

**XXVI ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI BRASÍLIA – DF**

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I

ENEÁ DE STUTZ E ALMEIDA

ILTON GARCIA DA COSTA

LIVIA GAIGHER BOSIO CAMPELLO

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 Napolini Sanches – UNINOVE

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

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

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

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

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

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

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

D597

Direitos e garantias fundamentais I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Eneá de Stutz e Almeida; Ilton Garcia Da Costa; Livia Gaigher Bosio Campello - Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-445-7

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

Tema: Desigualdade e Desenvolvimento: O papel do Direito nas Políticas Públicas

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais.
2. Cidadania.
3. Sociedade Plural.
4. Garantias. XXVI Encontro Nacional do CONPEDI (26. : 2017 : Brasília, DF).

CDU: 34



XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I

Apresentação

É com imensa satisfação que apresentamos aos leitores estes Anais compostos por artigos defendidos com extrema competência, após rigorosa seleção, no Grupo de Trabalho intitulado Direitos e Garantias Fundamentais I, durante o XXVI Encontro Nacional do CONPEDI, em Brasília.

Os trabalhos apresentados, de incontestável relevância para a pesquisa jurídica no Brasil, demonstram notável rigor técnico e uma grande capacidade de reflexão sobre questões atuais dos Direitos Fundamentais. A busca pela efetivação dos Direitos Fundamentais depende diretamente da concretização da noção de cidadania, possibilitando a participação integral do indivíduo na sociedade. Nesse sentido, os temas abordados nestes Anais revelam boas reflexões sobre os direitos fundamentais, enfrentando os atuais desafios e anseios da sociedade. Demonstram ainda uma visão atenta e questionadora sobre o momento atual do país, suas problemáticas e sutilezas, daí a importância do exercício da cidadania para a defesa de uma sociedade plural, tudo em perfeita consonância com os ditames da democracia.

Esperamos que a partir destes Anais novas pesquisas possam surgir e avançar em favor de um direito cada vez mais justo.

Desejamos a todas e a todos uma excelente leitura!

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa (UENP)

Prof^a. Dr^a. Livia Gaigher Bosio Campello (UFMS)

Prof^a. Dr^a. Eneá De Stutz E Almeida (UnB)

A MITIGAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA A LUZ DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

THE MITIGATION OF THE PRINCIPLE OF THE PRESUMPTION OF INNOCENCE THE LIGHT OF THE CONSTITUTIONAL MUTATION

**Diogo Lopes Cavalcante
Camila Milazotto Ricci**

Resumo

O presente trabalho tem por objetivo analisar, a luz da teoria acerca das mutações constitucionais, a inovação trazida pela recente decisão do Supremo Tribunal Federal acerca do princípio da presunção de inocência, possibilitando a prisão para cumprimento de pena de réus condenados em decisão colegiada ainda não transitada em julgado. Os defensores da decisão sustentam que a presunção da inocência resta mitigada com a decisão confirmatória da sentença condenatória em segundo grau, visto que os demais recursos não ensejam reexame de prova. Já os críticos sustentam que se trata mesmo do fim da presunção de inocência

Palavras-chave: Presunção de inocência, Mitigação, Trânsito em julgado, Mutação constitucional, Supremo tribunal federal

Abstract/Resumen/Résumé

The purpose of this paper is to analyze, in the light of the theory about constitutional changes, the innovation brought about by the recent decision of the Federal Supreme Court about the principle of presumption of innocence, of convicted defendants in a collegiate decision that has not yet become final and unappealable. The defenders defendant should be considered "guilty" with the decision of second degree, since the other resources do not provoke reexamination of evidence. Critics have argued that it is an end to the presumption of innocence

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: State of innocence, Mitigation, Related searches constitutional mutation, Federal court of justice

1. INTRODUÇÃO

O princípio da presunção de inocência é manifestado de forma implícita em nosso ordenamento jurídico. O texto constitucional não declara a inocência do acusado; contudo, não permite que se considere o réu culpado pelo fato imputado antes do advento do trânsito em julgado de uma sentença condenatória, nos termos do artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal de 1988.

Observando a importância do assunto em questão, uma vez que os princípios constitucionais devem ser norteadores da aplicação da lei penal e assumem relevo na concretização do Estado democrático de direito, passa-se a analisar a controvérsia em torno de uma eventual mitigação do princípio da presunção de inocência pelo Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Habeas Corpus (HC) n. 126.292/SP, em fevereiro de 2016.

