

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

NATHALIA BRITO DE CARVALHO

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ENTRE O DIREITO E A POLÍTICA
*AS DECISÕES SOBRE A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA SOB A PERSPECTIVA DAS
TEORIAS POSITIVAS ESTADO-UNIDENSES*

**Belo Horizonte
2022**

NATHALIA BRITO DE CARVALHO

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ENTRE O DIREITO E A POLÍTICA
AS DECISÕES SOBRE A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA SOB A PERSPECTIVA DAS
TEORIAS POSITIVAS ESTADO-UNIDENSES

Tese de Doutorado apresentada à banca como requisito para a obtenção de título de Doutorado em sede do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, sob orientação do Professor Doutor Emílio Peluso Neder Meyer (PPGD/UFMG).

Linha de Pesquisa: História, Poder e Liberdade

Área de Estudo: Internacionalização do Direito, Justiça de Transição e Jurisdição Constitucional na Consolidação da Democracia

Projeto de Pesquisa: Centro de Estudos sobre Justiça de Transição

Belo Horizonte
2022

Ficha catalográfica elaborada pela bibliotecária Meire Luciane Lorena Queiroz - CRB-6/2233.

C331s Carvalho, Nathalia Brito de
O Supremo Tribunal Federal entre o direito e a política [manuscrito]: as decisões sobre a presunção de inocência sob a perspectiva das teorias positivas / Nathalia Brito de Carvalho. - 2022.

Tese (doutorado) - Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito.

1. Direito constitucional - Teses. 2. Brasil. Supremo Tribunal Federal - Teses. 3. Direito e política - Teses. 4. Poder judiciário e questões políticas - Teses. I. Meyer, Emílio Peluso Neder. II. Universidade Federal de Minas Gerais - Faculdade de Direito. III. Título.

CDU: 347.991:32



UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

UFMG

ATA DA DEFESA DE TESE DA ALUNA NATHALIA BRITO DE CARVALHO

Realizou-se, no dia 15 de dezembro de 2022, às 09:00 horas, Sala da Congregação, da Universidade Federal de Minas Gerais, a defesa de tese, intitulada *O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ENTRE O DIREITO E A POLÍTICA. AS DECISÕES SOBRE A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA SOB A PERSPECTIVA DAS TEORIAS POSITIVAS*, apresentada por NATHALIA BRITO DE CARVALHO, número de registro 2018653398, graduada no curso de DIREITO, como requisito parcial para a obtenção do grau de Doutor em DIREITO, à seguinte Comissão Examinadora: Prof(a). Emilio Peluso Neder Meyer - Orientador (UFMG), Prof(a). Bernardo Goncalves Alfredo Fernandes (UFMG), Prof(a). Adamo Dias Alves (UFMG), Prof(a). Francisco de Castilho Prates (UFMG), Prof(a). Juliana Cesario Alvim Gomes (UFMG).

A Comissão considerou a tese:

Aprovada, tendo obtido a nota 85.

Reprovada

Finalizados os trabalhos, lavrei a presente ata que, lida e aprovada, vai assinada por mim e pelos membros da Comissão.

Belo Horizonte, 15 de dezembro de 2022.

Prof(a). Emilio Peluso Neder Meyer (Doutor) Nota 85.

Prof(a). Bernardo Goncalves Alfredo Fernandes (Doutor) Nota 85.

Prof(a). Adamo Dias Alves (Doutor) Nota 85.

Prof(a). Francisco de Castilho Prates (Doutor) Nota 85.

Prof(a). Juliana Cesario Alvim Gomes (Doutora) Nota 85.

AGRADECIMENTOS

Sou profundamente grata à **UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS** e a todo corpo docente do curso de Direito. Admiro imensamente a força com que os professores enfrentaram os desafios do ensino no Brasil nos últimos anos.

Ao meu orientador Emílio Peluso Neder Meyer, quem admiro pela seriedade com que conduz o seu trabalho, agradeço pelo apoio e orientação durante o Mestrado e Doutorado e pela paciência que me foi concedida nesse período.

A todos os meus colegas da Pós-Graduação em Direito, por dividirem essa experiência transformadora, principalmente aos admiráveis Maurício Sullivan, por compartilhar comigo (em muitos cafés, claro) o *encanto* pelo Direito Constitucional, à Mariana Tormin, pelo apoio e amizade em um período tão difícil.

À Università LUM Jean Monnet, agradeço pela recepção concedida no período de pesquisa enriquecedor que pode ser experienciado na Itália durante o doutorado, e aos presentes que chegaram com esse, Elisa Sarto, Laís Lopes e Marcos Leroy, *grazie mille*.

À Maria das Graças (Dade), por me ajudar a ressignificar esse processo.

Aos meus pais, Manoel Madeira e Eva Brito, por concederem apoio incondicional à minha pesquisa nos últimos anos e à minha irmã, Virginia, por estar comigo junto nessa caminhada. Às famílias Madeira e Brito, aos presentes e aos que já se foram. Aos amados Aldenir, Dimas, Matheus, Philipe e também à Graziella, que tem somado vida à nossa família. Às queridas Maria Clara Ferraz e Ludmila Gomes, que acompanharam esse caminho desde o princípio. Aos amigos do Colégio Santo Agostinho, Taís Ahouagi, Igor Antônio Ferreira, Joana Barbabela, Ramon Fraga, Priscila Clementino, Matheus Romão, Raquel Garcia, Sara Martins e Luísa Sá, pelo apoio, pelos nossos muitos anos juntos, e à certeza de que muitos estão por vir.

A todos os meus colegas da Pós-Graduação em Direito, por dividirem essa experiência transformadora, principalmente aos admiráveis Maurício Sullivan, por

*Dedico esse trabalho aos pesquisadores
brasileiros que, mesmo diante de
uma realidade tão dura,
teimam em insistir no projeto de um país melhor.
Terá frutos.*

RESUMO

A discussão sobre o início do cumprimento da pena adquiriu contornos de disputa político-jurídica no período compreendido entre 2016-2019, o que pode ter sido determinante para as constantes alterações de posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre o tema. No contexto político da Operação Lava-Jato (2014-2018), as controvérsias sobre corrupção, encarceramento e punição estatal, somados aos holofotes midiáticos direcionados à corte acenderam as controvérsias que envolveram a atribuição de novos significados ao *art. 5º, LXII CR/88*. No que concerne ao tema judicialização da política e a fim de compreender como a política foi capaz de afetar as interpretações da corte no âmbito do direito constitucional a tese tem como objeto o *habeas corpus* 126.292/SP, o *habeas corpus* 152.752/PR e Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43, 44 e 54 à luz das teorias positivas estado-unidenses. Primeiro, discutiremos o conteúdo das decisões dos ministros do Supremo em perspectiva dogmática, abordando os aspectos históricos e hermenêuticos do princípio, além das críticas dos ministros do STF ao funcionamento do sistema recursal brasileiro e os seus principais contrapontos dogmáticos. A partir daí o trabalho segue por um caminho não convencional: argumentamos, com base nas teorias positivas estado-unidenses, o problema de as teorias normativas não serem capazes de operar restrições aos juízes. O segundo capítulo se destinará a apresentar as teorias positivas do Direito como uma possibilidade de renovação do debate dogmático: (re)conceituaremos, com base em Robert Post, a relação entre Direito e Política como irrenunciável, paradoxal e dinâmica e abordaremos a diferença entre os conceitos de “influência” e “restrição” da lei sobre os juízes. Com Barry Friedman, David Strauss, Laurence Tribe e Jack Balkin trazemos alguns apontamentos sobre o processo de mudança constitucional. No Capítulo 3 trataremos do contexto político-jurídico acerca do julgamento das ações sobre os limites da presunção de inocência. Com base em escritos da ciência política, discorreremos sobre como a Operação Lava Jato (2014-2018) representa um o abalo da construção democrática brasileira. Em seguida, com base em Barry Friedman, apresentaremos as “camadas de política” que existem na corte e que envolveram a decisão acerca do princípio da presunção de inocência: os valores pessoais dos juízes e os processos de nomeação de ministros; a relação da corte com a opinião pública; as relações dentro do

colegiado do Supremo; o “jogo político” que ocorre entre os Poderes Judiciário, Legislativo e Executivo; a interação da corte com os tribunais inferiores.

Palavras-chave: Teorias Positivas, Supremo Tribunal Federal, Direito, Política, Significado constitucional

ABSTRACT

The discussion about the beginning of serving the sentence acquired the contours of a political-legal dispute in the period between 2016-2019, which may have been decisive for the constant changes in the position of the Federal Supreme Court on the subject. In the political context of Operation Lava-Jato (2014-2018), the controversies about corruption, incarceration and state punishment, added to the media spotlight directed at the court, ignited the controversies that involved the attribution of new meanings to art. 5th, LXII CR/88. With regard to the theme of judicialization of politics and in order to understand how politics was able to affect the interpretations of the court in the scope of constitutional law, the thesis has as its object habeas corpus 126.292/SP, habeas corpus 152.752/PR and Declaratory Actions of Constitutionality 43, 44 and 54 in the light of US positive theories. First, we will discuss the content of the Supreme Court ministers' decisions in a dogmatic perspective, addressing the historical and hermeneutical aspects of the principle, in addition to the criticisms of the STF ministers to the functioning of the Brazilian appeal system and its main dogmatic counterpoints. From there, the work follows an unconventional path: we argue, based on US positive theories, the problem of normative theories not being able to operate restrictions on judges. The second chapter will present the positive theories of Law as a possibility of renewing the dogmatic debate: we will (re)conceptualize, based on Robert Post, the relationship between Law and Politics as irrevocable, paradoxical and dynamic and we will approach the difference between the concepts of “influence” and “restriction” of the law on judges. With Barry Friedman, David Strauss, Laurence Tribe and Jack Balkin we bring some notes on the process of constitutional change. In Chapter 3 we will deal with the political-legal context regarding the judgment of actions on the limits of the presumption of innocence. Based on political science writings, we discuss how Operation Lava Jato (2014-2018) represents a shock to the Brazilian democratic construction. Then, based on Barry Friedman, we will present the “layers of politics” that exist in the court and that involved the decision on the principle of the presumption of innocence: the personal values of the judges and the appointment processes of ministers; the court's relationship with public opinion; relations within the collegiate of the Supreme; the “political game” that takes place between the Judiciary, Legislative and Executive Powers; the interaction of the court with the lower courts.

Key-words: Positive Theories, Federal Supreme Court, Law, Politics, Constitutional meaning

RESUMEN

La discusión sobre el inicio del cumplimiento de la pena adquirió contornos de disputa político-jurídica en el período 2016-2019, lo que pudo haber sido decisivo para los constantes cambios de posición del Supremo Tribunal Federal sobre el tema. En el contexto político de la Operación Lava-Jato (2014-2018), las controversias sobre corrupción, encarcelamiento y castigo estatal, sumadas al foco mediático dirigido al tribunal, encendieron las controversias que involucraron la atribución de nuevos significados al art. 5º, LXII CR/88. En cuanto al tema de la judicialización de la política y para comprender cómo la política pudo afectar las interpretaciones de la corte en el ámbito del derecho constitucional, la tesis tiene como objeto el habeas corpus 126.292/SP, habeas corpus 152.752/PR y Las Acciones Declaratorias de Constitucionalidad 43, 44 y 54 a la luz de las teorías positivas estadounidenses. Primero, discutiremos el contenido de las decisiones de los ministros de la Corte Suprema en una perspectiva dogmática, abordando los aspectos históricos y hermenéuticos del principio, además de las críticas de los ministros del STF al funcionamiento del sistema de apelación brasileño y sus principales principios dogmáticos. A partir de ahí, el trabajo sigue un camino no convencional: argumentamos, con base en las teorías positivas estadounidenses, el problema de que las teorías normativas no pueden operar restricciones a los jueces. El segundo capítulo presentará las teorías positivas del Derecho como una posibilidad de renovar el debate dogmático: (re)conceptualizaremos, a partir de Robert Post, la relación entre Derecho y Política como irrevocable, paradójica y dinámica y abordaremos la diferencia entre los conceptos de “influencia” y “restricción” de la ley sobre los jueces. Con Barry Friedman, David Strauss, Laurence Tribe y Jack Balkin traemos algunos apuntes sobre el proceso de cambio constitucional. En el Capítulo 3 nos ocuparemos del contexto político-jurídico en cuanto al juicio de las acciones sobre los límites de la presunción de inocencia. Con base en escritos de ciencia política, discutimos cómo la Operación Lava Jato (2014-2018) representa un golpe para la construcción democrática brasileña. Luego, con base en Barry Friedman, presentaremos las “capas de política” que existen en la corte y que involucraron la decisión sobre el principio de presunción de inocencia: los valores personales de los jueces y los procesos de designación de ministros; la relación del tribunal con la opinión pública; las relaciones dentro del colegiado del Supremo; el “juego político” que se da entre los Poderes Judicial, Legislativo y Ejecutivo; la interacción del tribunal con los tribunales inferiores.

Palabras-clave: Teorías Positivas, Supremo Tribunal Federal, Derecho, Política, Sentido Constitucional

Sonhos não envelhecem...

Sumário

INTRODUÇÃO..... 16

CAPÍTULO 1 – A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA EM PERSPECTIVA DOGMÁTICA E UM APONTAMENTO CRÍTICO ÀS TEORIAS NORMATIVAS 28

1.1 Uma incursão aos aspectos históricos e hermenêuticos do princípio da presunção de inocência 28

1.1.1 *O contexto histórico que culminou com a normatização do princípio da presunção de inocência como importante linha argumentativa do Min. Celso de Mello* 29

1.1.2 *Princípio da presunção de inocência ou princípio da não-culpabilidade?*..... 37

1.1.3 *A discussão Princípio versus. Regra*..... 42

1.1.4 *Sobre a proposta de análise comparada*..... 49

1.1.5 *O debate sobre a ocorrência da Mutação Constitucional*..... 52

1.1.6 *Os votos contrários à antecipação: A argumentação acerca do princípio da segurança jurídica e da taxatividade do dispositivo* 54

1.2 As críticas dos ministros do STF ao funcionamento do sistema recursal e os seus principais contrapontos dogmáticos..... 58

1.2.1 *Considerações acerca do reexame da prova pelo Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal* 58

1.2.2 – *O problema da seletividade do Sistema Penal e o descrédito do sistema de justiça brasileiro junto à sociedade versus. o pragmatismo como corrente interpretativa* 62

1.2.3 – *Dados sobre os Recursos apresentados aos tribunais superiores* 69

1.3 Um breve (e significativo) argumento sobre o problema das teorias normativas 71

CAPÍTULO 2 – O DIREITO, A POLÍTICA E A CONSTRUÇÃO DO SIGNIFICADO CONSTITUCIONAL 78

2.1 As Teorias Positivas Estado-Unidenses como possibilidade de renovação do debate dogmático 78

2.1.1 *Conceituando a relação entre o Direito e a Política: irrenunciável, paradoxal e dinâmica*..... 78

2.1.2 *Construindo uma diferença entre os conceitos de “influência” e “restrição” da lei sobre os juízes* 93

2.2 *Como ocorre o processo de mudança constitucional? Uma hipótese a partir dos escritos de Barry Friedman em “Constitucionalismo Popular Mediado” e “The Will of the people” e dos conceitos de “Constituição Viva”, de David Strauss e “Constituição Invisível”, de Laurence Tribe*..... 96

CAPÍTULO 3 – O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ENTRE A POLÍTICA E O DIREITO: UMA ANÁLISE DAS DECISÕES SOBRE A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA A PARTIR DOS PRESSUPOSTOS DAS TEORIAS POSITIVAS¹²³

| | |
|--|------------|
| 3.1 O contexto político-jurídico no julgamento das ações sobre os limites da presunção de inocência: a Operação Lava Jato e o abalo da construção democrática brasileira..... | 124 |
| 3.2 “A política do <i>judicial review</i> ”: explorando as “camadas de política” a partir dos escritos de Barry Friedman para o caso da limitação ao princípio da presunção de inocência (2016-2019) | 145 |
| 3.2.1 <i>A primeira influência política nas decisões jurídicas: os valores pessoais dos juízes e os processos de nomeação de ministros para a corte</i> | 146 |
| 3.2.2 <i>A relação da corte com a opinião pública e o constitucionalismo popular mediado de Barry Friedman</i> | 150 |
| 3.2.3 <i>Sobre a “política intracorte”: abordando as relações entre o colegiado para além das teorias normativas do direito</i> | 157 |
| 3.2.4 <i>A “política extracorte”, ou o “jogo político” entre os Poderes Judiciário, Legislativo e Executivo</i> | 167 |
| 3.2.5 <i>Um breve apontamento sobre a interação das cortes com os tribunais inferiores</i> . | 180 |
| CONSIDERAÇÕES FINAIS | 185 |
| REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS | 190 |

INTRODUÇÃO

A Constituição da República de 1988 não foi a carta responsável por introduzir o pressuposto do estado de inocência no ordenamento jurídico brasileiro, tendo o princípio ganhado destaque ainda na vigência da Constituição de 1946, quando o país aderiu à Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 que afirmava, em seu artigo 11, o direito de todo homem de ser presumido inocente. No entanto, ao normatizar a garantia desse princípio na redação “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, em seu art. 5º, LVII, a CR/88 passara a estabelecer, na visão de muitos, “um marco temporal objetivo de vigência da presunção de inocência, qual seja o momento em que o réu não mais tenha recursos a manejar contra a decisão que reconheceu que sua culpa se encontra plenamente provada”,¹ logo, a necessidade do trânsito em julgado para a execução de sentença penal condenatória.

Junto com o novo regramento constitucional coexistiu uma jurisprudência que, baseada na redação do art. 637 do Código de Processo Penal², reiterava entendimento diverso, ou seja, a possibilidade de cumprimento da pena de prisão antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.³ Julgados pelo Pleno: **HC 74.983/1997**, Rel. Min. Carlos Velloso: “os recursos especial e extraordinário, que não têm efeito suspensivo, não impedem o cumprimento de mandado de prisão”; **HC 72.366/1999**, Rel. Min. Néri da Silveira, quando a corte destacou que a superveniência da sentença penal

¹ CARVALHO NETTO, Menelick de; TOMAZ, Mateus Rocha; BASTOS, Marcus Vinícius Fernandes. **Constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal. Parecer ao Partido Ecológico Nacional (PEN), responsável pelo ajuizamento da Ação Direta de Constitucionalidade n. 43**. Parecer disponível nos autos da referida ADC. Página 14.

² Mediante recurso à redação do art. 637 do CPP, que estabelece que o recurso extraordinário não possui efeito suspensivo e prevê a remessa dos autos originais de volta à primeira instância para execução da sentença, entendia-se possível que o réu fosse compelido a iniciar o cumprimento da pena ainda que pendesse o julgamento de seus recursos excepcionais.

³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 55118**. Relator(a): Min. Cordeiro Guerra, Segunda Turma, julgado em 16/06/1977, DJ 26-08-1977; HC 59757, Relator(a): Min. Soares Munoz, Primeira Turma, julgado em 11/05/1982, DJ 28-05-1982; HC 67245, Relator(a): Min. Aldir Passarinho, Segunda Turma, julgado em 28/03/1989, DJ 26-05-1989; HC 68726, Relator(a): Min. Néri da Silveira, Tribunal Pleno, julgado em 28/06/1991, DJ 20-11-1992 e; HC 82812, Relator(a): Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, julgado em 03/06/2003, DJ 27-06-2003) Em diversas oportunidades (antes e depois dos precedentes mencionados) as Turmas do STF afirmaram e reafirmaram que princípio da presunção de inocência não inibia a execução provisória da pena imposta, ainda que pendente o julgamento de recurso especial ou extraordinário: HC 71.723, Rel. Min. Ilmar Galvão, Primeira Turma, DJ 16/6/1995; HC 79.814, Rel. Min. Nelson Jobim, Segunda Turma, DJ 13/10/2000; HC 80.174, Rel. Min. Maurício Corrêa, Segunda Turma, DJ 12/4/2002; RHC 84.846, Rel. Carlos Velloso, Segunda Turma, DJ 5/11/2004; RHC 85.024, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, DJ 10/12/2004; HC 91.675, Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJ de 7/12/2007; e HC 70.662, Rel. Min. Celso de Mello, Primeira Turma, DJ 4/11/1994. Disponível em : < <https://portal.stf.jus.br/>>. Acesso em: 02.05.2018.

condenatória recorrível imprimia acentuado “juízo de consistência da acusação”, o que autorizaria, a partir daí, a prisão como consequência natural da condenação.⁴

Em diversas oportunidades (antes e depois dos precedentes mencionados), as Turmas do Supremo Tribunal Federal afirmaram e reafirmaram que princípio da presunção de inocência não inibia a execução provisória da pena imposta, ainda que pendente o julgamento de recurso especial ou extraordinário: **HC 71.723**, Rel. Min. Ilmar Galvão, Primeira Turma, DJ 16/6/1995; **HC 79.814**, Rel. Min. Nelson Jobim, Segunda Turma, DJ 13/10/2000; HC 80.174, Rel. Min. Maurício Corrêa, Segunda Turma, DJ 12/4/2002; **RHC 84.846**, Rel. Carlos Velloso, Segunda Turma, DJ 5/11/2004; **RHC 85.024**, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, DJ 10/12/2004; **HC 91.675**, Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJe de 7/12/2007; e **HC 70.662**, Rel. Min. Celso de Mello, Primeira Turma, DJ 4/11/1994.⁵

Ressaltamos ainda o papel das Súmulas 716 e 717, que corroboravam esse entendimento, aprovadas em sessão plenária realizada em 24 de setembro de 2003, cujos enunciados têm por pressupostos situações de execução provisória de sentenças penais condenatórias: Súmula nº 716: Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. Súmula nº 717: Não impede a progressão de regime de execução da pena, fixada em sentença não transitada em julgado, o fato de o réu se encontrar em prisão especial.

Dado essa narrativa jurisprudencial, o tema sobre a possibilidade de execução da pena antes do trânsito em julgado foi enfrentado pela corte em *5 de fevereiro de 2009*, no *habeas corpus* 84.078/MG, cujo debate tratava da possibilidade de encarceramento logo após o julgamento da apelação, quando confirmada a condenação pela prática do crime do art. 121, § 2º, I, IV, combinado com o art. 14, II, do Código Penal.⁶ Sob a

⁴ Ainda, HC 68.726/1991, de Rel. Min. Néri da Silveira; No entanto a corte entendia com base na Lei de Execução Penal (LEP – Lei nº 7.210/1984, art. 147) que a “aplicação de penas restritivas de direitos somente era possível após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Em que pese a previsão de artigo correspondente aplicável às penas privativas de liberdade (LEP – Lei nº 7.210/1984, art. 105), muito mais gravosas por sua própria natureza, insistia-se em permitir o cumprimento antecipado da pena de prisão, a despeito do art. 5º, LVII da Constituição Federal. CARVALHO NETTO, Menelick de; TOMAZ, Mateus Rocha; BASTOS, Marcus Vinícius Fernandes. Constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal. Parecer ao Partido Ecológico Nacional (PEN), responsável pelo ajuizamento da Ação Direta de Constitucionalidade n. 43. Parecer disponível nos autos da referida ADC. Página 15-16.

⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. JURISPRUDÊNCIA. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verPronunciamento.asp?pronunciamento=6604113>

⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 84.078/MG**. Relator Eros Grau - Pleno - Diário de Justiça Eletrônico, Brasília 05 fev. 2009. Disponível em

relatoria do Ministro Eros Grau, o Plenário do Supremo Tribunal Federal entendeu ser inconstitucional a execução antecipada da pena, antes do julgamento dos recursos extraordinários e seus desdobramentos (agravo regimental, embargos de declaração, embargos de divergência etc.).⁷ A corte fixou a tese de que a ampla defesa “engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária”,⁸ de modo que “a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa”,⁹ passando a exigir o trânsito em julgado e afirmando o princípio da presunção de inocência como regra de caráter absoluto contida na CR de 1988.^{10 11}

A nova orientação da corte sobre o princípio da presunção de inocência seria sucedida, sete anos mais tarde, por uma sequência inesperada de sucessivas alterações do entendimento da corte sobre o tema – a despeito do ordenamento jurídico não fazer uso de linguagem que remeta às circunstâncias do meio, *inesperado* é o adjetivo utilizado por nós para inserir o assunto da tese: foram alterações que ocorreram de modo imprevisto, incalculadas pelo ordenamento jurídico mas condizentes com acontecimentos da política brasileira. Mas antes de inserir o tema da política, voltemos à narrativa dos fatos jurídicos: em 2016, portanto sete anos após a decisão do Supremo no âmbito do *habeas corpus* 84.078/MG, por três vezes a corte discutiria um novo entendimento:

(I) Em 17 de fevereiro de 2016, no julgamento do *habeas corpus* 126.292/SP, o STF analisou a possibilidade de se executar provisoriamente a pena a partir da análise de um caso em que um paciente havia sido condenado à pena de 5 anos e 4 meses de reclusão

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>>. Acesso em: 07 de setembro de 2017.

⁷ Votaram com a maioria os Ministros Eros Grau, Celso de Mello, Marco Aurélio, Cezar Peluso, Ayres Britto, Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes. Votaram vencidos, pela manutenção da orientação anterior, Menezes Direito, Joaquim Barbosa, Cármen Lúcia e Ellen Gracie.

⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 84.078/MG**. Relator Eros Grau - Pleno - Diário de Justiça Eletrônico, Brasília 05 fev. 2009. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>>. Acesso em: 07 de setembro de 2017.

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 84.078/MG**. Relator Eros Grau - Pleno - Diário de Justiça Eletrônico, Brasília 05 fev. 2009. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>>. Acesso em: 07 de setembro de 2017.

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 84.078/MG**. Relator Eros Grau - Pleno - Diário de Justiça Eletrônico, Brasília 05 fev. 2009. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>>. Acesso em: 07 de setembro de 2017.

¹¹ Essa corrente interpretativa já existia no Supremo, tendo sido externada pelos ministros Eros Grau, Sepúlveda Pertence e Marco Aurélio, que tornava o princípio da presunção de inocência incompatível com a execução da sentença antes do trânsito em julgado da condenação.

em regime inicial fechado pela prática do crime de roubo majorado, previsto no art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal. O Supremo Tribunal Federal decidiu que a execução provisória de sentença penal condenatória proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não comprometeria o princípio constitucional da presunção de inocência firmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição da República de 1988 (O Presidente da Corte à época, o Ministro Ricardo Lewandowski. Como Relator, Ministro Teori Zavascki. O Ministério Público Federal representado pelo Procurador-Geral da República, Rodrigo Janot Monteiro de Barros).¹²

(II) Em 5 de outubro de 2016 o Supremo Tribunal Federal negou a cautelar nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44 que, sob a relatoria do Ministro Marco Aurélio de Mello, pugnava pela declaração de constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, na redação dada pela Lei n. 12.403/2011. Sobre o fato, a doutrina assinala que a Lei n. 12.403/2011 não tem assegurada a sua constitucionalidade apenas por ser uma possível densificação da Constituição, que não encontra óbices materiais e formais no texto constitucional, mas também que a impossibilidade de cumprimento da pena de prisão antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, “exsurge como consequência direta e inafastável do direito fundamental expresso no art. 5º, LVII da Constituição.

(III) Em 11 de novembro de 2016, em repercussão geral no Recurso Extraordinário com Agravo 964.246, mediante a reafirmação de jurisprudência em Plenário Virtual – o caso concreto que embasou o recurso versava sobre a condenação do autor do recurso ordinário em ação penal à pena de 5 anos e 4 meses de reclusão em regime fechado, além da condenação à pena pecuniária de 13 dias-multa pela prática de crime de roubo duplamente qualificado.

Já em 22 de março de 2018, o tema da limitação à presunção de inocência foi novamente levada ao Plenário do Supremo pelo *habeas corpus* 152.752/PR, tendo como impetrante o ex-presidente Luís Inácio Lula da Silva¹³, momento em que a corte manteve o posicionamento adotado em 2016. Na ocasião, a Ações Declaratórias de

¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 126.292/SP**. Relator Teori Zavascki - Pleno - Diário de Justiça Eletrônico, Brasília 17 fev. 2016. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 07 de setembro de 2017.

¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 152.752/PR**. Relator Edson Fachin - Pleno - Diário de Justiça Eletrônico, Brasília 04 abr. 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticia/NoticiaStf/anexo/HC152.752Voto.pdf>. Acesso em: 07 de setembro de 2018.

Constitucionalidade 43 e 44¹⁴ já haviam sido liberadas para julgamento pelo relator e, diferentemente do *habeas corpus* individual, possivelmente alterariam a jurisprudência da corte mais uma vez. Apesar do enfático pedido do Relator (o Ministro Marco Aurélio de Mello), as ações não foram pautadas pela Presidente do Supremo à época, a Ministra Carmem Lúcia, que alegou estar observando o fator segurança jurídica. O resultado do julgamento definiria a possibilidade de disputa da presidência da República (2019-2022) pelo ex-presidente Luís Inácio Lula da Silva, que liderava as pesquisas eleitorais.

Após 1 ano, em 2019, o Plenário do STF retornaria ao tema agora pelas Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43, 44 e 54, que buscavam assentar a constitucionalidade do artigo 283, do Código de Processo Penal, na redação dada pela Lei 12.403/11.¹⁵ Então, modificando novamente o seu entendimento, a corte passou a proibir o cumprimento de prisão após sentença de segundo grau, seguindo aquele firmado em 2009 e, portanto, o texto literal da Constituição de 1988.¹⁶

Mas a decisão da corte não cerraria o debate: o Ministro Dias Toffoli (à época o presidente do Supremo), indicou que a “controvérsia” sobre o início do cumprimento da pena poderia ser deslocada para o Parlamento,¹⁷ sugerindo que o Congresso Nacional decida o tema por meio de uma Emenda à Constituição –¹⁸ ocorrência que parece encontrar expressão em Ferejohn, ao sugerir que os tribunais têm cada vez mais capacidade de regular (e, portanto, disputar) o poder das instituições legislativas,

¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 126.292/SP**. Relator Teori Zavascki - Pleno - Diário de Justiça Eletrônico, Brasília 17 fev. 2016. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 07 de setembro de 2017.

¹⁵ É curioso notar que na ADC 43, um dos partidos propositores da Ação, o Patriota, reformulou o pedido inicial e defendeu que a observância do duplo grau de jurisdição seria suficiente para atender ao princípio da presunção de inocência, afirmando que é necessário que o Tribunal dê uma resposta satisfatória aos anseios da sociedade sobre essa questão. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=427195>. Acesso em 13 jan 2020.

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação declaratória de constitucionalidade 43**. Distrito Federal. Requerente: Partido Ecológico Nacional – PEN. Intimados: Presidente da República et al. Am. Curiae.: Defensor Público-Geral do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 17 de outubro de 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADCvotoRelator.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2020.

¹⁷ **TOFFOLI SUGERE QUE CONGRESSO LEGISLE SOBRE PRISÃO EM 2ª INSTÂNCIA**. Disponível em: <https://congressoemfoco.uol.com.br/especial/noticias/toffoli-sugere-que-congresso-legisla-sobre-prisao-em-2a-instancia/>. Acesso em 12 dez 2019; “Essa é a posição, então: o Parlamento tem autonomia pra dizer esse momento de eventual prisão em razão de condenação”.

¹⁸ Tramitam hoje no Congresso as Propostas de Emenda à Constituição (PEC 199/2019, na Câmara e Projeto de Lei 166/2018, no Senado) que pretendem alterar o sentido normativo da presunção de inocência até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

interferindo na atividade política¹⁹. Tramitam no Congresso duas propostas políticas de Emenda à Constituição (PEC 410/2018, na Câmara e PEC 5/2019, no Senado) que pretendem alterar o sentido da presunção de inocência, indicando na legislação a não necessidade do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Uma vez que assentado o entendimento de 2019, essas iniciativas foram rechaçadas por parte dos juristas brasileiros, como Lenio Streck e Marcelo Cattoni de Oliveira que pontuaram a possível alteração como “(...) tentativa fraudulenta de jogar a Constituição contra ela mesma, seja pela interpretação errônea, seja por modificação legislativa inconstitucional, (...)”²⁰ e se configurariam como uma fraude à CR/88. Mas linha doutrinária diversa compreende que no momento em que a Constituição de 88 menciona, mas não descreve o que é coisa julgada, estaríamos diante de uma lacuna constitucional, o ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal Eros Grau advogou pela possibilidade de que o Poder Legislativo resolvesse a contenda limitando-se a inovar, prudentemente (reitera o ministro), nossos Códigos de Processo Penal e Civil: “[...] a nossa Constituição nada dispõe a respeito dos efeitos dos recursos especiais e extraordinários, matéria processual a respeito da qual a lei – não ela, a Constituição, em razão dessa ou daquela emenda – poderá/deverá dispor”.²¹

Na interseção dos fatos jurídicos então narrados com bibliografia da ciência política, notamos que a discussão sobre o início do cumprimento da pena adquiriu intensos contornos de disputa político-jurídica no que tange ao período das decisões nos *habeas corpus* 126.292/SP, *habeas corpus* 152.752/PR e Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43, 44 e 54, com a ocorrência de eventos de impacto nacional que, a despeito da estabilidade das teses normativas sobre o tema, foram possivelmente determinantes para as constantes alterações do posicionamento da corte. Desde o momento deflagrado no período de junho de 2013 temos, no Brasil, uma atmosfera de

¹⁹ Cf. FEREJOHN, John. Judicializing politics, politicizing law. **Law and contemporary problems**, v. 65, n. 3, p. 41-68, 2002.

²⁰ STRECK, Lenio Luiz. **PECs Contra a Presunção da Inocência são fraude à Constituição**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-nov-11/streck-cattoni-pecs-presuncao-inocencia-sao-fraude-constituicao>>. Acesso em 12 dez 2019. Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes, BACHA E SILVA, Diogo, CATTONI, Marcelo. **Sem presunção de inocência, PEC 410/2018 é inconstitucional**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-abr-02/opinioao-presuncao-inocencia-pec-410-inconstitucional>>. Acesso em: 13.06.2021.

²¹ EROS GRAU, Roberto. **Ainda a Prisão em Segunda Instância**. É só o legislativo inovar, como prudência, os nossos códigos de processo penal e civil. Disponível em: <https://opinioao.estadao.com.br/noticias/espaco-aberto,ainda-a-prisao-em-segunda-instancia,70003115348>. Acesso em: 15 dez 2019.

intensa polarização de ideias, bastante densificada em torno dos temas que envolvem a política e que, com momentos de oscilação, perdura até os dias atuais.^{22 23} Sob impacto da Operação Lava-Jato (2014-2018) as controvérsias que envolvem os temas afetos ao encarceramento e à punição estatal atingiram um severo pico de polarização política. Os holofotes midiáticos, nas últimas décadas direcionados ao Supremo, passaram a jogar ainda mais luzes à corte no período em que foram atribuídos novos significados ao *art. 5º, LXII CR/88*. Trata-se, portanto, de conjuntura social onde as demandas conservadoras passaram a ser constantes nas pautas sociais e da mídia, um contexto que parece ter exercido pressão sobre a corte no período, nas decisões *habeas corpus* 126.292/SP, *habeas corpus* 152.752/PR e Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43, 44 e 54.²⁴

²² Sobre as manifestações de junho de 2013, assim se manifestou André Singer: “Sem retirar a óbvia importância das demonstrações, em nenhum momento elas foram insurrecionais. Talvez chamá-las de “Jornadas de Junho”, portanto, leve a engano. Porém como denominá-las? Diz-se que, anos depois de 1968, o filósofo Jean-Paul Sartre afirmava ainda estar tentando entender o que havia acontecido. Desconfio que o mesmo vá ocorrer conosco. Por muito tempo ficaremos a nos perguntar tanto sobre a gênese quanto sobre o significado desses acontecimentos de junho, como, segundo o filósofo Paulo Arantes, os franceses tratam o famoso maio soixante-huitard. SINGER, André. Brasil, junho de 2013, classes e ideologias cruzadas. **Novos estudos CEBRAP**, n. 97, p. 23-40, 2013. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/nec/n97/03.pdf>>. Acesso em: 10 dez 2019. KERCHÉ, Fábio; MARONA, Marjorie. **A política no banco dos réus: a Operação Lava Jato e a erosão da democracia no Brasil**. Autêntica Editora. p-72-73. E-book Kindle

²³ Das manifestações políticas dos idos de 2013 se depuraram diversas agendas na sociedade, (simplificamos dois opostos): uma progressista, pela “mobilidade urbana e a melhoria dos serviços de saúde e educação no setor público”, que vem perdendo o apoio da classe médias desde junho de 2013, e uma marcadamente conservadora, “(...) sob a ótica de uma agenda despolitizada que nega a relação entre corrupção e organização do sistema político e a atribui ao governo petista”. “A lição que fica das manifestações, tanto para o sistema político quanto para a opinião pública, pode, talvez, ser resumida da seguinte forma: há uma enorme insatisfação no Brasil ligada a diversas agendas, algumas progressistas e outras conservadoras. As agendas conservadoras são: a infraestrutura urbana vista sob à ótica das vias públicas; o baixo nível dos serviços de saúde e educação, vistos sob a ótica de uma classe média recentemente expulsa dos serviços privados de saúde e educação; e principalmente a corrupção vista sob a ótica de uma agenda despolitizada que nega a relação entre corrupção e organização do sistema político e a atribui ao governo petista. Existe também uma agenda progressista, que tem como centro a mobilidade urbana e a melhoria dos serviços de saúde e educação no setor público, mas que de alguma maneira perdeu o apoio da classe média da região Sudeste desde junho de 2013”. AVRITZER, Leonardo. **Impasses da democracia no Brasil**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, p. 81, 2016; Cf. AVRITZER, Leonardo. **Participatory Institutions in Democratic Brazil**. Baltimore: The Johns Hopkins University Press; Cf. Impasses da Democracia no Brasil. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira. 2016; Cf. AVRITZER, L. & MARONA, M.C., 2014. **Judicialização da Política no Brasil**: ver além do constitucionalismo liberal para ver melhor. Revista Brasileira de Ciência Política, 15, pp.69-94.

²⁴ Trata-se, assim, de um *backlash* conservador? Aqui definimos o *backlash* como a reação contrária de uma parte dos cidadãos devido a um acontecimento que signifique uma ruptura, um desenvolvimento social ou político causado por uma decisão judicial ou lei. Porque essa dimensão do problema é tão essencial ao debate? A abordagem usual do direito constitucional associa o *backlash* a um perigoso momento de instabilidade social, mas Siegel e Post o compreendem como o próprio momento construtivo do constitucionalismo democrático. POST, ROBERT C. AND SIEGEL, REVA B. Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash. (2007). **Faculty Scholarship Series. Paper 169**. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/169>. Acesso em 20 de outubro de 2019.

Até que ponto a política foi capaz de afetar as interpretações sobre a limitação do princípio da presunção de inocência no âmbito do direito constitucional?

Adentrando o tema da judicialização da política no Brasil, o Supremo Tribunal Federal se configura como uma espécie de “arena de contestação” na qual atores políticos disputam significados constitucionais. Em alguns casos, a corte se apresenta como um *player* no processo decisório, estabelecendo uma influência que ultrapassa a própria fronteira do Poder Judiciário na medida em que ela alcança o resultado final de uma demanda que foi iniciada nos poderes Legislativo e Executivo. Desse modo, Arguelhes e Ribeiro preceituam que o Supremo está incorporado em nosso arranjo institucional em (pelo menos) dois níveis, como parte do cenário institucional e como ator no próprio processo político decisório.²⁵

No campo normativo cremos não ser possível – nem se firma como objetivo da tese – apontar um *déficit* das teorias normativas que permeiam os julgados. No campo da interseção entre direito e política a perspectiva mais aventada pelos estudiosos do direito constitucional é a de que estamos diante de uma corte que manobra teses normativas, *de forma intencional*, ao sabor dos ventos da política, quando “o Tribunal parece ter agido com atribuições mais fortes do ponto de vista jurídico do que o próprio poder de reforma, uma vez que sua interpretação implicou abolir parte da garantia constitucional”.²⁶ Trata-se de pressuposto que fornece provisão a um extenso número de trabalhos jurídicos nos quais o Supremo Tribunal Federal e seus ministros acumulam censuras de participação na arena política comum, utilizando de práticas decisórias e de interpretação desvinculadas à integridade de uma política judicial.

A perspectiva dos estudiosos do direito constitucional não nos parece explicar, com satisfação, as oscilações da corte, na medida que uma dúvida ainda nos parece sem resposta: mesmo que devam se guiar pelo aparato normativo, quão livre os juízes constitucionais estariam do contexto político? O contato com as teorias positivas estado-

²⁵ ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. O Supremo Individual: mecanismos de atuação direta dos Ministros sobre o processo político/The Supreme Individuals: how Brazilian Supreme Court Justices can directly influence the political process. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, n. 46, 2016. Disponível em: <<https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/781>>. Acesso em 08.05.2021

²⁶ TRINDADE, André Karam; DE OLIVEIRA, Rafael Tomaz. **O ativismo judicial na débâcle do sistema político: sobre uma hermenêutica da crise**. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM. v. 11. n. 2. 2016 p. 751-772. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/22912>>. Acesso em: 12 de janeiro de 2020.

unidenses, que questionam quais forças que os influenciam os juízes,²⁷ nos possibilitou uma perspectiva diversa: o campo político opera produzindo *influências* e *restrições* aos juízes da corte, elementos que interferem no tanto no desenvolvimento e como na determinação do direito constitucional. Então, partindo do conjunto de decisões sobre a limitação à presunção de inocência, à par do atribulado contexto político entre 2016-2019, propomos um atrito entre o Direito e a Política questionando qual o *papel da política* no processo decisório da corte, uma instituição que tem como imperativo a obediência aos parâmetros normativos? Uma advertência há de ser feita: a resposta não reside em uma ou outra ciência, mas no paradoxo.

É esse o questionamento que nos encaminha à tese: uma vez que compreendemos que é necessário encontrar um lugar para a política no direito, amparados em marco teórico positivo estado-unidense²⁸ e nas teorias brasileiras da ciência política desvendamos as “camadas de política” que envolveram as decisões nos *habeas corpus* 126.292/SP, *habeas corpus* 152.752/PR e Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43, 44 e 54 e as conectamos ao conceito de “constituição invisível, da obra de Laurence H. Tribe. Ao narrar a conexão dinâmica, paradoxal e integradora existente entre o Direito e a Política, a política emerge como possibilitadora da *tessitura* entre camadas de normatividade, exercendo, portanto, um papel agregador ou restritivo para a fixação de teses normativas.

A escolha dos *habeas corpus* 126.292/SP, *habeas corpus* 152.752/PR e Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43, 44 e 54, para o trabalho de interseção entre Direito e Política está para além do fato de que essas decisões estão inseridas em um delicado momento da política brasileira, mas elas são hábeis para a construção de importantes contrapontos, uma vez que

²⁷ A Teoria Constitucional Positiva investiga como o sistema constitucional funciona e se desenvolve ao longo do tempo. Pesquisa, portanto, como as instituições políticas se influenciam e interagem entre si e como as características da política e da estrutura institucional influenciam a criação e o desenvolvimento do Direito Constitucional, diferentemente da Teoria Constitucional Normativa, que investiga como os juízes devem decidir. BALKIN, Jack M. What “Brown” teaches us about constitutional theory. *Virginia Law Review*, p. 1537-1577, 2004. Disponível em: <<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/valr90&div=38&id=&page=>>>. Acesso em: 12.01.2021

FRIEDMAN, Barry. *The politics of judicial review*. Tex. L. Rev. v. 84. p. 257. 2005. Disponível em: <<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/tlr84&div=21&id=&page=>>>. Acesso em 10 de abril de 2021.

²⁸ FRIEDMAN, Barry. *The politics of judicial review*. Tex. L. Rev. v. 84. p. 257. 2005. Disponível em: <<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/tlr84&div=21&id=&page=>>>. Acesso em 10 de abril de 2021.

(I) reúnem o vasto conjunto de críticas feitas pelos juristas à atuação do Supremo Tribunal Federal nos últimos anos, tanto acerca da existência da política praticada entre os pares²⁹ (que assumiriam posturas individualistas e autoritárias, muitas vezes ocasionando fragmentações deletérias do colegiado)³⁰ como sobre um manifesto jogo político institucional extracorte³¹, no qual o Supremo maneja a agenda constitucional do país de acordo com interesses próprios, promovendo uma jurisprudência que se altera conforme circunstâncias políticas, ambas formas de política maléfica para a democracia brasileira.

(II) possuem contundentes indícios de judicialização das disputas que, dentro das concepções dogmáticas, deveriam ser travadas na política. O contraponto à essa ideia se localiza no exame das teorias sobre a influência dos valores dos juízes na tomada da decisão judicial, assim como a influência da opinião pública nas decisões da corte; trazem a possibilidade de renovação do debate sobre o papel que o Supremo Tribunal Federal tem assumido como *player* no jogo político do combate à corrupção (ponto de discussão bastante explorado nos últimos anos) e na democracia brasileira – pontos de inflexão sobre os quais se desenvolve um papel agregador ou restritivo legítimo da política na fixação de teses normativas.

A tese possui três momentos. No **Capítulo 1** apresentamos a perspectiva dogmática dos *habeas corpus* 126.292/SP, *habeas corpus* 152.752/PR e das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43, 44 e 54, abordando nos tópicos 1.1 e 1.2 os principais parâmetros normativos adotados nos votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal. No tópico 1.3 inauguramos uma breve problematização da insuficiência das teorias normativas com base nas teorias positivas estado-unidenses.

O **Capítulo 2** inicia com a abordagem dos dois principais contrapontos às teorias normativas propostos pelos teóricos positivos estados-unidenses. No **tópico 2.1**, em **2.1.1** redimensionamos a relação entre a Política e o Direito, agora como paradoxal e indissociável; em **2.1.2** exploramos o questionamento essencial das teorias positivas sobre

²⁹ FRIEDMAN, Barry. **The politics of judicial review**. Tex. L. Rev. v. 84. p. 257. 2005. Disponível em: <<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/tlr84&div=21&id=&page=>>>. Acesso em 10 de abril de 2021.

³⁰ RECONDO, Felipe; WEBER, Luiz. Os onze: o STF, seus bastidores e suas crises. Editora Companhia das Letras, 2019.

³¹ FRIEDMAN, Barry. **The politics of judicial review**. Tex. L. Rev. v. 84. p. 257. 2005. Disponível em: <<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/tlr84&div=21&id=&page=>>>. Acesso em 10 de abril de 2021.

as teses normativas, qual sejam, “a lei serve para restringir juízes?”, discorrendo sobre as diferenças que operam entre a capacidade de influência e de restrição da lei e sobre a vinculação do poder judiciário ao sistema político.

O **Tópico 2.2** se destina a apresentar uma perspectiva sobre a política e a construção do significado constitucional. Abordamos o “Nomos e Narrativa”, de Robert Cover, descrevendo o direito como inseparável da narrativa. O processo de mudança constitucional será então delineado a partir de Barry Friedman, que concebe a tarefa do *judicial review* como conciliadora dos profundos compromissos constitucionais com as preferências da atualidade. Sobre “constituição invisível”, de Laurence Tribe, trazemos o foco para os fundamentos invisíveis da constituição e abordamos o assunto no caso brasileiro.

