

MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL E A TRANSFORMAÇÃO DA REALIDADE E DA PERCEPÇÃO DO DIREITO NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

CONSTITUTIONAL MUTATION AND THE TRANSFORMATION OF REALITY AND PERCEPTION OF LAW IN THE INFORMATION SOCIETY

Artigo recebido em 06/10/2019

Revisado em 23/10/2019

Aceito para publicação em 21/11/2019

Caio Sperandeo de Macedo

Professor permanente da Pós-Graduação do Programa de Mestrado em Direito da Sociedade da Informação e do curso de Graduação em Direito, ambos do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas FMU/SP, São Paulo. Membro Efetivo da Comissão Permanente de Meio Ambiente da OABSP para o triênio 2016-2018, nomeado conforme Portaria 694/16/PR, no Grupo de Trabalho de Meio Ambiente Digital. Avaliador do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito-Conpedi na linha de pesquisa direitos e garantias fundamentais. Advogado militante com atuação na área de direito da sociedade da informação, direito educacional, educação superior brasileira, políticas públicas. Pós-Doutorando da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa-Portugal (Fdul) na especialidade de Ciências Jurídico-Políticas 2016/2018. Possui Doutorado em Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, PUC/SP (2014), Brasil, Mestrado em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2005).

RESUMO: Analisar as mudanças informais em constituições enquanto fenômeno jurídico que opera à margem de previsão normativa e sem alteração de texto levada a efeito por interpretação judicial de Corte Constitucional com o objetivo de alterar o sentido e alcance de dispositivo constitucional pela mudança na percepção do direito ou para adaptá-lo à realidade. Reconhecer o papel da Sociedade da Informação em seu contexto cultural, vez que as redes sociais digitais se constituem como instrumento de formação da opinião pública com capacidade para influenciar convicções e comportamentos, bem como permear julgamentos e decisões judiciais. Constatar que as mutações constitucionais devem respeitar de forma explícita e implícita o espírito da Constituição, a fim de não transbordar para inconstitucionalidade. E que rediscutir a mudança de interpretação envidada por mutação constitucional em novo julgamento em curto intervalo temporal pode macular a confiança do cidadão no Estado Democrático de Direito e a credibilidade do Poder Judiciário.

PALAVRAS-CHAVE: Mutação constitucional. sociedade da informação. redes sociais. opinião pública. Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT: Analyzing the informal changes in constitutions as a legal phenomenon that operates in the margin of normative prediction and without alteration of the text carried out by judicial interpretation of Constitutional Court with the objective of altering the meaning and scope of constitutional device by the change in the perception of law or to adapt it to reality. Recognizing the role of the Information Society in its cultural context, since digital social

networks constitute an instrument of formation of public opinion with capacity to influence beliefs and behaviors, as well as permeate judgments and judicial decisions. Verifying that the constitutional changes must explicitly and implicitly respect the spirit of the Constitution, in order not to overflow to unconstitutionality. And rediscussing that the change of interpretation made by constitutional mutation in a new trial in a short period of time can tarnish the citizen's trust in the Democratic State of law and the credibility of the Judicial Power.

KEYWORDS: Constitutional mutation. information society. social networks. public opinion. Federal Court of Justice.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Mudanças informais em Constituições – mutação constitucional no Brasil. 2. As redes sociais digitais podem influenciar em julgamentos e na interpretação de normas jurídicas? 3. A interpretação do Supremo Tribunal Federal com relação à execução provisória da pena privativa de liberdade do réu. 4. Limites para novo julgamento no STF com relação à eventual revisão de execução provisória da pena privativa de liberdade do réu. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O objetivo do estudo é analisar teoricamente as mudanças informais verificadas em Constituições sem observância dos procedimentos formais intrínsecos e, também, sem que se proceda à alteração de seu texto (formulação normativa), consoante interpretação normativa que pode ser levada a efeito pelos órgãos competentes dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

Ponderar que se trata de tema inquietante à luz do Estado democrático de direito, pois mesmo perante Cartas rígidas como a Constituição Federal de 1988 e diante da ausência de previsão normativa, a mutação constitucional é uma realidade reconhecida em sistemas jurídicos contemporâneos, tanto pela doutrina nacional como a estrangeira.

Far-se-á corte epistemológico para concentrar o foco apenas com relação aos métodos informais de mudança dos textos constitucionais produzidas por interpretação judicial, notadamente pelo Supremo Tribunal Federal, diante do caráter terminativo e vinculante da sua interpretação.

Referendar que, embora não seja tarefa consensual estabelecer ‘*a priori*’ contornos materiais ou temporais para a mutação constitucional por interpretação judicial, necessário se faz preservar a força normativa da Constituição respeitando os sentidos semânticos possíveis do texto e os princípios fundamentais (explícitos e implícitos) que conferem identidade à Carta Constitucional.

Mormente em situações em que a Corte Constitucional passe a interpretar o mesmo dispositivo em sentido oposto à exegese anterior, ao imprimir mutação em decorrência de

uma nova percepção do direito ou mudança na realidade social diante das múltiplas influências a que está sujeita, notadamente as advindas com a Sociedade da Informação e as novas tecnologias da informação que lhe são ínsitas, nisso incluído a comunicação intersubjetiva realizada de forma instantânea pelas pessoas através das redes sociais digitais, entendidas como instrumento de formação da opinião pública.

