constitucional a partir de *topoi* merece serias reticências. Além de poder conduzir a um casuismo sem limites, a interpretação não deve partir do problema para a norma, mas desta para os problemas. A interpretação +e uma actividade normativamente vinculada, constituindo a *constitutio scripta* um limite

³³ Idem, p. 124.

³⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Edições Almedina, 1941, 7ª edição, p. 1212.

ineliminável =Hesse= que não admite o sacrifício da primazia da norma em prol da prioridade do problema =F. Muller=

Assim, a interpretação da Constituição pelo método lógico-sistemático, em sua busca pelo significado mais conveniente, não encontraria limites nem mesmo no próprio texto constitucional.

3.1.3 MÉTODO HERMENÊUTICO-CONCRETIZADOR

O método hermenêutico-concretizador diferencia-se do método tópico-problemático justamente porque no primeiro o ponto de partida do processo de interpretação constitucional +e a própria norma constitucional e o ponto de chegada +e o problema, enquanto que no segundo o ponto de partida +e o problema com destino *a norma constitucional.

Dessarte, embora prestigiando o procedimento tópico orientado ao problema, os adeptos do método hermenêutico-concretizador procuram ancorar a interpretação no próprio texto constitucional — como limite da concretização —, mas sem perder de vista a realidade que ele intenta regular e que, afinal, lhe esclarece o sentido;³⁵

Os adeptos deste método entendem que o processo interpretativo, seja qual for a natureza da norma, inicia-se sempre pela pré-compreensão do interprete ou do aplicador o qual possui a tarefa de concretiza-la no interior do momento histórico no qual esta inserida.

Leciona Canotilho³⁶:

O método hermenêutico +e uma via hermenêutico-concretizante, que se orienta não para um pensamento axiomático mas para um pensamento problematicamente orientado. Todavia, esse método concretizador afasta-se do método tópico-problemático, porque enquanto o ultimo pressupõe ou admite o primado do problema perante a norma, o primeiro assenta no pressuposto do *primado do texto constitucional* em face do problema.

³⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 125.

³⁶ CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Edições Almedina, 1941, 7ª edição, p. 1212.

Dessa maneira, a atividade interpretativa estaria norteadada pelo próprio texto constitucional, e não pelo sentimento de justiça do interprete ou do aplicador, caracterizando-se, inegavelmente, um método, se assim podemos dizer, mais controlado de interpretação.

3.1.4 MÉTODO CIENTÍFICO-ESPIRITUAL

O método científico-espiritual visualiza a constituição sob seu aspecto jurídico-formal e aspecto político-social, servindo como instrumento de integração entre ambos. Dessa maneira, a constituição está imbuída da função de regular a vida do Estado, sendo responsável pelo processo de integração e também pela vida em sociedade.

A ideia de que a interpretação visa não tanto dar resposta ao sentido dos conceitos do texto constitucional, mas fundamentalmente compreender o sentido e realidade de uma lei constitucional, conduz à articulação dessa lei com a integração espiritual real da comunidade (com seus valores, com a realidade existencial do Estado).³⁷

Na concepção deste método, a constituição é, naturalmente e finalisticamente, o mais importante elemento de integração entre o político e social, razão pela qual ao interpretá-la o resultado dessa operação intelectual jamais poderá trazer consequências desagregadoras entre ambos.

3.1.5 MÉTODO NORMATIVO-ESTRUTURANTE

O método normativo-estruturante consiste em interpretar a constituição para concretizá-la. Nas palavras de Inocêncio Mártires Coelho³⁸:

[...] o método normativo-estruturante parte da premissa de que existe uma implicação necessária entre o programa normativo e o âmbito normativo, entre os preceitos jurídicos e a realidade que eles intentam regular, uma vinculação tão estreita que a própria normatividade, tradicionalmente vista como atributo essencial dos comandos jurídicos, parece ter-se evadido dos textos para buscar apoio fora do

³⁷ CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Edições Almedina, 1941, 7ª edição, p. 1213.

³⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 99.

ordenamento, e assim, tonar eficazes os seus próprios normalizadores.

Assim, a atividade interpretativa não deverá considerar apenas as pretensões contidas nas normas, mas também a conduta humana em cada situação, isto é, as condutas humanas as quais a norma pretende regular.

3.1.6 MÉTODO COMPARATIVO

Peter Häberle define o método da comparação constitucional, elevando-o à categoria de “quinto” método de interpretação, fazendo referência aos quatro métodos já definidos por Savigny.

Como o próprio nome já diz, tal método consiste em comparar preceitos normativos constitucionais de diferentes ordenamentos jurídicos, porém, segundo Inocêncio Mártires Coelho, este não seria um método autônomo de interpretação constitucional e justifica seu posicionamento:

Com efeito, sendo o direito comparado, essencialmente, um processo de busca de constatação de pontos comuns ou divergentes entre dois ou mais direitos nacionais – uma tarefa que, nos domínios do direito constitucional pressupõe o estudo separado, ainda que simultâneo, dos textos e contextos constitucionais em cotejo – então parece lógico que, para compreender e, a seguir, poder confrontar os diferentes sistemas constitucionais, os comparatistas devam utilizar, inicialmente, os mesmos métodos de interpretação de que se valem os constitucionalistas, em geral, sem o que não conhecerão aquilo que pretendem cotejar. Por isso é que, ao nosso ver, a comparação – enquanto tal –, não configura nenhuma proposta hermenêutica que se possa reputar independente, que no âmbito filosófico, que no estritamente jurídico. Quando muito será um recurso a mais, entre tantos outros, a ser utilizado pelo intérprete da Constituição para otimizar o trabalho hermenêutico.³⁹

³⁹ Idem, p. 103.

3.2 PRINCÍPIOS DA INTEPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

Ainda são muitos os juristas e doutrinadores que divergem sobre a natureza dos princípios da interpretação constitucional. Para a grande maioria, estes princípios não possuem caráter normativo nem possuem o condão de obrigar, exercendo uma função meramente persuasiva e que, por esta razão, funcionam como facilitadores dos quais os aplicadores do Direito podem lançar mão para justificarem seus entendimentos de maneira imparcial. Neste bloco estão Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Ualdi Lamego Bulos, apenas para citar alguns.

Do outro lado do bloco, está a doutrina de J. J. Gomes Canotilho, para quem estes princípios são pontos de partida obrigatórios da interpretação constitucional. O professor lusitano elenca o que ele denominou de *catálogo dos princípios tópicos da interpretação constitucional*, cujo objetivo é auxiliar a atividade interpretativa.

A elaboração (indutiva) de um catálogo de tópicos relevantes para a interpretação constitucional está relacionada com a necessidade sentida pela doutrina e práxis jurídicas de encontrar princípios tópicos auxiliares da tarefa interpretativa: (1) relevantes para a decisão (= resolução) do problema prático (princípio da relevância); (2) metodicamente operativos no campo do direito constitucional, articulando direito constitucional formal e material, princípios jurídico-funcionais (ex.: princípio da interpretação conforme a constituição) e princípios jurídico-materiais (ex.: princípio da unidade da constituição, princípio da efectividade dos direitos fundamentais); (3) constitucionalmente praticáveis, isto é, susceptíveis de ser esgrimidos na discussão de problemas constitucionais dentro da <<base de compromisso>> cristalizada nas normas constitucionais (princípio da praticabilidade).⁴⁰

⁴⁰ CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Edições Almedina, 1941, 7ª edição, p. 1223.

3.2.1 O PRINCÍPIO DA UNIDADE DA CONSTITUIÇÃO

Este princípio tem como ponto de partida o fato de a constituição deve ser tomada pelo intérprete na sua totalidade, harmonizando os espaços de tensão entre as normas constitucionais e interpretando-a de modo a evitar antinomias.

3.2.2 O PRINCÍPIO DO EFEITO INTEGRADOR

O princípio do efeito integrador está relacionado, na maioria das vezes, ao princípio da unidade. O princípio do efeito integrador significa que na resolução dos problemas jurídico-constitucionais o intérprete deve dar preferência aos critérios ou pontos de vista que favoreçam a integração política e social e o reforço da unidade política.

3.2.3 O PRINCÍPIO DA FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO

Para entendermos o princípio da força normativa da constituição, torna-se interessante mencionar Ferdinand Lassale para quem a constituição era é “a soma dos fatores reais de poder”, em suas palavras:

Colhem-se estes fatores reais de poder, registram-se em uma folha de papel, se lhes dá a expressão escrita e, a partir desse momento, incorporados a um papel, já não são simples fatores reais do poder, mas que se erigiram em direito, em instituições jurídicas, e quem atentar contra eles atentar contra a lei e será castigado.⁴¹

Para Lassale, existem duas constituições, uma que seria a “real”, que corresponderia “a soma dos fatores reais de poder” e uma constituição escrita a qual, para ter validade, deverá estar em permanente ajuste com a constituição real, sob pena de não passar de uma folha de papel escrita,

Contrário à teoria de Lassale, surgiu Konrad Hesse que em seu livro intitulado “A Força Normativa da Constituição” criou uma tese, que vinga até os

⁴¹ LASSALE, Ferdinand. **O que é uma Constituição**; trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2002, p. 48.

dias de hoje, no sentido de que em que pese a constituição esteja inegavelmente ligada à realidade fática política de sua época, também ela é dotada de força própria que ordena o Estado.

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. Determinada pela realidade social e, ao mesmo tempo, determinante em relação a ela, não se pode definir como fundamental nem a pura normatividade, nem a simples eficácia das condições sócio-políticas e econômicas. A força condicionante da realidade e a normatividade da Constituição podem ser diferenciadas; elas não podem, todavia, ser definitivamente separadas ou confundidas.⁴²

Segundo essa teoria, a constituição possui eficácia concreta a qual é capaz de gerar impactos no campo da política e da sociedade. No entanto, a constituição por si só não pode alterar nada, mas pode impor tarefas que realizadas converterão a constituição em força ativa.

Subsiste para o Direito Constitucional uma enorme tarefa, sobretudo porque a força normativa da Constituição não está assegurada de plano, configurando missão que, somente em determinadas condições, poderá ser realizada de forma excelente. A concretização plena da força normativa constitui meta a ser almejada pela Ciência do Direito Constitucional.⁴³

Para Hesse, a intensidade da força normativa da constituição apresentar-se-á como uma questão de vontade de constituição. Quanto maior for a vontade de constituição, menores serão os limites impostos à força normativa da constituição.

⁴² Hesse, Konrad, Temas Fundamentais do Direito Constitucional. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 128-129.

⁴³ Idem, p; 139.

4 OS PROCESSOS INFORMAIS DE ALTERAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO: MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

Os métodos formais de alteração da constituição não serão objeto do presente estudo uma vez que os mesmos estão previstos taxativamente em seu próprio texto, no que consiste em uma característica própria da rigidez no sistema constitucional adotado, e, em que pesem as discussões doutrinárias e jurisprudenciais que os processos formais possam suscitar, é fato que sobre eles não pairam dúvidas.

No entanto, o que se busca estudar aqui é algo bastante controverso do ponto de vista acadêmico naquilo que tange ao estudo da constituição tal qual a temos nas democracias atuais: o fenômeno da mutação constitucional.

Em dias atuais, não restam mais dúvidas sobre a função estabilizadora da constituição no tocante às instituições políticas e jurídicas. Por esta razão, e não à toa, a sua rigidez serve como uma espécie de barreira, criando dificuldades extremas, para a alteração de seu texto através do processo legislativo ordinário.

A rigidez constitucional não tem o propósito de tornar a constituição em algo imutável e impermeável, mas apenas e tão-somente de garantir a permanência e estabilidade das instituições, motivo pelo qual prevê em seu corpo as possibilidades de alteração de seu texto.

Neste tocante, leciona Uadi Lâmega Bulos⁴⁴:

O caráter dinâmico e prospectivo da ordem jurídica propicia o redimensionamento da realidade normativa, onde as constituições, sem revisões ou emendas, assumem significados novos, expressando uma temporalidade própria, caracterizada em um renovar-se, um refazer-se de soluções, que, muitas vezes, não promanam de reformas constitucionais.

⁴⁴ BULOS, Uadi Lâmega. *Mutação Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 53.

Assim, grande parte da doutrina e a da jurisprudência admitem que, ao lado dos meios formais de alteração da constituição – reforma constitucional –, também existem instrumentos informais, não previstos constitucionalmente, que viabilizam a alteração da carta fundamental quanto ao sentido, significado e alcance de seus dispositivos, sem, no entanto, mudar a forma prescrita pelo constituinte originário.

Segundo os defensores dos processos informais, isso significa o texto da constituição permanece intocável, ao contrário, portanto, do que ocorre com as modificações sofridas através dos processos formais, cujo texto é sempre reformado.

Essas alterações em processos informais são chamadas de *mutações constitucionais* que consistem na alteração do significado, sentido e alcance das disposições constitucionais, sem alterar seu o texto.

Considerando, portanto, que a mudança constitucional é algo que integra a própria natureza do constitucionalismo e do direito constitucional, é preciso identificar, num primeiro momento, quais as modalidades (mecanismos) de mudança constitucional podem ser encontradas na literatura e na experiência concreta do constitucionalismo. Nessa perspectiva, num ambiente marcado pela absoluta prevalência de um modelo de constituições rígidas, é possível distinguir entre duas formas de mudança constitucional: os mecanismos formais de mudança constitucional e os assim chamados mecanismos informais, também conhecidos como *mutações constitucionais*, ou *mudanças tácitas*.⁴⁵

Para Inocêncio Mártires Coelho⁴⁶, as *mutações constitucionais* “[...] *nada mais são que as alterações semânticas dos preceitos da Constituição, em decorrência de modificações no prisma histórico-social ou fático-axiológico em que se concretiza sua aplicação [...]*”.

A grande maioria dos doutrinadores, mais especificamente os doutrinadores pátrios, acena para este fenômeno como sendo algo compatível

⁴⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. Linhas mestras da interpretação constitucional *in* Curso de direito constitucional. Ingo Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 114.

⁴⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 123.

com o constitucionalismo dirigente e compromissário que temos atualmente, ressaltando a existência de limites para que a mutação não rompa com o modelo constitucional vigente. No entanto, em posição totalmente contrária à da grande maioria, estão alguns pouquíssimos doutrinadores estrangeiros e brasileiros que não a admitem e dizem-na totalmente incompatível com aquilo que se pretende atualmente em matéria constitucional.

