

**XXV CONGRESSO DO CONPEDI -
CURITIBA**

**DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E
CONSTITUIÇÃO II**

FÁBIO ANDRÉ GUARAGNI

LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598

Direito penal, processo penal e constituição III [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;
Coordenadores: Felipe Augusto Forte de Negreiros Deodato, Rogério Gesta Leal – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-323-8

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Direito Penal. 3. Processo Penal.
4. Constituição. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34



XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO II

Apresentação

Segue a apresentação de trabalhos que nortearam as discussões do GT de Direito Penal, Processo Penal e Constituição II, por ocasião do XXV Congresso Nacional do Conpedi, em Curitiba/PR.

Os textos que ora se apresentam, ecléticos que são pela própria amplitude das ideias que contemplam e porque elaborados por autores que estão cientes do papel social que possuem na consolidação de um Estado verdadeiramente Democrático de Direito, demonstram a riqueza das ideias que norteiam o direito penal e o direito processual hodierno.

Os trabalhos contêm estofo interdisciplinar e contemplam desde a dogmática individualista tradicional até as transformações dogmáticas mais aptas à tutela do bem jurídico transindividual. As ideias transbordam o direito nacional e traduzem questões que afetam a modernidade globalizada, e dizem respeito tanto aos aspectos materiais como processuais de uma modernidade que reclama, mais do que nunca, que cada cidadão exerça efetivamente o seu papel social.

Como legado, fica a ideia de que o direito penal e o direito processual penal, como segmentos de controle social de caráter formal e residual, carecem de aperfeiçoamento, principalmente porque subjacentes, hoje, às discussões que envolvem a pertinência das leis e do trabalho dos envolvidos na persecução penal desde sua etapa primeva.

Os textos ora apresentados refletem a vivência de uma sociedade complexa e plural, carecedora de práticas que não estejam ancoradas em velhas e ultrapassadas premissas e tradições. Daí a razão pela qual a leitura permitirá vislumbrar o cuidado que cada autor teve de apresentar textos críticos, que por certo contribuirão para modificações legislativas e práticas materiais e processuais que alimentem o direito penal e o direito processual penal de molde a guardarem mais pertinência à Constituição Federal de 1988 e aos reclamos da sociedade hodierna.

Tenham todos ótima leitura e que venham os frutos das ideias acima destacadas!

Prof. Dr. Fábio André Guaragni - UNICURITIBA

Prof. Dr. Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro - ESDHC

ROMANCE DESENCADEADO? O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A PRESUNÇÃO CONSTITUCIONAL DE INOCÊNCIA

ROMANZO INNESCATO? LA CORTE SUPREMA E LA PRESUNZIONE COSTITUZIONALE DI INNOCENZA

Paulo César Crivelaro ¹
Cláudia Mansani Queda De Toledo

Resumo

O presente trabalho analisa, de forma crítica, as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nos autos dos Habeas Corpus de n°s 84.078/MG e 126.292/SP, no que se refere à amplitude do princípio da presunção de inocência, previsto no art. 5º, inciso LVII da Constituição da República, notadamente quanto à viabilidade da execução provisória da pena, sob o prisma interpretativo do romance em cadeia, proposto por Ronald Dworkin, assim como busca analisar se a decisão prolatada pelo Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus n° 126.292/SP pode ser tida como mutação constitucional, dados os limites aos quais esse fenômeno encontra-se sujeito.

Palavras-chave: Presunção de inocência, Interpretação constitucional, Ronald dworkin, Romance em cadeia, Mutação constitucional, Limites

Abstract/Resumen/Résumé

Questa ricerca analizza, in modo critico, le decisioni emessi dalla Corte Suprema negli habeas corpus n. 84078-7 / MG e n. 126.292 / SP, per quanto riguarda la portata del principio della presunzione di innocenza di cui all'articolo 5º, LVII, della Costituzione, in particolare per quanto riguarda la possibilità della esecuzione provvisoria della pena, sotto in punto de vista interpretativo del romanzo in catena, proposto da Ronald Dworkin, e analizza anche se la decisione emessa dalla Corte Suprema nell'habeas corpus n° 126292 / SP può essere considerata come un cambiamento costituzionale, dati i limiti a cui questo fenomeno è soggetto.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Presunzione di innocenza, Interpretazione costituzionale, Ronald dworkin, Romanzo in catena, Mutazione costituzionale, Limiti

¹ Mestrando em Direito pela Faculdade de Direito do Sul de Minas. Pós-graduado em Direito Processual Civil, Penal e Processo Penal. Professor de Direito Penal e Processo Penal na UNIPINHAL. Advogado.

1. Introdução

Em 2009, o Pleno do Supremo Tribunal Federal, revisando a jurisprudência da Corte, decidiu, quando do julgamento do *habeas corpus* nº 84.078-7/MG (BRASIL, 2009), pela impossibilidade de execução provisória da pena, uma vez que, por força da norma contida no art. 5º, inciso LVII, da Constituição da República, a presunção de inocência vigoraria até o momento imediatamente anterior ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória, não se admitindo, assim, antes do trânsito em julgado, ainda que pendentes de julgamento apenas recurso especial ou extraordinário - que não são dotados de efeito suspensivo -, o encarceramento do acusado, salvo se presentes os pressupostos para a prisão cautelar.