Em séquito, fazer estudo de caso problematizando a mutação constitucional envidada em julgamento recente pelo Supremo Tribunal Federal, conforme decisão em voga desde o ano de 2016, com relação à possibilidade de execução provisória da pena privativa de liberdade do réu antes do trânsito em julgado da decisão penal condenatória.

Comentar topicamente as consequências jurídicas e sociais que podem advir em novo julgamento para rediscussão e eventual alteração de interpretação do tema em curto intervalo temporal com potencial para fulminar a confiança do cidadão no Estado democrático de direito e macular a credibilidade do Judiciário.

No tocante à metodologia da pesquisa científica adotou-se para o trabalho o método indutivo, partindo-se da análise doutrinária(bibliográfica), jurisprudencial e empírica com relação às mudanças informais em constituições. E as influências que a sociedade contemporânea imprime sobre julgamentos de grande repercussão social analisado sob a ótica do emblemático estudo de caso referido.

1 MUDANÇAS INFORMAIS EM CONSTITUIÇÕES – MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL NO BRASIL

De maneira geral, a necessidade de reforma de textos constitucionais é reconhecida pelos doutrinadores do Direito como uma das características das Constituições modernas e que não pode ser ignorada ao se considerar a Carta Política como um documento ‘vivo’, que deve ter capacidade de se adaptar às novas circunstâncias históricas, sociais e políticas a que está submetida; pois, se por um lado uma Constituição deve conservar força normativa para garantir a estabilidade e segurança jurídica para relações constituídas durante sua vigência (nisso incluído maior rigidez para sua alteração do que leis ordinárias), por outro também deve comportar relativa permeabilidade às transformações advindas do ambiente e dos costumes cambiantes na sociedade (que pode ser entendido como plasticidade da norma constitucional).

E que não obstante as próprias constituições ostentarem requisitos formais para sua atualização por meio de Emendas pontuais ou de revisão, envolvendo em regra métodos para

a discussão e deliberação da matéria, votação e aprovação pelas Casas Congressuais detentoras do poder constituinte derivado e demais quejandos, as Constituições também estão sujeitas a sofrer muitas vezes sutis mudanças informais sem observância dos rituais intrínsecos e também sem que se proceda à alteração de seu texto, notadamente através da interpretação levada a efeito pelos órgãos competentes dos três Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário), cada qual em sua esfera de atuação legítima.

Nominado como poder constituinte difuso, pode-se afirmar que se trata de fenômeno enfrentado há não muito tempo no cenário jurídico constitucional, tendo sido identificado de forma inaugural pela escola Alemã de direito público em fins do Século XIX, com relação a mudanças de interpretação verificadas na Constituição de 1871, promovida pelo ativismo do Estado alemão (*2º Reich*), para acelerar processo de unificação de diferentes Estados do sul da Alemanha ao Império, sem que fossem respeitados requisitos formais para sua alteração e revisão.

Conforme relato de Carlos Victor Nascimento dos Santos (SANTOS, 2015, p.82), Paul Laband (LABAND, 1895) foi o precursor da análise aludida em Alemanha tendo sido seguido por outros (JELLINEK, 1906; DAU-LIN, 1932, etc) que lhe secundaram, acabando por estabelecer diferenciação teórica entre a alteração da Constituição através dos mecanismos legitimados para a reforma de seu texto por intermédio de emendas pontuais ou de revisão, da alteração informal constatada empiricamente pelo que designou de ‘mutação constitucional’; sendo esta última expressão consagrada para descrever a mudança de significado ou de sentido da Constituição sem que tenha havido a alteração de sua formulação normativa.

Tal fenômeno vivenciado em Cartas constitucionais também é reconhecido por doutrinadores de países como Itália (BISCARETTI DI RUFFIA, 1975), Inglaterra (WHEARE, 1973), Estados Unidos (ACKERMAN, 1991), Espanha (GARCIA-PELAYO, 1951), Portugal (MIRANDA, 1991) e outros. No direito brasileiro, embora tenha sido objeto de análise precedente de alguns autores (PINTO FERREIRA, 1971), (TEIXEIRA, 1961), atribui-se a Anna Cândida da Cunha Ferraz (FERRAZ, 1986, p.12) o estudo sistematizado mais completo sobre a mutação constitucional.

Referida Autora (FERRAZ, 1986, p. 09) acrescenta que a mutação constitucional, além de consistir na alteração do significado, sentido ou alcance das disposições constitucionais sem alterar seu texto (seja por interpretação judicial ou dos agentes em exercício de função legitimada dos poderes do Executivo ou Legislativo, seja pela mudança dos costumes, das circunstâncias ou da lei), caracteriza-se por se manifestar de forma silenciosa, mais facilmente perceptível em período cronológico mais espaçado.

Destacando-se, ainda, que Anna Cândida da Cunha Ferraz faz um alerta para a possibilidade de que a alteração da norma constitucional sem alteração de texto também pode degenerar para uma mutação inconstitucional, uma vez contrariados os limites explícitos e implícitos da Carta Política. Aliás, no Brasil, apenas o Supremo Tribunal Federal está legitimado a validar ou não eventual processo informal de mudança interpretativa na condição de guardião da Constituição Federal de 1988.

