



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA – UFPB
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

DAVID RAMALHO HERCULANO BANDEIRA

**O CONSTITUINTE, A EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA, ULISSES E AS
SEREIAS: ENTRE MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL E COMPROMISSO EM JON
ELSTER**

**SANTA RITA
2020**

DAVID RAMALHO HERCULANO BANDEIRA

**O CONSTITUINTE, A EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA, ULISSES E AS
SEREIAS: ENTRE MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL E COMPROMISSO EM JON
ELSTER**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de
Direito, do Centro de Ciências Jurídicas, da Universidade
Federal da Paraíba, como exigência parcial para obtenção
do título de Bacharel em Ciências Jurídicas.

Orientador: Prof. Dr. Valfredo de Andrade Aguiar Filho

SANTA RITA

2020

Catálogo na publicação
Seção de Catalogação e Classificação

B214c Herculano Bandeira, David Ramalho.

O Constituinte, a Execução Antecipada da Pena, Ulisses e as Sereias: entre mutação constitucional e compromisso em Jon Elster / David Ramalho Herculano Bandeira. - João Pessoa, 2020.
52 f.

Orientação: VALFREDO AGUIAR.

TCC (Especialização) - UFPB/DCJ/SANTA RITA.

1. Odisseia de Homero. 2. Ulisses e as Sereias. 3. Execução Antecipada da Pena. 4. Presunção de Inocência. 5. Poder Constituinte e Poderes Constituídos. 6. Mutação Constitucional. 7. Jon Elster. I. AGUIAR, VALFREDO. II. Título.

UFPB/CCJ

DAVID RAMALHO HERCULANO BANDEIRA

**O CONSTITUINTE, A EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA, ULISSES E AS
SEREIAS: ENTRE MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL E COMPROMISSO EM JON
ELSTER**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de
Direito, do Centro de Ciências Jurídicas, da Universidade
Federal da Paraíba, como exigência parcial para obtenção
do título de Bacharel em Ciências Jurídicas.

Orientador: Prof. Dr. Valfredo de Andrade Aguiar Filho

Banca Examinadora:

Data da Aprovação: __/__/____

Prof. Dr. Valfredo de Andrade Aguiar Filho (Orientador)

Prof.

(Avaliador)

Prof.

(Avaliador)

A todos que contribuíram, direta e indiretamente, para
cada um dos meus passos, por mais singelos que sejam.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, antes de tudo, à minha família. Ao meu pai, Widson, que sempre me ensinou a fé, a esperança e o sorriso, ainda que em tempos adversos. À minha mãe, Márcia, de cujo exemplo de dedicação, para os estudos, a profissão e a família, eternamente me guiará. Aos meus irmãos, Sarah e Widson Filho, por fazerem parte do meu desenvolvimento, dia após dia, com quem sei que poderei contar, a qualquer momento e em qualquer lugar. Aos meus avós paternos, Warnette e Jacob, que, a despeito da ausência física, continuam presentes na forma das lembranças e do exemplo de humildade, de honestidade e de amor conjugal e familiar. À minha avó materna, Mariselma, pelas constantes e despretensiosas lições de amor, de cuidado e de afeto. Ao meu avô, José Herculano, pelo exemplo vivo de disciplina, de vontade e de resiliência. Ao meu tio Marlos, que me constrange com a pureza e a sinceridade do seu coração, na pessoa de quem agradeço a todas as minhas tias e a todos os meus tios, bem como aos meus primos e às minhas primas.

Meus sinceros agradecimentos à minha companheira de vida, Lais, cujos ombros me servem de guarida nos momentos mais difíceis. Aos meus sogros, Irlanilson e Luciana, e à minha cunhada, Liz, sentimento que estendo a toda a família, pelo suporte e, sobretudo, pela acolhida. Às amigas que de há muito carrego, substanciais para que eu chegasse a esta fase. A todos os amigos que fiz durante a caminhada universitária, nas pessoas de Fernanda, Gabriel, Elias, Lucas e Victor, sem os quais, definitivamente, eu não teria conseguido.

Registro a minha gratidão, por fim, à Universidade Federal da Paraíba e a todos que dela fazem parte, pela enorme contribuição à sociedade, ao lado do que se torna pequena a (r)evolução cognitiva da qual tive, individualmente, a oportunidade de desfrutar.

RESUMO

O presente trabalho tem o objetivo de analisar a (im)possibilidade de mutação constitucional sobre o artigo 5º, LVII, da Constituição federal, que expressa o mandamento da presunção de inocência. Parte-se da perspectiva de Jon Elster, segundo o qual as constituições estabelecem compromissos prévios, assim como os que Ulisses firmou na Odisseia de Homero, que assumem destacada relevância em momentos de crise ou de tensão. Tais compromissos são realizados mediante (auto)limitações ou (autor)restrições, que se exprimem, no constitucionalismo, nos limites aos mecanismos de mudança das constituições. Para tanto, serão apresentados os conceitos de poder constituinte e poderes constituídos, atentando-se à natureza limitada destes. Em seguida, passar-se-á ao exame do conceito e dos limites próprios da mutação constitucional, conforme a doutrina tradicional alemã e a doutrina difundida no Brasil, expondo que esta coaduna com a visão apresentada por Elster. Por fim, a partir dos limites inerentes à mutação constitucional extraídos da doutrina, far-se-á a completa análise da (im)possibilidade de sua ocorrência sobre o artigo 5º, LVII, da Constituição federal, a permitir a execução antecipada da pena, antes do trânsito em julgado – e se esta permissão implica o rompimento daqueles compromissos prévios.

Palavras-chave: Odisseia de Homero. Ulisses e as Sereias. Execução Antecipada da Pena. Presunção de Inocência. Poder Constituinte e Poderes Constituídos. Mutação Constitucional. Jon Elster.

ABSTRACT

This work has the objective of analyzing the (im)possibility of constitutional mutation on the article 5º, LVII, of the Brazilian federal Constitution, which express the presumption of innocence. It starts from the perspective of Jon Elster, according to which the constitutions establish previous commitments, as well as those that Ulysses signed in the Odyssey of Homer, that assume outstanding relevance in moments of crisis or of tension. Such commitments are made through (self) limitations or (self) restrictions, which are expressed, in constitutionalism, within the limits of the mechanisms of constitutional change. For that, the concepts of constituent power and constituted powers will be presented, considering the limited nature of these. Then, the concept and limits of constitutional mutation, according to the traditional German doctrine and the doctrine spread in Brazil, will be examined, stating that this is in line with Elster's view. Finally, from the limits inherent to the constitutional mutation extracted from the doctrine, a complete analysis of the (im) possibility of its occurrence on article 5, LVII, of the Brazilian federal Constitution, will be made, allowing for the provisional execution of the criminal sentence, before the final and unappealable decision – and whether this permission implies the breach of those prior commitments.

Key-words: Homer's Odyssey. Ulysses and the Mermaids. Provisional Execution of the Criminal Sentence. Presumption of Innocence. Constituent Power and Constituted Powers. Constitutional Mutation. Jon Elster.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	9
2 A ODISSEIA DE HOMERO: ULISSES E O CANTO DAS SEREIAS.....	11
2.1 ULISSES, AS SEREIAS E A CONSTITUIÇÃO.....	12
2.2 A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA E A EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA EM TEMPOS DE CRISE.....	16
3 OS LIMITES DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL COMO PODER CONSTITUÍDO	19
3.1 PODER CONSTITUINTE E PODERES CONSTITUÍDOS: OS COMPROMISSOS E OS LIMITES CONSTITUCIONAIS.....	19
3.2 DOS LIMITES À MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL.....	22
4 A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA, A EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA E A (IM)POSSIBILIDADE DE MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL.....	30
4.1 A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A IDENTIDADE DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DE 1988.....	30
4.2 OS LIMITES INERENTES AO ART. 5º, LVII.....	34
4.3 DE OUTROS DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS PERTINENTES.....	37
4.4 MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL OU COMPROMISSO: ENTRE A RUÍNA E O REINO.....	41
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	44
6 REFERÊNCIAS.....	47

1 INTRODUÇÃO

A Odisseia de Homero propõe, ainda que de forma desprezível, uma pertinente reflexão jurídica, relacionada à noção da Constituição como carta de pré-compromissos e de (autor)restrições ou (auto)limitações. É o que se depreende do Canto XII da obra literária, em que o personagem principal, Ulisses, ao tomar ciência de que enfrentaria o canto das sereias, um dos seus maiores desafios durante o seu retorno ao reino de Ítaca, firmou pré-compromissos que, respeitados à risca, foram substanciais para que concluísse, ileso, a travessia da Ilha das Sereias, em meio ao tanto tentador quanto traiçoeiro soar da canção.

Com efeito, é inerente à natureza humana a tendência a tomar decisões que satisfazem os interesses imediatos, embora possam levar à ruína se analisadas numa perspectiva de longo prazo, notadamente quando realizadas em prejuízo dos interesses principais e longínquos. E o comportamento humano não é diferente no campo político, o que pode ser percebido da análise da atual realidade brasileira, em que se experimenta uma crise de ordem econômica, moral e política, que tenciona a sociedade e põe em teste as instituições democráticas. A crise é previsível, e a Constituição possui a função de carta de pré-compromissos, que restringe e limita a atuação, antes de tudo, da própria sociedade, mormente nessa conjuntura em que se tornam iminentes ameaças às garantias e aos direitos constitucionais, em razão da maximização de tal tendência.

Neste prisma, portanto, a Constituição tem, a rigor, o escopo de assegurar que a sociedade prossiga no trilho dos seus principais objetivos, frente aos seus desejos imediatos. Para que se alcancem as pretensões precípuas e longínquas, têm-se questões centrais como a preservação da própria identidade constitucional e a manutenção do Estado Democrático de Direito, que são prejudicadas quando não se respeitam os limites constitucionalmente estabelecidos, estes que se exprimem, por exemplo, nas (auto)limitações, estabelecidas pelo constituinte, ao poder de mudança da Constituição.

Na composição de direitos e garantias ameaçadas mediante o desrespeito a essas limitações, na atual conjuntura brasileira, inclui-se, de forma clara, a norma constitucional da presunção da inocência, esculpida, no plano constitucional, no artigo 5º, LVII. Discute-se a possibilidade da execução antecipada da pena, antes do trânsito em julgado, no que se levanta a hipótese da ocorrência, sobre o referido dispositivo, de mutação constitucional, expressão de

um poder de mudança da Constituição que, por sua natureza, possui limites a serem respeitados.

Em verdade, assim como na obra de Homero, a tensão da sociedade, em momentos como este, faz soar um canto tentador e, tal qual o das Sereias, traiçoeiro. Ante a sociedade em ebulição, os próprios Poderes da República – aqui, será conferido especial enfoque ao Poder Judiciário – tendem a proceder no sentido de desrespeitar os limites constitucionalmente estabelecidos. Isso porque, como dito, sobreleva-se aquela inegável tendência humana a tomarem-se decisões imediatistas e irracionais, que, em detrimento de interesses principais e longínquos, podem implicar o rompimento dos compromissos prévios. Resta saber se, neste tema, assim como ocorrido na narrativa da Odisseia de Homero, os compromissos (constitucionais) previamente estipulados serão respeitados.

2 A ODISSEIA DE HOMERO: ULISSES E O CANTO DAS SEREIAS

A Odisseia¹, de Homero, tem como protagonista Ulisses – ou Odisseu, no grego –, personagem da mitologia grega que, apesar de sua natureza puramente humana, possuía perspicácia e coragem singulares. A obra trata, em suma, da narrativa que sucede a guerra de Troia², a qual relata o regresso de Ulisses para o seu reino, em Ítaca, que perdurou dez anos, período em que vivenciou imprevisíveis e intensas aventuras.

Dentre os diversos cenários por que o personagem passou durante a extensa viagem, um deles propõe, implícita e despretensiosamente, uma pertinente e oportuna reflexão jurídica. Esse é ilustrado no Canto XII da obra literária, em que Ulisses, junto à sua tripulação, desembarca temporariamente na Ilha de Eeia e, ao anoitecer, vê-se prestes a enfrentar novas adversidades, quando a feiticeira Circe o alertou acerca da traiçoeira Ilha das Sereias. É que estas, ao cantarem, seduziam os homens, direcionando-os à própria ruína:

Todas estas coisas foram cumpridas; mas ouve agora aquilo que te direi, e um deus te recordará. Às Sereias chegarás em primeiro lugar, que todos os homens enfeitiçam, que delas se aproximam. Quem delas se acercar, insciente, e a voz ouvir das Sereias, ao lado desse homem nunca a mulher e os filhos estarão para regozijarem o seu regresso; mas as Sereias o enfeitiçam com seu límpido canto, sentadas num prado, e à sua volta estão amontoadas ossadas de homens decompostos e suas peles marcescentes.³

Na mesma ocasião, Circe, tendo acautelado Ulisses sobre o caráter tentador – quiçá irresistível – do canto das Sereias, sugere que o rei de Ítaca, ao chegar no trecho crítico da travessia, peça para que seus tripulantes, cujos ouvidos estarão protegidos, amarrem as suas mãos e os seus pés, atando as cordas ao mastro do navio. Antevendo o que viria a acontecer, a feiticeira aconselha-o a avisar aos tripulantes para, caso ordene que o libertem, que o amarrem com ainda mais cordas.

Ao sobrevir da aurora, o personagem principal dirigiu-se para a nau e incitou os companheiros para procederem ao embarque e, assim, retomarem a navegação. Favorecidos pelo vento, logo chegaram à Ilha das Sereias, e Ulisses, seguindo aquelas instruções, ordenou aos seus pares: “(...) deveis amarrar-me com ásperas cordas, para que fique onde estou, de pé junto ao mastro; e que as cordas estejam atadas ao mastro”; e prescreveu, em seguida, com

¹ HOMERO. *Odisseia*. Tradução e prefácio de Frederico Lourenço. São Paulo: Companhia das Letras/Penguin Books, 2011.