Uma vez que apresentadas as perspectivas teóricas que abordam a relação entre política e direito, o **Capítulo 3** retomará a análise do objeto do trabalho em perspectiva oposta ao capítulo inicial. No **Tópico 3.1** contextualizamos os fatos da política brasileira no período referente às decisões,³² à época, a ocorrência da Operação Lava Jato. A operação tinha como uma de suas estratégias a elevação da pressão da opinião pública sobre o corte no que diz respeito à luta contra a corrupção, o que levaram as decisões do judiciário para a centralidade no debate público. Os *habeas corpus* 126.292/SP, *habeas corpus* 152.752/PR e as Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43, 44 e 54 serão então abordados em seu fluxo político-jurídico.³³ A leitura crítica e contextual das decisões do Supremo Tribunal Federal informará o sentido de que o conjunto das decisões jurídicas da presunção de inocência comunicam um dado que só pode ser *costurado* quando aliamos duas perspectivas: Política e Jurídica.

Em seguida, o **Tópico 3.2** se destina a localizar as principais teses sobre a relação da corte constitucional com a política e conhecer como essa relação impacta, ou não, as decisões de âmbito normativo. Utilizamos o livro “Os Onze – O STF, seus bastidores, suas crises”, onde os autores descrevem uma linha temporal linear, partindo da morte do Ministro Teori, passando pelas repercussões e arranjos da Operação Lava Jato na corte, abordando os impactos da “voz das ruas” no tribunal, o Mensalão, a identidade do

³² RECONDO, Felipe; WEBER, Luiz. **Os onze: o STF, seus bastidores e suas crises**. Editora Companhia das Letras, 2019.

³³ KERCHE, Fábio; MARONA, Marjorie. **A política no banco dos réus: a Operação Lava Jato e a erosão da democracia no Brasil**. Autêntica Editora. E-book Kindle.

tribunal, os conflitos internos da corte, o impeachment e os desafios para o STF. O livro reconstitui fatos jurídico-políticos a partir de entrevistas realizadas de 2007 a 2019.

Localizaremos, então, cada uma das “camadas de política” que compõe as decisões dos *habeas corpus* 126.292/SP, *habeas corpus* 152.752/PR e as Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43, 44 e 54, vistos à luz das respectivas teorias sobre a relação da corte constitucional com a política: em **3.2.1** a relação da corte com a opinião pública será abordada com o “Constitucionalismo Popular Mediado”, de Barry Friedman; em **3.2.2**, para os valores pessoais dos juízes e o processo de nomeação para a corte será trazida a tese do entrincheiramento partidário de Jack Balkin e Sanford Levinson; em **3.2.3**, o jogo político entre poderes e o conteúdo da lei constitucional será explorado no contexto do Supremo Tribunal Federal, quando analisamos a dinâmica interna da corte; em **3.2.4 e 3.2.5** recorreremos à Barry Friedman tanto para tratar o jogo político extracorte quanto a interação com os tribunais inferiores.

CAPÍTULO 1 – A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA EM PERSPECTIVA DOGMÁTICA E UM APONTAMENTO CRÍTICO ÀS TEORIAS NORMATIVAS

1.1 Uma incursão aos aspectos históricos e hermenêuticos do princípio da presunção de inocência

A execução provisória de sentenças penais condenatórias engloba a discussão dos temas relacionados aos aspectos históricos do direito brasileiro, às disciplinas de Direito Penal e, como nosso principal foco de análise, a Hermenêutica Constitucional. Adotamos como objeto de estudo os *habeas corpus* 126.292/SP, de 2016, *habeas corpus* 152.752/PR, de 2018, e das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43, 44 e 54, julgadas em 2019 pelo Supremo Tribunal Federal.

No presente capítulo pretendemos fornecer um aporte teórico-constitucional acerca da sobre as linhas argumentativas utilizadas pelo Supremo Tribunal Federal nas decisões sobre a presunção de inocência nos anos de 2016, 2018 e 2019. Os *habeas corpus* serão escrutinados a partir dos principais argumentos utilizados pelos ministros do Supremo Tribunal Federal, recorrendo à doutrina pátria e estrangeira para o exame dos aspectos hermenêuticos em conformidade com o paradigma do Estado Democrático de Direito.

Adotamos como foco de análise a preocupação da doutrina pátria, em relação ao princípio da presunção de inocência,³⁴ mandamento de que o Supremo Tribunal Federal, em suas decisões, deve trabalhar “(...) construtivamente os princípios e regras constitucionais vigentes, satisfazendo a exigência de não se deixar seduzir por argumentos que, ao fim e ao cabo, são típicos da política, e que não podem ser invocados para afastar a força normativa de princípio constitucional (...)”.³⁵ Para Menelick de Carvalho Netto é necessário

analisar de forma detalhada o substrato argumentativo que se coloca por detrás desse desenvolvimento jurisprudencial, até para que se compreenda a magnitude hermenêutica da guinada observada para a integridade do Direito

³⁴ CARVALHO NETTO, Menelick de. **A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito**. In Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira (Coordenador), Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

³⁵ CARVALHO NETTO, Menelick de; TOMAZ, Mateus Rocha; BASTOS, Marcus Vinícius Fernandes. **Constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal. Parecer ao Partido Ecológico Nacional (PEN), responsável pelo ajuizamento da Ação Direta de Constitucionalidade n. 43**. Parecer disponível nos autos da referida ADC. p. 2.

brasileiro. **Importa determinar, sobretudo, se foram apresentados fundamentos sólidos o bastante a ponto de justificar uma declaração de inconstitucionalidade do art. 283 do CPP** na redação dada pela Lei nº 12.403/2011, ou se, como nos parece numa análise perfunctória, o precitado dispositivo normativo permanece hígido, na condição de densificação adequada da norma expressa no art. 5º, LVII da Constituição Federal, devendo ser privilegiada e reafirmada a orientação jurisprudencial consagrada no julgamento do HC nº 84.078-7/MG.³⁶

Desenvolveremos, nos tópicos que seguem, os aspectos históricos e hermenêuticos sobre o tema.³⁷

1.1.1 O contexto histórico que culminou com a normatização do princípio da presunção de inocência como importante linha argumentativa do Min. Celso de Mello

O princípio da presunção de inocência invoca a discussão acerca do poder do estado *versus*. o poder do indivíduo. Em 2016, no *habeas corpus* 126.292, que o Ministro Celso de Mello, exaltando a tese de que “o ‘*status poenalis*’ não pode sofrer – antes de sobrevir o trânsito em julgado de condenação judicial – restrições lesivas à esfera jurídica das pessoas em geral e dos cidadãos em particular,”³⁸ propôs uma argumentação longamente amparada em uma perspectiva histórica, estabelecendo uma relação direta entre a supressão da presunção de inocência com a opressão de um estado autoritário, entendendo que “a repulsa à presunção de inocência (...) mergulha suas raízes em uma visão incompatível com os padrões ortodoxos do regime democrático(...).”³⁹

O Min. Celso de Mello resgata a origem do princípio nas anotações de Tomás de Aquino em “*Suma Teológica*”, a qual inscreve a presunção de inocência como

³⁶ CARVALHO NETTO, Menelick de; TOMAZ, Mateus Rocha; BASTOS, Marcus Vinícius Fernandes. **Constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal. Parecer ao Partido Ecológico Nacional (PEN), responsável pelo ajuizamento da Ação Direta de Constitucionalidade n. 43.** Parecer disponível nos autos da referida ADC. p. 19.

³⁷ CARVALHO NETTO, Menelick de. **A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito.** In Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira (Coordenador), Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 126.292/SP.** Relator Teori Zavascki - Pleno - Diário de Justiça Eletrônico, Brasília 17 fev. 2016. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 07 de setembro de 2017, p. 93.

³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 126.292/SP.** Relator Teori Zavascki - Pleno - Diário de Justiça Eletrônico, Brasília 17 fev. 2016. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 07 de setembro de 2017, p. 82.

resultado de processos de desenvolvimento político-jurídicos – para alguns autores com raízes na Magna Carta inglesa de 1215, para outros inaugurado como direito fundamental pelas ideias iluministas do sec. VIII e consagrado na Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia (1776), não desconhecida pelo direito romano, já que *innocens praesumitur cuius nocentia non probatur*, e no Digesto que estabelecia *favor rei* em benefício de quem era processado.⁴⁰

Antônio Magalhães Gomes Filho expõe três escolas de pensamento em matéria penal: (I) a Escola Clássica, cujos expoentes foram Francesco Carrara e Giovanni Carmignani, defensores do dogma da presunção de inocência; (II) a Escola Positiva, com Enrico Ferri e Raffaele Garofalo, para os quais era razoável presumir a culpabilidade das pessoas; e nos lembra do “*Zeitgeist*” da (III) Escola Técnico-Jurídica, que em Emanuele Carnevale e Vincenzo Manzini encontrou justificações de uma visão totalitárias de poder, formulação da base doutrinária ao regime totalitário fascista.⁴¹ Dessa argumentação, o Min. Celso de Mello, ao examinar a obra de Vincenzo Manzini,⁴² aduz que a mesma reflete uma posição autocrática, que enxerga na presunção de inocência algo “absurdamente paradoxal e irracional”.⁴³

Contextualizando a discussão para o caso brasileiro, o Min. Celso de Mello lembra que o Decreto-lei nº 88 de 1937 impunha uma regra legal ao acusado de provar que não era culpado – determinando art. 20, n. 5, em seu texto que “presume-se provada a acusação, cabendo ao réu prova em contrário (...)” – ao exonerar o Ministério Público de demonstrar a culpa do réu nos processos por delitos contra a segurança do Estado, assim se referindo ao citado instrumento: “com a falta de pudor que caracteriza os regimes despóticos, veio a consagrar, em dado momento histórico do processo político brasileiro (Estado Novo), a obrigação de o réu provar a sua própria inocência!!!”⁴⁴

⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 126.292/SP**. Relator Teori Zavascki - Pleno - Diário de Justiça Eletrônico, Brasília 17 fev. 2016. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 07 de setembro de 2017, p. 82.

⁴¹ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Presunção de inocência e prisão cautelar**. Editora Saraiva, 1991.

⁴² LEONE, Giovanni; MELENDO, Santiago Sentís. **Tratado de derecho procesal penal**. Ejea, 1989.

⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 126.292/SP**. Relator Teori Zavascki - Pleno - Diário de Justiça Eletrônico, Brasília 17 fev. 2016. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 07 de setembro de 2017, p. 82-83.

⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 126.292/SP**. Relator Teori Zavascki - Pleno - Diário de Justiça Eletrônico, Brasília 17 fev. 2016. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 07 de setembro de 2017, p. 90.

Vale lembrar que no período da ditadura militar (1964-1985) no qual prevaleceu a supressão de direitos e garantias fundamentais, a jurisprudência do STF incidente sobre o *habeas corpus* variou em decorrência dos Atos Institucionais⁴⁵ Quando vigorava apenas o AI-1, o STF inaugurou um período marcado por sucessivas concessões de HC em favor de civis acusados de crimes contra a segurança nacional, e com frequência utilizava-se o critério do tempo de duração da prisão processual, pois era comum o desrespeito do prazo previsto em lei.⁴⁶ Aos poucos o STF consolidou um entendimento em favor do direito à liberdade, assim se manifestando no HC 42.560: “Alargar ainda mais esse prazo de sessenta dias, a pretexto de que é grande o número de réus, a meu ver afronta o que está escrito na lei e nos princípios gerais que informam o sistema político constitucional brasileiro. (...) A supressão da liberdade alheia há de ser rigorosamente limitada, porque se somos ciosos de nossa própria liberdade, também o devemos ser em relação à liberdade dos outros, mesmo que não estejamos de acordo com suas ideias ou com o crime que hajam cometido”.^{47 48}

Até as vésperas da edição do AI-5, o tribunal, muitas vezes, conhecia do pedido de *habeas corpus* e, com frequência, concedia a ordem.⁴⁹ A alteração do entendimento sobre a presunção de inocência aparece com a edição do AI-5, em 13 de dezembro de 1968. Suspensa a garantia de *habeas corpus* nos casos de crimes políticos, diversos pedidos de HC passaram a não ser conhecidos, em que se promoveu uma *mudança*

⁴⁵ BRASIL. **Comissão Nacional Da Verdade. Relatório. Volume I.** Brasília: CNV, 2014. Disponível em: <http://www.cnv.gov.br/images/pdf/relatorio/volume_1_digital.pdf>. Acesso em: 07 de setembro de 2017, p. 939-941.

⁴⁶ BRASIL. **Comissão Nacional Da Verdade. Relatório. Volume I.** Brasília: CNV, 2014. Disponível em: <http://www.cnv.gov.br/images/pdf/relatorio/volume_1_digital.pdf>. Acesso em: 07 de setembro de 2017, p. 939-941.

⁴⁷ BRASIL. **Comissão Nacional Da Verdade. Relatório. Volume I.** Brasília: CNV, 2014. Disponível em: <http://www.cnv.gov.br/images/pdf/relatorio/volume_1_digital.pdf>. Acesso em: 07 de setembro de 2018, p. 939-942.

⁴⁸ A existência de foro privilegiado passou igualmente a integrar os critérios utilizados para conhecer e julgar os pedidos de *habeas corpus*. Assim foi no HC 41.296, em que o paciente era o então governador de Goiás e sob o mesmo fundamento foram concedidas ordens em favor dos governadores Plínio Coelho (HC 41.049); José Parsifal Barroso (HC 41.609); e Miguel Arraes (HC 42.108). (BRASIL. **Comissão Nacional Da Verdade. Relatório. Volume I.** Brasília: CNV, 2014. Disponível em: <http://www.cnv.gov.br/images/pdf/relatorio/volume_1_digital.pdf>. Acesso em: 07 de setembro de 2017, p. 939-942)

⁴⁹ Em abril de 1967 o STF concedeu a ordem de *habeas corpus* ao paciente descaracterizando um caso de discurso ofensivo e entendendo-o como uso da liberdade de expressão – então falta de justa causa para a ação penal. (BRASIL. **Comissão Nacional Da Verdade. Relatório. Volume I.** Brasília: CNV, 2014. Disponível em: <http://www.cnv.gov.br/images/pdf/relatorio/volume_1_digital.pdf>. Acesso em: 07 de setembro de 2017, p. 943).

substancial no entendimento da corte.⁵⁰ Sobre a *presunção de inocência*, o STF, agora com uma nova composição, chegou a determinar que o entendimento de que as confissões extrajudiciais, que eram obtidas sob *tortura*, poderiam ser admitidas como prova, como no caso do RC 1.254 (Ministro Relator Moreira Alves, julgado em 2 de abril de 1976)⁵¹ (mas em outros casos a tortura foi elemento capaz de invalidar a confissão).⁵²

Com a promulgação da Constituição de 1988, pela primeira vez na história institucional brasileira foi dado *status* constitucional à *presunção de inocência*, que poderia ser suprimida somente quando não coubesse recurso contra a decisão judicial que reconhecesse a culpa do acusado;⁵³ o princípio da *presunção de inocência* aparece com um trato absolutamente original pelo texto de 1988, alçado como princípio fundante do sistema processual penal brasileiro.⁵⁴

Ainda, o Constituinte de 1988 deu estatuto constitucional a garantias como o princípio da legalidade estrita (CF, art. 5º, XXXIX); a extinção incondicionada das penas de caráter perpétuo e tidas por cruéis e a restrição da pena de morte apenas aos casos de guerra declarada (CF, art. 5º, XLVII); a extensão dos direitos fundamentais reconhecidos aos apenados (CF, art. 5º, XLVIII, XLIX e L) e a inadmissibilidade processual das provas ilícitas (CF, art. 5º, LVI). Outras garantias já formalmente previstas pelas Cartas autoritárias, como a proibição do juízo de exceção (CF, art. 5º, XXXVII), ou a garantia

⁵⁰ BRASIL. **Comissão Nacional Da Verdade. Relatório. Volume I.** Brasília: CNV, 2014. Disponível em: <http://www.cnv.gov.br/images/pdf/relatorio/volume_1_digital.pdf>. Acesso em: 07 de setembro de 2017, p. 943.

⁵¹ BRASIL. **Comissão Nacional Da Verdade. Relatório. Volume I.** Brasília: CNV, 2014. Disponível em: <http://www.cnv.gov.br/images/pdf/relatorio/volume_1_digital.pdf>. Acesso em: 07 de setembro de 2017, p. 945.

⁵² No RC 1.115, relatado pelo ministro Oswaldo Trigueiro e julgado em 5 de agosto de 1971, o parecer da Procuradoria-Geral da República atestava que, conforme alegado pelos réus, a confissão fora “extorquida por meio de violências a que não se tornou possível resistir”. Em outro recurso, o RC 1.306, Celso Horta, que foi condenado a 30 anos de prisão na 2ª Auditoria da 2ª Circunscrição Judiciária Militar (CJM) por participação na Aliança Libertadora Nacional (ALN), cuja pena foi reduzida no STM a quinze anos, foi finalmente absolvido no STF, em 22 de novembro de 1977. O ministro relator acatou integralmente a tese da defesa, sob o fundamento de que somente a prova produzida antes do processo não poderia propiciar condenação. (BRASIL. **Comissão Nacional Da Verdade. Relatório. Volume I.** Brasília: Comissão Nacional da Verdade, 2014. Disponível em: <http://www.cnv.gov.br/images/pdf/relatorio/volume_1_digital.pdf>. Acesso em: 07 de setembro de 2017, p. 946-947.

⁵³ CARVALHO NETTO, Menelick de; TOMAZ, Mateus Rocha; BASTOS, Marcus Vinícius Fernandes. **Constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal. Parecer ao Partido Ecológico Nacional (PEN), responsável pelo ajuizamento da Ação Direta de Constitucionalidade n. 43.** Parecer disponível nos autos da referida ADC. p. 13.

⁵⁴ CARVALHO NETTO, Menelick de; TOMAZ, Mateus Rocha; BASTOS, Marcus Vinícius Fernandes. **Constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal. Parecer ao Partido Ecológico Nacional (PEN), responsável pelo ajuizamento da Ação Direta de Constitucionalidade n. 43.** Parecer disponível nos autos da referida ADC. p. 9.

do contraditório e da ampla defesa aos litigantes em processo judicial (CF, art. 5º, LV), foram reafirmadas e materialmente ressignificadas sob a égide do Estado Democrático instituído pela Ordem Constitucional de 1988.⁵⁵ A presunção de inocência passa então a ser fundamento da persecução penal como um todo.

É considerando o contexto histórico anterior à CR de 88 o Min. Celso de Mello a distingue como “o símbolo da antítese ao absolutismo do Estado e à força opressiva do poder”, em um contexto de “ruptura com paradigmas autocráticos do passado e o banimento, por isso mesmo, no plano das liberdades públicas, de qualquer ensaio autoritário de uma inaceitável hermenêutica de submissão”.⁵⁶ Nesse sentido, o ônus da prova cabe ao estado, e o contrário é regra incompatível com o modelo democrático.

Se, portanto, ônus da prova referente aos fatos constitutivos da imputação penal incumbe, exclusivamente, a quem acusa o Ministro Celso de Mello avança em sua argumentação dizendo que é função do Ministério Público comprovar “em plenitude, para além de qualquer dúvida razoável” a culpabilidade do acusado e os fatos constitutivos da imputação penal.⁵⁷ A presunção de inocência como limitação ao poder do Estado faz recair sobre o órgão de acusação (de modo intenso), o ônus substancial da prova. O devido processo, para ser ato revestido de validade ético-jurídica e afastar “dúvidas razoáveis, sérias e fundadas em torno da culpabilidade do acusado” deve assentar-se em elementos de certeza.⁵⁸ Em resumo, “Meras conjecturas – que sequer podem conferir suporte material a qualquer acusação penal – não se revestem, em sede processual penal, de idoneidade jurídica”.⁵⁹

⁵⁵ CARVALHO NETTO, Menelick de; TOMAZ, Mateus Rocha; BASTOS, Marcus Vinícius Fernandes. **Constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal. Parecer ao Partido Ecológico Nacional (PEN), responsável pelo ajuizamento da Ação Direta de Constitucionalidade n. 43.** Parecer disponível nos autos da referida ADC. p. 13.

⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 126.292/SP.** Relator Teori Zavascki - Pleno - Diário de Justiça Eletrônico, Brasília 17 fev. 2016. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 07 de setembro de 2017.

⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 126.292/SP.** Relator Teori Zavascki - Pleno - Diário de Justiça Eletrônico, Brasília 17 fev. 2016. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 07 de setembro de 2017, p. 90-91.

⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 126.292/SP.** Relator Teori Zavascki - Pleno - Diário de Justiça Eletrônico, Brasília 17 fev. 2016. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 07 de setembro de 2017, p. 91.

⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 126.292/SP.** Relator Teori Zavascki - Pleno - Diário de Justiça Eletrônico, Brasília 17 fev. 2016. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 07 de setembro de 2017, p. 91.

Em 2019, nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43, 44 e 54, o Ministro Celso de Mello voltaria à trazer a argumentação em torno do conflito entre o poder persecutório e punitivo do estado e o complexo de direitos e garantias constitucionais que compõem o estatuto das liberdades fundamentais dos cidadãos.⁶⁰ O Ministro lembrou que o processo penal representa uma fundamental garantia instrumental do réu para o qual devem ser assegurados todos os meios e recursos inerentes à defesa como exigência constitucional destinada precisamente à conter a vontade do Estado.

Invocando a razão protetiva do processo penal o processo penal e os Tribunais, “são, por excelência, espaços institucionalizados de defesa e proteção dos réus contra eventuais excessos da maioria”⁶¹ sendo

o tema da preservação e do reconhecimento dos direitos fundamentais daqueles que sofrem perseguição penal por parte do Estado deve compor, por tratar-se de questão impregnada do mais alto relevo, a agenda permanente desta Corte Suprema, incumbida, por efeito de sua destinação institucional, de velar pela supremacia da Constituição e de zelar pelo respeito aos direitos que encontram fundamento legitimador no próprio estatuto constitucional e nas leis da República;⁶²

“*Due process of law*” é fundamento imprescindível à legitimação material do Estado Democrático de Direito. Essa ideia encontra respaldo em “Direito e Razão”, do jurista italiano Luigi Ferrajoli, um dos principais teóricos da corrente jurídica do Garantismo que, ao discutir os princípios e modelos estruturantes das garantias penais e processuais traz os postulados “da consequencialidade da pena em relação ao delito”, “da legalidade”, “da necessidade”, “da lesividade ou da ofensividade do evento delituoso”, “da materialidade da ação”, “da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal”, “da jurisdicionalidade”, “da separação entre juiz e acusação (princípio acusatório)”, “do ônus

⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação declaratória de constitucionalidade 43**. Distrito Federal. Requerente: Partido Ecológico Nacional – PEN. Intimados: Presidente da República et al. Am. Curiae.: Defensor Público-Geral do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 17 de outubro de 2019. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADCvotoRelator.pdf>>. Acesso em: 22 abr. 2020.

⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação declaratória de constitucionalidade 43**. Distrito Federal. Requerente: Partido Ecológico Nacional – PEN. Intimados: Presidente da República et al. Am. Curiae.: Defensor Público-Geral do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 17 de outubro de 2019. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADCvotoRelator.pdf>>. Acesso em: 22 abr. 2020, p. 356.

⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação declaratória de constitucionalidade 43**. Distrito Federal. Requerente: Partido Ecológico Nacional – PEN. Intimados: Presidente da República et al. Am. Curiae.: Defensor Público-Geral do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 17 de outubro de 2019. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADCvotoRelator.pdf>>. Acesso em: 22 abr. 2020, p. 357.

da prova” e “do contraditório ou da defesa” como a fórmula doutrinária do garantismo penal.⁶³

João Mendes de Almeida Júnior aduz que a persecução penal se rege por estritos padrões normativos e está subordinada à limitações de ordem jurídica que, em essência, restringem o poder do Estado e significa que “o processo penal só pode ser concebido – e assim deve ser visto – como instrumento de salvaguarda da liberdade jurídica do réu – jamais em instrumento de arbítrio do poder estatal”. O processo penal é, precisamente, “poderoso meio de contenção e de delimitação dos poderes de que dispõem os órgãos incumbidos da persecução penal”.⁶⁴ O Estado delinea um verdadeiro círculo de proteção em torno da pessoa do réu, faz do processo penal um instrumento destinado a inibir a opressão judicial e a neutralizar o abuso de poder perpetrado por agentes e autoridades estatais.

A percepção do propósito da vocação protetiva do processo penal, do processo judicial como “garantia dos acusados”, é amplamente trabalhada pela doutrina de Vicente Greco Filho, Gustavo Henrique Badaró, Jaques De Camargo Penteado, Rogerio Schietti Machado Cruz, Geraldo Prado, André Nicolitt, Aury Lopes Jr.⁶⁵ Alguns contrapontos à essa fundamentação podem ser apontados ainda no *habeas corpus* 126.292. No voto do Ministro Teori Zavascki (Relator).

O mesmo amplo conjunto de regras e princípios garantidores da liberdade – como muito bem explicitados pelo Ministro Celso de Mello – indicaria justamente o contrário do que foi deduzido: que estamos distante (felizmente) da fórmula em que ao acusado incumbia demonstrar sua inocência,⁶⁶ que não é essa a realidade do sistema processual penal brasileiro. O Ministro Teori Zavascki (Relator) recobra o voto da Ministra Ellen Gracie no HC 84.078, de 2009, que aduziu que a disciplina jurídica da prova representa “o domínio mais expressivo de incidência do princípio da não-

⁶³ Cf. FERRAJOLI, Luigi et al. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Editora Revista dos Tribunais, 2006 expandir essa bibliografia.

⁶⁴ Cf. ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. **O processo criminal brasileiro**. Rio de Janeiro, 1959.

⁶⁵ Cf. GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. Saraiva Educação SA, 2015; Cf. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo penal**. Ed. Revista dos Tribunais, 2015; Cf. DE CAMARGO PENTEADO, Jaques. Duplo grau de jurisdição no processo penal: garantismo e efetividade. Editora Revista dos Tribunais, 2006; Cf. LOPES JR, Lopes Junior. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Editora Lumen Juris, 2008.

⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 126.292/SP**. Relator Teori Zavascki - Pleno - Diário de Justiça Eletrônico, Brasília 17 fev. 2016. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 07 de setembro de 2017. p. 89.

culpabilidade (...) O acusado deve, necessariamente, ser considerado inocente durante a instrução criminal – mesmo que seja réu confesso de delito praticado perante as câmeras de TV e presenciado por todo o país”.⁶⁷

Em um recorte localizado da história constitucional brasileira o Ministro Luís Roberto Barroso se contrapõe a esse argumento resgatando a jurisprudência anterior ao período de 2009, em que a prisão antes do trânsito em julgado era perfeitamente compatível com os preceitos do estado democrático de direito. Esse argumento é refutado por Menelick de Carvalho Netto que afirma que a tese permissora do cumprimento antecipado da pena vigeu até a primeira guinada jurisprudencial (em 2009) precisamente porque os Ministros pacificaram esse entendimento com base em uma interpretação retrospectiva, em *pressupostos hermenêuticos* típicos da Constituição de 1969, não com a nova Constituição da República de 1988.⁶⁸

Com base no conceito de paradigma de Thomas Kuhn é possível sustentar que a introdução do princípio da presunção de inocência, nos moldes encampados pela Constituição de 1988, representou verdadeira mudança de paradigma em relação à ordem constitucional anterior. No âmbito do STF tal ruptura só teria se materializado em 2009, quando a Suprema Corte releu o princípio à luz dos supostos e exigências hermenêuticas do novo paradigma constitucional, do Estado Democrático de Direito.^{69 70}

⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 84.078/MG**. Relator Eros Grau - Pleno - Diário de Justiça Eletrônico, Brasília 05 fev. 2009. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>>. Acesso em: 07 de setembro de 2019.

⁶⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação declaratória de constitucionalidade 43**. Distrito Federal. Requerente: Partido Ecológico Nacional – PEN. Intimados: Presidente da República et al. Am. Curiae.: Defensor Público-Geral do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 17 de outubro de 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADCvotoRelator.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2020.

⁶⁹ CARVALHO NETTO, Menelick de; TOMAZ, Mateus Rocha; BASTOS, Marcus Vinícius Fernandes. **Constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal. Parecer ao Partido Ecológico Nacional (PEN), responsável pelo ajuizamento da Ação Direta de Constitucionalidade n. 43**. Parecer disponível nos autos da referida ADC. p. 40.

⁷⁰ Trabalhar o conceito de paradigma de Thomas Kuhn. “O conceito de paradigma apresenta um duplo aspecto. Por um lado, possibilita explicar o desenvolvimento científico como um processo que se verifica mediante rupturas, através da tematização e explicitação de aspectos centrais das grandes esquemas gerais de pré-compreensões e visões de mundo, consubstanciados no pano de fundo naturalizado de silêncio assentado na gramática das práticas sociais, que a um só tempo torna possível a linguagem, a comunicação, e limita ou condiciona o nosso agir e a nossa percepção de nós mesmos e do mundo. Por outro, também padece de óbvias simplificações, que só são válidas na medida em que permitem que se apresente essas grades seletivas gerais pressupostas nas visões de mundo prevalentes e tendencialmente hegemônicas em determinadas sociedades por certos períodos de tempo e em contextos determinados”.

1.1.2 Princípio da presunção de inocência ou princípio da não-culpabilidade?

Alguns juristas compreendem que a diferenciação entre os princípios da presunção de inocência e da não culpabilidade é a principal discussão acerca do princípio da presunção de inocência – a partir daí é visualizado um desacordo normativo.

Ambos os princípios são previstos em um diplomas legais distintos: o princípio da presunção de inocência está descrito na Convenção Interamericana de Direitos Humanos (artigo 8, item 2), com a redação “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma a sua inocência, enquanto não comprove legalmente sua culpa”, o que ocorreria no direito processual penal brasileiro até a decisão judicial de segunda instância, na medida em que os tribunais superiores (STF e STJ) não analisam o mérito da causa ou o teor das provas. Em contrapartida, o princípio da não culpabilidade inscrito no art. artigo 5º, inciso LVII da CR de 88 na seguinte redação: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, dispositivo pelo qual se entende que o réu é considerado não culpado até o trânsito em julgado da condenação, ou seja, quando se esgotarem todas as vias recursais.

Quando o constituinte originário optou por utilizar os termos “culpável” e “não-culpável”, ao invés de utilizar a terminologia “presunção de inocência” no regramento da matéria propiciou a construção de uma distinção conceitual entre o que seria uma “*presunção de inocência*” e o que seria a “*presunção de não culpabilidade*”.

No *habeas corpus* 126.292, em 2016, o Min. Luiz Fux assevera ter havido uma deformação eloquente da presunção de não culpabilidade. A presunção de inocência estaria calcada na regra *mater* de que uma pessoa é inocente até que seja considerada culpada e critica o fato de alguém ser condenado em primeiro grau, no juízo da apelação, no STJ e ingressar com status de inocente no Supremo Tribunal Federal, ressaltando que presunção de inocência é o que está escrito na Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU;⁷¹ completa indicando que coisa julgada significa a imutabilidade da

⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 126.292/SP**. Relator Teori Zavascki - Pleno - Diário de Justiça Eletrônico, Brasília 17 fev. 2016. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 07 de setembro de 2017, p. 58-59.

decisão ou a indiscutibilidade de alguns capítulos da decisão, o que ocorre no processo penal com relação àquela matéria fático-probatória.⁷²

A ideia do Ministro Luiz Fux é sustentada por Azevedo Valente e Gonçalves, de que é possível se entrever uma imutabilidade com relação à matéria de mérito da acusação das provas e prosseguir-se o recurso por outro ângulo da análise constitucional, “a coisa julgada em capítulos”. As ações são interpostas a partir do momento em que parte das decisões transitam em julgado, e o mérito da acusação e as provas são imutáveis – esse seria exatamente o momento do trânsito julgado.^{73 74}

No sentido de que a Constituição de 1988 afirma que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da condenação, mas não determina o que é considerar alguém culpado, compreendem os ministros Gilmar Mendes e Teori Zavascki (Relator) no *habeas corpus* 126.292: (i) o núcleo essencial da presunção de não culpabilidade impõe o ônus da prova do crime e sua autoria à acusação, um direito fundamental processual, de âmbito negativo, importante para preservar o imputado contra juízos precipitados acerca de seu encargo e (ii) impede o tratamento do réu como culpado até o trânsito em julgado da sentença, mas argumentam que a definição do que vem a se tratar como culpado dependeria de intermediação do legislador; aqui existe a “dificuldade de compatibilizar o respeito ao acusado com a progressiva demonstração de sua culpa”, um espaço de conformação do legislador, para a qual a cláusula não obsta que a lei regulamente os procedimentos, para tratar o acusado de forma progressivamente mais gravosa.⁷⁵

Para Eduardo Espínola Filho desde que não se atinja o núcleo fundamental, o tratamento progressivamente mais gravoso é aceitável, pois “presunção de inocência é vária, segundo os indivíduos sujeitos passivos do processo, as contingências da prova e o

⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 126.292/SP**. Relator Teori Zavascki - Pleno - Diário de Justiça Eletrônico, Brasília 17 fev. 2016. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 07 de setembro de 2017, p. 59.

⁷³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 126.292/SP**. Relator Teori Zavascki - Pleno - Diário de Justiça Eletrônico, Brasília 17 fev. 2016. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 07 de setembro de 2017, p. 59.

⁷⁴ Cf. GONÇALVES, Anthair Edgard de Azevedo Valente. **O inciso LVII do art. 5º da Constituição do Brasil: uma presunção à brasileira**. 2009.

⁷⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 126.292/SP**. Relator Teori Zavascki - Pleno - Diário de Justiça Eletrônico, Brasília 17 fev. 2016. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 07 de setembro de 2017, p. 59.

estado da causa”.⁷⁶ Nesse sentido também se manifestou o Ministro Gilmar Mendes para quem “Esgotadas as instâncias ordinárias com a condenação à pena privativa de liberdade não substituída, tem-se uma declaração, com considerável força de que o réu é culpado e a sua prisão necessária”,⁷⁷ mesmo sem ter havido trânsito em julgado a condenação já foi estabelecida pelas instâncias soberanas na análise dos fatos, reiterando que os recursos extraordinários tem sua fundamentação vinculada a questões federais (recurso especial) e constitucionais (recurso extraordinário) e, por força do Código de Processo Penal, art. 637, não possui efeito suspensivo. A análise das questões federais e constitucionais em recursos extraordinários, ainda que decorra da provocação da parte recorrente, serve preponderantemente não ao interesse do postulante, mas ao interesse coletivo no desenvolvimento e aperfeiçoamento da jurisprudência.⁷⁸ Em 2016, a Ministra Carmen Lúcia, fazendo coro à esse entendimento, ressaltou a Súmula 279, que não permite revisão de provas no Supremo Tribunal Federal, e que a Constituição determina a não culpa definitiva antes do trânsito em julgado, mas que é possível a condenação, se em duas instâncias o acusado já foi assim considerado, considerando inclusive as normas internacionais de Direitos Humanos.⁷⁹

Com base na doutrina de Luiz Flávio Gomes e Valério de Oliveira Mazzuoli (nos habeas corpus julgados em 2016 e em 2019), o Ministro Celso de Mello⁸⁰ asseverou que o correto é se falar em princípio da presunção de inocência e não em princípio da não-culpabilidade, tratado pelo artigo. 8º, 2, da Convenção Americana e pelo art. 5º, LVII, da Constituição Federal, segundo o qual toda pessoa se presume inocente até que tenha sido declarada culpada por sentença transitada em julgado. O Ministro aduz que o princípio da presunção de inocência (‘todo acusado é presumido inocente até que se comprove sua culpabilidade’) se consubstancia em (I) regra de tratamento e (II) regra

⁷⁶ ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. **Código de Processo Penal Brasileiro Anotado**. Volume III. Campinas: Bookseler, 2000. p. 436.

⁷⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 126.292/SP**. Relator Teori Zavascki - Pleno - Diário de Justiça Eletrônico, Brasília 17 fev. 2016. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 07 de setembro de 2017, p. 68.

⁷⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 126.292/SP**. Relator Teori Zavascki - Pleno - Diário de Justiça Eletrônico, Brasília 17 fev. 2016. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 07 de setembro de 2017, p. 68.

⁷⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 126.292/SP**. Relator Teori Zavascki - Pleno - Diário de Justiça Eletrônico, Brasília 17 fev. 2016. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 07 de setembro de 2017, p. 61-62.

⁸⁰ GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Comentários à convenção americana sobre direito humanos: Pacto de San Jose da Costa Rica**. 2009.

probatória. Como regra de tratamento a presunção de inocência impede a antecipação de juízo condenatório ou de reconhecimento da culpabilidade do imputado; o acusado tem o direito de devida ‘consideração’ e de ser tratado como não participante do fato imputado.⁸¹ Como regra probatória regra probatória o estado está incumbindo ao ônus de produzir provas lícitas e que sejam suficientes para alterar a qualidade do réu de inocente para a qualidade de culpado.⁸²

Corroborando esse entendimento, parte da doutrina aduz que estamos a tratar de equivalentes semânticos e que a distinção é artificial. Ao menos se o constituinte tivesse expressamente disposto o contrário – e ele não disse – não há como se sustentar que “inocência” e “não-culpabilidade” não digam respeito ao mesmo estado processual: o vocábulo “culpado” se constitui como oposto semântico (antônimo) do vocábulo “inocente”, de modo que aquele que não pode ser “considerado culpado”, necessariamente deve ser considerado inocente, então lhe é assegurado a dupla dimensão da presunção de inocência enquanto regra do juízo e dever de tratamento.

À escolha semântica do legislador por “ninguém será considerado culpado” ao invés de “todos são considerados inocentes” Menelick de Carvalho Netto justifica como uma diferença no nível do que é efetivamente objeto de prova no processo penal ao invés de se dar no nível da qualidade do acusado (que antes do trânsito em julgado de sentença condenatória deve ser considerado não culpado – e, portanto, inocente); a opção pela terminologia da “não-culpabilidade” em detrimento da terminologia da “inocência” implica em um reforço que a culpa do acusado é que é objeto de prova no processo penal, jamais sua inocência. A opção objetiva “impedir veementemente que a presunção de inocência (ou de não-culpabilidade, como queira) seja virada ao avesso – ou seja, só há condenação se, em primeiro lugar, a culpa do acusado for provada para além de qualquer dúvida razoável”. Desse modo, o jurista aduz que a operação hermenêutica do intérprete

⁸¹ seja por situações, práticas, palavras, gestos etc., podendo-se exemplificar: a impropriedade de se manter o acusado em exposição humilhante no banco dos réus, o uso de algemas quando desnecessário, a divulgação abusiva de fatos e nomes de pessoas pelos meios de comunicação, a decretação ou manutenção de prisão cautelar desnecessária, a exigência de se recolher à prisão para apelar em razão da existência de condenação em primeira instância etc. É contrária à presunção de inocência a exibição de uma pessoa aos meios de comunicação vestida com traje infamante (Corte Interamericana, Caso Cantoral Benavides, Sentença de 18.08.2000, parágrafo 119).” (grifei)

⁸² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação declaratória de constitucionalidade 43**. Distrito Federal. Requerente: Partido Ecológico Nacional – PEN. Intimados: Presidente da República et al. Am. Curiae.: Defensor Público-Geral do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 17 de outubro de 2019. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADCvotoRelator.pdf>>. Acesso em: 22 abr. 2020.

no processo penal parte da prova da culpa do acusado em direção à sua condenação ou absolvição, e não parte do resultado do processo, concebido aprioristicamente, em direção à análise da prova (ou não) da culpa.⁸³

Ainda, essa discussão pode ser recuperada sob um viés *filosófico-hermenêutico*, pois o recurso a essa artificial distinção entre inocência e não-culpabilidade surge como objetivo de restringir a amplitude de direitos fundamentais, que não se sustenta à luz da hermenêutica constitucional típica do paradigma do Estado Democrático de Direito. Devemos recorrer Teoria da Argumentação Jurídica de Klaus Günther⁸⁴ acerca da distinção entre discursos de justificação e discursos de aplicação. Menelick de Carvalho Netto lembra, com Francesco Ferrara, que normas gerais e abstratas não são capazes, por si só, de coibir *fraudem legis*:

Com efeito, o mecanismo da fraude consiste na observância formal do ditame da lei, e na violação substancial do seu espírito: *tantum sententiam offendit et verba reservat*. O fraudante, pela combinação de meios indirectos, procura atingir o mesmo resultado ou pelo menos um resultado equivalente ao proibido; todavia, como a lei deve entender-se não segundo o seu teor literal, mas no seu conteúdo espiritual, porque a disposição quer realizar um fim e não a forma em que ele pode manifestar-se, já se vê que, racionalmente interpretada, a proibição deve negar eficácia também àqueles outros meios que em outra forma tendem a conseguir aquele efeito.⁸⁵

Francesco Ferrara aduz que o *telos* de uma determinada lei deve ser levado em consideração no momento de sua interpretação e a qual a mera análise literal de um determinado enunciado normativo pode levar à consagração de pretensões abusivas, o que denomina como violação do *espírito da lei*. *Na visão do autor*, a interpretação legal deve ter em consideração não só a literalidade do dispositivo interpretado, mas também a sua “substância”, o “espírito”, a finalidade da lei dentro do ordenamento jurídico.⁸⁶

Alguns doutrinadores partem de Ronald Dworkin para a tensão entre formalidade e a teoria do Direito como integridade, a qual significa, a densificação do ideal da comunidade de princípios, onde os membros de uma comunidade se reconhecem reciprocamente como livres e iguais e como coautores das leis e a leitura do Direito à

⁸³ CARVALHO NETTO, Menelick de; TOMAZ, Mateus Rocha; BASTOS, Marcus Vinícius Fernandes. **Constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal. Parecer ao Partido Ecológico Nacional (PEN), responsável pelo ajuizamento da Ação Direta de Constitucionalidade n. 43.** Parecer disponível nos autos da referida ADC. p. 33-35.

⁸⁴ GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação.** Ed. Forense, 2011.

⁸⁵ FERRARA, Francesco. **Interpretação e aplicação das leis.** 2ª Ed. Trad. Manuel A. D. de Andrade. Coimbra, Arménio Amado Editor, 1963. p. 140.

⁸⁶ FERRARA, Francesco. **Interpretação e aplicação das leis.** 2ª Ed. Trad. Manuel A. D. de Andrade. Coimbra, Arménio Amado Editor, 1963. p. 140.

melhor luz de sua história institucional, compreendida como um processo de aprendizado em que cada geração busca, da melhor forma que pode, vivenciar esse ideal.⁸⁷

1.1.3 A discussão Princípio versus. Regra

No *habeas corpus* 126.292 e nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43, 44 e 54,⁸⁸ o Min. Luís Roberto Barroso defende a tese de que a presunção de inocência é princípio, podendo ser ponderado com outros princípios ou bens jurídicos constitucionais colidentes. Defende que em caso de condenação em segundo grau já haveria segura demonstração da responsabilidade penal do réu e que a execução da pena passa a constituir exigência de ordem pública, necessária para assegurar a credibilidade do Poder Judiciário e do sistema penal.⁸⁹ – o princípio da presunção de inocência deve ser ponderado mediante o interesse constitucional na efetividade da lei penal, determinado pelo artigo. 5º, caput e LXXVIII e art. 144.⁹⁰

Com base na doutrina de Robert Alexy o Ministro Barroso compreende que princípios expressam valores a serem preservados ou fins públicos a serem realizados, como “estados ideais”;⁹¹ os princípios são como mandamentos de otimização, não se aplicando com base em “tudo ou nada”, mas realizados na medida das possibilidades fáticas e jurídicas.⁹² Tem-se, portanto que os princípios podem ser aplicados com maior

⁸⁷ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. (Coleção Direito e Justiça). Expandir bibliografia.

⁸⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação declaratória de constitucionalidade 43**. Distrito Federal. Requerente: Partido Ecológico Nacional – PEN. Intimados: Presidente da República et al. Am. Curiae.: Defensor Público-Geral do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 17 de outubro de 2019. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADCvotoRelator.pdf>>. Acesso em: 22 abr. 2020, p. 112-114.

⁸⁹ A mesma lógica se aplica ao julgamento por órgão colegiado, nos casos de foro por prerrogativa. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 126.292/SP**. Relator Teori Zavascki - Pleno - Diário de Justiça Eletrônico, Brasília 17 fev. 2016. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 07 de setembro de 2017, p. 27-28.

⁹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 126.292/SP**. Relator Teori Zavascki - Pleno - Diário de Justiça Eletrônico, Brasília 17 fev. 2016. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 07 de setembro de 2017, p. 41.

⁹¹ Cf. ALVARENGA, Guilherme Emmanuel Lanzillotti. Humberto Ávila. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia, v. 46, n. 1, 2018; Cf. DE BARCELLOS, Ana Paula. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Ed. Renovar, 2005.

⁹² Cf. ALEXY, Robert; PULIDO, Carlos Bernal. **Teoría de los derechos fundamentales**. 2007; Cf. DWORKIN, Ronald; FAEDRICH, Nelson Boeira. **Levando os direitos a sério**. Martins Fontes, 2002.

ou menor intensidade, sem que isso possa afetar a sua validade.⁹³ De outro modo, a regra opera na modalidade “tudo ou nada”, devendo incidir pelo mecanismo da subsunção: enquadram-se os fatos na previsão abstrata e produz-se uma conclusão (ou a regra regula a matéria em sua inteireza ou é descumprida).⁹⁴

O Ministro aduz que na discussão sobre a execução da pena depois de proferido o acórdão condenatório pelo Tribunal competente, existiriam dois grupos de normas constitucionais colidentes: o artigo 5º, LVII, cujo núcleo essencial preconiza a ideia de que a imposição ao réu de medidas restritivas de direitos deve ser excepcional e, por isso, deve haver elementos probatórios a justificar a necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito da medida,⁹⁵ em colisão com o interesse constitucional na efetividade da lei penal, em prol dos objetivos (prevenção geral e específica) e bens jurídicos (vida, dignidade humana, integridade física e moral, etc.) tutelados pelo direito penal, com previsão no artigo. 5º, *caput* (direitos à vida, à segurança e à propriedade), inciso LXXVIII (princípio da razoável duração do processo), e artigo 144 (segurança).⁹⁶

A aplicação da pena desempenharia “função social muitíssimo relevante”, promovendo uma prevenção especial, desestimulando a reiteração de delitos pelo indivíduo e uma prevenção geral, desestimulando a prática de atos criminosos por membros da sociedade. Está em jogo a proteção de interesses constitucionais de elevado valor axiológico: a vida, a dignidade humana, a integridade física e moral das pessoas, a propriedade, o meio ambiente, entre outros.⁹⁷ É diante desse quadro que, na medida em

⁹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 126.292/SP**. Relator Teori Zavascki - Pleno - Diário de Justiça Eletrônico, Brasília 17 fev. 2016. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 07 de setembro de 2017, p. 37 e ss.

⁹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 126.292/SP**. Relator Teori Zavascki - Pleno - Diário de Justiça Eletrônico, Brasília 17 fev. 2016. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 07 de setembro de 2017, p. 37-38.

⁹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 126.292/SP**. Relator Teori Zavascki - Pleno - Diário de Justiça Eletrônico, Brasília 17 fev. 2016. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 07 de setembro de 2017, p. 40.

⁹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 126.292/SP**. Relator Teori Zavascki - Pleno - Diário de Justiça Eletrônico, Brasília 17 fev. 2016. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 07 de setembro de 2017, p. 40.