Canotilho denomina a alteração informal da constituição em “transição constitucional”, conceituando-a como *“revisão informal do compromisso político formalmente plasmado na constituição sem alteração do texto constitucional. Em termos incisivos: muda o sentido sem mudar o texto”*.⁴⁷

Historicamente, a origem do termo “mutação constitucional” deita suas raízes no vocábulo da língua alemã “verfassungswandlung”, o qual foi criado por Paul Laband, em meados de 1895, e traduzido para o idioma espanhol por Manuel Garcia-Pelayo com a expressão “mutación constitucional”. Assim, razões há para crermos que, em razão da proximidade entre os idiomas português e espanhol, o termo “mutação constitucional”, atualmente utilizado por juristas de língua portuguesa, seja a tradução do termo cunhado em castelhano.

No entanto, as mutações constitucionais podem ocorrer de variadas formas. Para Uadi Lamego Bulos⁴⁸, as mutações podem ocorrer através da interpretação, da construção e das práticas constitucionais.

Para Anna Candida da Cunha Ferraz⁴⁹, as mutações podem ocorrer através da interpretação e do costume constitucionais. A autora também faz referência aos processos anômalos de mudança constitucional, definindo-os como a inércia, o desuso e a mudança tácita da constituição.

⁴⁷ CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional. Coimbra: Livraria Almedina, 1993, p. 231.

⁴⁸ BULOS, Uadi Lamego. Mutação Constitucional. São Paulo: Saraiva, 1997.

⁴⁹ FERRAZ, Anna Cândia Cunha. Processos Informais de Mudança da Constituição: Mutações Constitucionais e Mutações Inconstitucionais. São Paulo: Max Limonad Ltda., 1986

No presente trabalho, iremos abordar apenas a interpretação como espécie de mutação constitucional. A razão para isso está na natureza do presente trabalho, que nem de longe pretende esgotar o tema, mas também no papel que o STF vem desempenhando nos últimos anos – naquilo que Oscar Vilhena convencionou chamar de “Supremocracia” –, bem como por suas inúmeras atribuições.

Além disso, basta que se leia um acórdão, em especial quando dos julgamentos de ações próprias do sistema difuso de controle de constitucionalidade, para que se perceba a “desuniformização” de entendimentos expostos nos votos dos onze ministros que compõem a cúpula do poder judiciário, a radical diferença nos entendimentos, até mesmo, para a nossa surpresa, quando os resultados convergem para uma decisão unânime.

Tudo isso, somado a outras tantas razões aqui não listadas, demonstra a importância da interpretação, principalmente, quando através dela se opera uma mutação que, conforme se observará mais adiante, poderá levar o predicado de constitucional ou transmudar-se para o que aqui chamaremos de manipulação constitucional.

4.1 A INTERPRETAÇÃO COMO ESPÉCIE DE MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

Conforme registro feito no tópico anterior, a grande maioria da doutrina e da jurisprudência defendem os processos informais de alteração da constituição, em especial a mutação pela via interpretativa. Dessa forma, iremos, inicialmente, abordar a mutação constitucional sob o ponto de vista destes e, posteriormente, faremos a crítica a este fenômeno, com base na doutrina minoritária e na análise do HC 126292/SP.

Dito isso, para que possamos abordar o tema da interpretação como espécie de mutação constitucional, devemos definir como ponto de partida uma constituição escrita, formal e rígida.

Sobre a estreita ligação entre rigidez constitucional e interpretação,
Ieciona Bonavides:

Quanto mais rígida a Constituição, quanto mais dificultosos os obstáculos erguidos a sua reforma, mais avulta a importância da interpretação, mais flexíveis e maleáveis devem ser os métodos interpretativos, em ordem a fazer possível uma perfeita acomodação do estatuto básico às exigências do meio político e social. Do contrário, com a Constituição petrificada, teríamos a rápida acumulação de elementos de crise, que sempre prosperam e rompem, por vias extraconstitucionais, o dique de formalismos e artifícios teóricos levantados no texto pela técnica das Constituições. Desaconselhada a operação constituinte direta, em razão dos traumas que pode acarretar, ou bloqueado pela rigidez do processo revisor o apelo ao poder constituinte, só resta a via hermenêutica como a mais desimpedida de obstáculos à preservação da ordem constitucional. Ocorre então a mudança tácita da Constituição por obra dos intérpretes.⁵⁰

Assim, a essa altura, temos como superada a questão da necessidade e da importância da interpretação constitucional, apesar de, conforme já anteriormente referido, não serem todos os doutrinadores e juristas que concordam com esta ideia, isto é, negam a especificidade da interpretação da constituição. Porém, há, ainda, aqueles que, não obstante reconhecerem a peculiaridade deste processo interpretativo, discordam da criação de métodos de interpretação distintos daqueles já empregados na interpretação das leis em geral.

Mas é fato que, independentemente das correntes doutrinárias sobre a especificidade da interpretação constitucional e de seus métodos exclusivos, todos aceitam o fenômeno da mutação constitucional como um processo informal de alteração da constituição, eis que não são ideias que se contradizem.

No entanto, a interpretação da constituição pode, em alguns casos, trazer com ela a modificação do sentido, significado e alcance da norma constitucional, gerando, assim, uma mutação constitucional.

⁵⁰ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros Editores, 2016, p. 469.

Isso porque, conforme ensina Hesse, constituição e “realidade” não podem viver apartados um do outro, pois, em suas palavras:

O Direito Constitucional, nesse sentido, não pode ser desvinculado da atuação humana; só na medida em que através dessa atuação ele se “realiza”, vem a ser a uma ordem realmente vivida, formadora e conformadora da realidade histórica, podendo cumprir a sua função na vida da Comunidade.⁵¹

E o autor alemão prossegue dizendo que *“A verdade é que, inevitavelmente, a realização de normas constitucionais, ora mais, ora menos, tem que andar a reboque dos mandatos que essas normas dirigem à conduta humana (...)”*⁵².

Para Adriano Sant’Ana Pedra⁵³, a mutação constitucional através da interpretação desempenha um papel importante de conformação entre a realidade fática e a realidade normativa, conforme escreve:

O fenômeno da mutação constitucional é uma constante na vida dos Estados e ocorre porque o significado da Constituição não é dado de antemão, mas depende do contexto no qual é concretizado. O sentimento constitucional presente em cada momento vivido passa a permear a realização da Constituição, e a natureza dinâmica da Constituição, como organismo vivo que é, permite que ela possa acompanhar a evolução das circunstâncias sociais, políticas e econômicas.

Hesse admite a hipótese de mutação constitucional, porém, não a admite em qualquer disposição constitucional, mas apenas que *“[...] contém normas abertas, isto é, regras que, por sua formulação generalista e linguisticamente esquemática, só mediante progressivas concreções podem ser levadas à prática”*.⁵⁴

⁵¹ HESSE, Konrad. Temas Fundamentais do Direito Constitucional. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 95.

⁵² Idem, p. 99.

⁵³ PEDRA, Adriano Sant’Ana. As mutações constitucionais e o limite imposto pelo texto da Constituição: uma análise da experiência latinoamericana. Disponível em <<http://www.pos.direito.ufmg.br/rbepdocs/101007036.pdf>>. Acesso em 20/07/2016.

⁵⁴ HESSE, Konrad. Temas Fundamentais do Direito Constitucional. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p.14.

Para Anna Cândida da Cunha Ferraz⁵⁵, a mutação constitucional por via de interpretação judicial pode se apresentar de maneiras diversas, seriam elas: a interpretação evolutiva e adequadora, a construção jurisprudencial e a interpretação criativa e analógica.

A interpretação evolutiva e adequadora ocorreria, para a autora⁵⁶

(...) quando se procura, por intermédio da interpretação judicial, adaptar ou adequar o conteúdo, alcance, ou significado da disposição constitucional (a) à mudança de sentido da linguagem nela inserida, (b) a novas situações, (c) à evolução dos valores positivados na Constituição, (d) à mudança da intenção dos intérpretes (válida porque dentro dos limites impostos pela Constituição aos poderes constituídos), (e) a resolver obscuridades do texto constitucional.

Por sua vez, Ferraz⁵⁷ refere-se à construção jurisprudencial quando “(...) *se cogita de aplicar norma constitucional em situações não previstas expressamente no texto constitucional, mas que dele decorrem ou emanam imperativos lógicos ou do próprio sistema constitucional*”.

E por fim, quanto à mutação constitucional pela interpretação criativa e analógica, Ferraz⁵⁸ determina a hipótese de ocorrência quando “(...) *a atividade jurisprudencial preenche lacunas ou corrige omissões do texto constitucional, previstas ou não pelo constituinte*”.

Barroso faz referência apenas à interpretação evolutiva como instrumento para a mutação constitucional:

A interpretação evolutiva é um processo informal de reforma do texto da Constituição. Consiste ela na atribuição de novos conteúdos à norma constitucional, sem modificação do seu teor literal, em razão das mudanças históricas ou de fatores políticos e sociais que não estavam presentes na mente dos constituintes.⁵⁹

⁵⁵ FERRAZ, Anna Cândia Cunha. Processos Informais de Mudança da Constituição: Mutações Constitucionais e Mutações Inconstitucionais. São Paulo: Max Limonad Ltda., 1986.

⁵⁶ Idem, p. 129.

⁵⁷ Idem, p.129.

⁵⁸ Idem, p. 130.

⁵⁹ BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 137.

Sobre o conceito de mutação constitucional por via da interpretação, muito mais não encontramos na doutrina pátria a respeito do tema, pois em que pese explorado por ilustres e renomados juristas e doutrinadores, ainda não temos definido com precisão um elemento radical do conceito de mutação, isto é, não sabemos em que medida ela é legítima ainda que respeitados os limites que lhe são impostos, pois não há mecanismos seguros de aferição sobre o grau de tensão entre realidade fática e realidade normativa a justificar a sua ocorrência.

4.2 LIMITES DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL PELA VIA INTERPRETATIVA

A mutação constitucional através da interpretação, em que pese seja um processo informal de alteração da constituição, nem por isso deixam de lhe serem impostos alguns limites. Aliás, pareceria absurdo imaginar que o processo formal de alteração da constituição define limites ao poder constituinte derivado, tais como as cláusulas pétreas, mas o processo informal seria isento deles.

Assim, mesmo que, conforme antes já dito, não tenhamos mecanismos instituídos de aferição da necessidade de adequação entre realidade e normatividade, o que pode sugerir um grau elevado de insegurança, é fato que – uma vez alterado o sentido empregado a determinado termo constante do texto constitucional através da interpretação –, podemos, ainda que forma não totalmente segura e objetiva, verificar se essa modificação não ultrapassou os limites impostos para uma mutação constitucional.

Ocorre que a própria doutrina que aceita a mutação constitucional pela via interpretativa pouco esclarece sobre quais seriam esses limites, não os deixa claro o suficiente para que possamos dizer, com o rigorismo que o tema exige, que determinada interpretação ultrapassou os limites para uma mutação e, por consequência, não poderia ser admitida por sua inconstitucionalidade.

Ao grosso modo, podemos, flagrantemente, observar quando uma proposta de emenda à constituição é inconstitucional se, com ela, *e.g.*, o constituinte derivado pretende alterar a forma federativa do Estado.

No entanto, quando do julgamento da ADPF 132/RJ⁶⁰ pelo STF, esses limites não estavam bem claros eis que a Suprema Corte, com a exceção do Min. Luiz Fux, sequer se referiu ao fato de estar-se operando, naquele momento, uma mutação constitucional.

No caso da ADPF 132/RJ, a unanimidade dos ministros justificaram suas decisões utilizando o princípio da interpretação conforme a constituição para defenderem seus posicionamentos.

Dessa forma, não temos claro se o que ocorreu no referido julgamento foi, de fato, uma mutação constitucional, se foi apenas uma interpretação extensiva ou se foi, em última análise, uma manipulação constitucional com a usurpação do poder legiferante pelo Judiciário.

Sobre os limites da mutação constitucional, Bulos⁶¹ chega a afirmar que é impossível determiná-los:

Em verdade, não é possível determinar os limites da mutação constitucional, porque o fenômeno é, em essência, o resultado de uma atuação de forças elementares, dificilmente explicáveis, que variam conforme acontecimentos derivados do fato social cambiante, com exigências e situações sempre novas, em constante transformação.

Baseado nas lições de Hesse, Heller, Laband e Jellinek, apesar de algumas diferenças entre as teorias dos referidos doutrinadores germânicos⁶², Bulos⁶³ também diz:

⁶⁰ Julgamento histórico no qual o STF ampliou o conceito de “entidade familiar”, estendendo-o para além do que a própria Constituição Federal define como “entidade familiar”, permitindo a união estável também entre as pessoas do mesmo sexo.

⁶¹ BULOS, Uadi Lâmega. *Mutação Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 88.

⁶² Hesse contextualizou as teorias de Heller, Laband e Jellinek, fazendo uma crítica quanto ao posicionamento dos referidos autores, em especial ao que os três têm em comum, isto é, naquilo que diz respeito à incapacidade de suas teorias desenvolverem parâmetros precisos e demonstráveis no que tange aos limites para se operar uma mutação constitucional.

⁶³ BULOS, Uadi Lâmega. *Mutação Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 90.

Diante de tudo isso, as mudanças informais da Constituição não encontram limites em seu exercício. A única limitação que poderia existir – mas de natureza subjetiva, e, até mesmo psicológica – seria a consciência do intérprete de não extrapolar a forma plasmada na letra dos preceptivos supremos do Estado, através de interpretações deformadoras dos princípios fundamentais que embasam o Documento Maior.

Hesse, tratando do tema dos limites da mutação constitucional, leciona:

Entretanto, se a norma abarca os dados de realidade afetados pelo “programa normativo” como parte material integrante da mesma, o “âmbito normativo” e as modificações deste último devem levar a uma alteração do conteúdo da norma. Nem todo fato novo pertence ao setor de realidade regulado pela norma; o âmbito objetivo é capaz de provocar tal modificação. A instância que decide se a alteração fática pode ser relevante para a norma, quer dizer, se o fato modificado pertence ao âmbito normativo, é o programa normativo que se contém substancialmente no texto da norma constitucional (e que deve ser interpretado com os instrumentos tradicionais). Só enquanto este fato novo ou modificado resulte pertencente ao âmbito normativo pode-se aceitar também uma mudança da norma.⁶⁴

Canotilho parece ver o fenômeno da alteração informal da constituição, por via interpretativa, com bastantes ressalvas, chegando, inclusive, dizê-las proibidas:

Entre um <<objectivismo histórico>>, conducente à rigidificação absoluta do texto constitucional, e um <<objectivismo actualista>> extremo, legitimador de uma <<estratégia política>> de subversão ou transformação constitucional, a interpretação constitucional deve permitir o desenvolvimento (= actualização, evolução) do <<programa constitucional>>, mas em ultrapassar os limites de uma tarefa interpretativa (isto implica proibição de rupturas, de mutações constitucionais silenciosas e de revisões apócrifas).⁶⁵

Em sua obra, mais adiante, Canotilho justifica seu posicionamento:

A rejeição da admissibilidade de mutações constitucionais por via interpretativa não significa qualquer aval a um entendimento da constituição como um texto estático, rígido, completamente indiferente às alterações da realidade constitucional. (...) Todavia, uma coisa é admitirem-se alterações do âmbito ou esfera da norma que ainda se podem considerar susceptíveis de serem abrangidas pelo programa normativo (*Normprogramm*), e outra coisa

⁶⁴ HESSE, Konrad. Temas Fundamentais do Direito Constitucional. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 167.