² Esta relatada na obra “*Iliada*”.

³ *Ibidem*, p. 320.

afinco: “E se eu implorar e vos ordenar que me liberteis, deveis amarrar-me com mais cordas ainda”.⁴

Chegou-se, logo após, ao momento de tensão: soava o límpido e tentador canto das Sereias. Como previsto anteriormente por Circe, Ulisses implorou aos seus companheiros para que o soltassem, porém, estes, cientes da sua responsabilidade outrora outorgada, mantiveram-se fiéis ao acordado inicialmente. E, portanto, só assim, mediante um compromisso prévio, proposto a partir da certeza da superveniência de uma ocasião extrema, foi possível resistir à adversidade, inobstante o soar da sedutora, atraente e fascinante – tão quanto perversa e tóxica – canção.

2.1 ULISSES, AS SEREIAS E A CONSTITUIÇÃO

Dessa narrativa trazida no Canto XII da Odisseia de Homero há muito a extrair-se, mormente à vista do atual momento por que passa a nação brasileira, contexto em que a Constituição – e não poderia ser diferente – assume papel substantivo, no que se realça, como aqui será exposto, uma de suas funções precípuas. Adiante-se: tanto o estudo da Constituição quanto o trecho narrado na mencionada obra literária tratam de pré-compromissos e (autor)restrições ou (auto)limitações.

Como se viu, o personagem central, Ulisses, antes de evadir a Ilha de Eeia, tinha ciência da provação que enfrentaria: o encantador canto das Sereias, que despertava as mais profundas paixões dos homens, os quais, em momento de êxtase, se desviavam de seus objetivos, dos rumos previamente estipulados, e eram conduzidos a caminhos oblíquos. Em suma, o momento de tensão apresentava-se como terreno fértil para a tomada de decisões irracionais, a fim de satisfazer intentos imediatos (no caso, entregar-se ao irresistível canto das Sereias), fechando-se os olhos para os objetivos maiores e mais relevantes (concluir a travessia e chegar, enfim, ao reino de Ítaca).

Similar é a relação da sociedade com a Constituição. Ao passo que a sociedade sabe dos momentos de tensão ou de crise pelos quais irá passar, e por isso será tentada a tomar decisões irracionais, extremadas e inconsequentes, a Constituição tem função de conter tais intentos momentâneos, funcionando como verdadeira carta de pré-compromissos, assumindo uma função (auto)limitadora e (autor)restritiva. Visam-se, aqui, as suas mais relevantes e

⁴ *Ibidem*, p. 324.

significativas pretensões, inerentes à sua concreção e à sua manutenção, que constituem, por natureza, propósitos mediatos, longínquos.

Sobre o tema, os dizeres David Hume, consignados nos seus Ensaios Morais, Políticos e Literários⁵, representam com precisão a noção aqui apresentada, quando afirma que: “muito mais frequente é os homens serem distraídos de seus principais interesses, mais importantes mas mais longínquos, pela sedução de tentações presentes, embora muitas vezes totalmente insignificantes. Esta grande fraqueza é incurável na natureza humana”.

Nessa esteira, Jon Elster dedicou-se ao tema em diversas obras⁶, nas quais se debruça sobre a (imperfeição da) racionalidade humana, que é caracterizada pela capacidade de se relacionar com o futuro⁷. Conforme verificado no caso de Ulisses, tal racionalidade é imperfeita, porque, se não o fosse, não seriam necessários compromissos prévios ou normas prévias para se auferir determinado objetivo: este seria alcançado de forma direta. Desta ideia, apresenta-se a função das constituições nas sociedades democráticas, que funcionariam como mecanismos de pré-compromissos – do termo original *precommitment* – e de (autor)restrição ou (auto)limitação, “adotados pela soberania popular – a partir do reconhecimento da imperfeição da racionalidade humana – para se proteger de suas paixões e fraquezas”⁸. Em verdade, atuariam como escudo frente às inconsistências temporais, de forma a proteger os objetivos de longo prazo, muitas vezes subavaliados ou desprezados por maiorias sedentas por terem satisfeitos os seus interesses imediatos, em detrimento daqueles, o que Hume identifica como uma forma de miopia.⁹

As restrições impostas, para além do controle de constitucionalidade, que limita o legislador infraconstitucional, exprimem-se nas limitações ao poder de mudança das constituições, a serem observados pelos poderes constituídos, seja pelo caminho da reforma, seja pela via da mutação constitucional. Revela-se o escopo de preservar, ao longo do tempo, valores intrínsecos à identidade da Constituição, bem como obstar decisões políticas que,

⁵ HUME, David. **Ensaio Morais, Políticos e Literários**. São Paulo, Abril Cultural, 1973.

⁶ Dentre outras: ELSTER, Jon. **Precommitment and Constitutionalism**, Columbia University materials, 1995, 1; ELSTER, Jon. **Ulisses and the Sirens**. Cambridge, Cambridge University Press, 1979; ELSTER, Jon. **Ulysses Revisited - Precommitment and Constitutionalism**, Universidade de Columbia, 1995.

⁷ GUERRA, Elizabete Olinda. **A teoria da escolha racional no pensamento de Jon Elster**. In Revista de Filosofia Peri. v. 05. n. 01. Santa Catarina, 2013, p. 128-129.

⁸ ELSTER, Jon. **Precommitment and Constitutionalism**, Columbia University materials, 1995, 1; HOLMES, Stephen. **Precommitment and the Paradox of Democracy**. In *Passion & Constraint*. Chicago, The University of Chicago Press, *apud* VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Constituição como Reserva de Justiça**. Lua Nova, nº 42, 1997, p. 54.

⁹ HUME, David. *Op. Cit.*, p. 225

visando à satisfação de interesses imediatos, prejudicam interesses tidos como principais. Têm-se adotadas na nossa Constituição, sem detrimento de outras possivelmente consideradas, as limitações materiais, formais, temporais e circunstanciais, no âmbito da reforma, além dos limites próprios da mutação constitucional.

As limitações circunstanciais do poder de reforma denotam aquela percepção da imperfeição da racionalidade humana de forma clara, ao vedarem a realização de emendas constitucionais no curso de intervenção federal ou na vigência de estado de defesa ou estado de sítio, situações específicas que revelam instabilidade institucional. Entretanto, nem todo momento de instabilidade institucional é, necessariamente, marcado por essas hipóteses, de modo que se deve consignar: todas as formas de limitação ao poder de mudança constitucional – não só as circunstanciais – possuem tal função, em variados cenários de instabilidade, em maior ou menor intensidade, mesmo se não estiverem configuradas as circunstâncias acima elencadas.

É mister registrar que o próprio Elster admite, em uma revisitação¹⁰, que a analogia da Odisseia de Homero deve ser analisada com ressalvas. É que, na narrativa de Ulisses, há uma limitação individual, uma autolimitação, enquanto no processo constituinte há uma limitação supra-individual e intergeracional. Isto é, limita-se o conjunto da sociedade, bem como as gerações futuras, tendo em vista que as constituições podem persistir durante décadas, quiçá séculos, como é o caso da Constituição americana de 1787.¹¹

Trata-se, de fato, de um aparente paradoxo, mormente se a ideia de limitação e restrição da vontade das maiorias – a incluir as das gerações futuras – for analisada sob a ótica das teorias democráticas procedimentais ou majoritárias, conforme leciona Vieira¹². No entanto, como bem denota Stephen Holmes, autor do trabalho intitulado “*Precommitment and the Paradox of Democracy*”, “as limitações criadas pelo constitucionalismo são habilitadoras e emancipatórias”¹³, porquanto expressam mecanismos para a manutenção do Estado Democrático de Direito, que guarda estrita relação com a manutenção dos direitos

¹⁰ ELSTER, Jon. **Ulysses Revisited - Precommitment and Constitutionalism**, Universidade de Columbia, 1995.

¹¹ VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Constituição como Reserva de Justiça**. Lua Nova, n° 42, 1997, p. 54-55.

¹² VIEIRA, Oscar Vilhena. *Op. cit.*, p. 55.

¹³ HOLMES, Stephen. **Precommitment and the Paradox of Democracy**. In *Passion & Constraint*. Chicago, The University of Chicago Press, p. 134, *apud* VIEIRA, Oscar Vilhena. *Op. cit.*, p. 55.

fundamentais.¹⁴ Estes são essenciais para a própria democracia, porque, fundados na dignidade da pessoa humana, promovem a emancipação do indivíduo, a igualdade, a autonomia de todos, de modo que a decisão política que venha a violá-los substancialmente, mesmo que estabelecida pela maioria, deve ser barrada.¹⁵

Por isso mesmo, os direitos fundamentais situam-se, comumente, no âmbito das limitações materiais de mudança das constituições, como é o caso da Constituição federal brasileira, que os confere *status* de cláusula pétrea. Por outro lado, consigne-se que o respeito aos limites estabelecidos pelo constituinte, sejam materiais ou não, se conecta, de forma estrita, com os direitos fundamentais. Atente-se, para exemplificar, ao devido processo legal, à segurança jurídica e à soberania popular, que encontram proteção, também, nos limites não materiais, como os formais e os circunstanciais. Ou seja, é fato que os direitos fundamentais, materialmente, constituem limitação aos processos de mudança da constituição, entretanto, cumpre destacar que o desrespeito às limitações, mesmo que de natureza não material, implica *per se* a violação a diversos direitos consagrados como fundamentais.

Além disso, deve-se atentar às restrições que a Constituição estabelece para a preservação da sua própria identidade. Não se trata de petrificar a Constituição sob esse pretexto, tornando-a inefetiva, em descompasso com as mudanças decorrentes do dinamismo do tecido social; se assim o fosse, sequer haveria a possibilidade de mudança constitucional. Porém, há de se consignar, permitir a sua mudança ilimitadamente poderia implicar a sua total desconfiguração ao longo do tempo, tornando-a, da mesma forma, inefetiva.¹⁶ Trata-se, isto

¹⁴ A propósito, Joaquim Carlos Salgado afirma que o Estado de Direito, desde a Revolução Francesa, caracteriza-se pela legitimidade, e o poder político legitima-se e justifica-se, para além da sua origem e da técnica com a qual é exercida, pela sua finalidade. E, segundo o autor, a “finalidade do poder é realizar o direito no seu todo e a partir do momento da constituição e estruturação do poder, pela declaração e realização dos direitos fundamentais” (SALGADO, Joaquim Carlos. **O estado ético e o estado poiético**. Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, v. 24, n. 2, p. 3-34, abr./jun. 1988, p. 8-9). O mesmo autor afirma que “A expressão “direitos fundamentais” tem seu significado garantido num fato político de natureza planetarizante: o fato do Estado de Direito, definido como o Estado cuja finalidade, ou “ratio essendi”, é a realização e garantia de direitos subjetivos considerados fundamentais, portanto, que se conferem a todos como pessoas” (SALGADO, Joaquim Carlos. **Princípios hermenêuticos dos direitos fundamentais**. Revista da Faculdade de Direito da UFMG: nova fase, Belo Horizonte, n. 34, 2001, 245-266).

¹⁵ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Op. cit.*, p. 55.

¹⁶ INGO, Wolfgang Sarlet. **Direitos fundamentais, democracia entre reforma e mutação constitucional** - uma análise a perspectiva da Constituição de 1988. In: Jurisdição e Hermenêutica Constitucional: em homenagem a Lenio Streck/ coordenação Eduardo Arruda Alvim; George Salomão Leite, Ingo Wolfgang Sarlet; Nelson Nery Jr.. – Rio de Janeiro: Mundo Jurídico, 2017, p. 21.

sim, de preservar os elementos constitucionais essenciais¹⁷, o núcleo da Constituição, evitando a destruição da ordem constitucional mediante a sua ampla e ilimitada mudança.

Acerca dessa via dúplice, Ingo Wolfgang Sarlet¹⁸, fazendo referência a Konrad Hesse, aponta que “uma ordem constitucional não pode continuar em vigor por meio da vedação de determinadas reformas, caso ela já tiver perdido a sua força normativa, também é verdade que ela não poderá alcançar suas metas caso estiver à disposição plena dos poderes constituídos”. Concluindo o raciocínio, ratifica que “o problema dos limites materiais à reforma constitucional passa inexoravelmente pelo equacionamento de duas variáveis, quais sejam, a permanência e a mudança da Constituição”.

Tais variáveis constituem-se parte integrante dos objetivos precípuos de uma sociedade. A Constituição encontra, no plano da legitimidade, a necessidade da mudança, ante as dinâmicas e inevitáveis mutações do tecido social; legitimidade sem a qual padeceria de efetividade, pondo em xeque o próprio Estado Democrático de Direito¹⁹. A par disso, contraditório seria avalizar, sob o pálio da legitimidade, modificações ilegítimas, em patente desrespeito aos limites inerentes aos mecanismos de mudança, solapando, destarte, a identidade constitucional.

Enfim, a imperfeita racionalidade humana, ilustrada em Ulisses, com efeito, faz exsurgir a necessidade de se firmarem compromissos prévios, que estabelecem limitações. Nos termos demonstrados, a imposição de limites ao poder de mudança à Constituição, pelo próprio constituinte, expressa essa noção, tendo em vista aquela tendência humana a buscar a satisfação dos seus interesses imediatos em detrimento das suas principais aspirações, bem exprimida por Hume. A Constituição, pois, assume o papel de carta de pré-compromissos, com o fim de assegurar o caminho da sociedade (a incluir as gerações futuras) rumo aos seus principais interesses, sobrelevando-se, aqui, a manutenção do Estado Democrático de Direito e a preservação da sua identidade constitucional.

