



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

O CONTEXTO PÓS-DITADURA E A NECESSÁRIA REINTERPRETAÇÃO DA
CONSTITUIÇÃO DESEMPENHADA PELO STF

Pedro Aizenberg de Souza

Rio de Janeiro
2017

PEDRO AIZENBERG DE SOUZA

O CONTEXTO PÓS-DITADURA E A NECESSÁRIA REINTERPRETAÇÃO DA
CONSTITUIÇÃO DESEMPENHADA PELO STF

Artigo científico apresentado como exigência de
conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu*
da Escola da Magistratura do Estado do Rio de
Janeiro. Professores Orientadores:

Mônica C. F. Areal

Néli L. C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2017

O CONTEXTO PÓS-DITADURA E A NECESSÁRIA REINTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO DESEMPENHADA PELO STF

Pedro Aizenberg de Souza

Graduado pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro. Advogado.

Resumo – O período dos governos militares afetou sobremaneira a vigente Constituição. Dentre outras influências, pode-se citar a preocupação latente do constituinte com a manutenção da Democracia e com as garantias individuais. Contudo, mudanças fáticas frequentemente impõe que o STF revise sua jurisprudência ora pacífica e nela promova alterações, de modo a readequá-la à realidade posta. Este estudo enfoca o fenômeno da mutação constitucional pela via da interpretação, analisando diferentes contextos e linhas jurisprudenciais. Nesse diapasão, a imunidade material do Parlamentar, bem como o princípio da não culpabilidade, sofreram significativas alterações recentemente. Ao longo deste estudo, abordar-se-á cada uma delas de modo a demonstrar que a (re)interpretação constitucional é desejável na medida em que a Constituição não deve ser somente uma folha de papel.

Palavras-chave – Direito Constitucional. Hermenêutica Constitucional. Mutações Constitucionais.

Sumário – Introdução. 1. A ditadura militar e suas influências na Constituição Federal de 1988: manutenção da democracia em primeiro lugar e mutação constitucional. 2. A Imunidade Material do Parlamentar: Virada Jurisprudencial? 3. Novos rumos para o instituto da presunção de inocência em um contexto de maior maturidade democrática. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute como a Constituição Cidadã foi influenciada pelo contexto da pós-ditadura e como o atual contexto de maior maturidade democrática impõe ao Supremo Tribunal Federal a modificar seu entendimento de certos dispositivos constitucionais (fenômeno da Mutações Constitucionais).

Durante 21 anos, o Brasil teve uma série de presidentes militares que impuseram ao país um governo totalitário, durante o período histórico que comumente é chamado de “ditadura militar” (1964-1985). Os historiadores apontam como símbolo máximo desse período de repressão a edição do Ato Institucional nº 5, em 1968 (“o ano que não terminou”), que, dentre outras coisas, permitia ao Presidente da República intervir sobremaneira no Poder Legislativo, bem como suspendia a garantia do Habeas Corpus, importante remédio jurídico contra as prisões arbitrárias.

A Constituição Cidadã, promulgada em 1988 nesse contexto de pós-ditadura, teve a missão de restabelecer a ordem democrática, assim como criar mecanismos e instituições fortes e suficientes para impedir que novamente as liberdades (sociais e individuais) e o equilíbrio entre os Poderes fossem esmagados pelos caprichos de um ou outro governante. E assim foi feito.

Hoje, vinte e nove anos depois, com a mudança do contexto fático para um ambiente de maiores liberdades fundado na CRFB, alguns desses mecanismos vêm sendo alvo de novas interpretações por parte do Supremo Tribunal Federal por meio de processos informais de mudança constitucional.

O trabalho enfoca essa mudança de contexto existente entre o momento em que a Assembleia Nacional Constituinte reuniu-se dando voz ao Poder Constituinte Originário na elaboração da presente Constituição e a atualidade, com o fim de demonstrar a necessidade de um contínuo esforço interpretativo do texto magno.

Objetiva-se discutir a importância do fenômeno da mutação constitucional como processo informal de mudança e a necessidade de um contínuo esforço interpretativo do texto magno, para se garantir a efetividade das regras, princípios e objetivos constitucionais. Busca-se constatar que a interpretação literal de certos dispositivos estava justificando desigualdades incompatíveis com a República e com o próprio escopo constitucional.

