

A MUTAÇÃO (IN)CONSTITUCIONAL  
DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA  
EM RECENTES JULGADOS DO  
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:  
*HABEAS CORPUS* N. 126.292/SP  
E AS AÇÕES DECLARATÓRIAS  
DE CONSTITUCIONALIDADE  
NÚMEROS 43 E 44

Basile Georges Campos Christopoulos\*

Nigel Stewart Neves Patriota Malta\*\*

RECEBIDO EM:	15.10.2017
APROVADO EM:	20.11.2017

- \* Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo (USP), graduado e mestre em Direito pela Universidade Federal de Alagoas (Ufal), professor adjunto da Universidade Federal da Paraíba (UFPB) e coordenador e professor do Curso de Direito da Sociedade de Ensino Universitário do Nordeste (Seune). E-mail: bc85@hotmail.com
- \*\* Mestrando em Direito Público pela Universidade Federal de Alagoas (Ufal), pós-graduado em Formação para a Docência do Ensino Superior pelo Centro Universitário Cesmac, graduado em Direito pela mesma instituição e servidor público no Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas (Tjal). E-mail: nigel.malta@hotmail.com

- BASILE GEORGES CAMPOS CHRISTOPOULOS
- NIGEL STEWART NEVES PATRIOTA MALTA

- **RESUMO:** O presente trabalho objetiva analisar a alegada mutação constitucional da presunção de inocência em recentes julgados do Supremo Tribunal Federal (STF). A presunção de inocência é uma garantia fundamental assegurada na Constituição Federal de 1988 e em tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, ostentando, no Brasil, *status* de princípio reitor do processo penal. Ao permitir o início do cumprimento da pena antes da formação da culpa em definitivo, desde que respeitado o duplo grau de jurisdição, o STF utiliza, como um dos principais fundamentos, o fenômeno da mutação constitucional. Nesse contexto, pretende-se examinar se a construção argumentativa realizada pela Corte Constitucional nos leva efetivamente a uma mutação constitucional ou se estaríamos diante de seu antônimo. Por meio de revisão bibliográfica, o presente estudo busca agrupar os principais referenciais teóricos sobre a matéria, sendo a pesquisa efetivada, quanto à abordagem, de forma qualitativa.
- **PALAVRAS-CHAVE:** presunção de inocência; execução provisória da pena; mutação (in) constitucional.
- **ABSTRACT:** This paper aims to analyze the alleged constitutional mutation of the presumption of innocence in recent Federal Supreme Court judgments. The presumption of innocence is a fundamental right guaranteed in the Federal Constitution of 1988 and in international treaties and conventions on human rights, boasting, in Brazil, with guiding principle status of the criminal process. By allowing the punishment to begin before the guilty is finally established, once the double degree of jurisdiction is respected, the Supreme Court uses as one of its main foundations the phenomenon of constitutional mutation. In this context, we intend to examine whether the argumentative construction carried out by the Constitutional Court actually leads us to a constitutional change, or whether we would be its antonym. Through a bibliographic review, the present study seeks to group the main theoretical references on the subject, being the research carried out, regarding the approach, in a qualitative way.
- **KEYWORDS:** presumption of innocence; provisional execution of sentence; (un) constitutional mutation.

## 1. Introdução

Em recentes julgamentos, o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu, por maioria de votos, pela relativização do princípio da presunção de inocência, ao permitir o início

do cumprimento da pena antes da formação da culpa em definitivo, desde que respeitado o duplo grau de jurisdição.

Dentre os argumentos utilizados, ganha especial relevo o fundamento da suposta ocorrência do fenômeno da mutação constitucional, que consiste em um processo informal de mudança da Constituição (FERRAZ, 1986).

Tais decisões estão sendo alvo de intensas e variadas manifestações e estudos acadêmicos relacionados, inclusive, aos limites da atuação da jurisdição constitucional (MORAIS, 2011; YAROCHEWSKY, 2016; GARCEZ, 2016). Com efeito, o presente ensaio tem como objetivo geral a análise a respeito da construção argumentativa utilizada para justificar a suposta ocorrência do referido fenômeno, ou seja, se os fundamentos apresentados pela Corte Constitucional nos levam efetivamente a uma mutação constitucional ou se estaríamos diante de seu antônimo, isto é, uma mutação inconstitucional.

Quanto aos objetivos específicos, pretende-se dissertar sobre a presunção de inocência como direito humano e fundamental e sua normatização, examinando a mudança de interpretação do STF a respeito da aludida mutação (in)constitucional.

Desse modo, com o objetivo de abordar o conteúdo de forma harmônica e dinâmica, tratar-se-á da presunção de inocência e sua disciplina em tratados e convenções internacionais, seguido do estudo dos julgamentos do *Habeas Corpus* (HC) n. 126.292/SP e das ações declaratórias de constitucionalidade (ADCs) números 43 e 44 pelo STF. A partir daí, será analisado o fenômeno da mutação constitucional como processo informal de mudança da Constituição e a possibilidade do reconhecimento da sua inconstitucionalidade por ocasião de interpretação restritiva ou relativização do princípio sob análise.

## 2. A presunção de inocência como direito humano e fundamental: dos tratados e das convenções internacionais à previsão constitucional

A ideia de presunção de inocência ou de não culpabilidade remonta ao direito romano, e seus primeiros estágios de desenvolvimento podem ser visualizados nos escritos de Trajano, muito embora tenha sido severamente afastada, e até mesmo invertida, no período inquisitório da Idade Média (LOPES JÚNIOR, 2014).

Entrementes, o sistema processual penal inquisitório, com vigência desde o século XII, foi confrontado no final do século XVIII por alguns estudiosos que passaram a

- BASILE GEORGES CAMPOS CHRISTOPOULOS
- NIGEL STEWART NEVES PATRIOTA MALTA

defender os direitos fundamentais, dentre os quais a presunção de inocência, principalmente na Europa Continental, sobretudo por ocasião do Iluminismo (RANGEL, 2011). Beccaria (2009) foi um dos defensores dos direitos e das garantias fundamentais do acusado, incluindo a presunção de inocência. Sua obra teve grande importância no embate contra o sistema inquisitório vigente à época<sup>1</sup>.

Com a Revolução Francesa e a queda do absolutismo, a presunção de inocência, pouco depois, veio a adquirir condição de norma jurídica positivada (OLIVEIRA, 2014), sendo prevista no art. 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789<sup>2</sup>. Posteriormente, a presunção de inocência foi assegurada no art. XI da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), importante diploma jurídico internacional, que foi proclamado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948<sup>3</sup>.

Outra importante proteção jurídica à presunção de inocência ocorreu com a promulgação da Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, também denominada de Pacto de San José da Costa Rica, documento que possui adesão por parte de quase todos os países da América Latina (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2007).

A Convenção Americana de Direitos Humanos foi recepcionada pelo ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto Legislativo de n. 678/92, assegurando no art. 8, 2, que “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não se comprove legalmente a sua culpa” (BRASIL, 1992).

Atualmente, a presunção de inocência mantém o *status* de norma pertencente aos direitos humanos e fundamentais, caracterizados, de acordo com Pagliuca (2010, p. 19), como os direitos inseparáveis de todos os seres humanos, identificados em instrumentos jurídicos, “a partir da natureza das coisas e que garantem, legalmente, uma identidade, livre-arbítrio”, além de possibilitar a todos uma existência sem sofrimentos que sejam impostos sem motivação ou por meios abusivos, constituindo-se em defesa contra violações circunstanciais e resistência, que podem ser efetuadas com o apoio de mecanismos judiciais.

