

Presunção de Inocência: uma contribuição crítica à controvérsia em torno do julgamento do Habeas Corpus n.º 126.292 pelo Supremo Tribunal Federal – Por Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes de Moraes Bahia, Diogo Bacha e Silva, Flávio Quinaud Pedron e M

Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira

Diogo Bacha e Silva

Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes Bahia

Flávio Quinaud Pedron 24/02/2016

Assistimos, apreensivos, a proclamação do resultado do julgamento do HC n.º 126.292 pelo Supremo Tribunal Federal, no dia 17 de Fevereiro de 2016. Nessa decisão, o Supremo Tribunal Federal alterou entendimento anterior (HC 84.078/MG) e considerou ser possível a execução provisória da pena após o julgamento pela 2ª instância. Assim, passa o Tribunal a entender que, por razões, inclusive, de eficácia no combate à impunidade e à criminalidade, o princípio da presunção da inocência (ou da não culpabilidade) exaure-se com a confirmação da sentença penal condenatória em 2ª instância, afastando-se a exigência constitucional do trânsito em julgado de sentença penal condenatória (art. 5.º, LVII, da Constituição da República). Votaram com o relator, Min. Teori Zavascki, os ministros Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Dias Toffoli, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes e restaram vencidos a ministra Rosa Weber e os ministros Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski[1].

No voto do Ministro Teori Zavascki[2], condutor do resultado, fica expresso em suas razões que a presunção de inocência tem fim no juízo de culpabilidade realizado pelas instâncias ordinárias, já que eventuais recursos de natureza extraordinária para o STF e para o STJ, em nosso ordenamento, não se prestam ao reexame de fatos e provas. Ademais, o relator também realiza analogia com a Lei de Ficha Limpa (Lei Complementar 135/2010) que consagra inelegibilidade quando houver condenação por alguns crimes proferida por órgão colegiado. Ainda, cita legislações e entendimentos de países como Inglaterra, Estados Unidos, Canadá, Alemanha, França, Portugal, Espanha e Argentina indicando que nesses países a execução penal tem início *antes* do trânsito em julgado da sentença condenatória.[3]

No entanto, a decisão do Supremo Tribunal Federal, a um só tempo, desconsidera frontalmente o Texto Constitucional (art. 5º, inc. LVII, da Constituição da República), Tratados Internacionais – que o próprio Estado Brasileiro ratificou como a Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 7.º, n. 2 e art. 8.º, n. 2 [4]) -, a própria legislação processual penal (art. 283 do Código de Processo Penal) e também sua própria jurisprudência (HC 84.078/MG, de 05/02/2009).[5]).

O ministro Marco Aurélio foi enfático em reconhecer que “o Supremo acabou de rasgar a Constituição”[6] e acrescentaríamos: rasgou a Constituição, documentos internacionais, a própria lei vigente e, por corolário, o Estado de Direito e além também da sua própria sua jurisprudência.

Logo após a divulgação do resultado, vozes se levantaram contra o resultado analisando o citado *Habeas Corpus* sob os seus diversos vieses. Para Leonardo Isaac Yarochevsky “A decisão do STF atingiu o coração do princípio da presunção de inocência, mas, oxalá, permita que ele sobreviva como princípio, como princípio constitucional, como princípio do Estado Democrático de Direito. Estado Democrático de Direito, que não se satisfaz simplesmente com a democracia formal, mas sobretudo um verdadeiro Estado Democrático de Direito que efetivamente garanta os direitos fundamentais e onde prevaleça a maximização da liberdade e a minimização do

poder punitivo estatal.”[7]

Thiago Bottino escreveu alertando para o fato de que estatísticas comprovam que muitas vezes a utilização do *Habeas Corpus* serviu para reformar decisões condenatórias proferidas pelos Tribunais de Justiça e pelos Tribunais Regionais Federais, além do que se o problema fosse o excesso de recursos para o trânsito em julgado da sentença, então, somente o Poder Legislativo através de Emenda à Constituição teria legitimidade para modificar a situação e não o Supremo Tribunal Federal, já que não teria legitimidade, nem mandato para tanto[8].

Emílio Peluso Neder Meyer levanta sérios problemas jurídicos quanto a essa decisão do STF no *Habeas Corpus* n.º 126.292. Ela é violadora de texto expresso da Constituição, expressa ausência de integridade no julgamento, critica a suposta oposição entre questão de fato e de direito, chama atenção para o retrocesso na proteção dos direitos fundamentais e a ilegitimidade no controle de constitucionalidade por ofensa tanto à perspectiva liberal, quanto à concepção republicana e a uma concepção procedimentalista[9].