⁹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 126.292/SP**. Relator Teori Zavascki - Pleno - Diário de Justiça Eletrônico, Brasília 17 fev. 2016. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 07 de setembro de 2017, p. 40.

que o processo avança na produção de provas, na medida em que ocorrem as condenações nas instâncias inferiores o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade adquire peso gradativamente menor:⁹⁸

II.3. A necessidade de ponderação e sua efetiva concretização

25. Há, desse modo, uma ponderação a ser realizada. Nela, não há dúvida de que o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade adquire peso gradativamente menor na medida em que o processo avança, em que as provas são produzidas e as condenações ocorrem. Por exemplo, na fase pré-processual, quando há mera apuração da prática de delitos, o peso a ser atribuído à presunção de inocência do investigado deve ser máximo, enquanto o peso dos objetivos e bens jurídicos tutelados pelo direito penal ainda é pequeno. Ao contrário, com a decisão condenatória em segundo grau de jurisdição, há sensível redução do peso do princípio da presunção de inocência e equivalente aumento do peso atribuído à exigência de efetividade do sistema penal. É que, nessa hipótese, já há demonstração segura da responsabilidade penal do réu e necessariamente se tem por finalizada a apreciação de fatos e provas.⁹⁹

Complementando a argumentação, como o Recurso Extraordinário e Recurso especial não se prestariam a rever condenações, mas apenas a tutelar a higidez do ordenamento jurídico constitucional e infraconstitucional, conforme já trabalhado em nos itens anteriores, a interposição desses recursos pressupõe causa decidida (arts. 102, III, e 105, III, CR 88). Ainda, são recursos excepcionais não possuem efeito suspensivo (art. 637 do CPP e art. 1.029, § 5º, CPC/2015, aplicável subsidiariamente ao processo penal, por força do art. 3º, do CPP).¹⁰⁰

A partir da determinação de que a presunção de inocência é um princípio, o ministro concebe tese de que “o sacrifício que se impõe ao princípio da não culpabilidade – prisão do acusado condenado em segundo grau antes do trânsito em julgado – é superado pelo que se ganha em proteção da efetividade e da credibilidade da Justiça”, sobretudo diante da mínima probabilidade de reforma da condenação, como comprovam as estatísticas.¹⁰¹

⁹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 126.292/SP**. Relator Teori Zavascki - Pleno - Diário de Justiça Eletrônico, Brasília 17 fev. 2016. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 07 de setembro de 2017, p. 40.

⁹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 126.292/SP**. Relator Teori Zavascki - Pleno - Diário de Justiça Eletrônico, Brasília 17 fev. 2016. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 07 de setembro de 2017, p. 41.

¹⁰⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 126.292/SP**. Relator Teori Zavascki - Pleno - Diário de Justiça Eletrônico, Brasília 17 fev. 2016. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 07 de setembro de 2017, p. 40.

¹⁰¹ Cf. SCHOLLER, H. Ingo Wolfgang Sarlet: **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. VERFASSUNG UND RECHT IN UBERSEE, v. 32, p. 275-277, 1999. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas**

A conclusão é reforçada coma dimensão positiva do princípio da proporcionalidade e a sua proibição de proteção deficiente. Explico: o princípio da proporcionalidade não possui apenas uma dimensão negativa, relativa à vedação do excesso às restrições de direitos fundamentais, mas ainda uma dimensão positiva, no sentido de vedação à proteção estatal insuficiente de direitos e princípios constitucionalmente tutelados. O Estado estaria, então, a violar a Constituição na medida em que deixa de agir ou quando não atua de modo adequado e satisfatório para proteger bens jurídicos relevantes.¹⁰²

A jurisprudência que traduz a ideia de tutela deficiente pode ser encontrada nos seguintes julgados: RE 418376. Rel. p/ acórdão Min. Joaquim Barbosa; ADI 3112, Rel. Min. Ricardo Lewandowski; HC 104410, Rel. Min. Gilmar Mendes; e HC 16212, Rel. Min. Marco Aurélio.

Nessa toada, o Min. Luís Roberto Barroso arremata a sua argumentação afirmando que os direitos ou garantias não são absolutos, não podendo se admitir o exercício ilimitado das prerrogativas principalmente quando veiculados sob a forma de princípios.¹⁰³ No mesmo sentido se manifestou o Min. Edson Fachin, para quem “(...) nenhuma norma, especialmente as de caráter principiológico, pode ser descontextualizada das demais normas constitucionais para adquirir foros de verdadeiro super princípio, a ofuscar a eficácia de outras normas igualmente sediadas no topo da pirâmide normativa (...)”,¹⁰⁴ apresentando como jurisprudência compatível o MS 23452, de Rel. Min. Celso de Mello.

Se recorremos à 2019, às nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43, 44 e 54, essa fundamentação pode ser complementada com o voto do Ministro Luiz Fux, que diante de uma interpretação sistemática tendo em vista a unidade da constituição propõe a tese de que “O princípio da presunção de inocência encontra-se insculpido em um

Corpus 126.292/SP. Relator Teori Zavascki - Pleno - Diário de Justiça Eletrônico, Brasília 17 fev. 2016. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 07 de setembro de 2017, p. 41-42.

¹⁰² Como exemplos: RE 418376. Rel. p/ acórdão Min. Joaquim Barbosa; ADI 3112, Rel. Min. Ricardo Lewandowski; HC 104410, Rel. Min. Gilmar Mendes; e HC 16212, Rel. Min. Marco Aurélio.

¹⁰³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 126.292/SP.** Relator Teori Zavascki - Pleno - Diário de Justiça Eletrônico, Brasília 17 fev. 2016. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 07 de setembro de 2017, p. 57-58.

¹⁰⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 126.292/SP.** Relator Teori Zavascki - Pleno - Diário de Justiça Eletrônico, Brasília 17 fev. 2016. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 07 de setembro de 2017, p. 22.

sistema unitário, devendo harmonizar-se com outras normas e garantias também previstas na Constituição, cujos conteúdos se delimitam mutuamente”.¹⁰⁵

O ministro aduz que a unidade do sistema jurídico e da Constituição determina a necessidade de eliminar o que ele entende como “incoerências, inconsistências e contradições internas” e que a interpretação dos preceitos do ordenamento jurídico deve harmonizar o sistema jurídico em observância “à unidade e funcionalidade do sistema normativo”. Diante da (aparente) incompatibilidade de duas normas, deve-se proceder à atividade de interpretativa, voltada à definição do significado das normas e, se necessário, à ponderação, que se consubstancia na ideia do intérprete atribuir pesos às normas em conflito a fim de decidir qual delas será concretamente aplicada.¹⁰⁶

1.1.3.1 É possível argumentar pela harmonização da presunção de inocência com os demais princípios constitucionais?

Existem, na doutrina, inúmeras objeções sobre o tema. Para Jürgen Habermas e Ronald Dworkin, não estaríamos, nesse caso, a tratar de questões puramente semânticas. Mais precisamente, os autores compreendem que entre a partir da determinação de valores e normas existirão tarefas interpretativas distintas. Aqui ressoa a clássica distinção entre argumentos de política e argumentos de direito, pois enquanto conflitos de valores e interesses requerem mediações e soluções institucionais que devem ser tratados por argumentos de política, balizados por discursos programáticos e ético-políticos,¹⁰⁷ a interpretação jurídica dada ao princípio da presunção de inocência – relatado de modo equivocadamente como “*combate à impunidade*” – deve necessariamente se fundar em

¹⁰⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação declaratória de constitucionalidade 43**. Distrito Federal. Requerente: Partido Ecológico Nacional – PEN. Intimados: Presidente da República et al. Am. Curiae.: Defensor Público-Geral do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 17 de outubro de 2019. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADCvotoRelator.pdf>>. Acesso em: 22 abr. 2020, p. 209-112.

¹⁰⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação declaratória de constitucionalidade 43**. Distrito Federal. Requerente: Partido Ecológico Nacional – PEN. Intimados: Presidente da República et al. Am. Curiae.: Defensor Público-Geral do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 17 de outubro de 2019. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADCvotoRelator.pdf>>. Acesso em: 22 abr. 2020, p. 209-112.

¹⁰⁷ Esse ponto é passível de problematização em Dworkin X Friedman e Post. (por exemplo, em políticas públicas de combate à corrupção levadas a efeito pela Administração Pública, pelo Legislativo e pelo Ministério Público Federal).

discursos de aplicação, próprios da atividade judicial. O jurista Menelick de Carvalho Netto aduz que

não há que se falar, então, em um juízo de preferência sobre interesses conflitantes, mas na busca do sentido que, diante das especificidades do caso concreto e da complexidade normativa envolvida, ofereça uma resposta coerente com a Constituição e o ordenamento como um todo – entendidos, à luz da compreensão que compartilhamos dos direitos fundamentais de liberdade e de igualdade que reciprocamente nos reconhecemos enquanto Constituição viva, enquanto comunidade de princípios.¹⁰⁸

Enquanto normas abertas, que não buscam regular sua situação de aplicação, os princípios devem ser interpretados de acordo com a integridade do Direito; na tarefa interpretativa faz-se necessário ater-se a um princípio tendo em vista também (no mínimo) o princípio antagônico. Esse método tem como objetivo vislumbrar “a relação de tensão produtiva ou de equi-primordialidade que, na verdade, guardam entre si, a matizar recíproca, decisiva e constitutivamente os significados um do outro”.¹⁰⁹

Aqui é necessário asseverar um ponto importante: não existe princípio do “combate à impunidade” no sentido técnico-constitucional, o “combate à impunidade” é valor, é política pública e não pode ser ponderado. Desse modo, proceder a ponderação do princípio da presunção de inocência com valores de combate à impunidade criminal, à seletividade do sistema ou à corrupção significa “quebrar a deontologia jurídica e trazer para a arena do discurso judicial, marcado por argumentos de direito, a preferência de programas sociais de maximização de bem estar coletivo, ou seja, argumentos de política”.¹¹⁰ Para Menelick de Carvalho Netto não haveria ponderação a ser realizada, mas devemos estar “atentos às consequências hermenêuticas do entendimento firmado nos autos do HC nº 126.292/SP, sobretudo porque, como já alertamos, a manipulação estratégica do arcabouço constitucional é sempre possível”.¹¹¹

¹⁰⁸ CARVALHO NETTO, Menelick de; TOMAZ, Mateus Rocha; BASTOS, Marcus Vinícius Fernandes. **Constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal. Parecer ao Partido Ecológico Nacional (PEN), responsável pelo ajuizamento da Ação Direta de Constitucionalidade n. 43.** Parecer disponível nos autos da referida ADC. p. 41.

¹⁰⁹ CARVALHO NETTO, Menelick de; TOMAZ, Mateus Rocha; BASTOS, Marcus Vinícius Fernandes. **Constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal. Parecer ao Partido Ecológico Nacional (PEN), responsável pelo ajuizamento da Ação Direta de Constitucionalidade n. 43.** Parecer disponível nos autos da referida ADC. Página 41-42; Cf. CARVALHO NETTO, Menelick; SCOTTI, Guilherme. **Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras.** Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 144-146.

¹¹⁰ CARVALHO NETTO, Menelick de; TOMAZ, Mateus Rocha; BASTOS, Marcus Vinícius Fernandes. **Constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal. Parecer ao Partido Ecológico Nacional (PEN), responsável pelo ajuizamento da Ação Direta de Constitucionalidade n. 43.** Parecer disponível nos autos da referida ADC. p. 44.

¹¹¹ CARVALHO NETTO, Menelick de; TOMAZ, Mateus Rocha; BASTOS, Marcus Vinícius Fernandes. **Constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal. Parecer ao Partido Ecológico**

Acerca da possibilidade de gradação do princípio da presunção de inocência à medida que avançam os atos processuais, tomamos como fundamento o raciocínio do de Marcelo Cattoni de Oliveira ao tratar casos que se assemelham a conflito de direitos fundamentais, na ocasião do julgamento do caso Ellwanger.¹¹² O autor assevera que ou estamos diante de uma conduta ilícita ou do exercício regular de um direito, não havendo possibilidade de uma conduta ser considerada, ao mesmo tempo, como lícita e ilícita sem quebrar o caráter deontológico, normativo, do Direito. Não há, portanto, meio termo no exercício regular de um direito¹¹³ – o mesmo pode ser utilizado para o presente caso, a incidência do princípio da presunção de inocência só poderá dar-se de modo completo, hermeneuticamente exauriente e tal princípio só poderia ser afastada mediante outro princípio de mesma estatura e oposto, fora aplicável em seu detrimento. Desse modo conclui-se que não é possível aplicar-se, em parte, o princípio da presunção de inocência,¹¹⁴ mesmo que a possibilidade de análise do conjunto fático-probatório ser impossibilitada nas instâncias superiores, a presunção de inocência não é pode ser mitigada.¹¹⁵ É o agir instrumental na Teoria da Constituição clássica, que remete ao voto do Ministro Celso de Mello, pois:

Na Teoria da Constituição clássica, foi exatamente para enquadrar esse tipo de agir instrumental que Karl Loewenstein, na sua classificação ontológica, criou a categoria das constituições por ele qualificadas como “*semânticas*”. Essa categoria foi pensada por Loewenstein para agrupar as constituições que traissem o sentido originariamente atribuído a essa invenção moderna ao se instituírem e funcionarem não mais como uma garantia dos cidadãos contra os eventuais ocupantes do poder institucionalizado; mas, ao contrário, como uma garantia dos detentores do poder contra os cidadãos.¹¹⁶

Nacional (PEN), responsável pelo ajuizamento da Ação Direta de Constitucionalidade n. 43. Parecer disponível nos autos da referida ADC. p. 43-44.

¹¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus** 82.424/RS, Rel. Min. MOREIRA ALVES, Rel. p/ Acórdão Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 17.09.2003, DJ 19.03.2004.

¹¹³ Cf. OLIVEIRA, M.A. Cattoni de. **O caso Ellwanger: uma crítica à ponderação de valores e interesses na jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal.** Belo Horizonte, 2006. p. 7.

¹¹⁴ CARVALHO NETTO, Menelick de; TOMAZ, Mateus Rocha; BASTOS, Marcus Vinícius Fernandes. **Constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal. Parecer ao Partido Ecológico Nacional (PEN), responsável pelo ajuizamento da Ação Direta de Constitucionalidade n. 43.** Parecer disponível nos autos da referida ADC. p. 42-43.

¹¹⁵ CARVALHO NETTO, Menelick de; TOMAZ, Mateus Rocha; BASTOS, Marcus Vinícius Fernandes. **Constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal. Parecer ao Partido Ecológico Nacional (PEN), responsável pelo ajuizamento da Ação Direta de Constitucionalidade n. 43.** Parecer disponível nos autos da referida ADC. p. 42-43.

¹¹⁶ LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la Constitución.** Barcelona: Ariel, 1964.

Ainda, “Para Teoria da Constituição clássica, essas experiências históricas traem o próprio constitucionalismo e dele buscam abusar em proveito próprio, por isso mesmo, não podem sequer ser consideradas, a rigor, como experiências constitucionais”.¹¹⁷

1.1.4 Sobre a proposta de análise comparada

Nas experiências constitucionais ao redor do mundo, diferente do regramento constitucional brasileiro, o réu pode iniciar o cumprimento da pena antes da sentença condenatória sem que tal fato indique desrespeito à presunção da inocência.

No *habeas corpus* 126.292, em 2016, o Min. Teori Zavaski manifestou que “em país nenhum do mundo, depois de observado o duplo grau de jurisdição, a execução de uma condenação fica suspensa, aguardando referendo da Corte Suprema”,¹¹⁸ assim como o Ministro Luís Roberto Barroso, adotando estudo das legislações da Inglaterra, Estados Unidos, Canadá, Portugal, Espanha e Argentina: “Nos diferentes países, em regra, adota-se como momento do início da execução a decisão de primeiro grau ou a de segundo grau, sem que se exija o prévio esgotamento das instâncias extraordinárias”¹¹⁹ – com base na doutrina de Luiza Cristina Fonseca Frischeisen, Mônica Nicida Garcia e Fábio Gusman.¹²⁰

Qual o problema de proceder à referência a países estrangeiros que admitem a execução provisória da pena de prisão como um argumento legitimador da prisão antes se sentença penal condenatória no Brasil? Um dos primeiros problemas acerca do uso do direito constitucional comparado pelo Supremo Tribunal Federal é apontado por Carlos Bastide Horbach, para quem os Ministros buscaram a literalidade das regras em outros

¹¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 126.292/SP**. Relator Teori Zavascki - Pleno - Diário de Justiça Eletrônico, Brasília 17 fev. 2016. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 07 de setembro de 2017, p. 44.

¹¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 126.292/SP**. Relator Teori Zavascki - Pleno - Diário de Justiça Eletrônico, Brasília 17 fev. 2016. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 07 de setembro de 2017, p. 57-58.

¹¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 126.292/SP**. Relator Teori Zavascki - Pleno - Diário de Justiça Eletrônico, Brasília 17 fev. 2016. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 07 de setembro de 2017, p. 48.

¹²⁰ Cf. FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca; GARCIA, Mônica Nicida; GUSMAN, Fábio. **Execução provisória da pena: um contraponto à decisão do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus n. 84.078**. CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo. **Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil**. v. 2, 2015.

países sem, contudo, tentar compreender função de cada uma dessas regras,^{121 122} fazendo um uso seletivo e, principalmente, descontextualizado do direito comparado, carente de significação histórica.¹²³

Por exemplo, a fundamentação do Código de Processo Penal de Portugal foi levada em conta pra fins de argumentação no voto do Ministro Teori Zavaski, no HC 126.29, mas o conteúdo da Constituição da República de 1988 sobre o tema não. Na perspectiva comparada o único país latino-americano citado pelo Ministro Teori Zavaski é a Argentina, sendo que a diferença histórico-cultural entre o Brasil e os países da Europa é abissal. Alemanha e os Estados Unidos (democracias consolidadas) por exemplo, possuem conjunturas atuais e as histórias constitucionais bastante distintas no que diz respeito ao âmbito Penal,¹²⁴ tendo o Brasil passado por um processo recente de democratização após anos de constantes violações de garantias individuais durante a Ditadura Militar (1964-1985).¹²⁵

¹²¹ HORBACH, Carlos Bastide. **O direito comparado no STF: internacionalização da jurisdição constitucional brasileira**. Disponível em: < <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r37276.pdf>>. Acesso em 13.09.2021

¹²² “(...) não se tem uma preocupação contumaz com contextualizações, não há justificativa das razões que levam à citação deste ou daquele ordenamento estrangeiro — e aí se misturam fontes exteriores com autoridade maior ou menor, que se intercalam indistintamente —, não se enfatiza a ocorrência de eventuais fertilizações cruzadas (cross-fertilizations), não se busca estudar o direito vivente (law in action), mas preponderantemente o direito vigente (law in the books) e, na maioria das vezes, as citações são meras ilustrações, que não passam — para utilizar as palavras anteriormente citadas de Scarciglia — de “partes ornamentais” dos acórdãos. Isso realça a necessidade de uma revisão ampla do modo como o STF desenvolve seus argumentos de direito estrangeiro, buscando-se a introdução de uma metodologia que permita a seus ministros identificar quais os ordenamentos cuja proximidade com o brasileiro admite comparação, como as fontes desses ordenamentos devem ser analisadas pelo STF — com ênfase no direito vivente (law in action) — e quais os pressupostos teóricos comuns que tornam a utilização desses referenciais útil e legítima. Somente assim poderá o STF cumprir uma vocação que está na sua gênese e que lhe dá uma característica enriquecedora, qual seja, a sua abertura natural ao diálogo jurídico internacional, por meio do direito comparado”. Cf. HORBACH, Carlos Bastide. Referências estrangeiras são constante no STF. **In: Consultor Jurídico, Observatório Constitucional**, 10.11.2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-nov-10/observatorio-constitucional-referencias-estrangeiras-sao-constante-stf>> (último acesso em 13.06.2016).

¹²³ CARVALHO NETTO, Menelick de; TOMAZ, Mateus Rocha; BASTOS, Marcus Vinícius Fernandes. **Constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal. Parecer ao Partido Ecológico Nacional (PEN), responsável pelo ajuizamento da Ação Direta de Constitucionalidade n. 43**. Parecer disponível nos autos da referida ADC. p. 49.

¹²⁴ CARVALHO NETTO, Menelick de; TOMAZ, Mateus Rocha; BASTOS, Marcus Vinícius Fernandes. **Constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal. Parecer ao Partido Ecológico Nacional (PEN), responsável pelo ajuizamento da Ação Direta de Constitucionalidade n. 43**. Parecer disponível nos autos da referida ADC. p. 49.

¹²⁵ CARVALHO NETTO, Menelick de; TOMAZ, Mateus Rocha; BASTOS, Marcus Vinícius Fernandes. **Constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal. Parecer ao Partido Ecológico Nacional (PEN), responsável pelo ajuizamento da Ação Direta de Constitucionalidade n. 43**. Parecer disponível nos autos da referida ADC. p. 51.

Acerca do simbolismo histórico-constitucional do princípio da presunção de inocência no ordenamento jurídico brasileiro há diferenças em relação a outros países do mundo, nas palavras de Menelick de Carvalho Netto “porque as amplas violações de direitos humanos, de prerrogativas processuais e de garantias penais no Brasil não encontram similitude constitucional com a recente história vivida pelos ordenamentos jurídicos comparados com nosso país.¹²⁶ É esse o ponto da argumentação do Ministro Celso de Mello, para quem, nesse caso, o recurso ao direito comparado é problemático na medida em que a Constituição brasileira de 1988 é ímpar no tratamento da questão, estabelecendo um dispositivo claro que determina o marco temporal e processual apto a estabelecer a culpabilidade estrita do acusado é o trânsito em julgado.^{127 128}

Nesse sentido, o Ministro Gilmar Mendes lembra, por exemplo, que os Estados Unidos da América possui uma legislação processual federal bastante rigorosa nessa seara: o artigo 18 U. S. Code §3143 determina a imediata prisão do condenado, mesmo antes da imposição da pena, salvo casos excepcionais e possui exceções ainda mais estritas na pendência de apelos (alíneas a, b e c).¹²⁹ Nesse ponto vale ressaltar a doutrina de Mauro Cappelletti que ensina que todo o sistema recursal dos Estados Unidos foi formulado para que o acesso à Suprema Corte seja algo excepcional; a Jurisdição Constitucional norte-americana trata apenas de demandas excepcionais, que chegam à ela pela via incidental, estrutura que confere grande poder aos Tribunais Federais e Estaduais (que possuem a última palavra sobre a grande maioria dos processos).¹³⁰ Menelick de Carvalho Netto complementa que é compreensível a alegada possibilidade de execução antecipada da pena de prisão no modelo americano, pois se prevê apenas o duplo grau de

¹²⁶ CARVALHO NETTO, Menelick de; TOMAZ, Mateus Rocha; BASTOS, Marcus Vinícius Fernandes. **Constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal. Parecer ao Partido Ecológico Nacional (PEN), responsável pelo ajuizamento da Ação Direta de Constitucionalidade n. 43.** Parecer disponível nos autos da referida ADC. p. 50.

¹²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 126.292/SP.** Relator Teori Zavascki - Pleno - Diário de Justiça Eletrônico, Brasília 17 fev. 2016. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 07 de setembro de 2017.

¹²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 126.292/SP.** Relator Teori Zavascki - Pleno - Diário de Justiça Eletrônico, Brasília 17 fev. 2016. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 07 de setembro de 2017.

¹²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 126.292/SP.** Relator Teori Zavascki - Pleno - Diário de Justiça Eletrônico, Brasília 17 fev. 2016. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 07 de setembro de 2017, p. 69-70.

¹³⁰ CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado.** Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1984. p. 102-103.

jurisdição e o acesso à Suprema Corte uma exceção que depende da própria escolha discricionária do Supremo Tribunal.¹³¹

Mas isso não se verifica no sistema brasileiro. A chegada de uma demanda ao Supremo, pela via incidental ou diretamente, é uma realidade. Um acusado, após julgado e condenado por um Tribunal de Justiça ou por um Tribunal Regional Federal, pode recorrer ao STJ e ao STF, pelas vias, dentre outras, do recurso especial e do recurso extraordinário que devido à sua natureza processual impedem o trânsito em julgado de eventual sentença penal condenatória. Sobre a análise comparada Menelick de Carvalho finaliza “Identificar pontos de contatos e exemplos de institutos jurídicos mais eficientes mundo afora não faz com que nossa Constituição, a brasileira de 1988, deixe de ser o que ela é”.

A única via passível de alteração dessa realidade é a via Legislativa por meio de uma reforma ampla que seja capaz de modificar toda a estrutura gestada pelo Constituinte, nunca via emenda constitucional.¹³²

1.1.5 O debate sobre a ocorrência da Mutação Constitucional

No *habeas corpus* 126.292, o Min. Luís Roberto Barroso manifestou ser necessário conferir ao art. 5º, LVII interpretação mais condizente com as exigências da ordem constitucional no sentido de garantir a efetividade da lei penal, em prol dos bens jurídicos com status constitucional da vida, da integridade física e psíquica, da propriedade. Justificou que garantir a execução da pena antes do trânsito em julgado se enquadra em um caso de mutação constitucional, pois teria havido mudança na realidade fática, de uma nova percepção do Direito ou releitura do que deve ser considerado ético ou justo. Lembra que a mutação constitucional está associada e amparada à própria plasticidade de que devem ser dotadas as normas constitucionais. Nesse sentido,

A mutação constitucional por via de interpretação, por sua vez, consiste na mudança de sentido da norma, em contraste com entendimento pré-existente.

¹³¹ CARVALHO NETTO, Menelick de; TOMAZ, Mateus Rocha; BASTOS, Marcus Vinícius Fernandes. **Constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal. Parecer ao Partido Ecológico Nacional (PEN), responsável pelo ajuizamento da Ação Direta de Constitucionalidade n. 43.** Parecer disponível nos autos da referida ADC, p. 52.

¹³² CARVALHO NETTO, Menelick de; TOMAZ, Mateus Rocha; BASTOS, Marcus Vinícius Fernandes. **Constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal. Parecer ao Partido Ecológico Nacional (PEN), responsável pelo ajuizamento da Ação Direta de Constitucionalidade n. 43.** Parecer disponível nos autos da referida ADC, p. 53.

Como só existe norma interpretada, a mutação constitucional ocorrerá quando se estiver diante da alteração de uma interpretação previamente dada. No caso da interpretação judicial, haverá mutação constitucional quando, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal vier a atribuir a determinada norma constitucional sentido diverso do que fixara anteriormente. (...) A mutação constitucional em razão de uma nova percepção do Direito ocorrerá quando se alterarem os valores de uma determinada sociedade. A ideia do bem, do justo, do ético varia com o tempo. Um exemplo: a discriminação em razão da idade, que antes era tolerada, deixou de ser. (...) A mutação constitucional se dará, também, em razão do impacto de alterações da realidade sobre o sentido, o alcance ou a validade de uma norma. O que antes era legítimo pode deixar de ser. E vice-versa. Um exemplo: a ação afirmativa em favor de determinado grupo social poderá justificar-se em um determinado momento histórico e perder o seu fundamento de validade em outro.¹³³

O Min. Luís Roberto Barroso justifica ainda com Konrad Hesse e “A força normativa da Constituição” que “O Direito não existe abstratamente, fora da realidade sobre a qual incide. As teorias concretistas da interpretação constitucional enfrentaram e equacionaram este condicionamento recíproco que existe entre norma e realidade; e menciona que a tensão entre *normatividade e facticidade*, assim como a incorporação de valores à hermenêutica jurídica, produziu modificações profundas no modo como o Direito contemporâneo é pensado e praticado. Ao final pontua ser necessário conferir ao art. 5º, LVII interpretação mais condizente com as exigências da ordem constitucional no sentido de garantir a efetividade da lei penal, em prol dos bens jurídicos que ela visa resguardar, tais como a vida, a integridade psicofísica, a propriedade – todos com status constitucional.

Temos que o fenômeno da mutação constitucional (intrínseca e fundamental ao Estado de Direito) visa adequar o texto da constituição à realidade social sem passar pelos processos de revisões ou emendas constitucionais. É explicado nas palavras de Uadi Lammêgo Bulos como “processo informal de mudança das constituições que atribui novos sentidos aos seus preceitos significados e conteúdos dantes não contemplados”,¹³⁴ ou, de modo ainda mais completo apresentado por Kubliskas

(...) o fenômeno por meio do qual, sem emendas ou revisões (processos formais de mudança da Constituição), são introduzidas, no processo de concretização/aplicação, por meio da interpretação constitucional e/ou da integração pelos costumes, alterações no sentido, significado ou alcance de determinadas normas constitucionais (que tenham o conteúdo minimamente aberto/elástico), desde que estas alterações sejam comportadas pelo programa normativo, ou seja, promovam o desenvolvimento, complementação, esclarecimento etc., das normas constitucionais escritas, mas não violem nem a sua letra e tampouco o seu espírito.¹³⁵

¹³³ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. Saraiva Educação SA, 2017.

¹³⁴ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 8ªed. São Paulo: Saraiva, 2014.

¹³⁵ KUBLISCKAS, Wellington Márcio. **Emendas e Mutações Constitucionais**. São Paulo: Atlas, 2009.

As mutações constitucionais possuem as mesmas características do poder constituinte difuso, pois dele derivam, sendo latentes, permanentes, informais e contínuas¹³⁶ e busca a evolução do Direito como um organismo vivo. No entanto, saltam críticas doutrinárias à utilização da mutação constitucional como um fenômeno apto à ensejar a desnecessidade da ocorrência do trânsito em julgado para o início do cumprimento da penal, exatamente pois, da forma em que está posta, a mutação estaria a ocorrer no sentido de fragilizar cláusula pétrea.¹³⁷

É imperioso ressaltar a perspectiva do Ministro Ricardo Lewandowski, em 2018, acerca da mutação constitucional na ocasião do *habeas corpus* 152.752/PR, lembrando que os direitos e garantias individuais se constituem como cláusulas pétreas impassíveis de serem vulnerados: “(...) A presunção de inocência integra a última dessas cláusulas, representando talvez a mais importante das salvaguardas do cidadão, considerado o congestionadíssimo e disfuncional sistema judiciário brasileiro (...).”¹³⁸

1.1.6 Os votos contrários à antecipação: A argumentação acerca do princípio da segurança jurídica e da taxatividade do dispositivo

Como argumento dos votos vencidos no HC 126.292, em 2016, no sentido de que o trânsito em julgado de eventual sentença penal condenatória se constitui como o único marco temporal apto a ensejar o início do cumprimento da pena de prisão foi levantado por diversas vezes o princípio da Segurança Jurídica.

Nessa ocasião, o Min. Marco Aurélio de Mello assim se pronunciou “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, porque a sociedade não pode viver aos sobressaltos, sendo surpreendida”. **(I) Primeiro, o caso não seria apto a ensejar essa mudança.** Lembra que a jurisprudência consolidada em 2009 é ainda muito recente (apenas sete anos se passaram) e que o texto constitucional

¹³⁶ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 8ªed. São Paulo: Saraiva, 2014.

¹³⁷ Cf. HESSE, Konrad; MENDES, Gilmar Ferreira. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Fabris, 1991; cf. MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Revista da Faculdade de Direito, n. 16, 1999.

¹³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 152.752/PR**. Relator Edson Fachin - Pleno - Diário de Justiça Eletrônico, Brasília 04 abr. 2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticia/NoticiaStf/anexo/HC152.752Voto.pdf>>. Acesso em: 07 de setembro de 2018, p. 325.

é o mesmo sobre o qual a corte conclui em sentido diametralmente oposto,¹³⁹ e que o caso não estaria a sugerir essa mudança substancial. “Por que não é um caso à feição dessa mudança? Porque, na sentença, sem especificidade, sem limitação quanto ao recurso, assegurou-se ao paciente recorrer em liberdade. Ele o fez; o Ministério Público, não. Então, desprovida a apelação, implementou o Tribunal de Justiça não uma cautelar. Partiu para a execução – que já rotulei, com desassombro, como temporã, precoce, açodada –, determinando a expedição do mandado de prisão. Repita-se: assim o fez em cima de um recurso da defesa e presente a cláusula da sentença, não houve recurso da acusação, ensejadora da interposição de recursos – no plural – em liberdade”.¹⁴⁰

No sentido da promoção da segurança jurídica complementamos com o voto do Ministro Celso de Mello nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43, 44 e 54, ao tratar da importância político-constitucional da coisa julgada em sentido material. O ministro denota a importância da coisa julgada em nosso sistema normativo no sentido de que ela consagra a segurança jurídica, por propiciar a estabilidade das relações sociais e a superação dos conflitos. É a doutrina de José Carlos Barbosa Moreira que revela o exato argumento que aqui pode ser aventado: a sentença está sujeita a recurso, sendo portanto um ato estatal em essência *instável e provisório*, de natureza *mutável e discutível*.¹⁴¹

(...) O grau de instabilidade, aqui, é obviamente muito maior: pode ser que o pronunciamento venha a prevalecer em caráter definitivo, se decorrer ‘in albis’ o prazo recursal, ou por qualquer outra razão o recurso se revelar inadmissível; mas, ‘a priori’, há pelo menos igual possibilidade de que a superveniência de outro pronunciamento, em grau superior, retire ao primeiro toda a aptidão para cristalizar-se em ‘res iudicata’.¹⁴²

De modo que a exigência de irrecorribilidade atende à própria racionalidade do sistema de direito positivo.¹⁴³

¹³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 126.292/SP**. Relator Teori Zavascki - Pleno - Diário de Justiça Eletrônico, Brasília 17 fev. 2016. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 07 de setembro de 2017, p. 76-77.

¹⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 126.292/SP**. Relator Teori Zavascki - Pleno - Diário de Justiça Eletrônico, Brasília 17 fev. 2016. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 07 de setembro de 2017, p. 77.

¹⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade 43**. Distrito Federal. Requerente :Partido Ecológico Nacional – PEN. Intimados: Presidente da República et al. Am. Curiae.: Defensor Público-Geral do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 17 de outubro de 2019. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADCvotoRelator.pdf>>. Acesso em: 22 abr. 2020.

¹⁴² MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Forense, 1985.

¹⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade 43**. Distrito Federal. Requerente :Partido Ecológico Nacional – PEN. Intimados: Presidente da República et al. Am. Curiae.:

(II) Segundo, o caso não encontra amparo na literalidade constitucional e infraconstitucional – a importância da taxatividade do dispositivo. O artigo 5º, LVII, da Constituição da República de 1988 e o art. 283 do Código de Processo Civil são dispositivos claros que prescrevem como marco temporal e processual para a execução da pena o trânsito em julgado (admitindo-se no curso do processo tão somente as hipóteses de prisão cautelar, interpretadas restritivamente). O Ministro Ricardo Lewandowski, à época Presidente da corte, assim expressou

eu quero reafirmar que não consigo, assim como expressou o Ministro Marco Aurélio, ultrapassar a taxatividade desse dispositivo constitucional, que diz que a presunção de inocência se mantém até o trânsito em julgado. **Isso é absolutamente taxativo, categórico; não vejo como se possa interpretar esse dispositivo.** Voltando a, talvez, um ultrapassadíssimo preceito da antiga escola da exegese, eu diria que *in claris cessat interpretatio*. E aqui nós estamos, evidentemente, *in claris*, e aí não podemos interpretar, *data venia*. Eu me recordo que, daquela feita, naquela oportunidade, o Ministro Eros Grau, com muita propriedade ao meu ver, disse que nem mesmo constelações de ordem prática - dizendo que ninguém mais vai ser preso, que os tribunais superiores vão ser inundados de recursos -, nem mesmo esses argumentos importantes, que dizem até com a efetividade da Justiça, podem ser evocados para ultrapassar esse princípio fundamental, esse postulado da presunção de inocência.¹⁴⁴

Essa fundamentação foi reiterada tanto no Habeas Corpus 152.752/PR¹⁴⁵ quanto nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43, 44 e 54 na visão do ministro pois trata-se de “comando constitucional absolutamente imperativo, categórico, com relação ao qual não cabe qualquer tergiversação, pois, como já diziam os juriconsultos de antanho, *in claris cessat interpretativo*”.¹⁴⁶ Esse entendimento se assenta nos ensinamentos dos eminentes Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Filho e Antônio Scarance Fernandes, para quem o efeito suspensivo dos recursos extraordinários

Defensor Público-Geral do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 17 de outubro de 2019. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADCvotoRelator.pdf>>. Acesso em: 22 abr. 2020, p. 403 e ss.

¹⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 126.292/SP**. Relator Teori Zavascki - Pleno - Diário de Justiça Eletrônico, Brasília 17 fev. 2016. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 07 de setembro de 2017, p. 97 – **grifo nosso**.

¹⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 152.752/PR**. Relator Edson Fachin - Pleno - Diário de Justiça Eletrônico, Brasília 04 abr. 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC152.752Voto.pdf>. Acesso em: 07 de setembro de 2018, p. 403 e ss.

¹⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade 43**. Distrito Federal. Requerente :Partido Ecológico Nacional – PEN. Intimados: Presidente da República et al. Am. Curiae.: Defensor Público-Geral do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 17 de outubro de 2019. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADCvotoRelator.pdf>>. Acesso em: 22 abr. 2020, p. 256.

com relação à aplicação da pena deriva da própria Constituição, devendo as regras da lei ordinária, o artigo 637 do CPP, ser revistas à luz da Lei Maior.

Citando Martin Heidegger – “Toda interpretação se funda na compreensão. O sentido é o que se articula como tal na interpretação e que, na compreensão, já se prelineou como possibilidade de articulação. Na medida em que a proposição (‘o juízo’) se funda na compreensão, representando uma forma derivada de exercício de interpretação, ela também possui um ‘sentido’. O sentido, porém, não pode ser definido como algo que ocorre em um juízo ao lado e ao longo do ato de julgar.”¹⁴⁷ – Menelick de Carvalho Netto nos lembra que a atribuição de sentido não ocorre, e isso é indubitável, quando do ato de julgar somente, ou seja, quando da própria interpretação. E não ocorre, precisamente, porque há um pano de fundo compartilhado de silêncio, ou seja, um paradigma, a informar e a moldar a própria possibilidade de interpretação.¹⁴⁸

¹⁴⁷ HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. São Paulo: Editora Vozes. 2002. Volume I. Página 211.

¹⁴⁸ CARVALHO NETTO, Menelick de; TOMAZ, Mateus Rocha; BASTOS, Marcus Vinícius Fernandes. Constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal. **Parecer ao Partido Ecológico Nacional (PEN), responsável pelo ajuizamento da Ação Direta de Constitucionalidade n. 43**. Parecer disponível nos autos da referida ADC, p. 41.

1.2 As críticas dos ministros do STF ao funcionamento do sistema recursal e os seus principais contrapontos dogmáticos

1.2.1 Considerações acerca do reexame da prova pelo Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal

A discussão acerca da limitação ao princípio da presunção de inocência invoca o questionamento acerca do papel exercido pelos Tribunais Superiores, como concorrem para a formação da culpa e qual a aptidão desses tribunais para modificar a situação do sentenciado.

Acerca do arcabouço recursal da Constituição de 1988, em 2016, no *habeas corpus* 126.292, analisamos o conteúdo dos votos dos ministros Teori Zavascki, Edson Fachin, e Luís Roberto Barroso que sustentaram a tese de que é no âmbito das instâncias ordinárias que se exaure a possibilidade do exame de fatos e provas, insusceptíveis de exame pela instância extraordinária, de modo que a inocência ou culpabilidade do acusado já restaria provada, não havendo necessidade de trânsito em julgado para o início do cumprimento da pena. As instâncias ordinárias seriam, portanto, soberanas no que diz respeito à avaliação de fatos e provas e à definição das versões fáticas apresentadas pelas partes.¹⁴⁹

Essa tese é depreendida da leitura dos artigos 102 e 105 da Constituição de 1988, os quais atestam as competências do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, na visão dos ministros não serem tribunais concebidos para sanar eventuais “injustiças do caso concreto”, bastando a estrutura presente no primeiro grau e o julgamento por um tribunal colegiado, soberanos no que diz respeito tanto à avaliação das provas quanto à definição das versões apresentadas pelas partes acerca dos fatos, e em grau de recurso deve reexaminar os possíveis equívocos das instâncias inferiores e sanar injustiças.¹⁵⁰

¹⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 126.292/SP**. Relator Teori Zavascki - Pleno - Diário de Justiça Eletrônico, Brasília 17 fev. 2016. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 07 de setembro de 2017, p. 23.

¹⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 126.292/SP**. Relator Teori Zavascki - Pleno - Diário de Justiça Eletrônico, Brasília 17 fev. 2016. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 07 de setembro de 2017, p. 23.

O Ministro Edson Fachin aduz que a revisão da matéria fática, firmada nas instâncias ordinárias, não deve ser ao alcance das Cortes Superiores, ela “podem apenas dar aos fatos afirmados nos acórdãos recorridos nova definição jurídica, mas não nova versão”. No mesmo sentido, o Min. Luís Roberto Barroso Deduz que “(...) não há direito ao triplo ou quádruplo grau de jurisdição: a apreciação pelo STJ e pelo STF não é assegurada pelo princípio do devido processo legal e não constitui direito fundamental.¹⁵¹

Desse modo, o acesso via recurso ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça se dá em caráter de absoluta excepcionalidade, não para proporcionar outorgar uma terceira ou quarta chance para a revisão de um pronunciamento jurisdicional o qual parece injusto ao condenado, mas para proporcionar ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça exercerem os papéis de “estabilizadores, uniformizadores e pacificadores da interpretação das normas constitucionais”, devendo o acusado demonstrar a transcendência da matéria jurídica.¹⁵²

Acerca do argumento da transcendência e da relevância da tese jurídica a ser tratada pelo Supremo Tribunal Federal, a própria Constituição é o instrumento que coloca o Supremo Tribunal Federal primordialmente a serviço da ordem jurídica, somente de modo reflexo operando para apreciar situações de injustiças individuais. Assiste então entendimento acerca da Lei nº 8.038/90, que estabelece em seu art. 27, § 2º, que os recursos extraordinário e especial serão recebidos no efeito meramente devolutivo.¹⁵³

Sobre esse aspecto, também no HC 126.292, o Min. Teori Zavascki (Relator) aduz que os recursos de natureza extraordinária não configuram desdobramentos do duplo grau de jurisdição, não sendo recursos de ampla devolutividade, pois não se prestam ao debate da matéria fático-probatória e no julgamento implementado pelo Tribunal de apelação haveria espécie de preclusão da matéria envolvendo os fatos da causa.¹⁵⁴

¹⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 126.292/SP**. Relator Teori Zavascki - Pleno - Diário de Justiça Eletrônico, Brasília 17 fev. 2016. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 07 de setembro de 2017, p. 51.

¹⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 126.292/SP**. Relator Teori Zavascki - Pleno - Diário de Justiça Eletrônico, Brasília 17 fev. 2016. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 07 de setembro de 2017, p. 23.

¹⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 126.292/SP**. Relator Teori Zavascki - Pleno - Diário de Justiça Eletrônico, Brasília 17 fev. 2016. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 07 de setembro de 2017, p. 23.

¹⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 126.292/SP**. Relator Teori Zavascki - Pleno - Diário de Justiça Eletrônico, Brasília 17 fev. 2016. Disponível em

Acerca do art. 637 do Código de Processo Penal e o art. 27, § 2º, da Lei 8.038/1990, o Min. Teori Zavascki (Relator) sustentou em 2016 que os recursos especial e extraordinário cabíveis para instâncias extraordinárias do STJ e do STF têm âmbito de cognição estrito à matéria de direito, negando efeito suspensivo aos recursos extraordinários tal como fazem os referidos diplomas legais.¹⁵⁵ Enfatizando que o STF está autorizado a conhecer somente aqueles recursos que tratem de questões constitucionais que transcendam o interesse subjetivo da parte, afirma que tais recursos não têm por finalidade específica examinar a justiça ou injustiça de sentenças em casos concretos, destinando-se à preservação da higidez do sistema normativo; tal aspecto se evidencia, no que se refere ao recurso extraordinário, com a edição da EC 45/2004, ao inserir como requisito de admissibilidade desse recurso a existência de repercussão geral da matéria a ser julgada. Desse modo é imposto ao recorrente, o ônus de demonstrar a relevância jurídica, política, social ou econômica da questão controvertida.¹⁵⁶

O conteúdo dos artigos 147 e 164 da Lei 7.210/84 (Lei de Execução Penal), caso forem interpretados como passíveis a exigir a manifestação dos Tribunais Superiores sobre a sentença penal condenatória para ter início a execução penal, o Min. Edson Fachin aduz que é argumento insuficiente a impedir a execução penal depois de esgotadas as instâncias ordinárias, na medida em que é diploma normativo anterior à Lei nº 8.038/90.¹⁵⁷

É prudente lembrar que o argumento de que a maioria dos recursos extraordinários de natureza criminal que chegam à corte não se revestem expressivamente de repercussão geral de ordem econômica, jurídica, social e política foi trazido à baila ainda em 2009, na ocasião do julgamento do habeas corpus 84.078 pelo à época Ministro da Corte Joaquim Barbosa, que em um levantamento da quantidade de Recursos

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 07 de setembro de 2017, p. 9.

¹⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 126.292/SP**. Relator Teori Zavascki - Pleno - Diário de Justiça Eletrônico, Brasília 17 fev. 2016. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 07 de setembro de 2017, p. 9-10.

¹⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 126.292/SP**. Relator Teori Zavascki - Pleno - Diário de Justiça Eletrônico, Brasília 17 fev. 2016. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 07 de setembro de 2017, p. 15-16.

¹⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 126.292/SP**. Relator Teori Zavascki - Pleno - Diário de Justiça Eletrônico, Brasília 17 fev. 2016. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 07 de setembro de 2017, p. 24.

Extraordinários dos quais fora relator, nos últimos dois anos dessa ocasião foram providos menos de 4% dos casos”.¹⁵⁸

A discussão acerca da possibilidade de análise de provas pelos tribunais superiores dá ensejo à discussão de um tema que aparentemente pode assumir um viés político pelo Supremo Tribunal Federal: a interposição de recursos com intento protelatório, argumento enfatizado principalmente pelos Ministros Teori Zavascki (Relator), Luís Roberto Barroso e Edson Fachin.¹⁵⁹ O Min. Teori Zavascki, por exemplo, entende que a jurisprudência que nega executividade a qualquer condenação enquanto não esgotado definitivamente o julgamento de todos os recursos, ordinários e extraordinários tem corroborado a indevida interposição de recursos com o propósito de protelar a execução da pena, que visem à configuração da prescrição da pretensão punitiva ou executória do estado.¹⁶⁰

Sobre o tema, no HC 126.292, o Min. Edson Fachin entendeu que “o trânsito em julgado, no sistema recursal brasileiro, depende em algum momento da inércia da parte sucumbente”, pois há sempre um recurso oponível a uma decisão e que os mecanismos legais destinados a repelir recursos meramente protelatórios são ainda muito incipientes.¹⁶¹ ¹⁶² Assim como o Ministro Luís Roberto Barroso entende que a impossibilidade de

¹⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 84.078/MG**. Relator Eros Grau - Pleno - Diário de Justiça Eletrônico, Brasília 05 fev. 2009. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>>. Acesso em: 07 de setembro de 2017.

¹⁵⁹ Sobre o tema, no Habeas Corpus 126.292 também o Min. Luiz Fux critica o fato de a defesa recorrer *ad infinitum*, correndo a prescrição, o que considera teratológico.

¹⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 126.292/SP**. Relator Teori Zavascki - Pleno - Diário de Justiça Eletrônico, Brasília 17 fev. 2016. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 07 de setembro de 2017, p. 16-17.

¹⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 126.292/SP**. Relator Teori Zavascki - Pleno - Diário de Justiça Eletrônico, Brasília 17 fev. 2016. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 07 de setembro de 2017, p. 24.

