

## Ainda em torno de mutações (in)constitucionais<sup>1</sup>

**Marcos Augusto Ramos Peixoto**  
Juiz de Direito e membro da AJD

O sociólogo espanhol Manuel Castells inicia seu recente (pequeno grande) livro intitulado *Ruptura – A crise da democracia liberal* com a seguinte instigante e soturna passagem:

Sopram ventos malignos no planeta azul. Nossas vidas titubeiam no turbilhão de múltiplas crises. Uma crise econômica que se prolonga em precariedade de trabalho e em salários de pobreza. Um terrorismo fanático que fratura a convivência humana, alimenta o medo cotidiano e dá amparo à restrição da liberdade em nome da segurança. Uma marcha aparentemente inelutável rumo à inabitabilidade de nosso único lar, a Terra. Uma permanente ameaça de guerras atrozes como forma de lidar com os conflitos. Uma violência crescente contra as mulheres que ousaram ser elas mesmas. Uma galáxia de comunicação dominada pela mentira, agora chamada pós-verdade. Uma sociedade sem privacidade, na qual nos transformamos em dados. E uma cultura, denominada entretenimento, construída sobre o estímulo de nossos mais baixos instintos e a comercialização de nossos demônios. (CASTELLS, 2018, p. 7).

A este rol tão pouco alentador ousa acrescentar, guardadas as devidas proporções, ao menos um fator que penso deveras preocupante especificamente no âmbito jurídico: os graves vícios do neoconstitucionalismo contemporâneo capazes, por exemplo, de levar quatro ministros de nossa mais alta Corte a se acharem plenamente investidos em poderes suficientes para criar(!) um novo tipo penal(!) por analogia(!)<sup>2</sup> – sequer entrarei em detalhes aqui sobre a recente instauração de Inquérito pelo próprio Supremo Tribunal para a apuração

---

<sup>1</sup> Texto utilizado como base para a função de debatedor no evento intitulado “**Constitucionalismo Contemporâneo – Do Jusnaturalismo ao Neoconstitucionalismo: uma caminhada rumo ao Estado Democrático de Direito**”, realizado pelo Fórum Permanente de Estudos Constitucionais, Administrativos e de Políticas Públicas, da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ), no dia 08 de maio de 2019.

<sup>2</sup> No julgamento conjunto do Mandado de Injunção (MI) 4733 e da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26, suspenso em 21 de fevereiro de 2019, os ministros Edson Fachin, Celso de Mello, Alexandre de Moraes e Luís Roberto Barroso votaram a favor da criminalização da LGBTQFobia por analogia ao crime de racismo. Andamentos processuais disponíveis para a ADO em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>, e para o MI em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4239576>, ambos acessados em 07 de maio de 2019.

de possíveis crimes de que alguns ministros seriam vítimas, logo, inexistente foro privilegiado, sem mencionar a violação a grave violação ao princípio acusatório, coroada pela recusa no arquivamento do Inquérito mesmo após pedido neste sentido formulado pela Procuradoria Geral da República –,a ponto de me levar a pensar: não teria sido melhor se tivéssemos nominado este nosso encontro como “*Do Jusnaturalismo ao Neoconstitucionalismo: uma caminhada rumo à ruína do Estado Democrático de Direito*”?

Em recente artigo publicado pelo site Justificando e que, mais recentemente revisto e ampliado, também disponibilizei em meu site [www.marcospeixoto.com](http://www.marcospeixoto.com) (no qual também compartilharei a presente manifestação, com alguns acréscimos de citações e notas que aqui não disporei de tempo para referir), intitulado *Mutação constitucional in malam partem? ou Nem tudo o que é “neo” é novo, nem tudo o que é “novo” é bom*, tive o ensejo de me debruçar com maior vagar – tempo que aqui não disponho – sobre esta preocupação, i.e., os males e vícios do neoconstitucionalismo contemporâneo, sobretudo na vertente do ativismo judicial à brasileira que, mais ultimamente, tem levado nossa Suprema Corte a uma anômala função de “poder constituinte permanente”, com o uso recorrente de mutações constitucionais para fazer valer o que alguns dizem provir de uma tal “voz do povo”.