Ora, nesta decisão recente, o STF, em busca de um processo mais célere, entendeu pela possibilidade de início da execução da pena condenatória após a confirmação da sentença em segundo grau, com a possibilidade de prisão do acusado, que permanecera solto até então. Tal decisão se embasa no fato de que a manutenção da sentença penal pela segunda instância encerra a análise de fatos e provas que assentaram a culpa do acusado, e que autorizaria a prisão do réu até então solto para o início da execução da pena.

O breve estudo tem, portanto, como objetivo principal analisar os argumentos favoráveis e contrários à mitigação do princípio da presunção de inocência na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal; notadamente, confrontar a celeridade processual e a diminuição da impunidade com a garantia constitucional em estudo.

Nesse processo, todavia, confronta-se o instituto da mutação constitucional, que prega reformas informais nas normas constitucionais a luz da evolução sociológica do país. Instituto que validaria a decisão do STF.

2. O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A MUDANÇA NO ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Princípio vem do latim *principium* e tem significado variado, podendo ser entendido como o “nascituro, início de algo”, ou seja, aquilo que vem antes. No contexto jurídico, princípios são normas, preceitos ou postulados que estabelecem que regulam o modo como uma sociedade deve se comportar, no âmbito das relações jurídicas, sendo um dos pontos

mais importante do sistema normativo, constituindo assim o primeiro fundamento de um Estado. Neste sentido, leciona Nunes:

Princípios são linhas mestras, os grandes nortes, as diretrizes magnas do sistema jurídico, apontam os rumos a serem seguidos por toda a sociedade e obrigatoriamente a perseguidos pelos órgãos do governo (poderes constituídos). (NUNES, 2002, p. 40).

Os princípios constitucionais são normas fundamentais que guardam os valores de ordem jurídica ou política, consistindo o sustentáculo de todo o arcabouço normativo, instituindo regras principais no sistema positivado. Clara está, portanto, a função do princípio constitucional como alicerce do sistema jurídico, e, portanto, deve ser norte para todo o processo de elaboração de leis (poder legislativo).

Há também duas outras e importantes funções: os princípios orientam o aplicador da lei, (poderes executivos e judiciário) e também servem como limite para a sua atuação. Ou seja, no mesmo passo em que funcionam como vetor de interpretação, os princípios limitam a vontade subjetiva do aplicador do direito. Tais princípios constitucionais estão contidos nos artigos 1º ao 4º da Constituição Federal.

O princípio do Estado de Inocência, também conhecido como Presunção de Inocência, ou Presunção da não culpabilidade, teve seu surgimento na *Magna Carta Libertatum*, de João-Sem-Terra (1215), e se consolida no período revolucionário francês, logo após a queda da Bastilha, com a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789, que fez questão de deixar registrado em seu art. 9º que assim dizia:

Art. 9.º Todo o acusado se presume inocente até ser declarado culpado e, se se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor não necessário à guarda de sua pessoa, deverá ser severamente reprimido pela lei.

Posteriormente a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 em seu artigo XI, 1, dispõe: “Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa”. A Convenção Americana Sobre os Direitos Humanos, conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, em seu artigo 8º, 2, diz: “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa.

O princípio da presunção da inocência (ou princípio da não culpabilidade, segundo parte da doutrina jurídica) é um direito universal do indivíduo, constituindo princípio jurídico de ordem constitucional, que estabelece o estado de inocência como regra em relação ao acusado da prática de infração penal. Estando previsto expressamente pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal.

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:
LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Por tais razões, podemos reafirmar que a presunção de inocência fortaleceu-se com o passar do tempo, passando a ser inserida no direito internacional e nacional como garantia indissociável da condição humana.

A respeito do instituto o Supremo Tribunal Federal por muitos anos manteve o mesmo entendimento. A execução provisória de pena privativa de liberdade era prevista na jurisprudência do STF, no julgamento do HC 68.726 (Rel. Min. Néri da Silveira), realizado em 28/6/1991, o Supremo Tribunal Federal assentara o entendimento que a presunção de inocência não impede a prisão decorrente de acórdão que, em apelação, confirmou a sentença penal condenatória recorrível, em acórdão assim ementado:

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

Por diversas oportunidades a Suprema Corte reafirmou que o princípio da presunção de inocência não inibia a execução provisória da pena imposta, ainda que pendente o julgamento de recurso especial ou extraordinário: HC 71.723, Rel. Min. Ilmar Galvão, Primeira Turma, DJ 16/6/1995; HC 79.814, Rel. Min. Nelson Jobim, Segunda Turma, DJ 13/10/2000; HC 80.174, Rel. Min. Maurício Corrêa, Segunda Turma, DJ 12/4/2002; RHC 84.846, Rel. Carlos Velloso, Segunda Turma, DJ 5/11/2004; RHC 85.024, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, DJ 10/12/2004; HC 91.675, Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJe de 7/12/2007; e HC 70.662, Rel. Min. Celso de Mello, Primeira Turma, DJ 4/11/1994.

