XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA

TEORIA CONSTITUCIONAL

VLADIA MARIA DE MOURA SOARES

DIOGO GUAGLIARDO NEVES

JOSÉ LUIZ QUADROS DE MAGALHÃES

Copyright © 2017 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

T314

Teoria Constitucional [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Vladia Maria de Moura Soares, Diogo Guagliardo Neves, José Luiz Quadros de Magalhães – Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-576-8
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Direito, Democracia e Instituições do Sistema de Justiça

1.Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Constituição Federal. 3. Direitos Humanos. XXVI Congresso Nacional do CONPEDI (27. : 2017 : Maranhão, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Universidade Federal do Maranhão - UFMA
São Luís – Maranhão - Brasil
www.portais.ufma.br/PortalUfma/index.jsf

XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA

TEORIA CONSTITUCIONAL

Apresentação

Em novembro de 2017 abrem-se os trabalhos do XXVI Congresso Nacional do CONPEDI Em São Luis do Maranhão com o tema Direito, Democracia e Instituições do Sistema de Justiça.

Refletindo sobre o eixo dos trabalhos que compõem o grupo de Teoria Constitucional é possível apontar os questionamentos sobre o sistema de governo presidencialista e a realidade brasileira conformações e dissenções, a atuação do judiciário e a hermenêutica constitucional, dentre os problemas suscitados a atribuição do efeito erga omnes em controle difuso de constitucionalidade nas decisões emanadas pelo Supremo Tribunal Federal.

Como diagnóstico, todavia, os trabalhos procuraram mostrar uma série de deficiências existentes na participação democrática brasileira e na atuação legítima do Judiciário. Há problemas dos mais diversos. Viu-se o problema de inserção política das minorias, para não dizer, a incapacidade de uma efetiva democracia deliberativa em que todos tenham voz. Por outro lado, notou-se o ativismo judicial como um problema de interferência indevida do Judiciário nos assuntos dos outros Poderes.

Em vista de todo o exposto, convida-se a comunidade científica para que aprecie esta publicação, não sendo exagero dizer que os trabalhos do grupo de Teoria Constitucional têm o mérito de contribuir para a superação dos problemas apontados, procurando caminhos para a consolidação de teorias, de modo a que estas sirvam para iluminar outras possibilidades jurídicas na realidade brasileira dos nossos dias.

Dessa forma, a publicação apresenta algumas reflexões acerca de alternativas e proposições teóricas que visam ao debate e o aperfeiçoamento das constituições. Assim, os trabalhos aqui publicados, contribuíram de forma relevante para que o GT Teoria Constitucional permaneça na incessante busca dos seus objetivos, qual seja, levar à comunidade acadêmica e à sociedade uma contribuição acerca da sua temática.

Que todos possam ter uma excelente leitura.

Prof. Dr. Diogo Guagliardo Neves - UNICEUMA

Prof. Dr. José Luiz Quadros de Magalhães - PUC/MG

Profa. Dra. Vladia Maria de Moura Soares - UFMT

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 7.3 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL VERSUS MUTAÇÃO INCONSTITUCIONAL – UMA ANÁLISE DOS JULGAMENTOS DA RECLAMAÇÃO 4335-5/2006-AC E DO HABEAS CORPUS 126.292/2016-SP PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL À LUZ DA HERMENÊUTICA E DA JUSTIÇA SOCIAL

CONSTITUTIONAL MUTATION VERSUS UNCONSTITUTIONAL MUTATION - ANALYSIS OF THE JUDGMENTS OF THE COMPLAINT 4335-5/2006-AC AND HABEAS CORPUS 126.292/2016-SP BY THE BRAZILIAN SUPREME FEDERAL COURT ACCORDING TO HERMENEUTICS AND SOCIAL JUSTICE

Vanessa dos Santos Moura

Resumo

O artigo versa sobre a Mutação constitucional e o objetivo geral consistiu em apresentar uma leitura crítica de dois julgamentos feitos pelo STF: a Reclamação 4335-5/2006-AC e o Habeas Corpus 126.292/2016-SP à luz da Hermenêutica e da Justiça Social. O problema de pesquisa girou em torno de perscrutar a existência de uma verdade autêntica nos fundamentos das decisões do STF. A metodologia consiste, no pertinente ao gênero, em pesquisa bibliográfica e análise jurisprudencial. A abordagem metodológica é qualitativa: empreendeu-se estudo de casos jurisprudenciais e há aproximação com o método de investigação semântica e com uma epistemologia de cariz hermenêutico.

Palavras-chave: Mutação (in)constitucional, Supremo tribunal federal, Reclamação 4335-5 /2006-ac, Habeas corpus 126.292/2016-sp, Hermenêutica, Estudo de caso

Abstract/Resumen/Résumé

The paper deals with the Constitutional Mutation. The general objective is to present a critical reading of two judgments made by the Brazilian Supreme Federal Court: Complaint 4335-5/2006-AC and Habeas Corpus 126.292/2016-SP according to Hermeneutics and Social Justice. The research problem revolved around scrutinizing the existence of an authentic truth in the fundamentals of the Court's decisions. The methodology consists in bibliographical research and jurisprudential analysis. The methodological approach is qualitative: a study of jurisprudential cases was undertaken and there is an approximation with the semantic research method and with a hermeneutical epistemology.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: (in)constitutional mutation, Brazilian supreme court, Complaint 4335-5/2006-ac, Habeas corpus 126.292/2016-sp, Hermeneutics, Case study

1 INTRODUÇÃO

O fenômeno da Mutação constitucional ganhou relevo novamente em *Terra Brasilis* em razão do julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal (STF), do Habeas Corpus 126.292/SP (impetrado em 2016). Nessa ocasião, houve alteração de entendimento do Princípio Constitucional da Presunção de Inocência – para penalistas garantistas, do Estado de Inocência – positivado no art. 5º, LVII, da Constituição Federal. Os pormenores deste caso serão analisados mais a frente; por ora, o que interessa apontar é que a decisão veio acompanhada de uma chuva de críticas e colocou a atuação do Pretório Excelso na mira de constitucionalistas e penalistas, que reprovaram veementemente os veredictos.

O presente artigo versa, pois, sobre a temática da Mutação constitucional e o objetivo geral consistiu em apresentar uma leitura crítica de dois importantes (e emblemáticos) julgados do STF, a saber, a Reclamação 4335-5/AC (ajuizada em 2006) e o referido Habeas Corpus 126.292/2016-SP à luz tanto da Hermenêutica como da Justiça Social. O problema de pesquisa girou em torno de perscrutar a existência de uma verdade autêntica nos fundamentos das decisões dos Ministros do STF. Em outras palavras, a pergunta que se pretendeu responder é: uma leitura a partir do Direito e da Constituição Federal admite a Mutação constitucional nos moldes em que foi levada a efeito em ambos os casos em testilha? A hipótese é a de que, nos dois casos, o STF forjou Mutações inconstitucionais.

A justificativa da pesquisa repousa em dois pilares. Por primeiro, há de se apontar a relevância do tema da Mutação constitucional para a seara da teoria constitucional de uma forma geral. Por segundo, os debates sobre a Mutação na doutrina brasileira foram reacendidos com a polêmica supramencionada, do que se infere ser um tema atual e que merece seja debatido dentro da academia. O porquê da pesquisa reside, propriamente, na necessidade de se discutir, a partir da ciência do Direito, a contumaz mitigação de direitos fundamentais pelo órgão que é incumbindo constitucionalmente da salvaguarda da Lei Maior.