Nas palavras de 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) - grifei.

Naquele meu texto, ao qual com a devida vênia (diante do estrito tempo aqui) remeto os presentes, tive o ensejo (creio) de demonstrar que uma perigosa posição assumida por alguns ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) tem origem em ninguém menos que Carl Schmitt – talvez o principal jus-filósofo do movimento alemão (de direita) denominado Nacional Socialismo, de triste memória – cujos estudos em matéria de poder constituinte, legitimidade e representação popular, após submetidos ao crivo das lições do filósofo italiano contemporâneo Giorgio Agamben, deixam transparecer o caráter profundamente autoritário daqueles que se dizem “intérpretes privilegiados” da vontade popular, sobretudo quando, sequer eleitos, se acham “aclamados” (um conceito schmittiano), para, a partir daí,

submeterem o texto constitucional a sucessivas alterações informais visando, dizem, melhor adaptá-lo àquela vontade popular que afirmam ouvir e interpretar.

Bem... Basta lembrar que um dos últimos personagens históricos que se disse “aclamado” e apto a interpretar o espírito da comunidade de seu povo, o *Volks(geist)gemeinschaft* de Hegel, foi o próprio Adolf Hitler que, não por outro motivo, em especial agradecimento à doutrina erigida por Carl Schmitt (mas também à “dedicação” de juízes como Roland Freisler), chegou expressamente a indagar, em tom retórico: “Que teríamos feito sem os juristas alemães?”<sup>3</sup>

Justamente por isto Denise Soares Vargas sustenta 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).

Mas o fato é que, como já tive o ensejo de afirmar no modesto artigo de minha autoria acima referido, “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”.

Outrossim, como também lá esclareci, não se trata “de louvar as decisões com as quais concordamos e criticar aquelas das quais discordamos, mas, isto sim, de defender a atuação do STF a partir de regramentos e pressupostos **objetivos** como intérprete do Texto Maior e não como seu revisor permanente ou corretor”.

Exemplo (com a devida vênia) **nítido** de mutação **in**constitucional se deu com a reinterpretação da cláusula de presunção de inocência em que, por apertada maioria, decidiu o STF pela possibilidade de execução da pena de prisão a partir do julgamento em definitivo (porém ainda não transitado em julgado) por decisão em segundo grau de jurisdição, apesar do que dita de maneira **crystalina** (ao meu sentir, respeitados os entendimentos diversos) o

---

<sup>3</sup> É a seguinte a transcrição completa: “Que teríamos feito sem os juristas alemães? Desde 1923 percorri na legalidade e na lealdade o longo caminho que leva ao poder. Juridicamente coberto, democraticamente eleito. (...) Foi o incorruptível jurista alemão, o honesto, o consciencioso, o escrupuloso universitário e cidadão, que acabou por me legalizar ao fazer uma triagem das minhas ideias. Ele criou uma lei do meu agrado e a ela me ative. Suas leis fundamentaram, no direito, a minha ação”. Este discurso foi retirado do filme *Hitler: Um filme da Alemanha*, do cineasta J. Syberberg, conforme transcrição de Roberto Romano em *Meditações sobre os Juizes (2)*, disponível em <https://www.unicamp.br/unicamp/ju/artigos/roberto-romano/meditacoes-sobre-os-juizes-2>, acesso em 06 de maio de 2019.

inciso LVII do artigo 5º da Carta, segundo o qual “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Nem todos, contudo, discordam do novel entendimento da Suprema Corte (por sinal, mais um exemplo de “neo” que não é “novo”, pois se trata de jurisprudência adotada até 2009, **superada** pelo acórdão lavrado pelo Min. Eros Grau no *Habeas Corpus* 84.078/MG, como veremos em seguida). Um de nossos ilustres palestrantes, por exemplo, o Dr. Guilherme Braga Peña de Moraes, defende que o princípio da presunção de inocência

não tem o condão de obstar a execução provisória da pena privativa de liberdade que houver sido aplicada por decisão proveniente de órgão colegiado e, depois, impugnada por recurso extraordinário ou recurso especial ainda não ultimado pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça. (MORAES, 2019, p. 135)

