

A MUTAÇÃO (IN)CONSTITUCIONAL DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: UMA ANÁLISE ACERCA DAS CONSEQUÊNCIAS DA MUDANÇA DE ENTENDIMENTO DO STF

THE CONSTITUTIONAL MUTATION OF THE PRINCIPLE OF THE PRESUMPTION OF INNOCENCE: NA ANALYSIS OF THE CONSEQUENCES OF THE CHANGE OF UNDERSTANDING OF THE STF

Renata Albuquerque Lima ¹
Átila de Alencar Araripe Magalhães ²
José Fábio Silva Araújo ³

RESUMO: O presente trabalho monográfico analisa a mutação (in)constitucional do Princípio Constitucional da Presunção de Inocência (artigo 5º, inciso LVII, da CRFB/88), tendo por base, em especial, a decisão empreendida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Habeas Corpus 126.292/SP. A temática é abordada pelo método dedutivo, por meio de pesquisa doutrinária e jurisprudencial. O estudo defende a tese de que a Suprema Corte, incumbida da guarda da Constituição, não pode usurpar as atribuições do Poder Constituinte Originário, sobretudo quando isso significar retrocesso em matéria de direitos e garantias fundamentais, seja a que pretexto for.

Palavras-chave: Mutação (in)constitucional; presunção de inocência; julgamento do habeas corpus 126.292/SP.

ABSTRACT: The present monographic work analyzes the (in) constitutional mutation of the Constitutional Principle of the Presumption of Innocence (article 5, item LVII, CRFB/88), based in particular on the decision made by the Supreme Federal Court in Habeas Corpus 126.292 / SP. The thematic is approached by the deductive method, through doctrinal and jurisprudential research. The study defends the thesis that the Supreme Court, entrusted with the custody of the Constitution, can't encroach upon the attributions of the Native Constituent Power, especially when this means a setback in fundamental rights and guarantees, whatever the pretext is.

Keywords: (In)constitutional mutation; presumption of innocence; judgment of habeas corpus 126.292/SP.

1 Pós-doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Doutora em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Coordenadora da Graduação e Pós-Graduação em Direito da Faculdade Luciano Feijão. Professora Adjunta do Curso de Direito da Universidade Estadual Vale do Acaraú (UVA). Professora do Mestrado em Direito da UNICHRISTUS. Advogada.

2 Doutorando em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Mestre em Administração de Empresas pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Especialista em Direito e Processo Tributários pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Especialista em Direito Empresarial pela Universidade Estadual do Ceará (UECE). Professor de Direito Processual Civil da Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Membro do Grupo de Pesquisa "Relações Econômicas, Políticas e Jurídicas na América Latina (REPJAL)". Advogado.

3 Graduado em Direito pela Universidade Estadual Vale do Acaraú (UVA).

1 INTRODUÇÃO

O objeto do presente artigo se volta para a discussão acerca da mutação (in)constitucional do Princípio da Presunção de Inocência, também conhecido como Princípio da Não Culpabilidade ou Estado de Inocência, consagrado no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, tendo por base a mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal, em especial, quando no julgamento do Habeas Corpus 126.292/SP.

Ressaltar-se, todavia, que o objeto de estudo do presente trabalho não se limita a uma análise isolada da decisão proferida no julgamento do referido Habeas Corpus. Pelo contrário, busca-se aqui, na verdade, uma análise ampla a respeito do princípio constitucional em apreço e do instituto da mutação constitucional, a chegar nas consequências geradas pela violação de tais institutos no ordenamento jurídico como um todo.

Por conta disso, a priori, buscar-se-á a construção de uma base teórica no que se refere ao princípio de *status* constitucional mencionado, bem como do fenômeno da mutação constitucional, de modo que reste clarificada a tese aqui defendida.

O ponto de vista aqui defendido é de que a Suprema Corte, cuja competência pre-cípua atribuída pelo Poder Constituinte Originário é a guarda da Constituição, implementou verdadeira mutação inconstitucional ante a norma constitucional em tela, ao, explicitamente, extrapolar os limites a ela atinentes, colocando-se na posição do próprio Poder Constituinte Derivado Reformador.

Diante da amplitude de tal interpretação, direitos e garantias constitucionais que vêm sendo conquistados a décadas ficaram em “xeque”, resultando em consequências drásticas para todo o ordenamento jurídico, vulnerando o regime democrático e violando a liberdade do cidadão.

Tais consequências jurídicas causadas pelo polêmico entendimento empreendido pelo Pretório Excelso, ao final, serão postas em evidência, através de uma visão crítica sobre o julgamento do Habeas Corpus 126.292/SP, pretendendo-se embasar a conclusão de que o supremo, ao alterar o significado/sentido normativo da presunção de inocência (art. 5ª, inciso LVII, da CRFB/88), recaiu em verdadeira mutação inconstitucional.

Nessa tarefa, impõe-se, ainda, a questão de saber se argumentos como de política criminal, maior eficiência no combate à criminalidade, argumentos de ordem processual (não existência de efeito suspensivo e inviabilidade da reanálise de fatos e provas, em sede de recursos extraordinário e especial) ou mesmo de ordem prática (celeridade processual, prescrição e impunidade) autorizaria o início de cumprimento de pena, em decorrência, apenas, de acórdão confirmatório de sentença penal condenatória, proferido por tribunal *ad quem*.

Para isso, será realizada uma abordagem a partir do método dedutivo, valendo-se de pesquisas doutrinárias, em especial, do direito e da hermenêutica constitucional e do direito processual penal, bem como do exame de textos legais e da análise da jurisprudência pátria. Ademais, a contraposição de argumentos e dados existentes na doutrina e na jurisprudência será desenvolvida pelo método dialético, a fim de obter uma conclusão juridicamente embasada.

2 CONSIDERAÇÕES SOBRE O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA OU DE NÃO CULPABILIDADE

O Princípio da Presunção de Inocência, também conhecido como Presunção da não culpabilidade ou Estado de Inocência está previsto na atual Constituição da República

Federativa do Brasil, tendo sido inovadora ao se consagrar, em seu artigo 5º, inciso LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Cuida-se de princípio basilar do ordenamento jurídico brasileiro, aplicado no âmbito do processo penal, mas que, como visto, possui raiz em norma constitucional, por meio do qual a determinação definitiva da responsabilidade penal por fato criminoso exige o trânsito em julgado da respectiva sentença penal condenatória.

Dessa forma, expressa a função de garantia constitucional do indivíduo no âmbito do processo penal, no sentido de que não será considerado culpado enquanto não sobrevir o marco temporal-formal representado pelo esgotamento de todos os recursos possíveis e viáveis garantidos pela ampla defesa e pelo devido processo legal.

O princípio da presunção da inocência é um princípio do ordenamento jurídico constitucional, estreitamente ligado ao direito penal e diretamente operante no processo penal, que estabelece um estado de inocência ou de não culpabilidade, que norteia toda a relação jurídica do sujeito investigado ou acusado pela prática de infração penal.

Consagrado como direito fundamental de primeira geração, difundido como opção política do Estado Democrático de Direito e exercido pelo indivíduo contra o uso arbitrário do poder punitivo do Estado, é um importante instrumento de garantia da liberdade e da dignidade humana, em sede de persecução penal.

Quanto aos precedentes históricos do mencionado princípio, teve seu surgimento na *Magna Carta Libertatum*, de João-Sem-Terra (1215), e se consolida no período revolucionário francês, logo após a queda da Bastilha, com a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789, como bem expõe Bonfim (2010, p. 76), senão vejamos:

O princípio se positiva pela primeira vez no art. 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (Paris, 26.8.1789), inspirado na razão iluminista (Voltaire, Rousseau etc.). Posteriormente, foi reafirmado no art. 26 da Declaração Americana de Direitos e Deveres (22.5.1948) e no art. 11 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, na Assembleia das Nações Unidas (Paris, 10.12.1948).