¹⁶² Sobre esse aspecto, no HC 126.292, o Min. Edson Fachin: “a jurisprudência desta Suprema Corte, em recursos criminais, firmou-se no sentido de determinar a certificação do trânsito em julgado com baixa imediata dos autos, independentemente de publicação do acórdão, sempre que os segundos embargos de declaração forem desprovidos, por considerá-los protelatórios. Essa jurisprudência já configura um limite imposto por essa Corte à estrita literalidade da regra do art. 5º, LVII, da CF. Defendo, na linha das razões muito bem articuladas pelo eminente Relator, que o limite deva ser maior”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 126.292/SP**. Relator Teori Zavascki - Pleno - Diário de Justiça Eletrônico, Brasília 17 fev. 2016. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 07 de setembro de 2017, p. 24.

execução da pena após o julgamento final pelas instâncias ordinárias tem como consequência direta o incentivo à interposição de recursos protelatórios.

1.2.2 – O problema da seletividade do Sistema Penal e o descrédito do sistema de justiça brasileiro junto à sociedade versus. o pragmatismo como corrente interpretativa

Um tema bastante abordado pelos Ministros nos votos foi o descrédito da sociedade ante ao sistema de justiça brasileiro. O argumento de que a impossibilidade de execução da pena após o julgamento final pelas instâncias ordinárias reforça a seletividade do sistema penal foi utilizado pelos Ministros Luís Roberto Barroso, Teori Zavascki (Relator) e Luiz Fux nos anos de 2016, 2018 e 2019.

No HC 126.292, em 2016, o Ministro Luís Roberto Barroso criticou a ampla possibilidade de recorrer em liberdade, o que beneficiaria réus de maior poder aquisitivo, que podem contratar custosos serviços advocatícios,¹⁶³ assim expressando: “Em regra, os réus mais pobres não têm dinheiro (nem a Defensoria Pública tem estrutura) para bancar a procrastinação. Para o Ministro, “não por acaso, na prática, torna-se mais fácil prender um jovem de periferia que porta 100g de maconha do que um agente político ou empresário que comete uma fraude milionária”.¹⁶⁴ Em outro momento, asseverou que a possibilidade de aguardar o trânsito em julgado do REsp e do RE em liberdade para apenas então iniciar a execução da pena tem enfraquecido a tutela dos bens jurídicos resguardados pelo direito penal e a confiança da sociedade na Justiça criminal, sendo necessário a restauração do sentimento social de eficácia da lei penal.¹⁶⁵

¹⁶³ Observação feita durante voto oral no julgamento (tratar na PARTE 2, sobre Direito e Política): “E aqui eu gostaria de dizer uma coisa que considero muito importante. Eu fui advogado mais de 30 anos. Eu não era advogado criminal, mas sempre tive admiração pela advocacia criminal. E me lembro como se fosse hoje de um comentário feito por um dos maiores advogados criminalistas do país, que era meu amigo e colega na UERJ, o Professor Evaristo de Moraes. Ele me disse: ‘As pessoas têm imenso preconceito contra os advogados criminais. Elas acham que nunca vão precisar da gente. Mas, no dia em que precisam – porque todo mundo está sujeito a um infortúnio e a um dia precisar – elas nos procuram humildes e devastadas. Aí seria a hora de lembrar a elas o preconceito que tinham contra nós’. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 126.292/SP**. Relator Teori Zavascki - Pleno - Diário de Justiça Eletrônico, Brasília 17 fev. 2016. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 07 de setembro de 2017, p. 98.

¹⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 126.292/SP**. Relator Teori Zavascki - Pleno - Diário de Justiça Eletrônico, Brasília 17 fev. 2016. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 07 de setembro de 2017, p. 25.

¹⁶⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 126.292/SP**. Relator Teori Zavascki - Pleno - Diário de Justiça Eletrônico, Brasília 17 fev. 2016. Disponível em

Também fazendo coro à tese de que os recursos são inibidores da efetividade da jurisdição penal, o Min. Teori Zavascki (Relator), no HC 126.292, aponta que o Código Penal, no artigo 117, IV, prevê como último marco interruptivo do prazo prescricional antes do início do cumprimento da pena a publicação da sentença ou do acórdão recorríveis. Desse modo, os recursos posteriores não vocacionados à resolução de questões relacionadas a fatos e provas, não acarretam a interrupção da contagem do prazo prescricional.¹⁶⁶

Como resultado, os Ministros Luís Roberto Barroso e Teori Zavascki (Relator) apontaram, em 2016, à grande quantidade de ocorrência da prescrição da pretensão punitiva (os dados sobre prescrição serão trabalhados no tópico) ou, alternadamente, ao alongado distanciamento temporal entre a prática do delito e a punição definitiva. Assim concluiu o Ministros Luís Roberto Barroso “Um sistema de justiça desmoralizado não serve ao Judiciário, à sociedade, aos réus e tampouco aos advogados.”¹⁶⁷

E quanto aos equívocos nos juízos condenatórios proferidos pelas instâncias ordinárias? O Min. Teori Zavascki (Relator) sustentou, em 2016, que a execução provisória da sentença penal não significa o desamparo da tutela jurisdicional do acusado, uma vez que medidas cautelares de outorga de efeito suspensivo ao recurso extraordinário ou especial são instrumentos inteiramente adequados e eficazes para controlar situações de injustiças ou excessos em juízos condenatórios recorridos. Como alternativa, a ação constitucional do *habeas corpus* possui aptidão para controlar eventuais ataques aos direitos fundamentais do acusado.¹⁶⁸

A abordagem do descrédito do sistema de justiça brasileiro pelo Supremo é criticada como próxima a uma perspectiva de abordagem política pela corte. Em 2016, no HC 126.292, o Min. Luís Roberto Barroso defendeu essa crítica asseverando que os

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 07 de setembro de 2017, p. 53.

¹⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 126.292/SP**. Relator Teori Zavascki - Pleno - Diário de Justiça Eletrônico, Brasília 17 fev. 2016. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 07 de setembro de 2017, p. 19.

¹⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 126.292/SP**. Relator Teori Zavascki - Pleno - Diário de Justiça Eletrônico, Brasília 17 fev. 2016. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 07 de setembro de 2017, p. 33-34.

¹⁶⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 126.292/SP**. Relator Teori Zavascki - Pleno - Diário de Justiça Eletrônico, Brasília 17 fev. 2016. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 07 de setembro de 2017, p. 19.

métodos de atuação e argumentação dos órgãos judiciais são essencialmente jurídicos, mas a natureza de sua função, notadamente quando envolva a jurisdição constitucional e os chamados casos difíceis,¹⁶⁹ tem uma inegável dimensão *política*. Para o ministro, “a norma jurídica não é o relato abstrato contido no texto legal, mas o produto da integração entre texto e realidade”,¹⁷⁰ defendendo uma leitura moral da Constituição mediante a integração de sentido dos conceitos jurídicos indeterminados e dos princípios com base nos valores éticos da sociedade (leitura moral da Constituição) e, após isso, uma atualização das normas constitucionais pelo intérprete, visando o melhor resultado possível por meio de uma interpretação pragmática,¹⁷¹ nesse sentido a interpretação constitucional é atividade concretizadora, pois é interação entre o sistema, o intérprete e o problema) e construtivista, pois atribui significados aos textos constitucionais que ultrapassam sua dicção expressa.¹⁷²

A esse agrupamento de decisões que abordam o descrédito do sistema de justiça brasileiro junto à sociedade, Ronald Dworkin diferencia como argumentos de princípio, baseados em direito, que diferem dos argumentos de política, baseados no objetivo, os quais tentam demonstrar que a comunidade estaria melhor, como um todo, se um programa particular fosse seguido.¹⁷³ Nesse sentido, Menelick de Carvalho Netto aduz que “é absolutamente inaceitável a invocação de razões abstratas contingentes, como a efetividade da jurisdição, para, a pretexto de se tentar garantir direitos, promover-se a

¹⁶⁹ Cf. DWORKIN, Ronald. **A Matter of Principle**. Cambridge, Massachusetts, and London, England: Harvard University Press, 1985; DWORKIN, Ronald. **Justice for Hedgehogs**. Cambridge, Massachusetts, and London, England: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011. P. 330); DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. (Coleção Direito e Justiça).

¹⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 126.292/SP**. Relator Teori Zavascki - Pleno - Diário de Justiça Eletrônico, Brasília 17 fev. 2016. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 07 de setembro de 2017, p. 49.

¹⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 126.292/SP**. Relator Teori Zavascki - Pleno - Diário de Justiça Eletrônico, Brasília 17 fev. 2016. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 07 de setembro de 2017, p. 49-50

¹⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 126.292/SP**. Relator Teori Zavascki - Pleno - Diário de Justiça Eletrônico, Brasília 17 fev. 2016. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 07 de setembro de 2017, p. 49-50

¹⁷³ “Arguments of principle claim, on the contrary, that particular programs must be carried out or abandoned because of their impact on particular people, even if the community as a whole is in some way worse off in consequence. Arguments of principle are right-based. Because the simple view that law and politics are one ignores this distinction, it fails to notice an important qualification to the proposition that judges must and do serve their own political convictions in deciding what the law is. Even in hard cases, though judges enforce their own convictions about matters of principle, they need not and characteristically do not enforce their own opinions about wise policy.” (DWORKIN, Ronald. **A Matter of Principle**. Cambridge, Massachusetts, and London, England: Harvard University Press, 1985. p. 2-3).

efetiva aniquilação de garantias individuais constitucionalmente garantidas”.¹⁷⁴ Diante da necessidade de captar a essência da hermenêutica constitucional no paradigma do Estado Democrático de Direito, temos no Brasil uma constituição analítica, que não permite uma hermenêutica com expressões próprias de política utilizada para mitigar direitos e garantias individuais historicamente conquistados.

Diante do descrédito do sistema de justiça brasileiro o Min. Luís Roberto Barroso faz a opção do pragmatismo como corrente interpretativa defendendo a tese de que a reversão da decisão do habeas corpus de 2009 deve promover o equilíbrio e funcionalidade do sistema de justiça criminal, a redução da seletividade do sistema penal e a quebra do paradigma de impunidade.¹⁷⁵ ¹⁷⁶ Contra a utilização da interpretação pragmática, a doutrina entende que o direito fundamental à presunção de inocência é trunfo passível a afastar todo e qualquer argumento pragmático de busca de maximização de interesses coletivos, pois

(...) Uma comunidade política não tem poder moral para criar e garantir (enforce) obrigações contra seus membros a não ser que os trate com igual consideração e respeito; a não ser que suas políticas tratem seus destinos como igualmente importantes e respeitem suas responsabilidades individuais por suas próprias vidas. O princípio da legitimidade ¹⁷⁷é a fonte mais abstrata dos direitos políticos. O governo não tem autoridade moral para coagir ninguém. Mesmo para garantir o welfare ou bem-estar geral ou bem de uma comunidade como um todo, a não ser que respeite os dois requerimentos pessoa por pessoa. Os princípios de dignidade, portanto, expressam direitos políticos muito abstratos: eles trunfam as políticas coletivas dos governos. Nós formamos essa hipótese: todos os direitos políticos são derivativos desse fundamental. Nós

¹⁷⁴ CARVALHO NETTO, Menelick de; TOMAZ, Mateus Rocha; BASTOS, Marcus Vinícius Fernandes. Constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal. Parecer ao Partido Ecológico Nacional (PEN), responsável pelo ajuizamento da Ação Direta de Constitucionalidade n. 43. Parecer disponível nos autos da referida ADC. p. 3.

¹⁷⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 126.292/SP**. Relator Teori Zavascki - Pleno - Diário de Justiça Eletrônico, Brasília 17 fev. 2016. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 07 de setembro de 2017, p. 50.

¹⁷⁶ Ainda, o Ministro apontou em conferência em 2016 a dificuldade em dar execução às condenações por crimes que causem lesão ao erário ou à administração pública ou crimes de natureza econômica ou tributária, assim como os crimes de colarinho branco, entendendo que. “O baixíssimo risco de punição – na verdade, a certeza da impunidade – funcionava como um incentivo imenso à conduta criminoso de agentes públicos e privados”. O enfrentamento da corrupção e da impunidade produzirá uma transformação cultural importante no Brasil: a valorização dos *bons* em lugar dos *espertos*. V. Luís Roberto Barroso, Brasil: o caminho longo e tortuoso. Conferência proferida na Universidade de Nova York, em 11 abr. 2016. Disponível em:

<<http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2016/04/Conferência-NYU-11-abr2016-versão-final-completa2.pdf>>. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 126.292/SP**. Relator Teori Zavascki - Pleno - Diário de Justiça Eletrônico, Brasília 17 fev. 2016. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 07 de setembro de 2017, p. 52-53.

¹⁷⁷ A perspectiva acerca da legitimidade será tratada de maneira aprofundada na Parte 2.

fixamos e defendemos direitos particulares ao perguntar, em muito maior detalhes, o que igual consideração e respeito requerem.¹⁷⁸

Ronald Dworkin exemplifica o imperativo hermenêutico afirmando que mesmo que a pena de morte por parte do estado possa diminuir o número de homicídios ela continua sendo injustificada na medida em que ela impõe “mazelas morais” ainda maiores que o sofrimento causado pelo “pequeno aumento no número de homicídios”.¹⁷⁹ A doutrina compara essa exemplificação de Dworkin à permissão da execução antecipada da pena de prisão no ordenamento jurídico brasileiro, o que seria vedado no âmbito constitucional (art. 5º, LVII) e infraconstitucional (art. 283 do CPP).¹⁸⁰

Para a doutrina o judiciário não pode utilizar “argumentos tipicamente característicos dos discursos legislativos, marcados pela busca pragmática do atingimento de fins específicos. Sob o paradigma do Estado Democrático de Direito, deve a hermenêutica constitucional estar centrada em levar os direitos a sério, resguardando a integridade e a coerência histórico-constitucional da comunidade de princípios que constitui a Constituição”.¹⁸¹

Nesse contexto, o argumento pragmático é refutado ao considerarmos seu caráter contraditório pois a antecipação do trânsito em julgado representa, de imediato, um aumento no número de prisões no Brasil.¹⁸² Esses aspectos se defrontam diretamente com a conclusão de que o sistema carcerário brasileiro se encontra em um “estado de coisas inconstitucional” do Supremo Tribunal Federal no julgamento da Arguição de

¹⁷⁸ Tradução livre de: “A political community has no moral power to create and enforce obligations against its members unless it treats them with equal concern and respect; unless, that is, its policies treat their fates as equally important and respect their individual responsibilities for their own lives. That principle of legitimacy is the most abstract source of political rights. Government has no moral authority to coerce anyone, even to improve the welfare or well-being or goodness of the community as a whole, unless it respects those two requirements person by person. The principles of dignity therefore state very abstract political rights: they trump government’s collective policies. We form this hypothesis: All political rights are derivative from that fundamental one. We fix and defend particular rights by asking, in much more detail, what equal concern and respect require.” (DWORKIN, Ronald. **Justice for Hedgehogs**. Cambridge, Massachusetts, and London, England: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011. p. 330)

¹⁷⁹ DWORKIN, Ronald. **Justice for Hedgehogs**. Cambridge, Massachusetts, and London, England: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011. p. 329.

¹⁸⁰ CARVALHO NETTO, Menelick de; TOMAZ, Mateus Rocha; BASTOS, Marcus Vinícius Fernandes. **Constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal. Parecer ao Partido Ecológico Nacional (PEN), responsável pelo ajuizamento da Ação Direta de Constitucionalidade n. 43**. Parecer disponível nos autos da referida ADC. p. 24.

¹⁸¹ CARVALHO NETTO, Menelick de; TOMAZ, Mateus Rocha; BASTOS, Marcus Vinícius Fernandes. **Constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal. Parecer ao Partido Ecológico Nacional (PEN), responsável pelo ajuizamento da Ação Direta de Constitucionalidade n. 43**. Parecer disponível nos autos da referida ADC. p. 30.

¹⁸² O raciocínio no sentido de que a antecipação do cumprimento pena reduzirá o número de prisões preventivas é falacioso na medida em que o preso provisório se torna preso definitivo.

Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347/DF. Também O Ministro Ricardo Lewandowski lembrando que o sistema penitenciário brasileiro se encontra num estado de coisas inconstitucional manifesta sua “perplexidade” diante dessa decisão logo após o que foi assentando na ADPF 347 e no RE 592.581, assim completando: “(...) nós vamos facilitar a entrada de pessoas neste verdadeiro inferno de Dante, que é o nosso sistema prisional? Ou seja, abrandando esse princípio maior da nossa Carta Magna, uma verdadeira cláusula pétrea. Então isto, com todo o respeito, *data venia*, me causa a maior estranheza”.¹⁸³

Acerca da seletividade do sistema penal, a pretensa finalidade de prender pessoas de classes sociais mais abastadas não iria garantir direitos fundamentais às populações marginalizadas. A doutrina insiste que “os mecanismos de seletividade atuam em esferas em muito anteriores ao próprio processo de judicialização e, instaurado o processo, sobretudo, em seu curso ordinário. É razoável supor, então, que os acusados de crimes de colarinho branco, que são investigados pela “Operação Lava-jato” e são patrocinados pelas maiores bancas de advocacia do país, a quem supostamente se dirige a nova jurisprudência, constituirão, depois de já operados diversos mecanismos de seletividade, parcela ínfima dos atingidos pelo reestabelecimento do cumprimento antecipado da pena. Segundo, “o aprimoramento das instituições não comporta atalhos, a seletividade penal só será reduzida com a extensão de tratamentos humanizados e garantias fundamentais a todas as parcelas da população e não com a pretensão de restrição de direitos de uma parcela inegavelmente favorecida quando comparada com aqueles que se encontram em situação de alto grau de vulnerabilidade”.^{184 185}

¹⁸³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 126.292/SP**. Relator Teori Zavascki - Pleno - Diário de Justiça Eletrônico, Brasília 17 fev. 2016. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 07 de setembro de 2017, p. 98.

¹⁸⁴ CARVALHO NETTO, Menelick de; TOMAZ, Mateus Rocha; BASTOS, Marcus Vinícius Fernandes. Constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal. Parecer ao Partido Ecológico Nacional (PEN), responsável pelo ajuizamento da Ação Direta de Constitucionalidade n. 43. Parecer disponível nos autos da referida ADC. p. 28-29.

¹⁸⁵ Nesse ponto, é importante se registrar o contra-argumento lançado pelo eminente Ministro EROS GRAU, ao julgar o HC 84.078-7/MG, sobre a questão da impunidade a motivar o cumprimento antecipado da pena: “A prevalecer o entendimento que só se pode executar a pena após o trânsito em julgado das decisões do RE e do Resp, consagrar-se-á, em definitivo, a impunidade. Isso — eis o fecho de outro argumento — porque os advogados usam e abusam de recursos e de reiterados Habeas Corpus, ora pedindo a liberdade, ora a nulidade da ação penal. Ora — digo eu agora — a prevalecerem essas razões contra o texto da Constituição melhor será abandonarmos o recinto e sairmos por aí, cada qual com o seu porrete, arrebrandando a espinha e a cabeça de quem nos contrariar. Cada qual com o seu porrete! Não recuso significação ao argumento, mas ele não será relevante, no plano normativo, anteriormente a uma possível reforma processual, evidentemente adequada ao que dispuser a Constituição. Antes disso, se prevalecer, melhor recuperarmos nossos porretes”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 84.078/MG**.

A demanda traduzida pelo Supremo Tribunal Federal nos votos dos ministros parece, sutilmente, ter se alterado. Se em 2016 os votos se ancoravam em uma narrativa de combate à corrupção e à necessidade de trazer efetividade ao sistema penal brasileiro, em 2019, na virada jurisprudencial que compõe as Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43, 44 e 54 o caso parece ter se deslocado, em alguns momentos, para uma narrativa essencialmente ancorada na figura *do que é justo*, fortemente vocalizada na ideia antagônica de que a prisão logo após a segunda instância perpetuaria uma desigualdade social via poder judiciário, onde essencialmente “só pobres estariam presos”, em oposição à ideia de que na espera do trânsito em julgado “os ricos restariam soltos” – não esqueçamos dessa informação, que parece indicar um lugar comum de ambas as narrativas. Por exemplo, o Defensor Público Geral do Estado do Rio de Janeiro, Pedro Carriello, asseverou que os alvos da decisão seriam os assistidos da defensoria, na sua maioria pobres e negros e a seguinte passagem do voto do Ministro Luís Roberto Barroso deixa claro a contraposição à esse argumento:

A ampla (e quase irrestrita) possibilidade de recorrer em liberdade **aproveita sobretudo aos réus abastados, com condições de contratar os melhores advogados para defendê-los em sucessivos recursos. Em regra, os réus mais pobres não têm dinheiro (nem a Defensoria Pública tem estrutura) para bancar a procrastinação.** Não por acaso, na prática, torna-se mais fácil prender um jovem de periferia que porta 100g de maconha do que um agente político ou empresário que comete uma fraude milionária.¹⁸⁶

Essa avaliação é importante na medida em que ela parecer indicar que ambas as narrativas parecem caminhar para um lugar comum a partir de um espaço democrático como *locus* de debate.¹⁸⁷ Em outro momento, asseveramos que os argumentos referentes ao direito constitucional são edificados em múltiplas arenas e o debate se torna instrumento para captar espaços oficiais de articulação das normas constitucionais. Quando o objeto da controvérsia passa ao centro do debate público, acaba por fornecer

Relator Eros Grau - Pleno - Diário de Justiça Eletrônico, Brasília 05 fev. 2009. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>>. Acesso em: 20 de ago de 2021.

¹⁸⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 126.292/SP**. Relator Teori Zavascki - Pleno - Diário de Justiça Eletrônico, Brasília 17 fev. 2016. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 07 de setembro de 2017.

¹⁸⁷ É um processo em que os adversários afiam e refinam seus argumentos a fim de refutarem as reivindicações mais poderosas dos seus oponentes. Siegel ainda pondera que a busca pela persuasão do oponente cria áreas de convergência (reais ou aparentes) e é nessas áreas que a Corte pode decidir o caso. POST, ROBERT C. AND SIEGEL, REVA B. *Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash*.(2007). **Faculty Scholarship Series. Paper 169**. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/169>. Acesso em 20 de outubro de 2016.

matéria-prima para a corte delinear seus argumentos acerca do significado do princípio da presunção de inocência – provavelmente o que houve no intervalo entre os anos de 2016 a 2019,¹⁸⁸ tema que será amplamente abordado no Capítulo 3 do presente trabalho.

1.2.3 – Dados sobre os Recursos apresentados aos tribunais superiores

Acerca do debate sobre o princípio da presunção de inocência, alguns ministros utilizam o argumento estatístico sobre a desnecessidade de esperar o trânsito em julgado para o início do cumprimento da pena, quer pela razão de que o percentual de recursos extraordinários providos em favor do réu seja irrisório, quer porque a necessidade do trânsito em julgado corrobora para que infundáveis recursos sejam interpostos unicamente visando a prescrição da pretensão punitiva.

No HC 126.292, em 2016, acerca dos recursos apresentados aos tribunais superiores, o Min. Luís Roberto Barroso considerou como argumento apontar o percentual de recursos extraordinários providos em favor do réu como inferior a 1,5%. O Ministro traz dados oficiais da assessoria de gestão estratégica do Supremo referentes ao período de 01.01.2009 até 19.04.2016, cujo percentual médio de recursos criminais providos em favor do réu e Ministério Público de 2,93%; providos apenas em favor do réu é 1,12%, com casos raros de absolvição.¹⁸⁹

Também sobre esse aspecto, no HC 126.292, O Min. Teori Zavascki (Relator) apontou como consequência do HC 84.078/2009, trazendo os registros de Fernando Brandini Barbagalo:

Movido pela curiosidade, verifiquei no sítio do Superior Tribunal de Justiça a quantas andava a tramitação do recurso especial do Sr. Omar. Em resumo, o recurso especial não foi recebido pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais,

¹⁸⁸ POST, ROBERT C. AND SIEGEL, REVA B. Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash.(2007). **Faculty Scholarship Series. Paper 169**. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/169>. Acesso em 20 de outubro de 2016.

¹⁸⁹ “Foram identificadas apenas nove decisões absolutórias, representando 0,035% do total de decisões (ARE 857130, ARE 857.130, ARE 675.223, RE 602.561, RE 583.523, RE 755.565, RE 924.885, RE 878.671, RE 607.173, AI 580.458). Deve-se considerar a possibilidade de alguma margem de erro, por se tratar de pesquisa artesanal. Ainda assim, não há risco de impacto relevante quer sobre os números absolutos quer sobre o percentual de absolvições”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 126.292/SP. Relator Teori Zavascki - Pleno - Diário de Justiça Eletrônico, Brasília 17 fev. 2016. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 07 de setembro de 2017.

sendo impetrado agravo para o STJ, quando o recurso especial foi, então, rejeitado monocraticamente (RESP n. 403.551/MG) pela ministra Maria Thereza de Assis. Como previsto, foi interposto agravo regimental, o qual, negado, foi combatido por embargos de declaração, o qual, conhecido, mas improvido. Então, fora interposto novo recurso de embargos de declaração, este rejeitado in limine. Contra essa decisão, agora vieram embargos de divergência que, como os outros recursos anteriores, foi indeferido. Nova decisão e novo recurso. Desta feita, um agravo regimental, o qual teve o mesmo desfecho dos demais recursos: a rejeição. Irresignada, a combativa defesa apresentou mais um recurso de embargos de declaração e contra essa última decisão que também foi de rejeição, foi interposto outro recurso (embargos de declaração). Contudo, antes que fosse julgado este que seria o oitavo recurso da defesa, foi apresentada petição à presidente da terceira Seção. Cuidava-se de pedido da defesa para – surpresa – reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva. No dia 24 de fevereiro de 2014, o eminente Ministro Moura Ribeiro, proferiu decisão, cujo dispositivo foi o seguinte: ‘Ante o exposto, declaro de ofício a extinção da punibilidade do condenado, em virtude da prescrição da pretensão punitiva da sanção a ele imposta, e julgo prejudicado os embargos de declaração de fls. 2090/2105 e o agravo regimental de fls. 2205/2213’ (Presunção de inocência e recursos criminais excepcionais, 2015).

Primeiro, existe uma objeção aos dados utilizados pelo Ministro Luís Roberto Barroso. Menelick de Carvalho Netto propõe uma reflexão acerca do estatuto epistemológico da análise estatística de direitos fundamentais do ministro com base em Niklas Luhmann e Jürgen Habermas e a expressão “modernidade tardia” e o conceito de modernidade como um projeto inacabado.

Aponta que os dados apresentados pelo ministro deixam de fora, por exemplo, o percentual de recursos que são providos pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) e que colocam em liberdade centenas de pessoas que haviam sido condenadas em segundo grau de Jurisdição: ¹⁹⁰ dados de fevereiro a abril de 2015 apontam que “cerca de 64% das decisões do Tribunal de Justiça de São Paulo com recursos da Defensoria Pública de SP são revertidas nos Tribunais Superiores, o que significa que esse será o percentual de pessoas que estarão cumprindo pena injustamente”¹⁹¹ – esse dado o Min. Luís Roberto Barroso considera irrelevante em seu voto, denotando uma grande diferença numérica e de perspectiva entre os dois modelos estatísticos apresentados. Ainda, Menelick de

¹⁹⁰ CARVALHO NETTO, Menelick de; TOMAZ, Mateus Rocha; BASTOS, Marcus Vinícius Fernandes. **Constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal**. Parecer ao Partido Ecológico Nacional (PEN), responsável pelo ajuizamento da Ação Direta de Constitucionalidade n. 43. Parecer disponível nos autos da referida ADC. p. 46.

¹⁹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação declaratória de constitucionalidade 43**. Distrito Federal. Requerente: Partido Ecológico Nacional – PEN. Intimados: Presidente da República et al. Am. Curiae.: Defensor Público-Geral do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 17 de outubro de 2019. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADCvotoRelator.pdf>>. Acesso em: 22 abr. 2020, p. 209-112.

Carvalho Netto aponta que os maiores afetados pela decisão do Supremo Tribunal Federal serão os jovens pobres das periferias do Brasil, com incremento do processo de encarceramento em massa e conseqüente violação de direitos humanos da população prisional brasileira.”¹⁹²

Segundo, qual é o local de autoridade do argumento estatístico para os fins da limitação acerca de direitos fundamentais? Direitos fundamentais podem ser relativizados tendo por base um argumento estatístico? Em uma sociedade aberta dos intérpretes da Constituição descrita por Peter Häberle, conforme as exigências hermenêuticas do Estado Democrático de Direito, é imperativa uma interpretação igualmente aberta de sua lei fundamental.¹⁹³ Nesse sentido, se há valor nos dados sobre o sistema carcerário brasileiro constantes do acórdão, tal importância deve ser balizada pelo estatuto epistemológico da ciência na modernidade tardia e por sua necessidade de ser desenvolvida de maneira fundamentada e aberta à constante refutação de seus supostos.¹⁹⁴

1.3 Um breve (e significativo) argumento sobre o problema das teorias normativas

A descrição da dogmática jurídica realizada nos tópicos anteriores nos conduz a explicar sobre o porquê de propormos uma análise diversa, com enfoque nas teses positivas estado-unidenses, agora tendo em conta o contexto político-jurídico das decisões. Afinal, a questão central do parâmetro normativo, “como os juízes devem decidir o caso?”, aparentemente é respondida pelas teses expostas pelos ministros, referenciadas anteriormente.

Expandimos o entendimento para além das fronteiras das teorias dogmáticas tendo em conta a consideração de Carvalho Netto, sobre o *habeas corpus* 126.292/SP, e que se estende aos demais julgados: a limitação ao princípio ocorreu sem que houvesse

¹⁹² CARVALHO NETTO, Menelick de; TOMAZ, Mateus Rocha; BASTOS, Marcus Vinícius Fernandes. **Constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal. Parecer ao Partido Ecológico Nacional (PEN), responsável pelo ajuizamento da Ação Direta de Constitucionalidade n. 43.** Parecer disponível nos autos da referida ADC. p. 46.

¹⁹³ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional** –A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. *Direito Público*, v. 11, n. 60, p. 25-50, 2014.

¹⁹⁴ CARVALHO NETTO, Menelick de; TOMAZ, Mateus Rocha; BASTOS, Marcus Vinícius Fernandes. **Constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal. Parecer ao Partido Ecológico Nacional (PEN), responsável pelo ajuizamento da Ação Direta de Constitucionalidade n. 43.** Parecer disponível nos autos da referida ADC. p. 47-48.

qualquer modificação substancial no pano de fundo normativo subjacente à matéria no sentido de desautorizar o entendimento até então adotado.¹⁹⁵

Ora, se não houve mudança substancial no pano de fundo normativo subjacente à matéria abordada e o entendimento da corte acerca do tema da presunção de inocência parece oscilar a partir de uma crise do contexto político brasileiro no período em questão, consideramos *o fato* de que as teses normativas descritas nos tópicos anteriores estiveram (e ainda estão) à mercê das flutuações imprevisíveis da corte e do contexto da qual ela faz parte. Percebemos, no caso da presunção de inocência, que a estabilidade das teses normativas não conduziram à uma restrição *efetiva* à corte, que não operaram em prol de uma *efetiva* estabilidade jurisprudencial, mas que sucumbiram perante a complexidade do momento político. É isso que nos conduz a investigar, no contexto das forças políticas e institucionais, o que é então decisivo para a estabilidade da jurisprudência.¹⁹⁶

Cedendo espaço à discussão que “confronta a aspiração normativa com a realidade positiva” proposta por Barry Friedman¹⁹⁷ e tentando conceber uma visão “mais completa e matizada” acerca do *judicial review*,¹⁹⁸ propomos uma narrativa baseada nas teorias positivas do direito adotando como pressuposto teórico a ideia de que a lei desempenha um papel no julgamento constitucional, mas não restringe os juízes da forma como a teoria normativa exige. Dessa forma nos parece adequado permanecer (e explorar) no contexto político que operam sobre o aparato normativo decisional, buscando compreender as restrições que os juízes da corte necessariamente enfrentam face ao *dever* de se fixar a parâmetros normativos. Então, a pergunta “como os juízes do Supremo deveriam decidir no caso da presunção de inocência?” é alterada para “que papel as forças

¹⁹⁵ CARVALHO NETTO, Menelick de; TOMAZ, Mateus Rocha; BASTOS, Marcus Vinícius Fernandes. **Constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal. Parecer ao Partido Ecológico Nacional (PEN), responsável pelo ajuizamento da Ação Direta de Constitucionalidade n. 43.** Parecer disponível nos autos da referida ADC. p. 47-48.

¹⁹⁶ Friedman pondera que a menos que a lei seja capaz de restringir os juízes de modo eficaz então decisões judiciais são limitadas pelas forças políticas e institucionais. FRIEDMAN, Barry. **The politics of judicial review.** Tex. L. Rev. v. 84. p. 257. 2005. Disponível em: < <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/tlr84&div=21&id=&page=>>. Acesso em 10 de abril de 2021.

¹⁹⁷ FRIEDMAN, Barry. **The politics of judicial review.** Tex. L. Rev. v. 84. p. 257. 2005. Disponível em: < <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/tlr84&div=21&id=&page=>>. Acesso em 10 de abril de 2021.

¹⁹⁸ “At each step of the way, the discussion confronts normative aspiration with positive reality, suggesting that normative thinking must give way, or at least must develop a more thorough and nuanced understanding of judicial review that takes account of positive theory’s lessons”. FRIEDMAN, Barry. **The politics of judicial review.** Tex. L. Rev. v. 84. p. 257. 2005. Disponível em: < <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/tlr84&div=21&id=&page=>>. Acesso em 10 de abril de 2021.

que influenciaram o Supremo na delimitação ao princípio da presunção e inocência desempenharam?”. Friedman trata por “velho método difícil de morrer” aquele adotado pelas teorias normativas de *judicial review*, asseverando serem poucas as que “(...) constroem uma determinada liberdade de atitude ou de restrição política. O desafio, então, é desenvolver uma compreensão do judicial review que seja capaz de incorporar aqueles entendimentos positivos de como os juízes se comportam.”¹⁹⁹

A abordagem que aqui propomos é diversa à pesquisa tradicional sobre o *judicial review*, que se orientam no sentido de conduzir a corte a reverenciar as teses normativas. De outro modo a análise positiva vem adicionar à perspectiva do “dever ser” uma construção do contexto do quadro decisional, considerando que lado ao aparato normativo existem restrições de natureza institucional que assumem uma influência considerável no desenvolvimento do direito constitucional,^{200 201} são forças políticas denominadas por Barry Friedman fala em “restrições rígidas”²⁰² que norteiam o judiciário, como as nomeações dos juízes em processos políticos, as ideologias dos juízes que não são apagadas antes de acenderem a um cargo, as questões que envolvem um ambiente colegiado, a necessidade dos atores políticos darem cumprimento às decisões da corte;²⁰³ Jack Balkin, complementando que “Não podemos saber o que podemos razoavelmente

¹⁹⁹ Para Barry Friedman a teoria constitucional normativa ainda não consegue lidar com as lições do conhecimento positivo, pois os velhos hábitos são difíceis de morrer. Texto Friedman. (p. 259). FRIEDMAN, Barry. **The politics of judicial review**. Tex. L. Rev. v. 84. p. 257. 2005. Disponível em: < <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/tlr84&div=21&id=&page=>>. Acesso em 10 de abril de 2021.

²⁰⁰ “A lei, sem dúvida, desempenha um papel no julgamento - e os estudiosos positivos ignoram isso por sua conta e risco - mas a lei nem sempre restringe os juízes da maneira que a teoria normativa parece exigir (...) existem outras restrições que os juízes enfrentam, muito reais, e essas restrições - ao contrário dos relatos de atitudes - quase certamente têm uma influência importante no desenvolvimento do direito constitucional. Mas essas restrições, de natureza institucional, são contrárias a outras identificadas pela teoria normativa sobre revisão judicial. É provavelmente por isso que recebem tão pouca atenção dos teóricos normativos”. FRIEDMAN, Barry. **The politics of judicial review**. Tex. L. Rev. v. 84. p. 257. 2005. Disponível em: < <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/tlr84&div=21&id=&page=>>. Acesso em 10 de abril de 2021.

²⁰¹ às teorias positivas acerca do comportamento judicial, sugere que o pensamento normativo deve “desenvolver uma compreensão mais completa e matizada da revisão judicial que leve em consideração as lições da teoria positiva”. FRIEDMAN, Barry. **The politics of judicial review**. Tex. L. Rev. v. 84. p. 257. 2005. Disponível em: < <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/tlr84&div=21&id=&page=>>. Acesso em 10 de abril de 2021.

²⁰² FRIEDMAN, Barry. **The politics of judicial review**. Tex. L. Rev. v. 84. p. 257. 2005. Disponível em: < <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/tlr84&div=21&id=&page=>>. Acesso em 10 de abril de 2021.

²⁰³ FRIEDMAN, Barry. **The will of the people: how public opinion has influenced the Supreme Court and shaped the meaning of the Constitution**. Farrar, Straus and Giroux, 2009.

esperar da instituição judiciário até que entendamos o que é razoavelmente possível para ele fazer, e isso significa compreender as forças que moldam sua tomada de decisão”.²⁰⁴

Brown v. Board of Education traz ensinamentos importantes sobre a teoria constitucional positiva: o supremo tribunal não é contramajoritário, mas é nacionalista em dois sentidos diferentes, sendo responsivo às maiorias políticas nacionais (em oposição às maiorias regionais) e sensível às opiniões das elites nacionais em oposição às opiniões das elites regionais; os tribunais são ruins em enfrentar resistências populares, no entanto, quando a disputa faz parte de uma estratégia mais ampla, incluindo uma reforma legislativa, o movimento de reforma tem mais probabilidade de ser bem-sucedido e progredir mais rapidamente. Ainda, quando a corte trabalha em conjunto com outros poderes institucionais, suas contribuições poderão ser mais significativas; os tribunais tendem a proteger as minorias, ainda, os movimentos sociais alteram a lei constitucional.²⁰⁵

Compreendemos que a adoção do aparato das teorias positivas traz implicações relevantes para o debate normativo. As teorias positivas enriquecem o debate sobre a determinação do conteúdo da constituição.²⁰⁶ Conhecer as restrições que os juízes enfrentam no processo decisional também possibilita o abandono da classificação dos juízes em “heróis” ou “antidemocráticos, sendo as teorias positivas

(...) uma história muito diferente da que há muito se conta sobre o judicial review, mas talvez seja igualmente atraente. Não classifica os juízes como salvadores, acusados de enfrentar a vontade popular para fazer cumprir nossos valores fundamentais. Ao mesmo tempo, nem os juízes são alguma estranha força antidemocrática, exercendo poder sobre nós sem esperança de controle.²⁰⁷

²⁰⁴ BALKIN, Jack M. What “Brown” teaches us about constitutional theory. *Virginia Law Review*, p. 1537-1577, 2004. Disponível em: <<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/valr90&div=38&id=&page=>>>. Acesso em: 12.01.2021

²⁰⁵ BALKIN, Jack M. What “Brown” teaches us about constitutional theory. *Virginia Law Review*, p. 1537-1577, 2004. Disponível em: <<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/valr90&div=38&id=&page=>>>. Acesso em: 12.01.2021

²⁰⁶ Sobre como os precedentes importantes influenciam o desenvolvimento do direito. KRITZER, Herbert M.; RICHARDS, Mark J. Jurisprudential regimes and Supreme Court decisionmaking: The Lemon regime and establishment clause cases. *Law & Society Review*, v. 37, n. 4, p. 827-840, 2003.

²⁰⁷ FRIEDMAN, Barry. *The politics of judicial review*. Tex. L. Rev. v. 84. p. 257. 2005. Disponível em: <<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/tlr84&div=21&id=&page=>>>. Acesso em 10 de abril de 2021.

Ainda, compreender o ambiente político no qual os juízes constitucionais agem, assim como as restrições que os mesmos enfrentam^{208 209} é para Epstein e Knight um melhor “uso da energia normativa” que propõem observar o tema da política judicial como paradigma estratégico.²¹⁰ Mas encontramos uma observação feita por Richard Fallon, ainda em 2001, que parece traduzir com clareza a nossa impressão: os debates centrais no campo da teoria normativa tornaram-se petrificados,²¹¹

Barry Friedman argumenta que, na prática, os juízes não são limitados da maneira como a teoria normativa julga essencial e sofrem influências ou limitações de fatores que não deveriam ter o condão de afetá-los. Dado que, para o autor, nenhuma teoria é capaz de impedir os juízes que decidam conforme seus próprios valores, as teorias positivas renovam os debates sobre metodologia interpretativa apropriada.²¹² Conforme Friedman, os estudos positivos são “(...) uma história sobre um sistema de *judicial review* que realmente existe”²¹³ – é considerando, portanto, esse pressuposto que julgamos necessário propor uma compreensão realista do *judicial review* que leve em consideração todas aquelas forças que atuaram nas decisões que envolvem o princípio da limitação à presunção de inocência, discussão que desenvolveremos nos próximos capítulos.

A justificativa para a utilização de teorias estado-unidenses encontra respaldo nos argumentos de Barboza e Kozicki, que apontam a existência de convergências dos sistemas de common law e civil law em relação aos parâmetros de *judicial review* a partir do exame sobre o trabalho interpretativo de princípios constitucionais não escritos, encontrando correspondência entre dois temas presentes no contexto do

²⁰⁸ “A teoria normativa sobre judicial review limita suas próprias possibilidades e valor por não conseguir entender o que os estudos positivos ensinam sobre o ambiente político no qual os juízes constitucionais agem e sobre as restrições que necessariamente enfrentam”. FRIEDMAN, Barry. **The politics of judicial review**. Tex. L. Rev. v. 84. p. 257. 2005. Disponível em: <<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/tlr84&div=21&id=&page=>>>. Acesso em 10 de abril de 2021.

²⁰⁹ “As teorias normativas existentes sobre o judicial review são, e permanecerão, inadequadas na medida em que continuam a deixar de levar em conta as lições de estudos positivos”. FRIEDMAN, Barry. **The politics of judicial review**. Tex. L. Rev. v. 84. p. 257. 2005. Disponível em: <<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/tlr84&div=21&id=&page=>>>. Acesso em 10 de abril de 2021.

²¹⁰ EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack. Toward a strategic revolution in judicial politics: A look back, a look ahead. **Political Research Quarterly**, v. 53, n. 3, p. 625-661, 2000.

²¹¹ RICHARD H. FALLON, IMPLEMENTING THE CONSTITUTION 2

²¹² Tradução livre de. “Estudos positivos sugerem que os juízes não são limitados de algumas maneiras que a teoria normativa acredita ser essencial e que os juízes são limitados de maneiras que a teoria normativa sugere que não deveriam ser”. Friedman.

²¹³ FRIEDMAN, Barry. **The politics of judicial review**. Tex. L. Rev. v. 84. p. 257. 2005. Disponível em: <<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/tlr84&div=21&id=&page=>>>. Acesso em: 10 de abril de 2021.

constitucionalismo do common law e o constitucionalismo brasileiro,²¹⁴ as ideias de “constituição invisível”, de Laurence Tribe²¹⁵ e “Constituição viva”, de David Strauss –²¹⁶ ideias que abordaremos no decorrer do trabalho.

O argumento principal de Barboza e Kozicki é que a questão “de princípios constitucionais não escritos” não é exclusivamente inerente à tradição do direito consuetudinário ou em países que não possuem texto constitucional escrito, pois “(...) comum que as Constituições escritas tenham princípios implícitos e abstratos, expressos de maneira geral e em linguagem aberta, de modo que sejam capazes de aplicação flexível às circunstâncias mutáveis de acordo com as mudanças da sociedade”.^{217 218}

A Constituição material vai além da Constituição formal e, da mesma forma são os princípios constitucionais não escritos, o que nos leva a buscar a validade e supremacia dessas normas para além de suas origens formais, pois “a Constituição e os princípios constitucionais têm conteúdo material, e sua disposição escrita é apenas uma representação formal de valores já presentes e aceitos em determinada sociedade”. Desse modo, para Barboza e Kozicki, a Constituição não é um texto, mas o texto é apenas uma tentativa de representar a Constituição, e o papel interpretativo a ser exercido pelos juízes

²¹⁴ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. *Common Law and Civil Law: Convergences Beyond a Written Constitution*. Cuest. Const., Ciudad de México, n. 40, p. 39-73, jun. 2019. Disponível em <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-91932019000100039&lng=es&nrm=iso>. acessado em 01 nov. 2021. Epub 20-Mar-2020. <<https://doi.org/10.22201/ij.24484881e.2019.40.13227>>.

²¹⁵ TRIBE, Laurence H. *The invisible constitution*. Oxford University Press, 2008.

²¹⁶ STRAUSS, David A. *The living constitution*. Oxford University Press, 2010.

²¹⁷ Tradução livre de: “It is usual for written Constitutions to have implicit and abstract principles, expressed in a general manner and in open language in such a way that they are capable of flexible application to changeable circumstances in accordance with changes in society. BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. *Common Law and Civil Law: Convergences Beyond a Written Constitution*. Cuest. Const., Ciudad de México, n. 40, p. 39-73, jun. 2019. Disponível em: <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S140591932019000100039&lng=es&nrm=iso>. Acesso em: 01 nov. 2021. Epub 20-Mar-2020. <<https://doi.org/10.22201/ij.24484881e.2019.40.13227>>. p.44.

²¹⁸ A importância de estudar esse assunto se justifica porque, mesmo quando não escritos, princípios constitucionais implícitos podem invalidar a legislação ordinária, servindo de parâmetros para o controle constitucional. A questão levantada é que tanto a especificação de quais são esses princípios quanto de quais são seus conteúdos decorrem da interpretação do Poder Judiciário, o que pode levar a um grande abuso de discricionariedade por este Poder e, ao mesmo tempo, à insegurança e instabilidade jurídicas para os cidadãos. BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. *Common Law and Civil Law: Convergences Beyond a Written Constitution*. Cuest. Const., Ciudad de México, n. 40, p. 39-73, jun. 2019. Disponível em: <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-91932019000100039&lng=es&nrm=iso>. Acesso em: 01 nov. 2021. Epub 20-Mar-2020. <<https://doi.org/10.22201/ij.24484881e.2019.40.13227>>.

constitucionais diante de casos difíceis que envolvem direitos humanos é o mesmo, independentemente de sua origem formal.²¹⁹

²¹⁹ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. **Common Law And Civil Law: Convergences Beyond A Written Constitution**. Cuest. Const., Ciudad de México, n. 40, p. 39-73, jun. 2019. Disponível em: <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-91932019000100039&lng=es&nrm=iso>. Acesso em: 01 nov. 2021. Epub 20-Mar-2020. <https://doi.org/10.22201/ij.24484881e.2019.40.13227>.

CAPÍTULO 2 – O DIREITO, A POLÍTICA E A CONSTRUÇÃO DO SIGNIFICADO CONSTITUCIONAL

A fim de investigar o papel que a política desempenha no processo decisório de uma instituição que deve se fixar nos parâmetros da normatividade, exploraremos, no **tópico 2.1**, um importante ponto de *inflexão* das teorias positivas acerca de dois pontos centrais das teorias normativas: a separação total entre direito e política e a lei como instrumento (in)suficiente para direcionar e restringir as decisões dos juízes de uma corte.²²⁰ Em seguida, no **tópico 2.2**, tentaremos responder o questionamento: *como* o processo de mudança constitucional ocorre? Afinal, como é possível traduzir, em palavras, um processo orgânico, *vivo* e complexo que é a construção de significado constitucional? Nos guiamos pelos autores Barry Friedman em “Constitucionalismo popular mediado” e “The will of the people” e dos conceitos de “Constituição Viva”, de David Strauss e “Constituição Invisível”, de Laurence Tribe.