Deixemos (por ora e estrategicamente) aqui de lado esta tormentosa questão em torno da constitucionalidade (ou não) desta “nova” (sem ser **nova**, repito, pelo que não se pode compreendê-la como verdadeira **evolução** constitucional, logo, seria o caso de intitulá-la como **involução** constitucional – voltaremos a este tema mais adiante, sob outro enfoque) “nova”, como dizia, interpretação da Corte Suprema – para trazer à baila outras três não menos instigantes questões, para deixá-las, com a devida vênia, no colo de nossos ilustres palestrantes na forma de indagações que ora faço na qualidade de debatedor.

A **primeira** delas: **pode haver mutação constitucional no âmbito de cláusulas pétreas?**

Quando do julgamento da Reclamação 4335/AC<sup>4</sup>, iniciado em 2007, em que talvez pela primeira vez tenha nossa Suprema Corte se debruçado **mais detidamente** sobre o tema das mutações, citando o magistério de Uadi Lammêgo Bulos assim se pronunciou o Min. Ricardo Lewandowski (grifei):

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**.

---

<sup>4</sup> 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.

Acredito ser pacífico dentre todos aqui que há limites textuais, **semânticos**, à liberdade interpretativa de qualquer corte, ainda que de natureza constitucional. Como insiste em dizer Lenio Streck (grifei), “não há grau zero de sentido *para o intérprete*, que interpreta o texto a partir do texto; não há grau zero de sentido *para o texto*, que se insere em meio a uma tradição de significados e ressignificados, de circunstâncias e contextos (*com-textos*)”. (STRECK, 2019).

Em meio aos debates por vezes acalorados quando do julgamento da Reclamação 4335/AC pouco antes mencionada, podemos encontrar a seguinte lição no voto do Min. Eros Grau:

O intérprete compreende o sentido originário do texto e o deve manter como referência da norma que constitui. Dimensão legislativa e dimensão normativa do fenômeno jurídico, qual observei inicialmente, compõem um só processo, o processo que o direito é enquanto dinamismo. Nele se hão de harmonizar as duas forças a que refere PAULO GROSSI, uma tendente à rigidez [a rigidez do texto], outra, à elasticidade [a criatividade da interpretação]. Tudo andar bem, harmonicamente, se a coerência interna do texto normativo for observada na sua necessária atualização à realidade.

Em outro artigo de minha autoria intitulado *O Surrealismo e o Supremo*, também disponível em [www.marcospeixoto.com](http://www.marcospeixoto.com), tive o ensejo de lembrar que no livro *Através do Espelho e o que Alice Encontrou por Lá* o genial escritor Lewis Carrol nos brinda com uma passagem magistral através de um diálogo entre a protagonista e o famoso personagem Humpty Dumpty. Vejamos (CARROL, 2002, p. 204):

“Não sei o que quer dizer com ‘glória’”, disse Alice.

Humpty Dumpty sorriu desdenhoso. “Claro que não sabe, até que eu lhe diga.

Quero dizer: ‘é um belo e demolidor argumento para você!’”

“Mas ‘glória’ não significa ‘um belo e demolidor argumento’”, Alice objetou.

“Quando **eu** uso uma palavra”, disse Humpty Dumpty num tom bastante desdenhoso,

“ela significa exatamente o que **eu** quero que signifique: nem mais, nem menos.”

“A questão é”, disse Alice, “se você pode fazer as palavras significarem tantas coisas diferentes.”

“A questão é”, disse Humpty Dumpty, “quem é o senhor – **isto é tudo**”<sup>5</sup>

---

<sup>5</sup> A frase final aqui citada advém de outra tradução, que particularmente prefiro (ALVES, 2007, p. 166) .