¹⁷ RAWLS, John. **O Liberalismo Político**. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000, p. 277, *apud* INGO, Wolfgang Sarlet. *Op. cit.*, p. 27.

¹⁸ INGO, Wolfgang Sarlet. *Op. cit.*, p. 28.

¹⁹ Vejam-se as palavras de Vital Moreira, tendo a jurisdição constitucional como elemento essencial à concreção (efetividade) da Constituição e, portanto, ao “Estado de direito democrático”: “A existência de uma jurisdição constitucional, sobretudo se confiada a um tribunal específico, parece ter-se tornado nos tempos de hoje num requisito de jurisdição constitucional passou a ser crescentemente considerada como elemento necessário da própria definição do Estado de direito democrático”. (MOREIRA, Vital. **Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade**: legitimidade e limites da justiça constitucional, In: Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, p. 177).

2.2 A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA E A EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA EM TEMPOS DE CRISE

Passando à análise da realidade, é inegável que a nação brasileira, assim como Ulisses na Ilha das Sereias, atravessa por um momento de tensão, em que se instaurou uma crise de natureza política, moral e econômica. Dentre os diversos fatores, conectados entre si, que coadunam para essa conjuntura, podem ser citados: o crescimento exponencial da violência (insuficiência da segurança pública); a intensificação da desigualdade social (falência em massa de empresas, alto índice de desemprego); falta de representatividade e de confiança nos políticos brasileiros; a corrupção sistêmica (notadamente o seu desvelamento no âmbito político, que implicou a prisão de mandatários do povo).

O termo crise (do grego, *krinein*) denota, etimologicamente, uma situação de ruptura. Todavia, como bem aponta o cientista político Marco Aurélio Nogueira²⁰, trata-se de uma palavra multívoca, definida, segundo o autor, nas seguintes linhas:

Uma crise sempre destrói e desorganiza: caracteriza-se precisamente por modificar o peso relativo das coisas, tirá-las do lugar ou do fluxo rotineiro, alterar seu sentido, dispô-las de um outro modo. Numa fase da crise, são suspensos ou postos em xeque os conceitos e idéias com que interpretamos o mundo. Tendemos a nos angustiar porque nos sentimos ameaçados em nossos próprios fundamentos, naquilo que dominamos e conhecemos que nos sustenta.

Dentro dessa noção, na atual conjuntura, a sociedade brasileira é tensionada em meio à crise.²¹ Emergem, como é natural em um contexto como este, diversos dilemas cujas repercussões são de extrema relevância social e jurídica, notadamente como causa da inclinação da sociedade em direção à satisfação de interesses imediatos. Parte-se da ideia, aqui exposta, de que a Constituição estabelece compromissos prévios, que implicam, necessariamente, limitações, em especial aos poderes constituídos. Assim, o desrespeito a estas limitações ou restrições postas pela Constituição reverberam o rompimento do pacto inicial, o descumprimento dos compromissos prévios, em detrimento do Estado Democrático de Direito. Conduzem, pois, a caminhos obscuros como os que Ulisses poderia ter trilhado.

²⁰ NOGUEIRA, Marco Aurélio. **Em defesa da política**. 2. ed. São Paulo: Senac São Paulo, 2004, p.16.

²¹ Registre-se, por oportuna, a fala do Min. Marco Aurélio Mello, por ocasião do julgamento do Habeas Corpus nº 126.292: “Reconheço que a época é de crise. Crise maior. Mas justamente, em quadra de crise maior, é que devem ser guardados parâmetros, princípios e valores, não se gerando instabilidade” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 126.292/SP. Relator: Teori Zavascki. DJe: 17 de fevereiro de 2016).

Neste trabalho, em especial, explorar-se-á a norma constitucional, que consagra um direito fundamental, da presunção de inocência, contemplada no artigo 5º, LVII, da Constituição federal brasileira, sobre a qual se considera, no contexto apresentado, a possibilidade da ocorrência de mutação constitucional. Sabendo-se que, como qualquer poder constituído que pretende a mudança da constituição, há de serem observadas limitações, será analisada a (im)possibilidade de mutação constitucional no referido dispositivo constitucional, que é ponto crucial da discussão acerca da execução antecipada da pena.

Para tanto, faz-se mister estudar os limites inerentes à mutação constitucional como manifestação de um poder constituído e, em seguida, proceder à análise específica da norma em questão. Assim, à luz da noção da Constituição como carta de pré-compromissos, poderão ser identificadas eventuais transgressões às limitações postas pelo constituinte – e se Ulisses, neste tema, sairá derrotado, ou não, pelo canto das Sereias.

3 DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL: OS LIMITES IMPOSTOS PELO PODER CONSTITUINTE

Neste capítulo, será firmada a compreensão da mutação constitucional como manifestação de um poder de natureza limitada, porquanto constituído, instituído ou admitido pelo poder constituinte. Assim, estudar-se-ão os limites do mecanismo de mudança constitucional informal, com base na originária doutrina alemã e na doutrina brasileira, cujo entendimento mais difundido coaduna com a visão do constitucionalismo, como mecanismo compromissário e limitador, proposto por Elster.

Estabelecidas as balizas doutrinárias da mutação constitucional, no capítulo subsequente, examinar-se-á se a sua ocorrência sobre o artigo 5º, LVII, da Constituição federal, autorizando a execução antecipada da pena, implica a transgressão das limitações a tal inerentes.

3.1 PODER CONSTITUINTE E PODERES CONSTITUÍDOS: OS COMPROMISSOS E OS LIMITES CONSTITUCIONAIS

É fato que o pensamento de Elster é bem representado, como aqui exposto, dentro da noção de poder constituinte. Deve-se esclarecer que a ideia de poder constituinte propriamente dito sempre esteve presente nas sociedades politicamente organizadas, como fenômeno social e político. No entanto, é certo que a sua formulação teórica – que trata das nuances, sobretudo, da sua legitimação – passou a existir na emergência do pensamento iluminista do século XVII, no que surgiu a noção de constituição escrita ou constituição jurídica, inaugurando o constitucionalismo moderno.²² Desde lá, segue sendo aceita a clássica formulação consignada pelo abade Emmanuel Joseph Seyès, pensador responsável por contribuições pioneiras sobre o tema, que classifica e distingue os conceitos de poder constituinte e de poderes constituídos.²³

O poder constituinte é originário – assim comumente chamado pela doutrina brasileira –, político, pré-jurídico ou, mesmo, extrajurídico, porque constitui potência primeira capaz de elaborar uma nova constituição, isto é, de estabelecer uma nova ordem jurídica. Por

²² BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 141.

²³ INGO, Wolfgang Sarlet. *Op. cit.*, p. 19.

outro lado, os poderes constituídos são, em essência, poderes instituídos, regulados e limitados por aquele, possuindo feição jurídica, de competência; são os chamados poderes constituintes derivados ou instituídos. Fica evidenciado que, ao passo que o poder constituinte se caracteriza como uma categoria pré-constitucional, os poderes constituídos colocam-se dentro dos limites estabelecidos pela nova ordem jurídica (constitucional) posta, porque por ela são regulados e limitados.

Com efeito, as constituições, na expressão do poder constituinte (originário), tanto criam garantias para a sua própria estabilidade e permanência quanto viabilizam eventuais mudanças no seu conteúdo.²⁴ Embora pareçam, à primeira vista, mutuamente contraditórios, tais intentos coadunam para um mesmo fim: a sobrevivência, no plano da legitimidade, da constituição ao longo do tempo. É que a constituição, na medida em que deve preservar a sua identidade constitucional (estabilidade e permanência), não pode, por outro lado, simplesmente se tornar um texto morto, uma mera folha de papel²⁵, inadequado às mudanças por que passa a sociedade por ela regida (dinamicidade) – daí a necessidade de haver mecanismos de mudanças (adequações) da constituição.

Os poderes constituídos pelo poder constituinte, portanto, dentro dos limites estabelecidos por este, servem à própria constituição e não podem contrariá-la. De outro modo, não se respeitando os limites impostos para o seu exercício, estar-se-ia usurpando o poder constituinte originário e a soberania popular. Ofende-se, nestes casos, o âmago da constituição, visto que tais limites são firmados para a proteção dos valores que constituem o seu núcleo essencial e que expressam os principais interesses escolhidos pela sociedade, aludentes à identidade constitucional. Incluem-se, aqui, tanto os limites materiais – vejam-se as cláusulas pétreas ou cláusulas de eternidade, que são escolhidos, de forma clara, como núcleo essencial da constituição – quanto os limites não materiais – os limites formais que caracterizam a rigidez de uma constituição, por exemplo, é parte que constitui a sua identidade.

Neste ponto, Elster introduz a ideia de que a assembleia constituinte (ou a geração que dela participa), na expressão do poder constituinte originário, é responsável pela *politique*

²⁴INGO, Wolfgang Sarlet. *Op. cit.*, p. 21.

²⁵ A expressiva concepção adotada por Ferdinand Lassale (LASSALE, Ferdinand. **Que é uma Constituição?**. 2ª ed., São Paulo: Kairós Livraria e Editora, 1985), decerto, vai de encontro a uma noção de força normativa da Constituição, amplamente amparada na atual quadra da história, não se coadunando, tampouco, com a visão do constitucionalismo como mecanismo compromissário e limitador.

politisante (política politizante, em tradução livre), sendo que é um ator político desprendido de quaisquer valores prévios. Por outro lado, as gerações futuras, que não participam da expressão do poder constituinte originário, restringem-se à *politique politisée* (política politizada, em tradução livre), porque adstritas aos poderes constituídos, que serão limitados, a preservar a essência da constituição original.

Na realidade, apenas a assembleia constituinte é um ator político, no forte sentido da *politique politisante*; todas as gerações posteriores estão restringidas à *politique politisée*, ou o cotidiano posto em vigor pelas regras fundamentais.

Ao abordar tais limites, Elster²⁶, além de deixar clara a sua expressão no âmbito do poder de reforma, evidencia a confiança conferida ao Poder Judiciário. A este é atribuída destacada responsabilidade, na qualidade de guardião da constituição, que exerce, vale dizer, papel substantivo no que se refere à mutação constitucional:

A nação pode atar-se “a si mesma” (ideia controvertida) mediante a assembleia constituinte, confiando certos poderes de decisão ao ramo judicial, requerendo que as regras básicas só possam ser mudadas por uma maioria de dois terços ou três quartos, etc.

Dentre os poderes constituídos reconhecidos ou admitidos pela ordem jurídica (constitucional) brasileira, têm-se: o poder constituinte derivado reformador, o poder constituinte derivado de revisão, o poder constituinte derivado decorrente. Objeto do presente trabalho, há, também, o que se convencionou chamar de poder constituinte difuso²⁷, em que se situa a mutação constitucional.

Não há precisão, por parte da doutrina, quanto à classificação do poder constituinte difuso, que serve de fundamento à mutação constitucional. Seguindo Burdeau, Anna Cândida da Cunha Ferraz²⁸ afirma que esta modalidade de alteração constitucional opera fora das “modalidades organizadas de exercício do poder constituinte ou derivado”, e, segundo a autora, “justificam-se e têm fundamento jurídico: são, em realidade, obra ou manifestação de uma espécie inorganizada de Poder Constituinte”.

²⁶ ELSTER, Jon. **Ulisses y las sirenas. Estudios sobre racionalidad e irracionalidad**. México: Fondo de Cultura Económica, 1995, p. 159.

²⁷ O termo “poder constituinte difuso” foi alçado por Burdeau para expressar o poder de que decorre as mudanças constitucionais informais (BURDEAU, Georges. **Traité de science politique**. 2. ed. Paris : L.G.D.J., 1969. V. 4, p. 247, 290 e seguintes). Contudo, a consolidada expressão guarda relação com a especial noção do autor francês sobre o tema, não sendo isenta, vale dizer, a críticas e apontamentos, conforme se fará.

²⁸ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos informais de mudança da Constituição**: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais. 2ª ed. Osasco: EDIFIEO, 2015, p. 10.

Contudo, as características do poder constituinte difuso melhor se enquadram na noção de poder constituído, já exposta neste trabalho. Embora não seja instituído de forma expressa pelo poder constituinte originário, é admitido²⁹ por este, além do que se trata de categoria jurídica e limitada, notadamente quando exercido pela via da interpretação judicial, conforme se verá a seguir, não se confundindo, pois, com um poder constituinte originário permanente. Nesse sentido é a pertinente crítica de Daniel Sarmento e Cláudio Pereira de Souza Neto³⁰ ao termo “poder constituinte difuso”:

(...) sem embargo, não se deve levar ao extremo a possibilidade de mutação constitucional, concebendo-a como resultado do exercício de uma espécie de *poder constituinte difuso*, como chegou a preconizar Georges Burdeau, sobretudo num contexto, como o brasileiro, em que as alterações formais na Constituição não são tão difíceis.

Assim, inobstante o originariamente chamado poder constituinte difuso possa ser considerado *sui generis*, os seus atributos, na atual formulação, mais se assemelham aos de um poder constituído, mormente se se compreender a mutação constitucional como “adaptação interpretativa entre o texto constitucional e a realidade a ser operada”, exercida, portanto, pelo Poder Judiciário, em especial pelos Tribunais Constitucionais.³¹ Adota-se, aqui, visão similar à de Sarlet, que trata a mutação constitucional “como – manifestação de – poder constituído”³².

3.2 DOS LIMITES À MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

A manifestação da mutação constitucional relaciona-se, como é notável, com a ideia da adequação das constituições à dinamicidade da realidade social. Porquanto promove mudanças do conteúdo e do alcance das normas constitucionais sem que haja alteração no

²⁹ Barroso, ao tratar do poder constituinte difuso, afirma que os mecanismos informais de mudança constitucional, embora “não expressamente previstos na Constituição”, são “indubitavelmente por ela admitidos” (BARROSO, Luís Roberto **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 7. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018, n. p.).