2.1 As Teorias Positivas Estado-Unidenses como possibilidade de renovação do debate dogmático

2.1.1 Conceituando a relação entre o Direito e a Política: irrenunciável, paradoxal e dinâmica

O pressuposto de separação total entre o direito e a política, central às teorias normativas, se justifica nas ideias de que as decisões judiciais não devem ser guiadas pelos próprios valores dos juízes e que a política não seja capaz de influenciar a lei, evitando, portanto, o perigo da instrumentalização do Direito pela Política.²²¹ Além de princípio central, a separação estrita entre o Direito e a Política é *molde* sobre o qual foi escrito grande parte do material sobre o direito constitucional das últimas décadas que, sob a influência da visão formalista do fenômeno jurídico delineado por Frederick Schauer e pela valorização das regras e da autocontenção judicial²²² se estrutura no

²²⁰ FRIEDMAN, Barry. **The politics of judicial review**. Tex. L. Rev. v. 84. p. 257. 2005. Disponível em: <<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/tlr84&div=21&id=&page=>>>. Acesso em 10 de abril de 2021. p. 285.

²²¹ FRIEDMAN, Barry. **The politics of judicial review**. Tex. L. Rev. v. 84. p. 257. 2005. Disponível em: <<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/tlr84&div=21&id=&page=>>>. Acesso em 10 de abril de 2021. p. 285.

²²² Cf. SCHAUER, Frederick. **Formalism: legal, constitutional, judicial**. In: **The Oxford handbook of law and politics**. 2008.

sentido de estabelecer “um muro” entre ambos. Propondo uma reconstrução histórica do sistema de controle de constitucionalidade, Larry Kramer considera que o povo americano se identificava como fundador e intérprete da Constituição, tendo o Poder Judiciário usurpado o papel do povo no judicial review, compreendendo que a última palavra deve pertencer ao povo.^{223 224 225}

Na divisão entre Política e Direito, Ronald Dworkin se dedicou a vincular os juízes à lei e oferecer uma fundamentação teórica adequada para restringi-los da esfera política, em “Law’s Empire”, condena o ativismo judicial traz a ideia da lei como integridade²²⁶; em “A matter of principle” descreve as cortes como “fórum de princípios”, apartadas da vontade majoritária;²²⁷ em “Taking Rights Seriously”, propõe uma teoria baseada na distinção entre decisões “de política” e decisões “de princípio”, reservadas à primazia judicial.²²⁸

Dado as teses mencionadas, por que a separação estrita entre direito, princípio central da teoria constitucional é abordada, por nós, como um problema? Aqui recorreremos ao um argumento trazido por Barry Friedman, de uma separação estrita entre Direito e Política não encontra assento na realidade fática, pois “Há claramente uma crença antiga e central da sociedade de que o direito e a política não são iguais e não devem ser

²²³ “Nós, no século XXI, tendemos a dividir o mundo em dois domínios distintos: um domínio da política e um domínio do direito” KRAMER, Larry D. **The people themselves: popular constitutionalism and judicial review**. oxford university press, 2004. Cf. ELY, John Hart. **Democracy and distrust: A theory of judicial review**. Harvard University Press. 1980. Alexander Bickel. BICKEL, Alexander M. **The least dangerous branch**. Yale University Press, 1986.

²²⁴ No direito norte-americano, o marco histórico da necessidade da separação entre direito e política remete à segunda metade da década de 30 quando a Suprema Corte, temendo a concentração de poder nas mãos do presidente Franklin Delano Roosevelt, declarou como inconstitucional o “Ato de Recuperação Industrial Nacional” (NIRA). Para obter controle sobre a corte Roosevelt promoveu em 1937 uma tentativa de alterar a composição do tribunal e neutralizar as forças contrárias às propostas do New Deal. Posteriormente, as mudanças constitucionais iniciadas durante a Corte Warren deram origem a diversos questionamentos acerca do papel do direito constitucional e do julgamento constitucional em uma democracia. FRIEDMAN, Barry, **The Birth of an Academic Obsession: The History of the Countermajoritarian Difficulty**, Part Five, 112 YALE LJ 153, 169 n. 47 (2002). Cite reading, " Walton H. Hamilton & George D. Braden, The Special Competence of the Supreme Court, 50 YALE LJ 1319, 1335 (1941). Disponível em: <<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/ylr112&div=17&id=&page=>>>. Acesso em: 3 de junho 2021.

²²⁵ As disputas sobre a Corte na década de 1930 enfatizaram a necessidade de entender a Corte como uma instituição política”. Cf WHITTINGTON, Keith E. **Once more unto the breach: postbehavioralist approaches to judicial politics**. Law & Social Inquiry. v. 25. n. 2. 2000. p. 601-634.

²²⁶ Cf. DWORKIN, Ronald. **Law's empire**. Harvard University Press, 1986.

²²⁷ Cf. DWORKIN, Ronald. **A matter of principle**. Harvard university press, 1985.

²²⁸ Cf. DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. A&C Black, 2013.

considerados como tal. Ao mesmo tempo, no entanto, a história sugere que uma separação estrita entre lei e política é – e sempre foi – implausível”.^{229 230}

Diferentemente das teorias normativas, as teorias positivas estado-unidenses apreendem o relacionamento da Política com o Direito como vínculo simbiótico, paradoxal e irrenunciável.²³¹ É relação simbiótica, pois associação entre dois elementos de diferentes espécies, mas definidos como um só organismo. Porque os autores positivos elaboram a teoria de maneira a aproximá-la do real e da prática, não daquilo que deveria ser, mas *o que de fato é*, Friedman pontua que caso a erudição positiva esteja correta, muito daquilo que está escrito nas teorias normativas não se sustentaria em realidade, e a contenção dada pelo arcabouço teórico funcionaria quase em uma direção oposta:

(...) Mesmo que os juízes levem a lei a sério, isso não os impede de votar seus próprios valores, pelo menos em alguns casos críticos. Quando os juízes enfrentam restrições, muitas vezes elas surgem na forma de pressão de outras instituições. As decisões dos tribunais são influenciadas pela estrutura institucional na qual estão inseridos. A lei e a política são, portanto, integradas, embora muitas vezes de maneiras complicadas e ainda não completamente compreendidas.²³²

Que o Direito e a Política não podem ser separados “tão facilmente”, restando os dois estão entrelaçados é o entendimento de Robert Post e Reva Siegel em “Legislative Constitutionalism and Section Five Power: Policentric Interpretation of the Family and Medical Leave”.²³³

²²⁹ Friedman. (p. 264). FRIEDMAN, Barry. **The politics of judicial review**. Tex. L. Rev. v. 84. p. 257. 2005. Disponível em: <<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/tlr84&div=21&id=&page=>>>. Acesso em 10 de abril de 2021.

²³⁰ FRIEDMAN, Barry. The birth of an academic obsession: The history of the countermajoritarian difficulty, part five. **Yale LJ**, v. 112, p. 153, 2002. Disponível em: <<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/ylr112&div=17&id=&page=>>>. Acesso em 05.06.2021

²³¹ FRIEDMAN, Barry. **The politics of judicial review**. Tex. L. Rev. v. 84. p. 257. 2005. Disponível em: <<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/tlr84&div=21&id=&page=>>>. Acesso em 10 de abril de 2021.

²³² Tradução livre de: “If positive scholarship is right, however, much of what is written in theory does not hold in reality. Instead, restraint works in much the opposite direction. Even though judges might take law seriously, it does not keep them from voting their own values, at least in some critical cases. When judges face constraint, it often comes in the form of pressure from other institutions. The decisions of courts are influenced by the institutional structure in which they are embedded. Law and politics are thus integrated, albeit often in complicated and as yet incompletely understood ways.”. FRIEDMAN, Barry. **The politics of judicial review**. Tex. L. Rev. v. 84. p. 257. 2005. Disponível em: <<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/tlr84&div=21&id=&page=>>>. Acesso em 10 de abril de 2021. P. 330.

²³³ POST, Robert C.; SIEGEL, Reva B. Legislative Constitutionalism and Section Five Power: Policentric Interpretation of the Family and Medical Leave Act. **Yale LJ**, v. 112, p. 1943, 2002. Disponível em: <<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/ylr112&div=71&id=&page=>>>. Acesso em 17.08.2020.

Em “Fashioning The Legal Constitution: Culture, Courts, And Law” Robert Post argumenta que o Direito Constitucional e a cultura estão travados em uma relação dialética. A partir do exemplo do Tribunal de Rehnquist, Post compreende que a corte “constrói o direito constitucional no contexto de um diálogo contínuo com a cultura, de modo que a cultura é inevitavelmente (e adequadamente) incorporados à trama do direito constitucional”. Nesse sentido, postula que a autoridade da Constituição flui tanto de seu status como nossa lei suprema quanto de seu status como repositório de nossa “natureza fundamental como um povo”.²³⁴

Barry Friedman pontua que o *judicial review* está inserido na política, mas não é pertence à política e nem mesmo pode operar totalmente independente dela.^{235 236} Do mesmo modo, a partir do “vínculo simbiótico” existente entre direito e política que Robert Post arrisca delinear um conceito para a política que não seja reduzi-la “a um processo de agregação de preferências”, mas que se configure como a persistência contínua de “discordâncias vigorosas e irreconciliáveis”, conceituando a Política como forma de organização social complexa, que pressupõe um acordo fundamental de que as controvérsias sociais devem ser resolvidas através da atividade da política, das concordâncias possíveis no universo político, mas que, ao mesmo tempo, pressupõe que os atores políticos continuem discordando sobre seus interesses, suas agendas e seus objetivos.²³⁷

É também a perspectiva de Chantal Mouffe, que a Política seja compreendida como uma relação de “agonismo”, no qual as partes conflitantes reconhecem a legitimidade das perspectivas de seus oponentes e, apesar de as considerarem irreconciliáveis com as suas próprias perspectivas aceitam os oponentes como

²³⁴ ROBERT, C. Post, The Supreme Court, 2002 Term-Foreword: Fashioning the Legal Constitution: Culture, Courts, and Law, 117 HARV. L. REV, v. 4, n. 8, 2003. Disponível em: <https://hero.epa.gov/hero/index.cfm/reference/details/reference_id/7765986>. Acesso em: 16.09.2021.

²³⁵ O judicial review é atraente porque está inserido na política, mas não é “exatamente dela”. FRIEDMAN, Barry. **The politics of judicial review**. Tex. L. Rev. v. 84. p. 257. 2005. Disponível em: <<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/tlr84&div=21&id=&page=>>>. Acesso em 10 de abril de 2021. p. 261.

²³⁶ “Defining precisely how law differs from politics (and when it matters) ought to be the central task of legal and positive scholars both. This, however, is a project that cannot be undertaken by isolating law from politics.” FRIEDMAN, Barry. **The politics of judicial review**. Tex. L. Rev. v. 84. p. 257. 2005. Disponível em: <<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/tlr84&div=21&id=&page=>>>. Acesso em: 10 de abril de 2021. p. 262.

²³⁷ POST, Robert. Theorizing disagreement: Reconceiving the relationship between law and politics. **California Law Review**, v. 98, n. 4, p. 1319-1350, 2010. Disponível em: <https://www.californialawreview.org/wp-content/uploads/2014/10/Post.FINAL_.pdf>. Acesso em 08.09.2020. p. 1336 a 1340.

adversários, mas não inimigos. No conflito as partes “discordam sobre o que fazer, mas concordam que pertencem a uma comunidade comum e que, portanto, usarão a política pacificamente para resolver as diferenças entre si”,²³⁸ portanto se “veem pertencendo à mesma associação política, estando a compartilhar um espaço simbólico comum (...)”.²³⁹

²⁴⁰ Esse sentido também é esboçada por Jacques Rancière, para quem a única concordância necessária na Política é a concordância sobre o uso da *prática política* sobre a qual a agenda será definida e dirigida,²⁴¹ pois a política “é ordem social na qual as pessoas podem viver juntas em paz e solidariedade social dentro de uma única política, e ainda preservar a possibilidade de contestação contínua sobre quais ações a política pode tomar”.²⁴²

Robert Post define a política como um “ninho de paradoxos”, em que uma discordância intensa demais, uma necessidade visceral de exterminar os oponentes ao invés de “viver a política” e transformar por meio da política extingue a possibilidade da prática política. Ao mesmo tempo, se há “concordâncias demais”, se deixarmos de valorizar as discordâncias porque esperamos que todos concordem com remédios comuns para problemas comuns, também não haverá possibilidade da prática política, porque política é, essencialmente discordância – entre concordâncias e discordâncias a Política é frágil.²⁴³

²³⁸ POST, Robert. Theorizing disagreement: Reconceiving the relationship between law and politics. **California Law Review**, v. 98, n. 4, p. 1319-1350, 2010. Disponível em: <https://www.californialawreview.org/wp-content/uploads/2014/10/Post.FINAL_.pdf>. Acesso em 08.09.2020. p. 1336 a 1340.

²³⁹ MOUFFE, Chantal., **On the Political**. 2005; MOUFFE, Chantal. Por um modelo agonístico de democracia. **Revista de Sociologia e Política**, p. 11-23, 2005. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/rsocp/a/k5cVRT5zZcDBcYpDCTxTMPc/abstract/?lang=pt>>. Acesso em 11.11.2018.

²⁴⁰ No "antagonismo", no qual "o dois lados são inimigos que não compartilham um terreno comum "e, portanto," tratam seus oponentes como inimigos a serem erradicados".

²⁴¹ POST, Robert. Theorizing disagreement: Reconceiving the relationship between law and politics. **California Law Review**, v. 98, n. 4, p. 1319-1350, 2010. Disponível em: <https://www.californialawreview.org/wp-content/uploads/2014/10/Post.FINAL_.pdf>. Acesso em 08.09.2020. p. 1336 a 1340.

²⁴² In politics, we strive for agreement under conditions in which we expect and protect the persistence of disagreement. POST, Robert. Theorizing disagreement: Reconceiving the relationship between law and politics. **California Law Review**, v. 98, n. 4, p. 1319-1350, 2010. Disponível em: <https://www.californialawreview.org/wp-content/uploads/2014/10/Post.FINAL_.pdf>. Acesso em 08.09.2020. p. 1336 a 1340.

²⁴³ POST, Robert. Theorizing disagreement: Reconceiving the relationship between law and politics. **California Law Review**, v. 98, n. 4, p. 1319-1350, 2010. Disponível em: <https://www.californialawreview.org/wp-content/uploads/2014/10/Post.FINAL_.pdf>. Acesso em 08.09.2020. p. 1336 a 1340.

É também a partir da impossibilidade de renúncia da relação entre o Direito e a Política que Robert Post conceitua o Direito. O autor propõe que abandonemos o que denomina como perspectiva interna da lei, cuja “estrutura profissional e institucional da tomada de decisão judicial exige que os atores discutam os casos como se pudessem estar sujeitos a uma resolução definitiva” e que adotemos a função da decisão judicial a partir de uma perspectiva sociológica (ou externa) da lei.²⁴⁴ Mas o que isso poderia significar? O que o autor sugere é que abdicuemos da perspectiva que é *o toque* da dogmática jurídica diante de um desacordo, qual seja, a busca por uma resolução definitiva da questão, e adotemos a ideia do mesmo desacordo como um fato social que atravessa a Política e *persiste* até o Direito, indo além dele.²⁴⁵

Para Robert Post, o Direito deve ser compreendido em termos análogos à política, como *prática social* na qual se espera promover a solidariedade de uma maneira específica, e uma descrição sociológica interpretativa do direito contemporâneo deve enfatizar que buscamos o Direito quando desejamos atingir uma meta social – por exemplo, com uma legislação que estabeleça uma sanção, determinada forma de controle ou incentivo sob determinada ação; ou ainda por meio uma autoridade que proclame valores que julgar fundamentais e compartilhados no seio social.

Mas a partir da perspectiva interna ou sociológica da lei, onde restaria a diferença entre Direito e Política? Robert Post define que o Direito é invocado quando se pensa estar diante de um acordo, ou caso se queira agir como se houvesse um acordo (uma legislação, mesmo que aprovada por maioria simples, contém presunção de acordo). O acordo, ou a presunção de acordo, faz com que a sociedade recorra a uma forma distinta de organização social, o Direito, *a lei*, que não está necessariamente baseado “no fato do acordo”.²⁴⁶ A prática social do Direito é conduzida por meio de um discurso

²⁴⁴ POST, Robert. Theorizing disagreement: Reconceiving the relationship between law and politics. *California Law Review*, v. 98, n. 4, p. 1319-1350, 2010. Disponível em: <https://www.californialawreview.org/wp-content/uploads/2014/10/Post.FINAL_.pdf>. Acesso em 08.09.2020. p. 1336 a 1340.

²⁴⁵ Tese central de Robert Post: a atividade judicial poderia, às vezes, ser adequadamente complementada por estadistas judiciais, propondo um relato sociológico da relação entre direito e política que sugere como o estadista judicial pode promover as funções sociais essenciais do direito e da política. POST, Robert. Theorizing disagreement: Reconceiving the relationship between law and politics. *California Law Review*, v. 98, n. 4, p. 1319-1350, 2010. Disponível em: <https://www.californialawreview.org/wp-content/uploads/2014/10/Post.FINAL_.pdf>. Acesso em: 08.09.2020. p. 1336 a 1340.

²⁴⁶ POST, Robert. Theorizing disagreement: Reconceiving the relationship between law and politics. *California Law Review*, v. 98, n. 4, p. 1319-1350, 2010. Disponível em: <https://www.californialawreview.org/wp-content/uploads/2014/10/Post.FINAL_.pdf>. Acesso em 08.09.2020. p. 1336 a 1340.

profissionalizado, controlado, que exerce a análise e o monitoramento das razões que serão oficialmente reconhecidas naquele universo jurídico; a prática jurídica deve sustentar a própria legitimidade na medida em que enfatiza a coerência intelectual dos argumentos, a transparência dos valores, fortalecendo assim a sua própria estabilidade. De outro modo está a Política, que enquanto necessidade de sustentação do desacordo, deve possuir um espaço de participação aberto a todos, onde os cidadãos comuns se mobilizam politicamente e atingem seus representantes.²⁴⁷ O discurso político é plural e os atores políticos são livre para empregar tanto a linguagem dos valores, como a linguagem da mobilização, do compromisso e espaço onde a fidelidade ou traição são igualmente linguagens possíveis.²⁴⁸

Apesar das diferenças entre um e outro, a perspectiva interna ou sociológica do Direito e da Política os aproximam. É possível “constatar a Política no Direito, e o Direito na Política”. Concordamos que a prática do Direito é estruturada para representar “uma realidade social unificada e reverberada por meio de um discurso profissional” e a prática Política se consubstancia em um permanente desacordo social. Mas é nesse ponto que Robert Post explica que Direito e Política “deturpam os fatos” pois, em realidade, “os assuntos permanecem controversos na lei, assim como permanecem controversos na política”, o desentendimento também perdura na prática social do Direito, afinal, uma controvérsia não desaparece porque há uma legislação sobre o tema.²⁴⁹

De modo que, embora a prática social do Direito esteja baseada na força normativa do acordo, ela conta com mecanismos para lidar com o persistente fato social do desacordo, por exemplo, estabelecendo uma regra de votação majoritária que são primordialmente utilizadas na política quando restam discordâncias. De outro modo, a prática política é também feita de concordâncias, apesar de prática social baseada na força normativa do desacordo, faz-se necessário promover acordos sobre questões básicas, por

²⁴⁷ BALKIN, Jack M.; SIEGEL, Reva B. Principles, practices, and social movements. **University of Pennsylvania Law Review**, v. 154, n. 4, p. 927-950, 2006. Disponível em: <<https://jackbalkin.yale.edu/sites/default/files/files/principleslpracticesandsocialmovements1.pdf>>. Acesso em: 18.10.2020.

²⁴⁸ POST, Robert. Theorizing disagreement: Reconceiving the relationship between law and politics. **California Law Review**, v. 98, n. 4, p. 1319-1350, 2010. Disponível em: <https://www.californialawreview.org/wp-content/uploads/2014/10/Post.FINAL_.pdf>. Acesso em 08.09.2020. p. 1336 a 1340.

²⁴⁹ POST, Robert. Theorizing disagreement: Reconceiving the relationship between law and politics. **California Law Review**, v. 98, n. 4, p. 1319-1350, 2010. Disponível em: <https://www.californialawreview.org/wp-content/uploads/2014/10/Post.FINAL_.pdf>. Acesso em: 08.09.2020. p. 1342..

exemplo, um compromisso dos participantes da política com processos pacíficos, contínuos e estáveis.²⁵⁰

Assim, Robert Post teoriza a relação entre Política e Direito a partir do reconhecimento de que “*acordo*” e “*desacordo*” são fatos sociais que existem e persistem, independentemente de estarmos na esfera da Política ou na esfera do Direito. A política é uma prática social que pressupõe a discordância, mas a mesma Política depende e procura expandir o fato social do acordo; enquanto o direito é prática social que pressupõe concordância, contudo, precisa encontrar maneiras de domar, canalizar e resolver desacordos contínuos e persistentes que também fazem parte do Direito enquanto *prática social*. Então, para Robert Post, política e direito são duas maneiras distintas de gerenciar os inevitáveis fatos sociais do acordo e do desacordo.²⁵¹

É nesse sentido que Post entende que, como práticas sociais, a relação entre Política e Direito é paradoxal, pois são independentes, insubordinados ou incompatíveis, na medida em que “submeter uma controvérsia política à resolução legal é removê-la do domínio político, submeter uma controvérsia legal à resolução política é minar a lei”.²⁵² Ao mesmo tempo, a Política e o Direito são dependentes mutuamente, ou interdependentes, no sentido de que o Direito exige que a Política produza os valores que ele deve estabelecer, enquanto a política exige do Direito a estabilização e o entrincheiramento desses valores.

Assim, Direito e Política devem ser concebidos em uma conexão dinâmica, que juntos compõe fases distintas de um processo maior e mais inclusivo de integração social, pelo qual sociedades modernas heterogêneas produzem solidariedade e controle, e uma vez que predomina fluidez entre ambos: uma controvérsia pode “ter uma forma” legal quando desejamos agir como se tivéssemos chegado a um acordo sobre o significado e a implementação de um princípio social relevante, também qualquer princípio jurídico

²⁵⁰ POST, Robert. Theorizing disagreement: Reconceiving the relationship between law and politics. *California Law Review*, v. 98, n. 4, p. 1319-1350, 2010. Disponível em: <https://www.californialawreview.org/wp-content/uploads/2014/10/Post.FINAL_.pdf>. Acesso em: 08.09.2020. p. 1342..

²⁵¹ POST, Robert. Theorizing disagreement: Reconceiving the relationship between law and politics. *California Law Review*, v. 98, n. 4, p. 1319-1350, 2010. Disponível em: <https://www.californialawreview.org/wp-content/uploads/2014/10/Post.FINAL_.pdf>. Acesso em: 08.09.2020. p. 1340 e ss.

²⁵² POST, Robert. Theorizing disagreement: Reconceiving the relationship between law and politics. *California Law Review*, v. 98, n. 4, p. 1319-1350, 2010. Disponível em: <https://www.californialawreview.org/wp-content/uploads/2014/10/Post.FINAL_.pdf>. Acesso em: 08.09.2020. p. 1340 e ss.

pode reassumir uma *forma política* sempre que percebermos que estamos diante de um acordo “quimérico” e que desejamos criar um espaço para maiores discordâncias. Desse modo, um valor social relevante pode perder a forma jurídica, pois tragado pela Política, mesmo tendo descansado há anos, incontestável em seu conteúdo, no universo do Direito.²⁵³

Talvez seja importante frisar que não estamos a tratar de algo passível de controle por um ou por outro magistrado, por uma corte, ou por um grupo político, como alguns poderiam imaginar, mas de *um processo político*²⁵⁴. Os atores políticos podem propor novas interpretações de valores constitucionais e as cortes concedem a esses valores uma forma jurídica no contexto de um julgamento constitucional.

A proposta da tese do Constitucionalismo Democrático observa como a Suprema Corte responde ao conflito e à contestação de normas, descrevendo um processo cíclico em que duas demandas contrárias absorvem ideologias umas das outras, levando a mudanças profundas no seio da sociedade. Um movimento que reivindica determinado entendimento sobre a constituição “é forçado” a contar com os argumentos de seus oponentes, levando a um processo onde os argumentos que satisfazem as condições de consentimento e valor público necessariamente devem responder as objeções que o outro movimento levantou.²⁵⁵

Uma resposta efetiva de qualquer um dos lados necessariamente internaliza as preocupações normativas de seus oponentes, quando um contramovimento adota elementos da ideologia do movimento inicial como se fossem seus para contornar os que se opõe à sua causa. Nesse sentido, Reva Siegel rechaça a ideia de que apenas um lado pode prevalecer, mas que, dentro do conflito, a busca para persuadir o público leva cada parte da disputa a incorporar as opiniões normativas do outro, fato que propicia uma

²⁵³ POST, Robert. Theorizing disagreement: Reconceiving the relationship between law and politics. *California Law Review*, v. 98, n. 4, p. 1319-1350, 2010. Disponível em: <https://www.californialawreview.org/wp-content/uploads/2014/10/Post.FINAL_.pdf>. Acesso em 08.09.2020, p. 1340 e ss.

²⁵⁴

²⁵⁵ Nesse sentido, Ralph Turner and Lewis Killian “Uma mudança mais fundamental na ideologia do contramovimento também toma lugar com o sucesso crescente do movimento inicial. O contramovimento começa a adotar elementos populares da ideologia do movimento inicial como seus próprios, tentando assim satisfazer algum descontentamento e também para fazer com que o movimento oposto se identifique apenas com as porções mais extremas de todo o seu programa. Onde movimento e contramovimento são de longa data, não é infrequente que o contramovimento eventualmente promova tudo o que os primeiros adeptos do movimento inicial buscavam. Às vezes, um movimento e contramovimento tornam-se ideologicamente indistinguíveis”. Cf. TURNER, Ralph H. et al. **Collective behavior**. Englewood Cliffs, NJ: Prentice-Hall, 1957.

interseção de entendimentos. Siegel pondera que a busca pela persuasão do oponente cria áreas de convergência (reais ou aparentes), sendo nessas áreas que a Corte pode decidir o caso. O debate sobre a possibilidade de alterar a Constituição mudou o significado da Constituição.²⁵⁶²⁵⁷

Ainda na esteira sobre o tema abordamos a obra “Nomos e Narrativa”, de Robert Cover. O autor descreve que no mundo normativo direito e narrativa estão inseparavelmente relacionados. Habitamos um universo normativo, nos mantendo em um mundo entre “certo e errado”, “lícito e ilícito”, no entanto, “As regras e princípios de justiça, as instituições formais da lei e as convenções de uma ordem social são, de fato, importantes para esse mundo”, mas elas se constituem como somente “uma pequena parte do universo normativo que deve reivindicar nossa atenção”. Cover afirma que nenhum conjunto de prescrições existe à parte das narrativas, são elas que lhe concedem sentido,²⁵⁸

Toda prescrição insiste em sua exigência de se localizar no discurso - ser suprido de história e destino, começo e fim, explicação e propósito. E toda narrativa é insistente em sua demanda por seu ponto prescritivo, sua moral. A história e a literatura não podem escapar de sua localização em um universo normativo, nem a prescrição, mesmo quando consubstanciada em um texto legal, pode escapar de sua origem e seu fim na experiência, nas narrativas que são as trajetórias traçadas sobre a realidade material por nosso imaginário. Este nomos é tanto "nosso mundo" quanto o universo físico de massa, energia e momento. De fato, nossa compreensão da estrutura do mundo normativo não é menos fundamental do que nossa apreciação da estrutura do mundo físico. Assim como o desenvolvimento de respostas cada vez mais complexas aos atributos físicos de nosso mundo começa com o próprio nascimento, o mesmo acontece com o desenvolvimento paralelo das respostas à alteridade pessoal que define o mundo normativo.

As grandes civilizações jurídicas foram, portanto, marcadas por mais do que virtuosismo técnico no tratamento dos assuntos práticos, por mais do que elegância ou poder retórico na composição de seus textos, por mais, até, do que gênio na invenção de novas formas de novos

²⁵⁶ Essa dinâmica pode ocorrer tanto de modo consciente, um “engajamento contraditório”, ou de modo inconsciente. POST, ROBERT C. AND SIEGEL, REVA B. *Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash*. (2007). **Faculty Scholarship Series. Paper 169**. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/169>. Acesso em 20 outubro de 2016, p. 378-379. SIEGEL, Reva B. *Constitutional Culture, Social Movement Conflict and Constitutional Change: The Case of the de facto ERA* (2006). **Faculty Scholarship Series. Paper 1097**. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1097>. Acesso em: 12 de julho de 2016.

²⁵⁷ Tema abordado em Dissertação de Mestrado. CARVALHO, N. B. (2017). **Constitucionalismo democrático no Brasil?** Aluta de movimentos sociais LGBT pela efetivação de direitos no Poder Judiciário. Disponível em: <<https://repositorio.ufmg.br/handle/1843/BUOS-ASXG62>>. Acesso em: 14.09.2018.

²⁵⁸ COVER, Robert M. Foreword: Nomos and narrative. **Harv. L. Rev**, v. 97, p. 4, 1983. Disponível em: <<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/hlr97&div=13&id=&page=>>>. Acesso em: 07.12.2021.

problemas. Uma grande civilização jurídica é marcada pela riqueza do nomos em que se situa e que ajuda a constituir
 Os variados e complexos materiais desse nomos estabelecem paradigmas de dedicação, aquiescência, contradição e resistência. **Esses materiais apresentam não apenas corpos de regras ou doutrinas a serem compreendidas, mas também mundos a serem habitados. Habitar um nomos é saber viver nele.** (grifo nosso) ²⁵⁹

Se o Direito é compreendido no contexto das narrativas que lhe dão sentido ele acaba por tornar-se o “próprio mundo em que vivemos”. O universo normativo é mantido pela força de compromissos interpretativos que não estão relacionados somente à hermenêutica, à interpretação jurídica, a problemas de aplicação de preceitos legais. Robert Cover orienta uma construção de sentido a partir de compromissos interpretativos que, quando envoltos no contexto das narrativas, determinarão aqueles sentidos que “damos ao nosso mundo normativo” e que não irão se esgotar em padrões previamente estabelecidos pela teoria. Uma tradição jurídica é “parte integrante de um mundo normativo complexo”, que não inclui apenas um *corpus juris*, mas linguagem e *mythos*, narrativa nas quais o próprio *corpus juris* será localizado por aquele que sobre ele age, mitos que “mitos estabelecem os paradigmas de comportamento”. ²⁶⁰

Esses mitos são o que “constroem relações entre o universo normativo e o material, entre os constrangimentos da realidade e a exigência de uma ética”. Cover pontua que eles passam a estabelecer um “repertório de movimentos”, que pode estar ajustado entre padrões significativos do passado. O significado normativo inerente aos

²⁵⁹ Tradução livre de: Every prescription is insistent in its demand to be located in discourse - to be supplied with history and destiny, beginning and end, explanation and purpose. And every narrative is insistent in its demand for its prescriptive point, its moral. History and literature cannot escape their location in a normative universe, nor can prescription, even when embodied in a legal text, escape its origin and its end in experience, in the narratives that are the trajectories plotted upon material reality by our imaginations. This nomos is as much "our world" as is the physical universe of mass, energy, and momentum. Indeed, our apprehension of the structure of the normative world is no less fundamental than our appreciation of the structure of the physical world. Just as the development of increasingly complex responses to the physical attributes of our world begins with birth itself, so does the parallel development of the responses to personal otherness that define the normative world. The great legal civilizations have, therefore, been marked by more than technical virtuosity in their treatment of practical affairs, by more than elegance or rhetorical power in the composition of their texts, by more, even, than genius in the invention of new forms for new problems. A great legal civilization is marked by the richness of the nomos in which it is located and which it helps to constitute. The varied and complex materials of that nomos establish paradigms for dedication, acquiescence, contradiction, and resistance. These materials present not only bodies of rules or doctrine to be understood, but also worlds to be inhabited. **To inhabit a nomos is to know how to live in it.** COVER, Robert M. Foreword: Nomos and narrative. *Harv. L. Rev.*, v. 97, p. 4, 1983. Disponível em: <<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/hlr97&div=13&id=&page=>>>. p. 6
 Acesso em: 07.12.2021.

²⁶⁰ COVER, Robert M. Foreword: Nomos and narrative. *Harv. L. Rev.*, v. 97, p. 4, 1983. Disponível em: <<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/hlr97&div=13&id=&page=>>>. Acesso em: 07.12.2021.

padrões do passado será encontrado na história da doutrina jurídica ordinária em ação nos assuntos mundanos; nos anseios utópicos e messiânicos, formas imaginárias dadas a uma realidade menos resistente; nas apologias do poder e do privilégio e nas críticas que podem ser feitas aos empreendimentos justificativos do direito.²⁶¹

Para Robert Cover o Direito pode ser entendido como “uma ponte”, como algo que comunica um conceito de determinada realidade a uma realidade imaginada, “(...) um conectivo entre dois estados de coisas”. As duas realidades podem ser representadas em seu significado normativo apenas por meio dos dispositivos da narrativa – uma “alternidade”. Robert Cover pondera que o Direito não se esgota na alternidade, um *nomos* não é utopia, mas vontade humana sobre o que existe, com vistas em futuros alternativos, portanto, “um mundo presente constituído por um sistema de tensão entre realidade e visão”. Esse mundo alternativo não dita nenhum conjunto específico de regras, ou transformações, ou mesmo esforços para transformações, mas

A lei é uma força, como a gravidade, através da qual nossos mundos exercem uma influência uns sobre os outros, uma força que afeta os cursos desses mundos através do espaço normativo. E a lei é o que sustenta nossa realidade afasta de nossas visões e nos resgata da escatologia que é a colisão neste mundo social material das construções de nossas mentes.²⁶²

O que viria a ser, então, uma narrativa? Narrativa é “a descrição de estados de coisas afetados por um campo de força”, então os códigos que relacionam nosso sistema normativo às nossas visões do que o mundo pode ser se constituem como narrativa. Cover pontua que viver em um mundo legal requer o conhecimento além de preceitos, mas exige o entendimento da conexão desses preceitos com “estados de coisas possíveis”, sendo a

²⁶¹ COVER, Robert M. Foreword: Nomos and narrative. **Harv. L. Rev.**, v. 97, p. 4, 1983. Disponível em: <<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/hlr97&div=13&id=&page=>>>. Acesso em: 07.12.2021.

²⁶² Tradução livre de: “Law is a force, like gravity, through which our worlds exercise an influence upon one another, a force that affects the courses of these worlds through normative space. And law is that which holds our reality apart from our visions and rescues us from the eschatology that is the collision in this material social world of the constructions of our minds”. COVER, Robert M. Foreword: Nomos and narrative. **Harv. L. Rev.**, v. 97, p. 4, 1983. Disponível em: <<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/hlr97&div=13&id=&page=>>>. p. 10 Acesso em: 07.12.2021.

narrativa a integração entre “é”, “deveria” e “o que poderia ser”, modelos por meio dos quais vivenciamos as transformações.²⁶³

Robert Cover orienta que, no universo normativo, “o sentido jurídico é criado por engajamento e desengajamento simultâneos, identificação e objetivação”, enquanto “uma interpretação jurídica não pode ser válida se ninguém estiver preparado para viver por ela”. Um pensador do direito, por exemplo, será considerado utópico tanto se inclinar-se a padrões de comportamento radicalmente diversos do padrão comumente aceito, quanto se não postular uma alternativa para as quais a sociedade se comprometeria e estenderia a sua realidade.²⁶⁴ Sob essa perspectiva, como ocorre, então, a transformação da interpretação jurídica? Quando há alguém disposto a aceitar as exigências da interpretação, e assim o afirma. A afirmação “implica um compromisso de projetar a compreensão da norma em ação em nossa realidade através de todos os mundos possíveis até a visão teleológica que a interpretação implica”, de modo que “a criação de sentido jurídico, no entanto, exige não apenas o movimento de dedicação e empenho, mas também a objetivação daquilo com que se está comprometido”.²⁶⁵ O que seria a objetivação? É quando a comunidade postula uma lei, externa a si mesma, que se compromete a obedecer e que obedece em dedicação ao seu entendimento dessa lei” – algo essencial para os jogos de linguagem e para os significados que podem ser feitos e criados a partir da lei. dela.

A criação do sentido jurídico implica no “compromisso subjetivo com uma compreensão objetivada, (...) implica o desprendimento do eu do ‘objeto’ da lei e, ao mesmo tempo, exige um compromisso com esse objeto como um ‘outro’ fiel”. É, então, uma “objetificação “das normas com as quais se está comprometido, com frequência ou sempre, que envolve a narrativa, a história de como a lei, agora objeto, “veio *a ser* e, mais importante, como ela veio ‘*a ser nossa*’” (*grifo nosso*). Cover acentua que a interpretabilidade, o alcance de sentido que pode ser dado a cada norma é definido (a) por

²⁶³ COVER, Robert M. **Foreword: Nomos and narrative**. Harv. L. Rev, v. 97, p. 4, 1983. Disponível em: <<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/hlr97&div=13&id=&page=>>>. Acesso em: 07.12.2021.

²⁶⁴ COVER, Robert M. **Foreword: Nomos and narrative**. Harv. L. Rev, v. 97, p. 4, 1983. Disponível em: <<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/hlr97&div=13&id=&page=>>>. Acesso em: 07.12.2021.

²⁶⁵ “Such affirmation entails a commitment to projecting the understanding of the norm at work in our reality through all possible worlds unto the teleological vision that the interpretation implies. COVER, Robert M. **Foreword: Nomos and narrative**. Harv. L. Rev, v. 97, p. 4, 1983. Disponível em: <<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/hlr97&div=13&id=&page=>>>. Acesso em: 07.12.2021.

um texto legal, que objetiva a demanda, e (b) “pela multiplicidade de compromissos implícitos e explícitos que a acompanham”, complementando que conhecer e viver a lei é conhecer além da dimensão objetivada da validação, mas também os compromissos que garantem interpretações.²⁶⁶

Vale, na perspectiva de Robert Cover, orientar o ato de compromisso do ponto de vista dos juízes. Robert Cover orienta que, por causa da “violência que comandam”, os juízes não criam a lei, mas, na medida em que confrontam as centenas de tradições jurídicas e asseguram “que esta é a lei”, as matam, destruindo ou tentando destruir o resto. Ao mesmo tempo, os juízes são pessoas de paz. Entre contextos de guerra eles estão envolvidos em uma função reguladora que permite uma vida de lei, e não de violência. Desse modo, se uma comunidade insiste em viver sua própria lei ela reacende o compromisso do juiz com a violência de seu ofício, enquanto a aquiescência à interpretação do juiz reforça o processo hermenêutico oferecido por ele e amplia o seu alcance social, a confrontação desafiará a reivindicação implícita do juiz à interpretação autorizada, é um desafio para um juiz “armado”, que não possui “uma visão interpretativa inerentemente superior” e deve elaborar o privilégio institucional da força.²⁶⁷

Qual é, então, o papel da Política, ou o papel dessa divergência contínua no seio da lei? Se política e Direito formam uma interconexão dinâmica e paradoxal, uma conclusão possível a partir das teses do constitucionalismo democrático é que a Política é elemento que dá a forma, complementa e estrutura as novas camadas da decisão jurídica, sustentando a relação dinâmica e dialética de construção do significado constitucional. A política que se localiza no seio do Direito amplia o debate, adiciona “um degrau” de disputa pelo significado, mais um círculo de divergência ou desacordo social, podendo adicionar círculos contínuos de debate no Direito, de forma indefinida. É importante asseverar que essa ocorrência não depende da vontade individual de magistrados,²⁶⁸ não se tratando de uma corte em específico, de um período de tempo determinado, mas trata-

²⁶⁶ COVER, Robert M. Foreword: Nomos and narrative. **Harv. L. Rev.**, v. 97, p. 4, 1983. Disponível em: <<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/hlr97&div=13&id=&page=>>>. Acesso em 07.12.2021

²⁶⁷ COVER, Robert M. Foreword: Nomos and narrative. **Harv. L. Rev.**, v. 97, p. 4, 1983. Disponível em: <<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/hlr97&div=13&id=&page=>>>. p. 53. Acesso em 07.12.2021

²⁶⁸ POST, Robert. Theorizing disagreement: Reconceiving the relationship between law and politics. **California Law Review**, v. 98, n. 4, p. 1319-1350, 2010. Disponível em: <https://www.californialawreview.org/wp-content/uploads/2014/10/Post.FINAL_.pdf>. Acesso em 08.09.2020.

se de *processo político* ²⁶⁹ em que “forças que desempenham um papel importante na definição do conteúdo da Lei constitucional”. As Teorias Positivas entendem que juízes respondem às pressões de outros atores políticos, e que essas forças desempenham um papel importante na definição do conteúdo da Lei constitucional.²⁷⁰

Para ilustrar a interconexão dinâmica entre Política e Direito trazemos uma análise do caso *Brown vs. Board of Education*. A controvérsia sobre a discriminação racial não desapareceu porque a sociedade promulgou uma legislação proibindo a discriminação, ou porque os tribunais a aplicaram. As divergências quanto ao significado de princípios constitucionais permaneceram em franca discordância e, para Robert Post, a sociedade deve “domar a controvérsia” (ao contrário de impedi-la), estabelecendo um relacionamento reiterado e repetitivo entre Direito e Política, facilitando o debate contínuo sobre a interpretação apropriada do estatuto, podendo colocar novamente a questão da discriminação racial na agenda das instituições políticas. Desse modo, a contestação sobre o princípio da igualdade racial ocorreria simultaneamente nos âmbitos do Direito e Política e a decisão sobre o tema poderia ser posteriormente alterada. Um novo entendimento exigiria ainda mais interpretação judicial, o que poderia estimular novas mobilizações políticas.²⁷¹

Esse é um conceito de interdependência dinâmica e dialética do direito, que pode perdurar *ad infinitum*. Post descreve que se a relação entre direito e política é conceituada dessa maneira dinâmica e dialética, a localização exata da fronteira entre o Direito e a Política é necessariamente contestável, argumentando que, do ponto de vista da política, é sempre discutível se as divergências presentes devem ser cedidas à gramática jurídica se as decisões legais existentes devem ser recuperadas como sujeitos de disputa política, e do ponto de vista do direito, é sempre discutível se as divergências políticas contemporâneas estão prontas para a intervenção legal ou se os julgamentos jurídicos

²⁶⁹ POST, Robert. Theorizing disagreement: Reconceiving the relationship between law and politics. *California Law Review*, v. 98, n. 4, p. 1319-1350, 2010. Disponível em: <https://www.californialawreview.org/wp-content/uploads/2014/10/Post.FINAL_.pdf>. Acesso em 08.09.2020.

²⁷⁰ FRIEDMAN (p. 258). FRIEDMAN, Barry. **The politics of judicial review**. Tex. L. Rev. v. 84. p. 257. 2005. Disponível em: <<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/tlr84&div=21&id=&page=>>>. Acesso em 10 de abril de 2021.

²⁷¹ BALKIN, Jack M. **What “Brown” teaches us about constitutional theory**. Virginia Law Review, p. 1537-1577, 2004. Disponível em: <<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/valr90&div=38&id=&page=>>>. Acesso em: 12.01.2021

existentes podem sustentar apoio social suficiente para resistir ao retorno ao *vórtice* da política. Desse modo, “é intrinsecamente incerto se os conflitos em andamento sobre determinados valores serão tratados na prática jurídica, na prática política ou em ambos simultaneamente, (...) e não há nada inerente à natureza da lei ou da política que possa resolver essa questão”, ainda “a qualquer momento, os valores constitucionais podem estar em jogo nas instituições legais, nas instituições políticas ou em ambas simultaneamente”.²⁷²

Uma vez que vislumbramos a relação entre política e direito como dinâmica e dialética, a fronteira entre um ou outro é necessariamente contestável. Adotando, então, uma linguagem figurada, do “ponto de vista da política” os desacordos já poderão ser cedidos à gramática jurídica? Ou deve-se atrair as decisões judiciais novamente para a disputa política? De outro modo, “do ponto de vista do direito”, as divergências políticas contemporâneas em jogo estão prontas para a intervenção jurídica? Ou (principalmente) os julgamentos jurídicos existentes podem sustentar apoio social suficiente para resistir ao retorno ao *vórtice* da política? De modo que “é intrinsecamente incerto se os conflitos em andamento sobre determinados valores serão tratados na prática jurídica, na prática política ou em ambos simultaneamente, (...) e não há nada inerente à natureza da lei ou da política que possa resolver essa questão”.^{273 274}

2.1.2 Construindo uma diferença entre os conceitos de “influência” e “restrição” da lei sobre os juízes

Acerca do processo que compreende a interação entre lei e os juízes magistrados, os teóricos positivos sustentam dois pontos que colidem com o entendimento dos teóricos normativos: os teóricos positivos questionam a capacidade das teorias normativas

²⁷² POST, Robert. Theorizing disagreement: Reconceiving the relationship between law and politics. *California Law Review*, v. 98, n. 4, p. 1319-1350, 2010. Disponível em: <https://www.californialawreview.org/wp-content/uploads/2014/10/Post.FINAL_.pdf>. Acesso em: 08.09.2020.

²⁷³ POST, Robert. Theorizing disagreement: Reconceiving the relationship between law and politics. *California Law Review*, v. 98, n. 4, p. 1319-1350, 2010. Disponível em: <https://www.californialawreview.org/wp-content/uploads/2014/10/Post.FINAL_.pdf>. Acesso em: 08.09.2020.

²⁷⁴ BALKIN, Jack M.; LEVINSON, Sanford. Understanding the constitutional revolution. *Va. L. Rev.*, v. 87, p. 1045, 2001. Disponível em: <<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/valr87&div=38&id=&page=>>>. Acesso em: 08.09.2020.

gerarem verdadeiras restrições às decisões judiciais, e segundo, adotam o pressuposto de que não é possível exigir que os juízes sejam totalmente independentes do sistema político uma vez que o judiciário está submetido a um conjunto de regras que o torna dependente das instituições majoritárias e do *check and balances*.²⁷⁵

Ambas as premissas teóricas são desenvolvidas pelos teóricos positivos a partir de uma postura intermediária entre as teorias normativas e as teorias atitudinalistas. Os teóricos atitudinalistas, tal como explicado por Jeffrey Segal e Harold Spaeth, compreendem que o principal determinante das decisões judiciais para a resolução de casos é o conjunto de disposições ideológicas dos juiz.²⁷⁶

A perspectiva atitudinal é controversa até mesmo entre os estudiosos positivos, que a enxergam como um relato simplista o qual negligencia as outras forças relevantes, notadamente as forças institucionais ou políticas, que também são capazes de afetar os juízes das cortes constitucionais. Diferente das teorias normativas, que se contrapõem às teorias atitudinais no que diz respeito à importância dada à ideologia dos juízes na determinação do conteúdo das decisões judiciais, seguimos o marco teórico positivo o qual adota um ponto intermediário entre ambas: os atitudinalistas estariam exagerando ao negar a capacidade de influência da lei, mas os teóricos normativos estariam sendo demasiadamente complacentes com a força do aparato normativo.²⁷⁷

Por exemplo, tomamos como referencial os institucionalistas estratégicos. Para Whittington, a ideologia representa uma influência relevante na decisão dos casos, tal como concebem os atitudinalistas, mas ainda haveriam outras forças institucionais capazes de exercer uma influência considerável sobre o processo decisório dos juízes, “que não operam simplesmente em um mundo de sua própria criação e, portanto, os contornos das instituições judiciais devem ser reconhecidos e devem estar situados dentro de um ambiente político mais amplo”.²⁷⁸ Sobre a perspectiva dos institucionalistas

²⁷⁵ Friedman. FRIEDMAN, Barry. **The politics of judicial review**. Tex. L. Rev. v. 84. p. 257. 2005. Disponível em: <<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/tlr84&div=21&id=&page=>>>. Acesso em 10 de abril de 2021.