Porém, no dia 5 de fevereiro de 2009, por sete votos a quatro o Supremos decidiu que um acusado só pode ser preso com o objetivo de cumprir sua pena depois de sentença condenatória transitada em julgado. Uma decisão que reafirmava o Princípio da Presunção de Inocência, previsto no art. 5º, LVII da Constituição da República.

Ao determinar que enquanto houver recurso pendente não poderá ocorrer execução provisória de sentença, atentando-se para o fato de que recursos especiais e extraordinários também têm efeito suspensivo, o STF defende a liberdade do acusado. Evidenciado conforme relatoria do Ministro-Relator do Supremo Tribunal Federal Eros Grau:

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

singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual Ordem concedida. (STF - HC: 84078 MG, Relator: Min. EROS GRAU, Data de Julgamento: 05/02/2009, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010)

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

Em fevereiro de 2016, todavia, ao negar liminar no Habeas Corpus (HC) 126292, por maioria de votos, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) entendeu que a possibilidade de início da execução da pena condenatória após a confirmação da sentença em segundo grau não ofende o princípio constitucional da presunção da inocência. Para o relator do caso, ministro Teori Zavascki, a manutenção da sentença penal pela segunda instância encerra a análise de fatos e provas que assentaram a culpa do condenado, o que autoriza o início da execução da pena.

Ementa: CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado.

(HC 126292, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100 DIVULG 16-05-2016 PUBLIC 17-05-2016)

Com isso, os ministros julgaram favoráveis à prisão após a segunda instância argumentaram que basta uma decisão colegiada (por um grupo de juízes, como ocorre nos TJs e TRFs) para aferir a culpa de alguém por determinado crime.

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

(...), a execução da pena na pendência de recursos de natureza extraordinária não compromete o núcleo essencial do pressuposto da não culpabilidade, na medida em que o acusado foi tratado como inocente no curso de todo o processo ordinário criminal, observados os direitos e as garantias a ele inerentes, bem como

respeitadas as regras probatórias e o modelo acusatório atual. Não é incompatível com a garantia constitucional autorizar, a partir daí, ainda que cabíveis ou pendentes de julgamento de recursos extraordinários, a produção dos efeitos próprios da responsabilização criminal reconhecida pelas instâncias ordinárias. (...) Nesse quadro, cumpre ao Poder Judiciário e, sobretudo, ao Supremo Tribunal Federal, garantir que o processo - único meio de efetivação do jus puniendi estatal -, resgate essa sua inafastável função institucional. A retomada da tradicional jurisprudência, de atribuir efeito apenas devolutivo aos recursos especial e extraordinário (como, aliás, está previsto em textos normativos) é, sob esse aspecto, mecanismo legítimo de harmonizar o princípio da presunção de inocência com o da efetividade da função jurisdicional do Estado. Não se mostra arbitrária, mas inteiramente justificável, a possibilidade de o julgador determinar o imediato início do cumprimento da pena, inclusive com restrição da liberdade do condenado, após firmada a responsabilidade criminal pelas instâncias ordinárias. (...) Sustenta-se, com razão, que podem ocorrer equívocos nos juízos condenatórios proferidos pelas instâncias ordinárias. Isso é inegável: equívocos ocorrem também nas instâncias extraordinárias. Todavia, para essas eventualidades, sempre haverá outros mecanismos aptos a inibir consequências danosas para o condenado, suspendendo, se necessário, a execução provisória da pena. Medidas cautelares de outorga de efeito suspensivo ao recurso extraordinário ou especial são instrumentos inteiramente adequados e eficazes para controlar situações de injustiças ou excessos em juízos condenatórios recorridos. Ou seja: havendo plausibilidade jurídica do recurso, poderá o tribunal superior atribuir-lhe efeito suspensivo, inibindo o cumprimento de pena. Mais ainda: a ação constitucional do habeas corpus igualmente compõe o conjunto de vias processuais com inegável aptidão para controlar eventuais atentados aos direitos fundamentais decorrentes da condenação do acusado. “Portanto, mesmo que exequível provisoriamente a sentença penal contra si proferida, o acusado não estará desamparado da tutela jurisdicional em casos de flagrante violação de direitos”. (<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI236516,71043+STF+e+a+ameac+a+ao+principio+da+presuncao+de+inocencia>>Acessado em 29 de julho de 2016)