Para tanto, mesma Autora estabelece requisitos de sua validade, a saber: (i) que a mutação importe em alteração de sentido, significado ou alcance da norma constitucional; (ii) que a mutação não ofenda a formulação normativa ou os valores candentes (espírito) do texto constitucional; e (iii) que a alteração seja envidada por formas não previstas na própria Constituição (FERRAZ, 1986, p. 11).

Quanto às modalidades de mutação constitucional, Anna Cândida da Cunha Ferraz (ibid, p. 12) adota, embora a doutrina comporte classificações distintas (GARCIA-PELAYO, 1951, p.126/127), o modelo sugerido por BISCARETTI DI RUFFIA (1966, p.60-68), subdividindo-se em dois grupos. No primeiro grupo temos mutações envidadas por atos estatais, que podem ser: a) de caráter normativo (leis, decretos, regulamentos etc); b) de natureza jurisdicional (decisões judiciais notadamente em sede de controle de constitucionalidade). E no segundo, mutações operadas no plano fático, que envolvem: a) elemento de caráter jurídico, como os costumes; b) de natureza político-social como as normas convencionais ou as regras de conduta frente ao texto constitucional ou ainda a inatividade do legislador ordinário.

Na mesma linha de conceituação, em estudo mais recente, Luís Roberto Barroso tem a acrescentar o critério da legitimidade democrática para a caracterização da mutação constitucional, pois além da alteração do significado da norma constitucional decorrer de uma mudança na realidade fática ou de nova percepção do direito e que a alteração se proceda à margem dos mecanismos formais previstos para as emendas, entende-se que: “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, 2009, p.126).

Quanto aos limites para a mutação constitucional, embora Uadi Lâmega Bulos (BULOS, 1996, p. 41) defenda não ser possível determinar os limites da mutação Constitucional diante da ausência de qualquer previsão, Luís Roberto Barroso estabelece duas balizas que devem ser respeitadas: a primeira, os sentidos semânticos possíveis do texto interpretado ou reinterpretado; a segunda, restar imaculado os princípios fundamentais que

conferem identidade à Constituição em análise pois, caso contrário, ocorrerá a sobreposição do fato ao direito, violando a normatividade constitucional (BARROSO, 2009, 127/128).

Esta é a corrente majoritária referendada por Konrad Hesse que postula pela preservação da força normativa da Constituição (HESSE, 1983, p.97), no que lhe acompanha Ingo Wolfgang Sarlet (SARLET, 2016, p.163), para quem a mutação não poderá ultrapassar os limites interpretativos possíveis; ou seja, na mutação constitucional não tem espaço operar alterações que contrariem o próprio texto constitucional do qual é oriunda (e no qual encontra seu fundamento de validade); assim, pode-se dizer que o texto constitucional desempenha no limite uma função negativa (CANOTILHO, 2002, p. 1202).

Quanto aos mecanismos de atuação da mutação constitucional para adaptação da Constituição a novas realidades, Luís Roberto Barroso reconhece que o mesmo pode ocorrer por interpretação constitucional em regra realizada por órgão e agentes públicos subdivididos em: (a) interpretação judicial e administrativa; e (b) pela atuação do legislador; (c) pelo costume constitucional, concernente às práticas observadas pelos agentes públicos e sociedade; e, ainda, (d) mutação na percepção do direito e na realidade de fato (BARROSO, 2009, p.128-129).

É de se notar que Luis Roberto Barroso diferencia a interpretação construtiva da interpretação evolutiva e ressalta que ambas não se confundem com a mutação constitucional. Do azo que a interpretação construtiva amplia o sentido ou extensão do alcance constitucional, a fim de criar uma nova hipótese de incidência não prevista (por exemplo, no caso da Constituição Federal de 1988, o reconhecimento de efeitos jurídicos às relações homoafetivas estáveis); e a interpretação evolutiva se revela na aplicação da Constituição em situações não previstas e que não poderiam ter sido antecipadas, mas que se enquadram no espírito da nossa vigente Carta Constitucional (por exemplo, as normas constitucionais relativas à liberdade de expressão e ao sigilo da correspondência foram também estendidos para as novas tecnologias da informação como a internet).

Luis Roberto Barroso (BARROSO, 2009, 128-130) procura dirimir a questão ao esclarecer que o que verdadeiramente caracteriza a mutação constitucional pela via interpretativa é a mudança de sentido da norma em posição diametralmente oposta ao entendimento preexistente. Mormente, no caso de interpretação judicial (não obstante também possa ocorrer mutação por interpretação administrativa; e por interpretação legislativa na aprovação de novas leis) onde restará configurada mutação constitucional quando, por exemplo, a Corte Constitucional inove ao interpretar o mesmo dispositivo em sentido diverso

do que então assentara (sem que tenha havido supressão ou acréscimo de texto), seja em decorrência de mudança na realidade social ou por uma nova percepção do direito.

Embora não seja uma posição pacífica, é de se consignar que Luiz Roberto Barroso (BARROSO, 2009, 134-136) reconhece, ademais, as possibilidades de mutação ocorrerem pela via do costume constitucional, respectivamente, '*secundum legem*' ou interpretativo; '*praeter legem*' ou integrativo; e '*contra legem*' ou derogatório. E ao derradeiro, referido autor esclarece que a mudança da percepção do direito e da mudança na realidade de fato pode deflagrar a mutação constitucional quando se alterarem os valores vigentes na sociedade, notadamente com relação a conceitos jurídicos indeterminados (e.g, ordem pública; interesse social; dignidade da pessoa humana etc) que sofrem variação ao longo do tempo, advindo consequências diversas.