Para tanto, inicia-se o primeiro capítulo traçando-se as bases teóricas atinentes ao fenômeno da mutação constitucional. Em seguida, pondera-se como o contexto da pós-ditadura influenciou a elaboração das regras constitucionais. O objetivo é tratar das influências da ditadura na Constituição, com enfoque nos mecanismos de funcionamento da Democracia e nos mecanismos de proteção da liberdade.

No segundo capítulo, aborda-se o instituto da imunidade material do parlamentar, como instrumento de funcionamento da Democracia, e como parlamentares se valeram dele para acobertar possíveis crimes e justificar “privilégios odiosos”. Para tanto, o pano de fundo será a possível virada jurisprudencial no bojo do Inquérito nº 3.932 e da Petição nº 5.243.

Por fim, no terceiro capítulo, a análise passa ao princípio da não culpabilidade, como mecanismo de proteção da liberdade, e sua deturpação para justificar diferenças pouco republicanas. Com isso, analisa-se a mutação constitucional verificada pelo STF no sentido de permitir a “execução provisória da pena” a partir da segunda instância, virada jurisprudencial consolidada no HC nº 126.292/SP.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que o pesquisador elegeu um conjunto de proposições hipotéticas (premissas) as quais acredita serem viáveis e adequadas para analisar o objeto da pesquisa, com o fito de comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é necessariamente qualitativa, porquanto o pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco – legislação, doutrina e jurisprudência – para sustentar a sua tese e analisar as recentes decisões da Corte Constitucional.

1. A DITADURA MILITAR E SUAS INFLUÊNCIAS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: MANUTENÇÃO DA DEMOCRACIA EM PRIMEIRO LUGAR E MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

Em que pese a necessária estabilidade de uma Constituição de modo a transportar esse equilíbrio para todo o ordenamento jurídico, é necessário o reconhecimento de que esse diploma normativo não é imutável. Do contrário, dada a dinamicidade fática, estar-se-ia condenando a constituição escrita a um esperado afastamento da realidade, tornando-se, como na conhecida crítica de Ferdinand Lassale, mera folha de papel¹. É que hoje se reconhece que o “Direito não existe abstratamente, fora da realidade sobre a qual incide”².

Assim, o próprio texto magno cria mecanismos para sua alteração de modo a adaptar-se a novas realidades, no que se denomina *reforma constitucional* (v.g. art. 60, CRFB). A modificação constitucional, contudo, não fica adstrita às vias formais de mudança. Como explica o Ministro Barroso: “a alteração por via informal se dá pela denominada *mudança 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”³. Percebe-se que a norma não se confunde com o texto que a veicula⁴.

¹ LASSALE apud PADILHA, Rodrigo. *Direito Constitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014, p. 27.

² BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a constituição do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 127.

³ *Ibidem*, p. 124.

⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. rev., atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 306.

Dos processos que podem provocar a mutação constitucional, a mais frequente é a *interpretação constitucional*, aqui entendida como ato de extrair o significado e o alcance das normas constitucionais. Ocorrerá a mutação constitucional pela via da interpretação quando acontecer “uma mudança de sentido da norma, em contraste com entendimento preexistente”⁵.

Em verdade, todos os três Poderes interpretam a constituição, sendo o Judiciário o responsável por descompatibilizar eventuais controvérsias. Nesse sentido, por óbvio, o Supremo Tribunal Federal tem papel central na delimitação desse fenômeno, sendo ele o guardião da Constituição (art. 102, *caput*, CRFB) e tendo a missão de dar a última palavra acerca da congruência entre normas (e suas interpretações) e a Constituição.

A professora Dra. Anna Candida Ferraz, uma das autoridades brasileiras no assunto, acrescenta que o fenômeno da mutação constitucional ocorre de forma gradual, de modo que, via de regra, só é percebida quando do cotejo dos diferentes entendimentos sobre uma mesma norma em épocas ou circunstâncias distintas⁶. A passagem do tempo e a mudança de contexto com as transformações históricas, políticas e sociais são elementos determinantes no fenômeno da mutação constitucional, que “tem o seu ambiente natural na fronteira em que o Direito interage com a realidade”⁷.