²⁷⁶ SEGAL, Jeffrey Allan; SPAETH, Harold J. **The Supreme Court and the attitudinal model**. New York: Cambridge University Press, 1993.

²⁷⁷ Friedman. FRIEDMAN, Barry. **The politics of judicial review**. Tex. L. Rev. v. 84. p. 257. 2005. Disponível em: <<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/tlr84&div=21&id=&page=>>>. Acesso em 10 de abril de 2021.

²⁷⁸ Keith E. Whittington, **Once More Unto the Breach: Post-Behavioralist Approaches to Judicial Politics**, 25 LAW & SOC. INQUIRY 601, 601 (2000).

estratégicos, Friedman nos apresenta uma curiosa afinidade entre teorias normativas e teorias atitudinais: quando os teóricos normativos apresentam as suas teorias sobre como os juízes devem se comportar, eles aparentemente acreditam, e o fazem assim como os atitudinalistas, que os juízes não são limitados por outros fatores – por exemplo, as instituições, a opinião pública, o próprio contexto político – e, portanto, podem decidir os casos da maneira que escolherem, ou sejam, podem escolher pelo modo como *devem decidir*. O que, então, não é alcançado pelas teorias normativas do direito? Para os teóricos positivos, que no universo no qual se insere uma decisão existem forças que atuam tanto em favor como em desfavor dos moldes teóricos. Os juízes estariam assim limitados por todo o contexto que os envolve, em desfavor das teorias normativas.

Se a consideração de uma única influência para os juízes é (seja ela ideológica, seja ela normativa) é uma afinidade entre as teorias normativas e atitudinais do direito, há também uma importante diferença a ser explorada: a capacidade da lei de operar, ou não, uma restrição sobre os juízes. A teoria normativa requer que os juízes não imponham seus próprios valores e espera que a lei, por conter um conjunto de requisitos doutrinários e de deferência judicial, restrinja os juízes. Mas a lei, os comandos jurídicos, restringem os juízes nas decisões dos casos? O que Barry Friedman propõe é que diferencemos os termos “influência” e “restrição” sobre os juízes. O autor apresenta a perspectiva de que a lei seja apenas “influência”, uma das muitas influências que os ministros de uma corte podem receber, e que, muitas vezes, nos casos concretos, não se consubstanciam como restrições.²⁷⁹

Ainda, dois apontamentos são necessários. Primeiro, se independentemente das teses normativas os juízes votam a partir de sua ideologia, então parece razoável esperar que a pesquisa jurídica forneça teorias de *judicial review* que levem em conta o “voto de valor”. Segundo, e mais importante, quais são os aspectos que de fato restringem os juízes?

²⁷⁹ Friedman. FRIEDMAN, Barry. **The politics of judicial review**. Tex. L. Rev. v. 84. p. 257. 2005. Disponível em: <<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/tlr84&div=21&id=&page=>>>. Acesso em 10 de abril de 2021.

2.2 Como ocorre o processo de mudança constitucional? Uma hipótese a partir dos escritos de Barry Friedman em “Constitucionalismo Popular Mediado” e “The Will of the people” e dos conceitos de “Constituição Viva”, de David Strauss e “Constituição Invisível”, de Laurence Tribe

Enquanto parte dos teóricos concebe que o *judicial review* estabelece um limite às vontades da maioria, como John Hart Ely, em “Democracy and Distrust: A Theory Of Judicial Review” (1980) e Larry Alexander & Frederick Schauer, On Extrajudicial Constitutional Interpretation (1997)²⁸⁰ há outros para quem o *judicial review* merece críticas exatamente por interferir na vontade da maioria, como Alexander Bickel²⁸¹. Uma terceira perspectiva adota uma postura crítica para o controle judicial de constitucionalidade, os chamados teóricos do constitucionalismo popular, tal como Larry Kramer, que questiona a ideia de que o controle judicial deveria refletir os pontos de vista populares sobre o significado da constituição.²⁸² Todas essas perspectivas são, para Barry Friedman, uma “alienação mental”, um sentimento de como o poder judiciário deveria operar, mas que, no entanto, não acontece na prática. O autor propõe, então, “uma teoria normativamente atrativa”, de como o *judicial review* opera de fato.²⁸³

Elencamos, então, os pressupostos tomados por Friedman. O autor rejeita à tese de que o *judicial review* opera com um impulso contramajoritário.²⁸⁴ O sistema estadunidense está baseado no constitucionalismo popular, em que as interpretações judiciais da constituição refletem a vontade popular ao longo do tempo. A Suprema Corte opera, então, dentro da amplitude de aceitação das preferências da maioria, ou pelo menos junto às preferências de uma forte minoria inicial. É uma relação mediada, o que não implica que os juízes simplesmente prestem deferência a vontade popular, ressalva que abordaremos ao longo do texto.²⁸⁵ Três outras premissas fazem parte da tese de Friedman:

²⁸⁰ CF. ELY, John Hart. **Democracy and distrust: A theory of judicial review**. Harvard University Press, 1980. ALEXANDER, Larry; SCHAUER, Frederick. On extrajudicial constitutional interpretation. **Harv. L. Rev.**, v. 110, p. 1359, 1996.

²⁸¹ BICKEL, Alexander M. The least dangerous branch. In: **The Least Dangerous Branch**. Yale University Press, 1986.

²⁸² KRAMER, Larry; KRAMER, Larry D. **The people themselves: popular constitutionalism and judicial review**. Oxford University Press, USA, 2004.

²⁸³ FRIEDMAN, Barry. Constitucionalismo popular mediado. **Revista Ju**, 2005. Disponível em: <https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n6N1-October2005/061Juridica06.pdf>. Acesso em 30.03.2020. p. 130.

²⁸⁴ FRIEDMAN, Barry. Constitucionalismo popular mediado. **Revista Ju**, 2005. Disponível em: <https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n6N1-October2005/061Juridica06.pdf>. Acesso em 30.03.2020.

²⁸⁵FRIEDMAN, Barry. Constitucionalismo popular mediado. **Revista Ju**, 2005. Disponível em: <https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n6N1-October2005/061Juridica06.pdf>. Acesso em: 30.03.2020.

ainda que o público venha desaproveitar as decisões constitucionais, não há clamor popular para a retirada do poder dado à corte; se o público quisesse eliminar ou modificar a prática de *judicial review* encontraria um meio para fazê-lo; e, a mais controversa, o tempo opera em favor de que a corte ceda às perspectivas populares.²⁸⁶

Essas premissas compõem a definição do que seja, para o autor, o *judicial review*. Friedman pondera que o constitucionalismo popular *é e deve ser* a busca por um conjunto mais profundo de princípios e limites que, a partir de uma reflexão, devem ganhar ampla aceitação. Apesar de lembrar-se que os mecanismos cotidianos da política não induzem o público a distinguir entre seus interesses imediatos e os ideais ou princípios constitucionais, o autor aposta que os cidadãos são capazes de proceder à essa diferenciação.²⁸⁷

A tarefa do *judicial review* é, então, conciliar os profundos compromissos constitucionais com as preferências da atualidade, é identificar um princípio ou uma tradição relevante e entregar ou frustrar a vontade sustentada pela maioria, é amoldar os valores constitucionais que alcançam apoio popular geral ao longo do tempo. Barry Friedman afirma que para compreendermos o presente é preciso conhecer o lento processo de mudança constitucional que ocorreu ao longo da história, sendo a nação o resultado de “uma longa sucessão de eventos”, de muitas mudanças anteriores, algumas extremamente remotas e outras recentes, algumas graduais, outras repentinas e violentas”. Desse modo, propõe a substituição da escolha entre originalismo e constitucionalismo vivo por uma visão mais realista do direito constitucional, que leva em conta toda a história constitucional.^{288 289}

²⁸⁶ FRIEDMAN, Barry. Constitucionalismo popular mediado. **Revista Ju**, 2005. Disponível em: <https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n6N1-October2005/061Juridica06.pdf>. Acesso em: 30.03.2020.

²⁸⁷ FRIEDMAN, Barry. Dialogue and judicial review. **Mich. L. Rev.**, v. 91, p. 577, 1992. Disponível em: <<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/mlr91&div=34&id=&page=>>>. Acesso em 23.09.2022.

²⁸⁸ FRIEDMAN, Barry. Constitucionalismo popular mediado. **Revista Ju**, 2005. Disponível em: https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n6N1-October2005/061Juridica06.pdf Acesso em 30.03.2020. p. 128.; FRIEDMAN, Barry; SMITH, Scott B. Sedimentary Constitution. **U. Pa. L. Rev.**, v. 147, p. 1, 1998. Disponível em: <<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/pnlr147&div=10&id=&page=>>>. Acesso em 14.09.2020

²⁸⁹ Distinguindo atividade política cotidiana de momentos em ocorre uma interpretação constitucional nos termos “política comum” e “direito comum”. ACKERMAN, Bruce A. **We the People: Foundations**. 1. Harvard University Press, 1991.

O argumento de Barry Friedman é melhor depurado em “The Will of the People”, em que o autor estabelece três proposições a partir do contexto estado-unidense: o *judicial review* tem sido exercido há mais de 250 anos, e tem sido marcante na democracia dos Estados da América há pelo menos 150 anos; aproximadamente nos últimos setenta anos, e certamente em 2005, o *judicial review* obteve ampla aceitação pública; a Suprema Corte sempre esteve em consonância à vontade das maiorias.²⁹⁰

Friedman questiona o centro da discussão sobre o *judicial review*, criticando o que enxerga como “premissas excessivamente simplistas da dificuldade contramajoritária”, caminhando em direção a uma visão mais sutil (e de difícil compreensão), que concebe a tomada de decisão judicial como simbiótica a outros aspectos da democracia constitucional, abandonando a ideia de que a mudança constitucional esteja centrada na corte. Os teóricos do direito deveriam superar o problema da dificuldade contra majoritária, pois uma vez que a prática do *judicial review* encontra amplo apoio popular, não haveria necessidade de haver uma “justificativa especial” para atuação das cortes se, afinal, elas já aderem à vontade das maiorias.²⁹¹

Também em “Dialogue and Judicial Review” Barry Friedman constata que a Suprema Corte reflete a opinião da maioria, e que as pesquisas relativas à opinião pública mostram que as decisões judiciais controversas desfrutam de apoio público substancial. O autor descreve os tribunais como participantes da vida política americana, e desfrutam de muito mais aprovação popular do que os outros poderes institucionais. Para o autor as cortes são próximas de um diálogo político e parte vital do discurso político legítimo. Nesse contexto, governo majoritário e *judicial review* equilibram um ao outro, consistente com o amplo projeto teórico dos autores para nossa Constituição. O autor entende que interpretação constitucional tem natureza dinâmica, e descreve o *judicial review* como um processo em que o tribunal interpreta a constituição, mas também facilita e molda um

²⁹⁰ FRIEDMAN, Barry. **The will of the people: how public opinion has influenced the Supreme Court and shaped the meaning of the Constitution.** Farrar, Straus and Giroux, 2009.; FRIEDMAN, Barry. The Will of the People and the Process of Constitutional Change. **Geo. Wash. L. Rev.**, v. 78, p. 1232, 2009. Disponível em: <<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/gwlr78&div=59&id=&page=>>>. Acesso em 13.10.2022.

²⁹¹ FRIEDMAN, Barry. **The will of the people: how public opinion has influenced the Supreme Court and shaped the meaning of the Constitution.** Farrar, Straus and Giroux, 2009.; FRIEDMAN, Barry. The Will of the People and the Process of Constitutional Change. **Geo. Wash. L. Rev.**, v. 78, p. 1232, 2009. Disponível em: <<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/gwlr78&div=59&id=&page=>>>. Acesso em 13.10.2022.

diálogo constitucional na sociedade sendo por meio desse diálogo social que a constituição ganha significado.²⁹²

A dificuldade contramajoritária é então uma percepção que não encontra respaldo na realidade fática, e que cria uma tensão dicotômica (e artificial) entre democracia e *judicial review* quando, na realidade, as duas são simbióticas.²⁹³

A ideia de “constitucionalismo popular mediado” convive com críticas que não fazem justiça ao seu conteúdo, de modo que fazemos uma ressalva: Friedman não descreve a *simples deferência* das cortes às vontades do povo em dadas circunstâncias, fatos ou conjunturas políticas, em detrimento de teses normativas. O argumento da tese não aponta para uma corte que satisfaz preferências políticas populares, que promove entregas imediatas às reivindicações da maioria sobre o texto constitucional, como erroneamente possa se presumir; o constitucionalismo popular mediado não é uma “política comum” feita pela corte – à explicação que conduz à tese é valiosa, ainda mais complexa.²⁹⁴

Antes, adotar a premissa de que as interpretações da constituição pela corte refletem a vontade popular ao longo do tempo requer localizar qual o mecanismo direto de monitoramento das cortes por parte das forças populares. O argumento das nomeações sintonizadas às aspirações populares, sozinho, não se sustenta, uma vez que os presidentes eleitos promovem à corte nomes fora da preferência da opinião pública. Outra hipótese é a de que a estampa da opinião pública nas decisões judiciais reflete a necessidade de apoio popular da corte. Epstein, Knight e Martin, em “The Supreme Court as a Strategic National Policymaker”, desenvolveram a ideia de que um público que apoia as decisões

²⁹² FRIEDMAN, Barry. Dialogue and judicial review. **Mich. L. Rev.**, v. 91, p. 577, 1992. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/mlr91&div=34&id=&page=>. Acesso em 23.09.2022.

²⁹³ FRIEDMAN, Barry. **The will of the people: how public opinion has influenced the Supreme Court and shaped the meaning of the Constitution**. Farrar, Straus and Giroux, 2009.; FRIEDMAN, Barry. The Will of the People and the Process of Constitutional Change. **Geo. Wash. L. Rev.**, v. 78, p. 1232, 2009. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/gwlr78&div=59&id=&page=>. Acesso em 13.10.2022.

²⁹⁴ Mesmo o constitucionalismo popular é, e deve ser, algo diferente da satisfação de desejos políticos imediatos. O Constitucionalismo Popular mediado recebe esse nome porque a opinião pública e o judicial review estão conectados em uma conexão à distância, é mediada, no sentido de ser indireto. FRIEDMAN, Barry. **The will of the people: how public opinion has influenced the Supreme Court and shaped the meaning of the Constitution**. Farrar, Straus and Giroux, 2009.; FRIEDMAN, Barry. The Will of the People and the Process of Constitutional Change. **Geo. Wash. L. Rev.**, v. 78, p. 1232, 2009. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/gwlr78&div=59&id=&page=>. Acesso em: 13.10.2022.

da corte pode ajudar a que estas sejam executadas, mediante a ameaça implícita de uma reação política violenta como resposta a instâncias de desafio da autoridade pública ou de retração em sua implementação.^{295 296} Friedman pondera que apesar da característica contramajoritária da corte, os juízes precisam do povo tanto para a sua proteção das contestações de outros poderes políticos quanto para o cumprimento das próprias decisões judiciais, existindo, portanto, um mecanismo de monitoramento do povo sobre as cortes.

²⁹⁷

Dado que existe um mecanismo de monitoramento das cortes por parte do povo, a tese sobre a consonância entre a opinião popular e o *judicial review* é construída por Friedman a partir das perspectivas dos apoios específico e difuso de David Easton,²⁹⁸ que define *uma métrica* para a relação entre público e instituições: o apoio que o público direciona à instituição.²⁹⁹ Tal como o nome informa, o “apoio específico” se refere ao nível de concordância do público sobre uma decisão específica dada pela corte.³⁰⁰ O chamado “apoio difuso”, de outro modo, opera como uma variável independente³⁰¹ e informa a tolerância do público em relação às decisões com as quais não concordam, um “pool de apoio” dado ao exercício do *judicial review*. Por transcender o sentimento de não concordância com uma decisão específica³⁰² é um dos garantidores da continuidade e permanência do exercício de um poder.³⁰³

²⁹⁵ EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack; MARTIN, Andrew D. The Supreme Court as a strategic national policymaker. **EMORY LJ**, v. 50, p. 583, 2001. Disponível em: <https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=6090&context=faculty_scholarship>. Acesso em 14.09.2020.

²⁹⁶ PERETTI, Terri Jennings. In defense of a political court. In: **In Defense of a Political Court**. Princeton University Press, 2001.

²⁹⁷ FRIEDMAN, Barry. Constitucionalismo popular mediado. **Revista Ju**, 2005. Disponível em: <https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n6N1-October2005/061Juridica06.pdf>. Acesso em: 30.03.2020. p. 128.; FRIEDMAN, Barry; SMITH, Scott B. Sedimentary Constitution. **U. Pa. L. Rev.**, v. 147, p. 1, 1998. Disponível em: <<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/pnlr147&div=10&id=&page=>>>. Acesso em 14.09.2020.

²⁹⁸ EASTON, David. **A systems analysis of political life**. 1965.

²⁹⁹ EASTON, David. **A systems analysis of political life**. 1965.

³⁰⁰ EASTON, David. **A systems analysis of political life**. 1965.

³⁰¹ O autor assevera que ambos os conceitos são coerentes apenas para uma instituição visível. Às suas autoridades, notadamente do ramo da política, deve ser possível atribuir culpa ou elogio. EASTON, David. **A systems analysis of political life**. 1965.

³⁰² CALDEIRA, Gregory A.; GIBSON, James L. The etiology of public support for the Supreme Court. **American journal of political science**, p. 635-664, 1992. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/2111585>>. Acesso em 18.11.2022

³⁰³ O autor assevera que ambos os conceitos são coerentes apenas para uma instituição visível. EASTON, David. **A systems analysis of political life**. 1965.

Mas como o “apoio específico” e o “apoio difuso” poderiam afetar a opinião pública? Caldeira e Gibson, em “The Etiology of Public Support for the Supreme Court”, reúnem muitas evidências de que a barreira entre apoio específico e difuso é rompida em situações importante: entre as elites, ou os politicamente ativos, “o apoio difuso se comporta como se fosse um apoio específico”, restando o apoio a corte estreitamente relacionado com a aprovação de decisões judiciais específicas.³⁰⁴ Do mesmo modo, os autores apresentam evidências de quando o público está “preocupado” com o que o tribunal está decidindo, é provável que o apoio específico se transforme em apoio difuso.³⁰⁵

Caldeira e Gibson elencam que uma das melhores evidências para sugerir que o apoio dado ao *judicial review* é formado em resposta a eventos específicos (apoio específico), e que esse apoio persiste por um longo período de tempo (então, apoio difuso), é, nos Estados Unidos da América, a questão racial. Entre os afro-americanos existe uma divisão geracional acerca da opinião sobre a corte. A exposição ao trabalho do Tribunal de Warren teve um efeito duradouro e profundo no apoio dos afro-americanos sobre a corte, sendo que aqueles que foram expostos tendiam a apoiar a Corte mais do que aqueles cuja percepção sobre a corte foi construída antes ou depois daquela época.³⁰⁶³⁰⁷

O conhecimento sobre as decisões da corte é outro aspecto que Friedman considera relevante. O quanto o público conhece as decisões do tribunal e o quanto é preciso para que o faça? Franklin e Kosaki, tentando determinar quanta atenção da mídia é necessária para captar a conscientização do público sobre decisões da corte, no contexto estado-unidense, descobriram que poucas decisões da Suprema Corte provavelmente chegarão ao conhecimento público de alguma forma. Duas características seriam

³⁰⁴ CALDEIRA, Gregory A.; GIBSON, James L. The etiology of public support for the Supreme Court. **American journal of political science**, p. 635-664, 1992. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/2111585>>. Acesso em 18.11.2022

³⁰⁵ CALDEIRA, Gregory A.; GIBSON, James L. The etiology of public support for the Supreme Court. **American journal of political science**, p. 635-664, 1992. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/2111585>>. Acesso em 18.11.2022

³⁰⁶ Por exemplo, Caldeira e Gibson notaram que as posições sobre o direito ao aborto tendiam a estar relacionadas ao apoio difuso, sugerindo que esta é uma questão polêmica que pode afetar o apoio difuso à Corte. CALDEIRA, Gregory A.; GIBSON, James L. The etiology of public support for the Supreme Court. **American journal of political science**, p. 635-664, 1992. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/2111585>>. Acesso em 18.11.2022

³⁰⁷ FRIEDMAN, Barry. Constitucionalismo popular mediado. **Revista Ju**, 2005. Disponível em: <https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n6N1-October2005/061Juridica06.pdf>. Acesso em 30.03.2020.

responsáveis pela conscientização: a atenção pública direcionada aos casos e as características dos indivíduos que acompanham as informações públicas ou possíveis debates sobre o tema. O modelo desenvolvido por Franklin e Kosaki constatou que, para além da cobertura da mídia, determinados grupos de indivíduos, notadamente os interessados em temas políticos provavelmente alcançarão um maior número de informações. Ainda, existem nichos específicos de interesse, ou temas polêmicos, como as decisões envolvendo o direito ao aborto ou a queima de bandeiras. Sobre esse aspecto, Friedman conclui que apenas um pequeno número de casos atrai o tipo de atenção da mídia que os faz ficar na consciência do público, mas que os agentes públicos podem trazer luz midiática sobre as decisões, aumentando sua visibilidade.^{308 309}

Mas de que modo a decisão da corte poderiam afetar a opinião pública e por quanto tempo perduram as opiniões formadas? A partir desse ponto, elencamos uma série de pesquisas abordadas por Barry Friedman sobre a reação do público às decisões do tribunal:

(I) Não há um consenso sobre a intensidade das reações negativas ou positivas do público sobre uma decisão da corte. As decisões da corte geram, no público, aprovação ou rejeição; enquanto alguns estudos indicam que a reação negativa do público insatisfeito à decisão costuma ser mais intensa do que a reação positiva, outros estudos sugerem o contrário. Friedman propõe conciliar esses resultados conflitantes, pois a reação mais importante do público acerca de uma decisão pode ser, na verdade, aquela que convoca um “entrincheiramento” sobre os méritos da decisão.³¹⁰

(II) A corte não exerce uma “função educativa” sobre o público e uma decisão polêmica da corte fortalece a oposição à ela. O autor traz um estudo de Franklin e Kosaki que especularam sobre uma “função educativa” da Suprema Corte ou a sua capacidade de influenciar positivamente a opinião pública acerca do mérito da decisão e, no estudo sobre o impacto de uma decisão favorável ao aborto, descobriram que a decisão tendia a reforçar sentimentos daqueles que se opõem ao procedimento. Os autores encontraram

³⁰⁸ FRANKLIN, Charles H.; KOSAKI, Liane C. Media, knowledge, and public evaluations of the Supreme Court. *Contemplating courts*, p. 352-75, 1995.

³⁰⁹ FRIEDMAN, Barry. Constitucionalismo popular mediado. *Revista Ju*, 2005. Disponível em: <https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n6N1-October2005/061Juridica06.pdf>. Acesso em: 30.03.2020.

³¹⁰ FRIEDMAN, Barry. Constitucionalismo popular mediado. *Revista Ju*, 2005. Disponível em: <https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n6N1-October2005/061Juridica06.pdf>. Acesso em 30.03.2020.

uma evidência de que um grupo, contrário ao aborto por exemplo, reforçam os pontos de vista uns dos outros, deixando a percepção contrária ao tem ainda mais nítida do que aqueles indivíduos que não possuíam uma influência de grupo. Desse modo, o impacto de uma decisão polêmica da corte seria o de fortalecimento das forças que se opõem ao Tribunal.³¹¹

(III) Na medida em que as opiniões sobre “o mérito da decisão” não são a mesma coisa que opiniões sobre “a corte”, é possível discordar do conteúdo da decisão e continuar a apoiar o *judicial review*, oferecendo ainda o suporte difuso. No entanto, existem evidências sugerindo que a reação negativa a uma decisão da corte influencia as opiniões sobre a Suprema Corte mais do que a reação positiva; enquanto outras pesquisas indicam exatamente o contrário, a reação positiva à Suprema Corte importa mais do que a reação negativa.³¹²

(IV) A hipótese é de que o Tribunal de alguma forma acumula “um estoque” de apoio difuso, que não é facilmente abalado pela reação negativa a decisões determinadas. Seria necessário então uma grande quantidade de reação negativa para deslocar esse apoio.³¹³

Como a teoria do “apoio público” se relaciona com as teorias normativas do *judicial review*? Friedman compreende que mesmo que a Corte tenha divergido da opinião pública quanto ao mérito, ou significado constitucional, a implicação da teoria do apoio difuso é que o público ainda pode preferir conceder autoridade interpretativa à Suprema Corte em relação ao significado constitucional, trazendo Gibson, Caldeira e Spence, que em estudo afirmam que mesmo entre aqueles que desaprovam as decisões individuais ou a tendência ideológica da Corte, uma visão popular, e antiga, é que a Corte tem autoridade interpretativa sobre o significado constitucional.³¹⁴

³¹¹ FRANKLIN, Charles H.; KOSAKI, Liane C. Media, knowledge, and public evaluations of the Supreme Court. **Contemplating courts**, p. 352-75, 1995.

³¹² FRIEDMAN, Barry. Constitucionalismo popular mediado. **Revista Ju**, 2005. Disponível em: <https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n6N1-October2005/061Juridica06.pdf>. Acesso em 30.03.2020.

³¹³ FRIEDMAN, Barry. **Constitucionalismo popular mediado**. *Revista Ju*, 2005. Disponível em: <https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n6N1-October2005/061Juridica06.pdf>. Acesso em 30.03.2020.

³¹⁴ FRIEDMAN, Barry. **Constitucionalismo popular mediado**. *Revista Ju*, 2005. Disponível em: <https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n6N1-October2005/061Juridica06.pdf>. Acesso em 30.03.2020.

Sobre a relação “mediada” entre corte e opinião pública, Friedman postula três ainda três ponderações. Primeiro, a opinião pública não é exógena ao sistema de *judicial review* e pode, portanto, ser influenciada, inclusive pela própria Suprema Corte. Segundo, o público não pode acompanhar o conteúdo real das opiniões (porque trata-se de conteúdo técnico) e, de modo geral, toma conhecimento das decisões da corte a partir da mídia ou de líderes políticos, “se conectando à manchetes”.³¹⁵ Terceiro, o público não conseguirá acompanhar as manchetes quando a matéria é bastante técnica.³¹⁶ Friedman pondera que o nome “constitucionalismo popular mediado” advém do fato de que o público é afastado do Tribunal. A influência do público no Tribunal é mediada, e o inverso também é verdadeiro. No meio estariam os atores políticos que têm poder direto sobre a corte e influência sobre a opinião pública.³¹⁷

A questão é que a existência de um “apoio difuso” à corte ainda parece um aspecto distinto da consonância entre opinião pública e decisões da corte ao longo do tempo. Ora, o apoio difuso dita tão somente apoio à existência da corte e suporte às suas decisões, não apontando necessariamente para a concordância com o conteúdo das decisões específicas, e uma vez que a corte não exerce uma “função educativa”, ainda não está explicada o fato da convergência entre opinião pública e as decisões da corte ao longo do tempo. Afinal, *quando* e *como* ocorre essa convergência? “De que modo” interpretação constitucional e opinião pública se encontram?

Formulamos ao menos uma hipótese sobre o aspecto temporal da convergência entre decisão da corte e a opinião pública. Propomos uma hipótese a partir da “métrica” de David Easton para a relação entre público e corte, o apoio “específico” ou “difuso”.³¹⁸ Podemos pensar que o apoio dado às cortes ocorre à partir de determinado conteúdo jurídico, que parte do *judicial review* em direção ao público e se consolidará em apoio específico ou difuso à corte, de forma que o conteúdo acerca da decisão da corte não é estático, mas é dinâmico. Até aqui, é fácil conceber que existe um fluxo que leva o

³¹⁵ FRIEDMAN, Barry. **Constitucionalismo popular mediado**. Revista Ju, 2005. Disponível em: <https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n6N1-October2005/061Juridica06.pdf>. Acesso em 30.03.2020.

³¹⁶ FRANKLIN, Charles H.; KOSAKI, Liane C. Media, knowledge, and public evaluations of the Supreme Court. **Contemplating courts**, p. 352-75, 1995.

³¹⁷ FRIEDMAN, Barry. **Constitucionalismo popular mediado**. Revista Ju, 2005. Disponível em: <https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n6N1-October2005/061Juridica06.pdf>. Acesso em 30.03.2020.

³¹⁸ EASTON, David. **A re-assessment of the concept of political support**. British journal of political science, v. 5, n. 4, p. 435-457, 1975.

entendimento da corte sobre determinado conteúdo da constituição até o público. Essa ideia nos possibilita uma conjectura: esse *fluxo de conteúdo*, essa compreensão da constituição que parte do *judicial review* em direção ao público e se consolida em apoio específico ou difuso à corte, não estará operando em dois sentidos, também do povo em direção às cortes? – esse nos parece o sentido da ideia de Friedman.

Se a resposta for positiva será possível assimilar *como* ocorre a consonância entre a opinião pública e as decisões das cortes. Dito de outro modo, é plausível conceber que as trocas de percepções sobre as decisões do *judicial review* entre público e corte ocorram em uma “camada mais interna” dos apoios específico e difuso, se esses forem concebidos em termos de conteúdo constitucional – é desse modo que podemos falar, efetivamente, de um constitucionalismo popular.

Mas por que supomos a existência de *um fluxo* do conteúdo que opera da opinião pública em direção às cortes? A resposta estaria justamente na análise de como apoio específico e difuso podem impactar a corte. Propomos uma imersão no ponto de convergência entre *judicial review* e opinião popular, na medida em que Friedman narra que a barreira entre “apoio específico” e “apoio difuso” pode se romper.³¹⁹ Mas o que isso poderia representar? É, para nós, razoável deduzir que, na esfera popular, quando “apoio específico” a determinado ponto de vista adotado pela corte se encontra no mesmo espaço que o “apoio difuso”, o qual prestigia a tomada de decisão pela instituição, é criado um momento que oportuniza o encontro de ideias e percepções sobre o conteúdo da decisão – e aqui estamos a falar de ideias e princípios, como também sobre a suporte que a corte deve receber. Parece-nos possível aferir que é momento no qual pode haver a tanto a reflexão como a transformação da percepção do conteúdo do apoio específico a dada decisão como também a alteração da percepção do público sobre a corte – é nesse ponto que poderíamos localizar um papel para a política.

Esse sentido parece estar mais claro em “The Will of the People”, quando o autor orienta que o processo de mudança ocorre da inter-relação entre opinião popular e *judicial review*: “a mudança constitucional ocorre à medida que os entendimentos públicos do significado constitucional e as interpretações judiciais da Constituição interagem entre si”. O autor narra em “Dialogue and Judicial Review” um processo simbiótico, que “se

³¹⁹ EASTON, David. **A re-assessment of the concept of political support**. British journal of political science, v. 5, n. 4, p. 435-457, 1975.

move aos trancos e barrancos e ao longo de várias trilhas ao mesmo tempo”.³²⁰ Dessa forma, os significados judiciais mudam em resposta às mudanças no entendimento público, e as decisões judiciais provocam o público a considerar o que a Constituição deveria significar. Por meio dessa interação a Constituição muda.^{321 322}

Sobre o tema, fazemos uma anotação. Ler o *constitucionalismo popular* de Barry Friedman como *mediado pela corte* não é, para nós, a melhor luz da tese do autor. Talvez o termo “mediado” sirva tanto mais a caracterizar a interação que ocorre entre a opinião popular e a corte, assim “mediado” é adjetivo do que “ficou intermediário” entre *o que traz* a opinião popular e *o que traz* a corte. Para nós, Friedman estaria descrevendo um sistema de constitucionalismo popular que tem substância na intercessão, tem síntese no encontro, e não uma a decisão a partir da perspectiva de uma das partes. É, portanto, perspectiva descritiva em que a resposta da corte é resultado do que ocorre na *interação* entre opinião popular e a própria corte e é a partir dela que podemos tratar sobre as questões da legitimidade do *judicial review* tão cara aos teóricos normativos.

“The Will of the People” Barry Friedman compreende que a proposição de que os juízes invalidam leis populares é duvidosa, primeiro, porque existem pressões populares sobre os juízes que desafiam a vontade do povo e segundo, que é improvável que o *judicial review* seja ameaçada quando os juízes agem contrariamente à vontade dos representantes eleitos, mas consistentes com a opinião popular. Mesmo que o público não aprove todas as decisões judiciais, o próprio sistema de *judicial review* ainda pode encontrar amplo apoio popular. Em outras palavras, o público pode preferir um sistema no qual os juízes às vezes refreiam suas preferências imediatas. É altamente improvável

³²⁰ FRIEDMAN, Barry. **Dialogue and judicial review**. Mich. L. Rev., v. 91, p. 577, 1992. Disponível em: <<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/mlr91&div=34&id=&page=>>>. Acesso em 23.09.2022.

FRIEDMAN, Barry. **The will of the people: how public opinion has influenced the Supreme Court and shaped the meaning of the Constitution**. Farrar, Straus and Giroux, 2009.; FRIEDMAN, Barry. The Will of the People and the Process of Constitutional Change. **Geo. Wash. L. Rev.**, v. 78, p. 1232, 2009. Disponível em: <<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/gwlr78&div=59&id=&page=>>>. Acesso em 13.10.2022.

³²¹ FRIEDMAN, Barry. Constitucionalismo popular mediado. **Revista Ju**, 2005. Disponível em: <[>](https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n6N1-October2005/061Juridica06.pdf). Acesso em 30.03.2020.

³²² FRIEDMAN, Barry. **The will of the people: how public opinion has influenced the Supreme Court and shaped the meaning of the Constitution**. Farrar, Straus and Giroux, 2009.; FRIEDMAN, Barry. The Will of the People and the Process of Constitutional Change. **Geo. Wash. L. Rev.**, v. 78, p. 1232, 2009. Disponível em: <<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/gwlr78&div=59&id=&page=>>>. Acesso em 13.10.2022.

que o público apoie um sistema no qual os juízes apenas, ou mesmo geralmente, invalidem as leis populares. Mas o público pode muito bem apoiar um sistema que lhes dê o que eles querem na maioria das vezes, mesmo que isso nem sempre aconteça. E o público pode aplaudir um sistema que às vezes o priva de suas preferências imediatas, em nome de outros valores profundamente arraigados.³²³

Bednar, Forbath e Primus direcionaram algumas críticas sobre a descrição da mudança constitucional orientada por Barry Friedman.³²⁴ O primeiro questionamento se refere ao conceito de povo, e é compartilhada por Bednar, Forbath e Primus, “quem é o povo” de quem Friedman fala?³²⁵ O autor responde ser necessário cautela ao tratar de um povo diverso, como é o caso do contexto estado-unidense, alegando que o povo americano não é um bloco homogêneo³²⁶ e enquadra o conceito de vontade popular como um conjunto de vozes em conflito constante. Existiria, então, uma dificuldade de identificar uma vontade coletiva, podendo-se observar vencedores e vencidos nas decisões judiciais e avaliar até que ponto esses vencedores refletiriam um sentimento popular geral.

Seria necessário, então, uma mediação “da voz do povo”? Friedman considera que a “vontade do povo” é uma captação dos sentimentos populares mais amplos por meio, por exemplo, dos políticos tradicionais e pela mídia. No entanto, mais do que uma “voz” ou “vontade” do povo, o argumento de Friedman se assenta na importância da divergência, de modo que as opiniões do público americano serviram, várias vezes, como um forte estímulo e um controle sobre as elites políticas e sobre outros atores

³²³ FRIEDMAN, Barry. **The will of the people: how public opinion has influenced the Supreme Court and shaped the meaning of the Constitution**. Farrar, Straus and Giroux, 2009.; FRIEDMAN, Barry. *The Will of the People and the Process of Constitutional Change*. *Geo. Wash. L. Rev.*, v. 78, p. 1232, 2009. Disponível em: <<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/gwlr78&div=59&id=&page=>>>. Acesso em 13.10.2022.

³²⁴ Bednar, Forbath e Primus parecem aceitar a premissa central de A Vontade do Povo, texto crítico a friedman. BEDNAR, Jenna. **The Dialogic Theory of Judicial Review: A New Social Science Research Agenda**. *Geo. Wash. L. Rev.*, v. 78, p. 1178, 2009. FORBATH, William E., *The Will of the People? Pollsters, Elites, and Other Difficulties*, 78 *GEO. WASH. L. REV.* 1191, 1191–92 (2010); PRIMUS, Richard, *Public Consensus as Constitutional Authority*, 78 *GEO. WASH. L. REV.* 1207, 1212 (2010).

³²⁵ BEDNAR, Jenna. **The Dialogic Theory of Judicial Review: A New Social Science Research Agenda**. *Geo. Wash. L. Rev.*, v. 78, p. 1178, 2009. FORBATH, William E., *The Will of the People? Pollsters, Elites, and Other Difficulties*, 78 *GEO. WASH. L. REV.* 1191, 1191–92 (2010); PRIMUS, Richard, *Public Consensus as Constitutional Authority*, 78 *GEO. WASH. L. REV.* 1207, 1212 (2010).

³²⁶ FRIEDMAN, Barry; SMITH, Scott B. *Sedimentary Constitution*. *U. Pa. L. Rev.*, v. 147, p. 1, 1998. Disponível em: <<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/pnlr147&div=10&id=&page=>>>. Acesso em 14.09.2020.

institucionais. A mobilização, (portanto, a opinião pública) conduz ao estreitamento entre as visões institucionais e as visões populares.³²⁷

Jenna Bednar pergunta sobre se própria Constituição apresentaria algum limite real para o alinhamento entre a corte e a opinião popular,³²⁸ no mesmo sentido de William Forbath, que expressa preocupação sobre uma lacuna entre “vontade do povo” e constituição, naqueles textos que não expressam direitos básicos para os cidadãos.³²⁹ Friedman argumenta que, por um lado, existem aspectos da interpretação que limitam o leque de possibilidades, e as palavras presentes na constituição parecem, às vezes, impor limites rígidos ao que pode ser entendido, mas que de outro modo existem hoje interpretações acerca do conteúdo constitucional que parecem contrárias ao que o próprio texto quis dizer, aceitas como interpretações adequadas, por exemplo, as decisões que garantem a igualdade de direitos das mulheres, difíceis de serem explicados em termos interpretativos formais.³³⁰ ³³¹ O autor reitera que grandes mudanças ocorridas no entendimento do público moldaram a constituição, e antes inimagináveis, se deram em resposta à mudança de entendimentos sobre valores fundamentais do povo americano.

Um terceiro questionamento é o mais inquirido sobre a obra de Barry Friedman: os juízes devem seguir os entendimentos populares sobre o significado constitucional? E quanto às ferramentas tradicionais de interpretação? Richard Primus critica “The Will of the People” como uma obra que mostra pouco interesse em definir como os juízes devem decidir os casos.³³² Friedman explica que o significado constitucional pode estar

³²⁷ FRIEDMAN, Barry. **The will of the people: how public opinion has influenced the Supreme Court and shaped the meaning of the Constitution.** Farrar, Straus and Giroux, 2009.; FRIEDMAN, Barry. The Will of the People and the Process of Constitutional Change. **Geo. Wash. L. Rev.**, v. 78, p. 1232, 2009. Disponível em: <<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/gwlr78&div=59&id=&page=>>>. Acesso em 13.10.2022.

³²⁸ BEDNAR, Jenna. **The Dialogic Theory of Judicial Review: A New Social Science Research Agenda.** **Geo. Wash. L. Rev.**, v. 78, p. 1178, 2009.

³²⁹ FORBATH, William E., **The Will of the People? Pollsters, Elites, and Other Difficulties.** 78. **GEO. WASH. L. REV.** 1191, 1191–92. 2010.

³³⁰ FRIEDMAN, Barry. **The will of the people: how public opinion has influenced the Supreme Court and shaped the meaning of the Constitution.** Farrar, Straus and Giroux, 2009.; FRIEDMAN, Barry. The Will of the People and the Process of Constitutional Change. **Geo. Wash. L. Rev.**, v. 78, p. 1232, 2009. Disponível em: <<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/gwlr78&div=59&id=&page=>>>. Acesso em 13.10.2022.

³³¹ FRIEDMAN, Barry. **Reconstructing Reconstruction: Some Problems For Originalists (And For Everyone Else, Too).** *Journal of Constitutional Law*, v. 11, n. 5, p. 09-32, 2009. Cf. BALKIN, Jack M. Framework originalism and the living constitution. *Nw. UL Rev.*, v. 103, p. 549, 2009.

³³² PRIMUS, Richard, Public Consensus as Constitutional Authority, 78 **GEO. WASH. L. REV.** 1207, 1212 (2010).

ameaçado se estiver refém, no curto prazo, da aprovação pública, mas ainda considera que a opinião pública desempenha um papel importante não só na tomada de decisão judicial, mas também no processo constitutivo do direito constitucional, sendo a deferência ao entendimento público imanente à própria doutrina do direito constitucional (embora seja mediado por instituições governamentais e prática constitucional).³³³

Para o autor, em última análise, a questão não é se a decisão constitucional pode incluir, ou não, a opinião pública, mas “como ele o faz, e como deve fazê-lo”. Friedman reitera que a tese de “The Will of the People” é que a opinião pública restringe o que os juízes podem fazer então, por causa dessa restrição, as decisões judiciais entrarão em consonância com a opinião pública ao longo do tempo, em um processo de mudança constitucional.

Vale a pena enfatizar que a reivindicação principal em *The Will of the People* não é que os juízes e as decisões judiciais são (ou deveriam ser) guiados pela opinião pública. É, ao contrário, que a opinião pública restringe o que os juízes podem fazer. Por causa dessa restrição, a alegação é que, a longo prazo, em casos importantes, as decisões judiciais convergirão com a opinião pública. Esse é o processo de mudança constitucional. Quando funciona adequadamente, a Corte não segue a opinião imediata e transitória, mas o “juízo ponderado” do povo americano.³³⁴

A hipótese também é “mediada”. Ela pode ocorrer por meio de processos de impeachment de Ministros, por exemplo, em dispositivos que também deve operar em grande escala, em um processo difícil de prosperar, pois sujeito a muitos vetos, então, “seria preciso um público muito agitado para disciplinar a Corte, e é raro que isso ocorra em resposta a uma única decisão”. De outra forma, Friedman reitera que a corte também precisa ver suas decisões cumpridas, mas os valores do estado de direito irão atuar de forma a constranger a maioria dos atores públicos a aceitarem e obedecerem às decisões. Resta saber, então, quão restringida a corte é, ou quanto deveria ser. De modo que esse processo simbiótico pode ser tomado como “familiar e apropriado” se puder funcionar de

³³³ FRIEDMAN, Barry. **The will of the people: how public opinion has influenced the Supreme Court and shaped the meaning of the Constitution.** Farrar, Straus and Giroux, 2009.; FRIEDMAN, Barry. *The Will of the People and the Process of Constitutional Change.* *Geo. Wash. L. Rev.*, v. 78, p. 1232, 2009. Disponível em: <<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/gwlr78&div=59&id=&page=>>>. Acesso em 13.10.2022.

³³⁴ FRIEDMAN, Barry. **The will of the people: how public opinion has influenced the Supreme Court and shaped the meaning of the Constitution.** Farrar, Straus and Giroux, 2009.; FRIEDMAN, Barry. *The Will of the People and the Process of Constitutional Change.* *Geo. Wash. L. Rev.*, v. 78, p. 1232, 2009. Disponível em: <<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/gwlr78&div=59&id=&page=>>>. Acesso em 13.10.2022.

um modo que garanta que as decisões constitucionais possam refletir as visões fundamentais mais profundas da política americana.³³⁵

Ainda, alguns temas presentes no contexto do constitucionalismo do *common law* que, a nosso ver, encontram correspondência no constitucionalismo brasileiro, são as ideias de “Constituição Viva” e “Constituição Invisível”, a constituição é um documento vivo, que conta com princípios não escritos, ou presentes em uma “Constituição Invisível”. Exploramos a seguir essas ideias, correlacionando-as com o contexto brasileiro.

Barboza e Kozicki ponderam que em tanto no *common law* quanto no *civil law* o conteúdo das normas constitucionais, que estabelecem princípios ou direitos fundamentais, por seu caráter aberto e abstrato, de flexibilidade e fluidez, são expressão de uma “constituição viva”, que se desenvolve e muda ao longo do tempo, se adaptando às novas circunstâncias sem precisar ser formalmente alterada. Mas como conciliar uma Constituição escrita e estática com a ideia de uma Constituição viva, dinâmica, que muda de acordo com as novas circunstâncias políticas, econômicas, sociais, históricas e culturais?³³⁶

Primeiro, as autoras consideram que o trabalho interpretativo institucional requer muito mais do que a leitura do texto, devendo o intérprete recorrer aos entendimentos sobre os direitos que se desenvolveram dentro e fora dos tribunais.³³⁷ Contudo, a fim de evitar que uma “Constituição viva” se reduza à vontade dos juízes, que seja alterando seu significado, sem levar-se em conta o seu compromisso com precedentes ou com sua história constitucional, é também na compreensão do cerne do conceito de “Constituição viva” que resta o conteúdo da proteção de uma Constituição estável e, ao mesmo tempo,

³³⁵ FRIEDMAN, Barry. **The will of the people: how public opinion has influenced the Supreme Court and shaped the meaning of the Constitution.** Farrar, Straus and Giroux, 2009.; FRIEDMAN, Barry. *The Will of the People and the Process of Constitutional Change.* *Geo. Wash. L. Rev.*, v. 78, p. 1232, 2009. Disponível em: <<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/gwlr78&div=59&id=&page=>>>. Acesso em 13.10.2022.

³³⁶ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. **Common Law And Civil Law: Convergences Beyond A Written Constitution.** *Cuest. Const.*, Ciudad de México, n. 40, p. 39-73, jun. 2019. Disponível em <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-91932019000100039&lng=es&nrm=iso>. Acesso em: 01 nov. 2021. Epub 20-Mar-2020. <<https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2019.40.13227>>. p. 66 e ss.

³³⁷ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. **Common Law And Civil Law: Convergences Beyond A Written Constitution.** *Cuest. Const.*, Ciudad de México, n. 40, p. 39-73, jun. 2019. Disponível em <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-91932019000100039&lng=es&nrm=iso>. acessado em 01 nov. 2021. Epub 20-Mar-2020. <<https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2019.40.13227>>.

responsiva às expectativas sociais.³³⁸ Quando a doutrina e os tribunais ignoram a realidade que a Constituição é mais do que o seu texto – alicerçado em direitos e princípios fundamentais de carácter aberto e abstrato, sendo necessário o adensamento dos seus conteúdos de acordo com os valores culturais e históricos de uma sociedade – eles ambicionam uma Constituição que permite a segurança desejada por seus cidadãos, mas ocorre justamente o contrário, o judiciário passa a decidir com base em pressões políticas, pragmáticas e contingenciais.³³⁹

Mas a dúvida persiste, como podemos conciliar as ideias de constituição dinâmica com um texto constitucional imutável e central? Barboza e Kozicki orientam que a importância de um texto constitucional está na capacidade de assegurar e estabilizar as relações sociais e no simbolismo que ele representa, é assim nos Estados Unidos da América, onde a constituição atua em conjunto com o método do *common law* de vinculação aos precedentes, uma estabilidade que se dá a partir de em um movimento coerente de construção do direito por meio de precedentes judiciais e pela valorização da equidade nas decisões judiciais.³⁴⁰

O inverso ocorreu nos países de tradição romano-germânica, arquitetado sobre a ideia de completude do sistema, que proporcionaria certeza e previsibilidade ao (supostamente) oferecer uma solução jurídica para qualquer questão que pudesse surgir nas relações sociais. Desse modo, enquanto nos EUA fala-se de “Constituição viva” e “Constituição invisível” para caracterizar tanto a prática de interpretação constitucional

³³⁸ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. **Common Law And Civil Law: Convergences Beyond A Written Constitution**. Cuest. Const., Ciudad de México, n. 40, p. 39-73, jun. 2019. Disponível em <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-91932019000100039&lng=es&nrm=iso>. acessado em 01 nov. 2021. Epub 20-Mar-2020. <<https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2019.40.13227>>. p. 66 e ss.