Tomando isso como premissa, ou seja, que absolutamente **ninguém** aqui gostaria de se submeter à jurisdição de um “Tribunal Humpty Dumpty”, poderia o STF, a pretexto da existência de uma alteração havida na sociedade brasileira que estaria atualmente a clamar (como se em algum momento tenha almejado o contrário!) por menor impunidade (sim... “Impunidade”... Aqui mesmo, no país que possui a terceira maior população carcerária do planeta Terra...), alterar informalmente o texto constitucional em tema de **garantia fundamental** dos cidadãos, onde sequer o constituinte derivado poderia fazê-lo por força do que estatui o artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV de nossa Carta? Ou seria o caso de entender que também houve mutação constitucional neste último texto da Carta Maior? Ou ainda, talvez, que seja o caso de igualmente admitir outra mutação em cláusula pétrea, qual seja, a da separação de poderes – artigo 60, parágrafo 4º, inciso III ?

Este o primeiro questionamento que trago.

Para a **segunda questão**, partamos de novos pressupostos, ou seja, admitamos (para argumentar) que a nova interpretação conferida ao princípio da presunção de inocência é não só admissível enquanto mutação constitucional, como não viola (várias) cláusulas pétreas da Carta Maior.

Adotando tais premissas (**com as quais não compactuo**, como aqui penso que já deixei claro), como ficaria – e aqui o busílis – o inciso XL do artigo 5º da Constituição Federal, ao dispor que “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”?

Perceba-se que uma decisão da corte constitucional como a que está em vias de ocorrer em sede de apreciação das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43, 44 e 54, que requerem a declaração de **constitucionalidade** do artigo 283 do Código de Processo Penal (CPP), terá efeito vinculante e *erga omnes*, logo, **força em tudo similar a de lei**.

Assim sendo, não teria tal decisão de se submeter ao princípio da irretroatividade? Não seria o caso de se adotar, em se tratando de precedente judicial, a doutrina da superação para a frente ou *prospective overruling*?

Ressalto que a matéria não é estranha à jurisprudência pátria, como se pode verificar da decisão monocrática lavrada pelo Min. Rogério Schietti Cruz no REsp. 1073426<sup>6</sup>, onde aquele ministro sustentou o seguinte (grifos no original):

Afigura-se-me, dessarte, inarredável a conclusão de que:

---

<sup>6</sup> Íntegra da decisão disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=45407136&num\\_registro=200801520569&data=20150410](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=45407136&num_registro=200801520569&data=20150410). Acesso em: 1º de maio de 2019.

Se no momento em que os atos foram praticados, a Corte Suprema [ou, no caso, o STJ] afirmava a legitimidade da lei, inegavelmente existia 'norma jurídica' amparando tais atos. Se essa norma é revogada por norma posteriormente emanada da própria Corte Suprema, a nova norma não pode retroagir para apanhar as situações que se consolidaram à época em que era justificada a confiança na norma judicial revogada (...) uma Corte Suprema não pode “riscar” os seus precedentes como se não tivesse qualquer responsabilidade pela expectativa de confiança que gera perante a sociedade. Os atos alicerçados em precedente dotado de autoridade em determinado momento histórico - e assim, irradiador de confiança justificada - não podem ser desconsiderados pela decisão que o revoga, sob pena de violação à segurança e à confiança nos atos do Poder Público. (MARINONI, op. cit., p. 265)

Saliento que, no direito comparado, também há a preocupação com a regulação dos efeitos advenientes de uma mudança de orientação da jurisprudência das Cortes Superiores.