³⁰ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. 2. ed., 3. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 344.

³¹ NERY JR., Nelson. **Anotações sobre mutação constitucional** - Alteração da Constituição sem modificação do texto, decisionismo e Verfassungsstaat. In: Direitos fundamentais e estado constitucional : estudos em homenagem a J. J. Canotilho / coordenação George Salomão Leite, Ingo Wolfgang Sarlet. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra (Pt): Coimbra Editora, 2009, p. 97-98.

³² Sarlet trata a mutação constitucional “como – manifestação de – poder constituído” (SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª.ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 169)

texto da Constituição, é considerada uma via informal de reforma. Em suma, à vista da incongruência entre a constituição escrita e a realidade constitucional³³, adequa-se a norma contida e comportada pelo texto normativo.

As primeiras constatações da ocorrência de mutação constitucional foram na Alemanha, após a unificação dos Estados do Sul da Alemanha e da Confederação Alemã do Norte, contexto em que se utilizou, para criação da Constituição do Império Alemão, em 1871, o esboço da Constituição feita por Otto von Bismarck para a Confederação Alemã do Norte, em 1866, com algumas adaptações. Esse e outros fatores, somados à característica rigidez da nova constituição, fez surgir um descompasso desta com a realidade social do país, notada por Paul Laband³⁴ e por Georg Jellinek³⁵, que iniciaram a discussão.³⁶

Nesse contexto, a Escola de Direito Público Alemã, nas pessoas de autores como Laband³⁷, Jellinek³⁸ e, posteriormente, Hsü Dau-Lin³⁹, passou a desenvolver uma série de estudos sobre o tema, pelos quais se constatou que a Constituição sofria mudanças sem o atendimento a quaisquer pressupostos formais, o que foi denominado como *Verfassungswandlung* – a mutação constitucional. Em 1932, Dau-Lin, responsável por significativo aprofundamento do assunto, estabeleceu possíveis manifestações da mutação constitucional: 1) quando se constata a realidade sem norma, ocasionada pela falta de reformas aptas a alinhar o texto constitucional às transformações sociais; 2) quando há norma sem realidade, no que se dificulta o exercício de direitos constitucionais legítimos; 3) quando há relação de incoerência entre a norma e a realidade, em que a realidade tanto pode contradizer a norma – hipótese em que se tem uma prática inconstitucional – quanto pode alterar o sentido da norma.⁴⁰

Percebe-se que tais autores direcionaram o seu estudo ao conceito de mutação constitucional, não tendo se atentado, ainda, às possíveis limitações ao instituto. Embora alguns autores, como Laband e Jellinek, tivessem indicado a impossibilidade de um controle

³³ DAU-LIN, Hsü. **Mutación de la Constitución**, Tradução de Pablo Lucas Verdú e Christian Förster. Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública, 1988, p. 28 e seguintes, *apud* INGO, Wolfgang Sarlet. *Op. cit.*, p. 54.

³⁴ LABAND, Paul. **Wandlungen der deutschen Reichsverfassung**. Dresden, 1895.

³⁵ JELLINEK, Georg. **Verfassungsänderung und Verfassungswandlung**. Berlin, 1906.

³⁶ SANTOS, Carlos Victor Nascimento dos. **Reconstruindo o conceito de mutação constitucional**. In Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD). Rio Grande do Sul, 2015, p. 82.

³⁷ LABAND, Paul. *Op. cit.*

³⁸ JELLINEK, Georg. *Op. cit.*

³⁹ DAU-LIN, Hsü. *Op. cit.*

⁴⁰ INGO, Wolfgang Sarlet. *Op. cit.*, p. 54. SANTOS, Carlos Victor Nascimento dos. *Op. cit.*, p. 83.

jurídico sobre a mutação constitucional, enquanto decorrência de forças fáticas impositivas, o primeiro a discutir os limites da mutação constitucional foi Hesse, na obra intitulada “*A força normativa da Constituição*”, de 1953. Em contraponto, refutando a impossibilidade de controle jurídico sobre a mutação constitucional, o autor constatou que admitir a supremacia do fato sobre a norma implicaria a negação da força normativa da Constituição, que seria adequada à faticidade, e não o contrário.

Entretanto, não se pretende negar que a realidade e o contexto histórico em que a norma está inserida têm relevante influência, como bem aponta Hesse:

La ‘constitución real’ e la ‘constitución jurídica’, por retomar los conceptos ya utilizados, se hallan en una situación correlativa. Se condicionan mutuamente, sin ser simplemente dependientes la una de la otra; cabe decir que a la constitución jurídica le corresponde una significación autónoma, aunque sólo sea relativa.⁴¹

Sob essa perspectiva, o autor alemão vislumbrou o fator interpretativo como baliza à mutação constitucional, considerando, com efeito, que a mudança da realidade influencia na interpretação do texto constitucional.

Em outras palavras, uma mudança das relações fáticas pode — ou deve — provocar mudanças na interpretação da Constituição. Ao mesmo tempo, o sentido da proposição jurídica estabelece o limite da interpretação e, por conseguinte, o limite de qualquer mutação normativa.⁴²

Há, portanto, um condicionamento mútuo entre a “constituição real” e a “constituição jurídica”. Isto é, ao passo que a norma não pode simplesmente se desprender do plano fático, a realidade há de ser condicionada pela norma. Caso contrário, na total preponderância da “constituição real” sobre a “constituição jurídica” (ou escrita), esta seria reduzida a mera folha de papel, à mercê daquela. Dessa forma, a Constituição, estando integralmente condicionada à realidade, perde a sua força normativa (submete-se o “dever ser” constitucional ao mundo do “ser”).

Quanto à identificação dos limites ao mecanismo informal de mudança constitucional, na mesma esteira de Hesse, Friedrich Müller⁴³ ensina que a realidade social é substantiva para a concretização das normas constitucionais; porém, a mutação constitucional

⁴¹ HESSE, Konrad. **Escritos de Derecho Constitucional**. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p. 62-63.

⁴² HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 23.

⁴³ MÜLLER, Friedrich. **Positivismo. Tradução de Peter Naumann e revisão de Paulo Bonavides**. In: Boletim dos Procuradores da República. Ano III, n. 29, setembro, 2000, p. 7.

estará, necessariamente, vinculada ao “programa da norma” (*Normprogramm*). Este indicará as possibilidades e estabelecerá limites, de acordo com os dados da linguagem jurídica dos textos:

(...) a norma jurídica apresenta-se ao olhar realista como uma estrutura composta pelo resultado da interpretação de dados linguísticos (programa da norma) e do conjunto de dados reais conformes ao programa da norma (âmbito normativo). Nessa estrutura a instância ordenadora e a instância a ser ordenada devem ser relacionadas por razões inerentes à materialidade da questão [*sachlich zusammengehören*]. O texto da norma não é aqui nenhum elemento conceitual da norma jurídica, mas o dado de entrada/input mais importante do processo de concretização, ao lado do caso a ser decidido juridicamente.

A doutrina brasileira, por seu turno, enfrentou o tema anos depois. Embora se considerem as menções *en passant* sobre a mutação constitucional feitas anteriormente, Anna Cândida da Cunha Ferraz, em 1986, foi a primeira a aprofundar-se acerca da matéria⁴⁴, na obra intitulada “Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais”. O livro foi reeditado, sem modificações, em 2015, “considerando o momento vivido pelo constitucionalismo brasileiro e que vem colocando em discussão, com inegável evidência e muitas vezes perplexidade, os limites da interpretação constitucional”, prossegue a autora, “seja a que vem sendo traçada pelo Supremo Tribunal Federal, seja a que conduz à ação o Poder Constituinte de Reforma Constitucional perante a Constituição de 1988 ou mesmo o legislador ordinário”⁴⁵. Nota-se, de pronto, a preocupação com os limites aos processos de mudança da Constituição, constituídos pelo poder constituinte, mormente à vista do atual cenário.

As mutações constitucionais, segundo a autora, “sempre ocorrem dentro dos limites constitucionais: não alteram a letra nem o espírito da Constituição, mas adaptam-na à realidade, atribuindo-lhe novo sentido, renovado significado e ampliando-lhe ou restringindo-lhe o alcance”⁴⁶. Atenta, todavia, às mutações inconstitucionais, visto que “nem sempre as limitações impostas são observadas, e que as mudanças constitucionais escapam, muitas vezes, a qualquer controle”⁴⁷.

⁴⁴ SANTOS, Carlos Victor Nascimento dos. *Op. cit.*, p. 88.

⁴⁵ FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Op. cit.*, introdução.

⁴⁶ FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Op. cit.*, p. 243.

⁴⁷ FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Op. cit.*, p. 243.

Assim, Ferraz⁴⁸ aponta a hipótese das mutações (in)constitucionais *contra constitutionem*, que se revelam nas interpretações constitucionais – legislativa, administrativa ou judicial – que contrariam a Constituição, quer seja o próprio sentido da norma objeto da mudança, quer sejam outras disposições constitucionais ou, ainda, a Constituição em sua identidade.⁴⁹ Aqui, tais processos de mudança extrapolam os limites de forma ou de fundo fixados pelo poder constituinte, que são de observância obrigatória por parte dos órgãos estatais.⁵⁰

Vê-se, pois, que o pensamento sobre mutação constitucional inaugurado no Brasil, por intermédio da mencionada autora, coaduna com a visão, dentre outros, de Hesse e de Müller. Segundo tais, a realidade não pode se sobrepor à norma constitucional e, portanto, as práticas (e as interpretações) que contrariam a constituição escrita, nas suas possibilidades de concretização conforme o programa da norma, não podem prosperar.

No mesmo sentido, Sarlet, referindo-se à visão de J. J. Gomes Canotilho⁵¹, leciona que as mutações constitucionais são admissíveis “quando não se pretenda simplesmente constitucionalizar fatos de modo a ensejar uma leitura contrária ao próprio texto constitucional”, o que, segundo o autor, representaria “uma leitura constitucional de baixo para cima, corrosiva até mesmo da força normativa da constituição”⁵².

Não se pode ignorar, entretanto, que há posição doutrinária em diferente sentido. Por exemplo, Uadi Lammêgo Bulos defende que “a prática constitucional evidencia a impossibilidade de traçarmos, com exatidão, as limitações a que estão sujeitas o poder constituinte difuso”⁵³. No seu trabalho sobre o tema, à guisa de conclusões, afirma:

Diante de tudo isso, as mudanças informais da Constituição não encontram limites em seu exercício. A única limitação que poderia existir - mas de natureza subjetiva, e, até mesmo psicológica, seria a consciência do intérprete de não extrapolar a forma plasmada na letra dos preceptivos supremos do Estado, através de interpretações deformadoras dos princípios fundamentais que embasam o Documento Maior.⁵⁴

⁴⁸ FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Op. cit.*, p. 244.

⁴⁹ No mesmo sentido, Barroso, pela via doutrinária: “(..) a mutação constitucional há de estancar diante de dois limites: a) as possibilidades semânticas do relato da norma, vale dizer, os sentidos possíveis do texto que está sendo interpretado ou afetado; e b) a preservação dos princípios fundamentais que dão identidade àquela específica Constituição” (BARROSO, Luís Roberto *Op. cit.*, n. p.).

⁵⁰ FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Op. cit.*, p. 245.

⁵¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1992, p. 1229-30.

⁵² SARLET, Ingo. *Op. cit.*, p. 58-59.

⁵³ BULOS, Uadi Lammêgo. **Da reforma à mutação constitucional**. In: Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 33, p. 41.

⁵⁴ BULOS, Uadi Lammêgo. *Op. cit.*, p. 43.

No entanto, o entendimento de que inexistem limites à mutação constitucional é incongruente com a noção do constitucionalismo moderno, entendido conforme a visão de Elster, além do que contraria a essência dos poderes constituídos, limitados por natureza. Admitir que não há limites para a mutação constitucional é permitir práticas inconstitucionais, sob o pretexto de que o fato corrige a norma, e não o contrário.

Ademais, como bem infere Nelson Nery Jr.⁵⁵, a mutação constitucional, hodiernamente, “deve ser entendida como adaptação interpretativa entre o texto constitucional e a realidade a ser operada principalmente pelos Tribunais Constitucionais”. Sobreleva-se, portanto, que “a mutação constitucional possui limites, a fim de se evitarem decisionismos e arbitrariedades, e ultrapassar esses limites implica violação do poder constituinte e da soberania popular”. No mesmo sentido, Canotilho⁵⁶, seguindo Müller, conclui:

Uma coisa é admitirem-se alterações do âmbito ou esfera da norma que ainda se podem considerar susceptíveis de serem abrangidas pelo programa normativo (Normprogramm), e outra coisa é legitimarem-se alterações constitucionais que se traduzem na existência de uma *realidade constitucional inconstitucional*, ou seja, alterações manifestamente incompatíveis pelo programa da norma constitucional. (grifo do autor)

Valendo-se das lições de Hesse, Sarlet⁵⁷ aponta os limites à mutação constitucional, como manifestação de um poder constituído, denunciando as mutações constitucionais que contrariam o texto constitucional como mudanças manifestamente inconstitucionais, notadamente quando o intérprete se coloca acima da constituição, violando-a. O autor atribui a ocorrência de mudanças que violam a constituição escrita à falta de efetivo controle.