Foi nessa Declaração, em seu artigo 9º, que se positivou o princípio da presunção de inocência, em que diz: “Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei”.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e o movimento Iluminista constituem bons exemplos que culminaram na evolução do aludido princípio, haja vista que através deles houve uma modificação do que se pensava na época, uma vez que o acusado, desprovido de qualquer garantia, era considerado um mero instrumento processo, sem qualquer garantia processual assegurada. (RÊGO; GOMES, 2018, p. 3)

Cabe ressaltar que o antigo sistema de persecução penal inquisitivo, em face do qual ocorria a concentração de toda a atividade investigativa em única pessoa, que detinha tanto a figura de acusador como a de julgador, possibilitou a ocorrência de barbáries e de abusos, conforme os relatados e criticados por Beccaria e Foucault. Nesse período, reinava a presunção de culpabilidade, “onde o infrator da norma penal, tipificada enquanto crime, era presumidamente culpado, não havendo sequer a possibilidade do exercício das garantias inerentes a um processo justo e célere”. (BENTO, 2007, p. 31)

É sabido que a acusação era feita secretamente, seguindo a regra de que o indivíduo acusado de ter cometido infração penal era presumidamente culpado, até mesmo antes

de se obter qualquer elemento probatório o mínimo convincente, que atestasse, ao menos, a materialidade do fato e indícios de autoria, como ocorre hodiernamente, isto é, dispensava-se o que hoje se chama de justa causa da ação. A exemplo disso, Ferrajoli recorda que “no processo penal medieval, a insuficiência da prova, conquanto deixasse de subsistir uma suspeita ou uma dúvida de culpabilidade, equivalia a uma semiprova, que comportava um juízo de semiculpabilidade e uma semicondenação a uma pena mais leve” (FERRAJOLI, 2002, p. 441).

Acrescente-se a isso, ainda, o fato de que, como não ocorria o trânsito em julgado da sentença, a qualquer tempo poderia ser revista a pena, podendo ocorrer reforma *pro societa*, sem se olvidar que a utilização da tortura constituía meio lícito para a obtenção de provas, haja vista que o procedimento penal característico era o *tormento* (tortura, interrogatório coercitivo) (ROXIN, 2000, p.10).

No entanto, com a Revolução Francesa, influenciada pelo Iluminismo, que resultou na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, marcou-se o início de um novo regime político, como bem esclarece Fábio Konder Comparato (2008, p.151):

Ela representa, por assim dizer, o atestado de óbito do Ancien Régime, constituído pela monarquia absoluta e pelos privilégios feudais, e, nesse sentido, volta-se claramente para o passado. Mas o caráter abstrato e geral das fórmulas empregadas, algumas delas lapidares, tornou a Declaração de 1789, daí em diante, uma espécie de carta geográfica fundamental para a navegação política nos mares do futuro, uma referência indispensável a todo projeto de constitucionalização dos povos.

Em 1948, como já mencionado na lição de Bonfim (2010, p.76), a Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas proclamou a Declaração Universal dos Direitos do Homem, firmada em bases éticas e humanistas, visando a proteção de direitos fundamentais, estabelecendo o princípio em estudo em seu artigo IX, 1, que expressamente aduz que “toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa”.

Já no ano de 1950, a Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, também conhecida por Convenção Europeia dos Direitos do Homem, estabeleceu, em seu artigo 6º, que “qualquer pessoa acusada de uma infração presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada”, instituindo como importantes direitos do acusado, em suma, o direito de conhecer a natureza e a causa da acusação contra ele formulada, além do direito de defesa.

Além do mais, cumpre destacar que, de igual modo, o Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos, de 1992, prevê a presunção de inocência como uma garantia processual, em seu artigo 14.2, asseverando que “toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa”.

Por derradeiro, anota-se, ainda, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, também chamada de Pacto de San José da Costa Rica, que positivou a presunção de inocência dentre as garantias processuais do cidadão, conforme se vê em seu artigo 8º, 2, ao preconizar que “toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”.

Finalmente, como já explanado inicialmente, no ordenamento jurídico brasileiro, a

Carta Magna de 1988, no Capítulo I (“Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”) do Título II (“Dos Direitos e Garantias Fundamentais”), em seu artigo 5º, inciso LVII, assegurou ao cidadão o direito fundamental da não culpabilidade.

Tendo em vista toda a evolução histórica da presunção de inocência, é patente a afirmação de que tal princípio se fortaleceu com o passar do tempo, tendo sido inserido em vários diplomas do direito internacional e, como consequência, nas Constituições de diversos países, consagrando-se como uma garantia indissociável do ser humano, um direito fundamental, que assegura ao cidadão (investigado ou acusado) a garantia de não mais ser considerado juridicamente culpado, salvo se na forma da lei.

3 MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL: LIMITES E MODALIDADES

Em face da inevitável dinamicidade do Direito, fruto da evolução dos hábitos, valores e costumes da sociedade, da dinâmica econômica, das inovações tecnológicas, das práticas políticas, da atuação dos grupos de pressão, dentre outros fatores, as Constituições podem ser alteradas por mecanismos que não estão previstos expressamente no texto constitucional, a fim de que haja uma readequação do texto normativo à inovação conjuntural político-social. Tais mecanismos informais de alteração constitucional, que ocorrem sem qualquer transcurso legislativo, são conhecidos por mutações constitucionais

Esse fenômeno mutacional decorre da exposição a nova interpretação de determinado dispositivo constitucional, por influência da dinamicidade e das exigências sociais, resultando na alteração de seu conteúdo e alcance, sem, contudo, haver modificação textual. De acordo com esse entendimento, preceitua Luiz Roberto Barroso (2015, p.160-161):

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

É, portanto, um processo que se incorpora as transformações históricas da sociedade:

A análise interpretativa da Constituição não pode, por conseguinte, prescindir do critério evolutivo, mediante o qual se explicam as transformações ocorrentes no sistema, bem como as variações de sentido que tanto se aplicam ao texto normativo, como a realidade que lhe serve de base – a chamada realidade constitucional, cuja mudança e, não raro, lenta e imperceptível ao observador comum, Esse critério, como elemento hermenêutico de extrema relevância, está todo impregnado de historicidade, a qual se comunica ao método de interpretação, não tanto para colher a Constituição jurídica ou a norma na sua origem senão, em primeiro lugar, para acompanhar a consequente evolução ou desdobramento que no seio do sistema constitucional ocorre com a norma codificada na Constituição e com a realidade que lhe imprime eficácia, vida e conteúdo. (BONAVÍDES, 2003, p.138)

A ideia de mutação foi criada em contraposição à reforma, que é um processo de

alteração formal da constituição, prevista no artigo 60 da CF/88:

A modificação da Constituição pode dar-se por via formal e por via informal. A via formal se manifesta por meio da reforma constitucional, procedimento previsto na própria Carta disciplinando o modo pelo qual se deve dar sua alteração.

(...)

Já a alteração por via informal se dá pela denominada mutação constitucional, mecanismo que permite a transformação do sentido e do alcance de normas da Constituição, sem que se opere, no entanto, qualquer modificação do seu texto. A mutação está associada a plasticidade de que são dotadas inúmeras normas constitucionais. (BARROSO, 2015, p.146)

Cabe ressaltar que a expressão *mutação constitucional*, entendida como os processos informais de mudança constitucional, não é empregada de forma uniforme pela doutrina. Tal terminologia abarca dois tipos ou espécies diferentes de mutações, quais sejam as que não violam a Constituição, de forma que se confrontadas com qualquer meio de controle jurisdicional não serão ditas como inconstitucionais, a exemplo das interpretações jurisdicionais que dão sentido renovado à letra constitucional; e as mutações constitucionais que vão de encontro com a Lei Fundamental, isto é, são mutações inconstitucionais, por exemplo, a lei integrativa inconstitucional e o costume *contra constitutionem*.

Em relação a dupla vertente da expressão mutação constitucional, Anna Cândida da Cunha Ferraz (2015, p. 10) aduz:

A expressão *mutação constitucional* é reservada somente para todo e qualquer processo que altere ou modifique o sentido, o significado e o alcance da Constituição *sem contrariá-la*; as modalidades de processos que introduzem alteração constitucional, contrariando a Constituição, ultrapassando os limites constitucionais são designados por *mutações inconstitucionais*. Assim, em síntese, a mutação constitucional altera o sentido, o significado e o alcance do texto constitucional sem violar-lhe a letra e o espírito.