Também o texto de Cezar Roberto Bitencourt e Vania Barbosa Adorno Bitencourt, em que asseveram o autoritarismo da Corte por, ao tentar agir como guardião da Constituição, reescrever a Constituição e desconsiderar direitos fundamentais, além de gerar imensa insegurança jurídica[10].

E, por fim, Lenio Streck[11] questiona se a postura adotada pelo Min. Teori Zavascki seria diferente, afinal, da anteriormente adotada, quando este era ministro do STJ, no que se refere à exigência, defendida por esse mesmo ministro, de que uma declaração de inconstitucionalidade de dispositivos normativos deve ser sempre explícita. Assim, se não houve uma declaração explícita de inconstitucionalidade do disposto no art. 283 do Código de Processo Penal, pela decisão do Supremo Tribunal Federal, bem como não houve edição de enunciado de súmula vinculante quanto ao entendimento adotado naquela decisão, os tribunais, portanto, bem podem não seguir esse entendimento que, conforme Lenio Streck, seria, então, precário, isolado e não amadurecido. [12]

Obviamente, aderimos às críticas feitas pelos autores acima citados[13]. O que o Supremo Tribunal Federal parece esquecer é que o direito à presunção de inocência é, antes de qualquer coisa, um princípio processual, uma garantia processual e uma regra de argumentação processual. Significa simplesmente que quem tem o ônus da prova é quem acusa e não quem se defende. A presunção de inocência é um princípio basilar do sistema acusatório, do devido processo legal e do modelo constitucional do processo penal nos Estados Democráticos de Direito. E que a Constituição da República determina que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, ou seja, até decisão condenatória irrecorrível (embora o sistema ainda admita meios autônomos de impugnação de decisões judiciais).

Em face da controvérsia que se criou, nos últimos dias, em torno da decisão do STF[14], o que também nos causa estranheza é a adesão, em maior ou menor medida, por parte de alguns autores, ao entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do *Habeas Corpus* n.º 126.292; ou, ao menos, quanto à impossibilidade de se questionar essa decisão em face do Direito Internacional de Proteção aos Direitos Humanos.

Oscar Vilhena Vieira, por exemplo, em entrevista à *Folha de São Paulo*, afirma textualmente que é a favor da decisão e que “o Supremo seguiu o padrão internacional, que é a dupla jurisdição. Nos EUA é diferente: a prisão ocorre logo após a decisão de primeira instância. O Brasil estabelecer um duplo grau de jurisdição não é um atentado à democracia”[15]. Com efeito, Oscar Vilhena Vieira sustenta seu ponto de vista em uma suposta superioridade de outros ordenamentos jurídicos, como se: já que é assim nos EUA, então em nosso país periférico deve ser também assim. Esquece-se o autor de mencionar que os EUA são, no que toca ao campo processual penal e prisional, tudo menos um exemplo a ser seguido: a maior população carcerária do mundo; um sistema que, como o nosso, se concentra nos mais pobres e negros (além de hispânicos, no caso dos EUA); um país, enfim, que sustenta uma prisão ilegal e violadora de todos os Tratados Internacionais possíveis localizada em Guantánamo. Ademais, o mesmo autor, contudo, reconhece que o Supremo Tribunal Federal realizou uma *mudança* na própria Constituição, sendo que “o ideal seria que a mudança fosse feita por meio de uma emenda constitucional”[16], mas “como o Congresso jamais aprovaria tal mudança”[17], então está justificada a mudança feita pelo Supremo Tribunal Federal.

Ora, em primeiro lugar, a comparação que faz o autor nos parece inadequada, posto que ela pretende sustentar-se no argumento de uma suposta autoridade que o sistema jurídico norte-americano teria sobre os chamados países

“periféricos”. Assim, cabe perguntar: os Estados Unidos são mesmo um modelo de democracia para todo o mundo, inclusive para nós? Por lá, não existem violações a direitos fundamentais? Basta lembrarmos que esse tipo de argumento pode bem esconder uma tentativa de legitimação através de uma violência simbólica por parte de uma “inteligência” com ares de crítica, para consolidar a dominação do modelo de privilégios da elite e dos chamados países centrais na espoliação dos países periféricos[18]. Uma análise do direito norte-americano e do instituto da presunção de inocência, portanto, deve ser realizada com os rigores metodológicos que o direito comparado requer; fora daí é pura *tolice da inteligência brasileira*, no sentido de Jessé Souza.