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

Em regra, os recursos aos tribunais superiores (STJ e STF) não servem para contestar os fatos e provas já analisadas nas instâncias inferiores, mas somente para discutir uma controvérsia jurídica sobre o modo como os juízes e desembargadores decidiram. Neste diapasão o ministro Teori Zavascki também revela:

(...) até que seja prolatada a sentença penal, confirmada em segundo grau, deve-se presumir a inocência do réu”. Mas, após esse momento, exaure-se o princípio da não culpabilidade, até porque os recursos cabíveis da decisão de segundo grau, ao STJ ou STF, não se prestam a discutir fatos e provas, mas apenas matéria de direito. “Ressalvada a estreita via da revisão criminal, é no âmbito das instâncias ordinárias que se exaure a possibilidade de exame dos fatos e das provas, e, sob esse aspecto, a própria fixação da responsabilidade criminal do acusado”, (<http://s.conjur.com.br/dl/stf-decide-reu-presos-depois-decisao.pdf>>Acessado em 29 de setembro de 2016)

A ministra Rosa Weber e os ministros Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski, presidente da Corte (na ocasião), ficaram vencidos. Eles votaram pela manutenção da jurisprudência do Tribunal que exige o trânsito em julgado para cumprimento de pena e concluíram pela concessão do habeas corpus, pois a presunção de inocência, como

garantia fundamental (direito humano positivado na Constituição), corolário do Estado Democrático de Direito, não admite condescendência. O Supremo Tribunal Federal não pode fragmentar a Constituição, que é uma conquista do cidadão. Deve, pelo contrário, ser o seu guardião e não o seu dono, mantendo sua unidade e coerência. Sendo que Fernando Facury Scaff assim diz:

O grande risco de qualquer desses sistemas ocorre quando o guardião muda de posição e se compreende como dona da Constituição. Aqui reside o perigo. Aos guardiões é incumbida uma função, qual seja a de guardar algo em proveito de outrem. Isto é, o exercício de uma função. Os servidores públicos incumbidos de guardar a Constituição a devem guardar em proveito da sociedade que lhes atribuiu essa função pública, e não se tornarem dela. Ninguém deu aos guardiões a propriedade da Constituição, apenas sua guarda. (<http://www.conjur.com.br/2016-fev-23/contas-vista-primeiro-dever-fundamental-supremo-dizer-nao#author>> Acessado em 7 de setembro de 2016)

O fato é que praticamente todos os países ocidentais seguem o sistema do “duplo grau de jurisdição”. No entanto, a Constituição Federal brasileira adotou o sistema do “trânsito em julgado da decisão condenatória”, sendo que só existem essas duas formas de derrubar a presunção de inocência. Conforme leciona Gomes:

No primeiro sistema, a execução da pena exige dois julgamentos condenatórios feitos normalmente pelas instâncias ordinárias (1º e 2º graus). Nele há uma análise dupla dos fatos, das provas e do direito, leia-se, condenação imposta por uma instância e confirmada por outra. No segundo sistema, somente depois de esgotados todos os recursos (ordinários e extraordinários) é que a pena pode ser executada (salvo o caso de prisão preventiva, que ocorreria teoricamente em situações excepcionais). (GOMES, 2016)

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

A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, v.g.) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculo a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. [...] Em consequência desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstendo-se de frustrar – mediante supressão total ou parcial – os direitos sociais já concretizados. (ARE 639337 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, DJe-177 DIVULG 14-09-2011 PUBLIC 15-09-2011)

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

(...) o Supremo Tribunal Federal há de possuir a exata percepção de quão fundamentais são a proteção e a defesa da supremacia da Constituição para a vida do País, a de seu povo e a de suas instituições. A nossa Constituição estabelece, de

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

3. MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

A chamada *mutação constitucional* pode ser conceituada como os processos informais de alteração da constituição, sem que haja modificação em seu texto. *Mutação ou transição constitucional e um processo (...) que pode conviver com os mecanismos formais (emenda e revisão). Pela mutação constitucional, altera-se o sentido da norma constitucional, sem, contudo, mudar o texto.* (FACHIN, 2013, p. 65).