A metodologia empregada consiste, no que diz respeito ao gênero, em pesquisa bibliográfica e análise jurisprudencial. A abordagem metodológica adotada é qualitativa – mais especificamente, empreende-se um estudo aprofundado de dois casos jurisprudenciais em que se visou compreender o fenômeno da Mutação constitucional – e há uma aproximação com o método de investigação semântica e com uma epistemologia de cariz hermenêutico (crítico). O referencial teórico dialoga diretamente com o método e, por isso, foram incorporadas as contribuições de Reinhart Koselleck (1992; 2006) para o campo da história conceitual (*Begriffsgeschichte*), bem como de Lênio Streck, Marcelo Cattoni de Oliveira e

Martonio Mont'Alverne Barreto Lima (2008) e sua tese de Mutação inconstitucional. A Justiça Social é o ponto de partida e de chegada dos debates.

A divisão do artigo comporta seis partes, quais sejam: 1) Introdução, 2) A importância da historicidade dos conceitos: o método de investigação semântica dos conceitos de Reinhart Koselleck, 3) Mutação constitucional e Mutação inconstitucional, 4) O julgamento da Reclamação 4335-5/2006-AC, 5) O julgamento do HC 126.292/2016-SP e 6) Conclusão.

2 A IMPORTÂNCIA DA HISTORICIDADE DOS CONCEITOS: O MÉTODO DE INVESTIGAÇÃO SEMÂNTICA DOS CONCEITOS DE REINHART KOSELLECK

Cediço que para a compreensão – e consequente emprego – dos institutos jurídicos é preciso conhecer a sua história, sob pena de seu desvirtuamento. Reinhart Koselleck, famoso historiador alemão, legou importantíssimas contribuições para o campo da história conceitual (*Begriffsgeschichte*). Com efeito, ao entrelaçar a história dos conceitos com as suas temporalidades, a teoria da história koselleckiana percebe-os (e suas metamorfoses) como "fenômenos que retratam e se tensionam contra a sociedade e que – se de um lado, elevam-se do fundo da história e da vida, por outro lado terminam por contribuir para redefini-la e por redirecioná-la" (D'ASSUNÇÃO, 2016, p. 43). Conceitos são, portanto, históricos e carregam consigo uma determinada tradição que não pode ser ignorada.

Nessa senda, o método de investigação semântica propõe a escritura da história de determinado conceito a partir de seis perguntas fundamentais, a saber: 1) O que pode vir a ser um conceito a respeito do qual se poderia conceber uma história?; 2) Como se utiliza e se emprega o conceito?; 3) Quais são os critérios seletivos quando se pensa na escrita de uma história dos conceitos; 4) Qual é o momento do pensamento e do discurso de um conceito; 5) Como mensurar a força diacrônica que se pretende trabalhar?; 6) Como se empreende a separação analítica linguística (acomodação da realidade à mesma linguagem)? (KOSELLECK, 1992; MARQUARDT NETO, 2015, p. 241).

Sobre a primeira questão, Koselleck refere que nem todos os conceitos são de interesse dos historiadores e demais cientistas; é preciso que as palavras possuam relevância social e carreguem, com outras palavras, um mínimo de associação – o que ele denomina de "um mínimo de sentido comum (*minimal Bedeutungsgehalt*), uma pré-aceitação de que se trata de palavras importantes e significativas" (KOSELLECK, 1992, p. 135). Sobre a seleção empreendida por ele dos conceitos que comporiam sua famosa obra *Dicionário de Conceitos*:[1]

[1] Trata-se da famosa obra *Geschichtliche Grundbegriffe: Historische Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland*, da qual Koselleck é co-editor (KOSELLECK, 1992, p. 135).

> De forma evidentemente simplificada, podemos admitir que cada palavra remete-nos a um sentido, que por sua vez indica um conteúdo. No entanto, nem todos os sentidos atribuídos às palavras eu considero relevantes do ponto de vista da escrita de uma história dos conceitos. Quando do planejamento para a realização da pesquisa empírica visando a produção do Dicionário de Conceitos, foram criteriosamente selecionadas as palavras cujos sentidos interessavam: a saber, conceitos para cuja formulação seria necessário um certo nível de teorização e cujo entendimento é também reflexivo (idem, ibidem, p. 135).

Não há dúvidas que existem determinados conceitos que têm o condão de expressar as estruturas mais importantes de uma determinada sociedade; são conceitos cujo emprego (*Begriffsverwendung*) se fundamenta em complexas comunidades linguísticas que são organizadas sob conceitos-chave.

Essa dinamicidade dos conceitos reflete a dinamicidade da própria sociedade. Koselleck fala da tensão estabelecida entre o espaço de experiência (*Erfahrungsraum*) e o horizonte de expectativa (*Erwartungshorizont*) como construções coletivas, que se sobrepõem às experiências individuais – questão fundamental em torno da qual gira sua obra mais famosa, a saber, *Futuro Passado: Contribuição à semântica dos tempos históricos* (KOSELLECK, 2006). Sobre o conceito de experiência, o historiador assevera que ela pertence ao Passado e que se concretiza no Presente; nas palavras dele:

> A experiência é o passado atual, aquele no qual acontecimentos foram incorporados e podem ser lembrados. Na experiência se fundem tanto a elaboração racional quanto as formas inconscientes de comportamento, que não estão mais, que não precisam estar mais presentes no conhecimento. Além disso, na experiência de cada um, transmitida por gerações e instituições, sempre está contida e é preservada uma experiência alheia. Neste sentido, também a história é desde sempre concebida como conhecimento de experiências alheias (KOSELLECK, 2006, p. 309-310).

A experiência refere-se, pois, ao Passado Presente e, conforme apontado acima, é fruto de experiências coletivas. Nesse sentido, como as experiências alteram-se com o passar do tempo, os conceitos das experiências das pessoas também se alteram. Repise-se: a sociedade não é estanque. E todos os conceitos sofrem mudanças, dos mais sofisticados aos mais comezinhos: o conceito de alimento, de doença, de cura, de caça, de agricultura; o conceito de homem, de mulher, de criança, de infância, de cidadania; o conceito de Democracia, de Estado, de Constituição, de Norma.

Daí que a resposta à segunda questão – como se utiliza e se emprega o conceito? – vincula a atividade do historiador com o mundo do empírico. Explica-se. O conceito será, necessária e concomitantemente, Fato e Indicador. Isso significa que ele não pode ser reduzido à sua dimensão linguística, pois os conceitos se situam, também, na esfera extralinguística. Os fenômenos históricos não podem ser reduzidos a fenômenos de linguagem; eles são *também* fenômenos linguísticos, mas não são só isso (MARQUARDT NETO, 2015, p. 242).

No pertinente aos critérios seletivos, Koselleck assevera que tal seleção (*Ausgrenzung*) daquilo que é (ou não) pertinente a um conceito fundamenta-se numa metodologia crítica, que inclui a análise da língua (KOSELLECK, 1992, p. 137). Para o historiador, vislumbra-se a possibilidade de análise de um conceito a partir de dois prismas; leia-se:

> (...) tanto poderei proceder à análise dos conceitos a partir de um método que privilegiará textos comparáveis, quanto poderei proceder metodologicamente expandindo minha análise ao conjunto da língua. Entre esses dois procedimentos haveria ainda formas intermediárias. O objeto se mantém o mesmo, e o que se altera é apenas a perspectiva em relação a ele. Esta seria minha resposta àqueles que argumentam se só seria possível a realização de análises de discursos. Esta seria uma das possibilidades, posto que a história dos conceitos permanece uma metódica consistente, com suas fronteiras, seus limites e vantagens, naturalmente (idem, ibidem, p. 137).