A despeito de tais mudanças serem inconstitucionais por ofensa à constituição escrita, cuja supremacia formal e material há de ser assegurada, o fato é que na prática mudanças manifestamente inconstitucionais (pelo menos no sentido, reitere-se, de violação da constituição escrita) podem ainda assim prevalecer, seja pela falta de controle (especialmente no âmbito do controle de constitucionalidade) de tais mudanças, seja pelo fato de tal controle ser mesmo inviável em algumas hipóteses. Especialmente quando se trata de mutação por via da interpretação judicial, verifica-se que os limites da interpretação são, em certo sentido, também limites da própria mutação, visto que *como poder constituído*, embora a atribuição para interpretar e aplicar de forma vinculante o direito constitucional, o Poder Judiciário não está autorizado (o que não significa que isso não possa vir a ocorrer na prática!) a julgar

⁵⁵ NERY JR., Nelson. **Anotações sobre mutação consitucional** - Alteração da Constituição sem modificação do texto, decisionismo e Verfassungsstaat. In: Direitos fundamentais e estado constitucional: estudos em homenagem a J. J. Canotilho / coordenação George Salomão Leite, Ingo Wolfgang Sarlet. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra (Pt): Coimbra Editora, 2009, p. 97-98.

⁵⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 1229.

⁵⁷ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Op. cit.*, p. 169

contra disposição constitucional expressa, ou seja, a mutação não pode justificar alterações que contrariem o texto constitucional, devendo respeitar as possibilidades interpretativas que decorrem (e encontram seu limite) nesse mesmo texto constitucional. Valendo-nos da lição de Konrad Hesse, embora haja possibilidade de uma mutação constitucional pela interpretação, a quebra da ordem constitucional encontra-se vedada, pois, onde o intérprete se coloca acima da constituição, não se trata mais de interpretação, mas, sim, de alteração ou mesmo violação da constituição. (grifo nosso)

Importante notar que a força normativa da Constituição, conforme ressaltado por Hesse⁵⁸, não se revela em períodos pacíficos, mas é realçada em tempos de crise.⁵⁹ É que, para que não sucumba à pressão momentânea do fático, a Constituição deve revestir-se de “força ativa e determinante que obriguem tanto os órgãos estatais como os cidadãos”⁶⁰. Como bem apontado por Lima e Lança⁶¹, citando Hesse⁶², “justamente nos tempos de crise entre tais arranjos estruturais (...) que a constituição jurídica deverá demonstrar sua força vinculante contra o arbítrio e a supressão de direitos”.

Há de se ressaltar, pois, a importância de se estabelecerem as limitações à mutação constitucional, notadamente em momentos de crise, de ruptura, nos quais se sobressai a tendência humana tomarem-se decisões imediatistas que ameaçam direitos constitucionais consagrados. Consoante as lições de Elster, os compromissos prévios firmados pelo poder constituinte, a fim de assegurar o caminho rumo aos principais interesses da sociedade, manifestam-se nos limites por ele impostos, e, ao conferir “certos poderes de decisão ao ramo judicial”⁶³, não o faz de forma ilimitada. Caso contrário, estar-se-ia concebendo um poder constituinte permanente, tendo a Constituição como um papel em branco, desprovido de sentidos, ao arbítrio do Poder Judiciário.

Consigne-se, portanto, que se têm como limites, quanto à mutação constitucional, o texto da norma constitucional e a própria Constituição⁶⁴.⁶⁵ Isto é, o intérprete, ao apreciar a

⁵⁸ HESSE, Konrad. **Escritos de Derecho Constitucional**. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

⁵⁹ LIMA, Iara Menezes; LANÇA, João André Alves. **A força normativa da Constituição e os limites à mutação constitucional em Konrad Hesse**. Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 62, pp. 275 - 303, jan./jun. 2013, p. 283-284

⁶⁰ CORTUCCI, Andréa Mancini. **Mutação Consitucional, entre a Interpretação e a Justiça Constitucional**. Dissertação de Mestrado - Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2016, p. 61.

⁶¹ LIMA, Iara Menezes; LANÇA, João André Alves. *Op. cit.*, p. 284.

⁶² HESSE, Konrad. *Op. cit.*

⁶³ ELSTER, Jon. Ulisses y las sirenas. **Estudios sobre racionalidad e irracionalidad**. México: Fondo de Cultura Econômica, 1995, p. 159.

⁶⁴ Na definição de Anna Candida da Cunha Ferraz, “A expressão mutação constitucional é reservada somente para todo e qualquer processo que altere ou modifique o sentido, o significado e o alcance da Constituição sem contrariá-la” (grifo da autora) (FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Op. cit.*, p. 10)..

ocorrência de mutação constitucional sobre uma norma, não pode conferir às palavras escritas sentidos ilógicos⁶⁵; deve, destarte, restringir-se às possibilidades semânticas, aos sentidos comportados pela (ou pelo programa da) norma. Por outro lado, ainda que as possibilidades semânticas do texto normativo específico permitam determinada interpretação, há de se observar se esta não implica a violação de outro(s) dispositivo(s) constitucional(is) ou dos princípios fundamentais adotados pela Constituição, atentando-se, neste ponto, à identidade constitucional.

⁶⁵ Como percebeu Carlos Victor Nascimento Santos, em pesquisa dedicada ao assunto: “A preocupação de autores que estabelecem um limite à ocorrência da mutação do texto constitucional funda-se também na possibilidade do novo sentido ultrapassar os limites impostos pelo próprio texto” (SANTOS, Carlos Victor Nascimento dos. *Op. cit.*, p. 88.).

⁶⁶ É o que Néstor Pedro Sagüés denomina “*gato por liebre constitucional*”, referindo-se à manipulação da Constituição. SAGÜÉS, Néstor Pedro. **Reflexiones sobre la manipulación constitucional**. In: Programa de investigaciones del Centro Interdisciplinario de Derecho Procesal Constitucional de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario, Pontificia Universidad Católica Argentina, 2004, p. 3.

4 A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA, A EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA E A (IM)POSSIBILIDADE DE MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

Com a devida profundidade, estudaram-se a origem, o conceito e os limites da mutação constitucional, que não pode contrariar: 1) o texto da norma sobre a qual se analisa a incidência da mutação constitucional; 2) outros dispositivos constitucionais; 3) a identidade (a essência) da Constituição, que se exprime nos seus princípios fundamentais.

Nesta parte, analisar-se-á, diante do que foi exposto, a (im)possibilidade da ocorrência de mutação constitucional no artigo 5º, LVII, da Constituição federal, que expressa a norma da presunção de inocência. Para tanto, é mister analisar o conteúdo da norma, em referência a cada critério referente aos limites da mudança constitucional informal.

Assim, no último subtópico do presente capítulo, será feita a conclusão da análise, para, à guisa de considerações finais, sintetizar os aspectos apresentados, inferindo se permissão da execução antecipada da pena implica a transgressão dos limites próprios da mutação constitucional – e, portanto, o rompimento dos compromissos prévios inerentes ao constitucionalismo.

4.1 A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A IDENTIDADE DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DE 1988

De início, cumpre compreender a conexão da norma da presunção de inocência com a identidade da Constituição federal de 1988. Impende expor, portanto, o seu surgimento e a sua inserção no ordenamento jurídico brasileiro, bem como a posição que ocupa na atual ordem constitucional.

A norma da presunção de inocência surgiu em um contexto em que se vislumbrou, com forte influência das ideias iluministas e com o fortalecimento do Estado de Direito, a emergência do devido processo legal como direito inerente ao homem⁶⁷, tendo sido consignada de forma primeira no plano internacional, na Declaração de Direitos do Homem e

⁶⁷ Nesse novo contexto, o processo penal, pressuposto – ou (auto)legitimador – para a aplicação da pena, como bem aponta Aury Lopes Jr., “não pode mais ser visto como um simples instrumento a serviço do poder punitivo (Direito Penal), senão que desempenha o papel de limitador do poder e garantidor do indivíduo a ele submetido” (LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 72)

do Cidadão, de 1789⁶⁸. Com isso, ficou positivado, na ordem jurídica internacional⁶⁹, que o acusado, outrora tratado como se culpado fosse desde o início da persecução penal, deve ser presumido inocente até que seja legalmente comprovada a sua culpa.

Trata-se de postulado básico para um sistema não-inquisitório. Conforme recorda Alexandra Vilela⁷⁰, mais acintosa proteção ao estado de inocência do perscrutado deu-se justamente na transição, ocorrida no processo penal europeu, do sistema inquisitório para o sistema acusatório. Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró⁷¹, por seu turno, leciona que “não se pode imaginar um Estado de Direito que não adote um processo penal acusatório e, como seu consectário necessário, o in dubio pro reo”, decorrência da norma da presunção de inocência. Na mesma lição, afirma, conclusivamente, que “A presunção de não culpabilidade é um fundamento sistemático e estrutural do processo acusatório”⁷².

Tal raciocínio coaduna com as lições de Goldschmidt⁷³, segundo o qual o processo penal de um país constitui, de fato, um termômetro para aferir a medida dos elementos autoritários e/ou democráticos de sua Constituição. Com efeito, os ordenamentos jurídicos democráticos, por regra, refutam o princípio inquisitivo, aproximando-se, em maior ou menor intensidade, do sistema acusatório, pelo que se infere que a norma da presunção de inocência impõe reconhecimento em um ordenamento jurídico não autoritário.⁷⁴⁷⁵

⁶⁸ Artigo 9º: “Todo o homem é considerado inocente, até ao momento em que, reconhecido como culpado, se julgar indispensável a sua prisão: todo o rigor desnecessário, empregado para a efetuar, deve ser severamente reprimido pela lei”

⁶⁹ Para além da pioneira Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, atualmente, têm-se o artigo 11 da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), o artigo 26 a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem (1948), o artigo 6.2 da Convenção Europeia para a Tutela de Direitos do Homem e da Liberdade Fundamental (1950), o artigo 14.2 do Pacto Internacional sobre os Direitos Cíveis e Políticos (1966), o artigo 8º da Convenção Americana sobre os Direitos Humanos ou Pacto San José da Costa Rica (1969) (GIACOMOLLI, Nereu José. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/ Almedina, 2013.2. p. 441).

⁷⁰ VILELA, Alexandra. **Considerações acerca da presunção de inocência em direito processual penal**. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 35-36.

⁷¹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da Prova no Processo Penal**. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 283-286.

⁷² BODARÓ, Gustavo Henrique. *Ibidem*.

⁷³ GOLDSCHMIDT, James. **Principios generales del proceso**: problemas jurídicos e políticos del proceso penal. Vol II. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América – EJE, 1936, p. 109-110.

⁷⁴ À vista disso, Amilton Bueno de Carvalho deduz que “o Princípio da Presunção de Inocência não precisa estar positivado em lugar nenhum: é ‘pressuposto’ – para seguir Eros –, nesse momento histórico, da condição humana” (CARVALHO, Amilton Bueno de. **Lei, Para Quem?**. In. *Escritos de Direito e Processo Penal Em Homenagem ao Professor Paulo Cláudio Tovo*. Org. Alexandre Wunderlich. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2002. p. 51).

⁷⁵ A reiterada inserção do princípio nos diplomas internacionais acerca dos direitos humanos influenciou sobremaneira o legislador constituinte de diversos países, de modo que a presunção de inocência foi consagrada, em suas Constituições, como direito fundamental. Dentre esses, citem-se: a Constituição Italiana de 1947; a

No Brasil, embora as constituições anteriores à de 1988 não tivessem previsto expressamente a norma da presunção de inocência, após a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, passou-se a questionar a validade de regras do Código de Processo Penal que violavam o presumido estado de inocência do acusado. A percepção de que tal norma constituía essência da dignidade da pessoa humana e da proteção ao direito à liberdade invadiu, paulatinamente, o rol exemplificativo dos direitos e garantias individuais presente naquelas, mormente pela via doutrinária e jurisprudencial – em especial do controle de constitucionalidade.⁷⁶

Diante dessa movimentação que ocorria na doutrina e nos tribunais pátrios, o legislador constituinte originário de 1988 consignou a norma da presunção de não culpabilidade de forma expressa e inequívoca, no capítulo destinado aos direitos e deveres individuais e coletivos, em que ficou determinado, no seu artigo 5º, LVII: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”, o qual se combina com o inciso LXI do mesmo artigo⁷⁷. Na legislação infraconstitucional, ante a ordem constitucional estabelecida, o mandamento foi reproduzido – e, assim, fortalecido e densificado – em diversos dispositivos, a saber: o artigo 283 do Código de Processo Penal⁷⁸; o artigo 63 do Código Penal⁷⁹; os artigos 105⁸⁰, 147⁸¹ e 167⁸², estes da Lei de Execuções Penais.

Constituição Francesa de 1958, que, em seu preâmbulo, dotado de força normativa, declara a expressa adesão aos princípios consignados na Declaração de 1789; a Constituição Portuguesa de 1976, em seu artigo 27.2; a Constituição Espanhola de 1978, em seu artigo 24.2 (GIACOMOLLI, Nereu José. *Op. cit.*, p. 442).

⁷⁶ A título de exemplo, a Constituição de 1967, no seu artigo 150, §35, dispunha que “A especificação dos direitos e garantias expressas nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime dos princípios que ela adota”, e foi com base nesta disposição que o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do artigo 48 do Decreto-Lei n.º 314, de 1967, que previa a suspensão do exercício da profissão, emprego ou cargo, na Administração Pública ou em entidade privada, em razão de prisão em flagrante delito ou pelo mero recebimento da denúncia. Nota-se, portanto, que, a partir de uma interpretação extensiva dos direitos e garantias fundamentais, a presunção de inocência já se encontrava incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro.

⁷⁷ “LXI – ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”.

⁷⁸ “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”.

⁷⁹ “Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior”.

⁸⁰ “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”.

⁸¹ “Transitada em julgado a sentença que aplicou a pena restritiva de direitos, o Juiz da execução, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, promoverá a execução, podendo, para tanto, requisitar, quando necessário, a colaboração de entidades públicas ou solicitá-la a particulares”.