Assim, na mutação pela via da interpretação constitucional, quando o STF, por exemplo, muda o seu entendimento acerca do alcance ou do sentido de um determinado dispositivo está a reconhecer um novo contexto fático ou uma nova percepção do direito que passa a predominar na sociedade, afetando aquela norma⁸. É que muitas normas constitucionais são dotadas de “plasticidade”, isto é, o intérprete, inserido em um certo contexto social, tem a capacidade de moldá-las por sua interpretação.

Nesse sentido, uma das diferenças traçadas pelo Ministro Barroso⁹ entre as normas constitucionais e as normas gerais é a natureza aberta da linguagem:

O texto constitucional se utiliza, com abundância maior do que outros documentos legislativos, de cláusulas gerais, que são categorias normativas pelas quais se transfere para o intérprete, com especial intensidade, parte do papel de criação do Direito, à luz do problema a ser resolvido. De fato, caberá a ele, tendo em conta os elementos do caso concreto, fazer valorações específicas e densificar conceitos indeterminados [...]. A

⁵ BARROSO, op. cit., p. 131.

⁶ FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais* [e-book]. 2. ed. Osasco: Edifício, 2015, p. 9.

⁷ BARROSO, op. cit., p. 127.

⁸ MENDES, op. cit., p. 306; BARROSO, op. cit., p. 126-127.

⁹ BARROSO, op. cit., p. 199.

abertura da linguagem constitucional possibilita a atualização de sentido da Constituição, pela incorporação de novos valores e de novas circunstâncias, permitindo uma interpretação vivificadora e evolutiva.

Como o fator tempo e o contexto histórico e social são fundamentais para a verificação das mutações constitucionais, faz-se necessárias breves considerações a respeito do contexto histórico em que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 foi elaborada para se aferir os motivos pelos quais o STF vem mudando seu entendimento acerca do sentido e do alcance da imunidade parlamentar sobre suas palavras e opiniões, bem como acerca do princípio da não culpabilidade.

O período do pós-guerra ficou marcado na história global pela tensão existente entre as duas novas superpotências surgidas com a Segunda Guerra Mundial e suas respectivas ideologias, dando origem ao que se chamou de Guerra Fria (1945-1990). Nesse contexto, durante as décadas de 1960 e 1970, a América Latina observou a ascensão de numerosas ditaduras civil-militares.

No caso brasileiro, a Revolução de 1964 (ou Golpe de 1964, não se adentra a polêmica) culminou na deposição do Presidente João Goulart e na instauração de um regime ditatorial que perdurou até 1985. Em 1967, o governo ditatorial outorgou uma nova Constituição que, dentre outras características, manteve a tripartição dos poderes, porém com fortalecimento do Executivo e esvaziamento do Legislativo, e reduziu os direitos individuais¹⁰. Foi, porém, no ano de 1968 que os historiadores apontam que a democracia brasileira sofreu o seu mais duro golpe, com a edição do Ato Institucional nº 5¹¹ que assim dispunha em dois artigos:

Art. 2º, caput - o Presidente da República poderá decretar o recesso do Congresso Nacional, das Assembléias Legislativas e das Câmaras de Vereadores, por Ato Complementar, em estado de sitio ou fora dele, só voltando os mesmos a funcionar quando convocados pelo Presidente da República.

Art. 10 - Fica suspensa a garantia de habeas corpus, nos casos de crimes políticos, contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular.

No art. 2º de dito diploma, observa-se claramente a proeminência do Executivo sobre os demais poderes, em especial, o Legislativo, enquanto o art. 10 deixa claro o momento de fragilidade das garantias individuais com a supressão do Habeas Corpus, importante remédio contra prisões ilegais.

¹⁰ PADILHA, Rodrigo. *Direito Constitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014, p. 20-21.

¹¹ BRASIL. *Ato Institucional nº 5*, de 13 de dezembro de 1968. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-05-68.htm>. Acesso em: 23 abr. 2017.

Dando um salto histórico, em 1985, o regime ditatorial fecha o seu ciclo e é eleito indiretamente para a Presidência da República Tancredo Neves, que não assume a função, sendo substituído pelo Vice Presidente José Sarney. No mesmo ano é convocada a Assembleia Nacional Constituinte (ANC), por meio da Emenda à Constituição de 1967 de nº 26¹² e em 1º de fevereiro de 1987 é instalada a ANC.