Sobre o momento do pensamento e do discurso de um conceito, Koselleck ressalta aquilo que chama de *Einmaligkeit*, que pode ser traduzido como a "singularidade" de determinados conceitos. Sobre essa "particularidade", o autor faz uma afirmação bastante polêmica entre os historiadores: "todo conceito só pode enquanto tal ser pensado e falado/expressado uma única vez", o que significa dizer que "sua formulação teórica/abstrata relaciona-se a uma situação concreta que é única" (idem, ibidem, p. 137-138). Ora, se tudo é único e particular, como fazer uma história diacrônica dos conceitos? – os críticos indagavam.

O que ocorre é que há uma franca má interpretação do que o historiador entendia como *Einmaligkeit*. Koselleck insiste na importância da temporalidade e da experiência temporal para a compreensão da sua teoria. O pilar fundamental de *Futuro Passado* consiste na transformação que o conceito de tempo sofreu não só dentro da cultura alemã, mas na Europa como um todo; para o autor, "o ‘tempo’ exerceu uma influência sobre o conjunto da linguagem, e pelo menos a partir da Revolução Francesa deu colorido a todo o vocabulário político e social" (KOSELLECK, 2006, p. 296).

Observa-se que a temporalidade, para determinadas mudanças, é mais longa ou mais breve. Não há simetria nas mudanças, nem é possível fazer previsões exatas sobre isso – tão somente conjecturas. Em matéria de Direito as metamorfoses conceituais adquirem especial relevo – e a Mutação constitucional refere-se justamente a esse espaço inserto no campo de experiências que permite seja ressignificado determinado dispositivo constitucional.

Mas há limites. Ora, a ressignificação em matéria constitucional não pode ocorrer ao alvedrio da tradição dos conceitos. O Direito não funciona assim. Para Alexandre Carvalho é na atualização cronológica do sentido normativo de uma determinada disposição constitucional que se percebe a pré-compreensão de mundo dos sujeitos, revelando "até que ponto o texto traz uma carga de influência sobre a norma, e também revela o grau de

influência de sua visão de mundo sobre a produção daquela mesma norma" (CARVALHO, 2013, p. 9201). Diante da mutabilidade natural das sociedades, o papel do intérprete das normas torna-se crucial, decisiva – mas há de se cuidar para que não se torne decisionista.

Para responder à questão que diz com a possibilidade de mensurar a força diacrônica que se pretende trabalhar, Koselleck inicia afirmando que a diacronia se faz presente na sincronia. A força diacrônica, para que possa ser mensurada no trabalho empírico do historiador, haverá de ter um método capaz de desvelar as mudanças da semântica dos conceitos. A tanto, e referindo-se novamente ao *Dicionário de Conceitos*, o autor apresenta uma tipologia analítica de três grupos de fontes a serem pesquisadas: linguagem do cotidiano, dicionários e enciclopédias, textos inalterados ainda que decorrentes de sucessivas edições (KOSELLECK, 1992, p. 144). Com efeito, buscou sistematizar as fontes de forma a sintonizar as estruturas temporais e, calcado na análise das fontes elencadas, "é possível observar que as estruturas repetitivas encontram-se, diferentemente, distribuídas" o que assinalaria "que a semântica comporta em si estruturas de repetição, mas a semântica mesma, de acordo com o gênero e o tipo de texto, possibilitará, impedirá ou mesmo proibirá diferentes formas de repetição" (MARQUARDT NETO, 2015, p. 245).

Por derradeiro, sobre como se empreende a separação analítica linguística, isto é, sobre como é operada no mundo fático a acomodação da realidade à mesma linguagem, pode-se afirmar que é o ponto crucial da metodologia de história conceitual de Koselleck. O método koselleckiano permite sejam analisadas as mudanças e permanências nos conceitos; em outras palavras, "é possível observar o quadro transformativo ou de continuidade das estruturas da realidade, possibilitando, por conseguinte, uma leitura crítica do uso dos conceitos" (idem, ibidem, p. 245).

Luísa Rauter Pereira, estudiosa da obra do alemão, aduz que incumbe à ciência histórica referir-se à questão da experiência histórica. Koselleck, a partir da concepção heideggeriana da historicidade como experiência intrínseca à humanidade, transformou-a (seu entendimento), pois, no seu grande empreendimento historiográfico: "pesquisar empiricamente como no plano dos conceitos políticos fundamentais a modernidade se instaurou e remodelou a linguagem política". Dito de outra forma, para Pereira "a marca historiográfica de Koselleck é a tarefa de compreensão do processo de inserção dos conceitos fundamentais do pensamento político moderno em uma consciência processual da história" (PEREIRA, 2011, p. 246).

Um possível diálogo entre o método koselleckiano e o Direito, especialmente a possibilidade de mutação constitucional, emerge dos apontamentos supra. A proposta de

historiografia de Koselleck é calcada na viabilidade do Passado construir pontes com o Presente. Observe-se, nessa senda, que "a marca historiográfica de Koselleck é a tarefa de compreensão do processo de inserção dos conceitos fundamentais do pensamento político moderno em numa consciência processual da história" (idem, ibidem, p. 246). Para o caso desta pesquisa, destaca-se, justamente, o impacto que a modernidade teve na linguagem política e na conformação de seus conceitos – em especial, na conformação da estabilidade dos documentos constitucionais e nas vias (formais e informais) de alteração.

Como examinar, à luz da *Begriffsgeschichte*, a tensão existente entre estabilidade e dinamicidade do ordenamento jurídico? Poderá o Brasil, país de democracia tão jovem, admitir mudanças informais em seu texto constitucional diante da temporalidade que separa a data de sua promulgação e os julgamentos que se pretende analisar? É o que se debaterá nas próximas linhas.

3 MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL E MUTAÇÃO INCONSTITUCIONAL

Antes da análise dos casos em testilha, é preciso tecer algumas (breves) considerações a respeito do conceito de Mutação constitucional e da conformação histórica deste conceito. Tal instituto é alvo de debates que remontam à tradição jurídica alemã do século XIX – mais precisamente a Escola Alemã de Direito Público. Naquele determinado momento histórico compreendia-se que as constituições eram passíveis de mudança por meios informais, sem que fosse alterado o seu texto. A doutrina refere que o uso pioneiro do termo remonta à obra do jurista alemão Paul Laband intitulada *Wandlungen der deutschen Reichsverfassung*,[2] escrita em 1895. Com efeito, Laband distingue entre a ocorrência de dois fenômenos distintos, quais sejam, *Verfassungsänderung* e *Verfassungswandlung*, que seriam, respectivamente, Reforma constitucional (processo formal de mudança) e Mutação constitucional (processo informal de mudança) (KUBLISCKAS, 2009, p. 70).

O alemão Georg Jellinek e o chinês Hsü Dau-Lin também empreenderam estudos importantes com o fito de sistematizar a mutabilidade do Direito. Jellineck delineou o conceito de *Verfassungsänderung* como uma modificação expressa e voluntária do texto, ao passo que a *Verfassungswandlung* seria o resultado de mudança involuntária de significado sem que ocorresse alteração do texto da norma. Em outras palavras:

> Por reforma de la Constitución entiendo la modificación de los textos constitucionales producida por acciones voluntarias e intencionadas. Y por mutación de la modificación que deja indemne su texto sin cambiarlo formalmente que se produce por hechos que no tienen que ir acompañados por la intención, o consciência, de tal mutación. No es menester advertir que la doctrina de las mutaciones es mucho más interesante que la de las reformas constitucionales. Sin

[2] Em tradução livre, "Mudanças na Constituição alemã".

> embargo, también éstas, a las que dedicaremos, seguidamente unas pocas líneas, nos ofrecen algunas manifestaciones notables (JELLINEK, 1991, p. 7).