2 AS REDES SOCIAIS DIGITAIS PODEM INFLUENCIAR EM JULGAMENTOS E NA INTERPRETAÇÃO DE NORMAS JURÍDICAS?

Em decorrência da mudança na realidade social advinda com a Sociedade da Informação, afirma-se que a forma de comunicação socializante mais utilizada pelas pessoas nos dias de hoje ocorre através das redes sociais digitais e aplicativos ínsitos às novas tecnologias da informação e da comunicação (como e.g.: *Facebook*, *Facetime*; *Twitter*, *Whatsapp* e outros) e se constituem inegavelmente como instrumento de formação da opinião pública, consoante reconhece Manuel Castells (CASTELLS, 2005, p.47-48) a respeito:

Uma característica central da sociedade em rede é a transformação da área da comunicação incluindo os media. A comunicação constitui o espaço público, ou seja, o espaço cognitivo em que as mentes das pessoas recebem informação e formam os seus pontos de vista através do processamento de sinais da sociedade no seu conjunto. Por outras palavras, enquanto a comunicação interpessoal é uma relação privada, formada pelos actores da interacção, os sistemas de comunicação mediáticos criam os relacionamentos entre instituições e organizações da sociedade e as pessoas no seu conjunto, não enquanto indivíduos, mas como receptores colectivos de informação, mesmo quando a informação final é processada por cada indivíduo de acordo com as suas próprias características pessoais. É por isso que a estrutura e a dinâmica da comunicação social é essencial na formação da consciência e da opinião, e a base do processo de decisão política.

Complementarmente as redes sociais se revelam também como um dos instrumentos mais efetivos para o exercício da comunicação socializante, bem como do direito à informação, de comunicação, de liberdade de expressão e de manifestação do pensamento e, inclusive, de cidadania, em virtude da amplitude do fluxo de informações e da exposição das manifestações e emissão de opiniões compartilhadas em rede.

Mormente, porque na era informacional da sociedade que se comunica em redes virtuais a capacidade de influenciar comportamentos se realiza predominantemente no ambiente digital através de seus códigos de informação, que por sua vez criam novos códigos culturais que passam a determinar os costumes das pessoas, suas ideologias, valores e suas formas de viver (CASTELLS, 1999, p.412).

Por corolário, as manifestações intersubjetivas compartilhadas em rede referentes aos temas candentes na sociedade acabam por influenciar a consciência e a opinião das pessoas, nisso incluída a atuação dos agentes públicos e dos integrantes do Poder Judiciário¹, vez que também estão inseridos na dinâmica de comunicação digital que permeia a normal intersubjetividade de utilização cotidiana das redes sociais como forma de manifestação cultural.

Ao reconhecer as múltiplas influências a que estão sujeitas as decisões judiciais, Luís Roberto Barroso (BARROSO, 2016 p. 414) confere destaque para o influxo da realidade, a atuação das maiorias políticas, dos órgãos públicos ligados aos poderes da República, entidades e pessoas que se mobilizam, participam e agem pela defesa de sua opinião ou posição política. E referido autor reconhece ademais a influência da opinião pública sobre o Judiciário, no sentido de que na esfera de atuação das Cortes Constitucionais a ascendência ganha maior vulto, sobretudo, quando interpreta a Constituição de forma a corresponder ao sentimento social, sem perder de vista de que muitas vezes o Tribunal terá que assumir posição contramajoritária (BARROSO, 2016, p.424-425).

Neste contexto se entende que as redes digitais podem ter papel importante, especialmente em casos de interpretação de normas jurídicas e de julgamentos que envolvam temas de interesse e relevância social, do azo que a influência massiva dos grupos e de pessoas que emitem opiniões e compartilham manifestações coincidentes em rede gera percepção de maioria representativa e tem o condão de fornecer subsídios e elementos de

¹ Notícias STF, Sexta-feira, 10 de junho de 2011. (...). O acompanhamento das decisões da Corte e a dinâmica das sessões plenárias – quando nos julgamentos de maior interesse e relevância as informações são transmitidas voto a voto – colocam o STF entre as instituições de maior influência e popularidade no microblog. Nos julgamentos de grande repercussão social, como o caso Cesare Battisti, julgado no último dia 8, ou as ações em que os ministros reconheceram aos casais homoafetivos os mesmos direitos decorrentes da união estável, o STF ocupou os primeiros lugares nos (...) chamados Trending Topics (ou TTs) do Brasil – lista em tempo real dos nomes e temas mais postados no Twitter. À medida que os 11 ministros iam revelando seus votos favoráveis aos direitos dos homossexuais, seus nomes se revezavam nos TTs. Nessas ocasiões, há ainda um grande número de usuários que replicam as mensagens oficiais do STF (tweets) para suas listas próprias de seguidores STF na rede. (...) Se antes as pessoas dependiam dos meios de comunicação tradicionais para tomar conhecimento de alguma ação de instituições públicas, hoje, por meio das redes sociais, essa disseminação de dados se dá de forma muito mais rápida e dinâmica(...). Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=181641>. Acesso em: 4 abr. 2019.

convencimento em decisões judiciais que envolvam mudança da percepção do direito ou da realidade.