Um dia depois de sua entrevista, Oscar Vilhena Vieira, agora em artigo publicado no mesmo veículo, escreve artigo sobre o tema. Explicando que o ministro Cezar Peluso encaminhou ao Congresso proposta de emenda à Constituição, em 2011, para transformar os recursos especiais e extraordinários em verdadeiras revisões criminais, com o intuito de *agilizar* os processos penais e também reduzir a impunidade, e como o Congresso se manteve omissivo em relação a essa emenda, o Supremo Tribunal Federal se insurgiu possibilitando a execução da pena antes do trânsito em julgado. Assim, o autor questiona: “Afinal, é assim que ocorre em grande parte das democracias contemporâneas. Por que deveria ser diferente no Brasil?”[19]. Conclui, então, dizendo: “Parece sensato. Ocorre, porém, que a Constituição brasileira é diferente das demais. É o ‘trânsito em julgado’ e não o ‘duplo grau’ que estabelece o momento a partir do qual se pode executar uma sentença. É o que está escrito. Não há dúvida de que a ‘benevolência’ constitucional gera morosidade e favorece a impunidade. Corrigir a Constituição, no entanto, não é função do Supremo”[20].

O autor, em um primeiro momento, disse que o Supremo Tribunal Federal teria feito aquilo que o Congresso se omitiu para, então, depois dizer que não caberia ao Supremo Tribunal Federal fazer o que fez. Mas que nas “democracias *decentes*” é assim que ocorre, diferentemente da “Constituição *benevolente*” que temos. É bem claro que o autor recua no artigo em relação à opinião manifestada na entrevista, mas não deixa isso claro e nem tem a coragem de dizer que voltou atrás. O que ele também não diz nesse segundo texto é o porquê de a nossa Constituição ser tão “benevolente”; mas, contudo, cremos ser possível ajudá-lo nesse sentido: 20 anos de regime ditatorial, no qual as garantias fundamentais mais básicas foram violentadas à exaustão, talvez só isso já esclareça a razão da Constituição “cidadã” ter tanto cuidado em proteger aquele que está sujeito à violência do Estado. Isso para não falarmos de um sistema direcionado, desde sempre, para um tipo específico de *clientela*, para quem o Estado aparece, normalmente, apenas como violência e força. Interessante é ler a crítica de alguns segundo a qual quem tem recursos pode pagar um bom advogado para que este se valha dos “mecanismos” que supostamente teriam sido criados para protelar uma condenação. O problema, então, não seria, por um lado, coibir em concreto situações de abuso e, por outro, garantir meios adequados de defesa a todos? Para resolver uma distorção precisamos jogar “a água com a criança dentro”?

Essa “mudança” realizada pelo Supremo Tribunal Federal só poderia ser, segundo alguns, uma tentativa de “mutação constitucional”. Mutação *constitucional*? Mas *contra legem*?

Advogando o que seria uma pretensa “mutação constitucional”, cabe tecer algumas considerações sobre o artigo de José Ribas Vieira e Ranieri Lima Resende. Esse texto busca, sobretudo, analisar se eventualmente a decisão do STF teria ou não ofendido a Convenção Americana de Direitos Humanos, o Pacto de São José da Costa Rica[21]. Respeitosamente, cabe dizer, desde já, que discordamos do ponto de vista apresentado pelos autores.

Antes de tudo, é preciso lembrar que a ideia de “mutação constitucional” é pensamento oriundo da crise do positivismo alemão do final do século XIX e início do século XX, uma tentativa de solução ou de explicação sociológica para um problema hermenêutico.[22] Em um primeiro momento, a referência a essa ideia é feita em face de efetivas mudanças de interpretação da Constituição do Império Alemão, de 1870, constituindo a “mutação constitucional” uma espécie de explicação para essas mudanças, percebidas, sobretudo, pela Teoria do Estado como um problema de defasagem entre o texto constitucional e as práticas sociais.[23]

Em um segundo momento, a ideia de mutação constitucional ressurgiu no contexto do debate sobre a crise dos métodos jurídicos na Alemanha.[24] Nesse contexto, Dau-Lin[25] afirmará – baseando-se em Smend – que as mutações constitucionais são elementos fundamentais para a manutenção da unidade do Estado. Disso ele tira uma conclusão pessimista: não há nenhum mecanismo jurídico que seja capaz de controlar as instâncias mais altas do Estado e de vinculá-las ao cumprimento da Constituição.[26]

Com isso, nos parece que a doutrina constitucional brasileira defensora de uma mutação constitucional parece olvidar - seja por déficit epistemológico, ou talvez por uma perversidade ideológica – que historicamente a figura de uma mutação constitucional sempre foi utilizada pela história constitucional para uma “desculpa elegante” para justificar o descumprimento da Constituição e o decisionismo de um Judiciário descomprometido com bases democráticas, revivendo as célebres palavras de Lassalle e reduzindo a Constituição a uma mera folha de papel. Como afirmam Lenio Streck, Martonio Mont’Alverne Barreto Lima e Marcelo Cattoni: “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. 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.”[27]