⁶⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional. Coimbra: Livraria Almedina, 1993, 6ª ed., p. 212.

é legitimarem-se alterações constitucionais que se traduzem na existência de uma *realidade constitucional inconstitucional*, ou seja, alterações manifestamente inoportáveis pelo programa da norma constitucional.⁶⁶

No entanto, Uadi Lâmega Bulos constata a inexistência de clareza quanto aos limites da mutação constitucional, reconhecendo que a doutrina pouco se debruçou sobre este ponto em específico.

Contudo, a prática constitucional evidencia a impossibilidade de traçarmos, com exatidão, as limitações a que está sujeito o poder constituinte difuso, de que nos fala Burdeau, responsável pela ocorrência daquelas alterações informais, que, se não alteram a letra dos preceitos supremos do Estado, modificam-lhes a substância, o sentido, o significado e o alcance.

Em verdade, não é possível determinar os limites a mutação constitucional, porque o fenômeno é, em essência, o resultado de uma atuação de forças elementares, dificilmente explicáveis, que variam conforme acontecimentos derivados do fato social cambiante, com exigências e situações sempre novas, em constante transformação.⁶⁷

Dessa forma, em que pese possamos falar em limitações aos processos informais de alteração da constituição, muito pouco foi explorado sobre o tema até os dias de hoje e embora a doutrina existente tenha se esforçado para traçar esses limites à reforma informal – se é que podemos chamar isso de “reforma” – estes limites não são claros e objetivos, pois geralmente são frutos de teorias cujo grau de densidade é tão elevado que pouco podem fazer para nos socorrer.

Konrad Hesse⁶⁸ também admite a dificuldade na definição de limites para a mutação constitucional. Apesar disso, o autor alemão parece não aceitar a tese da *mutação constitucional ilimitada*, identificando como limite o próprio texto da constituição:

Os limites – que amiúde não resulta simples determinar em concreto – da mutação constitucional estão contidos no próprio texto constitucional: resulta inadmissível uma interpretação diferente dos enunciados constitucionais em franca contradição com seu texto. Mais além desse limite, para superar novas situações ou proceder

⁶⁶ Idem, p. 231.

⁶⁷ BULOS, Uadi Lâmega. *Mutação Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 87-88.

⁶⁸ HESSE, Konrad. *Temas Fundamentais do Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p.165

reformas, impõe-se a modificação do texto, a reforma constitucional (cfr. Art. 79.I GG.).

Adriano Sant’Ana Pedra⁶⁹ discorre sobre o problema da ausência de definição dos limites da mutação constitucional, propondo-nos como fronteiras a serem observadas a força normativa e a supremacia da constituição:

Não existe tratamento sistemático relativo às limitações a que se submetem as mutações constitucionais e há carência de trabalhos que abordem especificamente o tema. A hipótese proposta é que a mutação constitucional deve ocorrer dentro dos limites traçados pela força normativa e supremacia da Constituição.

Mais adiante, Sant’Ana, apoiado nas ideias de Hesse, André Ramos Tavares e Maria Luisa B. Callejón, refere-se ao próprio texto constitucional como ponto de partida da interpretação e também como seu limite:

Em decorrência da própria natureza da mutação constitucional, como processo informal de alteração da Constituição, impõe-se o texto constitucional como o seu mais peculiar limite. Não a letra do texto, mas a elasticidade que ele permite. O texto normativo constitui o ponto de partida da atividade interpretativa e também balizará seu limite.

[...]

O significado de um enunciado normativo é aquilo que este suscita na mente do sujeito cognoscente. Assim, quando se afirma que o texto possui elasticidade de interpretação, o que se quer dizer é que não se pode extrair do texto aquilo que ele não suscita na mente do intérprete.

A interpretação de um texto normativo deve ter como parâmetro o próprio texto. Isto acontece porque o conteúdo da norma constitucional só poderá se modificar no interior do marco traçado pelo texto e os enunciados constituem “verdadeiras barreiras interpretativas do operador do Direito”. Dessa forma, se é verdade que um texto pode ter mais de um significado, também é verdade que não pode ter infinitos.⁷⁰

Poderíamos, então, dizer que o limite para que uma mutação constitucional se opere – por meio da interpretação – é o próprio texto da constituição.

⁶⁹ PEDRA, Adriano Sant’Ana. As mutações constitucionais e o limite imposto pelo texto da Constituição: uma análise da experiência latino-americana. Texto disponível em: <<http://www.pos.direito.ufmg.br/rbepdocs/101007036.pdf>> Acesso em 20/04/2016.

⁷⁰ Idem.

No entanto, em que pesem os esforços dos ilustres doutrinadores no empenho de definirem os limites para a mutação constitucional, o máximo que se pode extrair é que o texto cuja norma sofre mutação é o limite da própria mutação.

Sem pretender, nem mesmo que remotamente, questionar os ilustres autores e suas teorias, isto é, reconhecendo que o presente trabalho não reúne as menores condições para essa tarefa somente digna de gigantes, ainda continuamos sem qualquer elucidação sobre os polêmicos limites da mutação constitucional.

Dessa forma, se não temos limites claros e objetivos a esse fenômeno da mutação constitucional, então nos resta, apenas, verificar quais são suas contribuições e quais são os seus desserviços prestados à constituição.

4.3 CRÍTICA À MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL PELA VIA INTERPRETATIVA

Ao menos na doutrina pátria, são poucos os autores que contestam o fenômeno da mutação constitucional, em especial a operada através da interpretação. Em geral, parece existir um consenso em volta da função a ela atribuída de estabilizar a força normativa da constituição e com a realidade social que ela pretende conformar.

Se analisarmos o fenômeno da mutação constitucional apenas por esse ângulo, ela realmente poderá nos parecer algo de fundamental importância e, até mesmo, indispensável no constitucionalismo atual. Conquanto isso possa figurar como verdadeiro, se analisarmos como ela se dá na prática, é possível que a nossa percepção sobre este processo reste substancialmente alterada.

Isso porque, no Direito assim como em outras ciências, não raras são as vezes que a prática, infelizmente, corrompe a teoria em nome de uma maior eficiência. Quando isso ocorre, ficamos à mercê das convicções pessoais do operador. A partir deste momento, já não mais temos uma teoria, mas algo que

se pretende legitimar apenas pela autoridade do operador que dela se apodera como se fosse seu senhor.

Demonstraremos como isso ocorre no caso do fenômeno da mutação constitucional que, ironicamente, justificada como mecanismo de harmonização entre o ideal e o real também é vítima do mesmo descompasso entre a sua teoria e a sua prática.

Em muitos julgados do STF observamos essa realidade; dentre eles podemos fazer referência àquele que, muito provavelmente, foi o símbolo do rompimento entre a teoria da mutação constitucional e a forma como ela foi aplicada. Estamos falando da Reclamação 4335-5/AC. Naquela oportunidade foram extrapolados todos os limites semânticos do disposto no artigo 52, X, da Constituição Federal, operando-se, em verdade, uma verdadeira substituição de um texto elaborado pelo constituinte originário por outro texto criado pelos ministros do Supremo.

Em especial análise a esse julgado, Lênio Luis Streck, Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira e Martonio Mont'Alverne Barreto Lima⁷¹, criticaram o posicionamento adotado no julgamento da Reclamação 4335-5/AC pelos ministros Gilmar Mendes e Eros Grau uma vez que, na visão de seus críticos, a mutação constitucional não tem espaço no atual constitucionalismo compromissário e principiológico.

Para Streck, Oliveira e Barreto Lima, a mutação constitucional foi uma tese desenvolvida no final do século XIX e início do século XX, na Alemanha, por teóricos como Laband e Jellinek, que em razão do dualismo metodológico *positivismo legalista – positivismo sociológico* que perpassa a obra deste último, o teria impedido de “[...] lidar normativamente com o reconhecimento daquelas que seriam ‘as influências das realidades sociais no Direito’”.⁷²

⁷¹ STRECK, Lênio Luis e outros. A nova perspectiva do STF sobre o controle difuso. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2007-ago-03/perspectiva_stf_controle_difuso, acessado em 04/03/2016.

⁷² Idem.

Na verdade, o conceito de mutação constitucional mostra apenas a incapacidade do positivismo legalista da velha Staatsrechtslehre do Reich alemão de 1870 em lidar construtivamente com a profundidade de sua própria crise paradigmática. E não nos parece que esse fenômeno possui similaridade no Brasil.

[...]

Em síntese, a tese da mutação constitucional advoga em última análise uma concepção decisionista da jurisdição e contribui para a compreensão das cortes constitucionais como poderes constituintes permanentes.¹⁶ Ora, um tribunal não pode mudar a constituição; um tribunal não pode “inventar” o direito: este não é seu legítimo papel como poder jurisdicional, numa democracia.⁷³

Segundo Ana Victoria Sánchez Urrutia⁷⁴, a Constituição do Império Alemão de 1871 inaugurou uma nova ordem jurídica que se sobrepunha às confederações anteriores e ao regime de organização adotado por cada Estado membro, o que para ela teria sido o marco histórico para os primeiros trabalhos teóricos sobre o problema da mutação constitucional.

Foi nessa conjuntura político-institucional de unificação da Alemanha e formação do Império Alemão, no final do século XIX, que Laband constatou mudanças na Constituição do *Reich* sem que, no entanto, fossem utilizados os mecanismos formais de reforma constitucional, desenvolvendo, a partir daí, o conceito de *mutação constitucional*.

Disso podemos concluir que aquilo que foi um fenômeno observado e conceituado por Laband, e também por Jellinek, no final do século XIX, na Alemanha, em condições bastante peculiares à época, ao local e às situações política e jurídica, posteriormente, passou a ser desenvolvido como uma teoria por outros autores pátrios e estrangeiros, conforme já alhures já exposto, chegando, atualmente, a ser tratado *mecanismo informal de reforma constitucional*.

E por essa razão que Streck, Oliveira e Barreto Lima defendem que as condições nas quais se desenvolveu o conceito de mutação constitucional não

⁷³ Idem.

⁷⁴ URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. Mutación constitucional y fuerza normativa de la Constitución: una aproximación al origen del concepto. Revista Española de Derecho Constitucional, Año 20. Núm. 58. Enero-Abril 2000, p. 106-108.

se desenvolveram no Brasil, o que, portanto, mas não apenas por isso, torna-a incompatível com o nosso constitucionalismo.

Alexandre Gustavo M. F. de Moraes Bahia, Diego Bacha e Silva, Flávio Pedron e Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, dispensaram críticas ao julgamento do HC 126.292/SP, no que toca à alegada tese de mutação constitucional:

Mesmo admitindo a mutação constitucional – o que já não se sustenta na atual quadra histórica do Direito, pois agir assim significaria ignorar o Direito como formado a partir conjunto de princípios norteados pela integridade – é de se chegar à conclusão que a mutação constitucional fora feita em completo descompasso com o texto constitucional e, ainda, com uma argumentação de fundo *utilitarista* com o objetivo de suprimir direitos e garantias, o que torna tudo ainda mais grave.

Se o Tribunal fosse defender a tese de uma “mutação”, ele precisaria enfrentar a história institucional que veio antes dele, mostrando uma mudança social de interpretação que tenha gerado uma leitura diversa – e plausível constitucionalmente – do instituto. Mas por óbvio isso não aconteceu.⁷⁵

Assim, as críticas à mutação constitucional, em que pesem sejam bastante duras e de farto conteúdo, são feitas de forma isolada, em artigos, textos ou análise de julgados, como a Reclamação 4335-5/AC e o HC 126.292/SP, sem que haja uma obra destinada exclusivamente a abordar seus aspectos, para dizer o mínimo, controvertidos.

⁷⁵ BAHIA, Alexandre Gustavo M. F. de Moraes e outros. Presunção de Inocência: uma contribuição crítica à controvérsia em torno do julgamento do Habeas Corpus nº 126.

5 O HABEAS CORPUS 126.292/SP EM BREVE RETROSPECTIVA

O HC 126.292/SP, julgado em fevereiro de 2016 pelo STF, alterou o entendimento acerca do artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, anteriormente adotado pela Corte no HC 84.078/MG, julgado em fevereiro de 2009.

Há exatos 7 (sete) anos, o Supremo Tribunal Federal firmou jurisprudência no sentido de que início do cumprimento da pena pelo réu antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, exceto na hipótese de prisão cautelar, feria o artigo 5º, inciso LVII, da CF.

E esse foi o entendimento que vigorou até fevereiro de 2016, com a revisão da jurisprudência no julgamento do HC 126.292/SP, quando, então, passou-se a admitir o cumprimento da pena pelo réu condenado em Segunda Instância, sem a necessidade do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

O caso em questão tratava de réu sentenciado em Primeira Instância à pena de 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela suposta prática do crime de roubo majorado, com o direito a recorrer em liberdade.

Em face da sentença penal condenatória, o réu interpôs recurso de apelação ao Tribunal de Justiça de São Paulo.

O TJSP julgou improcedente o recurso de apelação interposto pela defesa, confirmando a sentença de Primeiro Grau, determinando a expedição de mandado de prisão contra o réu.

Da ordem de prisão emanada pelo TJSP, o acusado impetrou Habeas Corpus com pedido de liminar no Superior Tribunal de Justiça, o qual, por sua

vez, indeferiu o pedido por entender incabível Habeas Corpus em face de decisão de tribunal “a quo” atacável pela interposição de Recurso Especial.