3 A INTEPRETAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COM RELAÇÃO À EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE DO RÉU

A título de exemplificar o tema com um estudo de caso, necessário rememorar que, desde 2009, em interpretação literal do artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, o Plenário do STF, por maioria de votos, vinha tendo o entendimento de ser incompatível com o princípio da não culpabilidade a execução provisória de pena privativa de liberdade do Réu antes do trânsito em julgado da decisão penal condenatória.

Não obstante, como amplamente noticiado à época, o Supremo Tribunal Federal em '*Habeas Corpus*' nº126.292/SP, datado de 12 de fevereiro de 2016, em exercício de mutação constitucional estabeleceu interpretação oposta para a questão e decidiu por maioria de votos sobre a possibilidade de execução provisória de pena privativa de liberdade, após decisão confirmatória de órgão de segundo grau de jurisdição (contrariando entendimento vigente desde 2009).

Nesta retomada de exegese interpretativa tradicional², em síntese, o voto condutor do relator ministro Teori Zavascki destacou que, por se tratarem de recursos qualificados como de estrito direito, os recursos extraordinário e especial não permitem a revisão do juízo de incriminação do acusado, sendo inviável o reexame de fatos e provas pelas instâncias extraordinárias³.

Estabelecida divergência na votação do caso referido, e sob o argumento de que a nova postura do STF havia sido construída em sede de '*habeas corpus*', o que teria restringido o debate, e, principalmente, por não possuir efeito vinculante, alguns ministros do Supremo continuaram concedendo individualmente a ordem de soltura mesmo quando tribunais de segunda instância determinavam a execução provisória da pena pelo réu.

Entrementes, em posterior decisão reconhecendo repercussão geral da questão constitucional em Recurso Extraordinário, ARE 964.246 RG/SP, o STF, por maioria de

² Anterior a 2009 o STF entendia que a execução provisória de pena privativa de liberdade não é incompatível com o princípio da inocência do acusado, conforme corroboram: HC 68.726, de 28.06.1991; HC 74.983, de 30.06.1997; HC 72.366, de 26.01.1999; HC 80.174, de 12.04.2002; RHC 84.846, de 05.11.2004, etc.

³ Acompanharam o relator, os ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Luiz Fux, Carmen Lúcia, e mudando de posição, Gilmar Mendes.

votos⁴, assentou ser compatível a execução provisória de pena privativa de liberdade, após decisão confirmatória de órgão de segundo grau de jurisdição, com o princípio da presunção de não culpabilidade (5º LVII C.F), conforme ementa abaixo transcrita:

Ementa: CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). ACÓRDÃO PENAL CONDENATÓRIO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. JURISPRUDÊNCIA REAFIRMADA. 1. Em regime de repercussão geral, fica reafirmada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, 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. Recurso extraordinário a que se nega provimento, com o reconhecimento da repercussão geral do tema e a reafirmação da jurisprudência sobre a matéria.

Como se depreende, o ponto nodal a analisar é que a jurisprudência acima teve sua conclusão diametralmente oposta ao entendimento que vinha sendo sufragado pelo Supremo a partir do ano de 2009 com relação ao mesmo princípio da presunção de inocência(art. 5º LVII) e era interpretado como garantia indelével do réu a obstar a execução provisória confirmada por Acórdão penal condenatório, notadamente porque o dispositivo faz alusão à convicção de culpa após o trânsito em julgado e o esgotamento de instância recursal.

Inegável reconhecer que a mudança ou retomada do posicionamento jurisprudencial de antanho foi influenciada pelo sentimento de impunidade disseminado na opinião pública e à necessidade de combater a corrupção apurada pelos órgãos de controle do Estado⁵ com relação ao alto escalão da administração pública, bem como o envolvimento de agentes políticos em conluio com grandes empresários o que, presume-se, acabou por induzir a consciência e os votos dos Ministros do Supremo⁶; outrossim, porque o julgamento teve

⁴ Votos divergentes proferidos pelos ministros Celso de Mello, Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio e Dias Toffoli. Não se manifestou a ministra Rosa Weber.

⁵ Conforme Jornal O Globo de 08/04/2018. Em quatro anos nas ruas, a Operação Lava-Jato já investigou mais de cem políticos, entre eles o presidente da República, ex-presidentes, ministros de Estado e caciques de partidos. Políticos de 14 legendas diferentes, de todos os espectros ideológicos (...) foram investigados e denunciados neste período. (...) Parecia só mais uma das operações de médio ou pequeno porte da PF. Mas não era. Descortinou-se um rombo de mais de R\$ 6 bilhões nos cofres da Petrobras e abriu-se a porta para apurar irregularidade em diversos níveis de poder. As investigações envolveram mais de 30 grandes empresários, entre eles donos das dez maiores empreiteiras do país. Na coleção de investigados da Lava-Jato está ainda um expressivo número de lobistas, doleiros e operadores envolvidos na movimentação ilegal de dinheiro desviado da Petrobras e de outras áreas da administração pública (...). Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/em-quatro-anos-lava-jato-ja-alcancou-14-partidos-22569538>. Acesso em: 2 abr. 2019.