- 1 A respeito do princípio em tela, Cesare Beccaria (2009, p. 37) argumentou: “Um homem não pode ser considerado culpado antes da sentença do juiz; e a sociedade apenas lhe pode retirar a proteção pública depois que seja decidido que ele tenha violado as normas em que tal proteção lhe foi dada. Apenas o direito da força pode, portanto, dar autoridade a um juiz para infligir uma pena a um cidadão quando ainda se está em dúvida se ele é inocente ou culpado”.
- 2 “Art. 9º Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei” (BRASIL, 1789).
- 3 “Art. XI - Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa” (ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948).

A presunção de inocência também encontra previsão legal na Constituição Federal de 1988 (CF/88), na forma do inciso LVII do art. 5º, que dispõe: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (BRASIL, 1988).

Pela primeira vez na história das constituições brasileiras, a presunção de inocência é elevada ao patamar de norma constitucional. Isso ocorre em face do movimento constitucional oriundo de um período de redemocratização, em contraponto ao regime militar vivenciado por considerável tempo, e que culminou na elaboração da CF/88.

Demais disso, a CF/88 foi influenciada pelos contextos histórico e jurídico vivenciados na América Latina, ao considerar, além do período totalitário vivido internamente, o histórico de negligência com direitos fundamentais (GODINHO, 2010), a necessidade de consolidação da democracia (GROTE, 2010) e, principalmente, os regimes ditatoriais que causaram “graves e maciças violações” aos direitos humanos, sobretudo na década de 1970, dentre os quais podemos citar aqueles ocorridos no Chile e na Argentina (PIOVESAN, 2010, p. 341).

Para além, quanto à terminologia, é importante destacar, ainda, que, apesar de a nomenclatura presunção de inocência ter se tornado amplamente consagrada na doutrina e jurisprudência, alguns doutrinadores alertam que não é uma nomenclatura prevista expressamente no texto constitucional. Por esse motivo, uma parcela minoritária de autores se manifesta, para tratar da mesma temática, a partir de outras terminologias, tais como: inocência presumida, estado de inocência, não culpabilidade ou ainda não culpa.

De fato, a CF/88 não utiliza o termo inocente (art. 5º, inciso LVII). Contudo, a Convenção Americana de Direitos Humanos garante que a inocência é presumida até o momento em que se comprove definitivamente a culpa.

Aliás, observa-se que a jurisprudência também alterna no momento de se referir ao mencionado princípio, ora qualificando-o como “presunção de inocência”, ora como “não culpabilidade” (LIMA, 2013, p. 8).

Não obstante, apesar da divergência doutrinária acerca da nomenclatura, não há diferença de conteúdo entre presunção de inocência ou presunção de não culpabilidade, pois representam apenas variantes semânticas, sendo “inútil e contraproducente a tentativa de apartar ambas as ideias – se é que isso é possível –, devendo ser reconhecida a equivalência de tais fórmulas”, como explica Badaró (2008, p. 16), ao alertar que a busca pela diferenciação dos aspectos terminológicos apenas trabalha para “demonstrar posturas reacionárias e um esforço vão de retorno a um processo penal voltado

- BASILE GEORGES CAMPOS CHRISTOPOULOS
- NIGEL STEWART NEVES PATRIOTA MALTA

exclusivamente para a defesa social, que não pode ser admitido em um Estado Democrático de Direito”.

Dessa forma, seja como presunção de inocência ou presunção de não culpabilidade, o conteúdo do princípio se encontra muito bem definido nos tratados e nas convenções internacionais, assim como no direito brasileiro, impedindo a “outorga de consequências jurídicas sobre o investigado ou denunciado antes do trânsito em julgado da sentença criminal” (MENDES; BRANCO, 2015, p. 539).

Cabe registrar que, em seu conteúdo, a presunção de inocência atua como desdobramento de um dos princípios processuais basilares do Estado Democrático de Direito, notadamente: o devido processo legal. Como bem leciona Tourinho Filho (2012, p. 89), o princípio da presunção de inocência “nada mais representa que o coroamento do *due process of law*. É um ato de fé no valor ético da pessoa, próprio de toda sociedade livre”.

Lins Júnior (2008) observa, também, que a presunção de inocência é um direito fundamental multifacetário e da análise do seu conteúdo é possível extrair três regras: de julgamento, processo e tratamento.

Convergindo com o entendimento supra, de conformidade com o escólio de Oliveira (2014, p. 48), a doutrina frequentemente consagra a presunção de inocência, ou “estado ou situação jurídica de inocência”, como uma imposição ao Poder Judiciário a observância das citadas regras, dentre as quais se inserem: 1. a impossibilidade de o acusado, no transcurso do processo penal, “sofrer restrições pessoais fundadas exclusivamente na possibilidade de condenação”; 2. “todos os ônus da prova relativa à existência do fato e à sua autoria devem recair exclusivamente sobre a acusação”; 3. “À defesa restaria apenas demonstrar a eventual incidência de fato caracterizador de excludente de ilicitude e culpabilidade, cuja presença fosse por ela alegada”.

A regra de tratamento sugere que apenas se poderá inscrever, ou não, o nome do indivíduo no rol dos culpados por ocasião da resolução definitiva do processo, tendo em vista a presunção relativa (*juris tantum*) de inocência como uma garantia processual penal (BULOS, 2015).

Em contrapartida, a regra probatória indica que a quebra do estado natural de inocência do acusado é um ônus que cabe à acusação. Em outras palavras, o Estado-acusação tem a incumbência de evidenciar, por meio de provas suficientes, ao Estado-juiz a culpa do acusado (NUCCI, 2014).

Conforme os ensinamentos de Lopes Júnior (2014, p. 145), a regra probatória do princípio da presunção de inocência determina que “a carga da prova seja inteiramente do acusador (pois, se o réu é inocente, não precisa provar nada) e que a dúvida conduza inexoravelmente à absolvição”.

Nesse contexto, depreende-se que, por força do princípio da presunção de inocência, a regra no ordenamento jurídico brasileiro é a liberdade, ao passo que a prisão se afigura como medida excepcional e último recurso (*ultima ratio*), devendo ser decretada somente depois do trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Decerto, a caracterização da autoria delitiva é inferida de sentença penal condenatória com trânsito em julgado, de modo que, antes disso, somos presumivelmente inocentes, cabendo ao órgão acusatório a responsabilidade de comprovação da culpa, e eventual restrição cautelar à liberdade de locomoção só poderá ocorrer em situações excepcionais, quando demonstrada a efetiva necessidade, conforme as lições de Távoira e Alencar (2013, p. 54), sendo as quais “a regra é a liberdade e o encarceramento, antes de transitar em julgado a sentença condenatória, deve figurar como medida de estrita exceção”.

Tendo como vetor o princípio da presunção de inocência, elaborou-se o teor do art. 283 do Código de Processo Penal (CPP)<sup>4</sup>, ficando estabelecida a excepcionalidade da prisão, como decorrência da sentença condenatória transitada em julgado. Além disso, o conteúdo principiológico da presunção de inocência influenciou significativamente o Superior Tribunal de Justiça (STJ) na edição da Súmula n. 444, que determina(va?): “É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base” (BRASIL, 2010).