Também deveria ser estranho – ou pelo mesmo vergonhoso – notar que se realizarmos uma pesquisa empírica sobre os julgados do Supremo Tribunal Federal,[28] este tem uma jurisprudência absurdamente vacilante e frágil acerca do conceito do que seja uma mutação constitucional; de modo a reduzir anos de teoria e história do constitucionalismo alemão a um mero recurso retórico, seguidamente repetido. Isto é, banalizou-se a noção no interior do Supremo Tribunal Federal de que quando algum ministro quer proferir uma decisão inovadora, este alega proceder a uma “mutação constitucional” (onde muitas vezes é mesmo caso, se não de emenda, ao menos de percepção mais sofisticada hermeneuticamente e politicamente responsável da dinâmica constitucional).

De mais a mais, admitir a mutação constitucional é pretender que o sistema jurídico seja um conjunto de regras apenas, ignorando por completo a dimensão principiológica existente em um Ordenamento Jurídico, sob as balizas do paradigma pós-positivista. Logo, tal instituto não se sustenta ao descobrirmos que o direito deve ser pensado a partir de um projeto coletivo de uma comunidade de princípios e que a interpretação deve sempre ter um caráter construtivo.[29] Por isso, deve-se substituir a ideia de mutação constitucional pela integridade na construção interpretativa do direito.[30]

E, ainda, mesmo para aqueles que admitem a utilização da mutação constitucional, jamais se admite interpretações *contra legem*, interpretações contrárias ao próprio texto constitucional – o que Dau-Lin denominada por mutação inconstitucional e tanto condenava[31] – e ainda, que a “alteração de sentido” a que se chama de mutação não seria algo “construído” pelo Judiciário, mas apenas reconhecido pelo mesmo.[32]

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.

Não é possível que a única razão para que o STF decida hoje de forma diferente que ontem seja a composição diversa da Corte: mesmo que haja novas pessoas a ocuparem as cadeiras, a decisão sempre é da instituição e se compreendemos o Direito como um sistema coerente e íntegro, então o Tribunal, para alterar seu posicionamento, precisa enfrentar decisões anteriores e assumir o ônus argumentativo de mostrar que aquelas estavam “equivocadas” e que a melhor leitura é a atual. Isso implica assumir uma teoria dos erros institucionais, como leciona Dworkin.[33]

Cabe repetir: a tese da mutação constitucional, portanto, nada mais é do que a defesa de uma concepção *decisionista* da jurisdição constitucional – logo antidemocrática -, que acaba por transformar o Supremo Tribunal Federal em um poder constituinte permanente.[34]

Isso é inadmissível em um Estado Democrático de Direito. Novamente, o Supremo Tribunal Federal nada mais fez do que “substituir um texto por outro texto”[35]. Veja-se que o Supremo Tribunal Federal fez, na prática, foi trocar a expressão “até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (art. 5º, inc. LVII da CF/88) por “até acórdão condenatório em 2ª instância” (HC 126.292). Qual a legitimidade da jurisdição constitucional para

substituir o texto constitucional?

Ora, há toda uma história institucional que não pode ser simplesmente desconsiderada: trânsito em julgado jamais será, para o Direito Processual, sinônimo de condenação em segundo grau. Simplesmente porque são institutos próprios. E desconsiderar essas diferenças é desrespeitar o princípio constitucional do devido processo legal.

Ora, para além da referência a uma suposta mutação constitucional, o texto de José Ribas Vieira e de Ranieri Lima Resende defende que a decisão do Supremo Tribunal Federal não ofende qualquer dispositivo da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, nem qualquer precedente da Corte Americana de Direitos Humanos, já que não há qualquer garantia convencional de cumprimento da sentença condenatória condicionada ao trânsito em julgado[36].

Além de o artigo de Ribas e Resende infelizmente desconhecer inteiramente o entendimento da Comissão Interamericana de Direito Humanos sobre o direito à presunção de inocência, especialmente frente às chamadas prisões decretadas antes do trânsito em julgado de decisões condenatórias, como no caso do “Relatório sobre o uso das prisões preventivas nas Américas”[37], cabe lembrar que a Convenção Americana exige dos Estados signatários o respeito ao sistema de garantias que esses próprios Estados legalmente adotam. Ora, não é nem preciso adotar a tese do transconstitucionalismo para perceber, em razão das remissões recíprocas entre a Constituição e o Pacto de San José, que o desrespeito ao próprio sistema de garantias legal e constitucionalmente adotados internamente também viola o Pacto e o Direito Internacional de Proteção aos Direitos Humanos (especificamente, art. 7.º, n. 2 e art. 8.º, n. 2, primeira parte, da Convenção Americana).