Da decisão que indeferiu o pedido de liminar em Habeas Corpus pelo STJ, o réu impetrou Habeas Corpus no Supremo Tribunal Federal, alegando, em síntese, conforme fez constar do relatório do acórdão de julgamento do HC 126.292/SP:

(a) a ocorrência de flagrante constrangimento ilegal a ensejar a superação da Súmula 691/STF; (b) que o Tribunal de Justiça local determinou a imediata segregação do paciente, sem qualquer motivação acerca da necessidade de decretação da prisão preventiva; (c) que a prisão foi determinada “após um ano e meio da prolação da sentença condenatória e mais de três anos após o paciente ter sido posto em liberdade, sem que se verificasse qualquer fato novo” e, ainda, “sem que a decisão condenatória tenha transitado em julgado”; (d) a prisão do paciente não prescinde, nos termos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, do trânsito em julgado da condenação. Requer, por fim, a concessão da ordem com o reconhecimento do direito do paciente de recorrer em liberdade.

Foi deferida a liminar pelo ministro Relator Teori Zawaski para suspender a prisão preventiva decretada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo nos autos do processo de origem.

A Procuradoria-Geral da República opinou pela concessão da ordem.

No dia 17/02/2016, em sessão plenária de julgamento, o STF denegou a ordem no Habeas Corpus 126.292/SP, por maioria. Nesta ocasião, destacaram-se os profusos votos do ministro relator Teori Zawaski e do ministro Roberto Barroso, que fizeram uso de argumentos metajurídicos para justificarem seus posicionamentos, aos quais aderiram os ministros Dias Toffoli, Luiz Fux, Edson Fachim, Carmém Lúcia, Gilmar Mendes, vencidos os ministros Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio, Rosa Weber e Celso de Mello.

5.1 ANÁLISE DO CASO

Como acima já dito, o “placar” final do julgamento terminou em 7 x 4 para a denegação de ordem de habeas corpus com a consequente mudança de interpretação do artigo 5º, inciso , da Constituição Federal.

A análise do referido julgado, por resultar em um marco histórico e por sua repercussão na comunidade jurídica e na sociedade, demanda tempo e espaço infinitamente maiores àquele do qual dispomos no presente momento. Assim, vimo-nos obrigados a selecionar o único voto de um ministro que entendemos tenha sido, em conjunto com o ministro relator, um dos percussores do novo entendimento e que contou com a adesão de outros cinco ministros, e contra os quais se opuseram os quatro julgadores vencidos.

O voto que passará a ser analisado é o do ministro Luís Roberto Barroso. E essa escolha se justifica uma vez que foi apenas ele quem defendeu a existência de uma mutação constitucional no caso em apreço. Embora o ministro relator, Teori Zavaski, tenha se utilizado quase que dos mesmos fundamentos expostos por de Barroso para decidir pela denegação da ordem, ao contrário dele, não fez referência à existência mutação constitucional.

Assim, passaremos à análise do voto do ministro Luís Roberto Barroso no HC 126.292/SP.

Cumpra ainda registrar, que a análise se dará apenas naqueles argumentos utilizados por Barroso e que, no nosso entender, não servem para justificar a mutação constitucional por ele defendida. Isto é, não faremos uma análise daquilo que é, ou não, correto ou aceito em Direito, bem como não iremos nos deter em parte do julgado que não guarde relação com o tema ora desenvolvido.

III. A OCORRÊNCIA DE MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

6. É pertinente aqui uma brevíssima digressão doutrinária acerca do tema da mutação constitucional. Trata-se de mecanismo informal que permite a transformação do sentido e do alcance de normas da Constituição, sem que se opere qualquer modificação do seu texto. A mutação está associada à plasticidade de que devem ser dotadas as normas constitucionais. Este novo sentido ou alcance do mandamento constitucional pode decorrer de uma mudança na realidade fática ou de uma nova percepção do Direito, uma releitura do que deve ser considerado ético ou justo. A tensão entre normatividade e facticidade, assim como a incorporação de valores à hermenêutica jurídica, produziu modificações profundas no modo como o Direito contemporâneo é pensado e praticado.

7. O Direito não existe abstratamente, fora da realidade sobre a qual incide. As teorias concretistas da interpretação constitucional enfrentaram e equacionaram este condicionamento recíproco que existe entre norma e realidade⁴. Na linha do que escrevi em trabalho doutrinário⁵:

“A mutação constitucional por via de interpretação, por sua vez, consiste na mudança de sentido da norma, em contraste com entendimento pré-existente. Como só existe norma interpretada, a mutação constitucional ocorrerá quando se estiver diante da alteração de uma interpretação previamente dada. No caso da interpretação judicial, haverá mutação constitucional quando, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal vier a atribuir a determinada norma constitucional sentido diverso do que fixara anteriormente.

(...) A mutação constitucional em razão de uma nova percepção do Direito ocorrerá quando se alterarem os valores de uma determinada sociedade. A ideia do bem, do justo, do ético varia com o tempo. Um exemplo: a discriminação em razão da idade, que antes era tolerada, deixou de ser.

(...) A mutação constitucional se dará, também, em razão do impacto de alterações da realidade sobre o sentido, o alcance ou a validade de uma norma. O que antes era legítimo pode deixar de ser. E vice-versa. Um exemplo: a ação afirmativa em favor de determinado grupo social poderá justificar-se em um determinado momento histórico e perder o seu fundamento de validade em outro”.

Nesse ponto Barroso afirma que sempre que o STF atribuir a uma norma constitucional sentido diverso do que fixara anteriormente ocorrerá uma mutação constitucional.

Neste ponto é importante ressaltar o que foi dito durante o trabalho, isto é, fica claro que não há nenhuma distinção entre o que é mudança de entendimento, isto é, uma viragem na jurisprudência firmada, e o que é mutação constitucional, pois se as duas coisas são a mesma coisa, então parece não fazer sentido algum o estudo do fenômeno da mutação eis que ela apenas seria, na visão de Barroso, uma mudança de entendimento, algo que acontece todos os dias em todas as instâncias do Poder Judiciário.

Mais adiante Barroso, citando a ele próprio, afirma que a mutação constitucional em razão de uma nova percepção do Direito ocorrerá sempre que se alterarem os valores de determinada sociedade.

Porém, entendemos que Barroso está equivocado em seu entendimento. Conforme leciona K. Hesse, a norma constitucional não está alheia à realidade, não há que se falar em cisão entre ser e dever-ser. Constituição e realidade estão inter-relacionadas, mas isso não significa dizer que a realidade é que lhe dita as regras. Alerta Hesse que a tendência à reforma constitucional (e aqui estamos referindo-nos a uma reforma ainda que de maneira informal) é extremamente perigosa para a força normativa da constituição, podendo debilitá-la, arriscando a sua estabilidade. Abalada sua estabilidade, comprometida também estará a sua eficácia.

8. Aplicando-se, então, a teoria à realidade. Na matéria aqui versada, houve uma primeira mutação constitucional em 2009, quando o STF alterou seu entendimento original sobre o momento a partir do qual era legítimo o início da execução da pena. Já agora encaminha-se para nova mudança, sob o impacto traumático da própria realidade que se criou após a primeira mudança de orientação.

9. Com efeito, a impossibilidade de execução da pena após o julgamento final pelas instâncias ordinárias produziu três consequências muito negativas para o sistema de justiça criminal. Em *primeiro lugar*, funcionou como um poderoso incentivo à infundável interposição de recursos protelatórios. Tais impugnações movimentam a máquina do Poder Judiciário, com considerável gasto de tempo e de recursos escassos, sem real proveito para a efetivação da justiça ou para o respeito às garantias processuais penais dos réus. No mundo real, o percentual de recursos extraordinários providos em favor do réu é irrisório, inferior a 1,5%⁶. Mais relevante ainda: de 1.01.2009 a 19.04.2016, em 25.707 decisões de mérito proferidas em recursos criminais pelo STF (REs e agravos), as decisões absolutórias não chegam a representar 0,1% do total de decisões⁷.

10. Em *segundo lugar*, reforçou a seletividade do sistema penal. A ampla (e quase irrestrita) possibilidade de recorrer em liberdade aproveita sobretudo aos réus abastados, com condições de contratar os melhores advogados para defendê-los em sucessivos recursos⁸. Em regra, os réus mais pobres não têm dinheiro (nem a Defensoria Pública tem estrutura) para bancar a procrastinação. Não por acaso, na prática, torna-se mais fácil prender um jovem de periferia que porta 100g de maconha do que um agente político ou empresário que comete uma fraude milionária.

11. Em *terceiro lugar*, o novo entendimento contribuiu significativamente para agravar o descrédito do sistema de justiça penal junto à sociedade. A necessidade de aguardar o trânsito em julgado do REsp e do RE para iniciar a execução da pena tem conduzido massivamente à prescrição da pretensão punitiva⁹ ou ao enorme distanciamento temporal entre a prática do delito e a punição definitiva. Em ambos os casos, produz-se deletéria sensação de impunidade, o que compromete, ainda, os objetivos da pena, de prevenção especial e geral. Um sistema de justiça desmoralizado não serve ao Judiciário, à sociedade, aos réus e tampouco aos advogados.

12. A partir desses três fatores, tornou-se evidente que não se justifica no cenário atual a leitura mais conservadora e extremada do princípio da presunção de inocência, que impede a execução (ainda que provisória) da pena quando já existe pronunciamento jurisdicional de segundo grau (ou de órgão colegiado, no caso de foro por prerrogativa de

6 Segundo dados oficiais da assessoria de gestão estratégica do STF, referentes ao período de 01.01.2009 até 19.04.2016, o percentual médio de recursos criminais providos (tanto em favor do réu, quanto do MP) é de 2,93%. Já a estimativa dos recursos providos apenas em favor do réu aponta um percentual menor, de 1,12%. Como explicitado no texto, os casos de absolvição são raríssimos. No geral, as decisões favoráveis ao réu consistiram em: provimento dos recursos para remover o óbice à progressão de regime, remover o óbice à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, remover o óbice à concessão de regime menos severo que o fechado no caso de tráfico, reconhecimento de prescrição e refazimento de dosimetria.

7 Em verdade, foram identificadas apenas nove decisões absolutórias, representando 0,035% do total de decisões (ARE 857130, ARE 857.130, ARE 675.223, RE 602.561, RE 583.523, RE 755.565, RE 924.885, RE 878.671, RE 607.173, AI 580.458). Deve-se considerar a possibilidade de alguma margem de erro, por se tratar de pesquisa artesanal. Ainda assim, não há risco de impacto relevante quer sobre os números absolutos quer sobre o percentual de absolvições.

8 Transcrevo aqui observação feita durante o meu voto oral no julgamento: “E aqui eu gostaria de dizer uma coisa que considero muito importante. Eu fui advogado mais de 30 anos. Eu não era advogado criminal, mas sempre tive admiração pela advocacia criminal. E me lembro como se fosse hoje de um comentário feito por um dos maiores advogados criminalistas do país, que era meu amigo e colega na UERJ, o Professor Evaristo de Moraes. Ele me disse: ‘As pessoas têm imenso preconceito contra os advogados criminais. Elas acham que nunca vão precisar da gente. Mas, no dia em que precisam – porque todo mundo está sujeito a um infortúnio e a um dia precisar – elas nos procuram humildes e devastadas. Aí seria a hora de lembrar a elas o preconceito que tinham contra nós’.

função) no sentido da culpabilidade do agente. É necessário conferir ao art. 5º, LVII interpretação mais condizente com as exigências da ordem constitucional no sentido de garantir a efetividade da lei penal, em prol dos bens jurídicos que ela visa resguardar, tais como a vida, a integridade psicofísica, a propriedade – todos com *status* constitucional.

13. 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 em 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. Há múltiplos fundamentos que legitimam esta compreensão. É o que se passa a demonstrar.

Barroso sustenta que o entendimento de que a prisão está condicionada à culpabilidade do réu após o trânsito em julgado do processo gerou um incentivo à interposição infinita de recursos, a seletividade penal e ao descrédito do sistema de justiça penal junto à sociedade, razões pelas quais não se justificaria uma posição tão conservadora e extremada do princípio da presunção de inocência. Por

todos esses fatores Barroso, então, conclui que é um caso típico caso de mutação constitucional.

Em primeiro lugar, os dados utilizados por Barroso para aferir a porcentagem de recursos providos em matéria penal no STF não partem de nenhum relatório oficial publicado que todos possam tomar conhecimento. No sítio do STF apenas encontramos o relatório de atividades anual, mas não existe nenhuma estatística a esse respeito. Com relação às estatísticas do período de 1994 a 2014, apenas há registro sobre a quantidade de Recursos Extraordinários interpostos, portanto, a contagem é apenas por classe, não existindo a apuração em classe e matéria.

Dessa forma, apenas sabemos quantos Recursos Extraordinários foram distribuídos anualmente ao STF, mas não sabemos dentre eles quais são de matéria penal. Inobstante a isso, por curiosidade, em uma simples pesquisa no sítio do STF⁷⁶, descobrimos que o maior número de REx distribuídos são anteriores a 2009, portanto, anteriores ao julgamento do HC 84.07 ao qual Barroso atribui a culpa pela “infundável interposição de recursos protelatórios”.

Ainda, mesmo que a quantidade de recursos tenha diminuído, como antes já dito, não sabemos quantos são referentes à matéria penal. Apesar disso, se números expressivos de distribuição de REx no STF correspondem a períodos bem anteriores a 2009, então, apenas por uma questão de lógica, a interposição de recursos –, embora oscile ora para cima, ora para baixo –, vem oscilando em números razoavelmente inferiores aos de 2009.

Portanto, fazendo uma simples comparação, com dados, esses sim, oficiais do STF, o argumento de Barroso não subsistiria, pois mesmo que pensássemos que todos os REx distribuídos desde 1994 até 2014 foram só de matéria penal, ainda assim poderíamos dizer ter havido redução, mas não aumento.

⁷⁶<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=REAIProcessoDistribuidoAnosAnteriores>

Ano	Processos Distribuídos	AI Distribuídos	RE Distribuídos
2014	57.799	850	9.671
2013	27.528	1.034	3.805
2012	46.392	6.198	6.042
2011	38.109	14.530	6.388
2010	41.014	24.801	6.735
2009	42.729	24.301	8.348
2008	66.873	37.783	21.531
2007	112.938	56.909	49.708
2006	116.216	56.141	54.575
2005	79.577	44.691	29.483
2004	69.171	38.938	26.540
2003	109.965	62.519	44.478
2002	87.313	50.218	34.719
2001	89.574	52.465	34.726
2000	90.839	59.236	29.196
1999	54.437	29.677	22.280
1998	50.273	26.168	20.505
1997	34.289	16.863	14.841
1996	23.883	12.303	9.265
1995	25.385	11.803	11.195
1994	25.868	8.699	14.984

A par disso, mesmo que fazendo uso de dados não oficiais, fruto de uma pesquisa “artesanal”, Barroso oferece uma solução utilitarista ao problema da Justiça Penal quando, em outras palavras, diz que o número de recursos providos em favor dos réus é tão insignificante ao ponto de justificar o cumprimento da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

A preocupação com os limites de ordem semântica a autorizarem uma mutação constitucional e a preocupação em saber quando é realmente hipótese de mutação constitucional foram expostas neste trabalho.