Como visto, a influência dos contextos histórico e jurídico da América Latina fez com que a presunção de inocência se constituísse como base do todo o sistema processual, estabelecendo o âmbito de atuação e proteção geral do acusado (BINDER; CAPE; NAMORADZE, 2016).

Em suma, é importante registrar o entendimento da Suprema Corte de Justiça do México a respeito da presunção de inocência (Amparo em Revisão n. 89/2007):

O princípio da presunção de inocência que em matéria processual penal impõe a obrigação de colocar o ônus da prova no acusador é um direito fundamental que a Constituição Política dos Estados Unidos Mexicanos reconhece e garante em geral, cujo alcance transcende a órbita do devido processo, pois com sua aplicação se garante a proteção do outros direitos fundamentais como são a dignidade humana, a liberdade, a honra e o bom nome, que poderiam resultar vulnerados por atuações penais ou disciplinares irregulares. Em consequência, esse princípio opera

4 “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. (Redação dada pela Lei n. 12.403, de 2011)” (BRASIL, 1941).

- BASILE GEORGES CAMPOS CHRISTOPOULOS
- NIGEL STEWART NEVES PATRIOTA MALTA

também nas situações extraprocessuais e constitui o direito a receber a consideração e o tratamento de “autor ou não participe” em um fato de caráter delitivo ou em outro tipo de infrações, enquanto não se demonstrar a culpabilidade; por conseguinte, outorga o direito a que não sejam aplicadas as consequências aos efeitos jurídicos privativos vinculados a tais fatos, em qualquer matéria (BINDER; CAPE; NAMORADZE, 2016, p. 76-77).

Após análise sistemática do princípio da presunção de inocência, nos tratados e nas convenções internacionais e no direito brasileiro, é patente que a sua força normativa impõe a liberdade como regra e a prisão como medida excepcional, razão pela qual serão examinados os recentes julgados do STF sobre a incidência, ou não, da presunção de inocência na possibilidade de execução provisória da pena após a condenação em duplo grau de jurisdição.

### 3. Recentes julgamentos sobre a presunção de inocência no âmbito do Supremo Tribunal Federal: *Habeas Corpus* n. 126.292/SP e ações declaratórias de constitucionalidade números 43 e 44

A compatibilidade do princípio da presunção de inocência com a execução provisória da pena após a confirmação da condenação em segundo grau de jurisdição é motivo de debate no STF desde o advento da Carta Magna de 1988. A partir de então, o posicionamento da Corte Constitucional vem oscilando, ora reconhecendo que o princípio impede o cumprimento imediato da pena, ora decidindo que a presunção de inocência não frustra a sua execução.

O posicionamento mais recente firmado pela Suprema Corte ocorreu em 17 de fevereiro de 2016, no julgamento do HC n. 126.292/SP. O remédio constitucional foi impetrado em favor de um acusado que foi denunciado pela prática do crime de roubo majorado pelo emprego de arma de fogo e concurso de pessoas (incisos I e II do § 2º do art. 157 do Código Penal) (BRASIL, 2016).

Na decisão do juiz de primeira instância, o acusado foi condenado a uma pena de cinco anos e quatro meses de reclusão. Em sede de apelação, a decisão foi mantida pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJ/SP), que expediu mandado de prisão determinando imediatamente o cumprimento provisório da pena.

Entretanto, o réu confrontou a legitimidade da decisão impetrando consecutivos HC no STJ e no STF, a saber, o HC n. 126.292/SP. A fundamentação jurídica aduzida

pelo paciente nos *writs* foi de que não existe dispositivo legal na CF/88 que permita a sua prisão após a decisão da segunda instância, tendo em vista que, mesmo após a confirmação da condenação pelo Tribunal, ainda era cabível a interposição de recursos especial e extraordinário.

No julgamento da ação mandamental, a Suprema Corte reconheceu, por maioria de votos, a possibilidade de execução provisória da pena após sentença condenatória confirmada por Tribunal de segundo grau de jurisdição, o que, por sua vez, restringiu o alcance da presunção de inocência e modificou a interpretação do princípio em nosso ordenamento jurídico, conforme ementa a seguir transcrita:

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. (STF - *Habeas Corpus* n. 126.292 - São Paulo - Relator: Ministro Teori Zavascki - Órgão Julgador: Plenário - Julgado em: 12 de fevereiro de 2016) (BRASIL, 2016).

O ministro Teori Zavascki, relator do processo, entendeu que a execução provisória da pena, ainda que cabível a interposição dos recursos especial e extraordinário, não constitui uma violação ao conteúdo essencial do princípio da presunção de inocência. Isso porque o acusado teve sua inocência presumida ao longo de todo o processo ordinário criminal, respeitando seus direitos e garantias, assim como as regras probatórias e o modelo acusatório vigente. Logo, não haveria desrespeito à presunção de inocência quando iniciada a produção dos efeitos inerentes à responsabilização criminal reconhecida pelas instâncias ordinárias, mesmo na pendência de recursos de natureza extraordinária (BRASIL, 2016).

É importante consignar, também, o voto proferido pelo ministro Luis Roberto Barroso, o qual defende que o pressuposto para a decretação da prisão não é o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, mas ordem escrita e fundamentada da autoridade judicial competente. Além disso, defendeu que, assim como ocorre com outros princípios, a presunção de inocência não é um princípio absoluto e, por isso, submete-se à ponderação. Diante disso, o ministro denegou o HC e foi voto favorável à execução da pena após a decisão do Tribunal de segunda instância (BRASIL, 2016).

- BASILE GEORGES CAMPOS CHRISTOPOULOS
- NIGEL STEWART NEVES PATRIOTA MALTA

No entanto, a decisão proferida pelo STF no HC n. 126.292/SP gerou controvérsia e balbúrdia no meio jurídico, indo de encontro ao posicionamento firmado em 2009 no HC n. 84.078/MG. À época, a Suprema Corte interpretou a presunção de inocência como um princípio de caráter amplo e que obstava a execução provisória da pena. A mudança do entendimento jurisprudencial redefiniu a interpretação do princípio da presunção de inocência no direito brasileiro, tendo gerado muitas reflexões acadêmicas relacionadas, inclusive, aos limites da jurisdição constitucional.

Diante disso, o Partido Ecológico Nacional (PEN) e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) ajuizaram ADCs, ambas com pedido de liminar, perante o STF. A finalidade era o reconhecimento da legitimidade constitucional do art. 283 do CPP, com nova redação inserida pela Lei n. 12.403/2011. De acordo com as entidades, a norma condiciona o início da execução da pena de prisão ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória (BRASIL, 2016).

O PEN propôs a ADC n. 43, sustentando que o art. 283 do CPP deve ser interpretado segundo o núcleo essencial do princípio da presunção de inocência, na forma do inciso LVII do art. 5º da CF/88. São, em suma, as alegações trazidas na peça inicial:

- A reformação da jurisprudência da Corte teria ocorrido sem o devido exame da constitucionalidade do novo teor do art. 283 do CPP - introduzido em 2011 - que passou a estabelecer a necessidade do trânsito em julgado para o início do cumprimento da pena.
- A incompatibilidade de decisão com a citada normatização e a suposta necessidade de que, para a prolação da decisão questionada, antes houvesse o referenciado dispositivo sido declarado inconstitucional (BRASIL, 2016).

