



UNIVERSIDADE FEDERAL RURAL DO SEMI-ÁRIDO
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS E HUMANAS
CURSO DE DIREITO

LARISSA NOGUEIRA DE MORAIS GOMES

**MUTAÇÃO (IN)CONSTITUCIONAL: A POSSIBILIDADE
DE SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA
POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO
CONSOANTE O HABEAS CORPUS N.º 126.292/SP**

MOSSORÓ/RN
2019

LARISSA NOGUEIRA DE MORAIS GOMES

**MUTAÇÃO (IN)CONSTITUCIONAL: A POSSIBILIDADE DE
SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR
TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO
CONSOANTE O HABEAS CORPUS N.º 126.292/SP**

Artigo Acadêmico que será apresentado a
Universidade Federal Rural do Semi-Árido
– UFERSA, Centro de Ciências Sociais
Aplicadas e Humanas como parte dos
requisitos para obtenção do título de
Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Rodrigo Vieira Costa

MOSSORÓ/RN
2019

LARISSA NOGUEIRA DE MORAIS GOMES

**MUTAÇÃO (IN)CONSTITUCIONAL: A POSSIBILIDADE
DE SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA
CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU
DE JURISDIÇÃO CONSOANTE O HABEAS CORPUS N.º
126.292/SP**

Artigo Acadêmico que será apresentado a
Universidade Federal Rural do Semi-Árido
– UFERSA, Centro de Ciências Sociais
Aplicadas e Humanas como parte dos
requisitos para obtenção do título de
Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Rodrigo Vieira Costa

APROVADA EM: _____ / _____ / _____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Rodrigo Vieira Costa (UFERSA)
Presidente

Prof. Dr. Ulisses Levy Silvério dos Reis (UFERSA)
Primeiro Membro

Prof. Me. Ramon Rebouças Nolasco de Oliveira (UFERSA)
Segundo Membro

AGRADECIMENTOS

Agradeço, inicialmente, a Deus, pelo Seu amparo e proteção, pela Sua infinita misericórdia e o por Seu amor incondicional para comigo.

Aos meus pais, Teresinha Nogueira da Silva e José Morais Neto, pelo incentivo, apoio e amor concedido a mim. Eu sou eternamente grata por tudo que vocês já fizeram por mim, e agradeço a Deus por permitir que vocês estejam presentes neste momento tão importante para a minha formação.

As minhas irmãs, Luana Jordana Morais e Lorena Nogueira de Morais.

Ao meu esposo, Emanuel Gomes Alves, por se fazer presente em todos os momentos da minha vida, me incentivando e me auxiliando no que for preciso.

A Universidade Federal Rural do Semi-Árido (UFERSA), pela oportunidade a mim concedida.

Aos docentes do curso de Direito da UFERSA, por ter proporcionado a mim um ensino de qualidade que me auxiliará na minha formação profissional.

Ao Prof. Dr. Rodrigo Vieira Costa, pela orientação, pela disponibilidade e pelo auxílio na elaboração deste trabalho.

Aos meus amigos do curso de Direito UFERSA, que fizeram parte da minha formação.

A todos que direta ou indiretamente me ajudaram durante a graduação, muito obrigada.

Dedico este trabalho a Deus, aos meus pais, às minhas irmãs e ao meu esposo que me ajudaram durante esta trajetória.

*Não to mandei eu? Esforça-te, e tem bom
ânimo; não temas, nem te espantes;
porque o Senhor teu Deus é contigo, por
onde quer que andares.*

Bíblia Sagrada; Josué 1:9

MUTAÇÃO (IN)CONSTITUCIONAL: A POSSIBILIDADE DE SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO CONSOANTE O HABEAS CORPUS N.º 126.292/SP

(IN)CONSTITUTIONAL MUTATION: THE POSSIBILITY OF CRIMINAL JUDGMENT OF CONVICTION WAS CONFIRMED BY COURT OF SECOND DEGREE OF JURISDICTION DEPENDING ON THE HABEAS CORPUS N.º 126.292/SP

Larissa Nogueira de Moraes Gomes

Resumo: Trata do instituto que modifica a norma constitucional de modo informal, a mutação constitucional. Objetiva compreender a mutação constitucional e realizar uma análise do Habeas Corpus 126.292, a fim de verificar a possibilidade da execução antecipada da pena diante do que dispõe o art. 5º, LVII, da Constituição Federal de 1988. Utiliza como metodologia bibliográfica, doutrinária, legislativa e jurisprudencial. Constata a aceitação da Mutação Constitucional através do Poder Constituinte Difuso. Assim também, demonstra a oposição dos constitucionalistas com relação   manifestação atual majoritária do Supremo Tribunal Federal na aplicação da mutação constitucional no artigo 5º, LVII, da Constituição Federal de 1988. A temática proposta é de extrema relevância, pois se trata de acontecimento recente no âmbito do direito com a ponderação do princípio da presunção de inocência através da modificação do sentido do texto. O resultado central do estudo demonstra que a mutação constitucional é um processo que visa atribuir efetividade e adaptação das normas às exigências sociais, e que deve ser utilizada respeitando os limites constitucionais. Verifica-se também a inconstitucionalidade da aplicação da mutação constitucional no HC 126.292.

Palavras-chave: Interpretação do Texto. Mutação Constitucional. Habeas Corpus 126.292.

Abstract: About the Institute that modifies the constitutional standard of informally, the constitutional mutation. Objectively understand the constitutional mutation and perform an analysis of Habeas Corpus 126,292, in order to verify the possibility of early implementation of the penalty in front of the art. 5º, LVII, of the Federal Constitution of 1988. Uses as bibliographical methodology, judicial, legislative and doctrinal. Notes the acceptance of Constitutional Mutation through the constituent power Diffused. So too, demonstrates the affixing of the constitutionalists in relation to the current rally a majority of the Supreme Court in the application of the constitutional mutation in the article 5, LVII, of the Federal Constitution of 1988. The subject proposal is of the utmost importance, since it is of recent development in the law with the weighting of the principle of presumption of innocence by modifying the meaning of the text. The central result of the study shows that the constitutional mutation is a process that seeks to assign effectivity and adaptation of social requirements and standards that must be used in compliance with the constitutional limits. There is also the unconstitutionality of applying the constitutional mutation in the HC 126,292.

Keywords: Interpretation of the text. Constitutional mutation. Habeas Corpus 126.292.

1 INTRODUÇÃO

O Poder Constituinte Difuso se manifesta pelas mutações constitucionais. Incumbe a este Poder a alteração da Constituição de modo informal através da semântica da norma, sem que haja modificação alguma do texto constitucional, atribuindo nova interpretação que anteriormente não era considerada. A mutação constitucional é utilizada para suprir o caráter dinâmico da ordem jurídica, assumindo novos sentidos, sem a necessidade da atuação do Poder Constituinte Decorrente Reformador.

Nesta perspectiva, o presente estudo tem por finalidade compreender o instituto da mutação constitucional no ordenamento jurídico, inclusive, levando em consideração a constante atuação do Supremo Tribunal Federal (STF), que vem sendo alvo de críticas entre vários estudiosos do direito. Por essa razão, o presente artigo tem a intenção de identificar a atuação do órgão máximo do Poder Judiciário, por meio da análise de um caso prático, sendo este o Habeas Corpus (HC) 126.292/SP.

O Habeas Corpus 126.292/SP versa sobre o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal quanto à possibilidade de execução provisória do acórdão penal condenatório, proferido em segunda instância, sem que seja necessário o trânsito em julgado. Contudo, esse entendimento adotado pelo órgão máximo do Poder Judiciário é contrário ao direito fundamental positivado no art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal de 1988, o qual menciona que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, o denominado de princípio da presunção de inocência ou princípio da não culpabilidade.

A argumentação utilizada pelo relator Teori Zavascki no Habeas Corpus 126.292 para a possibilidade de execução provisória de acórdão penal condenatório em grau de apelação, mesmo que possa haver recurso especial ou recurso extraordinário, é que não compromete o princípio da presunção de inocência. Já que no juízo de apelação, na via ordinária, está terminantemente exaurida a apreciação de fatos e provas do caso concreto, com a fixação da culpabilidade penal do acusado, por outro lado, os recursos de natureza extraordinária não configurariam desdobramentos do duplo grau de jurisdição, já que não há apreciação de matérias de fatos e provas, ficando restrita a análise de questões de direito.

Além disso, no Habeas Corpus supra, o Ministro Luís Roberto Barroso apresentou, na parte I, tópico III, a alegação de ocorrência da mutação constitucional no

5º, LVII da Constituição Federal (CF) de 1988 e afirmou que no cenário atual a leitura mais conservadora e extremada do princípio da presunção de inocência não é justificada, sendo necessário garantir a efetividade da lei penal em prol dos bens jurídicos que ela visa resguardar.

Diante do exposto, o presente artigo irá versar a respeito das seguintes questões: o conceito de mutação constitucional trazendo a distinção entre mutação constitucional e reforma constitucional; as características; as modalidades; e a diferença entre a mutação constitucional e a mutação inconstitucional no ordenamento jurídico.

Em seguida, será exposta a conceituação do princípio da presunção de inocência no ordenamento jurídico brasileiro, a fim de demonstrar sua importância no direito brasileiro. Após isso, será destacada a constante modificação de entendimento do Supremo Tribunal Federal no tocante a esse princípio constitucional, e realizaremos uma análise do Habeas Corpus 126.292 no tocante à aplicabilidade da mutação constitucional no caso concreto, expondo o entendimento de vários constitucionalistas, se posicionando a favor e contra a incidência da mutação constitucional no art. 5º, LVII da Constituição Federal de 1988.