Diante de decisões como esta cujos argumentos passam ao largo do caso concreto e, em sua grande maioria, são de ordem metajurídica – isso porque em seu voto Barroso pouco se referiu às questões de Direito que envolvem o artigo 5º, inciso LVII – não há balizas seguras para dizer, especificamente, se o que o julgador chama de mutação constitucional de fato é mutação ou se é unicamente uma mudança no seu entendimento ao que uns julgadores a ele aderem ou concordam e outros não.

Além de todos os problemas inerentes aos limites da mutação constitucional temos algo que com ela está intimamente implicada que é a segurança jurídica, princípio basilar do Estado Democrático de Direito, pois em um lugar aonde não sabemos como amanhã decidirão os juízes, não teremos paz, mas um governo de juízes.

A mudança de orientação ou a mutação constitucional, como quer Barroso, surpreendeu a todos os operadores do Direito. A retomada de um entendimento tido como inquestionavelmente superado, além de um tratamento bem mais gravoso a todos os réus cujo processo já estava em andamento, não foi fruto de um estudo aprofundado sobre a questão e ninguém de nenhum setor da sociedade foi ouvido ou perguntado uma vez que se tratava de Habeas Corpus, e não uma ADI onde setores interessados da sociedade podem participar na condição de *amicus curiae*.

Parte II

FUNDAMENTOS JURÍDICOS PARA A POSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO DA CONDENAÇÃO PENAL APÓS A DECISÃO DE SEGUNDO GRAU

I. O PRESSUPOSTO PARA A DECRETAÇÃO DA PRISÃO NO DIREITO BRASILEIRO NÃO É O TRÂNSITO EM JULGADO DA DECISÃO CONDENATÓRIA, MAS ORDEM ESCRITA E FUNDAMENTADA DA AUTORIDADE JUDICIAL COMPETENTE

14. Ao contrário do que uma leitura apressada da literalidade do art. 5º, LVII da Constituição poderia sugerir, o princípio da presunção de inocência não interdita a prisão que ocorra anteriormente ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória. O pressuposto para a decretação da prisão no direito brasileiro não é o esgotamento de qualquer possibilidade de recurso em face da decisão condenatória, mas a **ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente**, conforme se extrai do art. 5º, LXI, da Carta de 1988¹⁰.

15. Para chegar a essa conclusão, basta uma análise conjunta dos dois preceitos à luz do princípio da unidade da Constituição. Veja-se que, enquanto o inciso LVII define que *“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”*, logo abaixo, o inciso LXI prevê que *“ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente”*. Como se sabe, a

Constituição é um conjunto orgânico e integrado de normas, que devem ser interpretadas *sistematicamente* na sua conexão com todas as demais, e não de forma isolada. Assim, considerando-se ambos os incisos, é evidente que a Constituição diferencia o regime da culpabilidade e o da prisão. Tanto isso é verdade que a própria Constituição, em seu art. 5º, LXVI, ao assentar que “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”, admite a prisão antes do trânsito em julgado, a ser excepcionada pela concessão de um benefício processual (a liberdade provisória).

16. Para fins de privação de liberdade, portanto, exige-se determinação escrita e fundamentada expedida por autoridade judiciária. Este requisito, por sua vez, está intimamente relacionado ao monopólio da jurisdição, buscando afastar a possibilidade de prisão administrativa (salvo as disciplinares militares). Tal regra constitucional autoriza (i) as prisões processuais típicas, preventiva e temporária, bem como outras prisões, como (ii) a prisão para fins de extradição (decretada pelo STF), (iii) a prisão para fins de expulsão (decretada por juiz de primeiro grau, federal ou estadual com competência para execução penal) e (iv) a prisão para fins de deportação (decretada por juiz federal de primeiro grau).

10 Apenas no caso de prisão em flagrante, a ordem escrita e fundamentada é dispensada. Porém, desde o advento da Lei nº 12.403/2011, o flagrante deixou de constituir título autônomo e válido para manter a segregação cautelar do indivíduo. Nessa hipótese, a lei passou a exigir que a autoridade judiciária competente examine, com a maior brevidade possível, a necessidade de manutenção ou não da prisão, exigindo-se então ordem escrita e fundamentada.

17. Em todas as hipóteses enunciadas acima, como parece claro, o princípio da presunção de inocência e a inexistência de trânsito em julgado não obstam a prisão. Muito pelo contrário, no sistema processual penal brasileiro, a prisão pode ser justificada mesmo na fase pré-processual, contra meros investigados, ou na fase processual, ainda quando pesar contra o acusado somente indícios de autoria, sem qualquer declaração de culpa. E isso não esvazia a presunção de não culpabilidade: há diversos outros efeitos da condenação criminal que só podem ser produzidos com o trânsito em julgado, como os efeitos extrapenais (indenização do dano causado pelo crime, perda de cargo, função pública ou mandato eletivo, etc.) e os efeitos penais secundários (reincidência, aumento do prazo da prescrição na hipótese de prática de novo crime, etc.). Assim sendo, e por decorrência lógica, do mesmo inciso LXI do artigo 5º deve-se extrair a possibilidade de prisão resultante de acórdão condenatório prolatado pelo Tribunal competente.

Sustenta o ministro que a prisão após confirmação da sentença em segundo grau de jurisdição não afronta o princípio da presunção de inocência porque, segundo ele, a Constituição não impõe como condição para prisão o trânsito em julgado da sentença, mas, sim, a culpabilidade. Por essa teoria, a prisão poderia ser decretada logo após a confirmação

da sentença em segunda instância desde que determinada de forma fundamentada, através de uma leitura sistemática dos incisos LVII e LXI do artigo 5º da CF.

Pelos argumentos expostos por Barroso, o réu só seria considerado culpado após o trânsito em julgado da sentença. No entanto, ainda que não considerado culpado, poderia impor-lhe a “*execução provisória da pena definitiva*” (com o perdão do jogo de palavras) logo após a confirmação da condenação em segundo grau de jurisdição vez que, para tanto, bastaria que estivesse devidamente fundamentada.

Ocorre que o inciso LXI do artigo 5º da CF garante ao acusado ou investigado que este não será preso arbitrariamente, excetuando-se quando em flagrante delito (cujos requisitos são: que o preso esteja cometendo a infração penal; preso logo após ter cometida a infração penal; preso é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração; preso é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração) ou por ordem escrita e fundamentada (nesse caso, a doutrina e a jurisprudência já têm como pacífico que se trata das prisões cautelares – preventivas ou temporárias).

A prisão temporária, por sua vez, possui requisitos definidos na Lei 7.960/89, com prazo de duração de cinco dias, prorrogáveis por mais cinco, e poderá ser decretada na fase de investigação do inquérito policial e é cabível nas seguintes hipóteses: quando for imprescindível para as investigações do inquérito policial; quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade; quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos crimes de homicídio, sequestro, roubo, estupro, tráfico de drogas, crimes contra o sistema financeiro, entre outros.

Já a prisão preventiva está definida no Código de Processo Penal, sem prazo definido, e pode ser decretada na fase de investigação policial ou da ação penal. As hipóteses da prisão preventiva são bem subjetivas, mas estão definidas: garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

Para que o réu possa iniciar o cumprimento definitivo da pena que lhe fora aplicada, precisa ser considerado culpado sem que haja qualquer hipótese de reversão dessa condenação ou até mesmo diminuição dessa pena; nisso a CF é bem clara ao dispor que alguém somente será considerado culpado após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Tanto é verdade que o inciso LVII que dispõe sobre o cumprimento definitivo da pena sequer determina que a ordem seja escrita e fundamentada uma vez que é decorrência lógica do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Em não se falando em cumprimento definitivo da pena conforme se pode inferir da interpretação do inciso LVII, então existe a prisão em flagrante e as prisões cautelares previstas no inciso LXI, ambos do artigo 5^a da CF. Ocorre que o legislador constituinte, objetivando evitar prisões arbitrárias e restrição da liberdade, não pretendeu impedir a decretação de prisões cautelares, mas a elas impôs limites eis que ainda não haveria sentença penal condenatória transitado em julgado.

O cuidado do legislador constituinte, à época, com as prisões cautelares tinha fundamento no momento histórico do qual estávamos emergindo, isto é, saindo de um período em que prisões sequer eram decretadas por autoridade competente ou por ordem fundamentada, eram os anos de chumbo da ditadura militar.

O legislador constituinte originário pretendia, então, evitar a discricionariedade quando se estava a falar do direito fundamental à vida e à

liberdade. Isto é, prisões que não fossem decorrentes de sentença penal condenatória transitada em julgado, ficassem restritas às prisões em flagrante, preventivas e temporárias, cujos requisitos estão dispostos na lei infraconstitucional.

Portanto, a leitura sistemática feita por Barroso dos incisos LVII e LXI do artigo 5º da CF, da forma como constou em seu voto, não se consubstanciam nem nenhuma interpretação que se possa fazer de ambos os incisos.

II.2. A normas constitucionais em tensão na hipótese

23. Na discussão específica sobre a execução da pena depois de proferido o acórdão condenatório pelo Tribunal competente, há dois grupos de normas constitucionais colidentes. De um lado, está o princípio da presunção de inocência, extraído do art. 5º, LVII, da Constituição, que, em sua máxima incidência, postula que nenhum efeito da sentença penal condenatória pode ser sentido pelo acusado até a definitiva afirmação de sua responsabilidade criminal. No seu núcleo essencial está a ideia de que a imposição ao réu de medidas restritivas de direitos deve ser excepcional e, por isso, deve haver elementos probatórios a justificar a necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito da medida.

24. De outro lado, encontra-se o interesse constitucional na efetividade da lei penal, em prol dos objetivos (prevenção geral e específica) e bens jurídicos (vida, dignidade humana, integridade física e moral, etc.) tutelados pelo direito penal. Tais valores e interesses possuem amplo lastro na Constituição, encontrando previsão, entre outros, nos arts. 5º, *caput* (direitos à vida, à segurança e à propriedade), e inciso LXXVIII (princípio da razoável duração do processo), e 144 (segurança). Esse conjunto de normas postula que o sistema penal deve ser efetivo, sério e dotado de credibilidade. Afinal, a aplicação da pena desempenha uma função social muitíssimo relevante. Imediatamente, ela promove a prevenção especial, desestimulando a reiteração delitiva pelo indivíduo que tenha cometido o crime, e a prevenção geral, desestimulando a prática de atos criminosos por membros da sociedade. Mediamente, o que está em jogo é a proteção de interesses constitucionais de elevado valor axiológico, como a vida, a dignidade humana, a integridade física e moral das pessoas, a propriedade, e o meio ambiente, entre outros.

II.3. A necessidade de ponderação e sua efetiva concretização

25. Há, desse modo, uma ponderação a ser realizada. Nela, não há dúvida de que o princípio da presunção de inocência ou da 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, quando há mera apuração da prática de delitos, o peso a ser atribuído à presunção de inocência do investigado deve ser máximo, enquanto o peso dos objetivos e bens jurídicos tutelados pelo direito penal ainda é pequeno. Ao contrário, com a decisão condenatória em segundo grau de jurisdição, há sensível redução do peso do princípio da presunção de inocência e equivalente aumento do peso atribuído à exigência de efetividade do sistema penal. É que, nessa hipótese, já há demonstração segura da responsabilidade penal do réu e necessariamente se tem por finalizada a apreciação de fatos e provas.

26. Como se sabe, nos tribunais superiores, como regra, não se discute autoria ou materialidade, ante a impossibilidade de revolvimento de fatos e provas. Os recursos extraordinário e especial não se prestam a rever as condenações, mas apenas a tutelar a higidez do ordenamento jurídico constitucional e infraconstitucional. Por isso, nos termos da Constituição, a interposição desses recursos pressupõe que a causa esteja decidida. É o que preveem os artigos 102, III, e 105, III, que atribuem competência ao STF e ao STJ para julgar, respectivamente, mediante recurso extraordinário e especial, “*as causas decididas em única ou última instância*”. Ademais, tais recursos excepcionais não possuem efeito suspensivo (v. art. 637 do CPP e art. 1.029, § 5º, CPC/2015, aplicável subsidiariamente ao processo penal, por força do art. 3º, do CPP).

27. Portanto, o sacrifício que se impõe ao princípio da não culpabilidade – prisão do acusado condenado em segundo grau antes do trânsito em julgado – é superado pelo que se ganha em proteção da efetividade e da credibilidade da Justiça, sobretudo diante da mínima probabilidade de reforma da condenação, como comprovam as estatísticas. Essa conclusão é reforçada pela aplicação do *princípio da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente*¹⁷.

28. O princípio da proporcionalidade, tal como é hoje compreendido, não possui apenas uma dimensão negativa, relativa à *vedação do excesso*, que atua como limite às restrições de direitos fundamentais que se mostrem inadequadas, desnecessárias ou desproporcionais em sentido estrito. Ele abrange, ainda, uma dimensão positiva, referente à *vedação à proteção estatal insuficiente* de direitos e princípios constitucionalmente tutelados. A ideia é a de que o Estado também viola a Constituição quando deixa de agir ou quando não atua de modo adequado e satisfatório para proteger bens jurídicos relevantes. Tal princípio tem sido aplicado pela jurisprudência desta Corte em diversas ocasiões para afastar a incidência de normas que impliquem a tutela deficiente de preceitos constitucionais¹⁸.

29. Na presente hipótese, não há dúvida de que a interpretação que interdita a prisão anterior ao trânsito em julgado tem representado uma proteção insatisfatória de direitos fundamentais, como a vida, a dignidade humana e a integridade física e moral das pessoas. Afinal, um direito penal sério e eficaz constitui instrumento para a garantia desses bens jurídicos tão caros à ordem constitucional de 1988¹⁹.

17 Sobre o tema, v. Daniel Sarmiento e Cláudio Pereira de Souza Neto, *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*, 2014, p. 482 e s; Ingo Wolfgang Sarlet, *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, 2015.

18 Nesse sentido, vejam-se: RE 418376. Rel. p/ acórdão Min. Joaquim Barbosa; ADI 3112, Rel. Min. Ricardo Lewandowski; HC 104410, Rel. Min. Gilmar Mendes; e HC 16212, Rel. Min. Marco Aurélio.