Para Jellinek é a intencionalidade o traço distintivo entre Reforma e Mutação constitucional. Na mesma senda vai o estudo de Hsü Dau-Lin, que, em sua obra *Die Verfassungswandlung* (1932), também pensa a questão da Mutação constitucional através da dessemelhança entre as normas constitucionais e a *realidade* (KUBLISCKAS, 2009, p. 71). Recorrendo à singularidade normativa da Constituição, o jurista chinês definiu a Mutação constitucional como "una incongruencia entre la norma constitucional y la realidade constitucional" (DAU-LIN, 1998, p. 75), destacando o desenvolvimento da atividade política estatal e a exigência de vitalidade das normas constitucionais como seus fundamentos (CARVALHO, 2013, p. 9208).

Interlocutor de Jellinek, Pablo Verdú também aposta na intencionalidade como marcador da Mutação; leia-se:

> A nosso juízo, a Constituição é a autoconsciência de um povo do Estado e da sociedade em uma época de mudanças frequentes. Por isso a doutrina das mutações constitucionais é a reflexão - teórica e prática - de tais mudanças. Elas são produzidas quando a normatividade constitucional modifica-se pela realidade político-social que não afeta suas formas textuais, mas transforma o seu conteúdo. Neste sentido deve-se interpretar a afirmação de Jellinek que a doutrina das mutações constitucionais é muito mais interessante que a teoria das reformas constitucionais (VERDÚ, 1991, p. XVI-XVII).

A teoria de Jellinek, que considera o Direito como um fenômeno psicológico (i.e., interno ao homem) é, por certo, muitíssimo mais sofisticada do que se apôs acima. Para este artigo importa destacar a dimensão que a realidade e as relações reais de poder – conceitos herdados diretamente de Ferdinand Lassalle – têm e do impacto de ambas quando incidem na "vida real" (VERDÚ, 1991, p. XLIII).

No Direito brasileiro, pode-se apontar o empenho de alguma doutrina em entender tal fenômeno. Refere-se, nesta senda, a obra pioneira de Anna Cândida da Cunha Ferraz intitulada *Processos Informais de Mudança da Constituição: Mutações Constitucionais e Mutações Inconstitucionais*, publicada pela primeira vez em 1986. A autora empreendeu um esforço em, como o título sugere, elaborar uma tipologia de Mutações constitucionais e inconstitucionais (seguindo a classificação proposta por Biscaretti Di Ruffia); sobre os conceitos adotados, leia-se:

> 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 fixados pelas normas, enfim, as alterações inconstitucionais são designadas por *mutações inconstitucionais* (FERRAZ, 2015, p. 10).

Calcada em Georges Burdeau, Ferraz aduz que a Mutação constitucional não violará a letra e o espírito da Constituição. Nesse sentido, tais alterações seriam uma espécie

inorganizada do Poder Constituinte, o chamado Poder Constituinte Difuso, se manifestar (idem, ibidem, p. 11). Assim, a mudança coaduna-se com a Constituição – ainda que de modo difuso, inorganizado e implícito – e é uma decorrência lógica dela.

Ferraz ressalta a importância dos limites desta Mutação justamente por ela ser autorizada implicitamente. O poder de reformar a Constituição (reformar, emendar) tem autorização expressa para interferir no texto, ao passo que esta autorização "implícita" se restringe a permitir sejam precisados ou modificados sentidos/significados/alcances sem jamais vulnerar a letra constitucional.

Uadi Lamêgo Bulos, igualmente interlocutor de Burdeau, também se ocupou do tema e, em *Da reforma à mutação constitucional*, apontou a existência de um Poder Constituinte Difuso que, "por não ser registrado pelos mecanismos constitucionais, não é menos real", sendo "viável a denominação *meios difusos* para demarcar as *mutações* realizadas fora do exercício do instituído poder reformador" (BULOS, 1996, p. 28). Neste texto em específico, Bulos faz um grande apanhado da origem histórica do conceito e das diversas tipologias sugeridas pela doutrina; ele sintetiza, didaticamente, as Mutações constitucionais em quatro tipos:

> 1) as mutações constitucionais operadas em virtude da interpretação constitucional, nas suas diversas modalidades e métodos
> 2) as mutações decorrentes das práticas constitucionais
> 3) as mutações através da construção constitucional
> 4) as mutações constitucionais que contrariam a Constituição, é dizer, as mutações inconstitucionais (idem ibidem, p. 34)

Apesar de incluir na tipologia as Mutações inconstitucionais, Bulos alerta que elas nada têm em comum com as demais. Veja que elas violam a letra lei e desbordam o próprio controle de constitucionalidade. Sobre os limites da Mutação constitucional, Bulos se apóia em Konrad Hesse e afirma que a delimitação esbarra em um problema de magnitude extrajurídica e, por isso, haveria uma impossibilidade essencial em se estipular critérios exatos para o delineamento (idem, ibidem, p. 42). Nessa senda, afirma o que segue:

> Diante de tudo isso, as mudanças informais da Constituição não encontram limites em seu exercício. A única limitação que poderia existir - **mas de natureza subjetiva, e, até mesmo psicológica, seria a consciência do intérprete** de não extrapolar a forma plasmada na letra dos preceptivos supremos do Estado, através de interpretações deformadoras dos princípios fundamentais que embasam o Documento Maior (idem, ibidem, p. 43) (grifo acrescido).

Logo após este "apelo" à consciência do intérprete – afinal, há quem diga que o Direito é uma questão de subjetividade, de psicologia e, porque não, bom senso – Bulos protesta que, ao invés do que se espera destes intérpretes,

> o que se constata, cada vez mais, é a proliferação dos processos inconstitucionais de mutação do Texto Magno, ou porque o controle de constitucionalidade não se apresenta efetivo, “ou porque esse controle não logra atingir o universo de atos e

> práticas desenvolvidas no âmbito dos poderes constituídos, ou porque pela própria natureza do processo ele se subtrai, sem possibilidade de sanção, a qualquer controle de constitucionalidade, exercido por órgão ou poder constituído. O único tipo de controle que poderá incidir sobre tais mutações é o controle não organizado, isto é, acionado por grupos de pressão, pela opinião pública, pelos partidos políticos etc." (idem, ibidem, p. 43).

Há ainda outros trabalhos dignos de menção; entretanto, destacar-se-á somente mais um destes, a saber, o artigo intitulado *A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional*, de autoria de Lênio Streck, Marcelo Cattoni de Oliveira e Martonio Mont'Alverne Barreto Lima. Neste artigo, os autores – com o fito de tecer uma crítica aos votos da Reclamação 4335-5/2006-AC, que será alvo de debate logo adiante – empreendem uma apurada revisão a respeito do sistema atual de controle de constitucionalidade sob o pano de fundo da tradição brasileira do controle difuso, objetivando analisar o papel do Senado Federal.

De todo o narrado, merece destaque o exame que fazem da Mutação constitucional e dos limites da jurisdição. Para os autores, o conceito de Mutação adotado pelos juristas até então elencados – herdeiros, pois, do dualismo metodológico legalista-positivista – e que, em breves linhas, pode ser entendido como uma "solução para um suposto hiato entre texto constitucional e a realidade social, a exigir uma 'jurisprudência corretiva'", revela a incapacidade (do Positivismo) em "lidar construtivamente com a profundidade da sua própria crise paradigmática" (STRECK; OLIVEIRA; LIMA, 2008, p. 60).

Os limites da incidência da Mutação constitucional, quando não estabelecidos, transformam as Cortes Constitucionais em Poderes Constituintes permanentes (e ilegítimos), o que subverte a racionalidade do sistema constitucional (idem, ibidem, p. 65). Mas onde estariam estes limites? Para a Hermenêutica, eles estão na própria Constituição de forma explícita ou implícita. Isso significa que a Mutação guarda estrita observância ao programa normativo da Constituição, não podendo o intérprete, "a pretexto de harmonizar normas constitucionais com a realidade dos fatos, desvirtuar a própria essência daquelas", do que se conclui que, "à luz dessa visão majoritária, o texto constitucional fornece limites tanto à sua alteração formal quanto ao seu processo informal de modificação, ou seja, à mutação constitucional" (ALMEIDA, 2016, p. 163). Assim, tendo a Constituição como limite/horizonte interpretativo, passa-se de pronto à análise dos dois julgados.