É nesse contexto de grande trauma com a opressão do período ditatorial e consequente preocupação com os mecanismos de funcionamento da Democracia, como a Imunidade material Parlamentar (art. 53, *caput*, CRFB/88), e com os mecanismos de proteção a liberdade, como, dentre outros, o direito fundamental a não culpabilidade (art. 5º, LVII, CRFB/88), que o Poder Constituinte Originário se manifesta e a Constituição de 1988 é elaborada.

Também é nesse contexto e à sombra dos horrores da ditadura que surgem as primeiras decisões do STF valendo-se conservadoramente de uma interpretação literal acerca das garantias dos parlamentares e dos cidadãos, algo de suma importância para a recém-estruturada “Nova República”.

Com o passar do tempo, esse projeto embrionário de democracia tardia floresceu sob a égide da Constituição Cidadã. Hoje, as instituições democráticas parecem estar suficientemente fortalecidas. Essa transformação social vem influenciando sobremaneira na forma que o Judiciário, em especial o STF, vem enxergando os ditames do art. 53, *caput* e do art. 5º, LVII, ambos da CRFB. É que se percebeu que o entendimento anterior calcado na interpretação literal engessada daquele período não mais atende às peculiaridades da atualidade. Esse entendimento estava a justificar diferenças de tratamento pouco republicanas, ferindo o princípio republicano e deturpando os objetivos da Constituição de 1988, como se pretende demonstrar nos próximos capítulos.

2. A IMUNIDADE MATERIAL DO PARLAMENTAR: VIRADA JURISPRUDENCIAL?

Um Parlamentar tem como instrumento de trabalho suas falas e convicções políticas. É expressando-se e posicionando-se que um candidato ao Poder Legislativo demonstra seu potencial ao cargo, bem como angaria eleitores partidários de suas convicções. Após ser eleito,

¹² BRASIL. *Emenda Constitucional nº 26*, de 27 de novembro de 1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_antecedente1988/emc26-85.htm>. Acesso em: 27 mai. 2017.

continua sendo por meio de suas falas que a sociedade o acompanha e o fiscaliza em seu mandato.

Percebe-se, portanto, que a liberdade de expressão e de pensamento é especialmente importante para a função parlamentar. Se um Parlamentar sentir receio de expressar suas convicções acaba por prejudicar as atividades inerentes à função legislativa, bem como a liberdade e a independência do próprio parlamento¹³. Por esse motivo¹⁴, a Constituição Federal ocupou-se de proteger de forma diferenciada a liberdade de expressão do parlamentar, em seu artigo 53, *caput*, CRFB, em relação ao direito fundamental de liberdade de expressão (art. 5º, IX, CRFB).

O que se buscou, portanto, foi assegurar a própria Democracia (art. 1º, *caput*, CRFB) ao se garantir a independência do Poder Legislativo, conferindo aos Deputados e Senadores imunidade, no âmbito civil e penal, por suas opiniões, palavras e votos.

O professor Paulo Gustavo Gonet Branco¹⁵ explica que “a imunidade não é concebida para gerar um privilégio ao indivíduo que por acaso esteja no desempenho de mandato popular; tem por escopo, sim, assegurar o livre desempenho do mandato e prevenir ameaças ao funcionamento normal do Legislativo”, sendo esse o entendimento jurisprudencial pacífico do STF desde longa data^{16 17}.

Em que pese a descrita importância do reconhecimento da imunidade material a própria Democracia, essa prerrogativa não deve ser ilimitada, sob pena de se desfigurar em um injustificado privilégio pessoal. Assim, ela é limitada por sua própria finalidade, ficando restrita às situações que guardam conexão com o exercício do mandato legislativo¹⁸.

¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Inquérito nº 4177*. Relator: Ministro Edson Fachin. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11181735>>. Acesso em: 10 set. 2017.

¹⁴ DIAS, Roberto; LAURENTIIS, Lucas de apud BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1642310*. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1624738&num_registro=201602640005&data=20170818&formato=PDF>. Acesso em: 10 set. 2017.