19 Luciano Feldens, *A Constituição Penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*, 2005; Anthair Edgard de Azevedo Valente e Gonçalves, *Inciso LVII do art. 5º da CF: uma presunção à brasileira*, mimeografado, 2009.

A exigência de uma intervenção eficaz não é, porém, incompatível com a defesa de uma intervenção mínima do direito penal. Um direito penal efetivo, capaz de cumprir os seus objetivos, não precisa de excesso de tipificações, nem de exacerbação de penas. Na clássica, mas ainda atual lição de Cesare Beccaria: *“A perspectiva de um castigo moderado, mas inevitável, causará sempre uma impressão mais forte do que o vago temor de um suplício terrível, em relação ao qual se apresenta alguma esperança de impunidade”*²⁰.

30. Assim sendo, a partir de uma ponderação entre os princípios constitucionais envolvidos e à luz do mandamento da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente, é possível concluir que a execução provisória da pena aplicada a réu já condenado em segundo grau de jurisdição, que esteja aguardando apenas o julgamento de RE e de REsp, não viola a presunção de inocência. Em verdade, a execução da pena nesse caso justifica-se pela necessidade de promoção de outros relevantes bens jurídicos constitucionais.

Barroso sustenta que há dois grupos de normas colidentes. Segundo seu entendimento, de um lado estaria o princípio da presunção de inocência e de outro encontra-se o interesse constitucional na efetividade da lei penal em prol dos objetivos e bens jurídicos, igualmente previstos na Constituição. Para ele, o princípio da presunção de inocência deverá ser ponderado pela técnica da proporcionalidade com outros valores e interesses também insertos na Constituição, dentre eles estariam o caput do artigo 5º, o inciso LXXVII do referido dispositivo e o artigo 144.

Barroso defende que o princípio da presunção de inocência deve ser ponderado com outros direitos igualmente previstos constitucionalmente, fazendo uma espécie de paralelo entre esses direitos.

Ocorre que Barroso faz essa ponderação em abstrato, isto é, apesar de estar julgando um caso concreto, não o utiliza, é como se não houvesse nenhum processo e como se não mais estivesse discutindo acerca da liberdade de um ser humano em específico.

Não há interpretação de norma sem o caso concreto, portanto, o que Barroso faz é inteiramente subjetivo, expondo o que, em sua visão, é mais valioso, o que pesa mais e o que deve prevalecer. O que temos neste caso é uma escolha do julgador. Não há, portanto, como cotejar os direitos fundamentais porque não temos, de todo o modo, um caso concreto.

III. APÓS CONDENAÇÃO EM 2º GRAU, A EXECUÇÃO DA DECISÃO CONSTITUI EXIGÊNCIA DE ORDEM PÚBLICA

III.1. Fundamento infraconstitucional legitimador da prisão após a condenação em segundo grau

31. No tópico anterior, foram apresentados fundamentos de índole estritamente constitucional que são adequados e suficientes para justificar a posição aqui defendida quanto ao momento de execução da decisão penal condenatória: (i) o direito brasileiro não exige o trânsito em julgado da decisão para que se decrete a prisão, (ii) a presunção de inocência, por ser um princípio, sujeita-se à ponderação com outros valores constitucionais, e (iii) o princípio da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente impede que o Estado tutele de forma insuficiente os direitos fundamentais protegidos pelo direito penal. É possível, subsidiariamente, construir outro fundamento, de estatura infraconstitucional: com o acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, a execução provisória da pena passa a constituir, *em regra*, exigência de ordem pública, necessária para assegurar a credibilidade do Poder Judiciário e do sistema penal. Vale dizer: ainda que não houvesse um fundamento constitucional direto para legitimar a prisão após a condenação em segundo grau – e há! –, ela se justificaria nos termos da legislação ordinária. Não é difícil demonstrar o ponto.

32. O artigo 312 do Código de Processo Penal²¹ prevê três situações em que a decretação da prisão preventiva é justificada, havendo prova da existência do crime e indício suficiente de autoria: (i) a conveniência da instrução criminal, consistente na necessidade de garantir a colheita de provas, evitar a atuação indevida do acusado sobre testemunhas etc; (ii) a garantia de aplicação da lei penal, que busca evitar que o acusado se furte ao processo e/ou ao seu resultado, e (iii) a garantia da ordem pública e da ordem econômica. Em relação à garantia da ordem pública, o Supremo Tribunal Federal tem entendido que ela compreende, além da necessidade de resguardar a integridade física do acusado e impedir a reiteração de práticas criminosas, a exigência de assegurar a credibilidade das instituições públicas, notadamente do Poder Judiciário²². Presentes essas hipóteses, pode o juiz decretar, em qualquer

21 CPP. Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

22 Nesse sentido, confirmam-se, exemplificativamente: (i) HC 89.238, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, j. 29.05.2007, onde se lavrou: “Com relação ao tema da garantia da ordem pública, faço menção à manifestação já conhecida desta Segunda Turma em meu voto proferido no HC 88.537/BA e recentemente sistematizado nos HC’s 89.090/GO e 89.525/GO acerca da conformação jurisprudencial do requisito dessa garantia. Nesses julgados, pude asseverar que o referido requisito legal envolve, em linhas gerais e sem qualquer pretensão de exaurir todas as possibilidades normativas de sua aplicação judicial, as seguintes fase da investigação policial ou do processo penal, a prisão, desde que fundamentadamente.

33. Pois bem. No momento em que se dá a condenação do réu em segundo grau de jurisdição, estabelecem-se algumas certezas jurídicas: a materialidade do delito, sua autoria e a impossibilidade de rediscussão de fatos e provas. Neste cenário, retardar infundadamente a prisão do réu condenado estaria em inerente contraste com a preservação da ordem pública, aqui entendida como a eficácia do direito penal exigida para a proteção da vida, da segurança e da integridade das pessoas e de todos os demais fins que justificam o próprio sistema criminal²³. Estão em jogo aqui a credibilidade do Judiciário – inevitavelmente abalada com a demora da repreensão eficaz do delito –, sem mencionar os deveres de proteção por parte do Estado e o papel preventivo do direito penal. A afronta à ordem pública torna-se ainda mais patente ao se considerar o já mencionado baixíssimo índice de provimento de recursos extraordinários, inferior a 1,5% (em verdade, inferior a 0,1% se considerarmos apenas as decisões absolutórias), sacrificando os diversos valores aqui invocados em nome de um formalismo estéril.

circunstâncias principais: i) a necessidade de resguardar a integridade física ou psíquica do paciente ou de terceiros; ii) o objetivo de impedir a reiteração das práticas criminosas, desde que lastreado em elementos concretos expostos fundamentadamente no decreto de custódia cautelar; e iii) para assegurar a credibilidade das instituições públicas, em especial do poder judiciário, no sentido da adoção tempestiva de medidas adequadas, eficazes e fundamentadas quanto à visibilidade e transparência da implementação de políticas públicas de persecução criminal.”; e (ii) HC 83.868, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 10.06.2008, Pleno, de cuja ementa extrai-se que: “A garantia da ordem pública se revela, ainda, na necessidade de se assegurar a credibilidade das instituições públicas quanto à visibilidade e transparência de políticas públicas de persecução criminal”.

23 CF/88, art. 144. “A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da *ordem pública* e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: ...”. Vê-se, assim, que a ordem pública é, igualmente, um conceito constitucional, associado à segurança pública. O uso abusivo da repressão penal em outras épocas da vivência brasileira não deve impedir o seu uso legítimo, ponderado e eficiente em um Estado democrático.

Neste ponto Barroso sustenta que o princípio da presunção de inocência pode ser mitigado se ponderado com o princípio da efetividade da lei penal e, para tanto, aduz que com a sentença penal condenatória confirmada em segundo grau de jurisdição já se teria produzido uma demonstração segura da responsabilidade do réu, autorizando sua reclusão.

No caso do HC 126.292/SP, o réu havia sido condenado em primeira instância. A condenação fora confirmada após o julgamento do recurso de apelação – sem recurso do MP – e sua prisão decretada. Seguindo a linha de raciocínio desenvolvida por Barroso, imediatamente surge a pergunta: E o que acontece quando o réu é absolvido em primeira instância e tem a sentença de absolvição reformada em segundo grau de jurisdição, condenando-o? Neste caso, podemos dizer que houve demonstração segura de sua culpabilidade?

Ora, se em primeira instância fora absolvido e em segunda instância condenado, então podemos dizer que não há segurança por parte do Judiciário quanto à culpabilidade do réu. Ao grosso modo, podemos dizer que a probabilidade do réu ser inocente é de 50% (cinquenta por cento) e a probabilidade de ser considerado culpado é também de 50% (cinquenta por cento).

Neste caso ficaria o STJ ou STF obrigado a atribuir efeito suspensivo aos recursos ou a concederem a ordem em habeas corpus para desempatar o resultado do placar?

E nos casos em que mesmo que a condenação tenha sido confirmada em segundo grau de jurisdição, mas o regime inicial de cumprimento tenha sido alterado por modificação na dosimetria da pena? Exemplo: réu considerado primário, condenado em primeira instância por um tipo penal “x” à pena mínima, em regime inicial de cumprimento da pena fixado em semiaberto. Em segunda instância, a pena foi majorada e o regime inicial de cumprimento da pena passou ao mais gravoso, isto é, regime fechado.

Neste caso também nos perguntamos sobre a “demonstração segura da responsabilidade do réu”, não quanto à autoria, mas quanto à aplicação da pena.

Em seu voto, Barroso entende que o julgamento em grau de apelação esgota as instâncias ordinárias e a execução da pena, em suas palavras, *“a constituir, em regra, exigência de ordem pública, necessária para assegurar a credibilidade do Poder Judiciário e do sistema penal”*.

Barroso se mostra deveras preocupado com o que ele chama de *“descrédito do sistema de justiça penal junto à sociedade”*.

Como ministro do STF, Barroso preocupar-se com o descrédito da sociedade com relação à justiça penal não seria nada extraordinário. No entanto, causa espanto que isso seja argumento forte o suficiente para tornar terra arrasada o princípio da presunção de inocência.

O descrédito da sociedade com relação à justiça penal pode ser de várias ordens. Pode desde a ignorância acerca dos direitos fundamentais que alcança a todos, pois quantas já não foram as vezes em que ouvimos a frase: “bandido bom é bandido morto”? Temos parlamentares que defendem tais

ideologias, sem se aterem que a pena de morte é um retrocesso na escala evolutiva da humanidade.

O descrédito também pode ser atribuído pela demora no julgamento, pela demora no início do cumprimento da pena, pela incapacidade de ressocialização do apenado quando posto novamente em liberdade... Enfim, a insatisfação pode ser desde uma questão pessoal até algo que realmente guarde relação com o problema. Não existe este termômetro.

III.2. Uso abusivo e procrastinatório do direito de recorrer

34. Alguns exemplos emblemáticos auxiliam na compreensão do ponto²⁴. No conhecido caso “Pimenta Neves”, referente a crime de homicídio qualificado ocorrido em 20.08.2000, o trânsito em julgado somente ocorreu em 17.11.2011, mais de 11 anos após a prática do fato. Já no caso Natan Donadon, por fatos ocorridos entre 1995 e 1998, o ex-Deputado Federal foi condenado por formação de quadrilha e peculato a 13 anos, 4 meses e 10 dias de reclusão. Porém, a condenação somente transitou em julgado em 21.10.2014, ou seja, mais de 19 anos depois. Em caso igualmente grave, envolvendo o superfaturamento da obra do Fórum Trabalhista de São Paulo, o ex-senador Luiz Estêvão foi condenado em 2006 a 31 anos de reclusão, por crime ocorrido em 1992. Diante da interposição de 34 recursos, a execução da sanção só veio a ocorrer agora em 2016, às vésperas da prescrição, quando já transcorridos mais de 23 anos da data dos fatos.

35. Infelizmente, porém, esses casos não constituem exceção, mas a regra. Tome-se, aleatoriamente, um outro caso incluído na pauta do mesmo dia do presente julgamento. Refiro-me ao AI 394.065-AgR-ED-ED-ED-EDv-AgR-AgR-AgR-ED, de relatoria da Ministra Rosa Weber, relativo a crime de homicídio qualificado cometido em 1991. Proferida a sentença de pronúncia, houve recurso em todos os graus de jurisdição até a sua confirmação definitiva²⁵. Posteriormente, deu-se a condenação pelo Tribunal do Júri e foi interposto recurso de apelação. Mantida a decisão condenatória, foram apresentados embargos de declaração (EDs). Ainda

inconformada, a defesa interpôs recurso especial. Decidido desfavoravelmente o recurso especial, foram manejados novos EDs. Mantida a decisão embargada, foi ajuizado recurso extraordinário, inadmitido pelo eminente Min. Ilmar Galvão. Contra esta decisão monocrática, foi interposto agravo regimental (AgR). O AgR foi desprovido pela Primeira Turma, e, então, foram apresentados EDs, igualmente desprovidos. Desta decisão, foram oferecidos novos EDs, redistribuídos ao Min. Ayres Britto. Rejeitados os embargos de declaração, foram interpostos embargos de divergência, distribuídos ao Min. Gilmar Mendes. Da decisão do Min. Gilmar Mendes, que inadmitiu os EDiv, foi ajuizado AgR, julgado pela Min. Ellen Gracie. Da decisão da Ministra, foram apresentados EDs, conhecidos como AgR, a que a Segunda Turma negou provimento. Não obstante isso, foram manejados novos EDs, pendentes de julgamento pelo Plenário do STF. Portanto, utilizando-se de mais de uma dúzia de recursos, depois de quase 25 anos, a sentença de homicídio cometido em 1991 não transitou em julgado.

24 Esta Corte, é claro, não se mostrou indiferente ao patente abuso do direito de recorrer, determinando, em alguns desses casos, a imediata execução da condenação. Porém, essa possibilidade não é suficiente para corrigir a disfuncionalidade existente no sistema recursal.

25 Também esta exigência de trânsito em julgado da sentença de pronúncia, previamente à realização do júri, está a exigir urgente reforma.

Barroso entende que o cumprimento da pena após a decisão de segunda instância impedirá a “infindável” interposição de recursos que, em sua visão, são meramente procrastinatórios e consistem em abuso do direito de recorrer.

A suposta infindável interposição de recursos a que Barroso se refere não pode ser resolvida com a privação de liberdade do acusado apenas porque já tem condenação em segundo grau de jurisdição. O direito de ser considerado inocente até o trânsito em julgado da sentença e de responder ao processo em liberdade (exceto em caso da presença de requisitos para a decretação de prisão cautelar) é um direito fundamental.