4 O JULGAMENTO DA RECLAMAÇÃO 4335-5/2006-AC

Vistos estes primeiros elementos de teorização, empreender-se-á um esforço em analisar (neste e no próximo ponto) casos fáticos em que o STF entendeu, no julgamento, ser

caso de Mutação constitucional. A apreciação de tais casos dar-se-á de forma a conjugar as proposições de Koselleck (2006) a respeito da *Begriffsgeschichte* e da tese de Mutação inconstitucional de Lênio Streck, Marcelo Cattoni de Oliveira e Martonio Mont'Alverne Barreto Lima (2008). Os dois casos mais emblemáticos em que o STF afirmou tratar-se do fenômeno da Mutação constitucional são, conforme apontado na introdução deste artigo, a Reclamação 4335-5/2006-AC e, mais recentemente, HC 126.292/2016-SP.

O primeiro caso refere-se à possibilidade de Mutação constitucional por desuso de prerrogativas estatais. Cuida-se, pois, de Reclamação ajuizada no STF pela Defensoria Pública do Estado do Acre contra a decisão do Juiz de Direito da Vara de Execução Penal da Comarca de Rio Branco/AC que indeferiu pedido de progressão de regime em prol de réus que cumpriam penas de reclusão em regime integralmente fechado em decorrência da prática de crimes hediondos. A reclamação fundamentava-se no fato de estar sendo infringida decisão do STF – proferida no HC 82.959/SP (Rel. Min. Marco Aurélio, j. 23/02/2006, DJ 01/09/2006) – em que se afastou a vedação da progressão de regime aos condenados pela prática de crime hediondo ao considerar inconstitucional o art. 2º, §1º, Lei 8.072/1990 (Lei dos Crimes Hediondos). De acordo com o argumento sustentado pela Defensoria Pública, a denegação de progressão pelo Juiz iria de encontro à decisão do Pretório Excelso.[3] Este primeiro caso merece especial registro em razão de, até aquele momento, o STF somente ter adotado a hipótese de mudança decorrente de circunstâncias fáticas relevantes sobre as quais a norma produziria seus efeitos ou então quando prevaleceu uma nova compreensão jurídica dos intérpretes da Constituição sobre determinada disposição do direito ordinário, utilizando-se do mecanismo de interpretação consoante a Constituição, mas sem dar nova redação ao texto constitucional ou à lei ordinária (CARVALHO, 2013, p. 9214).

A celeuma girou em torno da ocorrência ou não de Mutação constitucional no dispositivo do art. 52, X, da Constituição Federal, *in verbis*, "Compete privativamente ao Senado Federal: X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal". A partir da provocação da Defensoria foi trazida à tona a celeuma acerca dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo, pois, até então, tinha-se que toda decisão que reconhecia

[3] De acordo com notícia extraída do sítio virtual do STF: "O STF reconheceu a possibilidade de progressão de regime nesses casos no julgamento do Habeas Corpus (HC) 82959, em fevereiro de 2006, por seis votos contra cinco, quando foi declarado inconstitucional o parágrafo 1º do artigo 2º da Lei 8.072/1990 (Lei de Crimes Hediondos), que proibia tal progressão. No caso específico da Reclamação 4335, no entanto, o juiz do Acre alegou que, para que a decisão do STF no habeas corpus tivesse efeito *erga omnes* (ou seja, alcançasse todos os cidadãos), seria necessário que o Senado Federal suspendesse a execução do dispositivo da Lei de Crimes Hediondos, conforme prevê o artigo 52, inciso X, da Constituição Federal, o que não ocorreu".

a inconstitucionalidade em sede de controle difuso tinha efeito inter partes até a intervenção do Poder legislativo – justamente o que preceitua o referido art. 52, X. Ou seja, cabe(ria) ao Senado dar efeitos gerais a decisão do Pretório Excelso. Ocorre que devido a "morosidade" do Legislativo,[4] tal mandamento constitucional não era observado, ensejando situações como a observada no pleito que deu azo a Reclamação 4335-5/2006-AC.

Havia duas teses, sendo que a que propugnava a ocorrência de Mutação constitucional foi defendida pelos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau. Ambos defenderam a modificação da competência do Senado para tão somente dar publicidade às decisões do STF que suspendiam a execução de lei declarada inconstitucional, baseando-se, para tanto, nas alterações do sistema de controle de constitucionalidade. Nesse sentido, afirma Mendes que:

> A exigência de que a eficácia geral da declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal fique a depender de uma decisão do Senado Federal, introduzida entre nós com a Constituição de 1934 e preservada na Constituição de 1988, perdeu grande parte do seu significado com a introdução do controle abstrato de normas. (STF, voto do Min. Rel. Gilmar Mendes, DJ 09/02/2007, p. 31/32)

De acordo com Ricardo Pereira, estudioso do tema da Mutação, tal corrente, que tem no próprio Gilmar Mendes seu grande defensor, tem como escopo "atribuir eficácia *erga omnes* às decisões de inconstitucionalidade proferidas em sede de controle incidental ou concreto, que já se revestiriam, desde a sua publicação, de eficácia geral e vinculante (teoria da nulidade da lei inconstitucional)" (PEREIRA, 2012, p. 175). Junto com Mendes votaram, além de Eros Grau, os Ministros Luís Roberto Barroso, Rosa Weber, Celso de Mello e o então Ministro Teori Zavascki. Consoante notícia veiculada no sítio institucional do STF após o julgamento (levado a efeito no dia 20 de março de 2014),

> Na sessão desta tarde, o julgamento foi concluído após voto-vista do ministro Teori Zavascki, cujo entendimento foi seguido pelos ministros Luís Roberto Barroso, Rosa Weber e Celso de Mello. Em seu voto, o ministro Teori salientou que, embora o artigo 52, inciso X, da Constituição estabeleça que o Senado deve suspender a execução de dispositivo legal ou da íntegra de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do STF, as decisões da Corte, ao longo dos anos, têm-se revestido de eficácia expansiva, mesmo quando tomadas em controvérsias de índole individual.
>
> O ministro também citou as importantes mudanças decorrentes da Reforma do Judiciário (EC 45/2004), a qual permitiu ao STF editar súmulas vinculantes e filtrar, por meio do instituto da repercussão geral, as controvérsias que deve julgar. “É inegável que, atualmente, a força expansiva das decisões do STF, mesmo quando tomadas em casos concretos, não decorre apenas e tão somente da resolução do Senado, nas hipóteses do artigo 52, inciso X, da Constituição”, afirmou. O

[4] Carvalho refere que o Ministro Gilmar Mendes adotava posicionamento doutrinário favorável a tese da Mutação constitucional em relação ao art. 52, X, mesmo antes de sua manifestação no STF. Com efeito, a tese do Ministro adotaria como "ponto de partida a inércia do Senado Federal na suspensão de execução de leis declaradas inconstitucionais para constatar a ocorrência de transformação do sentido da participação daquela casa legislativa, que teria agora apenas função de dar publicidade à decisão da Corte, através do Diário Oficial do Congresso Nacional" (CARVALHO, 2013, p. 9212).