Com base nos pensamentos expostos, tem-se, de forma condensada, que para merecer o qualificativo de *mutação constitucional*, deve-se, portanto, serem satisfeitos os requisitos, quais sejam, em primeiro lugar, a alteração tem que se dar necessariamente quanto ao sentido, o significado e o alcance do dispositivo constitucional; em segundo lugar, tal alteração deve ser constitucional, não ofender a letra nem o espírito constitucional; e, por fim, essa alteração se processa por modo ou meio diferentes das formas organizadas de poder constituinte instituído ou derivado.

Ademais, frisa-se, ainda, que mutações aparecem de forma lenta e gradual, sendo impossível estipular uma localização cronológica, percebe-se, então, que a mutação é fruto da relação entre a norma constitucional e a realidade.

Quanto ao viés histórico, de acordo com a doutrina, o início do estudo do tema a respeito da mutação constitucional se deu no final do século XIX, tendo como ponto de partida a Europa continental até atingir os países da América Latina, a exemplo do Brasil.

No âmbito jurídico, sustenta a doutrina que o termo foi em um primeiro momento utilizado por Paul Laband, em um de seus escritos, em 1895. O referido autor sustentou a diferenciação entre reforma constitucional e mutação constitucional, o que compreende um processo formal e, por outro lado, um processo informal de alteração da Constituição (BULOS, 1997, p. 54-55).

No âmbito jurídico brasileiro, o instituto da mutação constitucional tem sido cada vez mais objeto de debate e análise. Anna Cândida da Cunha Ferraz aduz seu ponto de vista de que a alteração do significado de normas constitucionais, pela mutação constitucional decorre tanto de decisões judiciais quanto do costume e da lei. Além do mais, ela ressalta, ainda, que o processo para tais mudanças é lento e “(...) só se tornam claramente perceptíveis quando se compara o entendimento atribuído às cláusulas constitucionais em momentos diferentes, cronologicamente afastados um do outro, ou em épocas distintas e diante de circunstâncias diversas”. (FERRAZ, 2015, p. 9)

Entretanto, o referido conceito aberto de mutação constitucional é alvo de fortes críticas. A ampliação conceitual do fenômeno da mutação constitucional resulta em uma flexibilização excessiva do texto constitucional, principalmente na seara das constituições rígidas, nas quais o processo formal de alteração do seu texto demanda requisitos especiais, a exemplo da Constituição brasileira.

Além disso, especialmente no que se refere à mutação constitucional decorrente de interpretação judicial, tem-se que esse tipo de conceito abre espaço para situações teratológicas, nas quais o Poder Judiciário substitui o Poder Constituinte Derivado Reformador, ou, até mesmo, o Originário, o que tem o condão de fragilizar todo o ordenamento jurídico, além de outras consequências negativas, como a violação da separação de poderes e a titularidade do Poder Constituinte pelo povo.

Desse modo, é imprescindível a observância dos limites da mutação constitucional. Tais limites não estão todos na Constituição, na verdade, transcendem a própria Lei Maior. A própria base democrática confere legitimidade à mutação constitucional, que deve ocorrer em casos quase que urgentes, em que há demandas sociais específicas que necessitam de resolução, as quais, por vezes, requerem uma atuação mais célere do intérprete, a fim de resguardar a força normativa e o próprio objetivo do texto constitucional. Consectariamente, a mutação constitucional também é limitada pela própria soberania popular (BARROSO, 2015).

Sem a limitação das mutações constitucionais, haveria a violação do poder constituinte e até mesmo da soberania popular. A necessidade de adaptação à nova realidade não pode ultrapassar o espírito da Constituição. Assim, Barroso encontra duas limitações imperiosas para as mudanças informais: “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.” (BARROSO, 2015, p. 150)

Sendo assim, os limites das mutações constitucionais decorrentes de interpretação judicial (interpretativas) devem visar uma compreensão lógica do texto da norma constitucional e a Constituição como um todo, de forma sempre a relacionar ambos os aspectos, em respeito a todo o sistema constitucional.

Nesse momento, cabe mencionar o principal fator limitativo quando se está a cuidar de processo formal de alteração do texto constitucional, qual seja, as cláusulas pétreas (art. 60, §4º, da CRFB), que possuem o condão de imputar restrições de conteúdos às emendas à constituição. Desse modo, além das limitações formais referente aos requisitos especiais e procedimentais do processo legislativo de alteração textual da constituição, as cláusulas pétreas tornam ainda mais estreita a atuação do Poder Constituinte Derivado Reformador, ao impedir modificações que tendam a abolir ou restringir as matérias nelas abrigadas.

A exemplo disso, é clara a disposição expressa contida no artigo 60, §4º, da CRFB, ao estatuir que não será objeto de deliberação a proposta de emenda que pretenda abolir

as matérias por ela abarcadas, significando que não serão aceitas quaisquer alterações no texto constitucional que venham a depreciar o conteúdo essencial de tais matérias. Ademais, cumpre esclarecer que não há de se falar em intangibilidade absoluta daqueles temas pétreos, mas em preservação do seu cerne normativo.

Nesse sentido, em decisão do Supremo Tribunal Federal, o Ministro Sepúlveda Pertence aduziu na ADIn 2.204-2/DF, em sede de medida liminar: “As limitações materiais ao poder constituinte de reforma, que o art. 6, §4º da Lei Fundamental enumera, não significam a intangibilidade literal da respectiva disciplina na Constituição originária, mas apenas a proteção do núcleo essencial.”

A mutação constitucional configura processo informal de alteração normativa da Constituição, de sorte que ocorre sem qualquer transcurso legislativo. Lado outro, no caso da mutação interpretativa, tem-se que o próprio Judiciário empreende mudanças no programa normativo da Constituição. Com isso, fica claro que submeter um processo formal revestido de representatividade aos limites materiais do art. 60, §4ª, sem fazer o mesmo em relação à mutação constitucional, seria postura totalmente dissonante com o objetivo das cláusulas pétreas, a desprestigiar, mediante a geração dos problemas já mencionados, o núcleo essencial da Constituição.

Pelo exposto, mutações constitucionais, principalmente as interpretativas, não podem ocasionar modificações tendentes a abolir direitos e garantias individuais, visto que isso seria violação visceral da respectiva restrição material (art. 60, §4º, IV da CRFB).

Nesse sentido, caso o Poder Judiciário venha a empreender alteração do programa normativo de determinada norma constitucional, sem mudança do seu texto, de modo a resultar em retrocesso em matéria de direitos e garantias individuais, seria hipótese de mutação inconstitucional, categoricamente proibida pelos motivos já expostos.

Uadi Lammêgo Bulos classifica as mutações em: (i) por interpretação constitucional; (ii) decorrente de práticas constitucionais; (iii) por construção constitucional; (iv) mutações inconstitucionais. (BULOS, 1997, p. 93-188)

Conforme explica Ferraz, “ocorre mutação constitucional por via da interpretação constitucional quando, por esse processo, se altera o significado, o sentido ou o alcance do texto constitucional, sem que haja modificação na letra da Constituição” (FERRAZ, 2015, p. 57).

Ainda sob a mesma linha de raciocínio, Paulo Bonavides (2003, p. 458-459), ao tratar sobre o processo de mutação constitucional atribuído à interpretação constitucional, leciona:

A interpretação da Constituição é parte extremamente importante do Direito Constitucional. O emprego de novos métodos da hermenêutica jurídica tradicional fez possível uma considerável e silenciosa mudança de sentido das normas constitucionais, sem necessidade de substituí-las expressamente ou sequer alterá-las pelas vias formais da emenda constitucional (...). Mediante o emprego dos instrumentos de interpretação, logram-se surpreendentes resultados de alteração de sentido das regras constitucionais sem que, todavia, se faça mister modificar-lhe o respectivo teor. De sorte que aí se combina a preservação da Constituição com o deferimento das mais prementes e sentidas exigências da realidade social.