Posto isso, concluímos que o Poder Constituinte Difuso na atividade jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal deve ser utilizado com a devida observância aos princípios e às normas constitucionais, além de respeitar os limites estabelecidos na Constituição Federal de 1988, a fim de que estes não sejam contrariados, e não haja instabilidade na ordem jurídica. Visualizou-se ainda a impossibilidade de execução antecipada da pena face o princípio da presunção de inocência. A metodologia utilizada no artigo foi bibliográfica, doutrinária, legislativa e jurisprudencial.

2 MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

O fenômeno informal da mutação constitucional pode ser conceituado como um instrumento que atualiza as manifestações do Poder Constituinte Originário e Derivado, por meio da alteração da semântica da norma constitucional, sem qualquer modificação no texto escrito, porquanto almeja a efetividade dos dispositivos constitucionais, proporcionando dinamismo ao sistema jurídico. Hsü Dau-lin (1998, p. 29) conceitua a mutação constitucional como uma incongruência que existe entre as normas constitucionais e a realidade constitucional.

Bulos (2014, p. 434) realiza uma comparação entre os Poderes Originário, Derivado e Difuso, mencionando que o Poder Constituinte Originário é uma potência, pois faz com que a Constituição seja criada. Já o Poder Constituinte Derivado pode ser visto como uma competência, pois reforma o texto originário, e por fim o Poder Difuso seria uma força invisível, que modifica o texto sem alterar uma vírgula, permanecendo intacto, alterando apenas o sentido. O Poder Constituinte Difuso seria invisível, segundo esse autor, porque só apareceria quando fosse necessário para ser exercido pelos órgãos constitucionais, a fim de que fosse garantida a efetividade da Constituição.

Contudo, essa definição de “força invisível” pode ser considerada contraditória. Pois a interpretação constitucional não é exercida apenas pelos órgãos constitucionais, o qual aparece quando for necessário, mas é uma atividade que diz respeito a todos. Todo aquele que vive regulado por uma norma e que vive nesse contexto é, indireta ou, até mesmo diretamente um intérprete dessa norma. Logo, deve estar presente a participação dos grupos sociais bem como o próprio indivíduo, os quais podem ser considerados intérpretes constitucionais. (HÄBERLE, 1997, p. 24). Diante disso, não deve haver limitação quanto ao exercício da interpretação constitucional, nos seguintes termos:

Limitar a hermenêutica constitucional aos intérpretes “corporativos” ou autorizados jurídica ou funcionalmente pelo Estado significaria um empobrecimento ou um autoengodo. De resto, um entendimento experimental da ciência do Direito Constitucional como ciência de normas e da realidade não pode renunciar à fantasia e à força criativa dos intérpretes “não corporativos”. (HÄBERLE, 1997, p. 34).

Além disso, a mutação constitucional consiste em um processo informal de mudanças das Constituições consideradas rígidas, por meio das tradições, dos costumes, de alterações empíricas e sociológicas, pela interpretação judicial e pelo ordenamento de estatutos que afetem a estrutura orgânica do Estado (SILVA, 2010, p. 61-62). As manifestações do Poder Constituinte Difuso ocorrem por meio de acontecimentos sociais, econômicos, políticos e culturais, de modo que o texto constitucional esteja acompanhando e se adaptando às exigências sociais.

No âmbito constitucional, quando ocorre a incidência da modificação da semântica do texto, sem alteração do que está escrito, há o fenômeno da mutação constitucional. Entretanto, o novo entendimento do texto não deve contrariar os princípios que norteiam a legislação máxima e devem encontrar base nas palavras empregadas pelo Constituinte Originário (MENDES, 2017, p. 132). Sendo assim, a

mutação constitucional é vista como um meio em que se altera o sentido e o alcance do texto constitucional sem violar-lhe a letra e o espírito, pois essa modificação não deve contrariar a Constituição (FERRAZ, 2015, p. 10).

Vale destacar que esse Poder é intitulado difuso porque não vem formalizado nas constituições, contudo está presente nos ordenamentos jurídicos (BULOS, 2014, p. 434). As modificações evidenciadas por meio da mutação constitucional são de caráter interpretativo: o texto segue intacto, mas a leitura sofre os impactos renovadores da nova interpretação, fazendo com que o texto seja o mesmo, mas o sentido que dele se extrai se altera (MASSON, 2016, p. 155).

A mutação constitucional está posta em um espaço progressivo de realidade social, que permite uma comparação entre o passado e presente, a fim de seja possível identificar o sentido que a norma tinha no momento da criação e o sentido que o texto passou a ter diante da nova realidade social, e que para realizar essa análise seria imprescindível observar o contexto social e político em que estava inserida quando foi criada, e à situação social circundante, para que possa se realizar uma comparação entre ambos os momentos (SANTOS, 2015, p. 81).

Diante dos conceitos expostos, a mutação constitucional é vista como um processo informal de alteração da norma, que ocorre sem que haja revisões ou emendas, por meio da modificação do significado do dispositivo, sem qualquer mudança no texto escrito. Isso advém da característica dinâmica da ordem jurídica, a fim de que a Constituição esteja de acordo com as transformações da sociedade.

A mutação constitucional se distingue da reforma constitucional, porquanto esta é um meio que altera a Constituição através de atos voluntários e intencionais pelos legitimados, porém a primeira está relacionada a modificações promovidas por influências sociais, políticas ou culturais que exercem influências sobre o direito. A distinção entre “reforma constitucional” (*Verfassungänderung*) e “mutação constitucional” (*Verfassungswandlung*) foi estabelecida por Paul Laband. A última expressão foi utilizada para denominar a mudança do significado da Constituição, sem alteração do texto normativo (URRUTIA, 2010, p. 105-135).

A Constituição Federal do Brasil de 1988 é considerada rígida, quanto à sua estabilidade, porém mesmo assim é sujeita aos processos de modificações, seja por meio formal ou informal. A formal se manifesta através da reforma constitucional, procedimento estabelecido nas normas constitucionais, sendo esta a regra do sistema

jurídico. Já a informal se dá por meio da mutação constitucional, mecanismo que permite a transformação do sentido, sem alteração do texto legal (BARROSO, 2009, p. 123).

A reforma constitucional, realizada pelo Poder Constituinte Derivado Reformador, está prevista no art. 60 da Constituição Federal de 1988, permitindo que por meio das emendas constitucionais advenha a modificação do texto constitucional, desde que esteja respeitando as limitações constitucionais, expressas e implícitas, constituindo assim uma forma de reformar o texto, porém tem como característica a subordinação ao Poder Constituinte Originário. Como explica Moraes (2017, p. 486-487):

Se houver respeito aos preceitos fixados pelo art. 60 da Constituição Federal, a emenda constitucional ingressará no ordenamento jurídico com status constitucional, devendo ser compatibilizada com as demais normas originárias. Porém, se qualquer das limitações impostas pelo citado artigo for desrespeitada, a emenda constitucional será inconstitucional, devendo ser retirada do ordenamento jurídico através das regras de controle de constitucionalidade, por inobservarem as limitações jurídicas estabelecidas na Carta Magna.

Sendo assim, é notória a diferença entre os termos mutação constitucional e reforma constitucional. Já que a mutação constitucional provém de uma manifestação do Poder Constituinte Difuso que altera informalmente os preceitos constitucionais, sem que haja a alteração do texto, modificando apenas o sentido, enquanto a reforma constitucional utiliza-se do Poder Constituinte Decorrente Reformador que modifica a Constituição através de meios formais, alterando propriamente o texto escrito e a sua semântica, atualizando a manifestação do Poder Constituinte Originário, atuando com a finalidade de promover a continuidade constitucional.

A mutação constitucional é um meio de adequar a norma constitucional à realidade vigente, garantindo a estabilidade do texto constitucional, nesses termos:

O ponto-chave da questão reside no fato de se conciliar estabilidade, rigidez constitucional e mudança. Percebe-se, pois, que, ao mesmo tempo em que se transforma a realidade constitucional adequando-a as transformações sociais, garante-se a estabilidade do texto, pois há maior aderência da comunidade aos preceitos constitucionais. E se a constituição, como organismo vivo que é, deve atender aos anseios da comunidade à qual serve, é imprescindível que obtenha aderência popular por meio de legitimação social. Nem a rigidez do texto constitucional impede a aparição de mutações. Pelo contrário, quanto mais rígido for o texto, mas se encontrarão mecanismos informais de mudança, já que as exigências formais se apresentam em quantidade significativa (ARAÚJO; SAMPAIO, 2012, p. 279).

Quando a mutação constitucional é realizada no ordenamento jurídico promove a adequação da norma jurídica à realidade vigente, aos anseios sociais, além de garantir a estabilidade do texto, já que a norma permanece inalterada na escrita, contudo, é

modificada com relação ao sentido textual. Além do mais, a Constituição Federal é vista como um organismo vivo que deve atender aos anseios sociais, e para que isso ocorra esta pode ser sujeita a alterações formais e informais em seu texto, sendo que a segunda alteração ocorre por meio das mutações constitucionais.