³³⁹ When doctrine and the Brazilian Courts close their eyes to the reality that the Constitution is more than its text and that its structure, grounded in fundamental rights and principles of an open and abstract character and accepting the densification of its contents in accordance with cultural, historical values of a society, they pretend that the Constitution allows the security desired by its citizens, consenting, on the contrary, that the judiciary might be free to decide based on political, pragmatic and contingency pressures, undermining the very notion of the Constitution. BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. **Common Law and Civil Law: Convergences Beyond A Written Constitution**. Cuest. Const., Ciudad de México, n. 40, p. 39-73, jun. 2019. Disponível em <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-91932019000100039&lng=es&nrm=iso>. acessado em 01 nov. 2021. Epub 20-Mar-2020. <<https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2019.40.13227>>. p. 67.

³⁴⁰ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. **Common Law And Civil Law: Convergences Beyond A Written Constitution**. N. Cuest. Const., Ciudad de México, n. 40, p. 39-73, jun. 2019. Disponível em <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-91932019000100039&lng=es&nrm=iso>. Acesso em: 01 nov. 2021. Epub 20-Mar-2020. <<https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2019.40.13227>>. P. 69.

quanto a constituição real fora do seu texto, no Brasil adota-se o conceito de mutação constitucional para as mudanças informais do conteúdo da Constituição.³⁴¹

Barboza e Kozicki deduzem que a doutrina brasileira parece temer a ideia de mudança constitucional que altera a Constituição via interpretação por permitir que o Judiciário obtenha poder significativo por meio de seu papel interpretativo. Quando assumimos que a Constituição é um documento vivo, deve-se supor que ele se desenvolve e se adapta às circunstâncias e crenças atuais. Sua legitimidade está, portanto, na justiça, no consenso, no compromisso, e na soberania do povo, não apenas no poder constituinte originário. Os juízes constitucionais terão o difícil papel de fazer uma interpretação atual acerca de direitos antigos, uma tarefa que deve ser feita com fidelidade aos valores constitucionais, mas que, ao mesmo tempo, deve responder às questões das sociedades atuais, pluralistas e complexas. Essa interpretação deve estar limitada não ao texto, mas ao conjunto de princípios que refletem a moral da comunidade.³⁴²

Laurence Tribe desenvolve a ideia de “constituição invisível” para o contexto estado-unidense, que pode ser sintetizada na ideia que, sobre o texto constitucional, “há mais lá do que aparenta”, devendo haver uma constituição invisível que dita qual texto aceitar, enquanto constituição visível dos Estados Unidos e quanta força deve-se atribuir a esse texto. Enquanto a constituição visível não responde muitas perguntas sobre o que ela significa, em qualquer caso particular e em qualquer momento específico.³⁴³

Os debates sobre o que determinado conteúdo da constituição significa implicaria em investigar, para Tribe, “questões de fato empírico” e, quando as escolhas entre essas fontes de sentido é tarefa sobre a qual o texto da Constituição é omissivo, resolver essas questões requer que se olhe “para fora e além do texto”: história, filosofia política e moral, teorias da linguagem, fatores institucionais. São esses uma série de outras fontes, que estão além da constituição que “podemos ver e ler”, pontuando que, “de fato,

³⁴¹ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. **Common Law And Civil Law: Convergences Beyond A Written Constitution**. Cuest. Const., Ciudad de México, n. 40, p. 39-73, jun. 2019. Disponível em: <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-91932019000100039&lng=es&nrm=iso>. Acesso em: 01 nov. 2021. Epub 20-Mar-2020. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2019.40.13227>. P. 69.

³⁴² BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. **Common Law and Civil Law: Convergences Beyond a Written Constitution**. Cuest. Const., Ciudad de México, n. 40, p. 39-73, jun. 2019. Disponível em: <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-91932019000100039&lng=es&nrm=iso>. acessado em 01 nov. 2021. Epub 20-Mar-2020. <<https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2019.40.13227>>. p. 69-71

³⁴³ TRIBE, Laurence H. **The invisible constitution**. Oxford University Press, 2008.

uma das maneiras pelas quais a Constituição funciona é colocar todos nós para trabalhar, nos levando a olhar mais profundamente para nossas histórias e valores compartilhados e separados, fazendo-nos confrontar o que de outra forma não perceberíamos ou até mesmo evitaríamos positivamente”. Tribe conclui que ler a constituição faz com que “descobrimos questões além de seus horizontes que devemos levar em conta para decidir quem devemos nos tornar ou evitar nos tornar”.³⁴⁴

A Constituição visível flutua necessariamente em um oceano vasto e profundo e, fundamentalmente, invisível de ideias, proposições, memórias recuperadas e experiências imaginadas que a Constituição como um todo nos coloca em condições de vislumbrar. E o que vislumbramos – o que passamos a compreender e refazer à imagem de nosso próprio tempo – nutre o corpo vivo da lei aplicável, algo mais vibrante do que um projeto inerte para um possível sistema de governo ou um conjunto de exortações políticas sobre uma estrutura concebível de governança limitada por um conjunto potencial de direitos e privilégios.³⁴⁵

O foco de Laurence Tribe é a própria constituição, seus “fundamentos invisíveis” acerca dos quais uma “mera leitura das palavras” não pode esperar revelar, o que está “na” constituição mas não pode ser visto quando se lê apenas seu texto, um assunto paradoxal, assevera, dada a importância do texto escrito. Mas, ao mesmo tempo em que a “a escrita tangível” e da constituição parece, de certo modo, ocupar o centro da racionalidade, “o que nos prende em seu domínio e o que tratamos como seu significado não pode ser encontrado apenas no texto escrito, mas reside apenas naquilo que não se pode perceber ao lê-lo”. O autor quer, portanto, afastar a discussão sobre “o que a constituição diz” e se as várias reivindicações constitucionais encontram fundamento em seu texto escrito, para se o conteúdo reivindicado descreve corretamente o conteúdo da constituição, tanto escrito quando não escrito.³⁴⁶

Mas como poderíamos ir além da constituição escrita, alcançando a constituição invisível? A invisibilidade é então definida por Tribe como aqueles conceitos e

³⁴⁴ TRIBE, Laurence H. **The invisible constitution**. Oxford University Press, 2008.

³⁴⁵ Tradução livre de: “So visible constitution necessarily floats in a vast and deep and, crucially, invisible ocean of ideas, propositions, recovered memories, and imagined experiences that the Constitution as a whole puts us in a position to glimpse. And what we glimpse what we come to comprehend and remake in our own time’s image-nurtures the living body of governing law, something more vibrant than an inert blueprint for a possible system of government or a set of political exhortations about a conceivable structure for governance constrained by a potential set of rights and privileges”. TRIBE, Laurence H. **The invisible constitution**. Oxford University Press, 2008.

³⁴⁶ TRIBE, Laurence H. **The invisible constitution**. Oxford University Press, 2008.

proposições que todos podem “ver” e que não sentem necessidade de defender de qualquer maneira elaborada, por exemplo, “o Congresso não fará nenhuma lei restringindo a liberdade de expressão ou de imprensa” em que é fácil deduzir que não se tratar apenas de um modo de expressão, audível ou oral, mas inclui várias formas dela (escrita, gestual, simbólica) Do mesmo modo, o termo “imprensa” é muito mais do que a forma como era conhecida pelos autores da Primeira Emenda no Congresso em 1789. No entanto, se “imprensa” deve ser compreendida enquanto conjunto de instituições e organizações ou como um conjunto de funções jornalísticas e editoriais, “independentemente de quem as desempenhe”, isso envolveria argumentos sobre o que o conceito subjacente abrange. É nesse momento, “(..) ao se resolver esses argumentos substantivos, devemos ir além da Constituição escrita” estará, portanto, “analisando facetas não trivialmente “invisíveis” da constituição.³⁴⁷

Ainda, analisamos duas proposições sobre a obra de Tribe com a finalidade de *tocar* a discussão brasileira: o que seria parte da “constituição invisível”? E como trazer essa discussão ao contexto brasileiro?

Tribe considera as decisões judiciais que criam precedentes sólidos e de grande repercussão pública como parte da própria Constituição (exemplos de “superprecedentes” são os casos *Brown v. Board of Education* e *Marbury v. Madison*). Esses precedentes adquirem o *status* de direito constitucional em virtude de sua assimilação à cultura popular e pela acomodação nas instituições que inicialmente foram resistentes a eles. O autor conclui que esse fenômeno é o que atesta o poder da palavra escrita na ordem constitucional americana porque, a constituição, como texto sagrado, determina uma lacuna intransponível entre o que de fato a constitui e “meras coleções de palavras” daqueles que a interpretam ou a aplicam.³⁴⁸ Outros precedentes controversos e inconstitucionais são exemplos de como uma Constituição não deveria ser lida, como *Dred Scott v. Sanford*, *Plessy v. Ferguson*, *Lochner v. Nova York* e *Korematsu v. Estados Unidos*. Para Tribe, “tudo o que não está escrito na Constituição deve ter um status mais sombrio, duvidoso e menos legítimo do que aquele desfrutado por suas palavras”.

³⁴⁷ TRIBE, Laurence H. **The invisible constitution**. Oxford University Press, 2008. P. 6

³⁴⁸ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. Common Law and Civil Law: Convergences Beyond a Written Constitution. *Cuest. Const.*, Ciudad de México, n. 40, p. 39-73, jun. 2019. Disponível em: <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-91932019000100039&lng=es&nrm=iso>. Acesso em: 01 nov. 2021. Epub 20-Mar-2020. <<https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2019.40.13227>>. p. 55.

Barboza e Kozicki orientam uma longa explicação para a convergência do assunto no constitucionalismo brasileiro. Primeiro, analisando a distinção entre axiomas e teoremas proposta por Tribe, aduzem que, em certo sentido, o texto visível da Constituição contém os axiomas explícitos do direito e da teoria constitucional norte-americana. Afirmam, então, que as regras ou princípios gerais, que podem ser inferidos do texto visível da Constituição, fazem parte do conjunto de teoremas que constituem uma parte significativa da Constituição, o que, para as autoras, é a mesma perspectiva dos direitos implícitos, ou seja, direitos que derivam logicamente da estrutura e do sistema constitucional. De modo inverso, afirmar que a Constituição invisível contém ou implica regras que não podem ser deduzidas do texto visível não significa que constituição invisível não seja coincidente ao texto visível. De outro modo, muitas vezes os princípios da Constituição invisível dão conteúdo e sentido ao texto visível, e ainda é por meio da Constituição invisível que se aceita a Constituição visível. Concluem as autoras que o texto visível da Constituição não contém tudo o que é axiomático ou fundamental na teoria constitucional.³⁴⁹ Ainda, deve haver algo fora do texto visível da constituição para garantir o seu status.³⁵⁰

Para Barboza e Kozicki é certo que os valores de moralidade política presentes em uma sociedade em um determinado momento são os que darão conteúdo às normas constitucionais. Ademais, Constituições como a brasileira e a americana possuem cláusulas abertas, ou seja, prevêm expressamente a recepção de normas constitucionais não escritas fora da Constituição, desde que estejam de acordo com os direitos nela contidos, normas que estariam a apontar expressamente para a existência de outras fontes de direito fora do texto visível da Constituição. Desse modo, as autoras consideram que é possível identificar, no cenário brasileiro, a existência de uma Constituição invisível, principalmente no que diz respeito aos princípios implícitos, aos princípios gerais do

³⁴⁹ Essa afirmação é consistente com o conceito da Constituição de *common law* desenvolvida no Canadá, quando a Suprema Corte daquele país deixou clara a existência de uma Constituição anterior não escrita que fundamenta a Constituição escrita. A Constituição escrita seria uma tentativa de expressar a Constituição não escrita em um texto visível. BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. **Common Law And Civil Law: Convergences Beyond A Written Constitution**. Cuest. Const., Ciudad de México, n. 40, p. 39-73, jun. 2019. Disponível em: <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-91932019000100039&lng=es&nrm=iso>. acessado em 01 nov. 2021. Epub 20-Mar-2020. <<https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2019.40.13227>>. p. 56-58.

³⁵⁰ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. **Common Law And Civil Law: Convergences Beyond A Written Constitution**. Cuest. Const., Ciudad de México, n. 40, p. 39-73, jun. 2019. Disponível em: <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-91932019000100039&lng=es&nrm=iso>. acessado em 01 nov. 2021. Epub 20-Mar-2020. <<https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2019.40.13227>>. p. 56.

direito e dos direitos humanos e fundamentais, em razão do que diz o artigo 5º, § 2º, da carta constitucional. A Constituição brasileira, estabelecendo a possibilidade de princípios e direitos implícitos fora de seu catálogo em seu artigo 5º, § 2º, seria o elemento que abarcaria, na visão das autoras, a existência de princípios constitucionais não escritos quanto de uma Constituição invisível no contexto brasileiro, uma clara intenção dos de permitir que a Constituição se adapte às mudanças e novas realidades sociais que trazem novos valores morais e costumes.

Barboza e Kozicki narram algumas decisões do Supremo Tribunal Federal com fundamentação no artigo 5º, § 2º da Constituição 1988 que poderiam indicar a existência de uma “constituição invisível” no contexto brasileiro:

(a) O julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 939-7, em que o Supremo Tribunal Federal analisou a constitucionalidade da Emenda Constitucional n. 3, de 17/03/1993, que autorizava a União a instituir o Imposto Provisório sobre a Movimentação ou a Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira (IPMF) sem a observância do princípio da anterioridade (art. 105, III, b, da Constituição Federal) e das imunidades previstas no inciso VI do art. 150 da CF/88. O STF considerou que o princípio da anterioridade dos tributos era um direito fundamental fora do catálogo constitucional. O Ministro Marco Aurélio de Mello expressou a opinião de que o artigo 5º, § 2º da Constituição admitiu a existência de direitos fundamentais implícitos e outros direitos não expressos no rol do artigo 5. ³⁵¹

(b) No julgamento da Intervenção Federal 2.915-5 o Ministro Gilmar Mendes argumentou que o princípio da a proporcionalidade, mesmo que não expresso na Constituição, poderia ser derivada do princípio substantivo do devido processo legal, argumento também utilizado pelo Ministro Marco Aurélio de Mello durante o julgamento do RE 428.354. ³⁵²

(c) O Ministro Gilmar Mendes já argumentara que o princípio da segurança jurídica é um subprincípio do Estado de Direito. ³⁵³

³⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 939-7**. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266590>>. Acesso em: 13.10.2022.

³⁵² Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2676708>>. Acesso em 13.10.2022

³⁵³ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. **Common Law and Civil Law: Convergences Beyond a Written Constitution**. Cuest. Const., Ciudad de México, n. 40, p. 39-73, jun.

(d) Ainda, na área do direito administrativo, alguns autores aceitam a presença de princípios constitucionais não expressos na Constituição. Celso Antônio Bandeira de Mello já afirmara que o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado é um princípio geral de direito inerente a qualquer sociedade, não enraizado em nenhum dispositivo específico da Constituição. Barboza e Kozicki compreendem, com base no entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello, que se trata de um princípio não escrito que pode estar presente na constituição invisível, uma vez que o autor utiliza um método de interpretação indutiva muito utilizado em sistemas de common law para extrair das regras escritas concretas, um princípio abstrato. Desse modo, o autor aplicou o método indutivo, a partir do dispositivo constitucional dos artigos 170, III, V e VI da Constituição, para alcançar o princípio geral.³⁵⁴

(e) Um último exemplo de constituição invisível no contexto brasileiro é, para Barboza e Kozicki, o bloco de constitucionalidade. As autoras consideram que o bloco de constitucionalidade poderia ser compreendido como “a soma do que se agrega à Constituição escrita, em razão dos valores e princípios nela consagrados” que, mesmo não expresso no texto escrito da Constituição, é dotado de força normativa e serve como parâmetro material para controlar a constitucionalidade das leis.³⁵⁵

Laurence Tribe distingue a “constituição invisível” da ideia de constituição não-escrita em dois aspectos: afirma que seu interesse não está no que é invisível “ao redor” da Constituição, mas no que é invisível dentro dela. De modo que, o debate sobre constituição não-escrita – se concentrou na ideia de um corpo de “constituição natural”,

2019. Disponível em: <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-91932019000100039&lng=es&nrm=iso>. Acesso em: 01 nov. 2021. Epub 20-Mar-2020. <https://doi.org/10.22201/ij.24484881e.2019.40.13227>.

³⁵⁴ “O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado é um princípio geral de direito inerente a qualquer sociedade. É a própria condição de sua existência. Assim, não está enraizada em nenhum dispositivo constitucional particular, embora muitos dispositivos aludam ou resultem em manifestações concretas dela, por exemplo, os princípios da função social da propriedade, da proteção do consumidor ou do meio ambiente (art. 170, III, V e VI), e muitos outros”. CF. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, **Curso de direito administrativo**, 27a. ed., São Paulo, Malheiros, 2010, p. 96. BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. *Common Law and Civil Law: Convergences Beyond a Written Constitution*. Cuest. Const., Ciudad de México, n. 40, p. 39-73, jun. 2019. Disponible en <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-91932019000100039&lng=es&nrm=iso>. accedido en 01 nov. 2021. Epub 20-Mar-2020. <https://doi.org/10.22201/ij.24484881e.2019.40.13227>.

³⁵⁵ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. **Common Law and Civil Law: Convergences Beyond a Written Constitution**. Cuest. Const., Ciudad de México, n. 40, p. 39-73, jun. 2019. Disponível em: <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-91932019000100039&lng=es&nrm=iso>. accedido en 01 nov. 2021. Epub 20-Mar-2020. <https://doi.org/10.22201/ij.24484881e.2019.40.13227>.

aquele “direito como real, objetivamente verificável, juridicamente vinculativo e com direito a prevalecer sobre meros estatutos e ordens executivas” – não é o pressuposto da ideia de constituição invisível. Ainda, o autor foge do debate sobre a legitimidade de um judiciário contramajoritário. Afirma que o debate sobre a “constituição invisível” não se destina a justificar um papel de destaque para os juízes.³⁵⁶

Onde restaria, então, a “substância da Constituição”? Laurence Tribe assevera que, enquanto determinados princípios assumem a forma de regras nítidas, outros, (tal como a o princípio da soberania popular e o princípio da legalidade) são características gerais do sistema, e não proibições específicas e precisas. No entanto, existe um conjunto de princípios, como “antitortura” e “privacidade”, proibitivos e não sistêmicos, que envolvem questões de grau e ambiguidades de definição – o quanto os tribunais podem estar vinculados ao que os ramos políticos consideram como conteúdo da constituição, e sem abdicar de sua função essencial, é uma questão para debate contínuo – e o que constitui “tortura” estará em disputa a qualquer momento, podendo se estender desde uma discussão sobre os limites da vida privada até as preocupações legítimas da sociedade com os efeitos do comportamento individual sobre o coletivo. Esse debate é, para Tribe, “tudo, menos uma linha fixa, incontestável e brilhante”.³⁵⁷

No entanto, parece incontestável que existe uma fronteira, um limite, de que devem existir “pelo menos alguns limites de decência sobre os tipos e graus de dor que o Estado pode infligir às pessoas”, (...) pelo menos na ausência de uma emenda constitucional que oblitere todos esses limites”. Esse limite, mesmo sendo inconstante, é determinado pela Constituição Invisível. Não sendo ela, portanto, o próprio limite, mas “quem” o determina.³⁵⁸

O que vem a ser “a política da invisibilidade constitucional”? Laurence Tribe compreende que uma técnica padrão usada no debate constitucional é denunciar a reivindicação acerca do significado da constituição de um oponente como não apoiada pelas palavras explícitas da Constituição, de modo que, quando os liberais argumentam pela constitucionalidade do direito ao aborto recorrendo ao “direito à privacidade”, os conservadores contestam que nenhum direito à privacidade desse tipo é mencionado, ou derivado da constituição, acusando o judiciário de ativismo em prol de uma agenda

³⁵⁶ TRIBE, Laurence H. **The invisible constitution**. Oxford University Press, 2008.

³⁵⁷ TRIBE, Laurence H. **The invisible constitution**. Oxford University Press, 2008.

³⁵⁸ TRIBE, Laurence H. **The invisible constitution**. Oxford University Press, 2008.

liberal. Mas, igualmente, se os conservadores afirmam que a Constituição dos EUA, por exemplo, protege a administração dos estados de serem obrigados, pelo Congresso, a implementar leis federais que tratam com o controle de armas, os liberais contestam que tais garantias não podem ser inferidas do que a constituição diz, concluindo então que essas garantias devem ser parte da plataforma do partido conservador. O argumento de Tribe é que esse modo de objeção é equivocado, pois se baseiam em uma premissa equivocada de que a constituição “verdadeira” não contém, e nem pode conter, nada além do que se “pode ver ou inferir prontamente em seu texto escrito”.³⁵⁹

Ainda em relação ao tema processo de mudança constitucional trazemos duas análises. Barry Friedman pondera que os estudos direcionados ao direito constitucional e à política são inevitáveis reações ao contexto atual, quando boa parte dos estudos tende a se concentrar no que é de interesse político imediato. O autor tem um ponto interessante em “The Cycles Of Constitutional Theory”: é possível adotar visões teóricas sobre significado e interpretação constitucional que irão perdurar ao longo do tempo? E as mudanças do contexto justifica a mudança da teoria constitucional? Explorando as implicações do movimento cíclico de argumentos normativos, principalmente aqueles que versão sobre o controle de constitucionalidade, o autor parte da hipótese que estaríamos a “ver um ciclo completo de teoria constitucional com clareza”.³⁶⁰

A argumentação de Friedman nos interessa em um ponto específico: quando o autor narra o processo de mudança constitucional, aduz, *política*, e os ciclos da teoria constitucional. Primeiro, o autor lembra que as mudanças ocorrem lentamente, e por isso muitos trabalhos acadêmicos mantêm alguma coesão. Por exemplo, narra a que de 1890 até 1937 “era possível saber de que lado se estava”, os tribunais eram conservadores, enquanto os ramos políticos mais progressistas, e os teóricos do direito constitucional “saberiam o que deveriam dizer sobre judicial review”, um padrão que se altera entre uma corte como força progressiva de mudança e os ramos “políticos” passam a conservadores, e depois novamente, em uma corte conservadora e agressiva.³⁶¹

³⁵⁹ TRIBE, Laurence H. **The invisible constitution**. Oxford University Press, 2008.

³⁶⁰ FRIEDMAN, Barry. The Cycles of Constitutional Theory. **Law and Contemporary Problems**, v. 67, n. 3, p. 149-174, 2004. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=678361>. Acesso em 13.11.2022.

³⁶¹ FRIEDMAN, Barry. The Cycles of Constitutional Theory. **Law and Contemporary Problems**, v. 67, n. 3, p. 149-174, 2004. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=678361>. Acesso em 13.11.2022.

Sobre o tema, Friedman propõe um questionamento: os teóricos constitucionais devem se sentir à vontade para “mudar de lado” em reação a uma decisão (ou um conjunto de decisões da corte? Primeiro, compreende que a mudança que ocorreu entre o início do New Deal e a Warren Court foi profunda, e que parecia uma mudança permanente. No momento, parece que a história parece ter completado um círculo, e que o judiciário está em mãos conservadoras. Dito isso, à luz de ter completado o círculo, e diante do fato de que as mudanças possam operar mais rapidamente, torna-se necessário confrontar o que isso significa para os teóricos constitucionais. Friedman adverte que “Parece muito fácil responder que, simplesmente porque o direito constitucional está inevitavelmente envolvido com a política, a teoria constitucional necessariamente mudará junto com os próprios arranjos políticos, mas ainda não oferece uma resposta ao problema inicial, afirmando que “se realmente queremos chamar o que fazemos de “teoria”, precisamos pensar exatamente no que isso significa no reino inevitavelmente político do direito constitucional”.³⁶²

Em “The Recent Unpleasantness: Understanding the Cycles of Constitutional Time”, Jack Balkin trata do sentimento generalizado de que algo está errado com a democracia constitucional nos Estados Unidos, na medida em que “A forte polarização política e cultural da vida americana, a eleição estridente de 2016 e os meandros dos tabloides da presidência de Trump apenas parecem confirmar um crescente desespero sobre o futuro da democracia nos Estados Unidos”³⁶³. O autor argumenta, com base na teoria constitucional e na ciência política que o mal-estar é apenas temporário.³⁶⁴

Pesando em termos de ciclos políticos, que interagem uns com os outros e que podem criar tempos sombrios, considera falhas as abordagens do originalismo e do “Constitucionalismo Vivo”, ambas lineares. O originalismo, que se baseia em uma história implícita de afastamento no tempo do momento que fundamenta a autoridade da Constituição e seu significado adequado assenta que “para interpretar a Constituição

³⁶² FRIEDMAN, Barry. **The Cycles of Constitutional Theory. Law and Contemporary Problems**, v. 67, n. 3, p. 149-174, 2004. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=678361. Acesso em 13.11.2022

³⁶³ Tradução livre de: “The stark political and cultural polarization of American life, the raucous 2016 election, and the tabloid meanderings of the Trump Presidency have only seemed to confirm a growing despair about the future of democracy in America.”

³⁶⁴ BALKIN, Jack M. **The Recent Unpleasantness: Understanding the Cycle of Constitutional Time**. Ind. LJ, v. 94, p. 253, 2019. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/indana94&div=9&id=&page=>>. Acesso em 14.11.2021.

corretamente, devemos restaurar o significado em um momento que já passou. Devemos retornar a esse momento, metaforicamente falando. Devemos restaurar a interpretação correta e não nos desviarmos dela novamente”.³⁶⁵

No entanto, essa interpretação é inadequada porque trata o tempo como linear. Para Balkin, originalismo também pode ser uma história de decadência, como uma preocupação com o que perdemos. Se, à medida que nos afastamos mais e mais no tempo cronológico da fonte real do significado constitucional, cometemos erro após erro nas interpretações do texto constitucional. Nesse contexto, os juízes são sempre tentados a desviar-se do significado original e devemos encontrar um modo de “refazer nossos passos e retornar ao significado original”.

Sobre o “constitucionalismo vivo”, Balkin pondera que é também uma teoria linear do tempo porque se baseia em uma história de progresso, devemos interpretar a Constituição para torná-la melhor com o decorrer do tempo.³⁶⁶ Desse modo, a maior parte dos constitucionalistas assume que adaptar a Constituição às circunstâncias representará melhoria e progresso gradual, de modo que “a teoria rejeita implicitamente a ideia de que se afastar do passado e avançar em o tempo significa decadência ou perda”, inclusive o arco da história se inclina para a justiça, e no decorrer do tempo uma constituição não só funcionará melhor, mas também se aproximará da justiça. Originalismo e constitucionalismo vivo são visões opostas, que tem algo em comum: “São concepções lineares de tempo. Nós nos afastamos do passado, para o bem ou para o mal”.³⁶⁷

Jack Balkin então propõe outra maneira de pensar sobre a mudança histórica, a história se move em círculo, o tempo é circular e, para ter uma visão cíclica da história não é necessário compreender que as coisas acontecem como já ocorreram antes, e propõe pensar “nos acontecimentos que estamos passando como os acordes de uma balada que repetidamente retorna ao seu refrão, embora com muitas mudanças e variações ao longo

³⁶⁵ BALKIN, Jack M. **The Recent Unpleasantness: Understanding the Cycle of Constitutional Time**. Ind. LJ, v. 94, p. 253, 2019. Disponível em: <<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/indana94&div=9&id=&page=>>>. Acesso em 14.11.2021.

³⁶⁶ BALKIN, Jack M. **The Recent Unpleasantness: Understanding the Cycle of Constitutional Time**. Ind. LJ, v. 94, p. 253, 2019. Disponível em: <<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/indana94&div=9&id=&page=>>>. Acesso em 14.11.2021.

³⁶⁷ BALKIN, Jack M. **The Recent Unpleasantness: Understanding the Cycle of Constitutional Time**. Ind. LJ, v. 94, p. 253, 2019. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/indana94&div=9&id=&page=>>. Acesso em 14.11.2021.

do caminho”.³⁶⁸ Nesse contexto, aduz que três ciclos estão em funcionamento, que quando convergem o resultado é algo como um “eclipse político do sol, um tempo muito escuro e perturbador” de ciclos que surgem através da interação da vontade política com as estruturas institucionais, causados por meio da mobilização, de organização e exercício da vontade política em determinado ambiente institucional, na medida em que “As instituições moldam as ações, enquanto os efeitos das ações refazem lentamente as instituições”. Os três ciclos em ação na política americana, para Balkin, são (I) o ciclo de ascensão e queda de regimes políticos na história americana; (II) o ciclo de polarização e despolarização; (III) o ciclo de decadência e renovação do governo republicano, o que o autor denomina como ciclo de podridão constitucional e renovação constitucional, sendo que cada um desses ciclos opera em uma escala de tempo diferente, e sua interação de “gera o tempo constitucional”.³⁶⁹

Quatro pontos centrais embalam o argumento de Jack Balkin: de que os Estados Unidos não se encontra em uma crise constitucional, que é grave o caso de “podridão constitucional”, o que se pode fazer na ocorrência de um pico é apenas esperar e que a polarização está ligada à podridão constitucional e, por fim, o mais importante, os EUA se encontram em uma condição temporária, uma transição “muito difícil, angustiante e humilhante, mas ainda assim uma transição”.³⁷⁰

³⁶⁸ BALKIN, Jack M. **The Recent Unpleasantness: Understanding the Cycle of Constitutional Time**. Ind. LJ, v. 94, p. 253, 2019. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/indana94&div=9&id=&page=>. Acesso em 14.11.2021.

³⁶⁹ BALKIN, Jack M. **The Recent Unpleasantness: Understanding the Cycle of Constitutional Time**. Ind. LJ, v. 94, p. 253, 2019. Disponível em: [<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/indana94&div=9&id=&page=>](https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/indana94&div=9&id=&page=). Acesso em 14.11.2021.

³⁷⁰ BALKIN, Jack M. **The Recent Unpleasantness: Understanding the Cycle of Constitutional Time**. Ind. LJ, v. 94, p. 253, 2019. Disponível em: [<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/indana94&div=9&id=&page=>](https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/indana94&div=9&id=&page=). Acesso em 14.11.2021.

CAPÍTULO 3 – O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ENTRE A POLÍTICA E O DIREITO: UMA ANÁLISE DAS DECISÕES SOBRE A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA A PARTIR DOS PRESSUPOSTOS DAS TEORIAS POSITIVAS

O presente capítulo parte da premissa central abordada no **Capítulo 2**, qual seja, o exercício do direito não se dá em um contexto abstrato, ao contrário, se relaciona de modo direto com o contexto político. Então, a partir de teorias positivas estado-unidenses e de trabalhos que compõem o campo da ciência política brasileira, analisaremos os “aspectos de política” que cercam as decisões jurídicas nos *habeas corpus* 126.292/SP, *habeas corpus* 152.752/PR e Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43, 44 e 54.

Discordamos da apreciação de que as decisões do Supremo, no contexto da Operação Lava Jato, seriam apenas a expressão de uma dimensão mais politizada da atuação da Corte e de seus ministros. A politização da justiça, é sem dúvida, um dos aspectos que compõem o cenário do poder judiciário brasileiro, mas não nos parece ser o único fator a ser levado em conta para o presente caso. Uma vez que, conforme autores das teorias positivas, propomos compreender o ambiente político no qual os juízes constitucionais agem e as restrições que os mesmos enfrentam, compreendemos que existem fatores que influenciaram as decisões da corte que estão diretamente relacionados ao contexto da democracia brasileira nos últimos anos.

A política, portanto, *atravessa* e se reúne, indissociável, ao tema da presunção de inocência.

Nos tópicos que seguem investigamos as características do contexto político-jurídico do qual fazem parte as controvérsias havidas na corte, trazendo à tona a leitura do campo político na ocasião do julgamento dos *habeas corpus* 126.292/SP e 152.752/PR e Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43, 44 e 54, então sob a ótica dos pressupostos dos teóricos positivos. Consideramos que essas decisões fazem parte de um contexto político singular, e estão envolvidos por uma série de fatores imprevisíveis. Desse modo, o que pretendemos no **Capítulo 3** é decifrar quais fatores atuaram para influenciar a tomada das decisões judiciais na limitação à presunção de inocência.

3.1 O contexto político-jurídico no julgamento das ações sobre os limites da presunção de inocência: a Operação Lava Jato e o abalo da construção democrática brasileira

Qual foi pano de fundo da tão criticada decisão de restringir a presunção de inocência em 2016 ou, em 2018? O que ocorria na política quando houve a patente negativa da Ministra Cármen Lúcia de pautar as Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44, mesmo com reiterados pedidos do Relator – diga-se, de passagem, fato inédito – Ministro Marco Aurélio de Mello? É essencial, também, conhecer sob qual cenário político ocorreu a judicialização do processo eleitoral e a decisão da corte que influenciara diretamente o pleito de 2018 e inquirir em qual momento da história brasileira que, desde a redemocratização, fora possível a um comandante do Exército Brasileiro ameaçar a corte sem que isso gerasse uma crise entre poderes. O cenário político é o de crise democrática, que se estende até o momento atual da escrita, final do ano de 2022.

As decisões acerca da limitação à presunção de inocência são coincidentes à ocorrência da Operação Lava Jato (2014-2018), um conjunto de investigações e ações judiciais movimentadas pela Polícia Federal, Ministério Público Federal e Justiça Federal que apuravam crimes de organização criminosa, quadrilha ou bando, corrupção ativa e passiva, fraude a procedimento licitatório, lavagem de dinheiro, uso de documento falso e tráfico de influência e objetivavam a desarticulação de organizações criminosas que atuavam em diversos estados da federação, ganhando magnitude quando chegou ao âmbito da Petrobrás.³⁷¹

Além do aperfeiçoamento institucional do sistema de justiça criminal no que diz respeito ao combate à corrupção,³⁷² Rodrigues elenca que a Lava Jato foi possível a partir do voluntarismo e da ação estratégica de agentes públicos que arrogaram para si o

³⁷¹ KERCHÉ, Fábio; MARONA, Marjorie. **A política no banco dos réus: a Operação Lava Jato e a erosão da democracia no Brasil**. Autêntica Editora. p-72-73. E-book Kindle.

³⁷² Rodrigues descreve o processo em que Política Federal, Ministério Público Federal e Poder Judiciário foram dotados de grande autonomia e discricionariedade e pela criação e aprimoramento de várias agências que atuam na rede de accountability com a Controladoria-Geral da União e o Tribunal de Contas da União. No entanto, a autora assevera que “É difícil estabelecer uma ordem de importância dos aspectos institucionais que se mostram relevantes para resgatar o contexto em que ocorre a Lava Jato. Aspectos internacionais interagem com aspectos legislativos, que por sua vez se conectam com regras administrativas internas da Justiça Federal e com mudanças específicas no emprego das novas tecnologias. Todos são igualmente importantes, e cada um contribui, da sua maneira, para os resultados alcançados. RODRIGUES, Fabiana Alves. **Lava Jato: aprendizado institucional e ação estratégica na Justiça**. São Paulo: WMF Martins Fontes. 2020, p. 34. E-book Kindle.

protagonismo, a construção e a implementação da agenda anticorrupção no Brasil, fatores que se refletiram diretamente na punição criminal da corrupção na esfera federal.³⁷³ Por suas características, tempo de duração, impactos e números superlativos que alcançou, a Lava Jato é uma das maiores operações de combate à corrupção da história.³⁷⁴

Tendo em vista a problemática que aqui se sustenta, avaliar o papel que a política desempenha(ou) para a corte, ressaltamos que a Lava Jato não será abordada em seus aspectos teórico-normativos, e não se relaciona ao objeto da tese apenas por ter utilizado, em larga escala, o instrumento da prisão antes do trânsito em julgado (e ter defendido o seu uso).³⁷⁵ Das múltiplas possibilidades de análise, e ainda reconhecendo a existência de desvios de recursos públicos que motivaram as ações penais,³⁷⁶ a Lava Jato nos interessa em sua dimensão político-jurídica e em sua expressão *política*, enquanto um dos elementos que compõe o abalo da construção democrática brasileira entre 2013-2018, conforme noticiam Kerche, Marona, Lagunes, Svejnar, Avritzer e Feres Júnior,³⁷⁷ tendo em vista que ela consolidou, com êxito, uma narrativa de combate à corrupção e um cenário favorável ao punitivismo, no qual a prisão antes do trânsito em julgado era um dos instrumentos indispensáveis.

Sobre a Operação Lava Jato, correlacionaremos a característica de aproximação com a dinâmica política e repercussões na democracia brasileira, como também seus atributos institucionais e processuais, e ainda as suas relações com a mídia e opinião

³⁷³ A autora baseia-se em pesquisa amplamente documentada de características institucionais e processuais da operação. Rodrigues, Fabiana Alves. **Lava Jato: aprendizado institucional e ação estratégica na Justiça**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2020. E-book Kindle.

³⁷⁴ Rodrigues, Fabiana Alves. **Lava Jato: aprendizado institucional e ação estratégica na Justiça**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2020. p. 13. E-book Kindle.

³⁷⁵ Lembramos que não trataremos de questões relativas à correção das decisões judiciais que reconheceram ou não a culpa das dezenas de pessoas investigadas e condenadas, ou nem compreender o contexto da corrupção que se afirma existir nas contratações envolvendo a Petrobras e outros órgãos públicos. RODRIGUES, Fabiana Alves. **Lava Jato: aprendizado institucional e ação estratégica na Justiça**. São Paulo: WMF Martins Fontes. 2020, p. 141. E-book Kindle.

³⁷⁶ São numerosas as críticas a aspectos jurídicos da Operação Lava Jato, mas nenhuma análise consistente foi capaz de negar a ocorrência de desvios de recursos públicos que motivaram as ações penais examinadas neste capítulo. Rodrigues aponta o contrário, o DRCI relata que, em cinco anos de operação, houve a confirmação oficial de bloqueio no exterior de cerca de 612 milhões de dólares e a repatriação definitiva de 166 milhões de dólares, cifra que representa mais de 50% do total repatriado historicamente (Brasil, 2019). Rodrigues, Fabiana Alves. **Lava Jato: aprendizado institucional e ação estratégica na Justiça**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2020. p. 13. E-book Kindle.

³⁷⁷ DIAS, Vitor Gonçalves. AVRITZER, Leonardo. Política e antipolítica. **Revista Sul-Americana de Ciência Política**, v. 6, n. 2, p. 287-290, 2020. LAGUNES; SVEJNAR, 2020; AVRITZER, 2019; KERCHER; FERES JÚNIOR, 2018); LAGUNES, Paul F.; SVEJNAR, Jan (Ed.). **Corruption and the Lava Jato Scandal in Latin America**. Routledge, 2020. VILHENA VIEIRA, Oscar. Clash of powers: Did Operation Car Wash trigger a constitutional crisis in Brazil?. **University of Toronto Law Journal**, v. 71, n. supplement 1, p. 174-209, 2021.

pública. Esses aspectos serão ajustados em narrativa crítica, com apoio em bibliografia analítica que tem em conta os desenvolvimentos teóricos do campo da Ciência Política.

A Operação Lava Jato ocorreu na esteira do alto impacto do tema “corrupção” sobre a opinião pública brasileira pelas manifestações ocorridas a partir de junho de 2013, e principalmente nos anos de 2015 e 2016, que se notabilizaram pelo discurso da moralização da política, e conforme noticiaram Baptista e Telles, um discurso amplificado pela mídia.³⁷⁸ Para Alonso, o ano de 2013 dá início a “situação de incerteza estrutural, na qual padrões rotineiros de orientação da conduta política se dissolveram, clivagens usuais esmaeceram e novas conexões, entre setores sociais distantes entre si no espaço social, ganharam expressão política”.³⁷⁹ Para Kerche e Marona o apoio à Operação Lava Jato se transformou em uma das principais bandeiras dessas manifestações, em retórica não só antipetista, mas de luta contra o sistema político como um todo.³⁸⁰ A fase final das manifestações que tiveram início em 2013 coincide com o ápice da Lava Jato em narrativa de luta anticorrupção.

Em seu primeiro momento, a operação pode ser considerada um avanço na investigação e no combate à corrupção dentro da doutrina de divisão de poderes e de equilíbrio criado no período pós Constituição de 1988. Em suas fases iniciais, atores ligados à corrupção sistêmica na Petrobras foram descobertos e os procedimentos jurídicos cabíveis adotados, por meio de uma inovação que poderia ser considerada produtiva que irei comentar mais abaixo: a delação premiada. No entanto, encerrada tal momento, que conseguiu produzir bons resultados, seja no que diz respeito à revelação da operação de corrupção dentro da Petrobras, seja no que toca à recuperação inédita de ativos da empresa, iniciou-se um segundo momento, de conteúdo eminentemente político, que coincidiu com a campanha eleitoral de 2014 e que, em 2015, adquiriu o contorno de um forte ataque ao sistema político ancorado no apoio midiático.³⁸¹

Para Kerche e Feres Júnior a Lava jato impacta de forma abrangente a democracia de um país das dimensões do Brasil, atingindo “Poder Legislativo, Poder

³⁷⁸ BAPTISTA, Érica Anita; TELLES, Helcimara de Souza. Lava Jato: escândalo político e opinião pública. **Operação Lava Jato e a democracia brasileira**. São Paulo: Editora Contracorrente, p. 229-255, 2018.

³⁷⁹ ALONSO, Angela. **A política das ruas: protestos em São Paulo de Dilma a Temer 1**. **Novos Estudos**. 2017. p. 49. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4889251/mod_resource/content/2/Ana%20Alonso.pdf>. Acesso em: 09.12.2022.

³⁸⁰ KERCHE, Fábio; MARONA, Marjorie. **A política no banco dos réus: a Operação Lava Jato e a erosão da democracia no Brasil**. Autêntica Editora. 2022. p. 146. E-book Kindle.

³⁸¹ Kerche, Fábio; Feres Jr., João (Orgs.). **Operação Lava Jato e a democracia brasileira**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2018, p. 34. E-book Kindle.

Judiciário, Ministério Público, Polícia Federal, além da imprensa, da opinião pública e da economia, todas instituições centrais à arquitetura da democracia brasileira, sofrem o impacto da Lava Jato (...).³⁸²

Kerche e Marona aduzem que o enquadramento da luta anticorrupção nos conduziu a um clima anti-política e um caráter antissistema,³⁸³ enquanto Leonardo Avritzer descreve o contexto da Lava Jato como *semelhante* a uma crise de anti-política, pois contraponto a “à ideia de que instituições e representantes eleitos devem discutir, negociar e processar respostas a temas em debate no país”, onde se abdica a ambiente de negociação e se distorce o debate público, em atmosfera em que se promove a repressão aos opositores (párias a serem perseguidos), grupos políticos, a partidos e cidadãos.³⁸⁴ O autor vai mesmo além, indicando a correspondência “transformação da utopia anticorrupção” a formas de ação totalitárias para o nosso contexto: “Não tenho dúvidas de que a campanha contra a corrupção preencheu no Brasil os mesmos requisitos: a introdução de uma chave analítica ‘limpos’ contra ‘impuros’, associada à figura de um combatente desse processo de degradação social (...)”.³⁸⁵

A crise de anti-política do Brasil é abordada por Avritzer a partir de dois elementos presentes na Lava Jato. O primeiro deles, o punitivismo jurídico, pois a operação fora “transformada em facciosismo antirrepublicano, por meio do qual o campo da esquerda é construído como corrupto e o poder é acumulado através de atos que extravasam o Estado de direito”,³⁸⁶ dessa monta, a operação fora habilidosa em agregar parte do sistema de justiça brasileiro (como a cúpula dos MPF, Justiça Federal e cortes superiores) em torno de um ideal punitivista, concretizado em técnicas investigativas e

³⁸² a democracia de um país das dimensões do Brasil, atingindo instituições estatais e a sociedade de forma contundente. Poder Legislativo, Poder Judiciário, Ministério Público, Polícia Federal, além da imprensa, da opinião pública e da economia, todas instituições centrais à arquitetura da democracia brasileira, sofrem o impacto da Lava Jato, como mostram os textos aqui reunidos. Kerche, Fábio; Feres Jr., João (Orgs.). **Operação Lava Jato e a democracia brasileira**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2018, p. 12. E-book Kindle.

³⁸³ O enquadramento que a luta anticorrupção promoveu e a mídia ampliou parecem ter também se refletido no pleito eleitoral. O número de votos em branco e nulos para vereadores disparou: em municípios com mais de 500 mil eleitores, representa vam algo em torno de 6% do total já em 2004, mas, em 2016, chegaram à casa dos 14KERCHE, Fábio; MARONA, Marjorie. **A política no banco dos réus: a Operação Lava Jato e a erosão da democracia no Brasil**. Autêntica Editora. 2022. p. 147. E-book Kindle.

³⁸⁴ AVRITZER, Leonardo. **Política e antipolítica: A crise do governo Bolsonaro**. São Paulo: Todavia, 2020. p. 19. E-book Kindle.

³⁸⁵ AVRITZER, Leonardo. **Política e antipolítica: A crise do governo Bolsonaro**. São Paulo: Todavia, 2020. p. 19-21. E-book Kindle.

³⁸⁶ AVRITZER, Leonardo. **Política e antipolítica: A crise do governo Bolsonaro**. São Paulo: Todavia, 2020. p. 21. E-book Kindle.

posições jurisdicionais por órgãos de investigação criminal, acusação e juízos à favor do punitivismo estatal.³⁸⁷ Os dados da Lava Jato revelam que a operação utilizava os instrumentos da condução coercitiva, da prisão temporária e da prisão cautelar ou preventiva à exaustão e em um padrão que burlava a real intenção da legislação,³⁸⁸ Kerche e Marona,³⁸⁹ assim como Rodrigues,³⁹⁰ narram que “o excepcional se fez regra” na medida em que a prisão cautelar ou preventiva, que deveria ser medida excepcional, fora utilizada pela Lava Jato em volume alarmante.^{391 392}

Kerche e Marona anotam, com base nos dados disponibilizados pela própria operação, que os picos de mobilização das buscas e apreensões, conduções coercitivas e prisões realizadas pela Lava Jato coincidem com dois momentos relevantes da política brasileira, o *impeachment*, em 2016 e a eleição de 2018, especulando os autores que as ações da Polícia Federal, sempre registradas pela imprensa, tenham ajudado a alimentar o clima de instabilidade política que culminou com o *impeachment* e a eleição de 2018.³⁹³ Ainda, a Lava Jato mobilizou um arsenal de mecanismos investigativos (buscas e apreensões, conduções coercitivas e prisões preventivas e temporárias) em um padrão atrelado aos dados da delação premiada, levando à conclusão de que “Indubitavelmente, as conduções coercitivas e as prisões temporárias e preventivas serviram de instrumento de pressão sobre os acusados, criando fortes incentivos para a delação premiada”.³⁹⁴

³⁸⁷ KERCHE, Fábio; MARONA, Marjorie. **A política no banco dos réus: a Operação Lava Jato e a erosão da democracia no Brasil**. Autêntica Editora. 2022. p. 71. E-book Kindle.

³⁸⁸ por exemplo, para constranger os investigados a prestarem esclarecimentos sem conhecimento prévio das evidências que constavam na investigação, a condução coercitiva fora ritualizada em ocorrências transmitidas em tempo real pela imprensa, quando um aparato de policiais federais buscava os acusados em suas residências, nas primeiras horas da manhã. KERCHE, Fábio; MARONA, Marjorie. **A política no banco dos réus: a Operação Lava Jato e a erosão da democracia no Brasil**. Autêntica Editora. 2022, p 80-82. E-book Kindle.

