

Mutação constitucional *in malam partem*?
ou
Nem tudo o que é “neo” é novo, nem tudo o que é “novo” é bom ¹

Marcos Augusto Ramos Peixoto
Juiz de Direito e membro da AJD

“Eu estava sobre uma colina e vi o Velho se aproximando,
mas ele vinha como se fosse o Novo (...)”
Parada do Velho Novo
Bertolt Brecht

O fenômeno do neoconstitucionalismo, de difícil definição ao abarcar diversas vertentes, alcançou nosso país no alvorecer do século XXI com força total e ainda surte efeitos generalizados em nossos Tribunais, muitos profundamente danosos como aqui teremos o ensejo de constatar.

Alguns doutrinadores mais atentos, desde cedo e logo após a publicação, em 2003, da coletânea de artigos organizada por Miguel Carbonell intitulada *Neoconstitucionalismo(s)*, já se opunham ao fenômeno como se contivesse alguma real “novidade”, algo de verdadeiramente “novo” mais além do contido no próprio título.

Ademais, como acentua Lenio Streck,

passadas mais de duas décadas da Constituição de 1988, e levando em conta as especificidades do direito brasileiro, é necessário reconhecer que as características desse *neoconstitucionalismo* acabaram por provocar condições patológicas, que, em nosso contexto atual, acabam por contribuir para a corrupção do próprio texto da Constituição. (STRECK, 2018, p. 59).

De fato, tendo em mira essas “condições patológicas”, se formos avaliar com atenção a obra de ninguém menos que Carl Schmitt, o principal jusfilósofo do nazismo, lá vislumbraremos

¹ O presente texto é uma versão revista e ampliada daquele originalmente publicado no site Justificando, disponível em <http://www.justificando.com/2019/04/22/mudancas-na-constituicao-nem-tudo-o-que-e-neo-e-novo-nem-tudo-o-que-e-novo-e-bom/>, acesso em 1º de maio de 2019.

não só o ovo da serpente da doutrina nazista do direito, como também de um dos vícios principais desta doutrina de constitucionalismo que de realmente novo nada tem – a não ser o embrião de uma concepção profundamente autoritária e perigosa de análise e aplicação da Constituição através da admissão de mutações em seu interior a serem concretizadas (e aqui o mais grave), como também veremos, através de determinados “intérpretes privilegiados” de seu texto.

Não por outro motivo, Denise Soares Vargas aponta que “a criação da ideia de mutação constitucional, em fins do século XIX e início do século XX, em plena cultura alemã, serviu, como fenômeno empírico, para justificar a conduta do *Reich* alemão em desacordo com o programa traçado na Constituição” (VARGAS, 2014, posição 1165), valendo desde logo definir mutação constitucional nos termos como sustentado pelo Min. Eros Grau, perante o Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento (iniciado no ano de 2007 e encerrado somente em 2014) da Reclamação 4335/AC², talvez a primeira oportunidade em que aquele tribunal discutiu mais a fundo o tema:

A mutação constitucional é transformação de sentido do enunciado da Constituição sem que o próprio texto seja alterado em sua redação, vale dizer, na sua dimensão constitucional textual. Quando ela se dá, o intérprete extrai do texto norma diversa daquelas que nele se encontravam originariamente involucradas, em estado de potência. Há, então, mais do que interpretação, esta concebida como processo que opera a transformação de texto em norma. Na mutação constitucional caminhamos não de um texto a uma norma, porém de um texto a outro texto, que substitui o primeiro. Daí que a mutação constitucional não se dá simplesmente pelo fato de um intérprete extrair de um mesmo texto norma diversa da produzida por um outro intérprete. Isso se verifica diuturnamente, a cada instante, em razão de ser, a interpretação, uma prudência. Na mutação constitucional há mais. Nela não apenas a norma é outra, mas o próprio enunciado normativo é alterado.

Pois bem: em tese de doutoramento em filosofia intitulada *Mais além da lei – considerações acerca do diagnóstico teológico-político e do messianismo na filosofia de Giorgio Agamben*, Pedro Igor de Souza Pinto Oliveira, ao analisar a relação entre “aclamações e poder constituinte”, salienta que

² Inteiro teor do aresto disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630101>, acesso em 1º de maio de 2019.

Schmitt, no artigo Referendo e proposta de lei de iniciativa popular (1927), bem como em Teoria da Constituição (1928), conecta diretamente o estudo de Peterson sobre as aclamações religiosas com as aclamações populares nos Estados modernos. A tese de Schmitt é a de que a aclamação é a expressão pura de um poder constituinte. Tal tese, como de costume no pensamento schmittiano, implica em associar um conceito periférico e excepcional, como a aclamação, a um conceito central e extremamente tradicional no direito e na ciência política: o poder constituinte. (OLIVEIRA, 2018, p. 79).

Logo adiante (OLIVEIRA, 2018, p. 79 – grifo no original), citando literalmente Schmitt, Oliveira esclarece que

Para Schmitt, as aclamações são uma manifestação do poder constituinte porque são uma manifestação imediata do povo em sentido estrito, isto é, do povo presente (em oposição ao povo representado), reunido, capaz de decidir e, portanto, de constituir-se enquanto a esfera pública. Nesse sentido, em seu livro Teoria da Constituição, Schmitt diz:

Povo e público existem junto: não há povo sem público e não há público sem povo [...]. Apenas o povo presente e verdadeiramente reunido é povo e produz o público. A correta ideia, que fundamenta a famosa tese de Rousseau, de que o povo não pode ser representado reside nessa verdade. Ele não pode ser representado, porque ele deve estar presente, e apenas algo ausente, não algo presente, pode ser representado [...] e apenas o povo genuinamente reunido pode fazer aquilo que pertence distintamente à atividade desse povo. Ele pode **aclamar**, e nisso expressa a sua aprovação ou desaprovação com um simples grito, gritando viva ou abaixo, celebrando um líder ou uma sugestão, honrando o rei ou alguma outra pessoa, ou negando a aclamação pelo silêncio ou reclamando [...]. Quando, de fato, o povo está reunido por qualquer razão, desde que não se apresente como um grupo de interesses organizados, por exemplo, durante uma manifestação pública e em festivais públicos, em teatros, no hipódromo, ou em um estádio, esse povo aclamante está presente e é, no mínimo potencialmente, uma entidade política. A experiência tem confirmado, frequentemente, que toda reunião popular, mesmo aquelas que inicialmente parecem não-políticas, contém intrinsecamente possibilidades políticas inesperadas (SCHMITT, 2008, p.272).