> fenômeno, segundo o ministro, “está se universalizando por força de todo um conjunto normativo constitucional e infraconstitucional direcionado a conferir racionalidade e efetividade às decisões dos Tribunais Superiores e especialmente à Suprema Corte”.
> Para o ministro, contudo, é necessário dar interpretação restritiva às competências originárias do STF, pois o uso indistinto da reclamação poderia transformar o Tribunal em “verdadeira corte executiva”, levando à supressão de instâncias locais e atraindo competências próprias de instâncias ordinárias.

Os Ministros que votaram pelo reconhecimento da Reclamação, a seu modo, aplicaram a tese da possibilidade de ocorrência de Mutação constitucional calcados em uma (suposta) mudança de significação da norma em relação ao contexto. A tanto, compreenderam que a previsão cristalizada no art. 52, X, havia sido concebida em momento histórico que ignorava as inovações jurídicas ulteriores, notadamente aquelas que emprestam eficácia normativa a decisões de inconstitucionalidade em sede de controle difuso, e que, adicionada a "morosidade" do Legislativo em fazer cumprir seu papel constitucional, deveriam ceder espaço a um paradigma que privilegiasse a eficácia da Lei Maior.

Na contramão dessa corrente estavam os Ministros Sepúlveda Pertence e Joaquim Barbosa, que salvaguardaram a interpretação tradicional (e literal) do art. 52, X. O eixo argumentativo dos Ministros se divide em dois, quais sejam, 1) o advento do Controle Concentrado de Constitucionalidade não forçou o abandono do sistema difuso e, portanto, incabível a tese de indispensabilidade do Senado Federal e 2) não estão presentes dois requisitos fundamentais para a configuração da Mutação constitucional, a saber, o decurso do tempo e o desuso definitivo do dispositivo (PEREIRA, 2012, p. 176). Para esta segunda corrente – à qual nos filiamos – a redação do art. 52, X, somente poderá ser alterada mediante os procedimentos formais de modificação constitucional (*Verfassungsänderung*), sob pena de se incorrer na já referida Mutação inconstitucional de Streck, Catoni e Lima (2008).

Os três autores suprarreferidos debruçaram-se sobre o assunto em algumas oportunidades; o referenciado artigo *A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional* foi uma destas ocasiões. Escrito em 2008, portanto antes da votação final, mas já com os votos de Gilmar Mendes e Eros Grau, o texto traz um importante apanhado sobre o papel do Senado Federal.

Resgata-se, aqui, a importância da historicidade não só dos conceitos, mas das instituições e de suas funções, como leciona Koselleck. O Senado representa uma fortíssima expressão da Democracia – e sobre esse papel é possível dizer que há uma tradição (jurídica) que atesta a existência de um *minimal Bedeutungsgehalt* koselleckiano. Por esse motivo, não pode ser reduzido à mera "secretaria de divulgação intra-legislativa das decisões do Supremo

Tribunal Federal"; isso significa, na prática, "retirar do processo de controle difuso qualquer possibilidade de chancela dos representantes do povo deste referido processo" (STRECK, OLIVEIRA, LIMA, 2008, p. 50).

Tão ou ainda mais grave do que isso, o sistema de direitos e de garantias fundamentais também viu-se afetado pela decisão. É que a atribuição de efeito *erga omnes* e efeito vinculante às decisões do STF em sede de controle difuso de constitucionalidade significa, para os três autores, "ferir os princípios constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório (...) pois assim se pretende atingir aqueles que não tiveram garantido o seu direito constitucional de participação nos processos de tomada de decisão que os afetará" (idem, ibidem, p. 50-51). Em outras palavras, se o Constituinte Originário quisesse que uma decisão em sede de controle difuso tivesse *a mesma* eficácia que uma proferida em controle concentrado, por qual motivo haveria de ter criado sistemas *diferentes*? É evidente que, se o Legislador Constituinte Originário atribuiu tal função ao Senado, tal dispositivo não é inútil. Basta observar-se os efeitos de cada sistema – o controle concentrado, em regra, tem efeito *ex tunc*; o controle difuso, em regra, tem efeito inter partes (idem, ibidem, p. 51).

Concluem os autores que, por uma exigência de integridade no Direito – calcados em Dworkin – a norma que estabelece a remessa ao Senado não pode ser suspensa em decorrência de argumentos exteriores ao Direito. Assim, deixar de aplicar o art. 52, X, significa não somente abrir precedente de não-cumprimento de uma norma constitucional (o que só enfraquece a Lei Maior), como também suportar as consequências deste ato: "a integridade também supõe integridade da própria Constituição"; "a não aplicação de uma norma é uma forma de aplicação. Incorreta. Mas é" (idem, ibidem, p. 54) – finalizam.

Despiciendo, para os propósitos deste artigo, discorrer sobre a importância da adoção do bicameralismo em nosso sistema; cabe apenas destacar que o Senado tem um papel relevante para o equilíbrio federativo e para o fortalecimento da democracia – e que nem a história e nem a tradição associadas ao (conceito) de Senado Federal permitem concluir que uma competência privativa constitucional, esposada no inciso X, possa ser objeto de Mutação a transformar tal órgão em mero veiculador das decisões do Supremo, renunciando o seu poder de suspender a execução da lei declarada inconstitucional. À luz da Hermenêutica e da Justiça Social, é inviável acolher a tese da Mutação constitucional no caso em tela.

5 O JULGAMENTO DO HC 126.292/2016-SP

No atinente ao segundo caso, o julgamento do HC 126.292/2016-SP, uma apreciação apta a dar uma resposta (constitucionalmente) adequada e íntegra deve começar pela observação de que o núcleo essencial constitucional brasileiro repousa nos princípios,

garantias, direitos e deveres fundamentais. Tal núcleo jamais pode ser desvirtuado. Some-se a isso a inaplicabilidade da Teoria da Dupla Revisão, segundo a qual eventual alteração de cláusula pétrea viabilizaria, posteriormente, reforma de conteúdo por elas salvaguardado anteriormente – o que configuraria evidente fraude à autoridade do Poder Constituinte Originário (BERNARDES; FERREIRA, 2012, p. 125). Assim, somente o Poder Constituinte Originário é capaz de desfazer uma cláusula pétrea.

A caminhada da Presunção de Inocência definitivamente não começou ontem. Empreendendo uma *Begriffsgeschichte* koselleckiana, é possível observar que o conceito emerge em um contexto bastante específico da história, a saber, em meio às Revoluções liberais e a consequente edição de documentos – das quais se destacam a *Bill of Rights* (Carta de direitos do povo americano) e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Esse pequeno artigo prescinde dos debates alongados a respeito das perspectivas universalista ou particularista dos referidos escritos. De tudo, o que importa ressaltar é que, até o momento que antecede as revoluções, vigoravam o Direito Penal do inimigo e a presunção de culpa, fruto das bases do Direito Romano que se perpetuaram via Inquisição.

As ideias que passavam a viger como resultado da propagação do chamado Iluminismo alteraram profundamente o Direito. Liane Hüning Pazinato, tratando da superação do Estado Moderno e da emergência de um Estado de Direito, aponta que esse nasce como um meio de garantia de direitos fundamentais dos cidadãos (HÜNING PAZINATO, 2015, p. 151). A historiadora Lynn Hunt, percorrendo a conformação histórica dos dois documentos supracitados, ressalta o impacto sócio-político destes na vida dos cidadãos; aludindo ao caso francês, aduz a autora: "declarar os direitos também teve consequências fora da França. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão transformou a linguagem de todo mundo quase da noite para o dia" (HUNT, 2009, p. 134). Há de se apontar que a Presunção de Inocência e o Princípio da submissão à jurisdição foram adotados nos arts. 7 e 9 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, bem como no art. 8 da Constituição da Virgínia – outro importante documento fruto do referido momento revolucionário.