Na Itália, v.g., país de onde herdamos boa parte de nossa tradição jurídica - máxime a do direito processual - o tema não é novo. Maurizio Lupoi, Livre Docente de Direito Privado Comparado da Universidade de Roma, já em 1969, dizia que a regra, nos países do common law, nos quais há maior rigor na obediência aos precedentes, é a de seguir a Blackstonian Doctrine, segundo a qual a sentença judicial declara o direito. 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** (“una norma penale in maniera più restrittiva di quel che ora si ritiene essere la giusta interpretazione”) **ou em que a nova regra faria surgir um considerável número de causas com prejuízo à administração da justiça** (“farebbe sorgere un notevole numero di cause con pregiudizio dell'amministrazione della giustizia”) (LUPOI, Maurizio. Valore dichiarativo della sentenza ed irretroattività del mutamento giurisprudenziale nel diritto statunitense. In *Raccolta di saggi sulla giurisprudenza*. Il Foro italiano. Roma: Società editrice del Foro Italiano, 1969, p. 723-738).

Portanto, aqui fica outro questionamento aos ilustres palestrantes: **uma decisão em controle abstrato de constitucionalidade adotada pelo STF, à qual se atribui força de lei, em matéria processual penal com reflexos materiais, poderia retroagir em malefício de réus em processos criminais?**

E afinal uma **terceira** questão: seria a “nova/velha” interpretação conferida pelo STF ao princípio da presunção de inocência compatível com o princípio constitucional implícito de vedação ao retrocesso, o chamado “efeito *cliquet*” pelo Conselho Constitucional francês (que já o admitiu inclusive como extensivo aos direitos de liberdade<sup>7</sup>), princípio este expressamente contido no artigo XXX, *fine*, da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948<sup>8</sup>, da ONU?

Se formos ainda que muito brevemente historicizar a sucessão de entendimentos em torno da presunção de inocência, temos que em **fevereiro de 2009** o Pleno do STF, por sete votos a quatro, concedeu o *Habeas Corpus* 84.078/MG<sup>9</sup> para permitir que um acusado condenado em segundo grau de jurisdição aguardasse em liberdade o julgamento de recursos especial e extraordinário, **superando** com isso, incidentalmente e portanto sem efeitos vinculantes, o até então pacífico entendimento jurisprudencial, que subsistia desde antes da Constituição de **outubro de 1988**, no sentido da recepção pela ordem constitucional do artigo 637 do CPP em vigor desde **1º de janeiro de 1942** e que ditava: “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”.

Cumprе notar que esta alteração jurisprudencial foi de tal forma bem acolhida 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 CPP 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”.<sup>10</sup>

---

<sup>7</sup> Neste sentido a Decisão 83-165 DC, de 20 de janeiro de 1984, do Conselho Constitucional francês. Disponível em <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1984/83165DC.htm>. Acesso em: 08 de maio de 2019.

<sup>8</sup> Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/2decla.htm>. Acesso em 08 de maio de 2019.

<sup>9</sup> Ementa disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000161511&base=baseAcordaos>. Acesso em: 1º de maio de 2019.

<sup>10</sup> Já bem antes disso, em 13 de julho de 1984 (com entrada em vigor seis meses depois, junto com a Lei 7.209/84, que alterou a Parte Geral do Código Penal), o legislador pátrio já havia trazido a lume através da Lei 7.210/84 (Lei de Execução Penal), em seu artigo 105, o seguinte dispositivo: “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”. No referido *Habeas Corpus* 84.078/MG, o STF declarou revogado o mencionado artigo 637 do Código de Processo Penal pelo artigo 105 da Lei 7.210/84, sequer sendo necessária, portanto, a declaração de inconstitucionalidade (*rectius*: não recepção) do artigo 637 do Código de Processo Penal pela ordem constitucional de 1988.

Contudo, em **fevereiro de 2016**, portanto **sete anos após aquele julgamento**, quando da apreciação do *Habeas Corpus* 126.292/SP<sup>11</sup>, também em Plenário, o STF mudou **novamente** sua orientação, vencidos os Ministros Marco Aurélio, Rosa Weber, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski (Presidente), agora para voltar a acolher o entendimento **anterior a fevereiro de 2009(!)** no sentido da possibilidade de execução antecipada da pena privativa de liberdade após julgamento em segundo grau de jurisdição – e aqui algo estranho: sem declaração incidental de inconstitucionalidade dos artigos 105 da LEP ou 283 do CPP.<sup>12</sup>