¹⁵ MENDES, op. cit., p. 1030.

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 210917*. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=243209>>. Acesso em: 10 set. 2017.

¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Inquérito nº 2874*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3320633>>. Acesso em: 10 set. 2017.

¹⁸ MENDES, op. cit., p. 1031.

Nesse espeque, o STF considerava que as manifestações orais ocorridas no interior da casa legislativa estariam necessariamente cobertas pela imunidade¹⁹, enquanto nos demais casos dependeriam de conexão com o desempenho da função legislativa ou de comprovação que elas tenham sido proferidas em razão da função²⁰.

Pelo mesmo motivo, é pacífico que as manifestações em entrevistas jornalísticas e as declarações feitas aos meios de comunicação social estão acobertadas pela imunidade material desde que vinculadas ao desempenho do mandato²¹.

Ocorre que os Tribunais Superiores começaram a sinalizar mudanças em seu entendimento tradicional, especificamente no que tange aos pronunciamentos ocorridos no interior do recinto parlamentar, de modo a também submetê-los a necessidade de conexão com o desempenho do mandato. Isso pode ser verificado no Inquérito nº 3.932 do DF e na Petição nº 5243, ambos ainda em andamento no âmbito do STF, bem como no Recurso Especial nº 1.642.310, também do DF, este já julgado pelo Tribunal da Cidadania.

Esses processos versam sobre os mesmos fatos: ofensas realizadas no interior do Plenário da Câmara dos Deputados e em entrevista jornalística realizada no gabinete do Deputado, veiculada na imprensa e na internet dirigidas por um Congressista à outra colega, embora analisados à luz de distintos ramos do Direito. No primeiro operou-se o recebimento da denúncia, por maioria de votos, pela prática, em tese, de incitação ao crime (art. 286, CP) de estupro (art. 213, CP) e o recebimento parcial da queixa-crime, apenas quanto ao delito de injúria (art. 140, CP). No segundo, negou-se seguimento por unanimidade ao recurso de decisão que condenava ao Deputado compensar a Deputada pelos danos morais oriundos das ofensas.

Em todos os processos, a questão de fundo foi a mesma: se as palavras proferidas pelo legislador em uma entrevista jornalística em seu gabinete – dentro da Câmara dos Deputados, pois – estão acobertadas pela imunidade material do art. 53, *caput*, CRFB independentemente da existência de conexão entre elas e o exercício do mandato.

Nos dois julgamentos (no âmbito do STF, os dois processos foram julgados em conjunto em razão do concurso formal entre as condutas supostamente típicas) os ministros chegaram à

¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Inquérito nº 1958*. Relator: Ministro Aires Britto. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=80671>>. Acesso em: 10 set. 2017.

²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Inquérito nº 2874*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3320633>>. Acesso em: 10 set. 2017.

²¹ *Ibid.*

conclusão de que o fato de as ofensas terem acontecido no interior das casas legislativas não garante a imunidade material, especificamente quanto às palavras proferidas na entrevista²².

No âmbito do STF, o Ministro Relator Luiz Fux²³ consignou que:

O fato de o parlamentar estar em seu gabinete no momento em que concedeu a entrevista é fato meramente acidental, já que não foi ali que se tornaram públicas as ofensas, mas sim através da imprensa e da internet.

Portanto, cuidando-se de declarações firmadas em entrevista concedida a veículo de grande circulação, cujo conteúdo não se relaciona à garantia do exercício da função parlamentar, não incide a imunidade prevista no art. 53 da Constituição Federal.

Explica o Ministro²⁴ que “para que as afirmações feitas pelo parlamentar possam ser relacionadas ao exercício do mandato, elas devem revelar teor minimamente político [...]”, não estando acobertadas pela imunidade “as palavras e opiniões meramente pessoais, sem relação com o debate democrático de fatos ou ideias e, portanto, sem vínculo com o exercício das funções cometidas a um Parlamentar”²⁵.

Já no âmbito do Recurso Especial nº 1.642.310, a Ministra Relatora Nancy Andrichi considerou que “as manifestações do recorrente a respeito da recorrida, também Deputada Federal, não guardam qualquer relação com a atividade parlamentar de ambos e, portanto, não incide a imunidade prevista no art. 53 da Constituição Federal”²⁶.