Luigi Ferrajoli leciona que a Presunção de Inocência deve ser compreendida em conjunto com o Princípio da submissão à jurisdição. Sobre esse, aduz o italiano que "se a jurisdição é a atividade necessária para obter a prova de que um sujeito cometeu um crime, (...) nenhum delito pode ser considerado cometido e nenhum sujeito pode ser reputado culpado nem submetido a pena" (FERRAJOLI, 2014, p. 505). Conclui, pois, que "o Princípio da submissão à jurisdição – exigindo, em sentido lato, que não haja culpa sem juízo, e, em sentido estrito, que não haja juízo sem que a acusação se sujeite à prova e à refutação –

postula a presunção de inocência do imputado até prova contrária decretada pela sentença definitiva de condenação" (idem, ibidem, p. 505). Calcado em Lucchini, Ferrajoli afirma que esta é a primeira garantia que o procedimento assegura àquele que é acusado: a de que "a culpa, e não a inocência, (que) deve ser demonstrada, e é a prova da culpa – ao invés da inocência, presumida desde o início – que forma o objeto do juízo (idem, ibidem, p. 506).

No Brasil e na Constituição vigente, o Princípio Constitucional da Presunção de Inocência está disposto no art. 5º, LVII, figurando no Título II da Lei Maior, denominado "Dos direitos e garantias fundamentais", mais especificamente no capítulo "Direitos e deveres individuais e coletivos". Consoante a doutrina pátria, a respeito da principiologia que guia a Constituição, é inadmissível que qualquer sorte de mudança – direta ou indireta – venha a mitigar um direito fundamental. Some-se a isso o fato de que as cláusulas pétreas também limitam a Mutação constitucional na medida em que as alterações que vão de encontro ao texto significam subversão ao sistema de estabilização constitucional (ALMEIDA, 2016, p. 166). Em hipótese do Poder Judiciário alterar o programa normativo de determinada norma constitucional sem mudança no texto e que resulte em retrocesso em matéria de direitos e garantias individuais, estar-se-á diante de Mutação inconstitucional, o que é vedado. Foi justamente o que ocorreu no julgamento do HC 126.292/2016-SP.

Em dezembro de 2015, a 2ª Turma do STF, por votação unânime, entendeu por remeter o julgamento do HC 126.292/2016-SP ao Plenário da Corte, por indicação do então Ministro Relator Teori Zavascki. *In casu*, o cidadão Márcio Rodrigues Dantas foi condenado à pena de 5 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática de roubo majorado, com direito de recorrer em liberdade. A defesa apelou para o Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP), que negou provimento ao recurso e determinou a expedição de mandado de prisão contra ele. No HC ao STF, a defesa alegou que o TJSP decretou a prisão sem qualquer motivação, o que constitui flagrante constrangimento ilegal, tendo em vista que o magistrado de primeira instância permitiu que o réu recorresse em liberdade. Na sessão plenária do dia 17 de fevereiro de 2016, o STF decidiu mudar sua jurisprudência e passar a permitir que, depois de decisões de segundo grau que confirmem condenações criminais, a pena de prisão já seja executada. Com isso, o Plenário volta à jurisprudência vigente até 2009 – data em que o Tribunal decidiu que a Constituição é literal ao dizer, no inciso LVII do art. 5º, que "ninguém

será considerado culpado ate o trânsito em julgado de sentença penal condenatória". A decisão se deu por maioria (sete votos a quatro) (RIBEIRO, 2016, p. 98-99).[5]

A redação do art. 5º, LVII, é escorreita. Isso significa, pois, que somente com uma sentença penal condenatória da qual não caiba mais nenhuma sorte de recurso poderá haver a mitigação da presunção de inocência. A consequência mais relevante disso é que o Estado não pode dar tratamento de condenado àquele que (ainda) é réu ou indiciado.

Lamentavelmente o STF empreendeu uma Mutação inconstitucional, mitigando o Princípio da presunção de inocência sob o argumento de que Recursos extraordinários e especiais não possuem efeito suspensivo, de forma que o manejo deles contra Acórdão condenatório não obstaria a sua execução. Ora, o art. 5º, LVII não deixa margem para outra interpretação que não a de que se é inocente até o trânsito em julgado. O aspecto temporal é claríssimo: repise-se, trânsito em julgado da sentença.

Há ainda um segundo argumento, encabeçado por Zavascki, de que "decisão, em grau de recurso, pelo tribunal *ad quem*, encerra a discussão a respeito de fatos e provas sobre o delito objeto de imputação, o que significa que eventuais recursos extraordinário ou especial somente terão cabimento para discussões de cunho estritamente jurídico e objetivo"; segundo Zavascki, "após o acórdão condenatório exaurir-se-ia a incidência da presunção constitucional de inocência", o que, mais uma vez, só evidencia "o desrespeito ao programa normativo da norma constitucional que determina a inocência presumida até o trânsito em julgado" (idem, ibidem, p. 171). Acontece que o art. 5º, LVII, em nenhum momento traz qualquer tipo de ressalva pertinente à validade da presunção de inocência "até a possibilidade de discussão de provas e fatos, o que autoriza a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, o que não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal". Compromete sim. A redação do artigo simplesmente não é essa e não é possível outra exegese de "trânsito em julgado".

Há, por conseguinte, gravíssima violação à cláusula pétrea (art. 60, §4º, CRFB) pois estampado o retrocesso em matéria de direitos e garantias fundamentais. Fere-se, com tal *decisium*, o núcleo essencial da Lei Maior, empreendimento este que nem o Poder Constituinte Derivado pode levar a cabo. Em texto intitulado *Fim da presunção de inocência pelo STF é nosso 7 a 1 jurídico*, de autoria de Aury Lopes Jr., o processualista enfrenta com

[5] Seguiram o voto de Teori Zavascki os Ministros Luiz Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Dias Toffoli, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes. Ficaram vencidos os ministros Rosa Weber, Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski.

propriedade cada um dos argumentos lançados a respeito da Mutação levada a efeito pelos Ministros. Por certo que se pode prender antes do trânsito em julgado da sentença: para isso existem as medidas cautelares e toda a sua principiologia. Incabível a cautelar? Se está-se diante de ausência de necessidade (*periculum libertatis*), a liberdade é *regra*, até que seja a culpa afirmada (LOPES JR., 2016).

Aury Lopes Jr. assevera que "é preciso compreender que os conceitos no processo penal tem fonte e história e não cabe que sejam manejados irrefletidamente (Geraldo Prado) ou distorcidos de forma autoritária e a ‘golpes de decisão’". Apoiado em Lênio Streck, aduz que "não pode o STF imaginar (...) que pode reinventar conceitos processuais assentados em — literalmente — séculos de estudo e discussão, bem como em milhares e milhares de páginas de doutrina" (LOPES JR., 2016, s/p). Nada diferente do que já foi dito pelo historiador Koselleck.

Ora, a Constituição Federal incumbiu o STF da sua salvaguarda; em momento algum lhe fez sua dona e muito menos lhe atribuiu o título de criador do Direito Processual Penal ou de suas categorias jurídicas. Conforme Lopes Jr., "há que se ter consciência disso, principalmente em tempos de decisionismo (sigo com Streck) e ampliação dos espaços impróprios da discricionariedade judicial" (LOPES JR., 2016, s/p); é que não é facultado ao STF " 'criar' um novo conceito de trânsito em julgado, numa postura solipsista e aspirando ser o marco zero de interpretação. Esse é um exemplo claro e inequívoco do que é dizer-qualquer-coisa-sobre-qualquer-coisa, de forma autoritária e antidemocrática" (LOPES JR., 2016, s/p).