Recentemente, porém, o mesmo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do *habeas corpus* nº 126.292/SP (BRASIL, 2016), rompeu com o entendimento que se encontrava sedimentado na Corte desde 2009 e decidiu que a execução provisória de acórdão prolatado em recurso de apelação, ainda que pendente julgamento de recurso especial ou extraordinário, não afrontaria o princípio constitucional da presunção de inocência.

O presente trabalho analisa tais decisões sob o prisma interpretativo do *romance em cadeia*, proposto por Ronald Dworkin (2007, p. 275).

Para Dworkin, o ato de decidir não pode ser visto como a possibilidade de os julgadores escreverem uma série de contos independentes, sem qualquer correlação entre si, mas, antes, devem ter o compromisso com um romance único, cujo enredo se mostre integrado (2005, p. 237).

Partindo dos pressupostos utilizados para o julgamento dos *habeas corpus* nº 84.078-7/MG e 126.292/SP, pretende-se analisar se há algum ponto de integração entre essas decisões, que permitam considerar a segunda como apenas mais um capítulo em cadeia com a primeira, ou se houve, ao contrário, uma absoluta guinada interpretativa por parte do Supremo Tribunal Federal.

Por fim, pretende-se analisar se a decisão do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do *habeas corpus* nº 126.292/SP pode ser conceituada como uma manifestação de mutação constitucional, assim compreendida como o fenômeno através do qual a

interpretação dada à Constituição é modificada sem que haja modificação de seu texto (CANOTILHO, 2003, p. 1228).

Colaborar, ainda que de modo modesto, para a análise e reflexão sobre os limites interpretativos que possam existir na extração das normas contidas na Constituição da República, inclusive para a própria Corte Constitucional, tomando-se como ponto de partida para a reflexão dois julgados do Supremo Tribunal Federal e como marco teórico os ensinamentos de Ronald Dworkin, é a pretensão deste artigo.

A presente reflexão se utilizou de uma abordagem qualitativa, por meio de um conjunto de metodologias como o *estudo de caso*, eis que seleciona dois acórdãos decorrentes de julgamentos do Supremo Tribunal Federal que dialogam sobre o princípio da presunção de inocência, e também como a *análise de conteúdo*, a qual busca analisar as informações constantes dos referidos documentos com o objetivo de compreender criticamente o sentido manifesto ou oculto na comunicação e envolve diversas referências epistemológicas (SEVERINO, 2015, p. 118), observando o que Severino (2015, p. 118) propõe na nomenclatura e conceituação metodológica quando pede vênias para substituir a expressão *metodologia* qualitativa pela expressão uma *abordagem* qualitativa, definindo-a como aquela que rompe com os critérios dogmáticos para além de um método científico experimental matemático ineficaz para uma grande maioria de construções epistemológicas.

Nesse contexto metodológico, a pesquisa se pretende também exploratória na medida em que busca levantar informações sobre um determinado objeto, que foram os julgamentos do STF, delimitando assim um campo de trabalho, mapeando as condições de manifestação deste objeto para então torná-las explicativas que, na manifestação do mesmo autor é aquela que pretende registrar e analisar os fenômenos estudados, buscando identificar suas causas, seja através do método experimental ou da interpretação possibilitada pelos métodos qualitativos (SEVERINO, 2015, p. 120).

Sobre o lastro metodológico ainda há de se considerar que o raciocínio desenvolvido foi o dedutivo, qual seja o que percorre seu início em uma afirmação universal, previamente aceita para uma afirmação consequente a ser abordada nas conclusões deste artigo. No caso em tela, parte-se da premissa constitucional da presunção de inocência, da supremacia constitucional para a análise da forma como se julgou em desafio a ambos no Supremo Tribunal Federal, sempre com o apoio do raciocínio na ideia doutrinária de Dworkin, no *romance em cadeia*.

Esse contexto metodológico encontra guarida para o enfrentamento do que Demo (2011, p. 49) demonstra em suas explicações sobre a prática da ciência, eis que segundo o autor, a ciência, muitas vezes, pratica abordagem de cima para baixo, reducionista e formalista, fracionando a realidade em partes, exatamente pontuado no que o diálogo com Dworkin tenta combater, ou seja, de evitar a descontinuidade e a incoerência epistemológica no que diz respeito especificamente neste trabalho, ao princípio da presunção de inocência, as decisões do STF nos acórdãos mencionados e a necessidade de se buscar uma cadência lógica na produção científica sobre o assunto.

2. As razões desfavoráveis à execução provisória da pena manifestadas no *habeas corpus* nº 84.078-7/MG

Em 5 de fevereiro de 2009 o Pleno do Supremo Tribunal Federal concluiu o julgamento do *habeas corpus* nº 84.078-7/MG, relatado pelo Ministro Eros Grau, no qual se analisou, à luz do art. 5º, inciso LVII da Constituição da República¹, a possibilidade, ou não, de execução antecipada (ou provisória) da pena imposta em condenação criminal proferida ou confirmada em segunda instância, antes do trânsito em julgado da decisão, pendentes de julgamento apenas os recursos especial ou extraordinário, que não possuem efeito suspensivo, tendo o Supremo Tribunal Federal decidido, por maioria de votos, que "a antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados - não do processo penal" (BRASIL, 2009).