Em *O Reino e a Glória*, Giorgio Agamben, também citado por Oliveira, irá aclarar a real intenção do filósofo alemão nesta passagem ao salientar que “a estratégia de Schmitt é clara: tomando emprestada de Peterson a função constitutiva da aclamação litúrgica, ele assume as

vestes do teórico da democracia pura ou direta e a joga contra a democracia liberal de Weimar”. (AGAMBEN, 2011, P. 190).

Prosseguindo com as palavras do filósofo contemporâneo italiano, se Schmitt, naquele excerto, “**assume as vestes** do teórico da democracia pura ou direta” (grifei), por debaixo dessas vestes a história bem demonstrou não só o que realmente ele pretendia, como aquilo que ajudou a gerar: o inominável horror nazista.

Dita a Constituição brasileira – assim como a imensa parte das constituições democráticas atuais – em seu artigo 1º, parágrafo único, que “todo o poder emana do povo”, complementando no caso específico o texto constitucional pátrio: “que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

Por óbvio, numa sociedade contemporânea, célere e complexa como a nossa (ou mesmo, ressalte-se, na Alemanha da década de 20 do século passado), não se mostra minimamente possível que absolutamente tudo na esfera pública seja resolvido após a oitiva direta do povo, reunido em praça pública de forma quiçá mais aprimorada que na democracia grega clássica onde e quando somente alguns tinham o direito de voto. Seria impraticável e caótico. Daí a necessidade da representação democrática, seguindo a lapidar e famosa frase de Churchill para quem “a democracia é a pior forma de governo, com exceção de todas as demais”.

Ocorre que Schmitt criticava fortemente a democracia representativa. Para ele, somente a presença imediata, direta, de todos os cidadãos reunidos poderia ser chamado realmente de povo, enquanto um escrutínio individual e secreto não passaria de uma forma corrompida de colher a vontade de cada cidadão isolado, de forma individualista e privatizante. Neste sentido, vale novamente referir à citação literal de Oliveira à obra do filósofo e jurista alemão (OLIVEIRA, 2018, p. 80 - grifei):

o voto individual transforma a figura especificamente democrática, ou política, o cidadão ou *citoyen*, em um homem privado que, da esfera privada, seja essa esfera os seus interesses religiosos ou econômicos ou ambos, expressa uma opinião privada e lança seu voto. Voto individual secreto significa que o cidadão votante está isolado no momento decisivo. Nesse sentido, a reunião daqueles presentes e qualquer **aclamação** se torna impossível. A conexão entre o povo reunido e o voto é completamente destruído. O povo elege e vota não mais enquanto povo. [...] E inteiramente concebível que um dia [...] todas as pessoas, sem sair de seus apartamentos, poderiam expressar continuamente suas opiniões sobre as questões políticas através de um aparato e que todas essas opiniões seriam automaticamente registradas em um escritório central,

onde apenas uma pessoa precisa lê-las todas. Isso não seria uma democracia especialmente intensa, mas provaria o fato de que o estado e o público foram totalmente privatizados. Não seria uma opinião pública, pois mesmo a opinião compartilhada por milhões de pessoas privadas não produz uma opinião pública. O resultado é apenas uma soma das opiniões privadas. Desse modo, nenhum comum emergirá, nenhuma vontade geral; apenas a soma de todas as vontades individuais, uma *volonté de tous*, emergirá. (SCHMITT, 2008, p. 273).

Contudo, se não haverá votação, como perscrutar, analisar e decidir o que foi “aclamado” pelo povo? Neste ponto entra (ao menos na Alemanha da primeira metade do século XX) a figura do *führer* como “intérprete privilegiado”, i.e., a pessoa que se diz, dentro de um determinado contexto histórico, capacitada a interpretar o que o povo quer, assim como a executar concretamente essa vontade.

E aqui o importante a notar: se todo o poder emana do povo e, em tal contexto, a vontade do povo será interpretada por alguém em específico, este alguém está acima da constituição, podendo modifica-la ou cria-la sem qualquer limitação, transformando-se em um poder constituinte permanente e sem amarras, um poder soberano, sólido e poderoso a ponto, inclusive, de poder decretar o estado de exceção sem, contudo, se desvestir de seu poder mas sim potencializando-o pois, na célebre expressão de Schmitt em *Teologia Política*, “soberano é aquele que decide sobre o estado de exceção”.

Assim, nas palavras de Oliveira,

o ditador soberano pode decidir sobre o conteúdo da nova ordem ou garantir as condições para a tomada de tal decisão (por meio da declaração do estado de exceção, o que significa que, nos termos de Teologia Política, o chamaríamos de soberano). Já do ponto de vista do exercício do poder constituinte, ou seja, do ponto de vista formal, o ditador soberano representa absolutamente seu comitente e, por isso, sua decisão tem legitimidade e a autoridade para tomar-se fundadora de uma ordem jurídico-normativa. Todavia, o soberano terá permanecido com sua capacidade de exercer o poder constituinte e a qualquer tempo poderá romper com a ordem estabelecida. (OLIVEIRA, 2018, p. 90).