2.1 As características das mutações constitucionais

As mutações constitucionais realizadas pelo Poder Constituinte Difuso possuem características próprias. Podendo ser apontadas as seguintes: (1) trata-se de um processo informal que (2) acontece de modo lento e não intencional, (3) envolve uma mudança de interpretação que altera ou modifica o sentido de uma norma constitucional, mas (4) não altera o texto nem contraria a Constituição (TEIXEIRA; NASCIMENTO, 2017, p. 442).

Consoante Kubliskas (2009, p. 80), as características da mutação constitucional são: (1) Informalidade, pois estão presentes na Constituição Federal processos formais para que sejam realizadas alterações no seu texto, ocorre que a mutação não está estipulada como um desses processos formais, motivo pelo qual é considerada pela doutrina como um processo informal de mudança da Constituição, ou seja, não inserindo naqueles previstos expressamente na Constituição; (2) Pluralidade de agentes, já que pode se realizada tanto pelos poderes responsáveis por interpretar a Constituição, quais são Executivo, Legislativo e Judiciário, quanto pela sociedade, grupos de pressão, agentes estatais e construções feitas por juristas; (3) Distanciamento no tempo, tendo em vista que ocorre de maneira lenta, em certos momentos separados cronologicamente; (4) Manutenção do texto e modificação da norma: a mutação constitucional consiste na mudança do significado, alcance e sentido de certa norma constitucional, sem, contudo alterar seu texto escrito (5) Sujeição a limites: serão tidas como legítimas quando desenvolvidas para atualizar ou completar as normas escritas, porém não pode ir contra as normas constitucionais, pois nesse caso serão tidas como mutações inconstitucionais.

Bulos (1997, p. 133) menciona também algumas características das mutações constitucionais, entre as quais: (1) obrigatoriedade, já que a interpretação constitucional judicial é obrigatória, porque o Magistrado não poderá furtar-se à missão de julgar litígios, no papel do controle de constitucionalidade das leis e, também, do controle de constitucionalidade da atuação do legislador ordinário, que interpreta de igual modo o Texto Maior, para elaborar as leis de aplicação constitucional; (2) primariedade, pois tal modalidade de interpretação ocorre por provocação, dada a máxima *nemo iudex sine*

actore, implicando dizer que ela é realizada através de processo judicial; (3) e, por fim, definitiva, sendo essa característica própria das Cortes Constitucionais, que possuem autoridade final para decidir litígios, dando a última palavra sobre a matéria submetida a seu crivo.

Além disso, cabe destacar que a mudança informal no texto constitucional não é um acontecimento programável ou planejado, pois a mutação constitucional é espontânea e imprevista, já que não é provocado pela ação do homem, caso seja planejada não será mutação constitucional. Os juízes podem proferir decisões paradigmáticas, alegando a tese da mutação constitucional. Mas, se o fenômeno inexistir, de nada adianta o magistrado dizer o contrário (BULOS, 2014, p. 232).

2.2 Modalidades das mutações constitucionais

A alteração das normas constitucionais ocorre por meio das modalidades de mutação constitucional. Contudo, vale salientar que não há uma uniformidade doutrinária em relação a quais são as modalidades de mutação constitucional e quantas são. Em decorrência disso, cada autor evidencia quais são os modos de se realizar uma mutação constitucional. Desse modo, será apresentado o entendimento de alguns juristas a fim de identificar quando é possível realizar uma mutação constitucional.

Consoante Hsü Dau-Lin (1998, p. 31), são quatro as modalidades: I- por meio de prática que não viola formalmente a Constituição; II- por impossibilidade do exercício de determinada atribuição constitucional; III- em decorrência de prática que viola preceitos constitucionais; IV- através da interpretação. Na primeira modalidade, a mutação constitucional pode ocorrer por meio de uma prática estatal que não contradiz formalmente o texto constitucional. Na segunda modalidade, pode haver uma mutação constitucional devido à impossibilidade do exercício de determinados sujeitos, de modo que os artigos da Constituição deixassem de corresponder à realidade jurídica. Já na terceira modalidade, há uma mutação constitucional em decorrência de uma prática que contradiz a Constituição, seja pela legislação ordinária, seja pela regulamentação de órgãos superiores do Estado ou por sua prática efetiva. A última modalidade ocorre por meio da interpretação, na medida em que os preceitos da Constituição regulam outras circunstâncias além daquelas previamente imaginadas.

Jellinek (2011, p. 32) determina que são quatro as modalidades de mutação da Constituição:

- a) Por atividade legislativa;
- b) Por práticas judiciais;
- c) Por práticas administrativo-governamentais;
- d) Por desuso das faculdades estatais.

Já Bulos (2014, p. 437) afirma também que são quatro formas que podem ocasionar mutações constitucionais, contudo salienta que é impossível enumerar todas as hipóteses em que os dispositivos de uma constituição sofrem mudanças no seu sentido, significado e alcance, sem alterar a forma prescrita pela manifestação originária:

- a) A interpretação em suas diversas modalidades e métodos;
- b) A construção constitucional;
- c) As praxes constitucionais;
- d) As influências dos grupos de pressão.

É perceptível que cada autor aborda as modalidades das mutações constitucionais de maneira distinta, fazendo com que existam várias hipóteses previstas, porém, as modalidades que são mais enfatizadas doutrinariamente são aquelas que ocorrem por meio da interpretação e da utilização dos costumes (GOMIDE, 2017, p. 8).

2.3 Mutações manifestamente inconstitucionais

As mutações manifestamente inconstitucionais são modificações que violam e ameaçam a Constituição, por não cumprir com a finalidade de adequar o texto à realidade social. Diferentemente das mutações constitucionais que são modificações as quais ocorrem dentro dos limites constitucionais, que não alteram a letra e nem o espírito da constituição, adaptando a realidade vigente, atribuindo um novo sentido. Sendo assim, em oposição às mutações constitucionais existem as mutações inconstitucionais.

Bulos (2014, p. 440) traz como exemplo de mutação inconstitucional a nomeação decretada sem observância às formalidades da lei, utilizando-se da investidura indevida do Marechal Floriano Peixoto, então vice-presidente, na Presidência da República, que violou o art. 42 da Constituição de 1891, pois o Congresso Nacional permitiu que o Marechal assumisse a chefia interina do Executivo, embora a renúncia do primeiro

Presidente tenha ocorrido antes mesmo de findar o prazo de dois anos.

Ferraz (2015, p. 244) faz menção sobre alguns exemplos de incidência das mutações inconstitucionais que violam a Constituição:

As violações à Constituição assumem forma variada. Impossível registrá-las todas. Mencionem-se, portanto, algumas delas: as interpretações constitucionais legislativa, judicial e administrativa que, ao atuarem, contrariam a Constituição; as práticas ou costumes *contra constitutionem* - processos esses que se contrapõem aos de mutação constitucional em razão das falhas apontadas. De outro lado, agrupam-se processos, violentos ou não, que podem ou não, ter, no início, base constitucional e que provocam, como resultado, mutações inconstitucionais multifárias: suspensão da Constituição, ilegitimidade do exercício do poder ou, como ultima ratio, a supressão da Constituição. Esses processos são examinados pela doutrina sob titulação variada: golpes de estado, ditaduras, revoluções.

Sendo assim, as mutações inconstitucionais assumem formas diversas e, por isso, torna-se impossível a menção de todas, sendo destacável entre os juristas apenas algumas. Contudo, ocorre a identificação desta quando há contrariedade à Constituição.

Além disso, por mais que existam riscos na interpretação constitucional, através do processo informal de mudança da Constituição, estes não devem ser justificativas para que as leis deixem de ser interpretadas com larga visão de sentido e alcance, pelos meios difusos de modificação constitucional. Já que os textos constitucionais precisam de interpretação, sob pena de não advir a adaptação das normas aos acontecimentos sociais, históricos, políticos, religiosos e econômicos. Diante disso, um dos maiores desafios para o aplicador do Direito é a interpretação constitucional, pois constitui o coração dos debates constitucionais. (BULOS, 2014, p. 440).

Barroso (2009, p. 128), com relação às mutações inconstitucionais, se manifesta da seguinte forma:

As mutações que contrariem a Constituição podem certamente ocorrer, gerando mutações inconstitucionais. Em um cenário de normalidade institucional, deverão ser rejeitadas pelos Poderes competentes e pela sociedade. Se assim não ocorrer cria-se uma situação anômala, em que o fato se sobrepõe ao Direito. A persistência de tal disfunção identificará a falta de normatividade da Constituição, uma usurpação de poder ou um quadro revolucionário. A inconstitucionalidade, tendencialmente, deverá resolver-se, seja por sua superação, seja por sua conversão em Direito vigente.

Sendo assim, uma adaptação de sentido que contrarie o texto da Constituição deixa de ser uma mutação constitucional para se tornar uma mutação inconstitucional. Já que as mutações inconstitucionais desrespeitam a letra e o espírito da Constituição, podendo acarretar transformações transitórias, permanentes, ou até mesmo a suspensão da produção dos efeitos da norma constitucional. Essas alterações ao invés de adaptar a Constituição às reivindicações sociais danificam a sua estabilidade e provocam alterações que podem ocasionar a sua destruição.

As mutações constitucionais, por sua vez, possuem o objetivo de adaptar o texto modificando o seu entendimento para que a norma acompanhe a evolução da sociedade. Frisando-se que não se trata de uma violação à Constituição, mas é um meio para que a Constituição seja alterada a fim de que seja efetiva diante das exigências sociais.