A ideia de mutação foi criada em contraposição à reforma, que é um processo de alteração formal da constituição, prevista no artigo 60 da Constituição de 1988:

A modificação da Constituição pode dar-se por via formal e por via informal. A via formal se manifesta por meio da reforma constitucional, procedimento previsto na própria Carta disciplinando o modo pelo qual se deve dar sua alteração. (...) Já a alteração por via informal se dá pela denominada mutação constitucional, mecanismo que permite a transformação do sentido e do alcance de normas da Constituição, sem que se opere, no entanto, qualquer modificação do seu texto. A mutação está associada à plasticidade de que são dotadas inúmeras normas constitucionais. (BARROSO, 2011, p. 146)

Trata-se de uma teoria mais moderna de alteração das constituições, que prega um maior dinamismo para a ordem constitucional posta, que foi eminentemente difundida no Brasil pelo professor e hoje ministro Gilmar Mendes que assim defende:

Ocorre que por vezes, em virtude de uma evolução na situação de fato sobre a qual incide a norma, ou ainda por força de uma nova visão jurídica que passa a predominar na sociedade, a Constituição muda, sem que as suas palavras hajam

sofrido modificação alguma [...] Como a norma não se confunde com o texto, repara – se, aí uma mudança da norma, mantido o texto. (MENDES, 2014, p.141).

Todavia, o conceito de mutação foi inserido no direito constitucional comportado por Paul Laband, em uma breve comparação que o mesmo fez com reforma constituição alemã. Posteriormente, George Jellinek, de forma mais ampla e avançada, apresentou o conceito de mutação constitucional na sua obra Reforma e Mutação Constitucional, publicada em 1906, além de ressaltar que por meio da mutação ocorre uma modificação na Constituição sem a introdução de uma alteração em seu texto, o autor ainda sustenta que a mutação constitucional se caracteriza por um fenômeno involuntário.

A mutação constitucional se trata, pois, de um resultado de um processo interpretativo realizado por parte do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre a Constituição; notadamente processo de interpretação sistemática. “Seria uma revisão informal da Constituição sem alteração do texto constitucional (...) para adaptar a Constituição às novas realidades, sem afrontar, entretanto, as possibilidades semânticas do relato da norma” (VARGAS, 2011, p.128).

Um processo em que se incorpora as transformações históricas da sociedade:

A análise interpretativa da Constituição não pode, por conseguinte, prescindir do critério evolutivo, mediante o qual se explicam as transformações ocorrentes no sistema, bem como as variações de sentido que tanto se aplicam ao texto normativo, como a realidade que lhe serve de base – a chamada realidade constitucional, cuja mudança é, não raro, lenta e imperceptível ao observador comum, Esse critério, como elemento hermenêutico de extrema relevância, está todo impregnado de historicidade, a qual se comunica ao método de interpretação, não tanto para colher a Constituição jurídica ou a norma na sua origem senão, em primeiro lugar, para acompanhar a conseqüente evolução ou desdobramento que no seio do sistema constitucional ocorre com a norma codificada na Constituição e com a realidade que lhe imprime eficácia, vida e conteúdo. (BONAVIDES, 2010, 138)

Entretanto, em uma visão mais completa, pode-se dizer que a mutação não está apenas centralizada na interpretação, na hermenêutica constitucional.

O caso clássico de mutação constitucional indicado pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes se trata da negativa de vigência do dispositivo que determina que o Senado promova a suspensão da execução de leis no caso de reconhecimento de inconstitucionalidade no controle difuso de constitucionalidade. Como as decisões do STF tanto no controle concentrado quanto no difuso atualmente têm efeitos *erga omnes*, esse papel do Senado tem que ser redefinido. O papel do Senado, a partir de agora, deveria ser apenas dar publicidade das decisões do STF, expedindo resolução. Assim, o texto não foi alterado, mas foi redesenhado informalmente. Gilmar Mendes assim escreve:

A única resposta plausível nos leva a acreditar que o instituto da suspensão pelo Senado assenta-se hoje em razão exclusivamente histórica. Observe-se que o

instituto da suspensão da execução da lei pelo Senado mostra-se inadequado para assegurar eficácia geral ou efeito vinculante as decisões do Supremo Tribunal que não declaram a inconstitucionalidade de lei, limitando-se a fixar a orientação constitucionalmente adequada ou correta. Isso se verifica quando o Supremo Tribunal afirma que dada disposição há de ser interpretada desta ou daquela forma, superando, assim, entendimento adotado pelos tribunais ordinário ou pela própria Administração. A decisão do Supremo Tribunal não tem efeito vinculante, valendo nos estritos limites da relação processual subjetiva. Como não se cuida de declaração de inconstitucionalidade de lei, não há cogitar aqui de qualquer intervenção do Senado, restando o tema aberto para inúmeras controvérsias. (MENDES, 2011, p. 1159)

Ressalta-se, entretanto, que o professor português JJ Gomes Canotilho aponta para o risco de excesso na aplicação da mutação constitucional. Para Canotilho, a mutação haveria que se dar somente dentro dos *limites possíveis do texto* para ser considerada legítima. Além disso, não poderia violar os princípios estruturantes da Constituição.