Dentre as modalidades de mutação constitucional, a doutrina cita os usos e costumes como uma das mais importantes. Assim, o termo costume jurídico se refere à prática reiterada de uma conduta, não prevista em lei, que produza efeitos jurídicos. Essa modalidade de mutação constitucional é de importância fundamental, uma vez que por mais extensas que sejam as previsões legais, jamais conseguirão prever todas as situações da realidade social,

que completamente variável de grupo social para outro.

Apesar de não ser pacífica a possibilidade de mutação constitucional pelos costumes, em especial nos países de Constituição escrita e rígida, tendo por argumento a concepção de supremacia das disposições constitucionais, José Afonso da Silva identifica que eles complementam as lacunas deixadas pelo constituinte originário, sendo a expressão do Poder Constituinte difuso. (SILVA, 2000, p. 166)

Na mesma linha de raciocínio de José Afonso da Silva está o entendimento de Uadi Bulos, ao afirmar que “o costume, não raro, constitui fonte supletiva para a colmatação de lacunas. Em todas as suas formas de exteriorização (prática dos interessados, doutrina, jurisprudência), servem a esta finalidade”. (BULOS, 1996, p. 98)

De acordo com Anna Cândido da Cunha Ferraz, os costumes são integrados por dois elementos: um *objetivo* e outro *subjetivo*. Na visão da citada autora, o objetivo é representado pela “reiteração, pela observância repetida, uniforme, de um certo comportamento, de uma certa prática (*usus*)”. Já o subjetivo, é “constituído pela convicção generalizada da obrigatoriedade daquele comportamento ou daquela prática (*opinio juris vel necessitatis*). (FERRAZ, 2015, p.177-178)

Por outro lado, na visão de Uadi Bulos (1996, p. 97), o uso consiste em um elemento objetivo do costume, podendo ser caracterizado como uniforme, constante, público e geral, conforme ensina:

Uniforme e constante, porque revela a atitude de se agir sempre do mesmo modo, sem qualquer interrupção. A uniformidade e a constância do uso não seriam possíveis sem o exercício, por período razoavelmente longo, capaz de autorizar a convicção da existência de uma norma estável (diuturnitas temporis); público, haja vista que deve obrigar a todos, e geral, porquanto colima alcançar todos os atos, pessoas e relações que realizam os pressupostos de sua incidência na norma consuetudinária.

Dessa forma, os costumes constitucionais possuem importante papel na interpretação, integração e complementação das normas constitucionais, na medida em que produzem mudanças no seu sentido, alcance ou significado, sem alterar, obviamente, a letra e o espírito da lei. Porém, não têm o condão de revogar uma disposição constitucional. Seja interpretativo ou integrativo, o costume não substitui a norma constitucional, não sendo capaz de reformá-la.

Diante de todo o exposto, uma vez construída a necessária base teórica acerca da mutação constitucional, explanando o seu conceito, histórico, limites e principais modalidades, passa-se a uma análise da temática relativa à possibilidade ou não de mutação constitucional do Princípio Constitucional da Presunção de Inocência, tendo por base a jurisprudência pátria.

4 A MUTAÇÃO (IN)CONSTITUCIONAL DO ARTIGO 5º, LVII, DA CRFB/88: A MUDANÇA DE ENTENDIMENTO DO “GUARDIÃO DA CONSTITUIÇÃO” E SUAS CONSEQUÊNCIAS

Diante de todas as questões doutrinárias elencadas até o momento, vê-se que já é possível atingir o cerne do presente estudo ao confrontar a situação-problema apresentada, qual seja argumentar sobre a mutação (in)constitucional do princípio constitucional da presunção de inocência ou da não culpabilidade, tendo por base o entendimento implementado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) quando do julgamento do Habeas Corpus (HC) 126.292/SP.

Cabe enfatizar, de antemão, que, como já foi dito, o objeto de estudo do presente

trabalho não se limita a análise isolada do julgamento do HC 126.292/SP. Na verdade, o entendimento decorrente do julgamento do HC em questão trouxe consequências variadas para alguns institutos do nosso ordenamento jurídico, que serão postas em evidências.

Cumprido salientar que, no citado julgamento, não houve qualquer menção expressa à mutação constitucional do artigo 5º, LVII, da CRFB/88. Todavia, considerando a amplitude da interpretação desenvolvida pelo “Guardião da Constituição”, houve considerável celeuma no mundo jurídico. Por isso, buscou-se, a todo custo, entender as premissas e as consequências de tal entendimento, chegando-se a ventilar a ocorrência de uma mutação constitucional da referida norma. Dessa forma, o presente estudo objetiva, precipuamente, defender o entendimento de que, de fato, houve uma mutação do texto constitucional, mutação essa que se deu de forma inconstitucional. Dito isso, passaremos a discorrer sobre a problemática proposta.

A execução provisória de pena privativa de liberdade era prevista na jurisprudência do STF. A exemplo, no julgamento do HC 68.726 (Rel. Min. Néri da Silveira), realizado em 28/06/1991, o Supremo Tribunal Federal, naquela ocasião, assentou o entendimento de que a presunção de inocência não impedia a prisão decorrente de acórdão que confirmou a sentença penal condenatória recorrível, mesmo que em sede de apelação. Senão vejamos:

Habeas corpus. Sentença condenatória mantida em segundo grau. Mandado de prisão do paciente. Invocação do art. 5º, inciso LVII, da Constituição. Código de Processo Penal, art. 669. A ordem de prisão, em decorrência de decreto de custódia preventiva, de sentença de pronúncia ou de decisão e órgão julgador de segundo grau, é de natureza processual e concernente aos interesses de garantia da aplicação da lei penal ou de execução da pena imposta, após o devido processo legal. Não conflita com o art. 5º, inciso LVII, da Constituição. De acordo com o § 2º do art. 27 da Lei nº 8.038/1990, os recursos extraordinário e especial são recebidos no efeito devolutivo. Mantida, por unanimidade, a sentença condenatória, contra a qual o réu apelara em liberdade, exaurido estão às instâncias ordinárias criminais, não sendo, assim, ilegal o mandado de prisão que órgão julgador de segundo grau determina se expeça contra o réu. Habeas corpus indeferido.

O entendimento firmado pelo STF no julgamento do HC 68.726, no sentido de que o princípio da presunção de inocência não inibia a execução provisória da pena imposta, ainda que pendente o julgamento de recurso especial ou extraordinário, na verdade, trata-se, apenas, de uma das muitas oportunidades em que a Suprema Corte decidiu dessa maneira, podemos citar como exemplos ainda o HC 71.723, Rel. Min. Ilmar Galvão, Primeira Turma, DJ 16/6/1995; o HC 79.814, Rel. Min. Nelson Jobim, Segunda Turma, DJ 13/10/2000; HC 80.174, Rel. Min. Maurício Corrêa, Segunda Turma, DJ 12/4/2002; o RHC 84.846, Rel. Carlos Velloso, Segunda Turma, DJ 05/11/2004; o RHC 85.024, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, DJ 10/12/2004; o HC 91.675, Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJe de 07/12/2007; e o HC 70.662, Rel. Min. Celso de Mello, Primeira Turma, DJ 04/11/1994.

Ocorre que, no dia 5 de fevereiro de 2009, por sete votos a quatro, o Supremo proferiu uma decisão que reafirmava o Princípio da Presunção de Inocência, previsto no art. 5º, LVII da Constituição da República Federativa do Brasil, tendo decidido que um acusado só poderia ser preso, com a finalidade de cumprir sua pena, depois de sentença condenatória transitada em julgado.