Em substancioso voto, o relator do acórdão, Ministro Eros Grau (BRASIL, 2009), de modo muito enfático, em excerto que merece ser transcrito, para possibilitar a perfeita compreensão da decisão, asseverou que

[...] a nada se prestaria a Constituição se esta Corte admitisse que alguém viesse a ser considerado culpado - e ser culpado equivale a suportar execução imediata de pena - anteriormente ao trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Quem lê o texto constitucional em juízo perfeito sabe que a Constituição assegura que nem a lei, nem qualquer decisão judicial imponham ao réu alguma sanção antes do trânsito em

¹ O dispositivo constitucional citado possui a seguinte redação: "Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória"

julgado da sentença penal condenatória. Não me parece possível, salvo se for negado préstimo à Constituição, qualquer conclusão adversa ao que dispõe o inciso LVII do seu artigo 5º. Apenas um desafeto da Constituição - lembro-me aqui de uma expressão de GERALDO ATALIBA, exemplo de dignidade, jurista maior, maior, muito maior do que pequenos arremedos de jurista poderiam supor - apenas um desafeto da Constituição admitiria que ela permite seja alguém considerado culpado anteriormente ao trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Apenas um desafeto da Constituição admitiria que alguém fique sujeito a execução antecipada da pena de que se trate. Apenas um desafeto da Constituição.

Observa-se nessa passagem do voto do Ministro Eros Grau, que, em seu ponto de vista, não há qualquer margem interpretativa capaz de possibilitar, à luz da norma constitucional em análise, a admissibilidade da execução provisória da pena. Observou também que a ampla defesa não deve ser compreendida de modo restrito, abrangendo, assim, todas as fases processuais, aí incluídas as fases recursais de natureza extraordinária, o que faz com que, antes do trânsito em julgado da sentença, sua execução se mostre incompatível com o texto do artigo 5º, inciso LVII, da Constituição da República (BRASIL, 2009).

Acompanhando o posicionamento adotado pelo Ministro Eros Grau, o Ministro Celso de Mello salientou que ao afastar a possibilidade de execução provisória da pena, o Supremo Tribunal Federal nada mais fez do que "dar ênfase e conferir amparo a um direito fundamental que assiste a qualquer cidadão: o direito de ser presumidamente inocente até que sobrevenha condenação penal irrecorrível." (BRASIL, 2009)

Celso de Mello, outro dos ministros que se posicionou contrário à possibilidade de execução provisória da pena, destacou que não há um esvaziamento progressivo da presunção de inocência na medida em que vão se sucedendo os graus de jurisdição. Tal presunção somente deixará de prevalecer, como claramente previsto em texto inequívoco da Constituição, com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória (BRASIL, 2009).

O Ministro Cezar Peluso, perfilhando o mesmo entendimento esposado pelo Relator do citado *habeas corpus*, Ministro Eros Grau, enfatizou que o princípio da presunção de inocência é um dos mais importantes valores político-ideológicos previstos

no ordenamento jurídico no tocante à tutela da dignidade da pessoa humana, por estabelecer que a pessoa humana, pelo só fato de ser ré em processo penal, não perde sua dignidade. (BRASIL, 2009).

Cezar Peluso observou, ainda, que o alcance do princípio da presunção de inocência é elucidado pelo também princípio constitucional do devido processo legal, que não se confunde, segundo ele, com o simples processo regulado pela lei, mas antes, com o processo legal que seja devido por ser justo, enfatizando que admitir-se a execução provisória da pena, por ainda não transitada em julgado a sentença condenatória, pode até ser legal, mas não é justo e, não sendo justo, não atende ao princípio constitucional do devido processo legal (BRASIL, 2009).

Votando pela impossibilidade de execução provisória da pena, porque esta violaria a Constituição, o Ministro Marco Aurélio Mello fez uma analogia com a execução provisória prevista no processo civil, no qual os atos de constrição de bens dependem de garantia do juízo ou de prestação de caução pelo exequente, tudo visando possibilitar o retorno ao *status quo ante* em caso de reforma da decisão. Observou, entretanto, que no âmbito penal, uma vez iniciado o cumprimento provisório da pena e havendo alteração do título condenatório em sede recursal, não se mostra possível retornar o condenado ao estado anterior, já que impossível restituir-lhe a liberdade perdida (BRASIL, 2009).

A prisão antes do trânsito em julgado da sentença penal, conforme o voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes, somente se justifica nos casos de prisão cautelar, nas hipóteses expressamente previstas na legislação brasileira, caracterizando-se a prisão em decorrência de decisão condenatória ainda não transitada em julgado uma afronta, a um só tempo, dos postulados da presunção de inocência, da dignidade da pessoa humana (por convolar o ser humano em objeto da ação estatal) e da proporcionalidade, ante a desnecessidade da adoção da execução provisória da pena, por existirem outros meios igualmente eficazes e menos gravosos para se alcançar os mesmos fins almejados com tal forma de execução: a adoção da prisão provisória (BRASIL, 2009).