E prossegue:

Além disso, nesse processo, o povo autoriza e legitima a representação e a determinação de sua vontade concreta ao ditador soberano (denomine-se Assembleia constituinte, constituição, Estado, rei, partido, Führer, em suma, também soberano), e

nesse ato, se extingue, isto é, torna-se multidão novamente - esse é o esquema da *auctoritas* moderna.

Note-se, portanto, que nessa complexa relação entre os conceitos de aclamação, povo, poder constituinte, ditador soberano, com que estamos aqui trabalhando, em última instância, está em jogo a fundamentação da *auctoritas* nos Estados modernos, ou seja, o problema da legitimidade da constituição de uma ordem jurídico-normativa. (OLIVEIRA, 2018, p. 90).

Neste passo cabe retornar aos dias atuais e ao neoconstitucionalismo, não sem antes lembrar que a palavra “eleito” possui diversas acepções além daquela adstrita ao vencedor de um determinado pleito eleitoral democrático, dentre as quais sobressaem uma de natureza religiosa (“ungido”) e outra de caráter político (“aclamado”).

Pois bem: em apertada síntese, o neoconstitucionalismo nada mais faz na atualidade do que perigosamente catapultar os juízes com jurisdição constitucional à posição (já que via de regra não são eleitos democraticamente) de ungidos, aptos a ouvir as aclamações do povo e fazê-las valer na forma de interpretação constitucional sem peias, sem limites, quiçá aqueles semânticos dispostos no texto da Constituição, atuando assim na forma de um poder constituinte permanente e originário já que munidos, diretamente, da força, vontade e poder do povo na qualidade de (pretensos) intérpretes privilegiados de suas aclamações, viabilizando inclusive que suplantem cláusulas pétreas constitucionais (o que sequer poderia fazer o poder constituinte derivado democraticamente eleito!) conferindo-lhes interpretações de tal modo *sui generis* que limitam sobremaneira o alcance e clareza do texto, criando norma nova que nitidamente não estava na concepção do constituinte originário – até muito longe disto.

Não por outro motivo, mais recentemente temos ouvido ministros do Supremo Tribunal Federal dizerem coisas como que decisões do Supremo Tribunal Federal têm de refletir “anseios da sociedade” ou que cabe àquela Corte interpretar a Constituição em “sintonia com o sentimento social” (as frases são verídicas e literais), não raro com menções a um pseudo-iluminismo que os coloca de maneira autorreferente como os “iluminados” de plantão, aptos a empreenderem mutações profundas no texto constitucional sem mínima concreta representatividade para tal, também aqui à revelia do texto da Carta Maior tendo em vista o seu já citado parágrafo único do artigo 1º.

Justamente por isto, Vargas sustenta que

a adoção de poderes ilimitados conduz à tirania, e, aceitar uma mutação constitucional, via interpretação judicial ilimitada, é aceitar, num Estado Democrático de Direito, a ideia

de algo acima de qualquer soberania popular e da própria Constituição. (VARGAS, 2014, posição 1194).

Também segundo Streck, Catoni e Mont'Alverne, mencionados por Vargas (VARGAS, 2014, posição 1179)

A tese da mutação constitucional advoga em última análise uma concepção decisionista da jurisdição e contribui para a compreensão das cortes constitucionais como poderes constituintes permanentes. Ora, um tribunal não pode mudar a constituição; um tribunal não pode 'inventar' o direito; este não é seu legítimo papel como poder jurisdicional, numa democracia.

Ninguém duvida da possibilidade e, até, por vezes, da necessidade de mutação constitucional a ser reconhecida e produzida pela corte constitucional competente, pois um texto contido na Constituição (como, ademais, qualquer texto legal) não pode permanecer parado no tempo, estático e insensível a mudanças sociais. Entretanto, parecem nitidamente existir alguns pressupostos mínimos para tanto, sendo dois deles a prévia ocorrência de real evolução da sociedade e, outro, quando envolver garantia fundamental do cidadão, cláusula pétrea, a potencialização (jamais cerceamento) do direito fundamental erigido pelo constituinte originário (ou mesmo derivado, sendo exemplo o parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição Federal).

Neste sentido já por diversas vezes atuou o Supremo Tribunal Federal, de forma louvável e consentânea àqueles pressupostos e objetivos, como nos casos do casamento homoafetivo e do aborto de feto anencéfalo – aliás, inclusive se espera que avance ainda mais em diversas hipóteses, v.g., na descriminalização do porte de drogas para uso próprio.

Ocorre que à revelia desses entendimentos, pressupostos e objetivos, a produção legiferante e de natureza constituinte originária do Supremo Tribunal Federal, contrária à texto expresso da Constituição Federal, lamentavelmente também anda a pleno vapor – e diga-se *en passant* que não se trata aqui de louvar as decisões com as quais concordamos e criticar aquelas das quais discordamos, mas, isto sim, de defender a atuação do Supremo a partir de regramentos e pressupostos objetivos como intérprete do Texto Maior e não como seu revisor permanente ou corredator.