Com isso, passou a determinar que, enquanto houver recurso pendente de análise, não poderá ocorrer execução provisória de sentença, atentando-se, ainda, para o fato de

que recursos especiais e extraordinários também têm efeito suspensivo. Conforme se vê na relatoria do Ministro-Relator do Supremo Tribunal Federal, Eros Grau.⁴

Tal entendimento da Suprema Corte não interferiria na situação das prisões cautelares, a exemplo das prisões temporárias, preventivas e em flagrante. Portanto, estando presentes os requisitos constantes do artigo 312 do Código de Processo Penal (CPP), a saber, garantia da ordem pública, conveniência da instrução criminal ou garantia da aplicação da lei penal, o juiz pode decretar ou manter a prisão preventiva do acusado, obedecendo-se, ainda, as restrições do artigo 311 do mesmo Diploma Normativo.

Desse modo, as prisões cautelares podem ser decretadas antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, pois, conforme mencionado, possuem como finalidade assegurar a devida apuração das investigações ou do processo criminal, visando, ainda, a proteção da coletividade e o risco de haver nova prática delituosa.

Indo adiante, em fevereiro de 2016, de modo a contrariar o mencionado entendimento proferido no Habeas Corpus 84078, de 05/02/2009, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao negar liminar ao HC 126.292, por maioria de votos, entendeu que a possibilidade de início da execução da pena condenatória após a confirmação da sentença em segundo

4 HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA “EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA”. ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. O art. 637 do CPP estabelece que “[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoado pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença”. A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. 2. Daí que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP. 3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. 4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Englobam todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso, a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão. 5. Prisão temporária, restrição dos efeitos da interposição de recursos em matéria penal e punição exemplar, sem qualquer contemplação, nos “crimes hediondos” exprimem muito bem o sentimento que EVANDRO LINS sintetizou na seguinte assertiva: “Na realidade, quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está querendo fazer o mal, se equipara um pouco ao próprio delinquente”. 6. 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. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e extraordinários e subsequentes agravos e embargos, além do que “ninguém mais será preso”. Eis o que poderia ser apontado como incitação à “jurisprudência defensiva”, que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço. 7. No RE 482.006, relator o Ministro Lewandowski, quando foi debatida a constitucionalidade de preceito de lei estadual mineira que impõe a redução de vencimentos de servidores públicos afastados de suas funções por responderem a processo penal em razão da suposta prática de crime funcional, o STF afirmou, por unanimidade, que o preceito implica flagrante violação [art. 2º da Lei n. 2.364/61, que deu nova redação à Lei n. 869/52] do disposto no inciso LVII do art. 5º da Constituição do Brasil. Isso porque --- disse o relator --- “a se admitir a redução da remuneração dos servidores em tais hipóteses, estar-se-ia validando verdadeira antecipação de pena, sem que esta tenha sido precedida do devido processo legal, e antes mesmo de qualquer condenação, nada importando que haja previsão de devolução das diferenças, em caso de absolvição”. Daí porque a Corte decidiu, por unanimidade, sonoramente, no sentido do não recebimento do preceito da lei estadual pela Constituição de 1.988, afirmando de modo unânime a impossibilidade de antecipação de qualquer efeito afeto à propriedade anteriormente ao seu trânsito em julgado. A Corte que vigorosamente prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade não a deve negar quando se trate da garantia da liberdade, mesmo porque a propriedade tem mais a ver com as elites; a ameaça às liberdades alcança de modo efetivo as classes subalternas. 8. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as 98 singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual Ordem concedida. (STF - HC: 84078 MG, Relator: Min. EROS GRAU, Data de Julgamento: 05/02/2009, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010)

grau não ofende o princípio constitucional da presunção da inocência.

No julgamento em questão, o relator do caso, Ministro Teori Zavascki, firmou entendimento de que a manutenção da sentença penal condenatória pela segunda instância encerra a análise de fatos e provas que configuraram a culpa do condenado, o que, de acordo com o nobre Ministro, autoriza o início da execução da pena.

CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado. (HC 126292, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100 DIVULG 16-05-2016 PUBLIC 17-05-2016)

Com isso, os Ministros julgaram favoráveis à prisão após a segunda instância, sem que haja a necessidade de trânsito em julgado e irrecorribilidade da sentença penal condenatória. Nesse sentido, argumentaram que basta uma decisão colegiada (por um grupo de juízes, como ocorre nos TJs e TRFs) para aferir a culpa de alguém por determinado crime.

O relator, Ministro Teori Zavascki, argumentando no sentido da mudança da jurisprudência e de que a execução da decisão condenatória confirmada em segunda instância, ainda que sujeita a recurso especial ou extraordinário, não comprometeria o princípio constitucional da presunção de inocência, asseverou em seu voto o seguinte:

(...), a execução da pena na pendência de recursos de natureza extraordinária não compromete o núcleo essencial do pressuposto da não culpabilidade, na medida em que o acusado foi tratado como inocente no curso de todo o processo ordinário criminal, observados os direitos e as garantias a ele inerentes, bem como respeitadas as regras probatórias e o modelo acusatório atual. Não é incompatível com a garantia constitucional autorizar, a partir daí, ainda que cabíveis ou pendentes de julgamento de recursos extraordinários, a produção dos efeitos próprios da responsabilização criminal reconhecida pelas instâncias ordinárias. (...) Nesse quadro, cumpre ao Poder Judiciário e, sobretudo, ao Supremo Tribunal Federal, garantir que o processo - único meio de efetivação do jus puniendi estatal -, resgate essa sua inafastável função institucional. A retomada da tradicional jurisprudência, de atribuir efeito apenas devolutivo aos recursos especial e extraordinário (como, aliás, está previsto em textos normativos) é, sob esse aspecto, mecanismo legítimo de harmonizar o princípio da presunção de inocência com o da efetividade da função jurisdicional do Estado. Não se mostra arbitrária, mas inteiramente justificável, a possibilidade de o julgador determinar o imediato início do cumprimento da pena, inclusive com restrição da liberdade do condenado, após firmada a responsabilidade criminal pelas instâncias ordinárias. (...) Sustenta-se, com razão, que podem ocorrer equívocos nos juízos condenatórios proferidos pelas instâncias ordinárias. Isso é inegável: equívocos ocorrem também nas instâncias extraordinárias. Todavia, para essas eventualidades, sempre haverá outros mecanismos aptos a inibir consequências danosas para o condenado, suspendendo, se necessário, a execução provisória da pena. Medidas cautelares de outorga de efeito suspensivo ao recurso extraordinário ou especial são instrumentos inteiramente adequados e eficazes para controlar situações de injustiças

ou excessos em juízos condenatórios recorridos. Ou seja: havendo plausibilidade jurídica do recurso, poderá o tribunal superior atribuir-lhe efeito suspensivo, inibindo o cumprimento de pena. Mais ainda: a ação constitucional do habeas corpus igualmente compõe o conjunto de vias processuais com inegável aptidão para controlar eventuais atentados aos direitos fundamentais decorrentes da condenação do acusado. “Portanto, mesmo que exequível provisoriamente a sentença penal contra si proferida, o acusado não estará desamparado da tutela jurisdicional em casos de flagrante violação de direitos.

Tal entendimento foi acompanhado pelos Ministros Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Dias Toffoli, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes.

Em regra, os recursos aos tribunais superiores (Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal) não servem para contestar os fatos e provas já analisadas nas instâncias inferiores, mas somente para discutir uma controvérsia jurídica sobre o modo como os juízes e desembargadores decidiram. Com base nisso, o Ministro Teori Zavascki afirma em seu voto:

[...] até que seja prolatada a sentença penal, confirmada em segundo grau, deve-se presumir a inocência do réu. Mas, após esse momento, exaure-se o princípio da não culpabilidade, até porque os recursos cabíveis da decisão de segundo grau, ao STJ ou STF, não se prestam a discutir fatos e provas, mas apenas matéria de direito. Ressalvada a estreita via da revisão criminal, é, portanto, no âmbito das instâncias ordinárias que se exaure a possibilidade de exame dos fatos e das provas, e, sob esse aspecto, a própria fixação da responsabilidade criminal do acusado.

A Ministra Rosa Weber e os Ministros Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski, Presidente da Corte, na ocasião, ficaram vencidos. Eles votaram pela manutenção da jurisprudência do Tribunal, no sentido de que é exigido o trânsito em julgado para cumprimento de pena e concluíram pela concessão do Habeas Corpus.