Ao cabo, foi requerido provimento judicial emergencial para evitar a deflagração de novas execuções provisórias e a suspensão das que já foram iniciadas, com a consequente libertação das pessoas que tenham sido encarceradas sem o trânsito em julgado e, subsidiariamente, a aplicação, ao art. 283 do CPP, de interpretação conforme a Constituição, para determinar, até o julgamento final da ação, a utilização, em substituição à prisão, das medidas cautelares diversas, previstas no art. 319 do CPP<sup>5</sup> (BRASIL, 2016).

5 “Art. 319 - São medidas cautelares diversas da prisão: I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades; II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas; III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante; IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;

Por outro lado, a OAB propôs a ADC n. 44 sob a alegação de que o art. 283 do CPP tem como objetivo harmonizar o processo penal ao ordenamento constitucional, reforçando o princípio da presunção de inocência. Em síntese, são os argumentos tecidos na peça póstica:

- A alegação de que a decisão questionada teria gerado um “caloroso debate doutrinário” e uma grande controvérsia jurisprudencial quanto à relativização do princípio constitucional da presunção de inocência”, e que isso, segundo a entidade, ameaçaria a segurança jurídica e a restrição à liberdade.
- O fato de que, apesar de a decisão objurgada não ter efeito vinculante, os Tribunais do país passaram a adotar o mesmo entendimento, o que teria gerado decisões em desrespeito ao art. 283 do CPP e violação à cláusula de reserva de plenário (art. 97 da CF/88)<sup>6</sup> e a Súmula Vinculante n. 10<sup>7</sup>.
- A defesa de que, como não houve pronunciamento a respeito da constitucionalidade do art. 283 do CPP, seja reconhecida a validade do citado dispositivo (BRASIL, 2016).

Por fim, requereu cautelarmente a suspensão da execução antecipada da pena em todos os casos em que os órgãos julgadores dos Tribunais assim determinaram, com base no julgamento do HC n. 126.292/SP, e, no mérito, a procedência da ação, com a declaração de constitucionalidade do art. 283 do CPP, atribuindo-lhe eficácia *erga omnes* e efeito vinculante (BRASIL, 2016).

Cabe ressaltar que o relator das ADCs 43 e 44, ministro Marco Aurélio, determinou o apensamento das ações, com o objetivo de possibilitar o julgamento em conjunto. No dia 5 de outubro de 2016, o Plenário da Corte, por sete votos a quatro, decidiu, em caráter cautelar, pela manutenção do posicionamento firmado no HC n. 126.292/SP, possibilitando a prisão antes do trânsito em julgado da condenação, exigindo-se

V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos; VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais; VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração; VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial; IX - monitoração eletrônica. Redação dada pela Lei n. 12.403, de 2011” (BRASIL, 1941, 2011).

6 “Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público” (BRASIL, 1988).

7 “Súmula Vinculante n. 10 - Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte” (BRASIL, 2008).

- BASILE GEORGES CAMPOS CHRISTOPOULOS
- NIGEL STEWART NEVES PATRIOTA MALTA

apenas a confirmação da condenação com a observância do duplo grau de jurisdição (BRASIL, 2016).

Dado o panorama da situação dos julgados em análise, é importante registrar que um dos principais fundamentos para a mudança do entendimento da Corte está calçado na suposta ocorrência da mutação constitucional. Essa posição foi encabeçada pelo ministro Luis Roberto Barroso, que abriu um capítulo em sua decisão para tratar da ocorrência da suposta mutação constitucional. Em síntese, o julgador conceitua a mutação constitucional por via de interpretação e argumenta que “o Direito não existe abstratamente, fora da realidade sobre a qual incide”, referindo-se às teorias concretistas de interpretação constitucional, ao tempo em que fundamenta a aplicação dessas teorias à realidade, tendo em conta “três consequências muito negativas para o sistema de justiça criminal” (BRASIL, 2016, p. 5).

Essas consequências seriam, em suma: 1. a “infindável interposição de recursos protelatórios”; 2. reforço “a seletividade do sistema penal”, diante da “ampla (e quase irrestrita)” possibilidade de recorrer em liberdade, que “aproveita sobretudo aos réus abastados”; e 3. agravamento do “descrédito do sistema de justiça penal junto à sociedade”, tendo em vista que “a necessidade de aguardar o trânsito em julgado do REsp (recurso especial) e do RE (recurso extraordinário) para iniciar a execução da pena tem conduzido massivamente à prescrição da pretensão punitiva” (BRASIL, 2016, p. 5-9).

Indaga-se, pois: são esses fundamentos aptos à declaração de ocorrência de uma mutação constitucional ou estaríamos diante de uma mutação inconstitucional? Para tanto, faz-se necessário analisar o novel posicionamento do STF, externado no HC n. 126.292/SP e nas ADCs números 43 e 44, para averiguar a possibilidade do reconhecimento da (in)constitucionalidade de tais decisões.

#### **4. O fenômeno da mutação constitucional como processo informal de mudança da Constituição e a possibilidade do reconhecimento da sua (in)constitucionalidade**

*A priori*, faz-se necessário trazer o conceito de mutação constitucional, o que permitirá a análise dos recentes julgados do STF envolvendo a presunção de inocência e a execução provisória da pena. De acordo com Mendes, Coelho e Branco (2008, p. 130), a mutação constitucional é uma alteração semântica “dos preceitos da Constituição, em

decorrência de modificações no prisma histórico-social ou fático-axiológico em que se concretiza a sua aplicação”.

Nas lições de Canotilho (2003, p. 1228), é a “revisão informal do compromisso político formalmente plasmado na Constituição sem que haja alteração do texto constitucional. Em termos incisivos: muda o sentido sem mudar o texto”.

Já no raciocínio de Bulos (1997, p. 57), mutação constitucional é

[...] o processo informal de mudança da Constituição, por meio do qual são atribuídos novos sentidos, conteúdos até então não ressaltados à letra da *Lex Legum*, quer através da interpretação, em suas diversas modalidades e métodos, quer por intermédio da construção (*construction*), bem como dos usos e costumes constitucionais.

Em síntese, mutação constitucional é toda e qualquer modificação no significado, sentido ou alcance de dispositivos da Constituição, embora essa alteração não preceda do mecanismo formal adequado para a reforma do texto constitucional. A esse respeito, a expressão mutação constitucional foi criada por Paul Laband, estudioso pertencente à Escola Alemã de direito público, que, ao analisar a Constituição de 1871, diferenciou a reforma constitucional (*verfassunganderung*) da mutação constitucional (*verfassungswandlung*) (BULOS, 1997, p. 54).

Contudo, não é uniforme na doutrina a utilização da expressão mutação constitucional. Isso porque alguns autores defendem a existência de um problema terminológico, razão pela qual preferem adotar outras nomenclaturas para identificar o fenômeno.

À luz da doutrina de Ferraz (1986, p. 12), para “todo e qualquer meio de mudança constitucional não produzida pelas modalidades organizadas de exercício do Poder Constituinte derivado” devem ser utilizadas as expressões “processos informais”, “não formais” ou “indiretos”.