3 A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A garantia da presunção de inocência ou da não culpabilidade está prevista no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal. Esse inciso estabelece que ninguém pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Com base nessa disposição constitucional, o réu é considerado inocente durante todo o processo, e somente pode ser considerado culpado caso seja devidamente comprovado nos autos a sua culpabilidade, esgotadas todas as possibilidades de recursos, ou, como se formula na linguagem jurídica, após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Por mais que o artigo se refira a processos penais, a sua amplitude é maior incluindo processos cíveis e administrativos.

A semântica do texto constitucional é clara e estabelece um marco temporal para o afastamento da presunção da inocência: o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Há quem defenda que não se trata de um princípio constitucional, mas de uma regra, por ser um mandamento constitucional objetivo que se expressa em um direito fundamental:

A vedação do uso de provas ilícitas e a presunção de inocência são duas normas de direitos fundamentais cujo caráter estrutural-aplicativo se constitui em mandamento de definição, sua aplicabilidade independe de quaisquer circunstâncias; ou o ato se conforma à norma e por ela é referendada, ou a desobedece e por ela é rejeitada. A tradição verbal nomeia-as de princípios – com o caráter semântico de mandamento nuclear do sistema – mas, na terminologia de Alexy, ambas são regras, logo, não são passíveis de ponderação pelo julgador (RUTIS, 2017, p. 40).

A presunção de inocência decorre de garantias constitucionais, tais como: o devido processo legal; o contraditório e a ampla defesa; a dignidade da pessoa humana e o *in dubio pro reo* (BULOS, 2014, p. 714). Sendo assim, o princípio da presunção de inocência é uma garantia processual basilar no Estado de Direito, sendo um instrumento limitador do poder estatal que garante a proteção da dignidade da pessoa humana.

Todavia, o Supremo Tribunal Federal por meio do Habeas Corpus 126.292 utilizando-se do instituto da mutação constitucional modificou o sentido do princípio da presunção de inocência estabelecido na Constituição Federal de 1988, julgando que a

partir daquele momento o texto constitucional deveria ser entendido que a culpabilidade do acusado é auferida a partir da sentença penal condenatória proferida em segunda instância, e que a partir desse momento pode se iniciar a execução provisória da sentença, mesmo sem o trânsito em julgado. Essa decisão do órgão máximo do judiciário foi e ainda está sendo alvo de críticas e questionamentos entre os estudiosos do direito, e por isso o presente artigo pretende analisar a decisão proferida, bem como demonstrar o impacto causado pela recente mudança de interpretação do Supremo, a fim de visualizar se cabe ou não a aplicação da mutação constitucional nesse caso concreto.

4 A MODIFICAÇÃO CONSTANTE DO ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E O TRÂNSITO EM JULGADO

A alteração constante na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é notória com relação ao princípio da presunção de inocência e a noção do trânsito em julgado. Desde 1991 até 2009, o entendimento era que não havia impedimento da execução da pena após a confirmação de sentença penal condenatória. Todavia, em 2009, esse entendimento foi modificado, e posteriormente de novo em 2016.

Logo após a promulgação da Constituição Federal de 1988, na vigência desta, oito ministros decidiram de modo unânime no HC 68.726 pelo entendimento de que o art. 5º, LVII, CF/88 permite a execução antecipada da pena.

Posteriormente, em 05 de fevereiro de 2009 por meio do HC 84.078, por maioria, esse entendimento foi modificado em favor da leitura literal do art. 5º, LVII, entendendo que a execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da sentença condenatória contraria o princípio da presunção de inocência, sendo inconstitucional a chamada “Execução antecipada da pena” ressalvada a possibilidade de prisão cautelar, nas hipóteses do Código de Processo Penal. Veja-se a ementa do acórdão:

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. Engloba 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. [...] 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 (BRASIL, 2009, p. 1048, grifou-se em negrito).

Entretanto, ainda 2013, no julgamento da Ação Penal 470, caso do mensalão, admitiu a figura do trânsito em julgado parcial de condenação criminal. Posteriormente, referendando este posicionamento o Supremo Tribunal Federal, em 2016, modificou o entendimento jurisprudencial, em decisão polêmica, por meio do HC 126.292, que retornou após sete anos, desde 2009, o entendimento que vigorava em 1991, 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. Através dos precedentes do Supremo Tribunal Federal compreender de modo claro à alteração constante do posicionamento do órgão máximo do Poder Judiciário:

Quadro 01 – Precedentes do Supremo Tribunal Federal com relação à possibilidade da execução provisória em segunda instância:

PRECEDENTES	DATA DO JULGAMENTO	PLACAR	É cabível a execução provisória de acórdão penal condenatório ainda que sujeito a REsp e RE?
HC 68.726 — leading case	28.06.1991	8 x 0	SIM
HC 84.078 — viragem jurisprudencial	05.02.2009	7 x 4	NÃO
HC 126.292 — depois de 7 anos, restabeleceu-se o entendimento anterior	17.02.2016	7 x 4	SIM
ADCs 43 e 44 — medida cautelar	05.10.2016	6 x 5	SIM

ARE 964.246	10.11.2016	6 x 4	SIM
HC 152.752 — caso “Lula”	05.04.2018	6 x 5	SIM

Fonte: Lenza (2019, p. 1930-1931)

A linha de argumentação utilizada no Habeas Corpus 126.292/SP foi mantida na apreciação da medida cautelar nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) 43 e 44, nas quais se requer a declaração de constitucionalidade do art. 283 do CPP (LENZA, 2019, p. 1925), o qual tem a seguinte redação dada pela Lei n. 12.403/2011: “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”. Em seguida no Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 964.246 reafirmou o entendimento do HC 126.292/SP e das ADCs 43 e 44.

De igual modo, no Habeas Corpus 152.752, julgamento de ampla repercussão envolvendo o ex-presidente da República Lula, foi mantido o entendimento, com votação acirrada de 6 contra 5 votos, firmado nos precedentes anteriores, consoante demonstrado na tabela. O julgamento de mérito das ADCs 43 e 44 atualmente se encontra pendente de apreciação pelo Supremo Tribunal Federal.

Por conseguinte, diante do exposto, é visível a identificação de que houve três modificações de entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal no tocante a aplicação do princípio da presunção de inocência em três períodos relativamente curtos (1991; 2009 e 2016). A partir do entendimento adotado no HC 126.292 em 2016 o Supremo vem adotando a tese no sentido de se admitir a execução provisória da pena. Sendo assim, diante do evidenciado a constância de alteração no entendimento do art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal promove instabilidade na norma constitucional.

5 ANÁLISE DO ACÓRDÃO DO HABEAS CORPUS 126.292

Inicialmente, antes de realizar a análise do HC 126.292 cabe mencionar que a seleção deste ocorreu diante do interesse de apresentar um caso que aplicasse o instituto da mutação constitucional pelo Poder Judiciário, especificamente pelo Supremo Tribunal Federal que se utiliza do instituto da mutação constitucional com mais frequência. Porém, no caso do HC 126.292 existem entendimentos que a aplicação é incorreta e

inconstitucional, pois haveria uma contrariedade literal do que está escrito originariamente na Constituição Federal de 1988, havendo uma regressão ao entendimento adotado por este órgão, e não uma adaptação da Constituição aos anseios sociais. Por isso, esse caso foi evidenciado nesse artigo a fim de tratar de questões como: a argumentação utilizada pelos ministros; a argumentação utilizada pelo Ministro Luís Roberto Barroso no tocante a aplicação da mutação constitucional; a contradição do voto do Ministro Gilmar Mendes e os posicionamentos a favor e contra essa modificação no âmbito constitucional.

No Habeas Corpus 126.292, o acórdão, decisão final proferida pelo Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, majoritariamente, denegou a ordem, com a consequente revogação da liminar, em conformidade do voto do relator Ministro Teori Zavascki, acompanhado pelos ministros Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Dias Toffoli, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes. Os ministros vencidos foram Rosa Weber, Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski (Presidente), nos termos da ementa transcrita a seguir:

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. (BRASIL, 2016, p. 1, grifou-se em negrito).

O caso evidenciado se refere a um ajudante-geral condenado, em primeiro grau, à pena de 5 anos e 4 meses de reclusão pelo crime de roubo majorado (art. 157, 2º, I e II do CP), com direito de recorrer em liberdade. Em seguida, a defesa apresentou recurso ao Tribunal de Justiça de São Paulo, o qual negou provimento ao recurso e determinou de imediato à expedição de mandado de prisão. Após a negativa da defesa em segunda instância, apresentou-se habeas corpus no Superior Tribunal de Justiça, pleito este que foi indeferido liminarmente, com o entendimento de que o instrumento do habeas corpus seria inadequado contra decisão do tribunal a quo devendo ser proposto o recurso especial.

Posteriormente, foi proposto o Habeas Corpus 126.292 para o Supremo Tribunal Federal, o qual modificou majoritariamente o seu entendimento, julgado pelo pleno em 17.02.2016, quanto à noção de trânsito em julgado no sentido de que o início da execução da pena condenatória após a confirmação da sentença em segundo grau não ofende o princípio constitucional da presunção da inocência, afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal de 1988. Dessa forma, mesmo que a parte tenha interposto

recurso especial ou extraordinário à decisão recorrida, ela continua produzindo efeitos, não havendo efeito suspensivo, iniciando a execução provisória, enquanto se aguarda o julgamento do recurso.