Ademais, essa decisão do STF sobre a presunção de inocência vem corroborar, arriscadamente, uma linha de relativização em matéria penal e processual penal, que pode bem ser chamada de *jurisprudencialismo penal*. Como sabemos, numa visão garantista, Direito Penal e Processo Penal devem submeter-se à legalidade em sentido formal e material. Essa linha de relativização nos parece já estar presente, inclusive, na discussão sobre o “estado de coisas inconstitucional”, na medida em que o Tribunal tenta assumir, ainda que em parte, uma tarefa de governo em matéria de política criminal que cabe constitucionalmente ao Legislativo e ao Executivo, sob o argumento da falência da política.[38] Mais uma vez, o STF prova que não é papel dele esse tipo de coisa, até porque, em razão de o direito à presunção de inocência ser uma cláusula pétrea, nem mesmo o Congresso democraticamente eleito tem legitimidade para relativizar uma garantia como essa.

Por fim, cabe dizer que a decisão no *Habeas Corpus* n.º 126.292 pelo Supremo Tribunal Federal desrespeita, ademais, a ideia alardeada por tantos quanto à “proibição do retrocesso”[39]. Se o STF alcançou um certo entendimento mais favorável, como é possível que pouco tempo depois volte atrás? Temos visto muitos dos que saúdam essa decisão do STF dizendo que até 2009 esse era o entendimento e que apenas em 2010 é que houve mudança. O que este argumento está sustentando – inclusive refazendo um histórico pré-88 – é que o erro do passado deve prevalecer? Ora, se o STF em 2010 enfrentou entendimentos anteriores e avançou para uma nova compreensão que percebeu mais adequada ao atual constitucionalismo, qualquer novo entendimento dos Tribunais no sentido de “andar para trás” precisará estar escorado em uma mudança da Constituição, uma vez que o caráter aberto de interpretação do texto constitucional se dá apenas em um sentido: o da ampliação dos direitos e dos sujeitos de direitos: §2º do art. 5º da Constituição da República. Aliás, para aqueles que gostam de citar “o exemplo dos EUA”, vale lembrar que cláusula similar se encontra na Emenda n. IX da Constituição daquele país.[40]

Mais uma vez, com tudo isso, vem à memória a advertência de Boaventura de Sousa Santos quanto aos perigos do ativismo judicial, já que tanto pode caminhar em um sentido progressista quanto conservador; neste último caso, configurando uma verdadeira “contrarrevolução jurídica”. [41]

Notas e Referências:

[1] O acórdão ainda não foi publicado. No entanto, pode-se consultar a notícia oficial divulgada pelo site do STF

em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=310153>, acesso em 19 de Fevereiro de 2016. O voto divergente do Min. Celso de Mello já se encontra disponível em <http://www.conjur.com.br/2016-fev-23/stf-adotou-posicao-conservadora-regressista-celso-mello>.

[2] Disponível em <http://www.conjur.com.br/2016-fev-17/leia-voto-relator-prisao-condenado-segundo-grau>

[3] Voto disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/stf-decide-reu-presos-depois-decisao.pdf>, acesso em 19 de Fevereiro de 2016.

[4] art. 7.º, n. 2. "Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas **causas e nas condições previamente fixadas pelas Constituições políticas** dos Estados-partes ou pelas **leis** de acordo com elas promulgadas." E art. 8.º, n. 2. "Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove **legalmente** sua culpa" (grifos nossos). Sobre o modo com que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos interpreta o Pacto de San José quanto à toda espécie de "prisões preventivas" (ou seja, de "todo o período de privação de liberdade de uma pessoa suspeita de haver cometido um delito, ordenado por uma autoridade judicial e anterior ao trânsito em julgado da sentença") em face do direito à presunção de inocência, ver em especial o "Relatório sobre o uso das prisões preventivas nas Américas", disponível em www.oas.org/pt/cidh/ppl/pdfs/Relatorio-PP-2013-pt.pdf. Texto integral em espanhol, disponível em <http://www.oas.org/es/cidh/ppl/informes/pdfs/informe-pp-2013-es.pdf>.

[5] Ementa disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ementa84078.pdf>.

[6] Fala aos jornalistas, disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/stf-decide-reu-presos-depois-decisao.pdf>, acesso em 19 de Fevereiro de 2016.