⁶ Por Redação Portal T5, de 08/05/2018 08h53: Mais da metade dos brasileiros acreditam que decisões do STF têm influências da opinião pública. Mesmo acreditando em decisões tomadas com interferência popular e midiática, 69,4% dos entrevistados foram a favor da prisão de condenados após segunda instância. Após a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) de condenação após decisão em segunda instância, cerca de 55% dos brasileiros acreditam que os ministros do órgão sofrem influência da opinião pública em casos de grande

ampla cobertura jornalística e repercussão nos meios de comunicação de massa (foi televisionado ao vivo) e foi acompanhado avidamente por grande parcela da população em tempo real através das redes sociais digitais integradas em rede.

Assim, com relação ao tema ventilado, a mutação constitucional levada a efeito na atual jurisprudência do STF, na medida em que se trata de um procedimento informal e sem regramento normativo definido, teve assento basicamente na mudança da percepção do direito e da realidade político-social brasileira (PEDRA, 2018, p.10), o que levou a maioria do Supremo a reconhecer os sinais da sociedade e admitir interpretação constitucional que compatibilizasse eficácia jurídica e social aos fins pugnados pelo estado democrático de direito e ao devido processo legal matéria l(substancial) a fim de coibir a procrastinação ‘ad infinitum’ de processos e a consequente prescrição de crimes contra a administração pública e dano ao erário que desaguavam na impunidade dos infratores e no descrédito das instituições.

4 LIMITES PARA NOVO JULGAMENTO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COM RELAÇÃO À EVENTUAL REVISÃO DE EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE DO RÉU

Pode-se dizer que a mutação constitucional se justifica para preservar o espírito da Constituição, conferindo-lhe plasticidade ao dar novos sentidos e alcance às normas jurídicas, sem alteração de seu texto, a fim de adequá-las à realidade cambiante.

Observa Ingo Wolfgang Sarlet que a necessidade de mudança de sentido da norma para adequá-la aos novos tempos não é um problema exclusivamente constitucional, já que “o déficit de sinergia de um texto normativo com a realidade fática que busca captar e regular não se revela apenas ao nível do direito constitucional.” (SARLET, 2017, p. 214-215).

A mutação constitucional envidada pela interpretação do Poder Judiciário tem seu destaque na atuação do Supremo Tribunal Federal, na medida em que lhe permite adaptar o sentido da norma de acordo com as mudanças sociais, especialmente em sede de controle de constitucionalidade quando tem por competência dar a interpretação constitucional

repercussão (...). Disponível em: <https://www.portalt5.com.br/noticias/politica/2018/5/89165-mais-da-metade-dos-brasileiros-acreditam-que-decisoes-do-stf-tem-influencias-da-opinio-publica>, Acesso em: 4. abr. 2019.

terminativa sobre o assunto e orientar as demais instâncias subordinadas sobre a exegese prevalecente.

Trata-se de tema inquietante à luz do primado da Separação dos Poderes, vez que a cúpula do Judiciário passa a conferir a determinada norma jurídica interpretação diversa (ressignificação) da que anteriormente sufragava e sem que sua formulação normativa tenha sido alterada. Ou seja, com a alteração informal da Carta Constitucional, o Supremo Tribunal Federal assume tarefa incomum no regime democrático já que tem o condão de alterar por interpretação constitucional o sentido das normas constitucionais (e, por corolário, das infraconstitucionais); poder, ademais, de dar a palavra final sobre a existência e validade de uma norma.

Além de inquietante é um tema delicado já que ao promover a alteração informal o Tribunal pode incidir, em tese, em mutação inconstitucional por ofensa aos valores que conferem identidade à Carta de 1988, além do risco de invadir atribuição típica do Poder legislativo caso a interpretação envidada transborde os limites possíveis do texto ou inove a ordem jurídica.

Diante desse panorama volúvel, cabe fazer um exercício de reflexão para o cenário contemporâneo da alta Corte: está o Supremo Tribunal Federal condicionado a alguma restrição para empreender em curto espaço de tempo eventual novo julgamento sobre dispositivo que já fora objeto de resignificação (novo sentido) recente pela Corte⁷?

À primeira vista, a resposta ao questionamento pode parecer simplista, vez que conceitualmente a mutação constitucional se caracteriza por ser um procedimento informal e sem regramento normativo definido, com assento basicamente na mudança da percepção do direito e da realidade, não havendo, portanto, além da autocontenção da Corte maiores óbices procedimentais.

Contudo, mesmo inseridos na Sociedade da Informação em que espaço e o tempo sofrem compressão dinâmica e estabelecem ('aceleram') novos paradigmas comportamentais e culturais em decorrência de amplo acesso ao fluxo de informações que trafegam no espaço

⁷ Publicação de 4 abr. 2019, por Felipe Pontes – Repórter da Agência Brasil. Toffoli adia julgamento de ações sobre prisão após segunda instância. O Supremo já alterou algumas vezes o entendimento sobre o assunto, e desde 2016, na análise de uma liminar sobre o tema, por 6 votos a 5 foi autorizada o cumprimento de pena após a condenação em segundo grau da Justiça. Internamente, ministros avaliam que o adiamento alivia a pressão da opinião pública sobre o Supremo, uma vez que uma decisão contra a prisão em segunda instância poderia beneficiar o ex-presidente (...) Desde então, alterou-se a composição do plenário e ao menos um ministro, Gilmar Mendes, anunciou ter alterado seu entendimento, posicionando-se contra a prisão em segunda instância. O tema diz respeito a centenas de milhares de presos provisórios que aguardam o entendimento definitivo do Supremo em penitenciárias superlotadas. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/justica/noticia/2019-04/toffoli-adia-julgamento-de-acoes-sobre-prisao-apos-segunda-instancia>, Acesso em: 4 abr. 2019.

cibernético de forma instantânea, decisões judiciais (e mutações constitucionais) assentadas em mudança da percepção do direito e da realidade devem estar sujeitas à razoabilidade a fim de evitar desnecessário ativismo judicial.