Ocorre que, como sustenta Eduardo Ribeiro Moreira, outro de nossos ilustres palestrantes, a partir do surgimento do neoconstitucionalismo

(...) pode-se falar em vedação ao retrocesso. Tida como princípio constitucional implícito, a vedação ao retrocesso alinha-se com a proposta de correção presente no neoconstitucionalismo. Não se pode mais voltar a um estágio constitucional anterior. Nenhuma calamidade a justifica, nem mesmo para combater as guerras - nesse caso, são previstos o Estado de Defesa e o Estado de Sítio. Em tempos de paz, a Constituição deve se preocupar em ser cumprida, em alcançar a efetividade do seu texto, como maior prova de seu desenvolvimento civilizatório. Não se aceita mais viver em um Estado não democrático, exigindo-se princípios e instrumentos de garantias da cidadania e da dignidade humana, como mínimos objetivamente tutelados. Sem essa configuração institucional, não estamos diante de um estágio de neoconstitucionalismo. Por isso, os países que não se encontram nesse modelo não são neoconstitucionalistas. Essa conclusão é um desdobramento da impossibilidade de retrocesso. (MOREIRA, 2008, p. 29).

Ora, como vimos, a interpretação **suplantada pela técnica do *overruling* em 2009**, relativa à admissão, pela garantia da presunção de inocência, da possibilidade de execução da sentença condenatória confirmada em segundo grau vinha **desde antes** da Constituição

---

<sup>11</sup> Ementa disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000253953&base=baseAcordaos>. Acesso em: 1º de maio de 2019.

<sup>12</sup> Este entendimento vem sendo mantido desde então majoritariamente pelo Pleno daquele Tribunal, como se percebeu mais recentemente em novo e instigante capítulo da celeuma jurisdicional, quando do julgamento no ano de 2018 do *Habeas Corpus* 152752/PA tendo como Paciente o ex-Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva. Naquela ocasião 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.

Cidadã. O entendimento firmado pelo Plenário do STF a partir de 2009 e até 2016, portanto, **ampliou a garantia, a reforçou, a sedimentou em consonância à Constituição de 1988.**

Seria legítimo, então (ou, melhor dizendo: **compatível com a Constituição Federal e com os tratados e convenções internacionais firmados pelo Brasil**), ante a cláusula de proibição do retrocesso vigente ao menos desde **1988**, que em pleno ano de **2016** se retorne a uma interpretação fortemente restritiva daquele princípio constitucional, anterior a **2009**? Seria legítimo retroagir a entendimento jurisprudencial que, ainda que sob nova e bela roupagem (forte no direito comparado, portanto, de *lege ferenda*) na verdade retrocede à redação do artigo 637 do CPP vigente em **1942**? Ou pior, retroceder aos tempos da ditadura militar brasileira, à Constituição outorgada em **1967** ou à Emenda nº 1 de **1969**, que sequer previam expressamente tal secular direito fundamental (que remonta, pelo menos, à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789)? Ou caminhar para trás até a dicção das Leis 5.941 de **1973** e 6.416 de **1977**, que começaram a abrir tímido espaço para a presunção de inocência em nossa legislação?

Volto a salientar que quanto às duas primeiras indagações aqui levantadas meu entendimento pessoal se encontra detidamente explicitado naquele texto mais amplo, já referido<sup>13</sup>. Quanto à terceira questão ora formulada, fica sua resposta aqui minimamente antecipada para um futuro estudo quiçá mais aprofundado e, por óbvio, no aguardo das ponderações dos ilustres palestrantes: na minha modesta concepção, há clara e lamentável violação à cláusula implícita de vedação a retrocesso na atual posição prevalente (com louváveis votos vencidos) no Supremo Tribunal Federal quanto ao princípio constitucional da presunção de inocência.

---

<sup>13</sup> A menção é ao texto *Mutação constitucional in malam partem? ou Nem tudo o que é “neo” é novo, nem tudo o que é “novo” é bom*. Disponível em: <http://www.marcospeixoto.com/artigos>. Acesso em: 2 de maio de 2019.