Rechamando os argumentos de que não se pode generalizar o entendimento de que a execução da pena só se mostraria viável após o trânsito em julgado da decisão, em razão de que em muitos casos o recurso - especial ou extraordinário - é interposto sem qualquer fundamento, invocando uma nulidade inventada, apenas para retardar o andamento processual e alcançar a prescrição, consagrando-se, em definitivo, a impunidade, porque

advogados usam e abusam de recursos e de reiterados *habeas corpus*, o Ministro Eros Grau mais uma vez foi enfático, sintetizando, em trecho que merece também ser destacado, que

a prevalecerem essas razões contra o texto da Constituição melhor será abandonarmos o recinto e sairmos por aí, cada qual com seu porrete, arrebatando a espinha e a cabeça de quem nos contrariar. Cada qual com seu porrete! Não recuso significado ao argumento, mas ele não será relevante, no plano normativo, anteriormente a uma possível reforma processual, evidentemente adequada ao que dispuser a Constituição. Antes disso, se prevalecer, melhor recuperarmos nossos porretes... (BRASIL, 2009)

Esta fala do Ministro Eros Grau retrata bem o posicionamento firmado pelo Supremo Tribunal Federal no ano de 2009, no sentido de que era preciso conferir ao texto do artigo 5º, inciso LVII, da Constituição da República, uma interpretação ampla, conjugando-a com as normas infraconstitucionais, a exemplo dos arts. 105 e 147 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), que somente admitem a execução da pena, ainda que seja restritiva de direitos, após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Antes disso, eventual prisão deveria ser justificada pela sua necessidade, amoldando-se a uma das hipóteses em que admissível a prisão cautelar.

3. As razões favoráveis à execução provisória da pena manifestadas no *habeas corpus* nº 126.292/SP

De 2009 a 2016, o Supremo Tribunal Federal manteve-se fiel ao entendimento esposado no *habeas corpus* nº 84.078-7/MG, como visto, no sentido de que impossível falar-se em execução provisória ou antecipada da pena sem flagrante violação ao art. 5º, inciso LVII, da Constituição da República. Todavia, em fevereiro de 2016, ao julgar o *habeas corpus* nº 126.292/SP, a corte, também em sessão plenária, decidiu que não há comprometimento ao princípio constitucional da presunção de inocência, previsto no art. 5º, inciso LVII da Constituição da República, com a possibilidade de execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que esteja sujeito a recurso especial ou extraordinário (BRASIL, 2016).

De acordo com o relator do acórdão, Ministro Ricardo Lewandowski, o núcleo essencial do princípio da não-culpabilidade² não se vê comprometido com a execução da pena na pendência de recursos extraordinários, em razão de o acusado ter sido tratado, ao longo de todo o processo ordinário criminal, como inocente, não sendo incompatível com a garantia constitucional da presunção de inocência (ou de não-culpabilidade), segundo seu entendimento, a produção dos efeitos próprios do reconhecimento da responsabilidade criminal pelas instâncias ordinárias (BRASIL, 2016).

Para Lewandowski, a atribuição de efeito apenas devolutivo aos recursos especial e extraordinário, o que, ademais, encontra previsão na própria legislação, é um "mecanismo legítimo de harmonizar o princípio da presunção de inocência com o da efetividade da função jurisdicional do Estado" (BRASIL, 2016), não havendo qualquer arbitrariedade em se determinar o imediato cumprimento da pena, com a prisão do condenado, após definida a responsabilidade criminal pelas instâncias ordinárias (BRASIL, 2016).

O Ministro Edson Fachin, acompanhando o entendimento manifestado pelo relator, asseverou que não é possível atribuir-se caráter absoluto à presunção de inocência, devendo ser analisada em conexão com outros princípios e regras constitucionais, os quais, levados em consideração com a mesma ênfase, permitem concluir pela possibilidade de início do cumprimento da pena privativa de liberdade antes de esgotadas as instâncias extraordinárias (BRASIL, 2016).

Para Fachin, admitir-se que a presunção de inocência não cede sequer após a confirmação da decisão monocrática por experientes julgadores, seria o mesmo que afirmar, reflexamente, que a Constituição teria erigido uma "presunção absoluta de desconfiança às decisões provenientes das instâncias ordinárias" (BRASIL, 2016).

Também no sentido de inexistir incompatibilidade entre a execução da decisão proferida em segundo grau de jurisdição, ainda que sujeita a recurso especial ou extraordinário, e o princípio constitucional da presunção de inocência ou não-culpabilidade, encontra-se o voto do Ministro Luis Roberto Barroso (BRASIL, 2016).

Segundo Barroso, a única exigência da Constituição brasileira para a privação da liberdade é a existência de ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, e não o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. A presunção de

² Expressão utilizada pelo relator.

inocência, por ser princípio (e não regra), admite ponderação com outros princípios ou bens jurídicos constitucionais com os quais colidir, podendo, assim, ser aplicada com maior ou menor intensidade.

Luis Roberto Barroso, ao discorrer sobre a necessidade de ponderação e sua efetiva concretização, asseverou que "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" (BRASIL, 2016).

Ainda segundo ele, com o esgotamento das instâncias ordinárias, ao ter-se o acórdão penal condenatório, a execução da pena passa, como regra, a ser uma exigência de ordem pública, "necessária para assegurar a credibilidade do Poder Judiciário e do sistema penal" (BRASIL, 2016).