O relator do caso, o ministro Teori Zavascki, no seu voto, utilizou os seguintes argumentos, inicialmente que a execução provisória das sentenças penais condenatórias estaria interligada com a reflexão sobre: a) o alcance do princípio da presunção da inocência e; b) busca de necessário equilíbrio entre esse princípio e a efetividade da função jurisdicional penal. Já que, segundo este entendimento, deveria haver um equilíbrio que atendesse não apenas os valores dos acusados, mas também da sociedade.

Além disso, defendeu também que a possibilidade da execução provisória da pena privativa de liberdade era orientação que prevalecia na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, mesmo na vigência da Constituição Federal de 1988, inclusive fazendo a menção de precedentes. Posteriormente, apresentou como argumentos: o cenário internacional; a utilização de recursos como meio protelatório; e finalizou o seu entendimento no sentido de que a execução provisória em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência, já que a fixação da culpabilidade do acusado é auferida no âmbito das instâncias ordinárias, nos seguintes termos:

Ressalvada a estreita via da revisão criminal, é, portanto, no âmbito das instâncias ordinárias que se exaure a possibilidade de exame de fatos e provas e, sob esse aspecto, a própria fixação da responsabilidade criminal do acusado. É dizer: os recursos de natureza extraordinária não configuram desdobramentos do duplo grau de jurisdição, porquanto não são recursos de ampla devolutividade, já que não se prestam ao debate da matéria fático-probatória. Noutras palavras, com o julgamento implementado pelo Tribunal de apelação, ocorre espécie de preclusão da matéria envolvendo os fatos da causa. Os recursos ainda cabíveis para instâncias extraordinárias do STJ e do STF – recurso especial e extraordinário – têm, como se sabe, âmbito de cognição estrito à matéria de direito. Nessas circunstâncias, tendo havido, em segundo grau, um juízo de incriminação do acusado, fundado em fatos e provas insuscetíveis de reexame pela instância extraordinária, parece inteiramente justificável a relativização e até mesmo a própria inversão, para o caso concreto, do princípio da presunção de inocência até então observado (BRASIL, 2016, p. 9).

O Ministro Edson Fachin acompanhou o voto de relator no sentido de relativizar o princípio da presunção de inocência e afirmou que caso fosse dado caráter absoluto ao artigo 5º, LVII, da Constituição Federal, seria necessário admitir que a execução da pena privativa de liberdade somente ocorreria quando o réu aceitasse e deixasse de opor novos embargos declaratórios, necessitando assim da concordância do apenado. Consoante ainda esse ministro o acesso às instâncias superiores, Supremo

Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, são excepcionalidades no ordenamento jurídico e estes órgãos do judiciário exercem papéis de uniformizar e pacificar a interpretação das normas constitucionais e do direito infraconstitucional, e ressaltou que não seria uma terceira ou quarta chance para a revisão de uma decisão judicial que o sucumbente não se conforma e não considera justo.

O Ministro Luís Roberto Barroso segue o entendimento do relator no sentido de que a execução da pena após a decisão condenatória em segundo grau de jurisdição não ofende o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade (CF/1988, art. 5º, LVII). A prisão, antes do trânsito em julgado, se justifica, segundo o entendimento dele, em três fundamentos jurídicos: o primeiro é que a Constituição brasileira não condiciona a prisão, porém a culpabilidade, e que o pressuposto para a privação de liberdade é a ordem escrita e fundamentada pela autoridade judiciária competente; o segundo fundamento é que a presunção de inocência é um princípio e não deve ser visto como regra, podendo ser aplicado com maior ou menor intensidade, quando ponderada com outros princípios constitucionais, nesse caso, haveria uma ponderação no sentido de que quando finalizar a apreciação de fatos e provas na segunda instância, o princípio da inocência teria um menor peso ao ser ponderado com o interesse constitucional da lei penal (CF/1988, arts. 5º, caput e LXXVIII e 144); e por fim a última fundamentação é que o acórdão penal em grau de apelação esgotam-se as instâncias ordinárias e que a execução da pena é exigência da sociedade e serve como um meio de assegurar a credibilidade do Poder Judiciário perante o sistema penal brasileiro.

Além do mais, Barroso apresentou ainda três fundamentos para reforçar a opinião de que a execução de decisão penal condenatória proferida em segundo grau de jurisdição não viola o princípio constitucional da presunção de inocência:

(i) permite tornar o sistema de justiça criminal mais funcional e equilibrado, na medida em que coíbe a infundável interposição de recursos protelatórios e favorece a valorização da jurisdição criminal ordinária; (ii) diminui o grau de seletividade do sistema punitivo brasileiro, tornando-o mais republicano e igualitário, bem como reduz os incentivos à criminalidade de colarinho branco, decorrente do mínimo risco de cumprimento efetivo da pena; e (iii) promove a quebra do paradigma da impunidade do sistema criminal, ao evitar que a necessidade de aguardar o trânsito em julgado do recurso extraordinário e do recurso especial impeça a aplicação da pena (pela prescrição) ou cause enorme distanciamento temporal entre a prática do delito e a punição, sendo certo que tais recursos têm ínfimo índice de acolhimento (BRASIL, 2016, p. 28).

Em contraposição, a Ministra Rosa Weber se manifestou divergentemente do voto do relator, *in verbis*:

Há questões pragmáticas envolvidas, não tenho a menor dúvida, mas penso

que o melhor caminho para solucioná-las não passa pela alteração, por esta Corte, de sua compreensão sobre o texto constitucional no aspecto. Não ousou, Senhor Presidente, no momento, repito, com todo o respeito, pedindo vênias ao eminente Relator e aos Ministros que o acompanharam, afastar os fundamentos antes lembrados para referendar a revisão da jurisprudência da Corte (BRASIL, 2016, p. 57).

O Ministro Luiz Fux acompanhou o voto do relator e afirmou que a interpretação constitucional do princípio da presunção de inocência literal do art. 5º, LVII, da Constituição Federal não é mais aceita pela sociedade e que a presunção de inocência cessa a partir do momento em que está comprovada a culpabilidade do agente, no segundo grau de jurisdição, fazendo com que este julgamento seja impassível de modificação pelos Tribunais Superiores.

A Ministra Cármen Lúcia também seguiu o entendimento do relator e se manifestou do seguinte modo:

Considerarei que a interpretação da Constituição no sentido de que ninguém pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória haveria de ser lido e interpretado no sentido de que ninguém poderá ser considerado culpado e não condenado. Quer dizer, condenado ele está, mas o que a Constituição diz é que a esfera de culpa ou o carimbo da culpa, com consequências para além do Direito Penal, inclusive com base na sentença penal transitada, é uma coisa; quer dizer, algo é dizer que ninguém será considerado culpado, e esta é a presunção de inocência que foi discutida na Constituinte. Todos são considerados inocentes até prova em contrário, e se resolveu que, pelo sistema administrativo brasileiro, que permite consequências também na esfera do Direito Civil, admitir-se-ia o princípio da não culpabilidade penal. Então, as consequências eventuais com o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória haverão de ser tidas e havidas após o trânsito em julgado, mas a condenação que leva ao início de cumprimento de pena não afeta este princípio estabelecido inclusive em documentos internacionais. (BRASIL, 2016, p. 61).

O Ministro Gilmar Mendes acompanhou o voto do relator e explicou no Habeas Corpus 126.292/SP que a presunção de inocência é um direito fundamental que impõe o ônus da prova à acusação e obsta o tratamento do réu como culpado até o momento do trânsito em julgado da sentença. Entretanto, segundo esse ministro não há impedimento que o réu tenha tratamento igual durante todo o processo, pois conforme a culpa fosse demonstrada, a lei poderá impor tratamento diferenciado.

O Ministro Marco Aurélio adotou posicionamento diverso da maioria dos votos. No voto o ministro afirmou que mantido esse rumo com relação à modificação da leitura do texto constitucional pelo Supremo há dúvidas se a Constituição Federal pode ser vista como cidadã. Além do mais, afirmou que o princípio constitucional da presunção de inocência não admite interpretações, já que o texto é claro e preciso como se pode identificar através deste fragmento:

O preceito, a meu ver, não permite interpretações. Há uma máxima, em

termos de noção de interpretação, de hermenêutica, segundo a qual, onde o texto é claro e preciso, cessa a interpretação, sob pena de se reescrever a norma jurídica, e, no caso, o preceito constitucional. Há de vingar o princípio da autocontenção. Já disse, nessa bancada, que, quando avançamos, extravasamos os limites que são próprios ao Judiciário, como que se lança um bumerangue e este pode retornar e vir à nossa testa (BRASIL, 2016, p. 77-78).

O Ministro Celso de Mello se manifestou, em seu voto, em oposição à maioria, que a Constituição estabelece de modo claro os limites que não podem ser ultrapassados pelo Estado e pelos seus agentes na atividade de persecução penal. E um desses limites, para descaracterização do princípio da presunção de inocência, é o trânsito em julgado da condenação criminal. Além do mais, defendeu que essa visão é incompatível com os padrões do regime democrático, e reafirmou a tese que a execução provisória da sentença penal condenatória antes de consumado o seu trânsito em julgado mostra-se incompatível com o direito fundamental do réu, assegurado pela própria Constituição da República (CF, art. 5º, LVII), de ser presumido inocente. Diante do exposto, torna-se imprescindível destacar um trecho que traz esse entendimento:

Veja-se, pois, que esta Corte, no caso em exame, está a expor e a interpretar o sentido da cláusula constitucional consagradora 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 (BRASIL, 2016, p. 88).