Ou seja, para além de uma análise jurídica, cabe o questionamento de que a releitura do artigo 5º sobre estado de inocência da Constituição se trata de mutação viável.

Ocorre que, por constituir a mutação um processo informal, que não está expresso no texto, mas sim na mudança de sentido dado à norma, poderão existir mutações que fujam aos limites impostos pela Constituição, violando seu texto e seu espírito, sendo manifestamente inconstitucionais. Anna Cândida da Cunha Ferraz (FERRAZ, 1986) refere-se a mudanças que não são manifestamente inconstitucionais, tais como a inércia e o desuso no plano constitucional e a mudança tácita da Constituição. Percebe-se, contudo, que essas situações não seriam propriamente mutações inconstitucionais, e nem mesmo inconstitucionalidade de normas constitucionais, mas sim cessação de vigência da norma e perda de sua eficácia.

Entretanto, o entendimento em contrário, de violação das normas constitucionais materiais pelo entendimento do Supremo Tribunal Federal, também é razoável. Caberia, para muitos, invocar a impossibilidade de redação de retrocesso de princípios constitucionais, da impossibilidade em se retroceder na aplicação do princípio do devido processo legal, como bem citado em outros casos práticos por Luis Roberto Barroso (BARROSO, 2009, p. 383).

De qualquer forma, observe que as mutações constitucionais nada mais são do que manifestações do poder constituinte, apelidada de poder constituinte difuso, que decorre dos fatores sociais, políticos e econômicos. Trata-se de do processo informal de modificação da Constituição, que modifica o significado e o sentido interpretativo da norma. “Enquanto o poder originário é a potência, que faz a Constituição, e o poder derivado, a competência, que a reformula, o poder difuso é a força invisível que a altera, mas sem mudar-lhe uma vírgula sequer” (BULOS, 2001, p.89).

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

A mutação, portanto, é tanto um problema de interpretação como uma relação de tensão existente entre o direito e a realidade constitucional, sendo o lapso temporal o principal responsável pelo acontecimento desse fenômeno:

A mutação constitucional consiste em uma alteração do significado de determinada norma da constituição, sem observância do mecanismo constitucionalmente previsto para as emendas e ,além disso, sem que tenha havido qualquer modificação de seu texto. Esse novo sentido ou alcance do mandamento constitucional pode decorrer de uma mudança na realidade fática ou de uma nova percepção do Direito, uma releitura de que deve ser considerado ético e justo. Para que seja legítima, a mutação precisa ter lastro democrático, isto é deve corresponder a uma demanda social efetiva por parte da coletividade, estando respaldada portanto, pela soberania popular. (BARROSO, 2010, p.148)

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

Eis o voto do Ministro Fachin no caso:

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

Situação que é criticada por Lenio Streck (2017) e chamada como situação de interpretação em desconformidade com a Constituição, em desconformidade com o artigo 5º incisos LVII e LXI da Constituição:

LVII — Ninguém será culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

LXI — Ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei.

4. DEBATE SOBRE A POSSIBILIDADE DE MITIGAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA - EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA E EFEITO SUSPENSIVO PARA RECURSOS EXCEPCIONAIS

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

Com relação à possibilidade de o réu iniciar o cumprimento de sua pena ainda antes do trânsito em julgado de sua sentença condenatória, tem-se que se trata de uma prática bastante comum e deve ocorrer em todas as varas de execução penal no país: se a sentença condenatória mantém a prisão preventiva do acusado ou a decreta, nos termos do artigo 387, § 1, do Código de Processo Penal (CPP), ainda que haja recurso, o que evita que a decisão condenatória transite em julgado, é possível ao acusado iniciar provisoriamente o cumprimento de sua pena, galgando, inclusive, benefícios como progressão de regime, livramento condicional.