Exemplo (com a devida vênia) nítido de mutação inconstitucional se deu com a reinterpretção da cláusula de presunção de inocência em que, por apertada maioria, decidiu o Supremo Tribunal Federal pela possibilidade de execução de pena de prisão a partir do

juízo em definitivo (porém ainda não transitado em julgado) por decisão em segundo grau de jurisdição, apesar do que dita, de maneira cristalina, o inciso LVII do artigo 5º da Carta, segundo o qual “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Extensos rios de tinta já foram (bem ou mal) escritos a respeito pelos melhores constitucionalistas pátrios, não tendo por objeto o presente e modesto artigo traçar maiores considerações, já tomando posição, acerca da absoluta correção daqueles que corretamente defendem a vedação da execução de pena exaurido o segundo grau de jurisdição em respeito aos limites semânticos da norma constitucional ao fazer referência a “trânsito em julgado” enquanto categoria jurídica que pressupõe o exaurimento de todos (repeto: todos) os recursos cabíveis na legislação processual penal – ainda que a “voz do povo”, o “sentimento social” ou os “anseios da sociedade” caminhem em sentido oposto, pela elementar razão de que a verdadeira voz do povo (e não factoides gerados pela opinião publicada) já foi ouvida em 1988 e, neste ponto, de lá para cá não foi alterada por seus legítimos representantes.

O que pretende, na verdade, este artigo é ressaltar um aspecto que parece ter passado despercebido até aqui na questão atinente à presunção de inocência e à execução provisória e antecipada da pena de prisão, qual seja, que em matéria penal (sobretudo em seara que abranja garantias fundamentais do cidadão ou naquelas em que haverá modificação mais gravosa na interpretação até então pacificada de normas penais materiais ou processuais com efeitos materiais) mutações constitucionais devem necessariamente obedecer a cláusula de irretroatividade, por se tratar de garantia secular e elementar construída pelo processo civilizatório.

O Supremo Tribunal Federal defende diuturnamente, e com absoluta razão (senão, no mínimo, por motivo de autossustentação), o respeito, observância e prevalência de suas decisões e acórdãos. Não por outro motivo foram erigidos os institutos das súmulas vinculantes, do efeito *erga omnes* de decisões adotadas em controle concentrado de (in)constitucionalidade ou dos recursos julgados com a natureza de repercussão geral (ainda que, quanto aos recursos, sem caráter vinculante).

Segundo Heleno Fragoso, costumava Nelson Hungria dizer que o Supremo Tribunal Federal, como corte máxima da organização judiciária brasileira, tem o privilégio de errar por último. Contudo, por óbvio, não se trata somente disto, mas sim do alto grau de respeitabilidade que a comunidade jurídica, assim como o povo, há de nutrir por um corte constitucional que exerce suas funções da mais alta relevância em absoluto respeito ao texto da Constituição

Federal, com notório saber jurídico e ampla fundamentação de suas decisões como requisito não só de validade como, talvez principalmente, de legitimidade daqueles pronunciamentos jurisdicionais, justamente porque carentes os componentes da Corte de representatividade.

Mas a Corte Suprema há de respeitar os arestos da Corte Suprema, porque se ela própria não os observa e sustenta, mantendo a uniformidade, estabilidade, integridade e coerência de todo sistema constitucional e de sua interpretação, quem os respeitará? E neste ponto segue outra pergunta: o que faz um precedente ser um precedente? Mais: pode a simples alteração de composição de uma Corte Constitucional ensejar, de per-si, mutação constitucional contra sólida e perene jurisprudência da própria Corte, literalmente do dia para a noite? E por fim: não advêm, daí, mesmo que este tipo de mutação seja considerado possível, sobretudo quando adotado em controle abstrato de constitucionalidade, limites, ainda mais em matéria penal ou processual penal com reflexos no direito fundamental à liberdade?

Tomemos aqui como exemplo, novamente, a questão da execução antecipada da pena de prisão após julgamento em segundo grau.

Em fevereiro de 2009, o Pleno do Supremo Tribunal Federal, por sete votos a quatro, concedeu o *Habeas Corpus* 84.078/MG para permitir que acusado condenado em segundo grau de jurisdição aguardasse em liberdade o julgamento de recursos especial e extraordinário, alterando com isso, incidentalmente e portanto sem efeitos vinculantes, o até então pacífico entendimento jurisprudencial que subsistia desde a Constituição Federal de 1988 no sentido da recepção pela ordem constitucional do artigo 637 do Código de Processo Penal em vigor desde 1º de janeiro de 1942 e que dita(va): “O recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para a execução da sentença”. O aresto conta com a seguinte ementa³:

EMENTA: 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 arrazoados 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

³ Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000161511&base=baseAcordaos>, acesso em 1º de maio de 2019.

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. 5. Prisão temporária, restrição dos efeitos da interposição de recursos em matéria penal e punição exemplar, sem qualquer contemplação, nos "crimes hediondos" exprimem muito bem o sentimento que EVANDRO LINS sintetizou na seguinte assertiva: "Na realidade, quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está querendo fazer o mal, se equipara um pouco ao próprio delinqüente". 6. A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados --- não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e extraordinários e subseqüentes agravos e embargos, além do que "ninguém mais será preso". Eis o que poderia ser apontado como incitação à "jurisprudência defensiva", que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço. 7. No RE 482.006, relator o Ministro Lewandowski, quando foi debatida a constitucionalidade de preceito de lei estadual mineira que impõe a redução de vencimentos de servidores públicos afastados de suas funções por responderem a processo penal em razão da suposta prática de crime funcional [art. 2º da Lei n. 2.364/61, que deu nova redação à Lei n. 869/52], o STF afirmou, por unanimidade, que o preceito implica flagrante violação do disposto no inciso LVII do art. 5º da Constituição do Brasil. Isso porque --- disse o relator --- "a se admitir a redução da remuneração dos servidores em tais hipóteses, estar-se-ia validando verdadeira antecipação de pena, sem que esta tenha sido precedida do devido processo legal, e antes mesmo de qualquer condenação, nada importando que haja previsão de devolução das diferenças, em caso de absolvição". Daí porque a Corte decidiu, por unanimidade, sonoramente, no sentido do não recebimento do preceito da lei estadual pela Constituição de 1.988, afirmando de modo unânime a impossibilidade de antecipação de qualquer efeito afeto à propriedade anteriormente ao seu trânsito em julgado. A Corte que vigorosamente prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade não a deve negar quando se trate da garantia da liberdade, mesmo porque a propriedade tem mais

a ver com as elites; a ameaça às liberdades alcança de modo efetivo as classes subalternas. 8. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual Ordem concedida. (HC 84078, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 05/02/2009, DJe-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010 EMENT VOL-02391-05 PP-01048).