Diante do exposto, percebe-se que a discussão travada pelo STF no HC 126.292 parece tratar de dois assuntos que permeiam a questão sobre a mitigação (ou não) da constitucional presunção de inocência, no que se refere à prisão do imputado após confirmação de sentença condenatória em segunda instância. Tal discussão trouxe ao debate a possibilidade do que se convencionou chamar de “execução provisória da pena” e a característica do duplo grau de jurisdição, que não permite reexame da matéria fática (fatos, provas) nos recursos extraordinários (em sentido lato), como o recurso extraordinário propriamente dito, de competência do STF, e o recurso especial, de competência do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Um dos principais argumentos, conforme visto, foi o de que os recursos extraordinários e especiais não possuem efeito suspensivo, de modo que a interposição deles em face de acórdão condenatório não obstará sua execução, ainda que provisoriamente.

O artigo 637 do Código de Processo Penal prescreve que o recurso extraordinário, de competência do Supremo Tribunal Federal, nos termos do artigo 105 da Constituição Federal, não tem efeito suspensivo. Tal regra é estendida ao recurso especial, este de competência do Superior Tribunal de Justiça.

O efeito suspensivo é o que conferiria a possibilidade de o réu se manter solto, em caso de sentença condenatória confirmada em segunda instância, uma vez que os efeitos da condenação ainda não poderiam ser executados. Com base nisso, parece fácil concluir que a ausência deste efeito parece permitir a prisão em decorrência da confirmação da sentença condenatória por um tribunal *ad quem*.

Uma das razões para se subtrair efeito suspensivo dos referidos recursos é o fato de que a admissibilidade destas vias recursais é bastante restrita, já que não se admite neles discussão de ordem fática, por isso são considerados como “recursos de direito”, cuja discussão se limita à ofensa à Constituição Federal ou à lei federal, no recurso extraordinário e especial, respectivamente, isto é, somente terão cabimento para discussões de cunho estritamente jurídico e objetivo.

Ao erigir tal circunstância como justificadora da prisão no Habeas Corpus que está sendo discutido aqui, o STF parece declarar que pouco se poderia esperar de inovações no caso concreto, considerando a limitação da admissibilidade dos recursos constitucionais, daí a necessidade de prender desde já, a partir da confirmação da sentença condenatória pelo tribunal de segunda instância, como forma de dar efetividade à função jurisdicional.

Sendo assim, segundo o Ministro, após o acórdão condenatório, exaurir-se-ia a incidência da presunção constitucional de inocência. Mais uma vez, fica evidenciado o desrespeito ao *programa normativo* da norma constitucional que determina a inocência presumida até o trânsito em julgado.

É interessante notar, também, que o Ministro Teori Zavaski, em sua decisão, vinculou a efetividade da função jurisdicional à prisão do acusado, ainda que antes do trânsito em julgado, reproduzindo uma política de aprisionamento como resposta adequada à impunidade, a despeito, talvez, até mesmo, de princípios constitucionais.

No entanto, tal argumento vai totalmente de encontro com o que dispõe o artigo 5^a, LVII, da CRFB, a saber: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. A transcrita norma constitucional não deixa margem para dúvidas quanto ao aspecto temporal do Princípio da Presunção de Inocência, qual seja, o trânsito em julgado.

Conforme foi aduzido, o trânsito em julgado significa a impossibilidade de se recorrer contra a decisão judicial. Com ele, o *decisum* torna-se irrecorrível. Não há como conciliar essa disposição normativa com o argumento apresentado pelo STF, visto que o fato de a norma processual mencionar a inexistência de caráter suspensivo dos recursos extraordinário e especial não é capaz de se sobrepor ao comando constitucional.

Diante de tal argumento, faz-se necessário, até mesmo, recorrer a ensinamentos propedêuticos do Direito, a fim de relembrar que a Constituição Federal é a norma fundamental e ocupa o cume do ordenamento jurídico pátrio. Logo, é inconcebível submetê-la a ditames infraconstitucionais. Demais disso, a execução provisória da pena criminal vulnera fortemente o dever de tratamento oriundo da presunção de inocência, uma vez que, apesar de não concretizado o trânsito em julgado, o acusado poderá ser preso.

Analisando-se essa linha de raciocínio, tem-se que o STF modificou indubitavelmente o limite temporal previsto no art. 5^o, inciso LVII, da CRFB. Isso porque, mesmo que o acusado recorra do acórdão condenatório, ele deverá iniciar o cumprimento da pena, mesmo que isso signifique ser preso previamente ao trânsito em julgado. A norma constitucional, em nenhum momento, fez a ressalva de que a presunção de inocência somente teria lugar até a possibilidade de discussão de provas e fatos. Trata-se, inequivocamente, de norma de eficácia plena, a qual não pode sofrer limitações pelo legislador ordinário (SILVA, 1998, p. 456), nem muito menos pelo Judiciário.

Asseverou-se, ainda, o nobre relator, que a profusão de recursos extraordinários e o reduzido número de provimentos destes justificaria a restrição judicial da presunção de inocência. Trata-se de mais uma tautologia argumentativa.

Conforme foi explanado nos tópicos anteriores, as circunstâncias fáticas também

podem ensejar processo informal de alteração normativa da Constituição. No entanto, não há que se legitimar, com base em mera estatística, mutação constitucional que viole a Constituição, sobretudo em observância ao que foi dito acerca das limitações internas dessa modalidade de modificação.

Desse modo, diante dos pontos confrontados até aqui, tem-se que, segundo a Suprema Corte, o decreto prisional do réu pode se dá “meramente” pela confirmação da sentença condenatória em segunda instância, não havendo a necessidade de se indicar, por exemplo, cautelaridade, muito menos, o trânsito em julgado da decisão. Trata-se, pois, de uma prisão no limiar entre a prisão cautelar e a prisão-pena.

Diante de tal situação, cumpre destacar que só é possível ao Estado-juiz determinar prisão de quem quer que seja se houver previsão na lei. Felizmente, o princípio da legalidade estrita, que só admite interpretação restrita, deve vincular o Estado quando se trata da privação do direito de liberdade.

As hipóteses em que a lei autoriza a prisão de um indivíduo estão previstas no artigo 283 do Código de Processo Penal⁵ (com redação alterada pela Lei n. 12.403/11) e podem ser divididas em duas categorias: prisão cautelar ou prisão provisória e prisão pena. O limite entre as duas espécies de prisão está justamente no advento do trânsito em julgado da sentença condenatória. Conforme já mencionado, a prisão cautelar se justifica para assegurar a sociedade e/ou o processo e a prisão-pena ocorre após o alcance do trânsito em julgado da decisão condenatória.

Diante da clareza de tudo isso, parece fácil concluir que a decisão do STF aqui em discussão inaugurou mais uma modalidade de prisão para além das hipóteses previstas na lei processual penal, pois, de fato o decreto prisional do paciente no HC 126.292 se limita a bradar “expeça-se mandado de prisão” no acórdão que confirma a sentença condenatória.

Por outro lado, também fez parte dos argumentos suscitados pelo STF a questão de que a presunção de inocência, até o trânsito em julgado, configuraria porta aberta à prescrição e, conseqüentemente à impunidade.

A aludida expectativa existente ante a impunidade foi referida pelo STF de forma genérica e sem esclarecer em que ponto legitimaria uma mutação constitucional. Em seu artigo intitulado “Fim da presunção de inocência pelo STF é nosso 7 a 1 jurídico”, Aury Lopes Jr. (2016) assevera:

Aqui a discussão precisaria ir muito mais longe, mas convido o leitor a refletir sobre o seguinte: a que expectativas deve corresponder um julgamento? Expectativas sociais? Políticas? Econômicas? Jurídicas? Como se dá a gestão de expectativas no processo penal? Eis um tema complexo e importante.