A alteração do entendimento que se encontrava vigente no Supremo Tribunal Federal até a decisão do *habeas corpus* nº 84.078-7/MG, quando, então, entendeu-se por ser incompatível com a Constituição, por violação ao princípio da presunção de inocência, a execução provisória da pena, contribuiu, segundo Barroso, "para agravar o descrédito do sistema de justiça penal junto à sociedade", além de incentivar a interposição de recursos protelatórios e a seletividade do sistema penal (BRASIL, 2016).

Em seu voto, o Ministro Luiz Fux destacou que não existem "semideuses" no Supremo Tribunal Federal, de modo que, ao perpassar por todas as esferas do Judiciário, não se mostra possível que o agente chegue à corte "na qualidade de presumido inocente" (BRASIL, 2016).

4. A mudança de posicionamento do Supremo Tribunal Federal, à luz do prisma interpretativo do romance em cadeia

Ronald Dworkin (2007, p. 221), analisando o direito como interpretação, embora reconheça as peculiaridades dessa área do conhecimento, afirma que a interpretação jurídica não pode ser vista como se fosse uma atividade *sui generis*, devendo ser estudada como uma atividade geral de interpretação.

Partindo dessa premissa, o autor sugere um exercício interpretativo do direito fundamentado na literatura, propondo um gênero artificial por ele denominado de "romance em cadeia", no qual um grupo de romancistas escreve um único romance em série, devendo cada romancista da cadeia interpretar os capítulos precedentes do romance, para que possa escrever um novo capítulo, que se acrescenta ao anterior. Os romancistas posteriores da cadeia não de adotar esse mesmo procedimento, levando a sério suas responsabilidades de dar continuidade ao romance, para que criem em conjunto um único romance, da melhor qualidade possível (DWORKIN, 2007, p. 276).

Dworkin (2005, p. 238) observa que a similaridade da atuação judicial no decidir casos difíceis com o estranho exercício literário por ele proposto, de se escrever um romance em cadeia, com diversos autores, mostra-se mais nítida no sistema da *common law*, em que inexistente lei ocupando posição central capaz de orientar o percurso decisório, fazendo com que os fundamentos da decisão judicial sejam buscados em regras ou princípios subordinados nas decisões pretéritas de outros juizes, sobre questões semelhantes. Nesse contexto, cada juiz assume a posição de um romancista na corrente, devendo ler tudo o que já foi escrito por outros juizes, no passado, para que possa chegar a uma opinião sobre a obra coletiva desses juizes (DWORKIN, 2005, p. 238).

Ao decidir o novo caso, cada juiz deve considerar-se como parceiro de um complexo empreendimento em cadeia, do qual essas inúmeras decisões, estruturas, convenções e práticas são a história; é seu trabalho continuar essa história no futuro por meio do que ele faz agora. Ele *deve* interpretar o que aconteceu antes porque tem a responsabilidade de levar adiante a incumbência que tem em mãos e não partir em uma nova direção (DWORKIN, 2005, p. 238).

Dworkin não pretendia considerar como inaplicável a sua ideia interpretativa ao sistema da *civil law*, como é o caso brasileiro, possuidor, ainda, de uma Constituição classificada como analítica. Muito pelo contrário: em sistemas como o brasileiro o desenrolar do *romance em cadeia* é uma tarefa deveras menos complexa, pelo simples fato de existir um texto legal a definir o roteiro do romance.

No sistema da *civil law*, o romancista primeiro é sempre o constituinte, que abre as páginas de um novo romance, escrevendo seu capítulo inaugural, no que será seguido pelos intérpretes da Constituição, dentre os quais se encontra, por inexorável função, o Poder Judiciário.

Dworkin (2005, p. 251) observa que a tarefa de interpretar não se confunde com a tarefa de inventar. O autor esclarece que não pretende, de modo algum, com essa afirmação, fazer crer que todo o significado de um texto encontra-se "simplesmente ali". Contudo, enfatiza que o que distingue a interpretação da criação é que naquela o texto interpretado exerce alguma restrição sobre o resultado da interpretação, o que inexistente na criação (2005, p. 253).

Não existe, desse modo, a possibilidade de que os romancistas leiam a interpretação correta do texto de maneira mecânica, como se todo o sentido do texto se encontrasse nele próprio. Todavia, é preciso que se tenha como ponto de partida interpretativo o fato de que, à exceção do primeiro romancista (que no caso brasileiro é o Constituinte originário), todos os demais devem ter consciência de que interpretar corretamente o texto não se confunde com iniciar um novo romance deles próprios (DWORKIN, 2005, p. 236-237).³ Nas palavras do autor, "o dever de um juiz é interpretar a história jurídica que encontra, não inventar uma história melhor" (2005, p. 240).