Especificamente, quanto à inaplicabilidade da imunidade material em que pese o *locus* em que foram praticadas as ofensas, assim se manifestou a relatora:

[...] deve-se ressaltar que o próprio STF afastou este entendimento na análise da denúncia e queixa-crime contra o recorrente, pelos mesmos fatos (Inq. 3932/DF). Nessa oportunidade, asseverou-se que, considerando que as ofensas foram veiculadas por meio da imprensa e da internet, a localização do recorrente no momento da entrevista é elemento “meramente acidental”.²⁷

Do exposto acima, considerando que as ofensas foram veiculadas por meio da imprensa, em manifestações que não guardam nenhuma relação com o exercício do mandato de Deputado Federal, afasta-se a aplicação da imunidade parlamentar prevista no art. 53 da CF/88.²⁸

²² Frise-se que esse entendimento aplicou-se tão-somente às palavras do Deputado proferidas na entrevista jornalística, não abarcando as palavras proferidas do Plenário da Câmara dos Deputados.

²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Inquérito nº 3932*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11627210>>. Acesso em: 10 set. 2017. p. 26.

²⁴ Ibid.

²⁵ Ibid., p. 25.

²⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1642310*. Relator: Ministra Nancy Andrichi. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1624738&num_registro=201602640005&data=20170818&formato=PDF>. Acesso em: 10 set. 2017. p. 12-13.

²⁷ Ibid., p. 13.

²⁸ Ibid., p. 13-14

Assim, verifica-se a alteração jurisprudencial, principalmente no âmbito do STF, a partir do *leading case* analisado ao se relativizar o entendimento anteriormente pacífico de que dentro do Parlamento não havia razão para se questionar se os fatos guardavam relação com o exercício do mandato.

É necessário se atentar de que o art. 53, *caput*, CRFB não sofreu quaisquer alterações formais, com exceção do advento da Emenda Constitucional nº 35 de 2001 que apenas esclareceu que a imunidade material abarca tanto a seara civil quanto a penal²⁹.

O que ocorreu, portanto, foi verdadeira mutação constitucional estimulada pela mudança do contexto fático. A corte percebeu que a interpretação anteriormente adotada tornou-se obsoleta em razão da dinamicidade dos fatos e não mais atendia aos anseios técnicos e sociais deste tempo.

Não deve qualquer prerrogativa constitucional ser retorcida de modo a escudar violações à dignidade das pessoas, como destacou o Ministro Barroso³⁰, ou mesmo a permitir que imunidades passem a significar impunidades, como refletiu a Ministra Rosa Weber citando a Ministra Cármen Lúcia³¹.

3. NOVOS RUMOS PARA O INSTITUTO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA EM UM CONTEXTO DE MAIOR MATURIDADE DEMOCRÁTICA

O princípio da não culpabilidade é um importante instrumento da democracia, não há dúvidas quanto a isso. Ele reflete verdadeiro avanço civilizatório na forma como o Estado (Democrático de Direito) encara a persecução criminal, tomando para si o ônus de produzir provas inequívocas quanto à materialidade e à autoria da conduta criminosa e retirando das mãos do réu a responsabilidade pela produção de uma diabólica prova negativa.

Não à toa, a Constituição Cidadã dispõe no inciso LVII do art. 5º que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

²⁹ BRASIL. *Emenda Constitucional nº 35*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc35.htm>. Acesso em: 10 set. 2017.

³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Inquérito nº 3932*. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11627210>>. Acesso em: 10 set. 2017, p. 50.

³¹ *Ibid.*, p. 46.

Observa-se que esse dispositivo, se interpretado literalmente, teria estendido a presunção de inocência até o trânsito em julgado, algo que, à luz do direito comparado, conforme o Ministro Gilmar Mendes³², não prepondera. Segundo o mesmo autor³³, “nem todas as declarações de direitos contemplam expressamente a não culpabilidade” e “em sua maioria, as que contemplam afirmam que a inocência é presumida até o momento em que a culpa é provada de acordo com o direito”.