[7] YAROCHEWISKY, Leonardo Isaac. Com decisão do Supremo, presunção de inocência está na UTI. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2016-fev-17/leonardo-yarochewsky-presuncao-inocencia-uti>

[8] Texto disponível em: <http://jota.uol.com.br/os-problemas-da-decisao-do-stf-sobre-execucao-provisoria-da-pena>, acesso em 20 de Fevereiro de 2016.

[9] Texto disponível em: <http://jota.uol.com.br/presuncao-de-inocencia-ate-a-condenacao-em-segunda-instancia>, acesso em 20 de Fevereiro de 2016. Para uma crítica à oposição artificial entre questões de fato e de direito, ver: BAHIA, Alexandre Melo Franco. *Recursos extraordinários no STF e no STJ: conflito entre interesses público e privado*. Curitiba: Juruá, 2012.

[10] Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-fev-18/cezar-bittencourt-dia-terror-stf-rasga-constituicao>, acesso em 20 de Fevereiro de 2016. Sobre o papel do STF como "guardião da Constituição", vale lembrar a advertência da Maria Fernanda: "Justamente porque o STF tem a última palavra sobre o que é a Constituição, ele não pode agir como se tivesse a última palavra sobre o que é a Constituição" (SALCEDO REPOLÊS, Maria Fernanda. O papel político do Supremo Tribunal Federal e a hermenêutica constitucional: considerações a partir da teoria, da cultura institucional e da Jurisprudência. *Revista do Curso de Direito da Faculdade Metodista Isabela Hendrix*, v. 1, 1º sem. 2003, p. 107. Disponível em: <http://migre.me/t3MKr>).

[11] STRECK, Lenio. Teori do STF contraria Teoria do STJ ao ignorar lei sem declarar inconstitucional. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-fev-19/streck-teori-contraria-teori-prender-transito-julgado>, acesso em 20 de Fevereiro de 2016.

[12] Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-fev-19/streck-teori-contraria-teori-prender-transito-julgado>, acesso em 20 de Fevereiro de 2016. Vale a pena também considerar as colocações de Luciano Feldens e Débora Poeta em Prisão segue condicionada ao trânsito em julgado da sentença condenatória. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2016-fev-19/prisao-segue-condicionada-transito-julgado-sentenca>

[13] Cf. também, entre outros, Délio Lins e Silva em <http://www.conjur.com.br/2016-fev-19/lins-silva-stf-julgou-materia-requentada-novem-mediocridade>. E Borges D'Urso em <http://www.conjur.com.br/2016-fev-18/luiz-durso-antecipar-cumprimento-pena-desastre-humanitario>. Ver também a entrevista de José Carlos Moreira da Silva Filho disponível em <http://www.ihu.unisinos.br/entrevistas/551922-poder-judiciario-viola-a-constituicao>

[e-expoe-sua-face-justiceira-aos-holofotes-da-midia-entrevista-especial-com-jose-carlos-moreira-da-silva-filho](#)

[14] Ver, p. ex., de um lado, <http://www.conjur.com.br/2016-fev-17/advogados-stf-curvou-opiniao-publica-antecipar-pena>. E, de outro, <http://www.conjur.com.br/2016-fev-17/ajufe-comemora-decisao-prisao-condenacao-grau>.

[15] Entrevista disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2016/02/1740916-decisao-do-supremo-nao-viola-a-democracia-afirma-pesquisador.shtml>, acesso em 20 de Fevereiro de 2016.

[16] Entrevista disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2016/02/1740916-decisao-do-supremo-nao-viola-a-democracia-afirma-pesquisador.shtml>, acesso em 20 de Fevereiro de 2016.

[17] Entrevista disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2016/02/1740916-decisao-do-supremo-nao-viola-a-democracia-afirma-pesquisador.shtml>, acesso em 20 de Fevereiro de 2016.

[18] Comentando essa exaltação da sociedade americana, Jessé Souza bem elucida: “A cereja do bolo desse quadro pseudocrítico da sociedade brasileira é a ideia de que existem sociedades sem jeitinho, ou seja, sem influência de relações pessoais poderosas decidindo o destino de pessoas concretas, muito especialmente nessa sociedade de conto de fadas para adultos que são os Estados Unidos aos olhos de nossos liberais conservadores. Os Estados Unidos seriam a sociedade da *accountability*, da confiança interpessoal, do respeito à lei impessoal, e da igualdade como valor máximo. Tudo como se o policial norte-americano não batesse com mais força no latino e nos negros pobres, como se o governo, na mutreta e sem assumir, não espionasse aliados e inimigos, como se o eufemismo da desregulação do mercado financeiro – o que é afinal desregular senão abdicar de qualquer controle intencionalmente? – não fosse a senha para corrupção aberta por meio de mecanismos financeiros com um só ganhador: os bancos norte-americanos que se apropriam por meios frequentemente duvidosos do excedente econômico do planeta inteiro. O interesse aqui não é obviamente praticar antiamericanismo, sentimento do qual estou a anos-luz de distância, é apenas irritação contra esse tipo de admiração basbaque e infantil de tão cândida com relação a sociedades tão imperfeitas e dignas de crítica quanto qualquer outra sociedade humana existente” (SOUZA, Jessé. *A tolice da inteligência brasileira: ou como o país se deixa manipular pela elite*. São Paulo: LeYa, 2015. p.88).