Um direito fundamental só pode colidir com outro direito fundamental. Aqui assistimos um direito fundamental ser afastado por um argumento finalístico que não se traduz em outro direito fundamental.

O problema do abarrotamento do Judiciário não é problema constatado recentemente. Assim como a questão criminal não é apenas questão do Judiciário, mas em especial do Executivo e também do Legislativo, a sobrecarga de trabalho de um ministro do STF, bem como de qualquer outro juiz, é decorrente de um Estado ineficiente que não cumpre o seu papel de promotor e garantidor de direitos.

Pesquisa feita pelo CNJ⁷⁷, em 2011, apontou, à época, que os cinco maiores litigantes em todas as esferas do Poder Judiciário são: 1º) Setor Público Federal, 2º) Bancos, 3º) Setor Público Estadual, 4º) Telefonia e 5º) Setor Público Municipal, conforme gráfico abaixo:

Tabela 2 - Listagem dos cinco maiores setores por Justiça contendo o percentual de processos em relação aos 100 maiores litigantes da Justiça.

Rank	100 maiores Litigantes por Setor e Justiça							
	Nacional		Federal		Trabalho		Estadual	
1	SETOR PÚBLICO FEDERAL	38%	SETOR PÚBLICO FEDERAL	77%	SETOR PÚBLICO FEDERAL	27%	BANCOS	54%
2	BANCOS	38%	BANCOS	19%	BANCOS	21%	SETOR PÚBLICO ESTADUAL	14%
3	SETOR PÚBLICO ESTADUAL	8%	CONSELHOS PROFISSIONAIS	2%	INDÚSTRIA	19%	SETOR PÚBLICO MUNICIPAL	10%
4	TELEFONIA	6%	EDUCAÇÃO	1%	TELEFONIA	7%	TELEFONIA	10%
5	SETOR PÚBLICO MUNICIPAL	5%	SERVIÇOS	1%	SETOR PÚBLICO ESTADUAL	7%	SETOR PÚBLICO FEDERAL	7%

Fonte: Departamento de Pesquisa Judiciárias/ CNJ.

O direito de acesso ao Poder Judiciário já foi restringido, como, *e.g.*, a exigência do pagamento de custas judiciais – de constitucionalidade duvidosa para dizer o mínimo – e criação do instituto da repercussão geral pela Emenda Constitucional nº 45.

Resolver o excesso de demandas que tramitam no STF, se é o que pretende Barroso, não será retirando direitos e garantias constitucionais como o direito à ampla defesa e ao contraditório e o direito à liberdade que logrará êxito.

⁷⁷ http://cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf. Acessado em 07/08/2016.

Também não é crível, a menos que isso pudesse ser minimamente demonstrado, que o cumprimento da pena pelo acusado sem sentença penal condenatória transitada em julgado não trará nenhum sentimento de confiança nas instituições públicas, quanto mais no Poder Judiciário, como quer Barroso. Isso porque são as próprias instituições públicas que desrespeitam os direitos do cidadão e não lhes garante aqueles que foram prometidos.

III.3. A razoável duração do processo como dever do Estado e exigência da sociedade

36. É intuitivo que, quando um crime é cometido e seu autor é condenado em todas as instâncias, mas não é punido ou é punido décadas depois, tanto o condenado quanto a sociedade perdem a necessária confiança na jurisdição penal. O acusado passa a crer que não há reprovação de sua conduta, o que frustra a função de prevenção especial do Direito Penal. Já a sociedade interpreta a situação de duas maneiras: (i) de um lado, os que pensam em cometer algum crime não têm estímulos para não fazê-lo, já que entendem que há grandes chances de o ato manter-se impune – frustrando-se a função de prevenção geral do direito penal; (ii) de outro, os que não pensam em cometer crimes tornam-se incrédulos quanto à capacidade do Estado de proteger os bens jurídicos fundamentais tutelados por este ramo do direito. ____

37. Tamanha ineficiência do sistema de justiça criminal já motivou inclusive a elaboração, pela Comissão responsável por acompanhar a implementação da Convenção Interamericana contra a Corrupção, de que o país é parte, de recomendação ao Brasil no sentido de *“implementar reformas no sistema de recursos judiciais ou buscar outros mecanismos que permitam agilizar a conclusão dos processos no Poder Judiciário e o início da execução da sentença, a fim de evitar a impunidade dos responsáveis por atos de corrupção”*²⁶.

38. Aliás, a este propósito, cumpre abrir janelas para o mundo e constatar, como fez a Ministra Ellen Gracie no julgamento do HC 86.886 (j. 6.09.2005), 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”*. Nos diferentes países, em regra, adota-se como momento do início da execução a decisão de primeiro grau ou a de segundo grau, sem que se exija o prévio esgotamento das instâncias extraordinárias. É o que demonstra estudo cobrindo países como Inglaterra, Estados Unidos, Canadá, Portugal, Espanha e Argentina, citado pelo Ministro Teori Zavascki em seu voto²⁷.

39. Em suma: o início do cumprimento da pena no momento do esgotamento da jurisdição ordinária impõe-se como uma exigência de ordem pública, em nome da necessária eficácia e credibilidade do Poder Judiciário. A superação de um sistema recursal arcaico e procrastinatório já foi objeto até mesmo de manifestação de órgãos de cooperação internacional. Não há porque dar continuidade a um modelo de morosidade, desprestígio para a justiça e impunidade. Isso, é claro, não exclui a possibilidade de que o réu recorra ao STF ou ao STJ para corrigir eventual abuso ou erro das decisões de primeiro e segundo graus, o que continua a poder ser feito pela via do *habeas corpus*. Além de poder requerer, em situações extremas, a concessão de efeito suspensivo no RE ou no REsp. Mas, de novo, à vista do ínfimo índice de provimento de tais recursos, esta deverá ser uma manifesta exceção.

Barroso anteriormente justificou o afastamento do princípio da presunção de inocência para, com isso, desestimular a interposição de recursos. Neste ponto de seu voto, também entende que o afastamento do princípio da presunção de inocência também desmotivaria o cometimento de crimes, pois, atualmente, o infrator tem consigo a certeza da impunidade e, portanto, quem antes não cometeria crime algum não vê, diante disso, motivo para não cometê-lo.

É realmente impressionante o conteúdo finalístico do voto de Barroso. Para chegar a um resultado a que o ministro entende ser o correto, atropela o Direito e a Constituição Federal. Sem precisar novamente aqui reiterar que não estamos mais frete a um caso concreto, mas uma tese em abstrato, não há

qualquer elemento, por menor que seja, que outorgue o mínimo de certeza e a mínima condição de verificação do acerto desse fundamento.

Caberia aqui, como em todo o seu voto, o ônus argumentativo a Barroso, do qual não poderia ter se desincumbido, quanto mais em uma decisão de tamanha relevância e impacto jurídico e social.

Barroso não cita nenhuma doutrina, pesquisa ou evidência que aqueles que cometem crimes são os destemidos e incrédulos da justiça penal. Quem já tivesse sido preso em nosso sistema carcerário (objeto de denúncias e condenações na CIDH por violação aos direitos humanos) não mais voltaria a cometê-lo pela certeza da punibilidade? Isso não parece ser verdadeiro, pois se fosse não teríamos réus reincidentes no mesmo delito ou delitos de outras naturezas.

Muito menos ainda podemos dizer que aquele que jamais cometeu crime algum ao ver um condenado respondendo ao processo em liberdade sintasse estimulado ao cometimento de crimes.

Essas afirmações são fruto de convicções pessoais de Barroso sobre o sistema penal, ou seja, é a sua visão particular servindo de fundamento para o afastamento do princípio da presunção da inocência. Nada haveria de errado se suas convicções pessoais coincidissem com argumentos jurídicos racionais ou minimamente verificáveis, mas isto não é observado neste caso.

A grande maioria da massa carcerária é de pobres e negros

Já se nota, a essa altura, que quase nenhum, senão a totalidade, dos fundamentos de Barroso são jurídicos. Não há interpretação em seus argumentos, há apenas convicções as quais não podem ser testadas e nem verificadas.

Parte III

FUNDAMENTOS PRAGMÁTICOS PARA O NOVO ENTENDIMENTO

40. Os métodos de atuação e argumentação dos órgãos judiciais são essencialmente *jurídicos*, mas a natureza de sua função, notadamente quando envolva a jurisdição constitucional e os chamados *casos difíceis*²⁸, tem uma inegável dimensão *política*. Assim é devido ao fato de o intérprete desempenhar uma atuação criativa – pela atribuição de sentido a cláusulas abertas e pela realização de escolhas entre soluções alternativas possíveis –, e também em razão das consequências práticas de suas decisões.

41. Como é corrente, desenvolveu-se nos últimos tempos a percepção de que a norma jurídica não é o relato abstrato contido no texto legal, mas o produto da integração entre texto e realidade. Em muitas situações, não será possível determinar a vontade constitucional sem verificar as possibilidades de sentido decorrentes dos fatos subjacentes. Como escrevi em texto doutrinário:

“A integração de sentido dos conceitos jurídicos indeterminados e dos princípios deve ser feita, em primeiro lugar, com base nos valores éticos mais elevados da sociedade (leitura moral da Constituição). Observada essa premissa

28 Casos difíceis são aqueles para os quais não existe uma solução pré-pronta no Direito. A solução terá de ser construída argumentativamente, à luz dos elementos do caso concreto, dos parâmetros fixados na norma e de elementos externos ao Direito. Três situações geradoras de casos difíceis são a ambiguidade da linguagem, os desacordos morais e as colisões de normas constitucionais.

inarredável – porque assentada na ideia de justiça e na dignidade da pessoa humana – deve o intérprete atualizar o sentido das normas constitucionais (interpretação evolutiva) e **produzir o melhor resultado possível para a sociedade (interpretação pragmática)**. A interpretação constitucional, portanto, configura uma atividade *concretizadora* – i.e., uma interação entre o sistema, o intérprete e o problema – *construtivista*, porque envolve a atribuição de significados aos textos constitucionais que ultrapassam sua dicção expressa”² (grifo acrescentado)

42. O pragmatismo possui duas características que merecem destaque para os fins aqui visados: (i) o *contextualismo*, a significar que a realidade concreta em que situada a questão a ser decidida tem peso destacado na determinação da solução adequada; e (ii) o *consequencialismo*, na medida em que o resultado prático de uma decisão deve merecer consideração especial do intérprete. Dentro dos limites e possibilidades dos textos normativos e respeitados os valores e direitos fundamentais, cabe ao juiz produzir a decisão que traga as melhores consequências possíveis para a sociedade como um todo.

43. Pois bem: o pragmatismo jurídico, que opera dentro dos sentidos possíveis da norma jurídica, oferece três argumentos que reforçam a necessidade de revisão da atual jurisprudência do STF quanto à impossibilidade de execução provisória da pena. Como já afirmado no início deste voto, a alteração, em 2009, da compreensão tradicional do STF sobre o tema, que vigia desde a promulgação da Constituição de 1988, produziu três efeitos negativos: o incentivo à interposição de recursos protelatórios, o reforço à seletividade do sistema penal e o agravamento do descrédito do sistema de justiça penal junto à sociedade. A reversão desse entendimento jurisprudencial pode, assim, contribuir para remediar tais efeitos perversos, promovendo (i) a garantia de equilíbrio e funcionalidade do sistema de justiça criminal, (ii) a redução da

29

Luís Roberto Barroso, Curso de direito constitucional contemporâneo, 2015, p. 322.

seletividade do sistema penal, e (iii) a quebra do paradigma de impunidade.

I. EQUILÍBRIO E FUNCIONALIDADE DO SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL

44. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação pode contribuir para um maior equilíbrio e funcionalidade do sistema de justiça criminal. Em primeiro lugar, com esta nova orientação, reduz-se o estímulo à infundável interposição de recursos inadmissíveis. Impedir que condenações proferidas em grau de apelação produzam qualquer consequência, conferindo aos recursos aos tribunais superiores efeito suspensivo que eles não têm por força de lei, fomenta a utilização abusiva e protelatória da quase ilimitada gama de recursos existente em nosso sistema penal.

45. Em segundo lugar, restabelece-se o prestígio e a autoridade das instâncias ordinárias, algo que há muito se perdeu no Brasil. Aqui, o juiz de primeiro grau e o Tribunal de Justiça passaram a ser instâncias de passagem, porque o padrão é que os recursos subam para o Superior Tribunal de Justiça e, depois, para o Supremo Tribunal Federal. Porém, não se pode presumir, ou assumir como regra, que juízes e tribunais brasileiros profiram decisões equivocadas ou viciadas, de modo a atribuir às cortes superiores o monopólio do acerto. Em verdade, não há direito ao triplo ou quádruplo grau de jurisdição: a apreciação pelo STJ e pelo STF não é assegurada pelo princípio do devido processo legal e não constitui direito fundamental. Desse modo, a mudança de orientação prestígia, ao mesmo tempo, a própria Suprema Corte, cujo acesso se deve dar em situações efetivamente extraordinárias, e que, portanto, não pode se transformar em tribunal ordinário de revisão, nem deve ter seu tempo e recursos escassos desperdiçados com a necessidade de proferir decisões em recursos nitidamente inadmissíveis e protelatórios.

Barroso, em momento anterior, já havia exposto seu entendimento no sentido de que o cumprimento de sentença antes do trânsito em julgado da sentença e após condenação em segunda instância devolveria ao Judiciário a credibilidade perdida e desestimularia a interposição de recursos.

Sobre o óbice da interposição de recursos e sobre a tentativa de devolver suposta credibilidade ao Judiciário, já tecemos críticas.

II. DIMINUIÇÃO DA SELETIVIDADE DO SISTEMA CRIMINAL

46. Além disso, a execução provisória da pena permitirá reduzir o grau de seletividade do sistema punitivo brasileiro. Atualmente, como já demonstrado, permite-se que as pessoas com mais recursos financeiros, mesmo que condenadas, não cumpram a pena ou possam procrastinar a sua execução por mais de 20 anos. Como é intuitivo, as pessoas que hoje superlotam as prisões brasileiras (muitas vezes, sem qualquer condenação de primeiro ou segundo graus) não têm condições de manter advogado para interpor um recurso atrás do outro. Boa parte desses indivíduos encontra-se presa preventivamente por força do art. 312 do Código de Processo Penal. A alteração da compreensão do STF acerca do momento de início de cumprimento da pena deverá ter impacto positivo sobre o número de pessoas presas temporariamente – a maior eficiência do sistema diminuirá a tentação de juízes e tribunais de prenderem ainda durante a instrução –, bem como produzirá um efeito republicano e igualitário sobre o sistema.