Por fim, o ministro Ricardo Lewandowski divergiu do posicionamento dominante do Supremo Tribunal Federal e afirmou que não conseguia ultrapassar a taxatividade do dispositivo constitucional, que trata do princípio da presunção de inocência, e que não conseguia ver um modo de interpretar esse dispositivo, a não ser a literalidade:

Eu acho que a Suprema Corte chegou a uma decisão. Todos os argumentos foram extremamente muito bem fundamentados. O Ministro Teori Zavascki, como sempre, nos brindou com um belíssimo e profundíssimo voto, atento à realidade brasileira que se caracteriza por uma crescente criminalidade, seja ela urbana e rural. Mas, então, eu peço vênia, mesmo diante desses argumentos muito sólidos, para manter a minha posição e, acompanhando os argumentos da Ministra Rosa Weber, do Ministro Marco Aurélio e do eminente Ministro Decano Celso de Mello, conceder a ordem (BRASIL, 2016, p. 102).

Diante do exposto, segue um quadro demonstrando os ministros que votaram a favor e contra a alteração da jurisprudência:

Quadro 02 – Votos dos ministros do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus 126.292/SP:

Favorável à alteração da jurisprudência:	Contra a alteração da jurisprudência:
Teori Zavascki	Rosa Weber

Edson Fachin	Marco Aurélio
Barroso	Celso de Mello
Dias Toffoli	Lewandowski
Luiz Fux	----
Cármen Lúcia	----
Gilmar Mendes	----

Fonte: Elaborado pela autora (2019)

Sendo assim, diante da exposição dos votos dos ministros, é possível identificar que houve modificação de entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal no tocante à noção de trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Vale frisar que essa alteração foi apenas na semântica do texto, já que o artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, permanece com o mesmo texto. Na literalidade deste artigo, o texto é claro ao afirmar que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, contudo, o Supremo Tribunal Federal tem entendido que a partir da aferição da culpabilidade na segunda instância já pode iniciar o cumprimento da pena, não necessitando aguardar o trânsito em julgado. Diante disso, a culpabilidade seria auferida na segunda instância, e não até o trânsito em julgado, fazendo com que haja um entendimento do órgão máximo do Poder Judiciário que confronta o texto legal da Constituição, havendo um retrocesso da garantia da presunção de inocência.

5.1 Mudanças de posicionamento: Habeas Corpus 84.078/MG em 2009 VS Habeas Corpus 126.292/SP

O Habeas Corpus 84.078/MG provocou debates no Supremo Tribunal Federal, tendo de um lado, além de Eros Grau, os ministros Celso de Mello, Cezar Peluso, Carlos Ayres Britto, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Marco Aurélio, que votaram pela concessão do HC. Foram vencidos os ministros Menezes Direito, Cármen Lúcia Antunes Rocha, Joaquim Barbosa e Ellen Gracie, que o negaram. Prevalecendo a tese de que a prisão de Omar Coelho Vitor, réu do processo, antes da sentença condenatória transitada em julgado, contraria o artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, segundo o qual ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

O Ministro Gilmar Mendes esteve presente nos dois julgamentos dos Habeas Corpus, contudo o seu posicionamento foi totalmente divergente, por isso esse tópico irá

ênfatizar o seu voto. No HC 84.078/MG o ministro considerou que não se podia conceber como compatível com o princípio da presunção de inocência qualquer antecipação de cumprimento da pena. Salientou ainda que uma execução antecipada em matéria penal configura grave atentado contra a própria ideia de dignidade humana, e afirmou que os fundamentos do art. 312 do Código de Processo Penal são suficientes para determinar a prisão cautelar, não podendo iniciar o cumprimento antecipado. Concluindo seu entendimento de que a ordem de prisão antes de o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, sem expressa e fundamentada indicação dos requisitos e fundamentos da prisão preventiva, ofende o princípio da presunção de inocência.

Entretanto, no HC 126.292/SP adotou posicionamento totalmente divergente, no sentido de admitir a execução provisória:

Então, a mim me parece que eu teria que me estender um pouco mais, Presidente, só porque me somei à maioria vencedora naquele caso. E quero ressaltar que, tivéssemos nós a compreensão, por exemplo, que têm os alemães em relação à possibilidade da prisão preventiva, mesmo antes do trânsito em julgado, nós teríamos um argumento satisfatório, quer dizer, com base na garantia da ordem pública. Mas, pelo menos, o entendimento que nós temos hoje, aqui, é que se justifica a prisão, com base na garantia da ordem pública, em casos de possibilidade de repetição do delito em situações assemelhadas; em muitas situações, nós temos crimes extremamente graves, mas não se pode cogitar de sua possível repetição a justificar a prisão (BRASIL, 2016, p. 75).

O quadro a seguir demonstra de modo claro a divergência entre os votos desse ministro, por meio de uma comparação da argumentação utilizada em 2009 e em 2016:

Quadro 03 - Comparação dos argumentos utilizados pelo Ministro Gilmar Mendes em 2016 rebatendo sua visão em 2009, ou trouxe argumentos em 2016 já rebatidos por ele em 2009:

TEMA	HC 84.078 (2009)	HC 126.292 (2016)
Uso da prisão provisória no Brasil	Apresentação de dados e relatos sobre o abuso na decretação de prisão provisória e seu mau uso, ainda que afirmam a inefetividade do processo criminal.	Cometimento de crimes de mando e pistolagem em casos de impunidade e prescrição, afetando a garantia da ordem pública (um dos critérios do art. 312, CPP para decretar prisão provisória).
Direito Comparado	Apresentação de excertos de decisões das Cortes Constitucionais espanhola e alemã para corroborar sua opinião contrária à execução antecipada da Pena.	Afirmação de que os sistemas jurídico e recursal da Espanha e da Alemanha possuem particularidades diante dos sistemas brasileiros.

Possibilidade da Execução Antecipada da Pena	Citando voto de Ilmar Galvão, afirma que sentença condenatória ainda sujeita a recurso não permite execução antecipada da pena, sendo uma prisão não fundamentada.	Presunção de inocência varia de acordo com o estado do processo, as contingências da prova e o estado da causa, com o segundo grau sendo a última instância soberana para a análise dos fatos, sendo possível prender o réu quando entendido culpado nas instâncias ordinárias.
Possível ofensa a Direitos Fundamentais	A execução antecipada da pena afeta o direito fundamental à liberdade, a presunção de inocência e a dignidade humana e, por isso mesmo, ofende o princípio da proporcionalidade.	Não se pode entender que a presunção de inocência é ofendida pela prisão após condenação em segundo grau, pois é um princípio e, por isso, está suscetível a conformação com as circunstâncias de aplicação dos direitos penal e processual penal no caso concreto.
Necessidade da Execução Antecipada da Pena	Desnecessário executar a pena antecipadamente quando já existe a prisão provisória com critérios legais (art. 312, CPP) para decretá-la a qualquer momento, com o cerceamento da liberdade não poder ser o início do castigo.	Necessário buscar o equilíbrio entre a progressiva demonstração da culpa do réu e a sua proteção de juízos precipitados sobre sua responsabilidade.

Fonte: VEIGA, (2016)

Cabe destacar ainda que, no julgamento do HC 152.752, caso Lula, o Min. Gilmar Mendes mudou de entendimento, passando a adotar a tese do Min. Dias Toffoli, qual seja, a possibilidade de cumprimento de pena somente a partir do julgamento pelo STJ.

Os Ministros Celso de Mello e Ricardo Lewandowski continuaram com a linha de pensamento adotada no HC 84.078/MG no HC 126.292, no sentido de que mesmo confirmada à condenação penal por um Tribunal de segunda instância, ainda assim subsistirá, em favor do sentenciado, o direito fundamental da presunção de inocência, que só deixará de prevalecer com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, em favor literalidade da Constituição Federal. Carmen Lúcia, também esteve presente nos dois julgamentos e se manteve constante em seu pensamento, contudo, em sentido oposto, nos dois habeas corpus, de modo a admitir a execução provisória da sentença penal em

segunda instância.

5.2 Aplicabilidade da mutação constitucional no HC 126.292: Voto do Min. Luís Roberto Barroso

Neste tópico, ainda realizando uma análise do HC 126.292 SP, irá abordar especificamente a explanação da argumentação da ocorrência da mutação constitucional no art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal apresentada por Luís Roberto Barroso, parte I, item III, do seu voto.

Inicialmente, na parte do voto supracitado, o ministro apresenta a conceituação do termo mutação constitucional, afirmando que se trata de um mecanismo informal que proporciona a alteração do sentido da norma, sem que haja modificação no texto a fim de acompanhar a realidade fática ou uma nova percepção do Direito, seria uma releitura do que deve ser considerado ético ou justo.

No que concerne à mutação constitucional afirmou que:

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 se encaminha para nova mudança, sob o impacto traumático da própria realidade que se criou após a primeira mudança de orientação (BRASIL, 2016, p. 32).

A justificativa para a aplicação da mutação constitucional, segundo esse entendimento, seria que a impossibilidade da execução provisória produziria três consequências negativas para a justiça criminal que seriam: o incentivo à interposição de recursos protelatórios; a possibilidade de recorrer em liberdade que aproveitaria os réus ricos que podem sustentar a procrastinação; e por fim o descrédito do sistema penal brasileiro em aguardar o trânsito em julgado, podendo ocorrer à prescrição ou ter um distanciamento do delito e punição, que causariam a sensação de impunidade.

