



## A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA - ANÁLISE PRÉVIA

*Paulo Lopo Saraiva<sup>1</sup>*

A Constituição Federal de 1988 consagrou, em seu artigo 5º, LVII, a impossibilidade da culpa, em sentença penal, até o trânsito em julgado da decisão condenatória:

*Claris verbis:*

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;

Esta garantia tem sido contestada, em várias frentes.

Em primeiro lugar, nos 10 pontos apresentados pelos Procuradores da República, da “Operação Lava Jato”, tenta-se alterar esse dispositivo constitucional permitindo-se a prisão, após o julgamento de 2ª Instância, ou seja, por Órgão Colegiado.

Em posição contrária, posta-se a OAB e o Ministro do STF, Marco Aurélio.

No seu voto já apresentado para o deslinde da ADC 43 MC/DF, concluiu o Magistrado:

Dados apresentados pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo apontam que, em fevereiro de 2015, 54% dos recursos especiais interpostos pelo Órgão foram ao menos parcialmente providos pelo Superior. Em março seguinte, a taxa de êxito alcançou 65%. Os mesmos índices são verificados no tocante ao habeas corpus, na razão de 48% em 2015 e de 49% até abril de 2016. Para além da argumentação metajurídica – usualmente retórica –, esses dados demonstram o espaço de atuação reservado ao Superior Tribunal como intérprete definitivo da legislação federal. Percebam a função desempenhada no Direito Penal, considerado o papel institucional a ele conferido pela Carta Federal. Não há como aproximá-lo daquele hoje atribuído ao Supremo. É responsável pela unidade do Direito Penal, e de outros ramos, no território nacional. O papel é, acima de tudo, uniformizador, a fim de que, ante os mesmos fatos, a mesma

<sup>1</sup> Advogado. Pós-Doutor em Direito Constitucional. Conselheiro da Comissão de Anistia do Ministério da Justiça

norma jurídica, não prevaleçam decisões conflitantes dos 27 Tribunais de Justiça e dos 5 Regionais Federais.

O julgamento dessa ADC está previsto para o próximo dia 5 de outubro, pelo Pleno do STF.

Em decisão Plenária, de 17.2.2016, o STF acatou o voto do Relator, Ministro Teori Zavascki e, por maioria assentou que, após o julgado, da 2ª Instância, o réu pode ser preso.

Na decisão, o citado Ministro afirmou:

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.

De outro bordo, o Ministro Luiz Alberto Gurgel, do STJ, concorda com o *decisum* do STF.

Assim falara: “Essa decisão do STF de que após a segunda instância a pessoa possa cumprir a pena é importante.” (Revista Bzzz, ano 3, n. 38, agosto 2016, pág. 50).

Neste episódio, pioneiro e divergente, suscito a análise do instituto da “Mutação Constitucional”, como forma de aplica o ao caso em foco.

Evoco a opinião do Ministro Gilmar Mendes, em artigo publicado na Revista de Informa o Legislativa n  162, sob o título “O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de muta o constitucional.”

O citado Ministro citou como exemplo de Muta o Constitucional, o artigo 52, X da Constitui o Federal,

*Claris verbis:*

Art. 52 – Compete privativamente ao Senado Federal:

X - suspender a execu o, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;

Preleciona o Ministro:

  possível, sem qualquer exagero, falar-se aqui de uma autêntica muta o constitucional em razão da completa reformula o do sistema jurídico e, por conseguinte, da nova compreensão que se conferiu   regra do art. 52, X, da Constitui o de 1988. Valendo-nos dos subsídios da doutrina constitucional a propósito da muta o constitucional, poder-se-ia cogitar aqui de uma autêntica *reforma da Constitui o sem expressa*

*modificação do texto* (FERRAZ, 1986, p. 64 et HSÜ, 1998, p. 68 et seq.).

Em verdade, a aplicação que o Supremo Tribunal Federal vem conferindo ao disposto no art. 52, X, CF, indica que o referido instituto mereceu uma significativa reinterpretação a partir da Constituição de 1988.

O tema “Mutação Constitucional” foi objeto de um texto científico, elaborado por Uadi Lammêgo Bulos, publicado em 1997, pela Editora Saraiva.

Nesta importante pesquisa, afirma o referido autor: “O fen meno, mediante o qual os textos constitucionais são modificados sem revisões ou emendas, denomina-se *muta o constitucional*”.

Abre-se, assim, um portentoso espaço de investiga o sobre esta tormentosa matéria, culminando com a possibilidade hermenêutica de aplica o – por analogia do instituto da presun o de inocência.

Vamos aguardar o desfecho no STF, mas podemos e devemos discutir essa temática, na Academia.