[19] Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/colunas/oscarvilhenaveira/2016/02/1741320-presuncao-de-inocencia.shtml>, acesso em 21 de Fevereiro de 2016.

[20] Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/colunas/oscarvilhenaveira/2016/02/1741320-presuncao-de-inocencia.shtml>, acesso em 21 de Fevereiro de 2016.

[21] Disponível em: <http://jota.uol.com.br/execucao-provisoria-da-pena-confirmada-pela-segunda-instancia-uma-causa-para-a-corte-interamericana-de-direitos-humanos>, acesso em 21 de Fevereiro de 2016.

[22]. Cf. JACOBSON, Artur J. e SCHLINK, Bernhard. *Weimar: A Jurisprudence of crisis*. Berkeley: University of Califórnia, 2000, p. 46; pp. 54-57. E PEDRON, Flavio Quinaud. *Mutação constitucional na crise do positivismo jurídico*. Belo Horizonte: Arraes editores, 2012.

[23] JELLINEK, Georg. *Reforma y mutación de la constitución*. Trad. Christian Förster. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

[24] PEDRON, Flavio Quinaud. *Mutação constitucional na crise do positivismo jurídico*. Belo Horizonte: Arraes editores, 2012, p. 101.

[25] DAU-LIN, Hsü. *Mutación de la Constitución*. Tradução de Pablo Lucas Verdú e Cristian Förster. Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública, 1998.

[26] PEDRON, Flavio Quinaud. *Mutação constitucional na crise do positivismo jurídico*. Belo Horizonte: Arraes editores, 2012, p. 119-120.

[27] STRECK, Lenio; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto; CATTONI, Marcelo. *A nova perspectiva do STF*

sobre controle difuso. Disponível em http://www.conjur.com.br/2007-ago-03/perspectiva_stf_controle_difuso. Citamos todo o trecho: “Não se pode deixar de frisar, destarte, que a mutação constitucional apresenta um grave problema hermenêutico, no mínimo, assim como também de legitimidade da jurisdição constitucional. Com efeito, a tese da mutação constitucional é compreendida mais uma vez como solução para um suposto hiato entre texto constitucional e a realidade social, a exigir uma “jurisprudência corretiva”, tal como aquela a que falava Büllow, em fins do século XIX (veja-se, pois, o contexto histórico): uma jurisprudência corretiva desenvolvida por juízes éticos, criadores do Direito” (*Gesetz und Richteramt*, Leipzig, 1885) e atualizadores da constituição e dos supostos envelhecimentos e imperfeições constitucionais; ou seja, mutações constitucionais são reformas informais e mudanças constitucionais empreendidas por uma suposta interpretação evolutiva. Essa tese foi formulada pela primeira vez em fins do século XIX e inícios do século XX por autores como Laband (*Wandlungen der deutschen Reichsverfassung*, Dresden, 1895) e Jellinek (*Verfassungsänderung und Verfassungswandlung*, Berlim, 1906), e mereceu mais tarde conhecidos desenvolvimentos por Hsü-Dau-Lin (*Die Verfassungswandlung*, Leipzig, 1932). Como bem afirmam os professores Artur J. Jacobson (New York) e Bernhard Schlink (Berlim), em sua obra *Weimar: A Jurisprudence of crisis* (Berkeley: University of Califórnia, 2000, p. 45-46), o dualismo metodológico positivismo legalista-positivismo sociológico que perpassa toda a obra de Jellinek *Verfassungsänderung und Verfassungswandlung* (Berlim, Häring, 1906) e que serve de base para a tese da mutação constitucional (*Verfassungswandlung*), impediu o jurista alemão de lidar normativamente com o reconhecimento daquelas que seriam “as influências das realidades sociais no Direito”. A mutação constitucional é assim tida como fenômeno empírico e não é resolvido normativamente: “Jellinek não apresenta um substituto para o positivismo legalista, mas apenas tenta suplementá-lo com uma análise empírica ou descritiva dos processos político-sociais”. 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. E mesmo em Hsü-Dau-Lin” (referido pelo ministro Eros Grau) e sua classificação “quadripartite” do fenômeno da mutação constitucional não leva em conta aquilo que é central para o pós-segunda guerra e em especial para a construção do Estado Democrático de Direito na atualidade: o caráter principiológico do direito e a exigência de integridade que este direito democrático expõe, muito embora, registre-se, Lin tenha sido discípulo de Rudolf Smend, um dos primeiros a falar em princípios e espécie de fundador da doutrina constitucional alemã pós-segunda guerra.”