Nesse contexto, percebe-se claramente que a decisão do Supremo Tribunal Federal no *habeas corpus* nº 126.292/SP provocou um desencadeamento total não só com o que o próprio Supremo Tribunal Federal havia decidido, de modo enfático, nos autos do *habeas corpus* nº 84.078-7/MG, julgado em 5 de fevereiro de 2009, quando assentou que somente para a conveniência dos magistrados, e não do processo penal, se poderia admitir a antecipação da execução penal (BRASIL, 2009), mas, mais do que isso, com o próprio texto da Constituição Federal, ao decidir que não há comprometimento ao princípio constitucional da presunção de inocência, previsto no art. 5º, inciso LVII da Constituição da República, com a possibilidade de execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que esteja sujeito a recurso especial ou extraordinário (BRASIL, 2016), mesmo diante da clareza do texto constitucional, ao assegurar que ninguém será considerado culpado, senão após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Partindo-se da premissa de que a Constituição assegura que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, bem como que a execução de uma pena somente pode ser legitimamente imposta a quem é tido como culpado, não há como negar a ruptura da nova interpretação exarada pelo Supremo

³ Essas ideias do autor encontram-se em notas de rodapé.

Tribunal Federal com o *romance* iniciado pelo Constituinte no art. 5º, inciso LVII, da Constituição da República.

O texto interpretado deve impor limites ao resultado da interpretação, o que evidentemente, com o devido respeito às opiniões divergentes, inexistiu quando do julgamento do *habeas corpus* nº 126.292/SP pelo Supremo Tribunal Federal, por melhores que possam ser os argumentos em sentido contrário. É preciso que no processo hermenêutico o texto seja levado a sério (STRECK, 2014, p. 437).

Os pontos de conflito são manifestos entre os dois julgados analisados, merecendo destaque a passagem em que o Ministro Celso de Mello, em seu voto no *habeas corpus* nº 84.078-7/MG, posicionou-se contrário à possibilidade de execução provisória da pena, por entender que não há um esvaziamento progressivo da presunção de inocência, na medida em que vão se sucedendo os graus de jurisdição, devendo tal presunção somente deixar de prevalecer, como claramente previsto em texto inequívoco da Constituição, com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória (BRASIL, 2009), ao passo que o Ministro Luis Roberto Barroso, ao discorrer, nos autos do *habeas corpus* nº 126.292 sobre a necessidade de ponderação e sua efetiva concretização, asseverou não existir dúvida de que o peso do princípio da presunção de inocência torna-se "gradativamente menor na medida em que o processo avança, em que as provas são produzidas e as condenações ocorrem" (BRASIL, 2016).

O que se observa, contudo, é que tal como se encontra redigido o inciso LVII do art. 5º da Constituição da República, não se apresenta como uma interpretação possível conferir-se peso gradativamente menor à presunção de inocência com o avanço do tramitar processual, haja vista que o marco que separa o fim da presunção de inocência do início da presunção - ou certeza - de culpabilidade é justamente o trânsito em julgado, marco este escolhido e definido no texto constitucional, o que faz com que as medidas próprias da fase de execução somente possam ser impostas após a condenação tornar-se irrecorrível (JESUS, p. 11)

Houve, no julgamento do *habeas corpus* nº 126.292/SP, manifesta ruptura por parte do Supremo Tribunal Federal com o *romance* iniciado pelo constituinte originário no inciso LVII do art. 5º da Constituição da República, assim como com os *capítulos* que vinham sendo escritos pelo próprio Tribunal desde 2009, quando do julgamento do amiúde mencionado *habeas corpus* nº 84.078-7/MG, acarretando um desencadeamento total do *romance*.

Poderia ser aventado que em 2009, ao julgar o *habeas corpus* nº 84.078-7/MG, teria o Supremo Tribunal Federal também provocado um desencadeamento do *romance* que vinha sendo escrito, ao mudar o entendimento que se encontrava sedimentado na Corte até então, no sentido de ser admissível a execução provisória da pena, ainda que pendentes de julgamento recurso especial ou extraordinário.⁴ Há que se observar, contudo, que naquela ocasião não houve uma ruptura, mas uma adequação dos rumos do romance ao capítulo precedente escrito pelo romancista primeiro, o constituinte, já que o enredo que vinha sendo desenvolvido em inúmeros julgamentos do Supremo Tribunal Federal não se mostrava adequado à ideia original do *romance*, prevista no inciso LVII do art. 5º da Constituição da República, tal como observado pelo Ministro Eros Grau, relator do *habeas corpus* nº 84.078-7/MG.

Adequar a história à ideia principal, permitindo que o enredo fique a ela subordinado, é deveras diferente de iniciar-se uma nova história. Ademais, o Brasil é um Estado Democrático de Direito e como tal somente se legitima quando reconhece direitos às pessoas, dentre os quais o direito a ser reconhecido como inocente até que sobrevenha o trânsito em julgado da sentença penal condenatória (DEZEN, 2008).

5. Seria a decisão do Supremo Tribunal Federal no *habeas corpus* nº 126.292/SP manifestação do fenômeno da mutação constitucional?

A mutação (ou transição) constitucional é um fenômeno através do qual promove-se uma revisão informal do compromisso político previsto na Constituição, sem que para tanto haja alteração do texto constitucional. Tem-se, assim, uma mudança de *sentido* do texto sem que haja a correspondente alteração do próprio texto (CANOTILHO, 2003, p. 1228). Traduzem-se em alterações semânticas da Constituição acarretadas pelas modificações no contexto histórico-social ou fático-axiológico verificadas no momento em que se aplica a Constituição (MENDES, 2009, p. 152).