A partir dessas três consequências, Barroso afirma que:

A partir desses três fatores, tornou-se evidente que não se justifica no cenário atual a leitura mais conservadora e extremada do princípio da presunção de inocência, que impede a execução (ainda que provisória) da pena quando já existe pronunciamento jurisdicional de segundo grau (ou de órgão colegiado, no caso de foro por prerrogativa de função) no sentido da culpabilidade do agente. É necessário conferir ao art. 5º, LVII interpretação mais condizente com as exigências da ordem constitucional no sentido de garantir a efetividade da lei penal, em prol dos bens jurídicos que ela visa resguardar, tais como a vida, a integridade psicofísica, a propriedade – todos com status constitucional (BRASIL, 2016, p. 34).

Por fim, finalizou o tópico mencionando que se trata de um típico caso de mutação constitucional, em que a modificação do entendimento da realidade da

sociedade altera o próprio sentido do Direito, por mais que o Supremo Tribunal Federal tenha se manifestado de modo diverso no passado.

Diante do apresentado, é possível afirmar que os fundamentos utilizados pelo voto do Ministro Luís Roberto Barroso no HC n. 126.292 são inadequados em duas perspectivas. A primeira sustenta-se na existência de uma inconsistência teórica interna ao voto proferido por Barroso, na medida em que o Ministro se afastou das vertentes teóricas por ele suscitadas em seu próprio voto. E a segunda perspectiva evidenciada é a insuficiência da mutação constitucional para lidar com a relação entre Direito e política e com a força normativa dos princípios jurídicos (MEGALI NETO, 2018, p. 174). Assim, constatou uma inconsistência teórica no voto proferido por Barroso e que o recurso à mutação constitucional importou uma grave violação à ordem constitucional.

5.3 Posicionamentos positivos e negativos com relação ao emprego da mutação constitucional na garantia constitucional da presunção de inocência

A reformulação da jurisprudência no art. 5º, inciso LVII, da Constitucional Federal provocou muitas críticas entre os doutrinadores e estudiosos do direito, bem como entre os próprios ministros do STF, que votaram contra. Fernandes (2017, p. 527-537) faz menção às principais críticas com relação à reformulação da jurisprudência, sendo estas: a extensão do princípio da presunção de inocência, que somente poderia ser afastada em virtude do trânsito em julgado; a legitimidade do Supremo Tribunal Federal para modificar a interpretação de uma cláusula pétrea constitucional; o respaldo no cenário internacional; o princípio da proibição da *reformatio in pejus ex officio*; a efetividade da Jurisdição Penal; a incompatibilidade da jurisprudência majoritária na década de 1990 e a constitucionalidade do art. 283 do Código Penal que trata a aplicação material do princípio da presunção de inocência.

A oscilação demonstrada nos julgamentos do STF promove insegurança jurídica, desigualdade e dificulta que o Tribunal siga as suas principais funções de conferir higidez, coesão e estabilidade ao ordenamento jurídico constitucional e de elaborar precedentes confiáveis a serem seguidos pelos demais juízes e tribunais (ASSIS, 2018, p. 135).

Segundo Pedron e Bahia (2017) no site Consultor Jurídico, a teoria da mutação constitucional seria esvaziada de sentido técnico, já que o Supremo Tribunal Federal

quer afirmar que está tomando uma decisão de vanguarda, com alegação do uso da teoria da mutação constitucional, mas seria para não dizer que estaria “legislando” sobre a Constituição, encobrindo o ativismo sob o manto da neutralidade da mutação.

Cabe destacar também o posicionamento de Streck na revista CONJUR (2018, online) em oposição ao entendimento dominante do Supremo Tribunal Federal:

Mesmo que seja revertida a decisão, o estrago está feito. O julgamento representa o triunfo da moral sobre o direito. O triunfo do voluntarismo judicial. A derrota do direito legislado. O julgamento também representa a derrota dos conceitos jurídicos. A doutrina foi trucidada por argumentos de autoridade. Alguns ministros ao mesmo tempo reverenciavam textos legais e, minutos depois, rasgaram outros textos. Parece que o direito brasileiro só quer falar inglês.

Por conseguinte, é visível que a modificação constante do Supremo Tribunal Federal promove insegurança jurídica e instabilidade no texto constitucional. Além de utilizar o instituto da mutação constitucional para ir de encontro com o próprio texto constitucional, o qual é claro ao dizer que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, e não até a segunda instância, momento este que seria auferida a culpa do acusado, fazendo com que haja um retrocesso na garantia de não culpabilidade.

Em contraposição, o presente artigo abordará também posicionamentos favoráveis à decisão do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus 126.292, como se demonstra a seguir. O entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal se alinha com o que se passa com praticamente todo o mundo civilizado, com relação ao cumprimento imediato da pena depois do segundo grau de jurisdição, a fim de que não haja impunidade. Contudo, mesmo com esse entendimento que foi frisado no texto que não se poderia esquecer que caso fosse o réu condenado em duas instâncias, poderia haver erro judicial, e que melhor seria continuar a discussão do tema no Legislativo para se evitar a injustiça aberrante de se mandar alguém para a cadeia, logo depois do duplo grau (GOMES, 2016).

Cabe destacar também, que Lenza (2019, p. 1928), passou a admitir a execução provisória do acórdão condenatório ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário:

Depois de muito meditar, em razão dos argumentos expostos, evoluímos o nosso pensamento exposto na 21.^a edição deste trabalho, e passamos a admitir a execução provisória do acórdão penal condenatório, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, tendo em vista a interpretação sistemática dos incisos LVII e LXI do art. 5.^o, CF/88. Eventual perspectiva de mudança no resultado da decisão poderá justificar a implementação de efeito suspensivo ao recurso cabível, nos termos da lei processual.

Além disso, no informativo do STF N° 896, Barroso ressaltou que a ordem constitucional brasileira não exige o trânsito em julgado da sentença penal condenatória como condição para a decretação de prisão, sendo necessária apenas ordem escrita da autoridade competente, consoante o art. 5º, LXI, da CF/88.

Complementarmente, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) tem seguido o entendimento formulado pelo Supremo Tribunal Federal de que esgotadas as vias recursais em segunda instância inicia-se a execução provisória, como se pode ver através do seguinte caso:

PRISÃO PREVENTIVA. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. **EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. ESGOTADAS AS VIAS RECURSAIS EM SEGUNDA INSTÂNCIA. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. HABEAS CORPUS DENEGADO.** 1. Apresentada fundamentação concreta para a decretação da prisão preventiva no acórdão condenatório, evidenciada na periculosidade do acusado consistente na sua posição de liderança de complexa organização criminosa, apreensão de grande quantidade de entorpecentes, tratando-se de mais de 630 quilos de cocaína além de armas, munições e granadas, não há que se falar em ilegalidade a justificar a concessão da ordem de habeas corpus. **2. Não viola o princípio da presunção de inocência a execução provisória da pena após a confirmação da sentença condenatória pelo Tribunal de apelação, ex vi do decidido pela Corte Suprema nos autos do HC 126.292/SP, principalmente quando esgotadas as vias recursais em segundo grau.** 3. Habeas corpus denegado. (BRASIL, 2017, Online, grifou-se em negrito).

Cabe destacar também neste tópico o levantamento realizado pela Coordenadoria de Gestão da Informação do STJ, o qual apresenta os pedidos da defesa concedidos em recursos criminais. Os critérios foram: decisões julgadas pelos 10 ministros que compõem a 5ª e a 6ª Turma do STJ no período de 1/9/2015 a 31/8/2017; classes processuais de Recurso Especial (REsp) e de Agravo em Recurso Especial (AREsp); e decisões terminativas monocráticas e colegiadas. O total pelos critérios adotados foram 68.944 decisões de recurso de defesa, sendo este o resultado dos recursos acolhidos integralmente ou em parte:

Figura 01 - Resultado dos recursos da defesa acolhidos integralmente ou em parte:

RESULTADO DOS RECURSOS DA DEFESA ACOLHIDOS INTEGRALMENTE OU EM PARTE			
Decisão Proferida	Advogado	Defensoria Pública	Total
ABSOLVIÇÃO	0,24%	1,19%	0,62%
OUTRAS DECISÕES			
Substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos	0,45%	1,87%	1,02%
Prescrição	0,53%	1,10%	0,76%
Diminuição da pena	2,50%	12,28%	6,44%
Diminuição da pena de multa	0,75%	4,64%	2,32%
Alteração de regime prisional	1,96%	8,44%	4,57%
Outros Resultados Concedidos	2,20%	3,79%	2,85%

Fonte: STJ (2017)

O resultado demonstra que 0,62% processos geram absolvição, porém aliado a esse percentual há outras decisões que beneficiam o réu, como a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos (1,02%), a prescrição (0,76%), a diminuição da pena (6,44%), a diminuição da pena de multa (2,35%), e alteração de regime prisional (4,57%), bem como os outros resultados concedidos (2,85%) deixam de ser insignificante quanto somado e demonstrado o percentual de sentenças reformadas com a aplicação da pena antecipada. O número de casos nos quais houve prescrição, apenas em 0,76%, também contraria o argumento de que a demora do processo causa a prescrição.