Por outro lado, Jorge Miranda prefere a expressão “vicissitude constitucional tácita”. Já na visão de Canotilho, a melhor expressão é “transições constitucionais”, enquanto, na opinião de Luiz Pinto Ferreira, o fenômeno deve ser chamado de “mudança material” (BULOS, 1997, p. 57-58).

Em todo caso, independentemente da terminologia, a mutação constitucional faz referência às mudanças informais na Constituição, sendo necessária em razão do decurso do tempo, adequando os dispositivos ao atual contexto da sociedade, porém sem seguir as formalidades legais, como acontece, por exemplo, na reforma constitucional. Nesse sentido, Streck, Lima e Oliveira (2008, p. 45-68) lecionam:

- BASILE GEORGES CAMPOS CHRISTOPOULOS
- NIGEL STEWART NEVES PATRIOTA MALTA

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.

Como assevera Zagrebelsky (2004, p. 111), “em todas as situações há algo que falta, uma faceta que permaneceu na sombra, que pede para sair à luz, e na qual é possível apoiar-se para ir mais além”, ou seja, em tudo há a possibilidade de se perceber “uma perspectiva de superação daquilo que é um dado, do que é visível”.

É nessa perspectiva que se fundamenta a mutação constitucional. Se o dispositivo da Constituição está superado, é necessário adequá-lo à realidade social, ainda que por um processo informal, como é o caso da interpretação evolutiva feita pelo Tribunal Constitucional.

Como já mencionado, a mutação constitucional foi um dos principais argumentos das recentes decisões oriundas do STF, ora estudadas. O fundamento foi inaugurado pelo ministro Luis Roberto Barroso que expôs, no voto proferido por ocasião do julgamento do HC n. 126.292/SP, a possibilidade da prisão antes do trânsito em julgado da condenação, desde que a sentença penal condenatória seja confirmada em segunda instância, em face da suposta ocorrência de mutação constitucional na presunção de inocência.

Segundo o entendimento de Barroso, a mutação constitucional:

Trata-se de mecanismo informal que permite a transformação do sentido e do alcance de normas da Constituição, sem que se opere qualquer modificação do seu texto. A mutação está associada à plasticidade de que devem ser dotadas as normas constitucionais. Este novo sentido ou alcance do mandamento constitucional pode decorrer de uma mudança na realidade fática ou de uma nova percepção do Direito, uma releitura do que deve ser considerado ético ou justo. A tensão entre normatividade e facticidade, assim como a incorporação de valores à hermenêutica jurídica, produziu modificações profundas no modo como o Direito contemporâneo é pensado e praticado. O Direito não existe abstratamente, fora da realidade sobre a qual incide. As teorias concretistas da interpretação constitucional enfrentaram e equacionaram este condicionamento recíproco que existe entre norma e realidade (BRASIL, 2016, p. 5).

Note-se que o julgador relaciona o processo de mudança informal da Constituição à natureza flexível que detém os dispositivos constitucionais, de modo que a mudança dos fatos na sociedade poderia impor uma nova interpretação do texto constitucional, evitando o choque entre a norma e o fato.

O processo de mutação é lento, embora a letra da norma constitucional permaneça inalterada. As mudanças informais acontecem de forma natural, espontânea, sem poder calcular quando irá se concretizar, decorrendo daí a natureza fática dos meios difusos de alteração constitucional. Logo, as mudanças de fato ocorrem em um momento cronologicamente distinto e perante uma situação diferente se comparado à época da elaboração do texto magno em questão (BULOS, 1997, p. 61).

A realidade constitucional pode ser alterada por diversos meios, sobretudo pela interpretação dos tribunais, como explica Barroso (2009, p. 130):

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

Não obstante, mediante a releitura do inciso LVII do art. 5º da Carta Magna, o STF concedeu nova interpretação à presunção de inocência, concluindo que o princípio não obsta o início do cumprimento da pena, respeitado o duplo grau de jurisdição, sendo dispensável o trânsito em julgado.

Nessa senda, Barroso assim argumentou:

Trata-se, assim, de típico caso de mutação constitucional, em que a alteração na compreensão da realidade social altera o próprio significado do Direito. Ainda que o STF tenha se manifestado em sentido diverso no passado, e mesmo que não tenha havido alteração formal do texto da Constituição de 1988, o sentido que lhe deve ser atribuído inequivocamente se alterou. Fundado nessa premissa, entendo que a Constituição Federal e o sistema penal brasileiro admitem a execução da pena após a condenação em segundo grau de jurisdição, ainda sem o trânsito em julgado (BRASIL, 2016, p. 9).

A realidade social que alterou o significado da presunção de inocência, na opinião do citado julgador, foi que a execução da pena somente depois do trânsito em julgado

- BASILE GEORGES CAMPOS CHRISTOPOULOS
- NIGEL STEWART NEVES PATRIOTA MALTA

da sentença penal condenatória causou consequências negativas para o sistema de justiça criminal.

Vejamos o entendimento esposado por Barroso:

[...] tornou-se evidente que não se justifica no cenário atual a leitura mais conservadora e extremada do princípio da presunção de inocência, que impede a execução (ainda que provisória) da pena quando já existe pronunciamento jurisdicional de segundo grau (ou de órgão colegiado, no caso de foro por prerrogativa de função) no sentido da culpabilidade do agente. É necessário conferir ao art. 5º, LVII, interpretação mais condizente com as exigências da ordem constitucional no sentido de garantir a efetividade da lei penal, em prol dos bens jurídicos que ela visa resguardar, tais como a vida, a integridade psicofísica, a propriedade – todos com *status* constitucional (BRASIL, 2016, p. 8-9).

Ocorre que, apesar de buscar preencher uma suposta lacuna entre o texto constitucional e a realidade social, nem sempre a mudança informal é constitucional. Ainda que sob a alegação de envelhecimento e imperfeição do dispositivo, a mutação poderá ser considerada inconstitucional se contrariar preceitos fundamentais da Constituição (SARLET, 2017).

A distinção é bem definida por Ferraz (1986, p. 10), ao esclarecer que a expressão “mutação constitucional” deve ser designada somente para o processo que altere ou modifique o sentido, o significado e o alcance da Constituição sem contrariá-la. Em contrapartida, quando as modalidades de processos que introduzem a alteração constitucional contrariam a Constituição e ultrapassam os limites constitucionais fixados pelas normas, essa alteração inconstitucional é designada como mutação inconstitucional.

Acompanhando essa linha de raciocínio, Bulos (1997, p. 135) leciona:

A interpretação constitucional, em todas as suas formas de expressão, constitui um meio importante e eficiente para adaptar os dispositivos supremos do Estado às necessidades emergentes do cotidiano. Todavia, se o ato interpretativo desvirtuar a letra das normas que embasam a Constituição, quebrando a juricidade dos princípios informadores da ordem constituída, estaremos diante das mutações inconstitucionais.

Em análise à decisão do STF no HC n. 126.292/SP, bem assim àquelas que indeferiram as liminares requestadas nas ADCs números 43 e 44, observa-se a possibilidade da ocorrência de uma mutação inconstitucional, ou seja, mesmo visando a uma suposta

adequação da interpretação da norma à realidade social, a permissão do início do cumprimento da pena antes do trânsito em julgado da condenação vai de encontro à ordem constitucional vigente.