Sabe-se que a Constituição federal de 1988, inaugurando uma ordem jurídica que se contrapunha ao anterior regime autoritário, fundou-se em valores intrínsecos ao Estado Democrático de Direito (artigo 1º, *caput*). Além do extenso rol de direitos e garantias fundamentais, que se colocou à frente da organização política do Estado, a nova Constituição consignou a dignidade da pessoa humana como fundamento (artigo 1º, III). Percebe-se a preocupação do legislador constituinte com a prevalência e a preservação dos direitos fundamentais, o que denota um traço essencial da Constituição, inerente à sua identidade. Cumpre destacar, neste ponto, que não há controvérsias ao se classificar o atual texto constitucional como democrático (não autoritário) e, mesmo, garantista⁸³.

A norma da presunção da inocência, que também encontra fundamento na dignidade da pessoa humana⁸⁴, está incluída no rol de direitos fundamentais. Deve-se salientar que este rol se situa no âmbito de proteção dos limites materiais ao poder de reforma constitucional, na qualidade de cláusula pétrea.

O significado das cláusulas pétreas para a identidade constitucional é bem explicado por Sarlet, quando afirma que “os assim chamados limites materiais à reforma da constituição objetivam assegurar a permanência de determinados conteúdos da Constituição, em virtude de sua relevância para a própria identidade da ordem constitucional”. Ademais, “a garantia de certos conteúdos essenciais protege a Constituição contra os casuísmos da política e o absolutismo das maiorias (mesmo qualificadas) parlamentares”⁸⁵. Diante disso, inegavelmente, sobreleva-se a integração da norma da presunção de inocência à identidade da Constituição, porque constitui parte do seu núcleo essencial.

Em verdade, as cláusulas pétreas constituem limites materiais à reforma constitucional, que não é objeto deste trabalho. Todavia, não há como negar a influência de tal

⁸² “Extraída certidão da sentença condenatória com trânsito em julgado, que valerá como título executivo judicial, o Ministério Público requererá, em autos apartados, a citação do condenado para, no prazo de 10 (dez) dias, pagar o valor da multa ou nomear bens à penhora”.

⁸³ Neste sentido: OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de; BONISSONI, Natammy Luana de Aguiar e CADEMARTORI Daniela Mesquisa Leutchuk de. **Teoria Garantista: O Superior Tribunal Federal e a violação de dispositivos da convenção interamericana de direitos humanos**. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.11, n.2, 2º quadrimestre de 2016. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

⁸⁴ Além dos dizeres de Amilton Bueno de Carvalho, já citados à nota 74, Gustavo Henrique Badaró constata: “O princípio da presunção de inocência é reconhecido, atualmente, como componente basilar de um modelo processual penal que queira ser respeitador da dignidade e dos direitos essenciais da pessoa humana. Há um valor eminentemente ideológico na presunção de inocência” (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018, n. p.).

⁸⁵ INGO, Wolfgang Sarlet. *Op. cit.*, p. 27.

status normativo ao se analisarem as possibilidades de mutação constitucional, especialmente por denotar que a norma sob análise é parte integrante da identidade da Constituição federal de 1988. A identidade constitucional, que, como visto, não pode ser violada por este mecanismo de mudança informal, é fator substantivo a ser considerado na presente análise.

Saliente-se, mais uma vez, que não se pretende, com o presente trabalho, examinar se a norma contida no artigo 5º, LVII, da Constituição federal, pela via da reforma constitucional, poderia ser restringida, a permitir a execução antecipada da pena. Contudo, questiona-se a possibilidade da incidência de um mecanismo de mudança informal sobre o referido dispositivo – portanto, sem a submissão ao quórum qualificado próprio daquela via –, no sentido de restringir direitos fundamentais intrínsecos, por essência, à identidade da Constituição, em um momento de crise como o que passa a nação brasileira.

4.2 OS LIMITES INERENTES AO ART. 5º, LVII

Afora a demonstrada ligação da norma da presunção de inocência com a identidade da Constituição federal de 1988, o exame da possibilidade de mutação constitucional esbarra, ainda, na análise dos limites semânticos do texto normativo e da possível violação a outros dispositivos constitucionais. Para tal análise, é mister, primeiramente, transcrever o artigo 5º, LVII, da Constituição federal, *ipsis litteris*:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória;

Quanto à primeira parte do dispositivo, percebe-se que o legislador constitucional afirma que “ninguém será considerado culpado”. Introduz-se, de plano, a discussão das formulações positiva – presunção de inocência – e negativa – presunção de não culpabilidade – da norma em questão⁸⁶.

⁸⁶ Neste ponto, além da necessária análise semântica que tem implicações no conteúdo da norma e nos limites da mutação constitucional sob discussão, justificar-se-á a terminologia utilizada no presente trabalho.

Parte da doutrina⁸⁷, afirma que o ordenamento jurídico que porta, em seu texto normativo, uma terminologia que se refere à formulação negativa – como é o caso do dispositivo mencionado – tem o acusado como não culpado durante a persecução penal. No entanto, empiricamente, em nada se distingue o não culpado do inocente. É que não existe semi-culpado ou quase-culpado no processo penal, isso porque, ao final, a sentença definitiva implicará, quanto ao juízo de culpabilidade, ou a condenação ou a absolvição do réu; não há, pois, terceira opção. Assim, não se pode dizer que, no curso do processo, o acusado não é culpado, mas não é inocente (se não é culpado, é inocente), porquanto não há, ainda, um juízo irrefutável sobre as questões de fato e de direito que acarretariam, ou não, a sua condenação.

Admitir que a presunção desapareceria progressivamente durante a fase processual seria considerar, em precipitação, que é certa a condenação definitiva, porque, se não for este o resultado, os atos exarados por se considerar a culpa do acusado, de menor ou de maior gravidade, seriam invariavelmente equivocados. Acontece que, como dito, ao fim do processo, pode haver tanto a cessação do estado de inocência quanto a sua confirmação. Antes disso, impera a incerteza e, nesta, deve prevalecer o estado (ou a presunção) de inocência.

Frise-se, portanto, que em nada repercute, na prática, a adoção de um termo ou de outro (inocente ou não-culpado) pela ordem normativa de determinado Estado. Aqui, o que pode variar, com efeito, é o termo final do estado de inocência, isto é, o momento em que há a comprovação legal da culpa, especialmente pelo que se entende, em cada ordenamento jurídico, por juízo definitivo, capaz de rompê-lo.

Sobre o significado dos termos, Badaró⁸⁸ é categórico ao afirmar que “as expressões ‘inocente’ e ‘não culpável’ constituem somente variantes semânticas de um idêntico conteúdo. É inútil e contraproducente a tentativa de apartar ambas as ideias – se é que isto é possível –, devendo ser reconhecida a equivalência de tais fórmulas”. No mesmo sentido, leciona Nereu José Giacomolli⁸⁹:

Distinguir é reduzir o alcance da regra humanitária do *status libertatis*, afastando-se do conteúdo da previsão constante nos diplomas internacionais mencionados; em suma, diferenciá-las é afastar a presunção de inocência, embora se trate de presunção *iuris tantum*. Dizer que o sujeito no processo não é culpado, mas imputado, é colocar em dúvida a sua inocência, é desvirtuar o regramento probatório e

⁸⁷ Expoente desta corrente é MANZINI, Vincenzo. **Tratado de derecho procesal penal**: tomo I. Buenos Aires: EJE, 1951. No Brasil: GOMES, Luiz Flávio. **Sobre o conteúdo tridimensional do princípio da presunção de inocência**. Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 729, 1996, p. 380-381.

⁸⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Op. cit.*, 2018, n. p.

⁸⁹ GIACOMOLLI, Nereu José. *Op. cit.*, p. 442.

a proteção da liberdade; é não admitir a presunção de inocência em sua formulação plena; é dizer que o acusado é “semi-inocente” (posição intermediária entre culpado e inocente). Quando não se é presumivelmente culpado, se é presumivelmente inocente, pois *qui negat de uno dicit de altero*.

Ao fim e ao cabo, o que pode sugerir o uso desta ou daquela terminologia são, tão somente, os termos utilizados no texto normativo de cada ordenamento. Entretanto, como dito, não se vislumbram, substancialmente, repercussões práticas que venham a ser causadas por tal distinção de natureza meramente idiomática, semântica ou de purificação conceitual⁹⁰, na medida em que a inocência não é graduável, porquanto possui termo final, que é a comprovação legal da culpa.⁹¹ Por esses motivos, neste trabalho, não se fez e não se fará preferência por uma ou por outra.

Ainda no que diz com a primeira parte, visto que se ordena o tratamento de inocente ao indivíduo (ou, igualmente, veda-se o tratamento de culpado), cumpre compreender quais atos exprimem um tratamento incompatível com o estado de inocência. É certo, neste particular, que a norma em comento institui regras de tratamento, que se consubstanciam tanto na dimensão externa (exoprocessual) quanto na interna (endoprocessual) ao processo.⁹²

O conteúdo endoprocessual dirige-se aos agentes oficiais, especialmente ao magistrado e ao órgão de acusação, proibindo-os “de agir e de se comportar, em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao réu, como se estes já houvessem sido condenados, definitivamente”⁹³, “vetando-se antecipação de juízo condenatório ou de culpabilidade, em situações práticas, palavras e gestos”⁹⁴. Nessa perspectiva, consoante as lições de Eugênio Pacelli Oliveira⁹⁵, o julgador deve conduzir o processo, em todos os aspectos, tendo o acusado como inocente, de forma que este, “em nenhum momento do *iter persecutório*, pode sofrer restrições pessoais fundadas exclusivamente na possibilidade de condenação” (grifo do autor).

⁹⁰ GIACOMOLLI, Nereu José. Ibidem.

⁹¹ No mesmo sentido: MAIEROVITCH, Walter Fanganiello. **Presunção de não culpabilidade** – anotações. Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, São Paulo, n. 126, 1990, p. 26-28; BARBOSA, Marcelo Fortes. **Garantias constitucionais de direito penal e de processo penal na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 1993.

⁹² O significado da presunção de inocência como regra probatória não será aqui aprofundado. Dar-se-á especial enfoque, por relevante para os fins deste trabalho, à dimensão interna da regra de tratamento.

⁹³ Palavras do Ministro José Celso de Mello Filho em: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 95.886/RJ, Relator Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, DJe 4 de dezembro de 2009.

⁹⁴ Trecho extraído do parecer do Ministério Público Federal (p. 29-30) em: SUPRMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Constitucionalidade nº 54. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello. Brasília, 2018. Parecer disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=314992702&ext=.pdf>

⁹⁵ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 50.

Partindo dessas premissas, que são a base do dever de tratamento, a antecipação da aplicação da pena, que decorreria do ato-fim do processo em desfavor do acusado, constituiria a violação máxima ao estado de inocência, cuja preocupação maior é com o *status libertatis* (estado de liberdade). É que, das restrições pessoais passíveis de ocorrer (palavras, gestos *etc*), antes da comprovação da culpa, esta – a aplicação da pena – é, por coerência, a mais grave. Giacomolli é categórico ao afirmar que “a maior referência ao estado de inocência, ao longo da história, revela a preocupação na manutenção do *status libertatis* como regra, situando a prisão, o recolhimento ao cárcere, como *extrema* ou *ultima ratio*, mesmo após a condenação”⁹⁶.

Portanto, embora a dispositivo em comento não se refira ao termo “prisão”, a vedação à prisão (pena) é decorrência necessária do estado de inocência do acusado. Caso contrário, estar-se-ia admitindo a aplicação da pena ao indivíduo que, por mandamento constitucional, é inocente. A despeito de a norma, inequivocamente, não admitir que se trate o acusado como culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, a aplicação da pena é o ato denota, de forma mais ostensiva, um “juízo de culpa”. Sob a luz de tal dispositivo, pois, o respeito à situação jurídica de inocência do acusado proíbe a antecipação dos resultados finais do processo em desfavor do réu, isto é, da aplicação da pena.

4.3 DE OUTROS DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS PERTINENTES

Não se pode ignorar, ainda, o artigo 5º, LXI, da Constituição federal, que estabelece que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar”. Neste particular, impende destacar as distinções da prisão processual, que não possui substância de punição e, por isso mesmo, não viola a Constituição. Essa decorre da tutela cautelar, que é marcada pelas características da acessoriedade (é vinculada ao resultado final), da preventividade (tem o escopo de prevenir a ocorrência de danos de difícil reparação), da instrumentalidade hipotética (não tem um fim em si mesma) e da

⁹⁶ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2014, p. 94

provisoriamente (depende da persistência dos motivos que a ensejaram).⁹⁷ Acrescente-se que a prisão processual, como medida cautelar que restringe a liberdade, encerra caráter excepcionalíssimo: a liberdade é, por essência, a regra.

Nesse sentido, acerca da necessária distinção entre a prisão de natureza cautelar e a prisão pena, Nelson Nery Jr. e Rosa Maria Nery⁹⁸ apontam:

É preciso fazer-se distinção entre *prisão cautelar*, que não ofende a garantia da presunção de inocência, com a prisão provisória. Estando presentes os requisitos legais para a decretação da prisão preventiva, que é cautelar (*periculum in mora*), deve ser decretada e expedido o mandado de prisão (...). O que não se pode admitir é a expedição automática de mandado de prisão pelo só fato de haver sido prolatada sentença penal.

Referindo-se à prisão processual, Giacomolli⁹⁹, seguindo a mesma lógica, conclui: “as prisões processuais ocupariam um patamar excepcionalíssimo, depois de afastadas as demais alternativas legais, adequadas e possíveis”. Quanto a isso, merece destaque o artigo 283 do Código de Processo Penal, o qual esclarece, sem contrariar a Constituição, que:

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 preventiva (grifo nosso).