6ª Reunião



Fórum Permanente de Estudos  
Constitucionais, Administrativos  
e de Políticas Públicas



# CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO

DO JUSNATURALISMO AO NEOCONSTITUCIONALISMO  
UMA CAMINHADA RUMO AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

**8/5/2019**

Das 9h30min às 12h

**Abertura:**

**Dra. Cristina Tereza Gaulia**

Desembargadora Presidente do Fórum Permanente de Estudos Constitucionais,  
Administrativos e de Políticas Públicas

**Palestrantes:**

**Dr. Guilherme Braga Peña de Moraes**

Promotor de Justiça

Membro do Fórum Permanente de Estudos Constitucionais, Administrativos e de Políticas Públicas

**Dr. Eduardo Ribeiro Moreira**

Doutor, Pós-Doutor e Livre Docente em Direito Constitucional pela USP

Professor Associado de Direito Constitucional da UFRJ

**Debatedor:**

**Juiz de Direito Marcos Augusto Ramos Peixoto**

Titular da 37ª Vara Criminal do TJERJ

**Participação Especial:**

**Advogada Luiza Alves de Castro**

Mestranda da UFF

*"Evidentemente, o constitucionalismo e as concepções sobre a Constituição que lhe são subjacentes têm variado bastante ao longo do tempo, influenciadas pelas profundas mudanças sociais, políticas e econômicas que vêm ocorrendo no mundo. Por isso, e pela sua importância central nos domínios do Direito, da Política e da Filosofia, a Constituição tem sido objeto privilegiado de estudo no âmbito da História dos Conceitos."*

Sarmiento, Daniel; Souza Neto, Claudio Pereira. *Direito Constitucional, Ed. Fórum.*

Serão concedidas horas de estágio pela OAB/RJ para estudantes de Direito participantes do evento.

Poderão ser concedidas horas de atividade de capacitação pela Escola de Administração Judiciária aos serventuários que participarem do evento. A pontuação deverá ser solicitada à ESAJ individualmente por e-mail e poderá ser atribuída nos termos do art. 1º, inciso IV e parágrafo único, art. 7º parágrafos 1º e 4º e art. 13, parágrafo 1º, inciso III, da Resolução nº 07/2016 do Conselho da Magistratura

**INFORMAÇÕES:**

Secretaria da EMERJ:  
Tel.: 3133-3369

**INSCRIÇÕES:**

Exclusivamente pelo  
site da EMERJ  
[www.emerj.tjrj.jus.br](http://www.emerj.tjrj.jus.br)

**AUDITÓRIO:**

Des. Paulo Roberto Leite Ventura  
Rua Dom Manuel, 25  
1º Andar - Centro / RJ

Composição do Fórum Permanente de Estudos Constitucionais, Administrativos e de Políticas Públicas da EMERJ:  
Desembargadora Cristina Tereza Gaulia – Presidente; Desembargador Cláudio Brandão de Oliveira - Vice-Presidente.  
Demais Membros: Procurador do Estado Flávio de Araújo Willeman; Promotor de Justiça Guilherme Braga Peña de Moraes e a  
Procuradora do Município Vanice Regina Lirio do Valle.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Rubem. *Filosofia da Ciência: Introdução ao Jogo e suas Regras*. São Paulo: Loyola, 2007 .

CARROL, Lewis. *Alice: Edição Comentada*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002.

CASTELLS, Manuel. *Ruptura – A crise da democracia liberal*. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

MORAES, Guilherme Braga Peña de. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2019.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Neoconstitucionalismo – A invasão da Constituição*. São Paulo: Método, 2008.

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.

STRECK, Lenio. *Sobre "presunção": ainda que estivesse certo, Barroso estaria errado*. Consultor Jurídico, 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-abr-04/senso-incomum-presuncao-ainda-estivesse-certo-barroso-estaria-errado>. Acesso em: 3 de maio de 2019.

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