Em verdade, mesmo no ordenamento brasileiro, a extensão desse princípio historicamente sempre foi bastante oscilante. Com a promulgação da CRFB/88, a interpretação do STF, que admitia a possibilidade de execução da pena a partir da segunda instância na pendência de recursos especial e/ou extraordinário, não se alterou em que pese à redação do novo dispositivo constitucional³⁴.

Somente em 2009, no bojo do Habeas Corpus nº 84.078, oriundo do estado de Minas Gerais, que o STF, por maioria (7x4), reconheceu uma mutação constitucional e promoveu uma virada em sua jurisprudência, fixando a interpretação literal de que somente após esgotados todos os recursos do réu a pena poderia ser executada pelo Poder Público³⁵.

Sete anos depois, em 2016, verifica-se nova mutação constitucional e retorna-se a “antiga” linha jurisprudencial no sentido de que “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”³⁶.

É que, nos dizeres do Ministro Barroso³⁷, o que se verificou foi “um impacto traumático da própria realidade que se criou após a primeira mudança de orientação”, pois, ainda segundo o Ministro³⁸, foram três as consequências negativas ao sistema criminal: incentivo a interposição de

³² MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. rev., atual. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 568.

³³ *Ibid.*

³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 68726*. Relator: Ministro Néri da Silveira. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=71186>>. Acesso em: 20 set. 2017.

³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 84078*. Relator: Ministro Eros Grau. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>>. Acesso em: 20 set. 2017.

³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 126292*. Relator: Ministro Teori Zavascki. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 20 set. 2017.

³⁷ *Ibid.*, p. 32.

³⁸ *Ibid.*, p. 32-34.

recursos protelatórios, reforço da seletividade do sistema penal e aumento do descrédito social do Justiça penal.

Seguindo essa linha de raciocínio, a impossibilidade de se executar a pena na pendência de recursos sem efeito suspensivo (art. 637, CPP) e que não tem o condão de reexaminar fatos e provas (art. 102, III, CRFB c/c Súmula nº 279 do STF e art. 105, III, CRFB c/c Súmula nº 7 do STJ), em suma, somente favoreceu os mais abastados, que podem contratar os melhores advogados para defendê-los em inúmeros recursos procrastinatórios. Esses recursos visam invariavelmente o desnecessário alargamento do curso processual a fim de que a prescrição da pretensão punitiva seja reconhecida. Isso, pois, conforme explica o Ministro Teori Zavascki, “o último marco interruptivo do prazo prescricional antes do início do cumprimento da pena é a publicação da sentença ou do acórdão recorríveis (art. 117, IV, do CP)”³⁹.

Desta feita, o que se tem é, conforme o Ministro Barroso, a “deletéria sensação de impunidade, o que compromete, ainda, os objetivos da pena, de prevenção especial e geral”⁴⁰.

Não se aprofunda mais o presente trabalho acerca dos fundamentos jurídico-penais que embasaram a virada jurisprudencial, sob pena de se perder o foco. O que interessa notar é que, a partir desse *leading case*, o STF formalmente reconheceu uma alteração na Constituição, pela via da mutação constitucional, o que possibilitou ao tribunal uma revisão de sua jurisprudência.

Essa conclusão, aliás, consta expressamente do voto do Ministro Barroso⁴¹:

Aplicando-se, então, a teoria à realidade. Na matéria aqui versada, houve uma primeira mutação constitucional em 2009, quando o STF alterou seu entendimento original sobre o momento a partir do qual era legítimo o início da execução da pena. Já agora encaminha-se para nova mudança, sob o impacto traumático da própria realidade que se criou após a primeira mudança de orientação.

Assim como no caso da imunidade material do congressista, o que se observou foi que a interpretação acerca do art. 5º, LVII, CRFB, veiculador de um dos mais caros *standards* das democracias modernas, estava a deturpar os objetivos da Constituição de 1988, como se depreende da conclusão do Ministro Teori Zavascki⁴²:

Assim, ao invés de [os apelos extremos] constituírem um instrumento de garantia da presunção de não culpabilidade do apenado, acabam representando um mecanismo inibidor da efetividade da jurisdição penal.

³⁹ Ibid., p. 18.

⁴⁰ Ibid., p. 34.

⁴¹ Ibid., p. 32.

⁴² Ibid., p. 18.