47. Não se trata de nivelar por baixo, mas de fazer justiça para todos. Note-se, por exemplo, que a dificuldade em dar execução às condenações por crimes que causem lesão ao erário ou à administração pública (*e.g.*, corrupção, peculato, prevaricação) ou crimes de natureza econômica ou tributária (*e.g.*, lavagem, evasão de divisas, sonegação) estimula a criminalidade de colarinho branco e dá incentivo aos piores. Como escrevi em recente texto acadêmico:

“Outro elemento de fomento à corrupção é a impunidade. As pessoas na vida tomam decisões levando em conta incentivos e riscos. O baixíssimo risco de punição – na verdade, a certeza da impunidade – funcionava como um incentivo imenso à conduta criminoso de agentes públicos e privados. Superar este quadro envolve mudança de atitude, da jurisprudência e da legislação. (...) O enfrentamento da corrupção e da impunidade produzirá uma transformação

cultural importante no Brasil: a valorização dos *bons* em lugar dos *espertos*. Quem tiver talento para produzir uma inovação relevante capaz de baixar custos vai ser mais importante do que quem conhece a autoridade administrativa que paga qualquer preço, desde que receba vantagem. Esta talvez seja uma das maiores conquistas que virá de um novo paradigma de decência e seriedade”³⁰.

O problema da justiça penal é muito maior que um problema de descrédito. Há milhares de centenas de estudos sobre a criminalidade no Brasil que apontam para causas e resultados substancialmente mais densos e complexos no que tange à seletividade penal.

O Brasil tem a quarta maior população carcerária do mundo, perdendo apenas para Estados Unidos, China e Rússia. O Infopen (Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias), em relatório emitido no primeiro semestre de 2014, calculou que existiam, até aquele momento, 607.731 (seiscentos e sete mil, setecentos e trinta e um) presos em apenas 376.669 (trezentos e setenta e seis mil, seiscentos e sessenta e nove) vagas, sendo que desse total 41% (quarenta e um por cento) estava preso sem condenação alguma, nem mesmo em primeira instância.

Ora, se existiam, em 2014, um percentual de 41% (quarenta e um por cento) de presos provisórios, sem sequer terem sido julgados em primeira instância.

Além disso, o relatório do Infopen também aponta que 67% (sessenta e sete por cento) da população carcerária brasileira é negra, enquanto que a população brasileira é composta por 51% (cinquenta e um e por cento) de negros.

Já no que tange à escolaridade, 6% são analfabetos, 9% alfabetizados sem cursos regulares e 53% dos presos não possuem sequer o ensino fundamental completo. O percentual vai reduzindo drasticamente na proporção inversa em que o nível de escolaridade vai aumentando, conforme dados do Infopen.

De uma leitura apenas das estatísticas dos dados apresentados pelo relatório poderíamos concordar com Barroso na parte em que ele afirma haver uma seletividade penal, sendo a população carcerária maciçamente composta negros, com baixa escolaridade, presos por crimes cometidos, na grande maioria, contra o patrimônio e entorpecentes.

Porém, torna-se importante colocar o debate sobre a criminalidade em um plano que leve em consideração questões sobre desigualdade social e econômicas enquanto elementos partícipes dessa “equação”, acompanhados da discussão sobre o acesso à justiça. A questão não está cingida em dividir igualitariamente as vagas em presídios entre negros e brancos ou entre ricos e pobres. A pergunta a ser feita é: por qual razão a população negra e de baixa escolaridade é maioria nos presídios? São eles os que cometem mais crimes se comparado aos brancos, alfabetizados com ensino superior? São eles, por suas condições, vítimas de uma política higienista? As penas impostas aos negros costumam ser mais severas se comparadas as penas impostas aos brancos em condições similares? Será que a polícia investiga e denuncia, com a mesma eficiência, brancos e negros? Será que o judiciário, por sua vez, recebe e arquiva as denúncias brancos e negros, ricos e pobres, com grau de instrução elevado e analfabetos com base nos mesmos critérios?

O relatório não apura a faixa de renda e nem a classe social dos presos, no entanto, podemos aferir que 35% (trinta e cinco por cento) dos crimes cometidos foram contra o patrimônio (roubo, furto e receptação) e outros 27% (vinte e sete por cento) tráfico de entorpecentes. No entanto, o relatório sequer faz menção a crimes de corrupção, suborno, lavagem de dinheiro, estelionato, sonegação de impostos e outros crimes dessa natureza, em geral, cometidos sem emprego de violência para obtenção de vantagem financeira em prejuízo

ao erário, do que podemos deduzir que a massa carcerária é composta por pessoas negras e de baixa renda.

Da análise dos dados podemos observar que a questão de justiça penal não se resolve com a reclusão provisória ou definitiva do acusado ou condenado, pois se isso resolvesse então a sociedade não teria razão alguma para estar desconfiada uma vez que a população carcerária brasileira é, como já dito, a 4ª maior do mundo. Não é por falta de prisões que a sociedade está desacreditada, como quer Barroso.

Não pode ser coincidência que mais da metade da população carcerária esteja presa por crimes contra o patrimônio e entorpecentes, 67% (sessenta e sete por cento) dessa massa seja composta por negros e 68% deles estejam entre os analfabetos, alfabetizados sem cursos regulares e com o ensino fundamental incompleto. Não pode haver coincidência nisso.

Se tivéssemos as respostas para as perguntas acima, poderíamos saber, com segurança, se a seletividade do sistema prisional poderia realmente ser resolvida apenas com o cumprimento da pena após a sentença proferida em segunda instância, ainda que sem trânsito em julgado. Se quem responde ao maior número de processos são negros, de baixa renda e baixa escolaridade, então a afirmação de Barroso não será verdadeira.

Infelizmente, sabemos que a seletividade começa na própria sociedade com acesso negado a bens e direitos, passa pela fase de investigação e termina com a sentença, isto é, não começa e termina no Judiciário, está fora e dentro dele.

III. QUEBRA DO PARADIGMA DE IMPUNIDADE

48. Por fim, a mudança de entendimento também auxiliará na quebra do paradigma da impunidade. Como já se afirmou, no sistema penal brasileiro, a possibilidade de aguardar o trânsito em julgado do REsp e do RE em liberdade para apenas então iniciar a execução da pena tem enfraquecido demasiadamente a tutela dos bens jurídicos resguardados pelo direito penal e a própria confiança da sociedade na Justiça criminal. Ao evitar que a punição penal possa ser retardada por anos e mesmo décadas, restaura-se o sentimento social de eficácia da lei penal. Ainda, iniciando-se a execução da pena desde a decisão condenatória em segundo grau de jurisdição, evita-se que a morosidade processual possa conduzir à prescrição dos delitos. Desse modo, em linha com as legítimas demandas da sociedade por um direito penal sério (ainda que moderado), deve-se buscar privilegiar a interpretação que confira maior – e não menor – efetividade ao sistema processual penal.

49. Em razão dos motivos aqui apresentados, entendo que o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade não obsta a execução da pena após a decisão condenatória de segundo grau de jurisdição.

30 V. Luís Roberto Barroso, Brasil: o caminho longo e tortuoso. Conferência proferida na Universidade de Nova York, em 11 abr. 2016. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2016/04/Conferência-NYU-11-abr2016-versão-final-completa2.pdf>. Sobre o comentário final da transcrição, denunciando o círculo vicioso que premia os piores, v. Míriam Leitão, História do futuro, 2015, p. 177-78.

CONCLUSÃO

50. Por todo o exposto, voto no sentido de denegar a ordem de habeas corpus, com revogação da liminar concedida, bem como para fixar a seguinte tese de julgamento: *“A execução de decisão penal condenatória proferida em segundo grau de jurisdição, ainda que sujeita a recurso especial ou extraordinário, não viola o princípio constitucional da presunção de inocência ou não-culpabilidade”*.

Por fim, à exceção do tópico da “seletividade penal”, Barroso traduz seu voto em fundamentos pragmáticos, isto é, ao final de seu voto, expõe, de forma mais clara os seus objetivos pretendidos com a sua decisão, tornando-se dispendioso tecer novamente as análises anteriormente já feitas.

CONCLUSÕES

Após o estudo em tela, podemos tirar algumas conclusões sobre o tema da mutação constitucional.

Interpretar qualquer texto de lei é indispensável, por mais óbvia que sua leitura possa parecer, quanto mais se estivermos falando da Constituição Federal cujos significados dos termos empregados são bastante abertos e imprecisos.

No que diz respeito aos métodos e princípios da interpretação exclusivamente constitucional podemos afirmar duas coisas. Em que pesem os diversos métodos de interpretação constitucional, a mutação não é própria apenas de um deles, podendo ocorrer independente da escolha do intérprete. Ainda, quanto aos princípios da interpretação constitucional, podemos perceber que o mais afeto ao tema é o da força normativa da constituição eis que uma vez ultrapassados os limites interpretativos, é a normatividade constitucional que estará ameaçada, logo, a sua pretensão de eficácia também.

A interpretação poderá levar a vários caminhos, razão pela qual é indispensável que o intérprete exponha de forma clara suas premissas, assumindo o ônus argumentativo que lhe cabe. Com isso, ele atingirá maior grau de objetividade e previsibilidade possível, sem que haja a intenção ingênua de erradicar a pré-compreensão do intérprete porque são indissociáveis, mas para garantir que aquele que interpreta tenha a consciência daquilo que são suas preferências e escolhas, daquilo que é o caso posto sob sua apreciação.

Em vista do complexo problema da interpretação, permitir alterações informais do texto constitucional através da atividade interpretativa, como no caso de uma mutação constitucional, pode ser arriscado demais para a democracia uma vez que estaria legitimando aqueles a quem a Constituição

não deu poderes para alterá-la. Mas não só por isso, mas também porque não há controle desse processo informal quando exercido pelos intérpretes últimos como no caso dos ministros do Supremo Tribunal Federal.

Apesar de doutrinariamente a mutação constitucional ser perfeitamente compreensível e, até certo ponto, justificável, a verdade é que na prática ela não parece corresponder ao seu equivalente na teoria, revelando-se, no mais das vezes, num mecanismo para que o intérprete dê vazão às suas preferências pessoais para decidir em confronto com as disposições constitucionais.

A ausência de limites claros para uma mutação constitucional só agravam mais ainda o quadro, pois diante de um caso como o estudado neste trabalho ficamos sem ter como apontar de forma a não deixar dúvidas até onde o intérprete podia ter ido com seus argumentos a fim de justificar uma mutação e a partir de qual momento extrapolou os sentidos e significados possíveis da norma constitucional.

Apesar desses limites não serem suficientes esclarecidos pela doutrina que conceitua e admite a existência da mutação constitucional, podemos dizer, mais por instinto do que por base doutrinária, quando não estamos mais lidando com uma mutação constitucional.

Conquanto o ministro Luís Roberto Barroso sustente que o afastamento do princípio da presunção de inocência após o julgamento em segunda instância é um caso típico de mutação constitucional, mais parece ter sido um desses casos em que a Constituição foi interpretada de forma contrária ao que preceitua. E é aqui que o alerta para uma possível manipulação da Constituição pode soar.

Ao permitirmos que a Constituição seja manipulada sob o pretexto de ter havido uma mutação constitucional estaremos colocando em risco a democracia, pois de nada valerá termos uma Carta Constitucional se de seu texto poderemos extrair qualquer sentido e significado sem qualquer constrangimento argumentativo. Se não temos admitido em nosso

ordenamento “normas constitucionais inconstitucionais”, então também não podemos admitir interpretações que contrariem a Constituição.

De tudo isso, podemos concluir que muito mais precisaria ser estudado para que pudéssemos adotar em nosso constitucionalismo os processos informais de alteração da Constituição, em especial a mutação pela via interpretativa. Do contrário, visando a preservação da força normativa da Constituição, a mutação constitucional nos moldes aqui abordados deveria ser conceituada como incompatível com o Estado Democrático de Direito

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. CARNIO, Henrique Garbellini. OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Introdução à teoria e à Filosofia do Direito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

BAHIA, Alexandre Gustavo M. F. de Moraes e outros. Presunção de Inocência: uma contribuição crítica à controvérsia em torno do julgamento do Habeas Corpus nº 126.

BASTOS, Celso Ribeiro. Hermenêutica e Interpretação Constitucional. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002. 3ª ed. Revista e atualizada.

BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 137.

BULOS, Uadi Lâmega. Mutação Constitucional. São Paulo: Saraiva, 1997.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros Editores, 2016.

CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Edições Almedina, 1941, 7ª edição, p. 1200 a 1201.

FERRAZ, Anna Cândia Cunha. Processos Informais de Mudança da Constituição: Mutações Constitucionais e Mutações Inconstitucionais. São Paulo: Max Limonad Ltda., 1986.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. A ciência do direito. São Paulo: Atlas, 2014.

HESSE, Konrad. Temas Fundamentais de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2009.

LARENZ, Karl. Metodologia da Ciência do Direito. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, 3ª edição.

MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2008, p.

PEREIRA, Jane Gonçalves Reis. Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. As mutações constitucionais e o limite imposto pelo texto da Constituição: uma análise da experiência latino-americana. Texto disponível em: <<http://www.pos.direito.ufmg.br/rbepdocs/101007036.pdf>> Acesso em 20/04/2016.

PASQUALINI, Alexandre. Hermenêutica: uma crença intersubjetiva na busca da melhor leitura possível *in* Hermenêutica Plural, organizadores Carlos E. de Abreu Boucault e José Rodrigo Rodriguez. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. Linhas mestras da interpretação constitucional *in* Curso de direito constitucional. Ingo Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero. São Paulo: Saraiva, 2015.

SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação Constitucional. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

SILVA, Virgílio Afonso da. *in* Ronaldo Porto Macedo Jr. & Catarina Helena Cortada Barbieri (orgs.), *Direito e interpretação: racionalidades e instituições*, São Paulo: Direito GV/Saraiva, 2011.

STRECK, Lênio. Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, 11ª edição revista, atualizada e ampliada.

STRECK, Lênio Luis e outros. A nova perspectiva do STF sobre o controle difuso. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2007-ago-03/perspectiva_stf_controle_difuso, acessado em 04/03/2016.

URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. Mutación constitucional y fuerza normativa de la Constitución: una aproximación al origen del concepto. Revista Española de Derecho Constitucional, Año 20. Núm. 58. Enero-Abril 2000.