O “cumprimento provisório da pena” se justifica quando há uma prisão preventiva mantida ou decretada pela sentença condenatória, em função da aplicação do instituto da detração penal, prevista no artigo 42 do Código Penal (CP), que estabelece que o tempo de prisão provisória deve ser computado ou subtraído do tempo da pena.

O réu que estiver preso preventivamente em sede de sentença condenatória, ainda que pendente recurso, está computando este tempo de cárcere no tempo de sua pena. Em outras palavras: está cumprindo sua pena, ainda que não se possa dar este caráter à privação de liberdade que está sofrendo, em obediência ao princípio constitucional da presunção da inocência, afinal, não há pena sem culpa (*nula poena sine culpa*).

Neste caso, se o princípio constitucional da presunção de inocência obstasse à execução provisória de pena, se estaria negando efetividade ao instituto da detração penal, e obrigando-se o acusado a se manter preso preventivamente, indefinidamente, sem poder galgar liberdade por meio dos benefícios da execução penal. Parece óbvio que seria uma contradição insuportável: princípio constitucional, *pro reo*, que traz obstáculo ao direito de liberdade.

Tão corriqueira é a execução provisória da pena, sem ofensa à presunção constitucional de inocência, aliás, que em 2010, o Conselho Nacional de Justiça editou a

Resolução n. 113, de 20/04/2010, que trata da expedição da “guia de recolhimento provisório”, nos termos do seu artigo 8º, que se transcreve abaixo:

Art. 8º Tratando-se de réu preso por sentença condenatória recorrível, será expedida guia de recolhimento provisória da pena privativa de liberdade, ainda que pendente recurso sem efeito suspensivo, devendo, nesse caso, o juízo da execução definir o agendamento dos benefícios cabíveis.

Percebe-se que a Resolução deixa claro que a guia de recolhimento provisória é destinada a réus presos por sentença condenatória, nos termos do artigo 387, § 1º, do CPP, como já dito anteriormente.

Entretanto, a decisão do STF no HC 126.292 se deu para um acusado que estava solto enquanto manejava recurso de apelação, e aqui, sim, o Pretório Excelso tratou da execução provisória da pena para uma situação que não é a corriqueira nas varas de execução penal: o réu deve ser preso para iniciar o cumprimento de sua pena, não há prisão cautelar (prisão preventiva) anterior.

Neste caso, o decreto prisional do réu se daria “meramente” pela confirmação da sentença condenatória em segunda instância, não havendo necessidade de indicar cautelaridade. Trata-se de uma prisão no limiar entre a prisão cautelar e a prisão-pena, já que esta última só pode se dar após o trânsito em julgado de uma decisão condenatória, nos termos do artigo 5, inciso LVII, da CF/88.

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

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

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.

Parece fácil concluir que a decisão do STF aqui em discussão inaugurou mais uma modalidade de prisão para além das hipóteses previstas na lei processual penal, pois, de fato o

decreto prisional do paciente no HC 126.292 se limita a bradar “expeça-se mandado de prisão” no acórdão que confirma a sentença condenatória.

Em razão do impacto que o acórdão do STF pode vir a ter no artigo 283 do CPP, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e o Partido Ecológico Nacional (PEN) impetraram Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC 44 e ADC 43, respectivamente), com o objetivo de obter do STF declaração de que o sobredito artigo é constitucional. A ação impetrada pela OAB (ADC 44) se refere diretamente ao julgamento do HC 126.292, aliás. Referidas ações ainda aguardam julgamento.

Há outra questão a ser abordada: com a não concessão de efeito suspensivo aos recursos especial, de competência do Superior Tribunal de Justiça, e recurso extraordinário, de competência do Supremo Tribunal Federal, pretende-se dar efetividade à função jurisdicional, suspendendo, assim, o estado de inocência, o que determinou, no caso concreto, a prisão do paciente.

Antes de promover a discussão sobre o efeito suspensivo e os impactos disso na liberdade do réu, é interessante notar que o Ministro Teori Zavaski, em sua decisão, vinculou a efetividade da função jurisdicional à prisão do acusado ainda antes do trânsito em julgado, reproduzindo uma política de aprisionamento como resposta adequada à impunidade, a despeito, talvez até mesmo, de princípios constitucionais.

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

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

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

Ada Pellegrini Grinover *et all* já lecionava sobre os recursos extraordinário e especial, afirmando que “a conseqüência mais elementar dessas observações está no impedimento da

utilização dessas impugnações para reexame de questões de fato, cujo deslinde esteja limitado à avaliação de provas” (2008, p. 281).