Não há duvidas de que a proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais deriva da supremacia constitucional e do significado que eles assumem na própria estrutura constitucional dos países que possuem Constituição rígida. A definição *a priori* daquilo que é essencial para um povo pelo legislador ordinário carrega consigo um *minimal Bedeutungsgehalt* que não pode ser ignorado *a posteriori*. Nesse sentido, o Princípio da Presunção de Inocência é, sem dúvidas, uma das garantias constitucionais mais importantes na medida em que ela torna o acusado um sujeito de direitos dentro da relação processual. Novamente, o contexto de articulação da redação do artigo, pós regime militar, dá a tônica do conceito – o *Einmaligkeit* koselleckiano. Novamente, à luz da Hermenêutica e da Justiça Social, é inviável acolher a tese da Mutação constitucional no caso em tela.

6 CONCLUSÃO

O problema de pesquisa girou em torno de perscrutar a existência de uma verdade autêntica nos fundamentos das decisões dos Ministros do STF. De todo o exposto, concluiu-se

que uma leitura a partir do Direito e da Constituição Federal não admite a possibilidade de Mutação constitucional nos moldes em que foi levada a efeito nos dois casos analisados. Confirma-se, pois, a hipótese de que, em ambos os julgamentos, o STF forjou Mutações inconstitucionais, conforme preceituam Lênio Streck, Marcelo Cattoni de Oliveira e Martonio Mont'Alverne Barreto Lima (2008).

Para chegar a tal conclusão, valemo-nos de uma leitura histórica dos conceitos basilares dos veredictos. Sobre o primeiro julgado, concluiu-se que o Senado possui um papel relevante para o equilíbrio federativo e para o fortalecimento da democracia, de forma que não se pode admitir que ele abra mão de uma competência privativa (constitucional) para assumir a função de tão somente publicizar as decisões de inconstitucionalidade do STF, sem tomar parte na suspensão da execução da lei. Sobre o segundo julgado, concluiu-se que a Lei Maior não pode agasalhar nenhuma sorte de tese que atente contra direitos fundamentais. A presunção de inocência é uma conquista histórica e representa uma opção garantista do legislador ordinário em prol da tutela da imunidade dos inocentes – ainda que isso possa representar a impunidade de algum eventual culpado.

A promulgação da Constituição Brasileira é um marco de ruptura entre um regime ditatorial – em que toda a sorte de (gravíssimas) violações aos direitos humanos foram cometidas – e um regime democrático. Se permitirmos que o Poder Judiciário, em nome do fenômeno da Mutação constitucional, burle o sistema formal de alteração do texto, estaremos aquiescendo com um perigoso ativismo judicial. Não há dúvidas que um dos grandes obstáculos para a efetivação da Justiça Social consiste no enfraquecimento dos significados de conceitos relacionados às garantias constitucionais. A luta pelo Estado Democrático de Direito passará, necessariamente, pelo resgate de tais conceitos e pela proteção dos seus significados históricos.

REFERÊNCIAS:

BERNARDES, Juliano Taveira; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. **Direito Constitucional. Tomo I**. Salvador: Juspodivm, 2012.

BRASIL. Poder Judiciário. Supremo Tribunal Federal. **Pena pode ser cumprida após decisão da segunda instância, diz STF.** 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=310153>. Acesso em julho de 2017.

BRASIL. Poder Judiciário. Supremo Tribunal Federal. **Plenário conclui julgamento sobre decisão que impediu progressão de regime.** 2014. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=262988&caixaBusca=N>. Acesso em julho de 2017.

BULOS, Uadi Lamêgo. "Da reforma à mutação constitucional". **Revista de informação legislativa**. Brasília: Senado Federal/Coordenação de Edições Técnicas. v. 33, n. 129, p. 25-43, jan./mar. 1996.

CARVALHO, Alexandre Douglas Zaidan de. "A Hermenêutica Constitucional entre a estabilidade e a dinâmica: elementos para uma compreensão do conceito de mutação constitucional". **Revista do Instituto do Direito Brasileiro (RIDB)**. Lisboa/Portugal: IDB. n. 9, p. 9187-9220, 2013.

D'ASSUNÇÃO, José. "Koselleck, a história dos conceitos e as temporalidades". **Revista Iberoamericana de Filosofia, Política y Humanidades**. Sevilha/Espanha: Universidad de Sevilla. ano 18, n. 34, p. 41-53, jan./jun. 2016.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

FERRAZ, Anna Claudia da Cunha. **Processos informais de mudança da Constituição**. Osasco: EdiFIEO, 2015.

HÜNING PAZINATO, Liane Francisca. Considerações e funções do Estado Contemporâneo brasileiro. In: MIRANDA, Jorge (org.). **O direito constitucional e os desafios do século XXI**. Lisboa/Portugal: AAFDL, 2015, p.147-173.

HUNT, Lynn. **A invenção dos direitos humanos; uma história**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

JELLINECK, Georg. **Reforma y Mutación de la Constitución**. Madrid/Espanha: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

KOSELLECK, Reinhart. "Uma história dos conceitos: problemas teóricos e práticos". **Revista Estudos Históricos**. Rio de Janeiro: CPDOC/FGV. v. 5, n. 10, p.134-146, 1992.

KOSELLECK, Reinhart. **Futuro Passado:** contribuição à semântica dos tempos históricos. Contraponto: Rio de Janeiro, 2006.

KUBLISCKAS, Wellington Márcio. **Emendas e Mutações Constitucionais**. São Paulo: Atlas, 2009.

LOPES JR., Aury. **Fim da presunção de inocência pelo STF é nosso 7 a 1 jurídico**. 2016. Disponível em: < http://www.conjur.com.br/2016-mar-04/limite-penal-fim-presuncao-inocencia-stf-nosso-juridico>. Acesso em agosto de 2017.

MARQUARDT NETO, Roland Hamilton. "A metodologia da história em Reinhardt Koselleck: análise e aplicação à pesquisa jurídica". **Anais do CONPEDI 2015**. XXIV

Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara. Florianópolis: CONPEDI, 2015, p. 230-253.

OLIVEIRA, Orlando Sampaio de. "A Mutação (in)constitucional do art.5º, inciso LVII, a presunção de inocência e o salto triplo carpado hermenêutico do Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC 126.292/2016-SP". **Revista Brasileira de Teoria Constitucional**. Rio de Janeiro: FGV. v.2, n.2, p. 158-177, jul./dez. 2016.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. **Teoria da Mutação Constitucional**: limites e possibilidades das mudanças informais da constituição. [Tese]. São Paulo: Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), 2009.

PEREIRA, Luísa Rauter. "O debate entre Hans-Georg Gadamer e Reinhart Koselleck a respeito do conhecimento histórico: entre tradição e objetividade". **História da Historiografia**. Ouro Preto/MG: Sociedade Brasileira de História da Historiografia/Unirio/UFOP. n. 7, p. 245-265, nov./dez. 2011.

PEREIRA, Ricardo Diego Nunes. "Mutação Constitucional: Uma nova perspectiva do STF em sede de controle difuso". **Revista da ESMESE**, n. 17, p. 171-193, 2012.

RIBEIRO, Paulo Carvalho. **O princípio da presunção de inocência e sua conformidade constitucional**. [Dissertação]. Natal: Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN), 2016.

STRECK, Lênio Luiz; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. "A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional". **Argumenta: Revista do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica da FUNDINOPI/ Centro de Pesquisa e Pós-Graduação (CPEPG), Conselho de Pesquisa e Pós-Graduação (CONPESQ), Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro**. Jacarezinho/PR: FUNDINOPI/UENP. n. 7, p. 45-68, 2007.

VERDÚ, Pablo Lucas. Estudios Preliminares. In: JELLINECK, Georg. **Reforma y Mutación de la Constitución**. Madrid/Espanha: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.