Além do mais, a morosidade do Judiciário, seja por conta da falta de sistematicidade, seja devido ao excesso de processos, não pode servir de arrimo para uma alteração da normatização constitucional que despreste o seu núcleo essencial. Alternativas existem, a exemplo de mudanças nas normas processuais que regulam o processamento dos recursos interpostos no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, o aumento do

5 Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

número de juízes, a virtualização do processo criminal em todo o país, etc. A mutação inconstitucional do art. 5^a, inciso LVII, da CRFB, a conferir significado normativo absolutamente fora do seu *programa normativo* e do seu núcleo essencial, definitivamente não é uma opção, a despeito de aparentar ser o caminho mais “fácil”.

Sem qualquer eufemismo, o Pretório Excelso criou, verdadeiramente, uma nova norma constitucional, no sentido que ninguém será considerado culpado até o advento de acórdão condenatório. Apesar de não ter sido modificada a literalidade do art. 5^o, LVII, da CRFB, mudou-se totalmente o seu sentido por intermédio de mutação inconstitucional, ao arrepio de todos os limites a ela pertinentes.

Houve, portanto, mutação inconstitucional por conta da transgressão à cláusula pétreia arrolada no art. 60, §4^o, na medida em que configurou clara regressão em matéria de direitos e garantias individuais, haja vista que se infringiu o núcleo essencial da presunção constitucional da inocência. Isso porque esse princípio tem o objetivo de salvaguardar os direitos e garantias fundamentais titularizados pelo réu ou indiciado. Frise-se que se trata de norma constitucional originária, sendo que, também por esse motivo, nem mesmo o Poder Constituinte Derivado poderia vir a alterá-la negativamente. Complemento referido entendimento, são as palavras de Daniel Wunder Hachem (2016, p. 8), que assim afirma:

O constituinte impôs essa proibição em um momento de lucidez, de amplo debate democrático, que contou com a participação dos mais diversos segmentos da sociedade, para evitar que súbitos emocionais experimentados por maiorias eventuais no Parlamento viessem a degradar a essência da Constituição. Se o poder reformador decidisse eliminar essas normas, teria de invocar o poder constituinte e criar uma nova ordem constitucional, pois a anterior não poderia sobreviver se lhe fossem retiradas essas disposições fundamentais. Eliminar uma cláusula pétreia é como retirar o coração do sistema constitucional, ferindo-o de morte.

Com base nisso, a presunção de inocência, sendo uma garantia individual, elencada no Título de Direitos e Garantias Fundamentais, só poderia ser alterada por uma Assembleia Nacional Constituinte, e não por Emenda, e muito menos por força de entendimentos jurisprudenciais.

Não obstante se tratar de entendimento não vinculante, na prática, mesmo que o tribunal *ad quem* que condenar o réu não determine o início do cumprimento da pena, o relator do recurso extraordinário no STF irá fazê-lo. Recrudescer-se, assim, a situação do acusado em processo penal, restringindo, indevidamente, garantia constitucional de que é titular.

Uma vez que se tenha atingido uma conquista em termos de direitos humanos, tal como a vedação da execução provisória da pena, vige o princípio da proibição do retrocesso, que, nas palavras do próprio STF, em áureos tempos, em tema de direitos fundamentais de caráter social, não se admite que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive:

A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, v.g.) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculo a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. [...] Em consequência desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão

ao texto constitucional, a preservá-los, abstendo-se de frustrar – mediante supressão total ou parcial – os direitos sociais já concretizados. (ARE 639337 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, DJe-177 DIVULG 14-09-2011 PUBLIC 15-09-2011)

O Ministro Celso de Mello, ao se pronunciar sobre a questão, enfatizou que:

(...) o Supremo Tribunal Federal há de possuir a exata percepção de quão fundamentais são a proteção e a defesa da supremacia da Constituição para a vida do País, a de seu povo e a de suas instituições. A nossa Constituição estabelece, de maneira muito nítida, limites que não podem ser transpostos pelo Estado (e por seus agentes) no desempenho da atividade de persecução penal. Na realidade, é a própria Lei Fundamental que impõe, para efeito de descaracterização da presunção de inocência, o trânsito em julgado da condenação criminal. Veja-se, pois, que esta Corte, no caso em exame, está a expor e a interpretar o sentido da cláusula constitucional consagradora da presunção de inocência, tal como esta se acha definida pela nossa Constituição, cujo art. 5º, inciso LVII (“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”), estabelece, de modo inequívoco, que a presunção de inocência somente perderá a sua eficácia e a sua força normativa após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. É por isso que se mostra inadequado invocar-se a prática e a experiência registradas nos Estados Unidos da América e na França, entre outros Estados democráticos, cujas Constituições, ao contrário da nossa, não impõem a necessária observância do trânsito em julgado da condenação criminal. Mais intensa, portanto, no modelo constitucional brasileiro, a proteção à presunção de inocência. Quando esta Suprema Corte, apoiando-se na presunção de inocência, afasta a possibilidade de execução antecipada da condenação criminal, nada mais faz, em tais julgamentos, senão dar ênfase e conferir amparo a um direito fundamental que assiste a qualquer cidadão: o direito de ser presumido inocente até que sobrevenha condenação penal irrecorrível. Tenho para mim que essa incompreensível repulsa à presunção de inocência, Senhor Presidente, com todas as gravíssimas consequências daí resultantes, mergulha suas raízes em uma visão absolutamente incompatível com os padrões do regime democrático.

Interessante notar, ainda, que o artigo 283 do Código de Processo Penal, por consequência da citada mutação constitucional do princípio da presunção de inocência, tornou-se, de forma superveniente, dispositivo inconstitucional ou dispositivo em não conformidade com a Constituição.

Eis o voto do Ministro Fachin no caso:

Voto por declarar a constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, com interpretação conforme à Constituição, que afasta aquela conferida pelos autores nas iniciais dos presentes feitos segundo à qual referida norma impediria o início da execução da pena tão logo esgotadas as instâncias ordinárias, assentando que é coerente com a Constituição o principiar de execução criminal quando houver condenação confirmada em segundo grau, salvo atribuição expressa de efeito suspensivo ao recurso cabível.

Outrossim, cabe trazer a reflexão o fato de que a população carcerária possivelmente aumentará drasticamente com a adoção do referido entendimento, sendo que as condições dos presídios brasileiro é notoriamente deplorável, tendo sido, inclusive, atestado em julgado recente do STF.

Ao julgar as medidas cautelares requeridas na ADPF 347 MC/DF, a Suprema Corte deixou claro que a pavorosa estrutura das prisões brasileiras corresponde a um estado de coisas inconstitucional, tendo em vista a violação direta dos direitos fundamentais dos segregados. Todavia, à míngua desse entendimento, o STF, no HC 126.292/SP, consubstanciou mutação inconstitucional que potencialmente enviará milhares de pessoas ao cárcere, onde, segundo o próprio tribunal, os direitos e garantias individuais serão menosprezados.

Sob o aspecto inconstitucional decorrente do entendimento firmado pela Suprema Corte, cumpre salientar o tão asseverado por Lênio Streck, no artigo “Uma ADC contra a decisão no HC 126.292/SP — sinuca de bico para o STF!”, no sentido de que não teria sido concretizada uma mutação constitucional, visto que esta não pode fazer nascer uma nova norma que seja, ela própria, um novo texto (STRECK, 2016).

Houve, na realidade, uma mutação, mas uma mutação à míngua do núcleo essencial da Constituição Federal, uma vez que a presunção de inocência, como garantia fundamental, corolário do Estado Democrático de Direito, não admite condescendência. O Supremo Tribunal Federal não pode fragmentar a Constituição, que é uma conquista do cidadão. Deve, pelo contrário, ser o seu guardião e não o seu dono, mantendo sua unidade e coerência.

Diante dos argumentos elencados, é clara e evidente a conclusão de que o Supremo Tribunal Federal desvirtuou completamente a norma presente no art. 5^a, LVII, da CRFB/88. Empreendeu, explicitamente, mutação inconstitucional, violando todas as restrições intrínsecas a esse instituto, usurpando atribuições inatas ao Poder Constituinte Originário, vulnerando o regime democrático e, principalmente, todo o arcabouço de direitos e garantias fundamentais decorrentes da presunção constitucional de inocência.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presunção de inocência, conforme construção teórica formulada no decorrer do presente estudo, foi objeto de longa construção histórica, até que viesse a ser considerada como verdadeiro dever de tratamento em benefício de acusado ou indiciado, sobretudo na persecução penal.