Como se percebe, o acórdão declarou revogado o mencionado artigo 637 do Código de Processo Penal pelo artigo 105 da Lei 7.210/84 (Lei de Execução Penal - LEP), que entrou em vigor seis meses após sua publicação no dia 13 de julho de 1984 (junto com a Lei 7.209/84, que alterou a Parte Geral do Código Penal), sequer sendo necessária, portanto, a declaração de inconstitucionalidade (*rectius*: não recepção) do artigo 637 do Código de Processo Penal, ditando o referido artigo 105 da LEP: “Transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução”.

Desde a publicação daquele julgado paradigmático e amplamente fundamentado, forte em prestigiar os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da ampla defesa, não só o Supremo Tribunal Federal como todos os demais órgãos jurisdicionais pátrios passaram a aplicar, sem qualquer debate mais relevante, a nova orientação.

Aliás, a alteração jurisprudencial foi de tal forma bem recebida pela comunidade jurídica que o Congresso Nacional, em maio de 2011, editou a Lei 12.403 para, dentre outras alterações, modificar a redação do artigo 283 do Código de Processo Penal passando a constar a seguinte: “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”.

Ocorre que em fevereiro de 2016, sete anos após aquele julgamento, quando da apreciação do *Habeas Corpus* 126.292/SP, também em Plenário (o HC tramitava na 2ª Turma mas foi afetado ao Pleno por indicação do Relator Ministro Teori Zavascki), já então encontrando-se em pleno andamento a famosa e autointitulada “Operação Lava-Jato” (pródiga em ativismos judiciais persecutórios e punitivistas, os mais variados e criativos, tendo por foco

alegados delitos praticados exclusivamente por integrantes do Partido dos Trabalhadores), o Supremo Tribunal Federal mudou novamente sua orientação, vencidos os Ministros Rosa Weber, Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski (Presidente), agora para voltar a acolher a possibilidade de execução antecipada da pena privativa de liberdade após julgamento em segundo grau de jurisdição, sem declaração incidental de inconstitucionalidade dos artigos 105 da Lei de Execução Penal ou 283 do Código de Processo Penal, vindo aquele aresto assim ementado⁴:

CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado. (HC 126292, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100 DIVULG 16-05-2016 PUBLIC 17-05-2016).

Tal surpreendente e drástica alteração jurisprudencial se deu, como se percebe, quando do julgamento de remédio constitucional usado em favor da liberdade, novamente em caráter incidental e *inter partis*, logo, ainda sem gerar efeito vinculante – tanto assim que, desde então, diversos Ministros, divergindo profundamente do entendimento do Plenário, continuaram julgando contrariamente à nova orientação e concedendo *Habeas Corpus* para obstar execuções antecipadas de penas prisionais, chegando mesmo o Ministro Marco Aurélio, em dezembro de 2018, apreciando pedido de liminar na Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade 54/DF, decidir⁵: “Convencido da urgência da apreciação do tema, aciono os artigos 10 da Lei nº 9.868/1999, 5º, § 1º, da Lei nº 9.882/1999 e 21, inciso V, do Regimento Interno e defiro a liminar para, reconhecendo a harmonia, com a Constituição Federal, do artigo 283 do Código de Processo Penal, determinar a suspensão de execução de pena cuja decisão a encerrá-la ainda não haja transitado em julgado, bem assim a libertação daqueles que tenham sido presos, ante exame de apelação, reservando-se o recolhimento aos casos

⁴ Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000253953&base=baseAcordaos>, acesso em 1º de maio de 2019.

⁵ Inteiro teor disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000387222&base=baseMonocraticas>, acesso em 1º de maio de 2019.

verdadeiramente enquadráveis no artigo 312 do mencionado diploma processual” – tal decisão, a seu turno, foi suspensa poucas horas depois pelo Ministro Dias Toffoli, Presidente, acolhendo o Pedido de Suspensão de Liminar 1188/DF⁶.

Mais recentemente, em novo e instigante capítulo da celeuma jurisdicional, quando do julgamento do *Habeas Corpus* 152752/PA tendo como Paciente o ex-Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva, o Tribunal, por maioria de seis votos contra cinco e nos termos do voto do Relator Ministro Edson Fachin, denegou a ordem reafirmando a possibilidade de prisão após julgamento em segundo grau, vencidos, em menor extensão, os Ministros Gilmar Mendes e Dias Toffoli, e, em maior extensão, os Ministros Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio e Celso de Mello. Embora também afetado ao Pleno do Tribunal, na ocasião a Ministra Rosa Weber votou com a maioria, ressaltando entendimento pessoal e afirmando que respeitaria o entendimento do Pleno – que mudaria acaso afirmasse e não ressaltasse, diante do Pleno, o seu entendimento. Tal acórdão recebeu a seguinte ementa⁷:

HABEAS CORPUS. MATÉRIA CRIMINAL. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL. COGNOSCIBILIDADE. ATO REPUTADO COATOR COMPATÍVEL COM A JURISPRUDÊNCIA DO STF. ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER. INOCORRÊNCIA. ALEGADO CARÁTER NÃO VINCULANTE DOS PRECEDENTES DESTA CORTE. IRRELEVÂNCIA. DEFLAGRAÇÃO DA ETAPA EXECUTIVA. FUNDAMENTAÇÃO ESPECÍFICA. DESNECESSIDADE. PEDIDO EXPRESSO DA ACUSAÇÃO. DISPENSABILIDADE. PLAUSIBILIDADE DE TESES VEICULADAS EM FUTURO RECURSO EXCEPCIONAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ORDEM DENEGADA. 1. Por maioria de votos, o Tribunal Pleno assentou que é admissível, no âmbito desta Suprema Corte, impetração originária substitutiva de recurso ordinário constitucional. 2. O habeas corpus destina-se, por expressa injunção constitucional (art. 5º, LXVIII), à tutela da liberdade de locomoção, desde que objeto de ameaça concreta, ou efetiva coação, fruto de ilegalidade ou abuso de poder. 3. Não se qualifica como ilegal ou abusivo o ato cujo conteúdo é compatível com a compreensão do Supremo Tribunal Federal, sobretudo quando se trata de jurisprudência dominante ao tempo em que proferida a decisão impugnada. 4. Independentemente do caráter vinculante ou não dos precedentes, emanados desta Suprema Corte, que admitem a execução provisória da pena, não configura constrangimento ilegal a decisão que se alinha a esse

⁶ Inteiro teor disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/SL1188.pdf>, acesso em 1º de maio de 2019.

⁷ Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000270465&base=baseAcordaos>, acesso em 1º de maio de 2019.

posicionamento, forte no necessário comprometimento do Estado-Juiz, decorrente de um sistema de precedentes, voltado a conferir cognoscibilidade, estabilidade e uniformidade à jurisprudência. 5. O implemento da execução provisória da pena atua como desdobramento natural da perfectibilização da condenação sedimentada na seara das instâncias ordinárias e do cabimento, em tese, tão somente de recursos despidos de automática eficácia suspensiva, sendo que, assim como ocorre na deflagração da execução definitiva, não se exige motivação particularizada ou de índole cautelar. 6. A execução penal é regida por critérios de oficialidade (art. 195, Lei n. 7.210/84), de modo que sua inauguração não desafia pedido expresso da acusação. 7. Não configura reforma prejudicial a determinação de início do cumprimento da pena, mesmo se existente comando sentencial anterior que assegure ao acusado, genericamente, o direito de recorrer em liberdade. 8. Descabe ao Supremo Tribunal Federal, para fins de excepcional suspensão dos efeitos de condenação assentada em segundo grau, avaliar, antes do exame pelos órgãos jurisdicionais antecedentes, a plausibilidade das teses arguidas em sede de recursos excepcionais. 9. Ordem denegada. (HC 152752, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 04/04/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-127 DIVULG 26-06-2018 PUBLIC 27-06-2018).

Na atualidade, o Supremo se encontra na iminência de analisar as Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43, 44 e 54, do Partido Nacional Ecológico (PEN), do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e do Partido Comunista do Brasil (PCdoB), que tratam do tema e pedem a declaração de constitucionalidade do acima referido artigo 283 do Código de Processo Penal.

Ocorre que desta feita haverá uma peculiaridade essencial: pela primeira vez a questão será trazida à discussão pelo Supremo Tribunal Federal em caráter de controle abstrato, concentrado de constitucionalidade, e como as dicções do inciso LVII do artigo 5º da Constituição Federal ("Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória"), do artigo 283 do Código de Processo Penal ("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") e do artigo 105 da Lei de Execução Penal ("Transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução") são plenamente consonantes, para declarar improcedentes os pedidos deduzidos naquelas Ações Declaratórias de Constitucionalidade o Tribunal terá, de um lado (e, repito: pela primeira vez na matéria), que proferir decisão com

efeitos *erga omnes* e vinculantes, enquanto de outro lado que declarar de forma abstrata a inconstitucionalidade daqueles dispositivos infraconstitucionais operando uma mutação constitucional *in malam partem* com efeito equiparado ao de lei.

Pois bem: conforme já acima antecipado, uma das maiores conquistas civilizatórias, de origem centenária, insculpidas no texto constitucional determina que “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”, não se devendo olvidar que determinadas normas de natureza processual possuem reflexos materiais, dentre as quais se inserem aquelas que tratam da prisão e, mais ainda, da execução deste tipo de pena, sendo oportuno mencionar neste aspecto a lição de Gustavo Badaró, para quem

São normas processuais de conteúdo material as regras que estabelecem as hipóteses de cabimento de prisões cautelares, os casos em que podem ser revogadas, o tempo de duração de tais prisões, a possibilidade de concessão de liberdade provisória com ou sem fiança, entre outras. Assim, quanto ao direito processual intertemporal, o intérprete deve, antes de mais nada, verificar se a norma, ainda que de natureza processual, exprime garantia ou direito constitucionalmente assegurado ao suposto infrator da lei penal. Para tais institutos, a regra de direito intertemporal deverá ser a mesma aplicada a todas as normas penais de conteúdo material, qual seja a da anterioridade da lei, vedada a retroatividade da *lex gravior* (BADARÓ, 2008, p. 22).