A conclusão do STF é cristalina: o modo que o princípio da não culpabilidade vinha sendo interpretado estava por distorcer os ditames da República, colaborando para tratamentos pouco iguais, o que fere a isonomia (art. 5º, caput, CRFB) e contribui para a seletividade do sistema penal. O texto do dispositivo constitucional nunca mudou, mas ainda assim, até então, duas foram as viradas jurisprudenciais, ambas justificadas por mutações constitucionais.

Apesar disso, o tema não está inteiramente resolvido, na medida em que o Ministro Gilmar Mendes já acenou a possibilidade de mudança de entendimento, registrando sua “tendência em acompanhar o Ministro Dias Toffoli no sentido de que a execução da pena com decisão de segundo grau deve aguardar o julgamento do recurso especial pelo STJ”⁴³.

CONCLUSÃO

No presente estudo, procurou-se demonstrar que, naturalmente, o período dos governos militares afetou sobremaneira a vigente Constituição. Dentre outras influências, pode-se citar a preocupação latente do constituinte com a manutenção da Democracia e com as garantias individuais.

Contudo, com o passar do tempo – e em 2018 a CRFB/88 completará 30 anos de vigência – o STF, fazendo uso de sua atribuição constitucional, vem promovendo algumas alterações jurisprudenciais por reconhecer mutações constitucionais pela via da interpretação.

Este estudo demonstrou que, nesse diapasão, importantes passos foram trilhados pela Suprema Corte no bojo do Inquérito nº 3.932 do DF e da Petição nº 5243, ao se reconhecer que os pronunciamentos ocorridos no interior do recinto parlamentar, especificamente no interior de seu gabinete, também devem se submeter à necessidade de conexão com o desempenho do mandato.

Igualmente, celebra-se o resultado do HC nº 126.292 em que o STF, ao revisar sua jurisprudência pacífica desde 2009, reconheceu a possibilidade de execução da pena a partir da decisão de segunda instância, ainda que pendentes os apelos excepcionais.

Em ambos os julgados, a mutação constitucional se deu pelos mesmos motivos: a distorção que os entendimentos anteriores impunham a atual realidade brasileira. Não se duvida

⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 142173*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12998248>>. Acesso em: 26 set. 2017. p.10.

da importância da imunidade material do parlamentar ou do relevo do princípio da não culpabilidade para a Democracia. Contudo, não poderia o STF permitir que tais normas fulminassem outros valores constitucionais e colocasse em cheque a realidade constitucionalmente almejada.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a constituição do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. *Ato Institucional nº 5*, de 13 de dezembro de 1968. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-05-68.htm>. Acesso em: 23 abr. 2017.

_____. *Emenda Constitucional nº 26*, de 27 de novembro de 1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc26-85.htm>. Acesso em: 27 mai. 2017.

_____. *Emenda Constitucional nº 35*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc35.htm>. Acesso em: 10 set. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1642310*. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1624738&num_registro=201602640005&data=20170818&formato=PDF>. Acesso em: 10 set. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Inquérito nº 2874*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3320633>>. Acesso em: 10 set. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 126292*. Relator: Ministro Teori Zavascki. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 20 set. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 68726*. Relator: Ministro Néri da Silveira. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=71186>>. Acesso em: 20 set. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 84078*. Relator: Ministro Eros Grau. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>>. Acesso em: 20 set. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 142173*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12998248>>. Acesso em: 26 set. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Inquérito n° 1958*. Relator: Ministro Aires Britto. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=80671>>. Acesso em: 10 set. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Inquérito n° 3932*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11627210>>. Acesso em: 10 set. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Inquérito n° 4177*. Relator: Ministro Edson Fachin. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11181735>>. Acesso em: 10 set. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n° 210917*. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=243209>>. Acesso em: 10 set. 2017

DIAS, Roberto; LAURENTIIS, Lucas de apud BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n° 1642310*. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1624738&num_registro=201602640005&data=20170818&formato=PDF>. Acesso em: 10 set. 2017.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais* [e-book]. 2. ed. Osasco: Edifício, 2015.

LASSALE apud PADILHA, Rodrigo. *Direito Constitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. rev., atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. rev., atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

PADILHA, Rodrigo. *Direito Constitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.