O Princípio Constitucional da Presunção de Inocência se encontra previsto expressamente no art. 5^o, inciso LVII, da Constituição Federal de 1988, especificamente no rol de direitos e garantias fundamentais, a consubstanciar inequívoca cláusula pétrea (art. 60, §4^o, IV, da CRFB/88).

Referida norma constitucional foi consagrada pela doutrina como direito fundamental de primeira geração e difundido como opção política do Estado Democrático de Direito, garantindo ao indivíduo proteção contra o uso arbitrário do poder punitivo do Estado. Por conta disso, é um importante instrumento de garantia da liberdade e da dignidade humana, em sede de persecução penal.

Entretanto, no julgamento do Habeas Corpus 126.292/SP, o Supremo Tribunal Federal (STF) subverteu o núcleo essencial do artigo 5^o, inciso LVII, da CRFB/88, ao entender que a presunção constitucional de inocência tem aplicabilidade apenas até o advento de acórdão condenatório proferido em segunda instância, a partir do qual a pena já poderia vir a ser cumprida, mesmo que provisoriamente.

Não obstante, o texto constitucional é claro ao asseverar que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, denotando que o Princípio da Presunção de Inocência deve tutelar a liberdade do indivíduo até que lhe sobrevenha a irrecorribilidade da sentença penal condenatória.

Com base nisso, fica evidente o fato de que a Suprema Corte, incumbida da guarda da Lei Fundamental, ao alterar o sentido do referido dispositivo constitucional, criou uma nova norma mais prejudicial ao acusado, uma vez que modificou o termo final da presunção de inocência, que outrora foi instituído pelo Poder Constituinte Originário no trânsito em julgado na sentença penal condenatória, para o advento de acórdão condenatório.

Diante de tal questão, é sabido que o texto constitucional, que, em regra, é alterável mediante a observância das regras relativas ao processo legislativo de emendas constitucionais, não está imune as influências externas oriundas da realidade fática, de forma que subsistem processos informais de modificação da Constituição, dentre os quais se inclui a mutação constitucional, que dentre as modalidades existentes, destaca-se, no presente trabalho monográfico, a interpretativa, decorrente de decisão judicial.

No entanto, apesar da possibilidade de ocorrência de tal fenômeno mutacional, limites devem ser observados, sob pena de incorrer em inconstitucionalidade. Apesar de tais limites não estarem todos previstos expressamente na Constituição Federal, haja vista que transcendem a própria Lei Maior, tem-se que a mutação constitucional, antes de tudo, deve estar em compatibilidade com o sistema constitucional no qual ela se insere. Desse modo, o próprio regime democrático pode servir de limitador, a soberania popular e, principalmente, as cláusulas pétreas, uma vez que protegem o núcleo essencial da constituição.

Com base nisso, o Supremo Tribunal Federal, como guardião da Carta Magna, não poderia ter proferido uma decisão ao arrepio do clamor público, pela sensação de impunidade da população, visto que o juiz no processo penal tem como dever, e não como faculdade, zelar, da melhor maneira possível, pela eficácia das garantias e os direitos fundamentais da Constituição, a fim de conceder ao acusado um julgamento justo.

Ainda que alguns entendam que a nova orientação do Supremo Tribunal Federal constitua um avanço no combate à “impunidade” e sirva como instrumento para a “redução da criminalidade”, percebe-se que a modificação do entendimento, que prevalece até então, constitui um verdadeiro ataque à garantia fundamental da presunção de inocência.

Além do mais, a instabilidade política a qual o país está passando não pode ser visto como um parâmetro legítimo para mudanças tão drásticas e retroativas dos direitos fundamentais positivados na Constituição brasileira.

Dessa forma, defender que essa medida encontra fundamento na chamada mutação constitucional, não parece a posição mais acertada. Não existe possibilidade de se defender que o combate à impunidade e à imoralidade administrativa, intensificado nos últimos anos, tenha propiciado uma inovação constitucional dessa amplitude, vulnerando o próprio espírito da norma constitucional.

Ademais, ao que parece, a presunção de inocência não é a única atacada, mas também o próprio Princípio da Legalidade e da Supremacia da Constituição Federal (CF), pois se ao STF cabe a guarda da CF, não lhe cabe, sob o preceito da mutação constitucional, extinguir caríssimos princípios fundamentais.

REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais da construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BENTO, Ricardo Alves. *Presunção de Inocência no Processo Penal*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2007.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. 2. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2003.
- BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de Processo Penal*. rev. e atual. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n. 126.292*. Rel. Ministro Teori Zavascki, São Paulo, 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/stf-decide-reu-pres-depois-decisao.pdf>>. Acesso em: set. 2018.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- BULOS, Uadi Lamêgo. *Costume Constitucional*. Revista de Informação Legislativa. Brasília a.33 n.131 jul./set. 1996. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176479/000512740.pdf>>. Acesso: 08 set. 2018.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Trad. Fauzi Hassan Choukr. São Paulo: RT, 2002.
- FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais* [recurso eletrônico]. 2. ed. Osasco: EdiFIEO, 2015. Disponível em: <http://www.unifio.br/pdfs/e-Book%20Processos%20Informais%20de%20Mudan%C3%A7a%20da%20Constitui%C3%A7%C3%A3o_01-09-2015.pdf>. Acesso: 12 set. 2018.
- HACHEM, Daniel Wunder. Sepultamento da presunção de inocência pelo STF (e os funerais do Estado Democrático de Direito). *Direito do Estado*, n.86, 2016. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/daniel-wunder-hachem/sepultamento-da-presuncao-de-inocencia-pelo-stf-e-os-funerais-do-estado-democratico-de-direito>>. Acesso em: set. 2018.
- LOPES JÚNIOR, Aury. *Fim da presunção de inocência pelo STF é nosso 7 a 1 jurídico*. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-mar-04/limite-penal-fim-presuncao-inocencia-stf-nosso-juridico>>. Acesso em: 28 set. 2018.
- RÊGO, Carolina Noura de Moraes; GOMES, Luís Roberto. *Princípio da presunção de inocência ou de não-culpabilidade: estudo crítico do seu sentido, alcance e consequências como direito fundamental de tratamento jurídico-constitucional garantístico*. Disponível em: <http://www.professorregisprado.com/resources/Artigos/Luis_Roberto_Gomes/Presun%C3%A7%C3%A3o%20de%20Inoc%C3%Aancia%20-%20Carol%20-%20Luís%20-%20vers%C3%A3o%20final.pdf>. Acesso em: 01 set. 2018.
- ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*. Buenos Aires. Editores del Puerto, 2000.

SILVA, Christine Oliveira Peter da. *Interpretação Constitucional*. Brasília-DF, 1998. Disponível em: <http://www.geocities.ws/nec_uniceub/MonografiaInterpretacaoConstitucional.pdf>. Acesso em: set. 2018.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 15. ed. Rev. Malheiros. São Paulo, 2000.

STRECK, Lênio. *Uma ADC contra a decisão no HC 126.292 - sinuca para o STF!* 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-29/streck-adc-decisao-hc-126292-sinuca-stf>>. Acesso em: 01 abr. 2016.

Recebido em: 18/10/2019

Aprovado em: 30/08/2019

Como citar este artigo (ABNT):

LIMA, Renata Albuquerque; MAGALHÃES, Áttila de Alencar Araripe; ARAÚJO, José Fábio Silva. A mutação (in)constitucional do princípio da presunção de inocência: uma análise acerca das consequências da mudança de entendimento do STF. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.37, p.94-114, jan./abr. 2019. Disponível em: <<http://blog.newtonpaiva.br/direito/wp-content/uploads/2019/09/DIR37-06.pdf>>. Acesso em: dia mês. ano.