A questão não é estranha ao Supremo Tribunal Federal, como se percebe da seguinte ementa⁸:

COMPETÊNCIA - HABEAS-CORPUS - ATO DE TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Na dicção da ilustrada maioria (seis votos a favor e cinco contra), em relação à qual guardo reservas, compete ao Supremo Tribunal Federal julgar todo e qualquer habeas-corpus impetrado contra ato de tribunal, tenha esse, ou não, qualificação de superior. LEI PENAL - RETROATIVIDADE - JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS - LEI Nº 9.099, DE 29 DE SETEMBRO DE 1995. A Lei nº 9.099/95 consubstancia, no que versa sobre matéria penal, lei mais favorável ao réu. No particular, a aplicação mostrou-se imediata e também retroativa, não cabendo distinguir normas consideradas a dualidade material e instrumental. Ao alcançarem, de forma imediata, ou não, a liberdade do réu, ganham contornos penais suficientes a atrair a observância imperativa do disposto no inciso XL do rol das garantias constitucionais - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu. Precedente: inquérito policial nº 1.055, relatado pelo Ministro Celso de Mello, cuja

⁸ Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000036041&base=baseAcordaos>, acesso em 1º de maio de 2019.

decisão foi publicada no Diário da Justiça de 15 de fevereiro de 1986. (HC 73837, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Segunda Turma, julgado em 11/06/1996, DJ 06-09-1996 PP-31854 EMENT VOL-01840-03 PP-00510).

Ora, se a Lei em sentido estrito, votada pelo Congresso Nacional através dos representantes do povo legítima e regularmente eleitos, não poderá retroagir para prejudicar acusados ou condenados, menos ainda poderá fazê-lo uma mutação constitucional erigida em decisão prolatada por magistrados sem representatividade em controle abstrato de constitucionalidade, logo, com força de Lei, de natureza vinculante e *erga omnes*, sobretudo quando, por um lado, a mesma reduz a amplitude de garantia fundamental do cidadão e, por outro lado, se pretende a aplicação do novo entendimento prejudicial seja a fatos em tese criminosos alegadamente praticados antes da mutação constitucional ou, pior ainda, praticados ainda antes da alteração, mesmo que incidental, de entendimento antecedente mais benéfico.

Explicitando: digamos que determinado réu tenha perpetrado um crime em 2010, portanto, na vigência do entendimento jurisprudencial prevalente no Supremo Tribunal Federal até 2016 no sentido da inviabilidade da execução antecipada da pena após julgamento de segundo grau. As alterações jurisprudenciais ocorridas *incidenter tantum* e *inter partis* em 2016 e, principalmente, futuramente de forma abstrata e *erga omnes* possivelmente ainda em 2019 – ambas como fruto de alegada mutação constitucional incidente sobre direito fundamental (presunção de inocência) estreitamente vinculado ao direito constitucional de liberdade – serão irretroativas uma vez que mesmo uma Corte Constitucional não pode violar cláusula pétrea e, ainda que o faça a pretexto de aplicar uma mutação constitucional, tal jamais poderá retroagir em malefício de acusados ou condenados, já que isto implicaria, a seu turno, na violação de outro ditame constitucional e também cláusula pétrea: “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”.

Neste mesmo sentido a lição de André Nicolitt:

A par da natureza da atividade do STF no controle abstrato de constitucionalidade, podemos chegar à conclusão de que a decisão do STF ao declarar a inconstitucionalidade está submetida ao princípio da irretroatividade da lei penal prejudicial ao réu (irretroatividade da *lex severior*) e retroatividade da lei favorável (retroatividade da *lex mitior*), art. 5.º, XL, da CF.

Não temos dúvida de que em um Estado Democrático de Direito, todos, inclusive o STF, devem observância e submissão à Constituição. Assim, se o legislador positivo está

submetido ao inc. XL do art. 5.º da CF/1988, com maior razão o legislador negativo, que exerce função atípica, também o estará.

O princípio da segurança jurídica, na forma aplicada em matéria penal, não permite que alguém que pautou sua conduta em um ato do Estado, que nasce com presunção de constitucionalidade como as leis, seja surpreendido por uma decisão do STF que criminaliza ou dá tratamento mais gravoso a fato que a lei (que se presume constitucional) não fazia. (NICOLITT, 2012, p. 8).

Rodrigo de Queiroz Leite, analisando o tema da superação e distinção dos precedentes judiciais no direito processual brasileiro, sustenta que

Partindo-se da premissa que um dos pilares ideológicos do *stare decisis* é a promoção da segurança jurídica e da igualdade, nada mais natural de que a alteração da jurisprudência também não se consolide de forma repentina.

As discussões em torno da superação dos precedentes – seja ela total ou parcial –, devem passar por um meticuloso trabalho da Corte, até para conferir maior legitimidade e solidez a uma nova construção jurisprudencial.

Não custa enfatizar o quão é tormentosa a mudança de um entendimento predominante em votações apertadas, muitas vezes decididas com diferença de apenas um voto, sobretudo nas questões que envolvem temas de extrema relevância jurídica e social e de difícil solução (*hard cases*). (LEITE, 2017)

E prossegue (grifei):

Outra forma de respeito à segurança jurídica quando da alteração dos precedentes é a aplicação da doutrina da superação para frente ou *prospective overruling*.

Essa técnica decisória – também oriunda do Direito norte-americano, nos casos *Linkletter v. Walker* (381 U.S. 618) e *Stovall v. Denno* (388 U. S. 293)[20] –, tem por natureza conferir eficácia prospectiva a uma mudança de entendimento proclamada pelos tribunais, de modo que o novo precedente seja aplicado apenas aos casos futuros a serem julgados a partir da decisão paradigmática (*ex nunc*) ou de outro momento que venha a ser fixado pela Corte (*prospective prospective overruling*).

A possibilidade de modulação dos efeitos da decisão que altera a diretriz jurisprudencial dos tribunais superiores encontra-se positivada no art. 927, § 3º, do CPC/2015, devendo ser observado, ainda, o interesse social presente na causa e, como sempre, a segurança jurídica.

A técnica da *prospective overruling* vem sendo utilizada, por exemplo, nos casos onde a modificação da jurisprudência resulte em precedente que torne mais rígida

a aplicação da norma penal, em homenagem ao princípio da irretroatividade da lei penal mais gravosa, estampado no art. 5º, XL, da Constituição Federal.