Destarte, por mais que haja alguns posicionamentos favoráveis à atuação do Supremo Tribunal Federal é perceptível que vários constitucionalistas se posicionam de modo negativo sobre a aplicação da mutação constitucional na garantia constitucional da presunção de inocência, como Bernardo Gonçalves Fernandes, Lênio Streck e entre outros, bem como os próprios ministros que foram vencidos. Além do mais, cabe frisar que essa decisão proferida no HC 126.292/SP deve ser discutida socialmente e no meio acadêmico, já que a autorização de prisões logo após o segundo grau de jurisdição viola o sentido que está posto na Constituição Federal de 1988 à presunção de inocência.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Através da presente pesquisa foi possível compreender o instituto da mutação constitucional no ordenamento jurídico. Este trabalho evidenciou que a mutação constitucional é um meio informal de promover a adaptabilidade da norma, que ocorre sem que haja revisões ou emendas, através da alteração da semântica da norma, sem alteração do texto legal, e que por meio desta é possível que a norma se adeque às exigências sociais.

Além disso, permitiu a realização de uma análise do Habeas Corpus 126.292, a qual se utilizou dos votos dos ministros, dos Habeas Corpus anteriores que tratavam do mesmo assunto e dos posicionamentos doutrinários para constatar se o entendimento adotado pelo órgão máximo do Poder Judiciário, o Supremo Tribunal Federal, cabia a aplicação do instituto da mutação constitucional.

Diante do apresentado, verificou-se que o Supremo Tribunal Federal ultrapassou a taxatividade estabelecida na Constituição Federal ao determinar que uma pessoa pudesse ser considerada culpada em segunda instância, violando formalmente a Constituição, e consequentemente demonstrando-se ser uma mutação manifestamente inconstitucional, pois uma adaptação de sentido que contrarie o texto da Constituição deixa de ser uma mutação constitucional para se tornar uma mutação inconstitucional. Além do mais, a constância da alteração do sentido dado ao art. 5º, LVII da CF de 1988, pelo órgão máximo do Poder Judiciário, promove instabilidade jurídica, já que o mesmo assunto foi visto há sete anos antes em 2009.

Foi possível alcançar os objetivos traçados na construção do presente artigo, quais sejam: compreender o instituto da mutação constitucional, por meio de suas características, mecanismos e modalidades, além de apresentar o princípio da presunção de inocência no ordenamento jurídico e verificar a aplicação indevida da mutação constitucional no HC 126.292, a qual contraria o que está expresso de maneira clara na Constituição Federal restringindo a garantia da presunção de inocência.

Cabe ressaltar também que os quadros explicativos inclusos neste artigo conseguiram demonstrar a alteração constante do entendimento do Supremo Tribunal Federal, os posicionamentos dos ministros, e a contrariedade evidenciada no voto do Ministro Gilmar Mendes, que esteve presente em dois julgamentos, HC 84.078/MG e HC 126.292/SP, se posicionando de maneira totalmente distinta. Cabe destacar ainda que a análise realizada no HC 126.292 foi extremamente importante, pois expôs o

posicionamento adotado por cada ministro.

Desse modo, diante da importância do assunto, torna-se necessário o envolvimento e conscientização da sociedade para que o Supremo Tribunal Federal atue dentro dos limites estabelecidos na Constituição Federal de 1988, já que o Poder Constituinte Difuso na atividade jurisprudencial deve ser utilizado com a devida observância aos princípios e normas constitucionais a fim de que não haja supressão ou restrição de direitos e garantias constitucionais.

Nesse sentido, o texto constitucional não deixa margem para a realização de ponderação. A alegação da utilização da mutação constitucional pelo Supremo Tribunal Federal no art. 5º, inciso LVII da Constituição Federal de 1988 altera o sentido dado pelo Constituinte Originário, promove restrição no alcance da garantia constitucional da presunção de inocência, e viola a Constituição Federal, fazendo com que a execução da pena seja cumprida logo a partir da segunda instância, excluindo a possibilidade de erro judiciário, bem como a garantia do trânsito em julgado para que o indivíduo seja considerado culpado.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Anarda Pinheiro; SAMPAIO, Jéssyca Figueiredo. O fenômeno da modificação informal da Constituição: a mutação por interpretação Constitucional. **Revista Controle: Doutrinas e artigos**. v. 10, n. 2, p. 261-281, jul./dez. 2012.

ASSIS, Guilherme Bacelar Patrício de. A oscilação decisória no STF acerca da garantia da presunção de inocência: entre a autovinculação e a revogação de precedentes. **Revista de informação legislativa: RIL**, v. 55, n. 217, p. 135-156, jan./mar. 2018. Disponível em: http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/217/ril_v55_n217_p135. Acesso em 15 de jun. 2019.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). Habeas Corpus 84.078/MG. 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 Relator: Min. Eros Grau, 05 de fevereiro de 2009. **Lex**: jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, Minas Gerais, v. 2, p. 1048-1213, 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal (2. Turma) **Habeas Corpus 126.292/SP**. 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. Relator: Min. Teori Zavascki, 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 23 jul. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). **Habeas Corpus 389224/SP**. Processual Penal e Penal. Habeas Corpus. Prisão preventiva. Tráfico de entorpecentes. Organização criminosa. Fundamentação concreta. Execução provisória da pena. Esgotadas as vias recursais em segunda instância. Ilegalidade. Ausência. Habeas Corpus denegado. Relator: Min. Nefi Cordeiro, 12 de dezembro de 2017. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/533894890/habeas-corpus-hc-389224-sp-2017-0036808-3>. Acesso em: 28 jul. 2019.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Mutação Constitucional**. São Paulo. Saraiva, 1997

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7ª. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CONJUR. Especialistas analisam decisão do STF que aceita execução provisória da pena. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-abr-05/especialistas-analisam-decisao-stf-aceita-prisao-antecipada>. Acesso em 19 de jul. 2019

DAU-LIN, Hsü. **Mutación de la Constitución**. Onãti: IVAP, 1998.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª. ed. rev. ampla e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos Informais de mudança da constituição**. 2ª. ed. Osasco: EdiFIEO, 2015.

GOMES, Luiz Flávio. Execução provisória da condenação. Tolerância zero com réus da Lava Jato? E os demais condenados no país? 2016. Disponível em: <https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/306633475/execucao-provisoria-da-condenacao-tolerancia-zero-com-reus-da-lava-jato-e-os-demaais-condenados-no-pais>. Acesso em 17 jun. 2019

GOMIDE, Mariana. **Mutação Constitucional**: Um estudo sobre a influência norte-americana da Common Law no sistema romano-germânico brasileiro e na praxis do STF. Disponível em: http://conteudo.pucrs.br/wp-content/uploads/sites/11/2017/09/mariana_gomide_20171.pdf. Acesso em 16 jun. 2019.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional** A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. (Tradução: Gilmar Ferreira Mendes); S. A. Fabris; Porto Alegre - RS, 1997.

JELLINEK, 1991 apud BOTELHO, Nadja Machado. **Mutação Constitucional**: A Constituição viva de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

JUSBRASIL. Execução provisória da condenação. Tolerância zero com réus da Lava Jato? E os demais condenados no país? Disponível em: <https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/306633475/execucao-provisoria-da-condenacao-tolerancia-zero-com-reus-da-lava-jato-e-os-dema-is-condenados-no-pais>. Acesso em 23 jul 2019.

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

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 23ª. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional**. 4ª. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

MEGALI NETO, A. A Relativização do Princípio da Presunção de Inocência a Partir da Mutação Constitucional do Habeas Corpus n. 126.292. **Revista de Ciências do Estado**, v. 3, n. 2, p. 174-195. 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 12ª. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2017.

MORAES, Alexandre de Direito constitucional. **Direito Constitucional**. – 33ª. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

PEDRON, Flávio Quinaud; BAHIA, Alexandre Melo Franco de Moraes. Crença da mutação constitucional, aplicada pelo STF, é equivocada. **Consultor Jurídico**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-dez-16/diario-classe-crenca-mutacao-constitucional-aplicada-stf-equivocada>. Acesso em 19 jul. 2019.

RUTIS, Luiz Augusto. A rigidez normativa dos princípios penais em Robert Alexy. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 136, p. 35-67. São Paulo. Outubro de 2017.

SANTOS, Carlos Victor Nascimento dos. Reconstruindo o conceito de mutação constitucional. 2015. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2015.71.08/4550>> Acesso em 17 jun. 2019.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 33ª ed. atual. São Paulo. Malheiros, 2010.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Resumo**: Pedidos da defesa concedidos em recursos criminais no STJ. STJ. Brasília. [2017]. Disponível em: http://www.stj.jus.br/static_files/STJ/Midias/arquivos/Noticias/pesquisa_recursos.pdf. Acesso em 19 de jul. 2019.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; NASCIMENTO, João Luiz Rocha do. Mutação Constitucional como Evolução Normativa ou Patologia Constitucional? Tempo e Direito à

Luz da Hermenêutica-Filosófica. **Revista Estudos Institucionais**, Vol. 3, n. 1, p. 433-474, 2017.

URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. “Mutación constitucional y fuerza normativa de la Constitución: una aproximación al origen del concepto”, **Revista Española de Derecho Constitucional**, ano 20, n. 58. p. 105-135. Enero-Abril 2000.

VEIGA, Vinícius Alvarenga e. **Princípio da Presunção de Inocência e execução antecipada da pena**: análise argumentativa do Supremo Tribunal Federal. 2016. Monografia - Escola de Formação Pública da Sociedade Brasileira de Direito Público, São Paulo, 2016.