⁴ Nesse sentido, conferir, a título de exemplo, os seguintes julgados do Supremo Tribunal Federal: HC 71.723, Relator Ministro Ilmar Galvão, Primeira Turma, publicado no DJ de 16/06/1995; HC 79.814, Relator Ministro Nelson Jobim, Segunda Turma, publicado no DJ de 13/10/2000; RHC 84.846, Relator Ministro Carlos Velloso, Segunda Turma, publicado no DJ de 05/11/2004; HC 91.675, Relator Ministra Cármen Lúcia, Primeira Turma, publicado no DJe de 07/12/2007.

Partindo de tais premissas, impende analisar se a decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal no *habeas corpus* nº 126.292/SP, em fevereiro de 2016, pode ser considerada como manifestação da mutação constitucional.

De acordo com o voto do Ministro Luis Roberto Barroso, exarado no citado *habeas corpus* nº 126.292/SP, a resposta é afirmativa. Segundo Barroso, a mencionada decisão do Supremo Tribunal Federal é um caso típico de mutação constitucional, uma vez que a alteração da compreensão da realidade social acarretou a alteração do próprio significado do direito (BRASIL, 2016).

A alteração social a que se referiu o Ministro Luis Roberto Barroso foram as três consequências negativas que, segundo ele, a impossibilidade de execução da pena após o julgamento final das instâncias ordinárias acarretou para o sistema de justiça criminal: (a) o incentivo para uma infundável interposição de recursos com finalidade protelatória, (b) o reforço da seletividade do sistema penal, em decorrência de que a possibilidade de recorrer em liberdade beneficiaria os réus com melhores condições econômicas, por terem possibilidade financeira de contratar os melhores advogados para defendê-los em sucessivos recursos, (a) a contribuição que o novo entendimento manifestado no *habeas corpus* nº 84.078-7/MG teria dado para agravar o descrédito da sociedade com o sistema penal (BRASIL, 2016).

Sem ingressar no acerto ou desacerto das ponderações feitas pelo Ministro Luis Roberto Barroso, no que toca às alegadas consequências negativas da decisão de 2009 do Supremo Tribunal Federal para o sistema de justiça criminal, por não ser objeto da presente análise, há que se ponderar, contudo, que existem limites para a mutação constitucional, tal como já havia reconhecido, em sede doutrinária, o próprio Ministro Barroso, quando observou que ultrapassar os limites da mutação constitucional significaria violar a própria soberania popular (BARROSO, 2009, p. 127). Se é verdade - diz o autor - que as normas constitucionais, tais como as normas jurídicas em geral, se desvinculam da vontade subjetiva do legislador, passando a ter uma existência objetiva que permite sua interação com novos tempos e novas realidades sociais, não se pode permitir que essa capacidade de adaptação venha a desvirtuar o "espírito da Constituição" (BARROSO, 2009, p. 127).

Por assim ser, a mutação constitucional há de estancar diante de dois limites: a) as possibilidades semânticas do relato da norma, vale dizer, os sentidos possíveis do texto que está sendo interpretado ou afetado; e b) a

preservação dos princípios fundamentais que dão identidade àquela específica Constituição. Se o sentido novo que se quer dar não couber no texto, será necessária a convocação do poder constituinte reformador. E se não couber nos princípios fundamentais, será preciso tirar do estado de latência o poder constituinte originário (BARROSO, 2009, p. 127).

Ao analisar-se a redação do inciso LVII do art. 5º da Constituição da República - *ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória* -, parece haver clara barreira semântica determinada pelo próprio texto a ser interpretado, de modo que não haveria sentido possível a admitir-se a mitigação da presunção de inocência com o suceder das fases processuais, senão com o alcance do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, que é o marco definido de modo claro pela Constituição a partir do qual, *no sistema jurídico brasileiro*, alguém pode ser considerado culpado, eis que o fato de ser investigada ou processada não retira da pessoa o seu *status* de presumidamente inocente (GIACOMOLLI, 2013, p. 444).

A mesma barreira é verificada se se partir para a análise com enfoque nos princípios fundamentais que dão identidade específica à Constituição brasileira, uma vez que a presunção de inocência encontra-se elencada entre os direitos individuais da pessoa humana, traduzindo-se, assim, em direito fundamental, por expressamente reconhecido no texto constitucional e que, por isso mesmo, é um princípio reitor de todo o processo penal e de cuja observância e eficácia resulta a qualidade do próprio sistema processual (LOPES JR, 2016, p. 95-96).

Não é demais insistir: a exigência do trânsito em julgado para que desapareça a presunção de inocência é manifesta no texto constitucional, e trânsito em julgado só existe quando não mais caiba recurso da decisão, de modo que, a menos que seja alterada a Constituição, não há possibilidade de que se altere o conceito de trânsito em julgado (PACELLI, 2016, p. 48-49) e, muito menos, da presunção de inocência.

Canotilho (2003, p. 1229) também se posiciona de modo muito claro em relação aos limites a serem observados pela mutação constitucional, pois se é verdade que a constituição não pode ser vista como um texto estático e rígido, que fique alheio às modificações da realidade constitucional, admitindo, assim, alterações interpretativas que sejam abrangidas pelo programa normativo, não é possível, por outro lado, que sejam legitimadas alterações constitucionais que se traduzam em uma "*realidade constitucional inconstitucional*", ou seja, alterações manifestamente incompatíveis pelo programa da

norma constitucional" (2003, p. 1229) Em outras palavras, afirma Canotilho que somente pode considerar-se como admissível a mutação constitucional "quando se reconduz a um problema *normativo-endogenético*, mas não quando ela é resultado de uma evolução normativamente *exogenética*" (2003, p. 1229).