Dos julgados colhidos na jurisprudência do STJ, destaca-se, nesse particular, a decisão do Min. Rogério Schietti Cruz no REsp. 1073426, do qual destaca-se o seguinte trecho:

[...] “Logo, conquanto o *overruling*, ou rejeição de um precedente judicial, possua, geralmente, efeito retroativo, é mister incidir, em certos casos, a *prospective overruling*, de tal modo a aplicar a nova orientação apenas aos casos futuros. **E como exemplos dessas situações que justificam conferir efeitos *ex nunc* a uma nova orientação jurisprudencial são citados os casos em que o precedente interpretava norma penal de modo mais restritivo do que a que ora se considera ser a correta interpretação [...]**” (Grifo nosso)

Portanto, sob o aspecto temporal, a adoção da técnica da superação para a frente, seja com efeitos *ex nunc*, seja pro futuro, prestigia ainda mais a segurança jurídica a ser promovida pelas Cortes Superiores, de modo que, ao se utilizar a *prospective overruling*, as ações judiciais eventualmente ajuizadas com base na jurisprudência até então prevalente devem continuar sendo julgadas pelo precedente superado, sob pena de se deflagrar uma irretroatividade normativa e ofender os princípios da isonomia e da proteção da confiança.

Assim é que ainda que julgadas improcedentes aquelas Ações Declaratórias de Inconstitucionalidade, será impositiva a declaração de modulação dos efeitos do aresto para determinar, nos termos do artigo 27 da Lei 9.868/99, sua aplicabilidade somente dali para adiante, *ex nunc*, mantendo ultrativa a interpretação anterior, sob pena do Supremo Tribunal Federal engendrar novas violações a garantias constitucionais – além daquela já violada no corpo do próprio acórdão, v.g., à separação de poderes e à irretroatividade da lei penal salvo para beneficiar o réu, ambas cláusulas pétreas (artigo 60, parágrafo 4º, III e IV da Constituição Federal) .

“Soberano é aquele que decide sobre o estado de exceção”, disse o jurista do nazismo. Ora: os senhores Ministros do Supremo Tribunal Federal não são soberanos a ponto de excepcionarem legitimamente os mais variados direitos e garantias fundamentais ao argumento de que estão a interpretar “a voz do povo”, os “anseios da sociedade”, o “sentimento social” que, segundo eles enquanto pretensos “intérpretes privilegiados” (no terceiro país de maior encarceramento no mundo atual), estariam a clamar contra uma tal de “impunidade”. Os senhores Ministros do Supremo Tribunal Federal não são eleitos (no sentido democrático), nem aclamados (no sentido schmittiano), nem ungidos (no sentido religioso) de modo a que possam redigir uma nova Constituição a cada julgamento, atribuindo à cada nova Carta por

eles ditada os seus próprios valores pseudo-iluministas, contra a expressa dicção e os limites semânticos do texto. Aos senhores Ministros do Supremo Tribunal Federal, enfim, não é dado criarem normas constitucionais inconstitucionais, na pior faceta possível do ativismo judicial oriundo de um neoconstitucionalismo que enfim escancara as portas da jurisdição constitucional ao puro arbítrio.

Quando do julgamento da Reclamação 4335/AC, já acima referida, assim se pronunciou o Min. Ricardo Lewandowski, citando o magistério de Uadi Lammêgo Bulos:

A interpretação constitucional, em todas as suas formas de expressão, constitui um meio importante e eficiente para adaptar os dispositivos supremos do Estado às necessidades emergentes do cotidiano.

Todavia, se o ato interpretativo desvirtuar a letra das normas que embasam a Constituição, quebrando a juridicidade dos princípios informadores da ordem constituída, estaremos diante de mutações inconstitucionais.

Agir em desacordo com a Constituição Federal ao argumento de pretextos utilitaristas, sejam quais foram, tem nome: chama-se Estado de Exceção.

E por que não lembrar mais uma vez, alfim, as palavras de Adolf Hitler expressando sua eterna gratidão a pessoas como Carl Schmitt: “Que teríamos feito sem os juristas alemães?”

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGAMBEN, Giorgio. *O Reino e a glória (Homo Sacer II, 2): uma genealogia teológica da economia e do governo*. São Paulo: Editora Boitempo, 2011.

BADARÓ, Gustavo. *Direito intertemporal*. In: Maria Thereza Rocha de Assis Moura (coord.). *As reformas no processo penal: as novas leis de 2008 e os projetos de reforma*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

LEITE, Rodrigo de Queiroz. *A superação e a distinção dos precedentes judiciais no Direito Processual brasileiro*. Conteudo Juridico, Brasília-DF: 13 jan. 2017. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.57880&seo=1>>. Acesso em: 01 maio 2019.

NICOLITT, André Luiz. *Declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade em matéria penal: reflexão a partir da ADI 4.424 e da ADC 19 – STF e as novas controvérsias sobre a Lei Maria da Penha*. In Boletim IBCCRIM. São Paulo : IBCCRIM, ano 20, n. 234, p. 08-09, mai., 2012.

OLIVEIRA, Pedro Igor de Souza Pinto. *Mais além da lei – considerações acerca do diagnóstico teológico-político e do messianismo na filosofia de Giorgio Agamben*. Tese (doutorado em filosofia). Programa de Pós-graduação em Filosofia, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018.

STRECK, Lenio. *(Neo)Constitucionalismo*. In ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão; STRECK, Lenio (Coord.). *Curso de Direito Constitucional*. Florianópolis: Tirant Lo Blanc, p. 57-82, 2018

VARGAS, Denise Soares. *Mutação constitucional via decisões aditivas*. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.