A doutrina constitucional majoritária entende que, para identificar uma “mutação constitucional ‘idônea’, dotada de legitimidade (ou seja, o inverso de uma mutação inconstitucional), deve-se atentar, inicialmente, para dois requisitos fundamentais: i) a existência de um lapso temporal razoável; e ii) a definitiva ‘dessuetude’ do dispositivo” (PEDRON, 2012, p. 24).

Além disso, deve-se atentar às características do documento constitucional, a exemplo de sua rigidez, como é o caso da CF/88 (MENDES; BRANCO, 2015, p. 134-135), bem como a devida observância aos tratados e às convenções internacionais sobre direitos humanos dos quais o Brasil é signatário, por força do art. 4º, II, da Carta Magna<sup>8</sup> (MAZZUOLI, 2015).

Em primeiro lugar, observa-se que existe um lapso de tempo razoável desde a elaboração do texto do art. 5º, LVII, da CF/88, o que justificaria uma possível mudança nos fatos que estivessem em choque com a norma. Entretanto, o dispositivo não está desatualizado, tampouco definitivamente fora de costume, haja vista sua posição de direito humano e fundamental, com previsão em diversos instrumentos internacionais protetivos.

Nesse sentido, voltando à questão da rigidez constitucional, convém lembrar que o princípio da presunção de inocência possui a qualidade, conferida pelo legislador constituinte, de cláusula pétrea (art. 60, § 4º, IV, da CF/88)<sup>9</sup> e aplicabilidade imediata (art. 5º, § 1º, da CF/88)<sup>10</sup>, o que reforça a sua força jurídica na Constituição.

De acordo com Piovesan (2015, p. 99), a CF/88 trouxe uma “nova topografia constitucional”, pois, “em seus primeiros capítulos, apresenta avançada Carta de direitos e garantias, elevando-os, inclusive, a cláusula pétrea, o que, mais uma vez, revela a vontade constitucional de priorizar os direitos e as garantias fundamentais”.

Na mesma linha, bem informa Sarlet (2012, p. 387):

8 “Art. 4º - A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: [...] II - prevalência dos direitos humanos” (BRASIL, 1988).

9 “Art. 60 - A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: [...] § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] IV - os direitos e garantias individuais” (BRASIL, 1988).

10 “Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] § 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” (BRASIL, 1988).

- BASILE GEORGES CAMPOS CHRISTOPOULOS
- NIGEL STEWART NEVES PATRIOTA MALTA

O fato de o Constituinte ter guindado os direitos fundamentais (pelo menos parte deles, para os que advogam uma interpretação restritiva) à condição de limite material expresso à reforma constitucional pode ser considerado, consoante já assinalado, um dos indicadores da fundamentalidade formal das normas que os consagram. Esta especial proteção dos direitos fundamentais é, sem dúvida, qualidade que os distingue das demais normas constitucionais. A condição de “cláusula pétrea”, aliada ao postulado da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais (art. 5º, § 1º, da CF), constitui justamente elemento caracterizador essencial de sua força jurídica reforçada na ordem constitucional pátria.

Calha ressaltar a discrepância da decisão com os documentos internacionais que versam sobre direitos humanos, a exemplo da Convenção Americana de Direitos Humanos, que protege a presunção de inocência, em seu art. 8º, 2, bem como ser o posicionamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos<sup>11</sup> já consolidado quanto à necessidade de formação da culpa em definitivo para a imposição das penas previstas (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2001).

Por outro viés, é interessante mencionar a importância do principal método clássico de interpretação jurídica, qual seja, o literal. Embora parte da doutrina contemporânea apresente crítica aos cânones clássicos da hermenêutica jurídica, conforme demonstrado por Krell (2014), os aplicadores continuam(vam?) a se valer deles, uma vez que guiam a própria interpretação.

Em verdade, quanto ao método gramatical ou literal, tem-se como “o ponto de partida do trabalho jurídico, justamente porque o texto legal transporta as prescrições vinculantes para o seu aplicador” (KRELL, 2014, p. 303). Com efeito, a própria literalidade do dispositivo impõe a premissa do trânsito em julgado, o que, de certo modo, ressalta segurança jurídica aos destinatários da norma, pois estes não ficariam à mercê de interpretações outras, senão aquela traduzida em sua composição semântica, o que parece não ter sido observado.

Noutro giro, de acordo com Pérez Luño (1991, p. 288-289), os valores constitucionais apresentam uma tripla dimensão: 1. “fundamentadora - núcleo básico e

11 “A Corte Interamericana entende que o propósito das garantias judiciais nasce no princípio de que uma pessoa é inocente até que se comprove a sua culpa mediante uma decisão judicial transitada em julgado (Caso Suárez Rosero, op. cit., par. 77.). Por isso, os princípios gerais de direito universalmente reconhecidos, impedem antecipar a sentença. Se ignoradas estas regras, corre-se o risco, como de fato ocorreu no caso sob exame, de privar de liberdade por um prazo não razoável a uma pessoa cuja culpa não pôde ser verificada. [...] A Comissão, com base na análise das provas aportadas ao expediente pelas partes, conclui que, com respeito a Dayra María Levoyer Jiménez, o Estado equatoriano violou o princípio de presunção de inocência, consagrado no artigo 8(2) da Convenção Americana” (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2001).

informador de todo o sistema jurídico-político”; 2. “orientadora – metas ou fins predefinidos, que fazem ilegítima qualquer disposição normativa que persiga fins distintos, ou que obstaculize a consecução daqueles fins enunciados pelo sistema axiológico constitucional”; e 3. “crítica – para servir de critério ou parâmetro de valoração para a interpretação de atos ou condutas”.

Desse modo, levando-se em consideração as dimensões referidas, é impositiva a interrelação, nos casos sob análise, da presunção de inocência com a dignidade da pessoa humana, princípio vetor dos direitos fundamentais, que deve sempre ser utilizado na estruturação do raciocínio jurídico, especialmente nos casos difíceis (SARLET, 2012; BARROSO, 2016). Nessa linha, segundo Bonavides (2001, p. 233), “nenhum princípio é mais valioso para compendiar a unidade material da Constituição que o princípio da dignidade da pessoa humana”.

Sob esse prisma, o próprio Barroso (2016, 599), em escritos que demonstram entendimento diverso do exposto como julgador da Corte Suprema, fez assentar que o princípio da presunção de inocência, conjugado aos princípios do devido processo legal e da liberdade provisória, é impeditivo à prisão do acusado, antes do trânsito em julgado, “salvo se presente qualquer dos fundamentos que legitimam a prisão cautelar”, medida constritiva diversa da prisão-pena, esta referenciada no permissivo das decisões sob enfoque.

Ademais, um dos fundamentos para a ocorrência da mutação constitucional está consubstanciado na opinião popular, da qual deve o Poder Judiciário manter equidistância, em movimento protetivo da sua imparcialidade, que perfaz característica intrínseca ao seu mister. Todavia, essa postura tem sido visualizada com frequência no Poder Judiciário brasileiro, o que vem sempre acompanhado de um discurso contrário à impunidade, como ocorreu no caso sob análise. Como aduz Gurgel (2008, p. 312):

[...] práticas de endurecimento e maior rigor, têm sido presentes nos discursos jurídicos. [...] Nesse atuar, tem sido frequente a oficialização de violação do dano à imagem dos indiciados-presos, a quebra dos seus direitos, inclusive ao silêncio, com a provocação de auto-confissões públicas, a neutralização do princípio da inocência, visando a obtenção de provas fora da racionalidade procedimental do direito positivado, seja na constituição do Estado, seja nas leis que desta emanam.