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

Apesar da regra processual penal acima descrita, é relevante destacar que o novo Código de Processo Civil, vigente a partir de março de 2016, após a não concessão da liminar, mas, anterior ao julgamento de mérito do HC 126.292, permite o efeito suspensivo nestes recursos excepcionais, quando houver prova de que a execução provisória da decisão vier a causar dano irreparável ao recorrente, em seu § 5º, do artigo 1.029.

Esta norma do direito processual civil não poderia ser integrada à lei processual penal, em razão de ser mais nova, e, portanto, ao menos por hipótese, guardar maior sintonia com a vontade popular com a lógica racional processual, e por ser francamente mais benéfica? A integração é permitida pelo artigo 3º do Código de Processo Penal e ocorre com frequência, em diversas matérias, em relação ao Código de Processo Civil. Se isso ocorrer, este fundamento para a prisão por sentença condenatória confirmada em segunda instância cai por terra

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Supremo Tribunal Federal ao julgar o HC 126292 fixou um novo parâmetro a partir do qual o réu deixaria de ter reconhecida a sua presunção de inocência, razão pela qual alguns doutrinadores referem que a decisão do Supremo Tribunal Federal “relativizou” o princípio da presunção da inocência.

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

Defender que essa medida encontra fundamento na chamada mutação constitucional, da mesma forma, não parece a posição mais acertada considerando que as

mudanças da realidade social no país não demonstram uma quebra da citada cláusula pétrea. Não existe possibilidade de se defender que o combate à impunidade e à imoralidade administrativa, intensificado nos últimos anos, tenha propiciado uma inovação constitucional. Parece, em verdade, campo para mais um casuísmo processual penal, que pode vir a ser revisto com o término de casos importantes como o da operação lava-jato.

Ademais, a decisão ora estudada, além de ofender importante garantia constitucional (art. 5º, inciso LVII, da CF/88), não se sustenta no arcabouço da legislação infraconstitucional, sobretudo após a vigência do novo Código de Processo Civil, que prevê a possibilidade de efeito suspensivo para os recursos constitucionais (recurso extraordinário e especial); e ainda inova ao “criar” uma espécie de prisão que não está prevista no artigo 283 do Código de Processo Penal, uma vez que não tem a cautelaridade como fundamento, tampouco o trânsito em julgado de decisão condenatória.

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

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- _____. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BONAVIDES, Paulo. **A Constituição aberta**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- BRITO, Edvaldo. **Limites da Revisão Constitucional**. São Paulo: Sergio Fabris, 1993.
- _____. **Curso de direito constitucional**. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- DAU-LIN, Hsü. **Mutación de la Constitución**. Trad: Pablo Lucas Verdú e Christian Förster. Instituto Vasco de Administración Pública, 1998.
- FACHIN, Zulmar. **Curso de direito constitucional**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos Informais de Mudança da Constituição: Mutações Constitucionais e Mutações Inconstitucionais**. São Paulo: Max Limonad, 1986.

FERREIRA MENDES, Gilmar; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de direito constitucional**. 9ª Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Presunção de Inocência e prisão cautelar**. São Paulo: Saraiva, 2009.

GOMES, Luiz Flávio. Execução provisória da pena. **STF viola Corte Interamericana**. Disponível em: <http://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/307339417/execucao-provisoria-da-pena-stf-viola-corte-internacional>. Acessado em 23 de agosto de 2016.

GRINOVER, Ada Pellegrini et all. **Recursos no Processo Penal**. 5 ed., rev., atual., amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

KUBLISCKAS, Wellington Márcio. **Emendas e Mutações Constitucionais: análise dos mecanismos de alteração formal e informal da Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Atlas, 2009.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 17. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal**. 4ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 187-188.

MENDES, Gilmar Ferreira, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9 Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. São Paulo: Atlas, 1997.

_____. **Direito constitucional**. 11ª Ed. São Paulo: Atlas, 2002.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana: Doutrina e Jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2002.

PIMENTA BUENO, Jose Antonio. **Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império**: Ministério da Justiça e Negócios Interiores—Serviço de documentação, 1958.

SANNINI NETO, Francisco. **Inquérito Policial e Prisões Provisórias**. São Paulo: Ideias e Letras, 2014.

SILVA, Jose Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. **Curso de direito constitucional positivo**. 33ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

STRECK, Lenio. **Presunção de inocência e interpretação conforme a Constituição**. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2016-out-07/streck-stf-presuncao-inocencia-interpretacao-conforme>. Acessado em 15/03/2017.

VARGAS, Denise. **Manual de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.