Percebe-se, da primeira parte, que a norma infraconstitucional transcrita observa e reproduz tanto o artigo 5º, LVII, quanto o artigo 5º, LXI, ambos da Constituição federal. Por seu turno, as hipóteses estabelecidas para além do alcance do dispositivo constitucional – da prisão temporária ou preventiva – não violam a Constituição, justo porque se trata, como referido, de prisão de natureza cautelar, não se confundindo com a prisão pena, ante as peculiares características já citadas. A esse respeito, Piero Calamandrei¹⁰⁰ bem lecionava: “não é tarefa da Constituição traçar as diretrizes dos provimentos cautelares, que melhor se localizam nos códigos de processo”. Com efeito, a excepcional prisão de caráter cautelar, que não tem natureza de pena, não ofende o princípio da presunção de inocência.

⁹⁷ JARDIM, Afrânio Silva. **A Prisão em Decorrencia de Sentença Penal Condenatória**. In: Doutrinas Essenciais Processo Penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, n. p.

⁹⁸ NERY JR., Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal comentada e legislação constitucional** [livro eletrônico]. 2. ed. em e-book baseada na 6. ed. impressa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

⁹⁹ GIACOMOLLI, Nereu José. *Op. cit.*, p. 94.

CALAMANDREI, Piero. **Introdução ao Estado Sistemático dos Procedimentos Cautelares**. São Paulo: Editora Servanda, 2000, *apud* CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/ Almedina, 2013.2. p. 442.

O busílis, aqui, entretanto, encontra-se na possível violação do artigo 5º, LXI, da Constituição federal, em razão da ocorrência da mutação constitucional sob análise. É certo que este dispositivo, ao estabelecer que “ninguém será preso senão (...) por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente”, impõe que a prisão imprescinde de fundamentação legal (legalidade constitucional). Ainda que se considerasse, em uma hermenêutica forçosa, que o inciso LVII não impede a prisão, na medida em que não se refere diretamente a este termo, a interpretação de que a prisão antes do trânsito em julgado não infringe a Constituição esbarraria na necessidade de fundamentação da ordem prescrita pela autoridade judiciária competente.

As fundamentações possíveis, no ordenamento jurídico brasileiro, devem suportar-se na sentença condenatória transitada em julgado (prisão pena), em observância ao artigo 5º, LVII, da Constituição federal, ou na existência dos requisitos legais para a prisão processual, presentes na legislação infraconstitucional.

A execução antecipada da pena, ao revés, consiste na expedição automática do mandado de prisão fundada em um mero juízo de probabilidade em virtude da condenação em segundo grau de jurisdição. É, assim, desprovida de qualquer fundamentação, senão baseada na hipótese de condenação definitiva posterior, com o trânsito em julgado. Viola-se, destarte, o artigo 5º, LXI, da Constituição federal.

Passa-se, agora, à análise da segunda parte do disposto no artigo 5º, LVII, da Constituição federal (“[...] até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”), que prevê a duração do estado de inocência do acusado. Aqui, o texto constitucional, numa semântica incontroversa, estabelece como marco ou termo final o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, até o qual o acusado não pode ser considerado culpado, senão, portanto, inocente.

Entende-se por trânsito em julgado, recorrendo às lições de José Carlos Barbosa Moreira¹⁰¹, a passagem da sentença da condição de mutável à de imutável, no que surge a coisa julgada, momento em que, na sistemática processual brasileira, não mais cabem recursos. A coisa julgada, por sua vez, refere-se à nova situação jurídica estabelecida pela imutabilidade da sentença transitada em julgado. Há, pois, essencial conexão entre os

¹⁰¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Ainda e sempre a coisa julgada**. Direito processual civil (ensaios e pareceres). Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p. 145.

conceitos, que, segundo Machado Guimarães¹⁰², revela uma “lógica de antecedente-a-consequente”, porquanto a “decisão trânsito em julgado cria, conforme a natureza da questão decidida, uma das seguintes situações: a) a coisa julgada formal, ou b) a coisa julgada substancial”.

Ao se realizar uma pesquisa do tratamento dispensado ao tema pela doutrina processual¹⁰³ difundida no Brasil, percebe-se que não há controvérsias consideráveis. Além dos autores já citados, pode-se citar diversos outros. No magistério de Eduardo Talamini¹⁰⁴, tem-se que, “com o trânsito em julgado, constitui-se situação jurídica de indiscutibilidade judicial do comando contido na sentença”. Jordi Nieva-Fenoll¹⁰⁵, em monografia dedicada ao assunto, afirma que a coisa julgada implica a “inatacabilidade ou inimpugnabilidade da sentença”, ligando-se à ideia de irrevogabilidade do juízo emitido. Segundo Arruda Alvim, Araken de Assis e Eduardo Arruda Alvim¹⁰⁶, a coisa julgada “decorre do fato de não mais ser possível, no caso concreto, a revisão do julgado, seja em decorrência da impossibilidade de interposição de recurso ou do não cabimento de reexame necessário”. Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero e Sérgio Arenhart¹⁰⁷ lecionam que o trânsito em julgado, que constitui “pressuposto para formação da coisa julgada”, dá-se “quando não cabe mais recurso de determinada decisão judicial ou quando se perde o prazo para impugná-la”.

Na legislação processual, confirma-se o pensamento hegemônico delineado pela doutrina. O Código de Processo Civil de 1973 estabelecia, no seu artigo 467, a definição de coisa julgada material como “eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”. Mudando a redação, o vigente Código de Processo Civil de 2015 consigna a coisa julgada material como “a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso”. O diploma processual anterior, por excesso, discriminava que a formação da coisa julgada material dependia do não

¹⁰² GUIMARÃES, Luiz Machado. **Preclusão, coisa julgada, efeito preclusivo**. Estudo de Direito Processual Civil. Rio de Janeiro-São Paulo: Jurídica e Universitária, 1969, p. 14.

¹⁰³ A par das inúmeras citações aos processualistas penais, em específico, focar-se-á, nesta parte, na doutrina de teoria geral do processo, em se tratando de conceitos básicos do processo, tal qual coisa julgada e trânsito em julgado.

¹⁰⁴ TALAMINI, Eduardo. **Coisa julgada e sua revisão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 44.

¹⁰⁵ NIEVA-FENOLL, Jordi. **Coisa julgada**. Tradução de Antonio do Passo Cabral. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, n. p.

¹⁰⁶ ASSIS, Araken de; ALVIM, Arruda; ARRUDA ALVIM, Eduardo. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora GZ, 2012, p. 662.

¹⁰⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 4 ed. em e-book baseada na 4. ed. impressa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018, n. p.

mais cabimento do recurso ordinário ou extraordinário, tendo em vista a diferenciação existente em algumas tradições diversas à do Brasil; o novo código, ao consignar o termo “recurso”, inclui os ordinários e os extraordinários.

Diante disso, torna-se evidente que a legislação processual, refletindo a tradição brasileira, adota o entendimento de que qualquer recurso, seja ordinário ou extraordinário, impede o trânsito em julgado, pressuposto para a formação da coisa julgada. É o que confirma Cabral¹⁰⁸, ao comentar a alteração do novo Código de Processo Civil:

A supressão da expressão “ordinário e extraordinário” é salutar porque a redação anterior remetia a uma tradição que não era a brasileira, fazendo alusão a sistemas estrangeiros nos quais há diferença entre recursos ordinários e extraordinários a depender do trânsito em julgado. Como entre nós qualquer recurso impede o trânsito em julgado, a expressão nunca fez sentido no ordenamento brasileiro, e em bom momento veio a ser suprimida.

Fica claro, pois, que a ordem jurídica brasileira consignou como sentença definitiva, capaz de romper a situação jurídica de inocência, aquela sobre a qual não cabem mais recursos (inatacável, inimpugnável, imutável, irrevogável), com a qual a culpa é legalmente comprovada. Como Badaró constata, “há limites hermenêuticos que parecem insuperáveis para a interpretação do que seja ‘trânsito em julgado’”, segundo o que se encontra consolidado pela doutrina e, ainda, o que se adota pela legislação processual. Esbarra-se, também aqui, nas possibilidades semânticas do texto constitucional.

4.4 MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL OU COMPROMISSO: ENTRE A RUÍNA E O REINO

Por tudo, não há conclusão possível senão a de que a mutação constitucional no artigo 5º, LVII, permitindo a execução antecipada da pena, transgride as limitações que se impõem ao poder constituinte (constituído) difuso. Como exposto no início deste capítulo, a mutação constitucional deve observar os limites referentes a: “1) o texto da norma sobre a qual se analisa a incidência da mutação constitucional; 2) outros dispositivos constitucionais; 3) a identidade (a essência) da Constituição, que se exprime nos seus princípios fundamentais”.

¹⁰⁸ CABRAL, Antonio do Passo. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie. TALAMINI, Eduardo. DANTAS, Bruno. **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil**. 1. ed. em e-book baseada na 1. ed. impressa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, n. p.

Quanto ao primeiro ponto, as possibilidades semânticas comportadas pelo programa da norma contida no artigo 5º, LVII, da Constituição federal, são claras: ao estabelecer que “ninguém será culpado até (...)”, o dispositivo constitucional não deixa dúvidas quanto à vedação da aplicação da pena antes do termo final estabelecido – caso contrário, estar-se-ia punindo quem não é culpado e, por consequência lógica, é inocente. Este marco, que prescreve a duração do estado de inocência, é “o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”, quando não cabem mais recursos, ordinários ou extraordinários, cujo conceito não é objeto de controvérsias no ordenamento jurídico brasileiro. Ademais, adentrando-se na segunda limitação, mesmo se se entendesse que a aplicação da pena não é um ato de carga em si um “juízo de culpa”, violar-se-ia o artigo 5º, LXI, da Constituição federal, que estabelece a imprescindibilidade de fundamentação para a prisão. Por fim, já no que se refere à terceira limitação, demonstrou-se a relevância da norma da presunção de inocência à identidade da Constituição federal de 1988, alçada ao *status* de cláusula pétrea, em virtude do que se torna refutável a mudança informal, pela via da interpretação, no sentido de restringir tal direito fundamental, que se assenta na dignidade da pessoa humana.

A incidência do mecanismo informal de mudança da constituição sobre o artigo 5º, LVII, da Constituição federal, nestes termos, encerra uma mutação inconstitucional. Conforme aqui desenvolvido, o Poder Judiciário, a pretexto de adequar a norma constitucional à realidade, não pode desrespeitar os limites da própria Constituição, ao arrepio dos compromissos prévios estabelecidos pelo poder constituinte a que Elster faz referência. Não há como admitir que o intérprete, neste mister, ignore a Constituição (a sua identidade e as normas que coexistem) ou que atribua os sentidos que queira às palavras contidas no dispositivo constitucional (respeito ao texto constitucional), a dizer que gato é lebre.

Não custa lembrar, para finalizar este capítulo, a lição, célebre e precisa, de Carlos Maximiliano¹⁰⁹, sobre interpretação e os sentidos das palavras:

A palavra, quer considerada isoladamente, quer em combinação com outra para formar a norma jurídica, ostenta apenas rigidez ilusória, exterior. É por sua natureza elástica e dúctil, varia de significação com o transcorrer do tempo e a marcha da civilização. Tem, por isso, a vantagem de traduzir as realidades jurídicas sucessivas. Possui, entretanto, os defeitos das suas qualidades; debaixo do invólucro fixo, inalterado, dissimula pensamentos diversos, infinitamente variegados e sem consistência real. Por fora, o dizer preciso; dentro, uma policromia de ideias.

¹⁰⁹ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**, 18. ed., Rio de Janeiro, Forense, 2000, p. 16.

Traçar um rumo nesse mar revolto; numa torrente de vocábulos descobrir um conceito; entre acepções várias e hipóteses divergentes fixar a solução definitiva, lúcida, precisa; determinar o sentido exato e a extensão da fórmula legal – é a tarefa do intérprete.

Não lhe compete apenas procurar atrás das palavras os pensamentos possíveis, mas também entre os pensamentos possíveis o único apropriado, correto, jurídico. (grifo nosso)

Considerando-se a força normativa e a identidade da Constituição, os limites semânticos do texto constitucional não podem ser ignorados, em favor de qualquer realidade que se imponha e em detrimento dos compromissos constitucionais. Ao intérprete, não há meio termo ao problema que se apresenta, entre as ruínas do canto e o reino de Ítaca.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Devem ser extraídas lições da narrativa do Canto XII da Odisseia, de Homero. A natureza (e a imperfeição da racionalidade) humana, como a de Ulisses, revela a tendência a tomarem-se decisões irracionais, a fim de se satisfazerem interesses imediatos. Tal tendência é potencializada em tempos de crise ou de tensão, pelo que se faz necessária a celebração de compromissos prévios, como os que Ulisses firmou quando da travessia da Ilha das Sereias. No campo político, conforme aponta Elster, as constituições, modernamente, têm escopo limitador e restritivo da sociedade (a incluir as gerações futuras), como carta de pré-compromissos, a proteger seus interesses principais e longínquos. São centrais, aqui, a preservação da identidade constitucional e a manutenção do Estado Democrático de Direito.

Da análise do constitucionalismo moderno, o pensamento de Elster confirma-se – para além do controle de constitucionalidade, que restringe o legislador infraconstitucional – nas limitações ao poder de mudança às constituições, no âmbito dos poderes constituídos, em que se situam as mudanças constitucionais informais – as mutações constitucionais. As constituições, portanto, dentro dessa noção, assumem papel substantivo em momentos de crise ou de tensão, no que se realça a sua função de carta de pré-compromissos, além do que se reforça (ou deveria reforçar) a sua força normativa.