Ou seja, na hipótese aventada ao reinterpretar o mesmo dispositivo constitucional em escasso lapso temporal (menos de 3 anos) para eventualmente alterar novamente seu entendimento sobre sensível tema (execução provisória de pena confirmada por acórdão penal condenatório proferido em grau recursal) estará o Supremo se convertendo em um Tribunal casuístico e comprometendo sua credibilidade perante a sociedade?

Por outro vértice de cunho pragmático: a sociedade brasileira será capaz de compreender a súbita inversão de valores do Tribunal e de seus Ministros (que são indicados e não eleitos) na eventual hipótese de nova mudança de entendimento?

E o que é mais grave: caso empreendido, em tese, a reinterpretação para alterar o sentido sobre a compatibilidade da execução provisória de pena privativa de liberdade após decisão confirmatória de órgão de segundo grau de jurisdição com o princípio da presunção de inocência, estar-se-ia perpetrando mutação inconstitucional ao ferir a garantia da segurança jurídica e a confiança do cidadão no Estado de Direito?

Como se infere do eventual e possível novo julgamento para enfrentamento do tema, embora autores como Uadi Lâmega Bulos defendam doutrinariamente não ser possível estabelecer limites (temporais ou materiais) para a mutação Constitucional (BULOS, 1996, p. 41) diante da ausência de comando neste sentido, necessário se faz referendar que cabe ao poder Judiciário e, por consequência, ao STF como guardião da Constituição garantir estabilidade ao sistema jurídico e às suas decisões colegiadas a fim de preservar sua autoridade.

Assim, embora os contornos de sentido e alcance semânticos possíveis do dispositivo constitucional (art. 5º, LVII, C.F) em questão possam ser revistos ou redimensionados, em tese, parece-nos que (presumindo-se mesma realidade política e social), ao menos parcialmente, os princípios fundamentais da segurança jurídica e da razoabilidade seriam feridos por contrariar os limites explícitos e implícitos da Carta Política.

Defende Anna Cândida da Cunha Ferraz (FERRAZ, 1986, p. 245) que devem ser consideradas inconstitucionais as mutações que violem tanto o texto como o espírito da Carta Constitucional e dentre as hipóteses possíveis a autora vislumbra ao menos as seguintes situações ilegítimas: (i) quando a mutação contrariar parcialmente o texto constitucional; (ii) ab-rogar ou derogar determinada norma constitucional; (iii) suspender temporariamente a

eficácia de normas constitucionais; (iv) produzir rupturas no ordenamento constitucional; e provocar mudança total da Constituição federal.

É de se acrescentar ainda que, em caso de nova reviravolta interpretativa, poderá restar maculado também o critério da legitimidade democrática (BARROSO, 2009, p.126) que se entende que deve amparar a mutação constitucional, vez que é inegável que permanece forte a demanda por justiça na sociedade brasileira para compatibilizar eficácia jurídica e social aos fins pugnados pelo estado democrático de direito e ao devido processo legal material, no intuito de solucionar conflitos e pacificar a sociedade.

Assim, a alteração dos valores culturais e a mudança da percepção do direito e da realidade brasileira que justificaram a partir de 2016 a atual interpretação da Corte com relação à constitucionalidade de execução provisória da pena privativa de liberdade do réu antes do trânsito em julgado permanecem na percepção da sociedade. Portanto, a mutação constitucional envidada carece de ser sedimentada no cenário jurídico, evitando-se tensões na ordem normativa.

Logo, revela-se contraditório, em caso de outro julgamento em exíguo intervalo de tempo, o STF alterar o sentido da sua própria interpretação envidada no tocante à possibilidade de execução provisória de pena com decisão condenatória de Tribunal 2ª instância, inclusive incidindo risco de transbordar para mutação inconstitucional dependendo da exegese adotada.

Com esse quadro de incertezas, seria de bom alvitre o Supremo aferir a conveniência e oportunidade de enfrentar novo julgamento e rediscussão do delicado tema diante da responsabilidade e consequências que pode ocasionar no contexto jurídico e social, vez que o Estado de direito não concede um ‘cheque em branco’ para se alterar informalmente normas constitucionais de forma casuística ou para que a Corte Constitucional interprete a Constituição de forma vacilante⁸.

⁸ Matéria veiculada em 7 de abril de 2018, sob o título: Juízes tomaram possibilidade de execução provisória como regra, diz Gilmar. Ao decidir em 2016 que as penas poderiam passar a ser cumpridas após recursos de segunda instância, o Supremo Tribunal Federal estava dizendo em possibilidade. Mas a leitura de juízes e desembargadores foi de que era uma determinação. Daí a necessidade de se repensar o tema. Assim pensa o ministro Gilmar Mendes, do Supremo Tribunal Federal, que falou sobre o tema em entrevista ao jornal português O Expresso. Gilmar disse que esse entendimento equivocado da classe dos juízes provoca a necessidade de se rediscutir. (...). Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-abr-07>. Acesso em: 10 abr. 2019.