Não há como admitir-se a mutação constitucional quando esta se traduza em "tentativas de legitimação de uma interpretação constitucional criadora que, com base na *força normativa dos factos*, pretenda 'constitucionalizar' uma alteração constitucional em inequívoca contradição com a *constitutio scripta*" (CANOTILHO, 2003, p. 1230). O texto constitucional - a *Constituição escrita* - há que exercer um limite interpretativo claramente identificável mesmo na hipótese de mutação constitucional, sob pena de o Judiciário - em particular o Supremo Tribunal Federal - investir-se na prerrogativa de reescrever a Constituição, de instaurar uma nova ordem constitucional, por assim exigir a *força normativa dos fatos*.

Nessa perspectiva, há que se concluir que a "mutação constitucional" defendida pelo Supremo Tribunal Federal no *habeas corpus* nº 126.292/SP contraria a Constituição, traduzindo-se em uma mutação constitucional eivada de inconstitucionalidade e que, portanto, não pode subsistir, sendo imperiosa a sua superação (BARROSO, 2009, p. 128).

6. Conclusão

As decisões do Supremo Tribunal Federal proferidas nos autos dos *habeas corpus* nºs 84.078-7/MG e 126.292/SP não passam pelo crivo interpretativo do *romance em cadeia* proposto por Ronald Dworkin, uma vez que neste último julgado o Supremo Tribunal Federal deu início à uma nova história, sem qualquer correspondência com o anterior entendimento manifestado nos autos do *habeas corpus* nº 84.078-7/MG e, mais do que isso, sem qualquer correspondência, também, com o capítulo inaugural do *romance*, qual seja, o art. 5º, inciso LVII da Constituição da República.

Impossível admitir-se, à luz da atual ordem constitucional *brasileira*, a viabilidade da execução provisória da pena, vale dizer, o início do cumprimento da pena antes que sobrevenha o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, execução esta que, justamente por ser provisória, mostra-se incompatível com a exigência constitucional da

imutabilidade do julgado penal condenatório para que a presunção de inocência deixe de existir.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do *habeas corpus* nº 126.292/SP promoveu um desencadeamento total do *romance* iniciado em 1988 pelo constituinte originário e com o acerto de rumos verificado em 2009, no julgamento do *habeas corpus* nº 84.078-7/MG.

Não há, outrossim, com o devido respeito às opiniões em contrário, como admitir que a decisão do Supremo Tribunal Federal proferida nos autos do *habeas corpus* nº 126.292/SP possa ser tida como uma manifestação legítima da mutação constitucional, porque tal instituto não admite que o Judiciário invista-se na prerrogativa de reescrever a Constituição, instaurando uma nova ordem constitucional, por assim exigir a *força normativa dos fatos*, tal como argumentado pelos Ministros que votaram favoravelmente à viabilidade da execução provisória da pena, quando pendentes recursos de natureza extraordinária.

Uma mutação constitucional como essa só pode ser tida como inconstitucional, por ultrapassar as barreiras semânticas de interpretação autorizadas pelo texto da Constituição, transformando-se em evolução normativa exogenética e solapando a legitimidade democrática do constituinte que pretendeu que ninguém fosse considerado culpado - e portanto não pudesse sofrer a execução de uma pena - senão depois de esgotadas todas as vias recursais, com o trânsito em julgado da decisão que reconheceu sua culpa.

Admitir-se a execução provisória da pena é o mesmo que se admitir que alguém seja considerado *provisoriamente culpado* até que sobrevenha, em definitivo, a certeza de sua responsabilidade penal ou, quiçá, o afastamento de sua culpa e o restabelecimento, em definitivo, de sua inocência.

7. Referências bibliográficas

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Habeas Corpus nº 126.292/SP**. Paciente: Márcio Rodrigues Dantas. Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília, 17 de

fevereiro de 2016. Publicado no DJe nº 100, de 17.05.2016. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em 08/09/2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Habeas Corpus 84.078-7/MG**. Paciente: Omar Coelho Vitor. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, 5 de fevereiro de 2009. Publicado no DJe nº 35, de 26.10.2009. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>. Acesso em 08/09/2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Almedina: Coimbra, 2003.

DEMO, Pedro. *Praticar Ciência*. São Paulo: Saraiva, 2011.

DEZEN, Guilherme Madeira. **Presunção de inocência: efeito suspensivo dos recursos extraordinário e especial e execução provisória**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 70/208. Jan-Fev/2008, p. 269-290.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Trad. Luiz Carlos Borges. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

GIACOMOLLI, Nereu José. Comentário ao art. 5º, inciso II. In CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.) **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal**. Vol. 1. 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 20ª ed. São Paulo: Atlas, 2016.

SEVERINO, Antonio Joaquim. *Metodologia do Trabalho Científico*. 23ª ed. São Paulo: Cortez, 2015.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.