Daí por que, pelos referenciais teóricos já descritos, depreende-se que o art. 5º, LVII, da CF/88 sofreu, nas referidas decisões, um processo de mutação inconstitucional, tendo em vista que o STF extrapolou, para além dos limites da interpretação semântica, os limites da própria Constituição.

- BASILE GEORGES CAMPOS CHRISTOPOULOS
- NIGEL STEWART NEVES PATRIOTA MALTA

A interpretação feita pela Suprema Corte foi além do preceito jurídico estabelecido pelo legislador constituinte, pois desconsiderou que o rótulo de culpado só pode ser imputado após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória e não com a observância do duplo grau de jurisdição, como foi decidido.

De acordo com Bulos (1997, p. 138-139):

[...] são inegáveis os riscos da interpretação constitucional, enquanto processo informal de mudança da Constituição. Ao invés de adaptar a Lei Maior à realidade social cambiante, passa a comprometer a sua estabilidade, ocasionando sua destruição como lei. Deveras, as mutações inconstitucionais representam o maior de todos os riscos que pode sofrer uma Constituição, em se falando de mudanças informais por ato interpretativo.

A mutação constitucional por ato interpretativo pode não ser um processo seguro, sobretudo pelo fato de que a mudança informal pode ser influenciada pela consciência do intérprete. O que seria apenas a adequação de um dispositivo constitucional à realidade dos fatos passa a ser uma inovação, uma norma que compromete o seu conteúdo originário e, por conseguinte, outros preceitos constitucionais.

Em síntese, uma mutação aparentemente constitucional pode facilmente ser inidônea (inconstitucional) quando o ato interpretativo é extensivo, ou seja, vai além do conteúdo do dispositivo constitucional, extrapolando os limites estabelecidos por outros preceitos da Constituição, especialmente quando há restrição de direitos fundamentais.

Além disso, é importante ressaltar os limites da função exercida pelo STF como guardião da Constituição, como bem explica Dias (2012, p. 18):

[...] a Corte Constitucional não deve perseguir um fim de revisão constitucional. Suas interpretações não realizam revisão de preceitos constitucionais, tampouco podem dar lugar a mutações em contraste com os princípios e com o complexo sistema constitucional. Ao contrário, a atividade interpretativa é limitada pelos preceitos constitucionais em seu sistema. Há um risco constante e inevitável de se tratar o texto da Constituição como um espelho a refletir os volúveis humores dos intérpretes, o que importaria aceitar a conversão de referências ideológicas em jurisprudência constitucional.

Destarte, é bastante improvável o reconhecimento – lamentavelmente –, pela atual composição do STF, da inconstitucionalidade das decisões estudadas. Contudo, restou patente a impossibilidade de relativização do princípio da presunção de inocência ao

argumento de mutação constitucional, uma vez que, assim o fazendo, o STF está diante de uma mutação inconstitucional, pois contraria o texto e todo arcabouço valorativo da própria Constituição.

## 5. Conclusão

O advento da CF/88 objetivou traduzir o sentimento de redemocratização clamado pela sociedade brasileira, em contraponto ao regime militar vivenciado por considerável tempo, período em que diversos direitos e garantias individuais foram restringidos pelo Estado, em nome da segurança nacional.

Desse modo, o rol do art. 5º da CF/88 acolheu uma série de direitos e garantias individuais ao cidadão, ampliando o seu *status* de sujeito de direitos. Por conseguinte, também limitou o poder de atuação do Estado, evitando práticas arbitrárias e abusivas.

A presunção de inocência é um dos princípios estatuídos no referido eixo de direitos fundamentais, previsto na CF/88, impondo, textualmente, a barreira do trânsito em julgado para a declaração de culpabilidade penal e a consequente aplicação das penas previstas em lei. Tal proteção é visualizada também em diversos diplomas jurídicos internacionais que amparam direitos humanos e fundamentais, a exemplo da Convenção Americana de Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, que consagra a presunção de inocência em seu art. 8º, 2, em plena validade jurídica em nosso ordenamento, tendo em vista que foi ratificada pelo Decreto Legislativo n. 678/92.

Desse modo, em observância ao núcleo essencial da presunção de inocência, a regra no ordenamento jurídico brasileiro é a liberdade, de modo que a prisão se apresenta como medida excepcional e último recurso (*ultima ratio*), justificando-se somente após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

O entendimento exposto pelo STF, nos julgados aqui analisados, sob a perspectiva da ocorrência da mutação constitucional, extrapola, como dito alhures, além dos limites semânticos da interpretação jurídica, todo arcabouço valorativo da própria Constituição, a dizer: 1. a unidade da Constituição; 2. a proibição de restrição às cláusulas pétreas; 3. a dignidade da pessoa humana; 4. os documentos internacionais de proteção aos direitos humanos fundamentais; 5. além de ferir, textualmente, a Constituição, cujo dispositivo (inciso LVII, do art. 5º, da CF/88) foi inculpidado com clareza meridiana, de modo que sua interpretação é extraída de forma objetiva e pontualmente prevista para evitar entraves em sua plena aplicação.

- BASILE GEORGES CAMPOS CHRISTOPOULOS
- NIGEL STEWART NEVES PATRIOTA MALTA

Embora a interpretação extensiva já seja uma prática corriqueira pelo Pretório Excelso, haja vista a decisão que reconheceu a união homoafetiva. Esse exemplo, embora tenha contrariado previsão expressa na Constituição, foi de extrema adequação aos padrões das sociedades contemporâneas, num formato de ampliação de direitos fundamentais, o que se vê de forma positiva.

A referida atuação não se verifica, pois, no caso do HC n. 126.292/SP e das ADCs números 43 e 44, oportunidade em que a construção argumentativa realizada contrariou o exposto texto constitucional e convencional, em verdadeira restrição a um direito humano e fundamental. Nesses casos, a nova interpretação “deveria encontrar apoio no teor das palavras empregadas pelo constituinte”, e não “violentar os princípios estruturantes da Lei Maior; do contrário, haverá apenas uma interpretação inconstitucional” (MENDES; BRANCO, 2015, p. 152).

A interpretação como mecanismo de mutação constitucional tem seu limite, este que se atrela, indispensavelmente, às possibilidades semânticas do texto. Nesses casos, a reforma se justifica formal e materialmente, pois caso contrário poderá falsear a Constituição, chegando a conclusões opostas ao que o texto prescreve (VEGA, 1999, p. 93).

Logo, a partir das citadas decisões, o princípio da presunção de inocência ganhou um novo significado, agora mais restrito, não impedindo a execução provisória da pena antes do trânsito em julgado da condenação, desde que se observe o duplo grau de jurisdição. Isso ocorre ao pressuposto da ocorrência do fenômeno da mutação constitucional, quando, em verdade, revela-se uma manifesta mutação inconstitucional.