CONCLUSÃO

Não obstante a ausência de previsão normativa para a alteração informal de seu texto em Cartas rígidas, como a Constituição Federal de 1988, é inegável a existência do fenômeno da mutação constitucional em sistemas jurídicos contemporâneos sendo amplamente reconhecida tanto pela doutrina nacional como a estrangeira.

Revela-se importante para garantir coesão e previsibilidade ao sistema jurídico referendar a corrente de pensamento majoritária, no sentido de se adotar parâmetros para a mutação constitucional ao respeitar os sentidos interpretativos possíveis do texto e os princípios fundamentais que lhe conferem identidade, incluindo-se o critério da legitimidade democrática, a fim de valorizar a força normativa à Constituição Federal de 1988.

Inseridos no contexto da Sociedade da Informação e das formas de comunicação socializante que lhe são ínsitas, reconhecer ser uma quimera julgamentos e decisões judiciais herméticas, completamente imparciais e isentas de influências externas advindas de setores organizados da sociedade e da opinião pública, principalmente em Tribunal com contornos políticos como o Supremo Tribunal Federal e, sobretudo quando altera a interpretação constitucional de determinado tema através de mutação com assento na mudança da percepção do direito e da realidade político-social.

Reconhecer que a sociedade brasileira, em legítimo exercício de cidadania, está a exigir que o Poder Judiciário imprima eficácia jurídica e social ao ordenamento jurídico e ao estado democrático de direito no intuito de solucionar conflitos e pacificar a sociedade.

A Corte Constitucional brasileira deve ponderar a conveniência e oportunidade de enfrentar novo julgamento para rediscussão e eventual alteração de interpretação constitucional levada a efeito em curto intervalo temporal, notadamente em tema de forte apelo social, sob o risco de macular a credibilidade do Poder Judiciário, a confiança do cidadão no Estado democrático de direito e por fim à própria autoridade da Corte Suprema.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. **We The People: Foundations**. Massachusetts: Harvard University Press, 1991.

BARROSO, Luís Roberto Barroso. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto Barroso. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo. **Introducción al Derecho Constitucional Comparado**. Tradução Héctor Fix Zamudio. México: Fondo de Cultura Económica, 1975.

BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo; ROZMARYN, Stefan. **La constitution comme loi fondamentale dans les états de l'Europe Occidentale et dans les états socialistes**. Turin: Institut Universitaire D'Études Européennes, 1966.

BULOS, Uadi Lâmega. Da Reforma à Mutação Constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 33, n. 129, jan/mar. 1996.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CASTELLS, Manuel. **A Era da informação: Economia, Sociedade e Cultura**. Tradução: Klaus Brandini Gerhardt e Roneide Venancio Mader. São Paulo: Paz e Terra, 1999. v. III. Fim do Milênio.

CASTELLS, Manuel. Compreender a Transformação Social. p.17/20. Artigo escrito para Conferência de 4 e 5 de Março de 2005, em Portugal-Lisboa, sobre o título: **Sociedade em Rede: do Conhecimento à Acção Política**, em Conferência promovida pelo Presidente da República Portuguesa, Jorge Sampaio, organizado por Manuel Castells e Gustavo Cardoso.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos Informais de Mudança da Constituição: Mutações Constitucionais e Mutações Inconstitucionais**. São Paulo: Max Limonad, 1986.

GARCIA-PELAYO, Manuel. **Derecho constitucional comparado**. Madrid: Revista de Occidente, 1951.

HESSE, Konrad. **Escritos de Derecho Constitucional**. Tradução de A. Gallego Anabitarte. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

MIRANDA, Jorge. **Teoria Do Estado E Da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

PEDRA, Adriano Sant`Ana. A Constituição brasileira e suas mutações em 30 anos de vida. **Revista do Advogado**, n.140, nov. 2018.

PINTO FERREIRA, Luis. **Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971. v. 1.

SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SANTOS, Carlos Victor Nascimento dos. Reconstruindo o conceito de mutação Constitucional. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, v. 7, n. I, p. 80-91, 2015.

TEIXEIRA, J. H. Meirelles. **Apostilas de Direito Constitucional**. São Paulo: FADUSP, 1961.

WHEARE, Karl C. **Modern Constitutions**. London: Oxford University Press, 1973.

Referências digitais

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=181641>. Acesso em: 4 abr. 2019.

<https://oglobo.globo.com/brasil/em-quatro-anos-lava-jato-ja-alcancou-14-partidos-22569538>. Acesso em: 2 abr. 2019.

<https://www.portalt5.com.br/noticias/politica/2018/5/89165-mais-da-metade-dos-brasileiros-acreditam-que-decisoes-do-stf-tem-influencias-da-opinioao-publica>. Acesso em: 4 abr. 2019.

<http://agenciabrasil.ebc.com.br/justica/noticia/2019-04/toffoli-adia-julgamento-de-acoessobre-prisao-apos-segunda-instancia>. Acesso em: 4 abr. 2019.

<https://www.conjur.com.br/2018-abr-07>. Acesso em: 10 abr. 2019.