[28] O que foi de fato levada a cabo na obra PEDRON, Flavio Quinaud. *Mutação constitucional na crise do positivismo jurídico*. Belo Horizonte: Arraes editores, 2012, p. 52.

[29] DWORKIN, Ronald. *Império do Direito*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. 2ª edição. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2007.

[30] PEDRON, Flavio Quinaud. *Mutação constitucional na crise do positivismo jurídico*. Belo Horizonte: Arraes editores, 2012.

[31] DAU-LIN, Hsü. *Mutación de la Constitución*. Tradução de Pablo Lucas Verdú e Cristian Förster. Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública, 1998.

[32] Por isso o desacerto na defesa de mutação tal qual pretendida por Gilmar Mendes quando votou na Reclamação n. 4335: ao fim e ao cabo, era o STF – ou, mais precisamente, o Min. Gilmar – quem pretendia que teria havido uma mudança na Constituição, implicando em uma revogação tácita de dispositivo constitucional. Mesmo dentro da teoria da mutação constitucional a tese não se sustentava porque, no caso, não se encontrava qualquer indício – fora da vontade expressa pelo Ministro em seu voto – de que tivesse surgido uma expectativa generalizada sobre a questão. Cf. STRECK, Lenio; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto; CATTONI, Marcelo. *A nova perspectiva do STF sobre controle difuso*. *Consultor Jurídico*, 03.08.2007. Disponível em http://www.conjur.com.br/2007-ago-03/perspectiva_stf_controle_difuso.

[33] DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. [Direito e Justiça].

[34] STRECK, Lenio; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da

legitimidade da jurisdição constitucional. *Revista Argumenta*, n. 7, ano 2007, p. 45-68.

[35] STRECK, Lenio; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. *Revista Argumenta*, n. 7, ano 2007, p. 45-68.

[36] Disponível em: <http://jota.uol.com.br/execucao-provisoria-da-pena-confirmada-pela-segunda-instancia-uma-causa-para-a-corte-interamericana-de-direitos-humanos>, acesso em 21 de Fevereiro de 2016.

[37] Mais uma vez, cabe conferir o modo com que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos interpreta o *Pacto de San José* quanto ao direito de presunção de inocência, frente a toda espécie de “prisões preventivas” (ou seja, de “todo o período de privação de liberdade de uma pessoa suspeita de haver cometido um delito, ordenado por uma autoridade judicial e **anterior ao trânsito em julgado da sentença**”). “Relatório sobre o uso das prisões preventivas nas Américas”, disponível em www.oas.org/pt/cidh/ppl/pdfs/Relatorio-PP-2013-pt.pdf. Texto integral em espanhol, disponível em <http://www.oas.org/es/cidh/ppl/informes/pdfs/informe-pp-2013-es.pdf>.

[38] Para uma crítica certeira à ideia de “Estado de coisas inconstitucional”, ver STRECK, Lenio. Estado de coisas inconstitucional é uma nova forma de ativismo. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo>.

[39] Cabe reconhecer que Ribas e ReSende, ao final de seu texto, referem-se, contudo, a esse problema. Cf. <http://jota.uol.com.br/execucao-provisoria-da-pena-confirmada-pela-segunda-instancia-uma-causa-para-a-corte-interamericana-de-direitos-humanos>

[40] “A enumeração de certos direitos na Constituição não poderá ser interpretada como negando ou coibindo outros direitos inerentes ao povo”.

[41] SANTOS, Boaventura de Sousa. *A contrarrevolução jurídica*. Disponível em: <<http://www.uc.pt/iii/novidades/CES-boaventura-contrarevolucao12-09>>.

Imagem Ilustrativa do Post: image // Foto de: brlnpics123 // Sem alterações

Disponível em: <https://www.flickr.com/photos/brlnpics123/15311387284>

Licença de uso: <http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/legalcode>

O texto é de responsabilidade exclusiva do autor, não representando, necessariamente, a opinião ou posicionamento do Empório do Direito.