Reconhecidamente, a nação brasileira encontra-se em um momento de crise, de ordem econômica, moral e política. Como exposto, justo neste contexto, questiona-se a possibilidade da ocorrência de mutação constitucional no artigo 5º, LVII, da Constituição federal, que porta a norma da presunção de inocência, a permitir a execução antecipada da pena, antes do trânsito em julgado. Entretanto, a mutação constitucional, por sua natureza de (ou pelas suas características de) poder constituído, possui limitações, notadamente se compreendida como adequação interpretativa entre norma e realidade. Segundo a pesquisa doutrinária realizada, elencaram-se os limites referentes a: “1) o texto da norma sobre a qual se analisa a incidência da mutação constitucional; 2) outros dispositivos constitucionais; 3) a identidade (a essência) da Constituição, que se exprime nos seus princípios fundamentais”.

Ao se analisar a (im)possibilidade da mutação constitucional em comento, constatou-se que tais limites são intransponíveis. O artigo 5º, LVII, em seu texto, porta palavras e conceitos jurídicos cujos significados são consolidados pela doutrina e, mesmo, pela ordem normativa pátrias. Ademais, ainda que se considerasse, em uma hermenêutica forçosa, que a

literalidade do referido dispositivo constitucional admite a execução antecipada da pena, esbarrar-se-ia no inciso LXI do mesmo artigo da Constituição federal. Não bastante, torna-se controverso permitir a mudança constitucional informal, pela via da interpretação, sobre uma norma de relevo na identidade da atual Constituição brasileira, que se assenta na dignidade da pessoa humana, integra o rol dos direitos fundamentais e, portanto, é alçada ao *status* cláusula pétrea. Conforme demonstrado, admitir-se a transgressão dos limites em questão implica, por si só, afronta à identidade constitucional e ao Estado Democrático de Direito; todavia, neste caso, em especial, revela-se maior gravidade ao se desrespeitarem tais limites no sentido de restringir o alcance de uma norma elencada no rol dos direitos fundamentais.

Na obra literária, Ulisses, sabendo que passaria por momentos de tensão, firmou pré-compromissos; os tripulantes, a cumpri-los, possuíam o indispensável papel de atar as mãos de Ulisses ao mastro, e de não desatá-las, ainda que assim fossem ordenados, para que o personagem principal não sucumbisse ao canto das Sereias. No mundo real, a função dos Poderes da República (os tripulantes), em especial do Poder Judiciário, pelo que exerce a jurisdição constitucional – e cujos ouvidos deverão estar protegidos do canto –, é a de conter a sociedade (Ulisses), para que não sucumba aos interesses e aos intentos casuísticos e momentâneos que decorrem do momento de tensão (o canto das Sereias) que atravessa(rá), a cumprir a Constituição, respeitando-se o poder constituinte (os compromissos prévios), rumo aos seus principais interesses (a chegada ao reino de Ítaca), para o que se fazem necessárias a preservação da identidade constitucional e a manutenção do Estado Democrático de Direito.

Ao fim e ao cabo, caso se admita a mutação (in)constitucional no artigo 5º, LVII, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a permitir a execução antecipada da pena, antes do trânsito em julgado, não restam dúvidas de que Ulysses (*sic*), pela irreverência ao compromisso que firmou, será derrotado.

Chegamos! Esperamos a Constituição como o vigia espera a aurora. Bem-aventurados os que chegam. Não nos desencaminhamos na longa marcha, não nos desmoralizamos capitulando ante pressões aliciadoras e comprometedoras, não desertamos, não caímos no caminho.

(...)

A Constituição certamente não é perfeita. Ela própria o confessa, ao admitir a reforma.

Quanto a ela, discordar, sim. Divergir, sim. Descumprir, jamais. Afrontá-la, nunca. Traidor da Constituição é traidor da Pátria. Conhecemos o caminho maldito: rasgar a Constituição, trancar as portas do Parlamento, garrotear a liberdade, mandar os patriotas para a cadeia, o exílio, o cemitério.

A persistência da Constituição é a sobrevivência da democracia. (...) ¹¹⁰

¹¹⁰ GUIMARÃES, Ulysses. Discurso do Deputado Ulysses Guimarães, Presidente da Assembléia Nacional Constituinte, em 05 de outubro de 1988, por ocasião da promulgação da Constituição Federal. In: Revista de Direito GV. São Paulo, p. 595-601, 2008. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/viewFile/35166/33971>. Acesso em 04/04/2019.

6 REFERÊNCIAS

ASSIS, Araken de; ALVIM, Arruda; ARRUDA ALVIM, Eduardo. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora GZ, 2012.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da Prova no Processo Penal**. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Ainda e sempre a coisa julgada**. Direito processual civil (ensaios e pareceres). Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

BARBOSA, Marcelo Fortes. **Garantias constitucionais de direito penal e de processo penal na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 1993.

BARROSO, Luís Roberto **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 7. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Congresso Nacional, Brasília, 1988.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848**. Código Penal. Presidência da República, Brasília, 1940.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689**. Código de Processo Penal. Presidência da República, Rio de Janeiro, 1941.

BRASIL. **Lei nº 10.729**. Lei de Execução Penal. Brasília, 2003.

BRASIL. **Lei nº 13.105**. Código de Processo Civil. Brasília, 2015.

BRASIL. **Lei nº 5.925**. Código de Processo Civil. Brasília, 1973.

BRASIL. Supremo Tribunal Fderal. **Habeas Corpus nº 126.292/SP**. Relator: Teori Zavascki. DJe: 17 de fevereiro de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Constitucionalidade nº 54**. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello. Brasília, 2018. Parecer disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=314992702&ext=.pdf>

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 95.886/RJ**, Relator Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, DJe 4 de dezembro de 2009.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Da reforma à mutação constitucional**. In: Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 33.

BURDEAU, Georges. **Traité de science politique**. 2. ed. Paris : L.G.D.J., 1969. V. 4.

CABRAL, Antonio do Passo. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie.

TALAMINI, Eduardo. DANTAS, Bruno. **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil**. 1. ed. em e-book baseada na 1. ed. impressa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

CALAMANDREI, Piero. **Introdução ao Estado Sistemático dos Procedimentos Cautelares**. São Paulo: Editora Servanda, 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1992.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2004.

CARVALHO, Amilton Bueno de. **Lei, Para Quem?**. In: Escritos de Direito e Processo Penal Em Homenagem ao Professor Paulo Cláudio Tovo. Org. Alexandre Wunderlich. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2002.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/ Almedina, 2013.2.

CONVENÇÃO Americana sobre Direitos Humanos, 1969. Disponível em: http://www.refugiados.net/cid_virtual_bkup/asilo2/2pidcp.html > Acesso em: 09/03/2020.

CONVENÇÃO Europeia para a Tutela de Direitos do Homem e da Liberdade Fundamental, 1950. Disponível em: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf > Acesso em: 09/03/2020.

CORTUCCI, Andréa Mancini. **Mutação Constitucional, entre a Interpretação e a Justiça Constitucional**. Dissertação de Mestrado - Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2016.

DAU-LIN, Hsü. **Mutación de la Constitución**, Tradução de Pablo Lucas Verdú e Christian Förster. Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública, 1988.

DECLARAÇÃO Americana de Direitos e Deveres do Homem, 1948. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.Declaracao_Americana.htm > Acesso em: 09/03/2020.

DECLARAÇÃO dos Direitos do Homem e do Cidadão, 1789. Disponível em: http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf > Acesso em: 09/03/2020.

DECLARAÇÃO Universal dos Direitos Humanos, 1948. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf> > Acesso em: 09/03/2020.

ELSTER, Jon. **Precommitment and Constitutionalism**. Columbia University materials, 1995.

ELSTER, Jon. **Ulisses and the Sirens**. Cambridge, Cambridge University Press, 1979.

ELSTER, Jon. **Ulisses y las sirenas. Estudios sobre racionalidad e irracionalidad**. México: Fondo de Cultura Económica, 1995.

ELSTER, Jon. **Ulysses Revisited - Precommitment and Constitutionalism**. Universidade de Columbia, 1995.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais**. 2ª ed. Osasco: EDIFIEO, 2015, introdução.

GIACOMOLLI, Nereu José. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/ Almedina, 2013.2.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica**. São Paulo: Atlas, 2014.

GOLDSCHMIDT, James. **Principios generales del proceso: problemas jurídicos e políticos del proceso penal**. Vol II. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América – EJE, 1936.

GOMES, Luiz Flávio. **Sobre o conteúdo tridimensional do princípio da presunção de inocência**. Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 729, 1996.

GUERRA, Elizabete Olinda. **A teoria da escolha racional no pensamento de Jon Elster**. In Revista de Filosofia Peri. v. 05. n. 01. Santa Catarina, 2013.

GUIMARÃES, Luiz Machado. **Preclusão, coisa julgada, efeito preclusivo**. Estudo de Direito Processual Civil. Rio de Janeiro-São Paulo: Jurídica e Universitária, 1969.

GUIMARÃES, Ulysses. **Discurso do Deputado Ulysses Guimarães, Presidente da Assembléia Nacional Constituinte, em 05 de outubro de 1988, por ocasião da promulgação da Constituição Federal**. In: Revista de Direito GV. São Paulo, p. 595-601, 2008. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/File/35166/33971> > Acesso em 04/04/2019.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HESSE, Konrad. **Escritos de Derecho Constitucional**. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

HOLMES, Stephen. **Precommitment and the Paradox of Democracy. in Passion & Constraint**. Chicago, The University of Chicago Press, 1995.

HOMERO. **Odisseia**. Tradução e prefácio de Frederico Lourenço. São Paulo: Companhia das Letras/Penguin Books, 2011.

HUME, David. **Ensaaios Morais, Políticos e Literários**. São Paulo, Abril Cultural, 1973.

JARDIM, Afrânio Silva. **A Prisão em Decorrência de Sentença Penal Condenatória**. In: Doutrinas Essenciais Processo Penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

JELLINEK, Georg. **Verfassungsänderung und Verfassungswandlung**. Berlin, 1906.

LABAND, Paul. **Wandlungen der deutschen Reichsverfassung**. Dresden, 1895.

LASSALE, Ferdinand. **Que é uma Constituição?**. 2ª ed., São Paulo: Kairós Livraria e Editora, 1985.

LIMA, Iara Menezes; LANÇA, João André Alves. **A força normativa da Constituição e os limites à mutação constitucional em Konrad Hesse**. Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 62, pp. 275 - 303, jan./jun. 2013.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MAIEROVITCH, Walter Fanganiello. **Presunção de não culpabilidade – anotações**. Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, São Paulo, n. 126, 1990.

MANZINI, Vincenzo. **Tratado de derecho procesal penal**: tomo I. Buenos Aires: EJEJA, 1951.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 4 ed. em e-book baseada na 4. ed. impressa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 18. ed., Rio de Janeiro, Forense, 2000.

MÜLLER, Friedrich. **Positivismo**. Tradução de Peter Naumann e revisão de Paulo Bonavides. In: Boletim dos Procuradores da República. Ano III, n. 29, setembro, 2000.

NERY JR., Nelson. **Anotações sobre mutação consitucional - Alteração da Constituição sem modificação do texto, decisionismo e Versfassungsstaat**. In: Direitos fundamentais e estado constitucional: estudos em homenagem a J. J. Canotilho / coordenação George Salomão Leite, Ingo Wolfgang Sarlet. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra (Pt): Coimbra Editora, 2009.

NERY JR., Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal comentada e legislação constitucional** [livro eletrônico]. 2. ed. em e-book baseada na 6. ed. impressa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

NIEVA-FENOLL, Jordi. **Coisa julgada**. Tradução de Antonio do Passo Cabral. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NOGUEIRA, Marco Aurélio. **Em defesa da política** .2. ed. São Paulo: Senac São Paulo, 2004.

OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de; BONISSONI, Natammy Luana de Aguiar e CADEMARTORI Daniela Mesquisa Leutchuk de. **Teoria Garantista: O Superior Tribunal Federal e a violação de dispositivos da convenção interamericana de direitos humanos**. In: Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.11, n.2, 2º quadrimestre de 2016. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

PACTO Internacional sobre os Direitos Cíveis e Políticos, 1966. Disponível em: http://www.refugiados.net/cid_virtual_bkup/asilo2/2pidcp.html > Acesso em: 09/03/2020.

RAWLS, John. **O Liberalismo Político**. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000.

SAGÜÉS, Néstor Pedro. **Reflexiones sobre la manipulación constitucional**. In: Programa de investigaciones del Centro Interdisciplinario de Drecho Procesal Constitucional de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario, Pontificia Universidad Católica Argentina, 2004.

SALGADO, Joaquim Carlos. **O estado ético e o estado poiético**. Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, v. 24, n. 2, p. 3-34, abr./jun. 1988.

SALGADO, Joaquim Carlos. **Princípios hermenêuticos dos direitos fundamentais**. Revista da Faculdade de Direito da UFMG: nova fase, Belo Horizonte, n. 34, 2001.

SANTOS, Carlos Victor Nascimento dos. **Reconstruindo o conceito de mutação constitucional**. In Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD). Rio Grande do Sul, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais, democracia entre reforma e mutação constitucional - uma análise a perspectiva da Constituição de 1988**. In: Jurisdição e Hermenêutica Constitucional: em homenagem a Lenio Streck/ coordenação Eduardo Arruda Alvim; George Salomão Leite, Ingo Wolfgang Sarlet; Nelson Nery Jr.. – Rio de Janeiro: Mundo Jurídico, 2017, p. 21.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª.ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

TALAMINI, Eduardo. **Coisa julgada e sua revisão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Constituição como Reserva de Justiça**. Lua Nova, nº 42, 1997.

VILELA, Alexandra. **Considerações acerca da presunção de inocência em direito processual penal**. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

MOREIRA, Vital. **Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade: legitimidade e limites da justiça constitucional**, In: Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional, Coimbra Editora, Coimbra, 1995.