**THE (UN)CONSTITUTIONAL MUTATION OF THE PRESUMPTION OF INNOCENCE IN RECENT JUDGMENTS OF THE SUPREME FEDERAL COURT: *HABEAS CORPUS* N. 126.292/SP AND THE DECLARATORY ACTIONS OF CONSTITUTIONALITY NUMBERS 43 AND 44**

## REFERÊNCIAS

ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH). 1948. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>>. Acesso em: 12 fev. 2017.

BADARÓ, G. H. *Direito processual penal*. São Paulo: Elsevier Campus Jurídico, 2008.

BARROSO, L. R. *Temas de direito constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. t. I.

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

BARROSO, L. R. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Tradução Humberto Laport de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

BECCARIA, C. *Dos delitos e das penas*. Tradução Torrieri Guimarães. 2. ed. São Paulo: Martin Claret, 2009.

BINDER, A.; CAPE, E.; NAMORADZE, Z. *Defesa criminal efetiva na América Latina*. São Paulo: Instituto de Defesa do Direito de Defesa, Conectas Direitos Humanos, 2016. Disponível em: <[http://www.iddd.org.br/wp-content/uploads/2016/09/Web\\_Defesa\\_Criminal\\_Efetiva\\_AL.pdf](http://www.iddd.org.br/wp-content/uploads/2016/09/Web_Defesa_Criminal_Efetiva_AL.pdf)>. Acesso em: 12 fev. 2017.

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

BRASIL. Código de Processo Penal. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm)>. Acesso em: 12 fev. 2017.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 12 fev. 2017.

BRASIL. Decreto Legislativo n. 678/92. Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969 (Pacto de São José da Costa Rica). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm)>. Acesso em: 12 fev. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante n. 10. 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1216>>. Acesso em: 12 fev. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 444. 2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?processo=444&&b=SUMU&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>>. Acesso em: 12 fev. 2017.

BRASIL. Lei n. 12.403, de 4 de maio de 2011: altera dispositivos do Código de Processo Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm)>. Acesso em: 12 fev. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ações pedem reconhecimento de norma do CPP que trata da presunção de inocência. 2016. <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=317545>>. Acesso em: 23 fev. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 126.292/SP. Brasília, DF, 12 fev. 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 23 fev. 2017.

BRASIL. Universidade de São Paulo - USP. Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1789. Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 12 fev. 2017.

- BASILE GEORGES CAMPOS CHRISTOPOULOS
- NIGEL STEWART NEVES PATRIOTA MALTA

BULOS, U. L. *Mutação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997.

BULOS, U. L. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Relatório n. 66/01 - Caso 11.992 - Dayra María Levoyer Jiménez versus Equador. Organização dos Estados Americanos, 2001. Disponível em: <[http://www.cidh.org/annualrep/2001port/ecu11992a.htm#\\_ftn32](http://www.cidh.org/annualrep/2001port/ecu11992a.htm#_ftn32)>. Acesso em: 12 fev. 2017.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Países signatários. Organização dos Estados Americanos, 2007. Disponível em: <[https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/d.Convencao\\_Americana\\_Ratif..htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/d.Convencao_Americana_Ratif..htm)>. Acesso em: 12 fev. 2017.

DIAS, C. F. *A justiça constitucional em mutação*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.

FERRAZ, A. C. da C. *Processos informais de mudança da constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986.

GARCEZ, W. A presunção de inocência na visão do STF: o julgamento do HC 126.292. Disponível em: <<https://delegadowelliamgarcez.jusbrasil.com.br/artigos/308531136/a-presuncao-de-inocencia-na-visao-do-stf-o-julgamento-do-hc-126292>>. Acesso em: 12 fev. 2017.

GODINHO, F. de O. Diversidade cultural no direito internacional em um horizonte de justiça internacional. In: BOGDANDY, A. V.; PIOVESAN, F.; ANTONIAZZI, M. M. *Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

GROTE, R. Democracia, estado de direito e desenvolvimento. In: BOGDANDY, A. V.; PIOVESAN, F.; ANTONIAZZI, M. M. *Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

GURGEL, M. da G. M. A polarização dos discursos de repressão ao crime e seus efeitos pragmáticos. *Revista do Mestrado em Direito da Universidade Federal de Alagoas*, Maceió, ano 2, n. 3, 2008.

KRELL, A. J. Entre o desdém teórico e aprovação na prática: os métodos clássicos de interpretação jurídica. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 10, n. 1, p. 295-320, jan./jun. 2014. Disponível em: <[http://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/artigo-Edicao-revista/12-rev19\\_295-320\\_-\\_andreas\\_j.\\_krell.pdf](http://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/artigo-Edicao-revista/12-rev19_295-320_-_andreas_j._krell.pdf)>. Acesso em: 12 fev. 2017.

LIMA, R. B. de. *Curso de processo penal*. Rio de Janeiro: Impetus, 2013.

LINS JÚNIOR, G. S. *A presunção de inocência no sistema constitucional brasileiro*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2008.

LOPES JÚNIOR, A. *Direito processual penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MAZZUOLI, V. de O. Controle concentrado de convencionalidade tem singularidades no Brasil. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-abr-24/valerio-mazzuoli-control-convenconalidade-singularidades>>. Acesso em: 12 fev. 2017.

MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MENDES, G. F.; COELHO, I. M.; BRANCO, P. G. G. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

- MORAIS, J. L. B. de. *As crises do estado e da constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- NUCCI, G. de S. *Manual de direito penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- OLIVEIRA, E. P. de. *Curso de processo penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- PAGLIUCA, J. C. G. *Direitos humanos*. São Paulo: Rideel, 2010.
- PEDRON, F. Q. *Mutação constitucional na crise do positivismo jurídico: história e crítica do conceito no marco da teoria do direito como integridade*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.
- PÉREZ LUÑO, A. E. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. 4. ed. Madrid: Tecnos, 1991.
- PIOVESAN, F. Sistema interamericano de proteção dos direitos humanos: impacto, desafios e perspectivas à luz da experiência latino-americana. In: BOGDANDY, A. V.; PIOVESAN, F.; ANTONIAZZI, M. M. *Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- PIOVESAN, F. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- RANGEL, P. *Direito processual penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- SARLET, I. W. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- SARLET, I. W. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- SARLET, I. W. Direitos fundamentais, democracia entre reforma e mutação constitucional: uma análise na perspectiva da Constituição Federal de 1988. In: ALVIM, E. A. et al. *Jurisdição e hermenêutica constitucional: em homenagem a Lenio Streck*. Rio de Janeiro: Mundo Jurídico, 2017.
- STRECK, L. L.; LIMA, M. M. B.; OLIVEIRA, M. A. C. de. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. *Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Fundinopi*, 15 jan. 2008. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/72/72>>. Acesso em: 12 fev. 2017.
- TÁVORA, N.; ALENCAR, R. R. *Curso de processo penal*. 8 ed. Bahia: Jus Podivm, 2013.
- TOURINHO FILHO, F. da C. *Processo penal*. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 3.
- VEGA, P. de. *La reforma constitucional y la problematica del poder constituyente*. Madrid: Tecnos, 1999.
- YAROCHEWSKY, L. I. Com decisão do Supremo, presunção de inocência está na UTI. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-17/leonardo-yarochewsky-presuncao-inocencia-uti>>. Acesso em: 12 fev. 2017.
- ZAGREBELSKY, G. *A crucificação e a democracia*. Coimbra: Tenacitas, 2004.