³⁸⁹ KERCHE, Fábio; MARONA, Marjorie. **A política no banco dos réus: a Operação Lava Jato e a erosão da democracia no Brasil**. Autêntica Editora. 2022, p.81. E-book Kindle.

71. KERCHE, Fábio; MARONA, Marjorie. **A política no banco dos réus: a Operação Lava Jato e a erosão da democracia no Brasil**. Autêntica Editora. 2022, p 71. E-book Kindle.

³⁹⁰ Rodrigues, Fabiana Alves. **Lava Jato: aprendizado institucional e ação estratégica na Justiça**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2020, p. 177 e p. 234-235 E-book Kindle.

³⁹¹ Foram 132 mandados de prisão preventiva em Curitiba, 259 no Rio de Janeiro. KERCHE, Fábio; MARONA, Marjorie. **A política no banco dos réus: a Operação Lava Jato e a erosão da democracia no Brasil**. Autêntica Editora. 2022, p 80-82. Ebook Kindle.

³⁹² A Operação Lava Jato mostra que os problemas decorrentes da discricionariedade foram agravados diante da estratégia adotada pelo núcleo paranaense para manter os casos da Petrobras em Curitiba. KERCHE, Fábio; MARONA, Marjorie. **A política no banco dos réus: a Operação Lava Jato e a erosão da democracia no Brasil**. Autêntica Editora. 2022, p 333. E-book Kindle.

³⁹³ KERCHE, Fábio; MARONA, Marjorie. **A política no banco dos réus: a Operação Lava Jato e a erosão da democracia no Brasil**. Autêntica Editora. 2022, p 83. E-book Kindle.

³⁹⁴ “Quase metade dos réus nas ações penais decorrentes da Operação Câmbio, Desligo no Rio de Janeiro, por exemplo, tornaram-se delatores-25 entre os 63 acusados. O clima era de apreensão no auge da Lava

Nesse contexto, trazemos à tona o apontamento de Rodrigues sobre a decisão do *habeas corpus* 126.292/SP, adotada ainda no curso da Operação Lava Jato, que passou a autorizar a execução da pena antes do trânsito em julgado, mesmo sem a decretação de prisão cautelar, para a autora uma mudança de posicionamento que pode influenciar os resultados da Lava Jato, já que “num contexto de gestão estratégica do tempo processual, a perspectiva de antecipação do início de execução da pena incentiva a busca da colaboração premiada”.³⁹⁵ Assim, “ao mesmo tempo que a operação Lava Jato está situada no campo judicial, ela é uma forma de desencaixe entre o sistema jurídico e o Estado de direito”, uma vez que, para a Lava Jato, o papel do Judiciário estaria em ir além da norma legal, tendo o objetivo de sancionar punições, reconstruindo, portanto, elementos dos sistemas autoritários de justiça.³⁹⁶

O segundo elemento da crise de antipolítica no Brasil delineado por Avritzer, ainda coincidente à perspectiva de Rodrigues acerca do voluntarismo dos atores da Lava Jato no combate à corrupção³⁹⁷ é “a substituição do governo por uma concepção moral de política judicialmente sancionada”,³⁹⁸ na medida em que faziam parte do caráter lavajatista desde o impedimento de atos de governo por meio jurídico até a ratificação da honestidade do bolsonarismo.³⁹⁹ Complementar a esse ponto, Kerche e Marona apontam

Jato. Eram frequentes as notícias de pessoas sendo levadas para depor ou presas. Julian Barnes, em seu romance sobre a vida do compositor russo Dmitri Shostakovich, *O ruído do tempo*, conta que seu personagem dormia de roupa e sempre deixava uma valise arrumada para não ser arrastado de pijama quando as forças de repressão do stalinismo viessem buscá-lo. Dificil deixar de imaginar a cena acontecendo entre os investigados pela Lava Jato”. KERCHE, Fábio; MARONA, Marjorie. **A política no banco dos réus: a Operação Lava Jato e a erosão da democracia no Brasil**. Autêntica Editora. Edição do Kindle, p-86.

³⁹⁵ RODRIGUES, Fabiana Alves. **Lava Jato: aprendizado institucional e ação estratégica na Justiça**. São Paulo: WMF Martins Fontes. 2020, p. 88. E-book Kindle.

³⁹⁶ AVRITZER, Leonardo. **Política e antipolítica: A crise do governo Bolsonaro**. São Paulo: Todavia, 2020. p. 21. E-book Kindle.

³⁹⁷ “A expressão “voluntarismo político” foi cunhada por Arantes (2002) em sua análise sobre o desenvolvimento institucional do Ministério Público, depois retomada por esse autor e por Moreira (2019) na análise comparativa de três instituições do campo da Justiça: Ministério Público, Polícia Federal e Defensoria Pública. Do conceito de voluntarismo aproveita-se neste livro, e considera-se especialmente útil, a noção de ação estratégica, isto é, a ação de atores do sistema judicial que põem os fins acima dos meios e calculam seus passos e suas decisões em função dos resultados que pretendem alcançar. RODRIGUES, Fabiana Alves. **Lava Jato: aprendizado institucional e ação estratégica na Justiça**. São Paulo: WMF Martins Fontes. 2020, p. 143. E-book Kindle.

³⁹⁸ AVRITZER, Leonardo. **Política e antipolítica: A crise do governo Bolsonaro**. São Paulo: Todavia, 2020. p. 21. E-book Kindle.

³⁹⁹ Foi assim que a nomeação do ex-presidente Lula na Casa Civil, uma atribuição exclusiva da presidente, foi barrada por uma liminar de juiz federal. O bolsonarismo, até a demissão de Sérgio Moro, fez uma crítica direta ao presidencialismo de coalizão e à forma como o Brasil foi governado entre 1994 e 2018, um sistema no qual as negociações para a conquista de maiorias no Congresso têm como moeda de troca a alocação de recursos públicos ou a distribuição de cargos. AVRITZER, Leonardo. **Política e antipolítica: A crise do governo Bolsonaro**. São Paulo: Todavia, 2020. p. 20. E-book Kindle.

que a operação foi possível tão somente a partir de uma aliança entre parte das elites política e jurídica e a imprensa, que detinham afinidades morais e políticas comuns.^{400 401}

Há ainda um aspecto fundamental no que diz respeito ao contexto político no qual se deram as decisões sobre a limitação da presunção de inocência, que jogam luzes sobre as decisões da corte: os esforços dos operadores da Lava Jato para arregimentar o apoio da opinião pública. Avritzer narra que a operação utilizava de modo conjunto a imprensa e a mobilização ostensiva de meios invasivos de investigação, combinados com decretos de prisões cautelares (preventivas e provisórias) e com acordos de delação premiada.⁴⁰² Ainda, contava com características teatrais, mobilizando por vezes sem necessidade um contingente expressivo da força policial.^{403 404}

No período 2014-2018 a imprensa brasileira noticiava rotineiramente as denúncias levantadas pela operação, em “uma avalanche” de notícias sobre a corrupção de políticos e empresários e em um ambiente de quase unanimidade à favor da operação. Kerche e Marona ressaltam que “Nunca antes, na história do país, um escândalo de corrupção foi objeto de atenção midiática por um período tão longo de tempo ou alcançou tanta projeção”.⁴⁰⁵

Sobre a relação entre a Lava Jato e a mídia, Feres Jr., Barbarela e Bachini são enfáticos em avaliar que não há precedente comparável ao esforço de cobertura da

⁴⁰⁰ KERCHÉ, Fábio; MARONA, Marjorie. **A política no banco dos réus: a Operação Lava Jato e a erosão da democracia no Brasil**. Autêntica Editora. 2022, p 11-12. E-book Kindle.

⁴⁰¹ A concepção moral de política presente no contexto lavajatista pode ser aliada ao trabalho de Esther Solano sobre a virada iliberal na cultura política democrática do período. Cf. SOLANO, Esther. **“It’s all corrupt”**: The Roots of Bolsonarism in Brazil. In: *The Emergence of Illiberalism*. Routledge, 2020.

⁴⁰² AVRITZER, Leonardo; MARONA, Marjorie. **A tensão entre soberania e instituições de controle na democracia brasileira**. Dados – Revista de Ciências Sociais. Rio de Janeiro. v. 60, núm. 2, p. 359-393, 2017.

⁴⁰³ RODRIGUES, Fabiana Alves. **Lava Jato: aprendizado institucional e ação estratégica na Justiça**. São Paulo: WMF Martins Fontes. 2020, p. 73. E-book Kindle.

⁴⁰⁴ O ato de estreia da Lava Jato "contou com a participação de aproximadamente 400 policiais federais que deram cumprimento a 81 mandados de busca e apreensão, 18 mandados de prisão preventiva, 10 mandados de prisão temporária e 19 mandados de condução coercitiva, em 17 cidades dos seguintes estados: Paraná (Curitiba, São José dos Pinhais, Londrina e Foz do Iguaçu), São Paulo (São Paulo, Mairiporã, Votuporanga, Vinhedo, Assis e Indaia tuba), Distrito Federal (Brasília, Águas Claras e Taguatinga Norte), Rio Grande do Sul (Porto Alegre), Santa Catarina (Balneário Camboriú), Rio de Janeiro (Rio de Janeiro), Mato Grosso (Cuiabá)".>> Todos os mandados foram expedidos pelo juiz Sergio Moro, titular da 13 Vara Federal de Curitiba. Foram cumpridas, ainda, ordens de sequestro de imóveis e apreensão de bens e bloqueio de contas e aplicações bancárias. KERCHÉ, Fábio; MARONA, Marjorie. KERCHÉ, Fábio; MARONA, Marjorie. **A política no banco dos réus: a Operação Lava Jato e a erosão da democracia no Brasil**. Autêntica Editora. 2022, p 72-73. E-book Kindle.

⁴⁰⁵ KERCHÉ, Fábio; MARONA, Marjorie. **A política no banco dos réus: a Operação Lava Jato e a erosão da democracia no Brasil**. Autêntica Editora. 2022, p 80. E-book Kindle.

imprensa sobre a operação. Ainda, os autores caracterizam que a Lava Jato, para a grande mídia, não se consubstancia como apenas mais um escândalo de corrupção, mas com ela ocorre uma mudança de paradigma caracterizado por uma maior independência da grande mídia em relação às forças políticas, e por uma associação ou um “pacto mutualista” da mídia com as instituições do sistema de justiça, mais notadamente o poder Judiciário, o Ministério Público e Política Federal. Os autores asseveram que nesse pacto mutualista “a política é jogada na vala comum da corrupção”, enquanto

(...) os atos destes burocratas do Sistema Judicial são relatados em matérias neutras, reforçando o aspecto técnico de suas ações, que assim se alçam à condição de moralmente superiores à política corrompida. Em outras palavras, o novo paradigma promove um ataque frontal aos Poderes da República que dependem do voto popular, Executivo e Legislativo, e a glorificação da burocracia judicial, essa escolhida por meio de procedimentos corporativos bastante isolados da escolha do povo.⁴⁰⁶

No período da Lava jato o abastecimento dos veículos de imprensa com informações foi largamente utilizado pelas instituições de justiça, em uma relação bastante estreita. Aqui emerge uma questão, com qual finalidade a Lava Jato se uniu aos principais veículos da imprensa e “(...) plantou na opinião pública a semente da indignação com a corrupção generalizada que, supostamente, caracterizava a política nacional”?⁴⁰⁷ O modo como a opinião pública influencia as decisões judiciais já fora abordado anteriormente, no **tópico 2.2**. Complementar a esse aspecto, há vasta doutrina tanto brasileiras como estrangeiras, indicando que a união da Lava Jato com os principais veículos de imprensa é estratégia de legitimação dos agentes judiciais.

⁴⁰⁶ KERCHE, Fábio; FERES JÚNIOR, João. **Operação Lava Jato e a democracia brasileira**. Editora Contracorrente. 2018, p. 198. E-book Kindle.

⁴⁰⁷ “Um levantamento aponta que entre 2014 a 2017 foram escritos 7.820 textos negativos em relação aos denunciados e investigados pela operação, pelos três jornais de maior circulação no Brasil, a “Folha de S.Paulo”, “O Estado de S. Paulo” e “O Globo”. Esse número corresponde à mais de um quarto de todas as matérias publicadas sobre política, o que resulta em uma média diária de quase dois textos por veículo”. Kerche, Fábio; Feres Júnior, João. **Operação Lava Jato e a democracia brasileira**. Editora Contracorrente. p. 216. Edição do Kindle. “O viés da cobertura da imprensa pode ainda ser percebido na comparação entre o tratamento dispensado aos políticos e aos agentes judiciais envolvidos na Lava Jato. O tom francamente laudatório das matérias que traziam o ex-juiz Sergio Moro ou os procuradores do núcleo de Curitiba para o primeiro plano oscila, no máximo, em direção à condescendência quando se trata de questões altamente polêmicas, como foi o caso do vazamento à imprensa do conteúdo de uma conversa entre a presidente da República e o ex-presidente Lula. (...) Os políticos eleitos eram, sem dúvida, o alvo preferencial dos ataques da imprensa, enquanto os insulados integrantes do sistema de justiça brasileiro eram retratados como verdadeiros heróis nacionais”. KERCHE, Fábio; MARONA, Marjorie. **A política no banco dos réus: a Operação Lava Jato e a erosão da democracia no Brasil**. Autêntica Editora. 2022, p. 129. E-book Kindle.

Almeida narra a estratégia de legitimação dos agentes judiciais na Lava Jato, pois o “intento de deslegitimação e depuração do sistema político, a partir de uma cruzada judiciária de combate à corrupção, demonstram a construção de uma via de organização do político e da definição da legitimidade de suas práticas”.⁴⁰⁸ Esse é também o argumento de Avritzer e Marona, para quem a Lava Jato buscou arregimentar o apoio da opinião pública como um recurso para que ela pudesse utilizar, de forma ostensiva, meios invasivos de investigação e combinar decretos de prisões cautelares (preventivas e provisórias) com acordos de delação premiada; ⁴⁰⁹ assim como Clarck narra que os integrantes da Lava Jato compreendiam que para fazer com que as decisões judiciais fossem cumpridas era necessário o apoio difuso da opinião pública.⁴¹⁰⁴¹¹

É amplamente debatido pela doutrina como a estratégia lavajatista de arregimentar a opinião pública, trouxe, a curto, médio e longo prazo, consequências diretas para o quadro político brasileiro. Os dados das pesquisas de opinião do Instituto Datafolha revelaram que a percepção da corrupção, que nunca havia sido apontada como o principal problema do país, passou a ter esse status no ápice da Operação. Com a Lava Jato “o tema da corrupção foi alçado ao “mais urgente e grave problema do país, jogando para o segundo plano a saúde, a educação e a segurança”.⁴¹³⁴¹⁴

⁴⁰⁸ DE ALMEIDA, Frederico. Justiça, combate à corrupção e política: uma análise a partir da operação Lava Jato. **REVISTA pensata** | V. 5 N. 2 novembro DE 2016, p. 72, 2016. CF. BOURDIEU, P. **O poder simbólico**. 10. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007

⁴⁰⁹ AVRITZER, Leonardo; MARONA, Marjorie. A tensão entre soberania e instituições de controle na democracia brasileira. Dados, Rio de Janeiro, v. 60, n. 2, p. 359-393, 2017.

⁴¹⁰ CLARK, Daniel. Integral Mission'At the Car Wash': Facing the Challenges of Post-Odebrecht South America. **Baptistic Theologies**, v. 10, n. 1, 2018.

⁴¹¹ Após o afastamento de Dilma Rousseff, a imprensa, claramente, reduziu o ritmo e o sentido da cobertura: a Lava Jato perdeu espaço na cobertura diária, como se a saída da presidente representasse o fim da corrupção no país. FERES JR, João; BARBABELA, Eduardo; BACHINI, Natasha, 2018. A Lava Jato e a mídia. In: KERSCHE, Fábio, FERES Jr., João. (coords.) **Operação Lava Jato e a democracia brasileira**. São Paulo: Editora Contracorrente, p. 178 e ss. E-book Kindle.

⁴¹² Cf E isso é ainda mais verdadeiro quando se trata de eventos dramáticos que não acessamos diretamente através de nossa própria experiência (SOROKA, 2002), como os escândalos de corrupção.

⁴¹³ É importante observar que, nas mais de trinta pesquisas de opinião realizadas pelo Instituto Datafolha entre junho de 2006 e novembro de 2010, quando perguntado "qual é o principal problema do país", o brasileiro jamais apontou a corrupção como algo que o preocupasse mais do que a saúde ou a violência, por exemplo. Foi a partir da pesquisa de fevereiro de 2015-e durante as outras três realiza das ao longo do segundo governo Dilma (em abril, junho e novembro do mesmo ano) - que a corrupção se tornou a maior preocupação entre os brasileiros. KERSCHE, Fábio; MARONA, Marjorie. **A política no banco dos réus: a Operação Lava Jato e a erosão da democracia no Brasil**. Autêntica Editora. 2022, p 137. E-book Kindle.

⁴¹⁴ Nada indica que a corrupção em si tenha realmente diminuído após as grandes e midiáticas operações jurídico-criminais. KERSCHE, Fábio; MARONA, Marjorie. 2018. **O Ministério Público na Operação Lava Jato: como eles chegaram até aqui?** In: KERSCHE, Fábio, FERES Jr., João. (coords.) **Operação Lava Jato e a democracia brasileira**. São Paulo: Editora Contracorrente, p. 62.

É necessário, de nossa parte, um contraponto. O tema dos limites à presunção de inocência, atreladas aos temas corrupção e impunidade, é discordância política persistente e irreconciliável. Apesar de grande parte dos juristas terem assentado a razão de que circunscrever a presunção de inocência à segunda instância significaria uma violação da Constituição de 1988 o tema é objeto de discussão por parte da sociedade que compreende que a necessidade do trânsito em julgado para o início do cumprimento da pena seria um real obstáculo à realização da justiça, contribuindo para a impunidade. Não obstante estarem presentes elementos de uma onda conservadora da sociedade brasileira desde as manifestações de junho de 2013,⁴¹⁵ a prisão após a condenação em segunda instância soa razoável para ao menos uma parte considerável da população, que enxerga as instâncias recursais como uma postergação ilegítima ao cumprimento da pena – uma pesquisa Datafolha (abril 2018) indicou a maioria (57%) considerando mais justo que uma pessoa vá presa após ser condenada seguidamente em duas instâncias judiciais.⁴¹⁶

Ainda, Recondo e Weber narram que “A prisão após julgamento em segunda instância mostrou o poder de coerção sobre os investigados. Antes, os alvos das operações de combate à corrupção apostavam na impunidade – essencialmente por algum erro processual cometido pelo Ministério Público ou pelos magistrados – ou, no mínimo, em anos de tramitação pelas quatro instâncias judiciais, incluindo o Supremo. Não colaboravam com a Justiça e obrigavam o MP a se desdobrar atrás de provas. Com a

⁴¹⁵ Ivo Tonet assim se manifestou sobre o tema: “Como resultado de todo o processo acima descrito, não é de admirar que, neste momento [referindo-se a junho de 2013], haja uma enorme confusão ideológica e política. Também não é de admirar que não haja clareza quanto aos objetivos a médio e longo prazo. Do mesmo modo, não é de admirar que os reacionários e conservadores procurem direcionar esse movimento para seus fins. O surgimento de movimentos fascistas, integralistas, nazistas não é algo estranho a estas situações. Isto já foi visto em outros momentos históricos”. TONET, I. Sobre as atuais manifestações. In: GONÇALVES, M. B. (Org.). **As jornadas de junho: o significado do retorno das manifestações de massas no Brasil**. Recife: Do Organizador, 2014. p.23.

⁴¹⁶ “Informados de que a Constituição brasileira diz que uma pessoa só pode ser presa até se esgotarem suas chances de provar sua inocência nas instâncias de Justiça disponíveis, e de que em 2016 o STF (Supremo Tribunal Federal) entendeu que pessoas possam ser presas após duas condenações, em primeira e segunda instância, os brasileiros foram consultados sobre o tema. As alternativas eram 1) a de defensores de que um acusado de crime tem o direito de ficar em liberdade até que seu processo passe por todas as instâncias judiciais disponíveis, ou 2) a de defensores de que a prisão possa ser realizada logo após um acusado ser condenado em duas instâncias diferentes da Justiça. A maioria (57%) considerou mais justo que uma pessoa vá presa após ser condenada seguidamente em duas instâncias judiciais, e 36% apontaram que seria mais justo uma pessoa ser presa somente após seu processo passar por todas as instâncias judiciais disponíveis. Uma fatia de 6% preferiu não responder. Entre aqueles que estudaram até o ensino fundamental, 49% concordam com a prisão em 2º instância, e 41%, após o processo percorrer todas as instâncias. Entre quem estudou até o ensino superior, 67% preferem a primeira opção, e 27%, a segunda”. **AVALIAÇÃO PRISÃO EM 2ª INSTÂNCIA – INSTITUTO DATAFOLHA – ABRIL DE 2018**. Disponível em: <<http://media.folha.uol.com.br/datafolha/2018/04/17/4bda417edee61ed1e663c89ca20cd6.pdf>>. Acesso em 16 dez 2019.

possibilidade de prisão após condenação em segunda instância, políticos e empresários passaram a confessar seus crimes e buscar acordos de delação para aliviar sua situação”.⁴¹⁷

Baptista e Telles descrevem o impacto da cobertura da mídia sobre a Operação Lava Jato na percepção da opinião pública, reconhecendo a Lava Jato como o acontecimento de destaque na cobertura midiática, tendo a cobertura da operação sido revestida de características de um escândalo político midiático, sugerindo que “a maior percepção da corrupção é motivada, entre outros aspectos, pela recorrência do tema na cobertura da mídia e pela ótica atribuída ao escândalo”.⁴¹⁸

A disseminação dos escândalos de corrupção pela mídia, mobilizando ou não as ruas, afeta líderes políticos específicos e pode levar a um amplo questionamento sobre as instituições democráticas, colaborando para crises políticas.⁴¹⁹ Nesse sentido Leonardo Avritzer avalia que o Brasil destruiu suas forças de centro político democrático entre 2014 e 2018 por uma *via judicial-midiática*, quando “um sistema político que havia sido capaz de estabilizar a moeda e diminuir efetivamente a pobreza passou a ser julgado unicamente pela propensão a gerar mais ou menos casos de corrupção”.⁴²⁰

O descreve o período compreendido entre junho de 2013 a 2018 como sendo marcado por uma completa inversão das condições de fortalecimento no país, com a produção de um “mal-estar” na democracia,⁴²¹ compreendendo o processo de construção da democracia no Brasil por uma visão pendular entre períodos democráticos e períodos de regressão democrática, caracterizado por “questionamentos dos resultados eleitorais, associados ao fortalecimento das instituições da contrademocracia, que nesse caso

⁴¹⁷ RECONDO, Felipe; WEBER, Luiz. **Os onze: o STF, seus bastidores e suas crises**. Editora Companhia das Letras, 2019.

⁴¹⁸ BAPTISTA, Érica Anita; TELLES, Helcimara de Souza. **Lava Jato: escândalo político e opinião pública**. ? In: KERCHE, Fábio, FERES Jr., João. (coords.). **Operação Lava Jato e a democracia brasileira**. São Paulo: Editora Contracorrente. p 204. E-book Kindle.

⁴¹⁹ KERCHE, Fábio; MARONA, Marjorie. **A política no banco dos réus: a Operação Lava Jato e a erosão da democracia no Brasil**. Autêntica Editora. 2022, p 132. E-book Kindle.

⁴²⁰ AVRITZER, Leonardo. **Política e antipolítica: A crise do governo Bolsonaro**. São Paulo: Todavia, 2020. p. 33. E-book Kindle.

⁴²¹ AVRITZER, Leonardo. **Política e antipolítica: A crise do governo Bolsonaro**. São Paulo: Todavia, 2020. p. 33. E-book Kindle.

ultrapassam o seu papel subordinado em relação às instituições constituídas pela soberania popular”.⁴²²

Entendo por períodos de ampliação democrática aqueles nos quais ocorrem eleições sem contestação de resultados e nos quais as instituições da contrademocracia (Rosanvallon, 2009) aceitam seu papel subordinado em relação à soberania popular. Desse modo, o período de 1945 a 1964 pode ser compreendido como um período de expansão do pêndulo democrático, assim como o período entre 1994 e 2014. Por outro lado, entendo por períodos de regressão democrática aqueles nos quais existem questionamentos dos resultados eleitorais, associados ao fortalecimento das instituições da contrademocracia, que nesse caso ultrapassam o seu papel subordinado em relação às instituições constituídas pela soberania popular.

Vale lembrar que a situação de discordância política no seio social não atingira o campo institucional em momentos anteriores, o qual já fora capaz de restabelecer limites à atuação da Polícia Federal no âmbito do combate à corrupção, de retomar a “lógica constitucional-democrática, que envolve o controle político sobre a burocracia” e de frear investidas face aos direitos e garantias fundamentais, desconstruindo, na interseção entre o STF e o Ministério da Justiça, as decisões que infringiam as garantias do devido processo legal.⁴²³

Por exemplo, em decisão liminar o Ministro Gilmar Mendes revogou a prisão do banqueiro Daniel Dantas e encaminhou denúncia ao Conselho Nacional de Justiça, ao Conselho da Justiça Federal e à Corregedoria Geral da Justiça Federal da 3ª Região contra o juiz responsável pela prisão; a suspeita da ilegalidade de escutas telefônicas suscitou a abertura de inquérito dentro do próprio Ministério da Justiça que culminou com o posterior afastamento do delegado da Polícia Federal que comandava a Operação;⁴²⁴⁴²⁵

⁴²² AVRITZER, Leonardo. **O pêndulo da democracia no Brasil. Uma análise da crise 2013-2018**. Novos estudos Cêbrap. V. 37, n. 2. 2018, p. 273-289. Disponível em: https://novosestudos.com.br/wp-content/uploads/2018/08/06_avritzer_111_p272a289_baixa.pdf. Acesso em 13.10.2020. Cf. Rosanvallon, Pierre. **La contrademocracia: la política en la era de la desconfianza**. (G. Zadunaisky, Trad.). Buenos Aires: Manantial. 2007.

⁴²³ AVRITZER, Leonardo; MARONA, Marjorie. **A tensão entre soberania e instituições de controle na democracia brasileira**. Dados – Revista de Ciências Sociais. Rio de Janeiro. v. 60, núm. 2, p. 359-393, 2017.

⁴²⁴ AVRITZER, Leonardo; MARONA, Marjorie. **A tensão entre soberania e instituições de controle na democracia brasileira**. Dados – Revista de Ciências Sociais. Rio de Janeiro. v. 60, núm. 2, p. 359-393, 2017.

⁴²⁵ Sobre o tema, ao afirmar que esse é um exemplo de um “padrão de interlocução institucional” que não vem se estabelecendo desde a Lava Jato, Avritzer e Maronza trazem uma adaptação do conceito huntingtoniano de pretorianismo para o caso brasileiro, deduzindo que a Operação Lava Jato caminha no sentido à uma tendência espécie de pretorianismo judicial, definição aqui que se constitui como a pressão exercida por alguns atores do sistema de justiça e das instituições judiciárias sobre o sistema político, que

ainda, a aprovação da Súmula Vinculante no 11 pela corte, que determinava a excepcionalidade do uso de algemas na condução dos presos, no âmbito discussões em torno dos desdobramentos da Operação Satiagraha, caso sobre o qual o Ministro Gilmar Mendes, por exemplo, se referira como “espetacularização das prisões”, declarando que a súmula tinha o objetivo de evitar o uso de algemas para exposição pública do preso, denunciando o abuso dos métodos utilizados pelos agentes da Polícia Federal na condução da Operação Satiagraha.

Vale a pena mencionar, ainda, uma mudança de postura do próprio Supremo Tribunal Federal (STF), que se num primeiro momento de constituição desse cenário institucional no campo da judicialização da política assumiu determinada articulação com o Ministério da Justiça para restabelecer os parâmetros desejáveis de controle político, posto que compatíveis com os auspícios democráticos passou, gradativamente, a isentar-se de tal mediação.

(...)

O STF, de fato, fortaleceu sua posição no sistema de divisão de poderes instalado no Brasil, particularmente a partir da Reforma do Judiciário (EC 45/04) que, dentre outras alterações, introduziu o instituto da Súmula Vinculante, com o intuito de pacificar a discussão de questões examinadas nas instâncias inferiores do Judiciário, ampliando a potência da jurisprudência formada pelo Supremo Tribunal Federal. Nesse cenário, a Corte foi muitas vezes acusada de tomar para si algumas prerrogativas do Congresso Nacional, como no caso da votação da cláusula de barreira (RE 635739) e da fidelidade partidária (ADI 5081/DF), mas, particularmente, a partir do julgamento da Ação Penal 470 observou-se uma mudança expressiva de postura do STF, em relação às garantias inscritas no direito penal e processual penal e também em face da sua competência em julgamentos criminais que envolvem o controle e combate à corrupção.⁴²⁶

Fabio de Sa e Silva, em um estudo que aborda tanto a “consciência jurídica” quanto a pesquisa anticorrupção, considera que se deve levar à sério o papel das plataformas de mídia social na medida em que elas “alteram e expandem” o espaço em que as relações socio jurídicas se desenvolvem e acabam por influenciar o significado que é dado à lei. Os autores ponderam que as mídias sociais se tornaram uma característica central da vida contemporânea, sendo essencial mapear o seu impacto no comportamento tanto individual quanto coletivo em relação à produção do *tecido cultural*. Adotando uma

se utilizam da mídia para a ampliação das suas posições. AVRITZER, Leonardo; MARONA, Marjorie. **A tensão entre soberania e instituições de controle na democracia brasileira**. Dados, v. 60, p. 359-393, 2017. Disponível em: <https://biblat.unam.mx/es/revista/dados/articulo/a-tensao-entre-soberania-e-instituicoes-de-controle-na-democracia-brasileira>. Acesso em 30.08.2022.

⁴²⁶ AVRITZER, Leonardo; MARONA, Marjorie. **A tensão entre soberania e instituições de controle na democracia brasileira**. Dados – Revista de Ciências Sociais. Rio de Janeiro. v. 60, núm. 2, p. 359-393, 2017.

visão cética da operação, os autores narraram a Lava Jato como um empreendimento “divino ou sobrenatural”, em que o engajamento do público não se transformara em um envolvimento saudável nos assuntos públicos, mas uma verdadeira cruzada contra as instituições, onde Congresso nacional e Supremo Tribunal Federal foram ferrenhamente atacados. A operação, então, não pode ser interpretada como uma realização institucional, mais deve ser lida como coprodutora de um esquema cultural avesso ao “Estado de Direito”.⁴²⁷

A ameaça do comandante do General Villas Boas ao Supremo Tribunal Federal, em 2018, pode ser lida como um sinal da crise política democrática que o Brasil vivenciaria nos anos seguintes. Sobre o tema, argumentando que não houveram ações, após a Constituição de 1988, para reconstruir a relação entre as autoridades civis e militares, Meyer descreve um fenômeno de “militarização da política” no cenário brasileiro, caracterizado por manifestações políticas de integrantes das Forças Armadas, assim como a indicação de militares para cargos importantes da administração federal, conduzindo inclusive medidas de segurança pública, e ápice dos discursos militares que ameaçavam a política brasileira a manifestação do General Eduardo Villas Bôas sobre o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal do *habeas corpus* 152.752/PR impetrado pelo ex-presidente Lula da Silva.⁴²⁸

⁴²⁷ “The findings clearly support the more pessimistic view of LJ. In the interactions I studied, LJ was construed not as an institutional accomplishment, but as a divine or supernatural endeavor. The people were called to fight corruption, which turned not into a healthy engagement in public affairs and national life but into a crusade against institutions with fierce attacks on Congress and the STF. As such, LJ supported the coproduction of a cultural schema that not only was averse to the rule of law but may also have served as a foundation for Bolsonarismo. This study has implications for both legal consciousness and anticorruption research. First, my findings invite research that takes seriously the role of social media platforms in altering and expanding the space in which sociolegal relationships unfold and meaning is given to law and, accordingly, that considers posts, comments, and the like as valid data sources. Social media have become a central feature of contemporary life, and scholars and thinkers are constantly trying to chart their impact on our individual behavior and societal arrangements. In this process, the role of social media platforms in the production of our cultural fabric is hard to deny. Nor can we deny that, in our everyday transactions, we—the digitally included—both download and upload elements from that cultural fabric or cloud to give meaning to what we think and do.⁴⁶ DE SA E SILVA, Fabio. Relational legal consciousness and anticorruption: Lava Jato, social media interactions, and the co-production of law's detraction in Brazil (2017–2019). *Law & Society Review*, v. 56, n. 3, p. 344-368, 2022. P. 363.

⁴²⁸ Villas-Bôas posted on Twitter claims that indicated that the Armed Forces shared Brazilian citizens concerns against impunity and that they were aware of their “institutional duties”, signaling that Brazilian Supreme Court should not grant the habeas corpus writ. Enquanto medidas responsabilização atingiram os militares e juízes na Argentina, no Brasil nenhum militar ou juiz jamais foi sujeito a recursos de responsabilização relativos a possíveis abusos cometidos durante a ditadura de 1964-1985. MEYER, Emilio. Militarization of Politics in Brazil. Available at SSRN 3157090, 2018. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3157090. Acesso em 30.09.2020

Ainda, um fenômeno social recente norteia a crise da política brasileira que teve início em 2013: o surgimento de um campo de maioria nas redes sociais “que tensiona o sistema político e busca uma solução jurídica para a crise”.⁴²⁹ Considerando a comunicação entre os agentes jurídicos da Lava Jato e a rede social Facebook, Fabio de Sa e Silva demonstram que a ascensão das plataformas de mídia social alterou, de forma radical, o espaço em que a interação lei-sociedade se desenvolve. Essas plataformas oferecem, por exemplo, um encontro inédito entre operadores da lei e pessoas comuns, onde se torna possível “renegociar” significados da lei. Os autores demonstram metodologicamente que essas interações (em posts/comentários) são valiosas fontes de dados sobre como as transações sociojurídicas tomam forma e evoluem, defendendo ser absolutamente importante acompanhar o uso da mídia nas interações sociais.⁴³⁰

Para Dias e Avritzer os operadores da Lava Jato souberam utilizar esse campo para construir um tensionamento com o próprio Supremo,⁴³¹ e que a corte “fez esse jogo, por gosto ou falta de alternativa, até pelo menos a eleição de Bolsonaro”, pois caso não aceitasse a seletividade e o punitivismo seria alvo do tensionamento nas redes e nas ruas

⁴²⁹ Avritzer, Leonardo. *Política e antipolítica* (Coleção 2020) (p. 25). Todavia. Edição do Kindle. Cf Para uma análise sobre a “gramática política” criada pela Lava Jato e que alimentou o debate público no Brasil, ver Silva, 2020. Acesso em: 1 dez. 2021

⁴³⁰ “As the Cambridge Analytica scandal tragically revealed, there is growing integration between social media and everyday life. Social media platforms store and disseminate frames and templates with which people make sense of life events and processes. The topic, however, is remarkably absent from scholarship. Considering the communication between the LJ legal agents and the public on Facebook, this article fills in that gap and expands relational legal consciousness research on both ontological and methodological fronts. Ontologically, I demonstrate that the rise of social media platforms has radically altered the space in which social interactions occur and the law – society interplay unfolds. For example, these platforms offer a chance for unprecedented encounters between law agents and ordinary people where the meanings of law can be (re)negotiated with effects in real life. Unless the use of social media de-escalates severely in society, this will be of absolute importance to keep track of. Methodologically, I demonstrate that posts/comments are valuable data sources on how sociolegal transactions take shape and evolve. Most legal consciousness research – including relational research – is qualitative, using in-depth interviews. Recent works have argued for the need to broaden this spectrum. St-Pierre (2019) suggests using legal documents as entry points to study elite lawyers’ legal consciousness, claiming that they are “repositories of meanings that elite lawyers presume, construct, distort, diffuse, and systematize both within and beyond the realm of the legal profession” (St-Pierre, 2019 p. 333). She adds that such powerful actors can be “unreachable or reluctant” to be interviewed; hence their documents are a valid substitute for qualitative interviews or observations. Moreover, documents can “provide a more precise understanding of lawyers’ success in constructing technical legal meanings and in framing issues” (St-Pierre, 2019, p. 334). With research that takes social media seriously as a site of relational legal consciousness production, a similar expansion in data sources is in order. Scholars must incorporate textual posts, comments, videos, memes, emojis, and similar repositories of meanings typical of social media urgently, this work being an initial step in such direction”. DE SA E SILVA, Fabio. Relational legal consciousness and anticorruption: Lava Jato, social media interactions, and the co-production of law’s detraction in Brazil (2017–2019). *Law & Society Review*, v. 56, n. 3, p. 344-368, 2022. P. 449/350. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/lasr.12620>. Acesso em 13.09.2022

⁴³¹ Estratégia ainda hoje largamente utilizado bolsonarismo. DIAS, Vitor Gonçalves. AVRITZER, Leonardo. *Política e antipolítica*. *Revista Sul-Americana de Ciência Política*, v. 6, n. 2, p. 287-290, 2020.

com incentivo dos mesmos atores da Lava Jato. É desse que pode ser explicado porque a operação, contando com apoio popular, conseguiu abafar as vozes que denunciavam sua falta de compromisso com devido processo legal e seus constrangimentos aos ministros do Supremo e à Procuradoria-Geral da República.⁴³²

Vale trazer à tona a leitura de Luiz Gonzaga Belluzzo acerca das consequências econômicas da Lava Jato. A operação escancara as relações de corrupção entre o Estado e às grandes empresas privadas, onde a “concorrência entre as grandes empresas e as trapanças ideológicas dos mercados financeiros” atraem o Estado para a arena dos negócios e, com ele, a “rivalidade privada para o interior das burocracias públicas com propósito de cooptar cumplicidade, influenciar as formas de regulação e capturar recursos fiscais”.⁴³³

O autor pondera que o desempenho econômico brasileiro no ano de 2014 foi baixo e o ajuste de 2015 foi uma trágica sequência, engatando “choque de tarifas, a subida da taxa de juro, a desvalorização do real e o corte dos investimentos públicos”, em uma corrente que juntou a elevação da inflação à contração do nível de atividade, convocando então a restrição do crédito. A derrocada da arrecadação pública se deu, então, com o encolhimento do circuito de formação da renda. O autor se refere a um “peso massacrante do colapso da atividade econômica”.⁴³⁴

No entanto, em 2015 economia passou a receber “novos e fulminantes golpes da Operação Lava Jato” quando os procuradores “entraram de sola nas empresas brasileiras que mantinham contratos com a Petrobras, com as demais empresas públicas e instâncias do Governo, desde o âmbito federal até a esfera municipal”. Belluzzo narra que no decorrer das apurações da Lava Jato, os procuradores e juízes não separaram a punição

⁴³² KERCHE, Fábio; MARONA, Marjorie. **A política no banco dos réus: a Operação Lava Jato e a erosão da democracia no Brasil**. Autêntica Editora. 2022, p 112. E-book Kindle.

⁴³³ Kerche, Fábio; Feres Júnior, João. *Operação Lava Jato e a democracia brasileira* (pp. 20-21). Editora Contracorrente. Edição do Kindle.

⁴³⁴ “O mergulho depressivo iniciado entre o crepúsculo de 2014 e a aurora de 2015 pode ser apresentado como um exemplo do fenômeno que as teorias da complexidade chamam de “realimentação positiva” ou, no popular, “quanto mais cai, mais afunda”. O déficit primário ameaça estourar a marca dos R\$ 150 bilhões e namora as grandezas de R\$ 180 bilhões. Os sonhos da equipe prometem mais contingenciamento de despesas e, possivelmente, mais impostos. Dentre as despesas que vêm sofrendo reduções mais fortes figuram os investimentos, incluídos na rubrica dos gastos discricionários. As despesas discricionárias caíram 26,7% em termos reais no primeiro quadrimestre de 2017 relativamente ao mesmo período de 2016. Destaca-se nessa comparação a redução real de 65,8% nas despesas do PAC e do Minha Casa Minha Vida (MCMV).” BELLUZZO, Luiz Gonzaga. *As consequências econômicas da Lava Jato. Operação Lava Jato e a democracia brasileira*. São Paulo: Editora Contracorrente, p. 21-37, 2018.

das pessoas físicas dos efeitos sobre as empresas, que foram nefastos, o que gera consequências graves para a economia, desde a desorganização de uma cadeia produtiva importante (talvez a mais importante) para a recuperação da economia.⁴³⁵

Não seria excessivo repetir que nos Estados Unidos, o Departamento de Justiça e a Securities Exchange Commission aplicaram multas, mas preservaram as empresas. No Brasil, os agentes da lei encarregados de vigiar e punir infligiram graves danos aos funcionários e colocaram em risco o cabedal técnico acumulado ao longo dos anos pelas empresas. O jurista Walfrido Warde, especialista em Direito Societário, sintetiza com precisão os efeitos danosos da Lava Jato para a economia brasileira: Em casos de corrupção sistêmica, como os descobertos pela Lava Jato, o seu combate deve usar técnicas capazes de evitar uma grave deterioração dos ambientes econômico, social, político e jurídico”. A maior parte das empresas alcançadas pela “lava jato” eram donas de usinas de geração de energia, de estaleiros, de estradas, de aeroportos e de outros empreendimentos de infraestrutura. Compunham uma indústria que representava a espinha dorsal da economia brasileira. A sua desgraça causou a paralisia de obras, o impasse sobre o destino de projetos de infraestrutura centrais para o Brasil e, o que é pior, a depreciação de tantos outros, cuja venda – em meio a problemas policiais e judiciais – é, ainda que difícil e arriscada, essencial para a sobrevivência dessas empresas. Em condições como essas, as empresas e os seus negócios não são vendidos pelo que valem, mas pelo que os compradores querem pagar. Ou seja, saem pelo preço mínimo estrutural, aquele que é estabelecido quando o vendedor é obrigado a se prostrar em frente ao único comprador disponível.⁴³⁶

Belluzzo vai além, compreende que ao desorganizar a cadeia produtiva mais importante do Brasil, por seus efeitos sobre o emprego e a renda, os operadores da Operação Lava Jato passaram à uma “automação psíquica”, onde processos conscientes foram substituídos por reações imediatas e simplistas, onde a “consciência inteligente” e o pensamento “desempenham um papel modesto”.⁴³⁷

⁴³⁵ BELLUZZO, Luiz Gonzaga. As consequências econômicas da Lava Jato. **Operação Lava Jato e a democracia brasileira. São Paulo: Editora Contracorrente**, p. 21-37, 2018.

⁴³⁶ BELLUZZO, Luiz Gonzaga. As consequências econômicas da Lava Jato. **Operação Lava Jato e a democracia brasileira. São Paulo: Editora Contracorrente**, p. 21-37, 2018.

⁴³⁷ “No livro *The Phenomenology of The End*, o filósofo italiano Franco Bifo Berardi descreve a “automação psíquica que contamina os indivíduos na sociedade contemporânea. “A sociedade de massas envolve os indivíduos nas cadeias automáticas do comportamento, manipuladas por dispositivos técnico-linguísticos. A automação do comportamento de muitos indivíduos afetados e concatenados por interfaces técnico-linguísticas resultam nos efeitos manada. O homem é um animal que molda um ambiente que, por sua vez, molda seu próprio cérebro. O efeito manada é, portanto, o resultado da transformação humana do ambiente tecnológico, o que conduz à automação dos processos mentais”. BELLUZZO, Luiz Gonzaga. As consequências econômicas da Lava Jato. **Operação Lava Jato e a democracia brasileira. São Paulo: Editora Contracorrente**, p. 21-37, 2018.

Passamos então à análise do contexto político para o caso concreto, onde os julgados parecem revelar a crise do contexto político.

O *habeas corpus* 126.292/SP, em que a corte decidira que a pena deveria ser executada após a condenação em duas instâncias, fora julgado pelo Supremo Tribunal Federal no cenário da Operação Lava Jato, em fevereiro de 2016.⁴³⁸ Coincidente às referências do tópico anterior, as linhas argumentativas empregadas por parte dos Ministros do Supremo Tribunal Federal no momento de virada jurisprudencial vocalizaram críticas sociais ao descrédito e à falta de confiança no Poder Judiciário e à necessidade de se dar “efetividade” ao sistema penal brasileiro. Nos votos orais, principalmente os proferidos pelos Ministros Luís Roberto Barroso e Luiz Fux, foram comuns a utilização das expressões “opinião pública, “anseio social” e “efetividade do sistema penal”⁴³⁹. Por exemplo, o Ministro Barroso asseverou que

É intuitivo que, quando um crime é cometido e seu autor é condenado em todas as instâncias, mas não é punido ou é punido décadas depois, tanto o condenado quanto a sociedade perdem a necessária confiança na jurisdição penal. **O acusado passa a crer que não há reprovação de sua conduta, o que frustra a função de prevenção especial do Direito Penal. Já a sociedade interpreta a situação de duas maneiras: (i) de um lado, os que pensam em cometer algum crime não têm estímulos para não fazê-lo, já que entendem que há grandes chances de o ato manter-se impune – frustrando-se a função de prevenção geral do direito penal; (ii) de outro, os que não pensam em cometer crimes tornam-se incrédulos quanto à capacidade do Estado de proteger os bens jurídicos fundamentais tutelados por este ramo do direito.**⁴⁴⁰

E o Ministro Luiz Fux,

A presunção de inocência, desde as suas raízes históricas, está calcada exatamente na regra mater de que uma pessoa é inocente até que seja considerada culpada. E, fazendo um paralelismo entre essa afirmação e a realidade prática, e a jurisdição em sendo uma função popular,

⁴³⁸ Votaram com o Ministro Relator Teori Zavascki, os ministros Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Dias Toffoli, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes, vencidos a ministra Rosa Weber e os Ministros Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 126.292/SP**. Relator Teori Zavascki - Pleno - Diário de Justiça Eletrônico, Brasília 17 fev. 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 07 de setembro de 2018.

⁴³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 126.292/SP**. Relator Teori Zavascki - Pleno - Diário de Justiça Eletrônico, Brasília 17 fev. 2016. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 07 de setembro de 2017.

⁴⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 126.292/SP**. Relator Teori Zavascki - Pleno - Diário de Justiça Eletrônico, Brasília 17 fev. 2016. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 07 de setembro de 2017.

ninguém consegue entender a seguinte equação: o cidadão tem a denúncia recebida, ele é condenado em primeiro grau, é condenado no juízo da apelação, condenado no STJ e ingressa presumidamente inocente no Supremo Tribunal Federal. Isso efetivamente não corresponde à expectativa da sociedade em relação ao que seja uma presunção de inocência”.⁴⁴¹

Lado outro, parte dos ministros pretendeu proteger a integridade do direito fundamental ressaltando-lhe suas origens históricas. Essa abordagem fora adotada principalmente pelos Ministros Marco Aurélio de Mello, Ricardo Lewandowski e Celso de Mello, para quem “a presunção de inocência representa uma notável conquista histórica dos cidadãos em sua permanente luta contra a opressão do Estado e o abuso de poder”.⁴⁴² O “estado de coisas inconstitucional” do sistema penitenciário brasileiro também foi objeto de argumentação, demanda traduzida pelo Ministro Ricardo Lewandowski:

Eu também, respeitosamente, queria manifestar a minha perplexidade desta guinada da Corte com relação a esta decisão paradigmática, minha perplexidade diante do fato de ela ser tomada logo depois de nós termos assentado, na ADPF 347 e no RE 592.581, que o sistema penitenciário brasileiro está absolutamente falido. E mais, nós afirmamos, e essas são as palavras do eminente Relator naquele caso, que **o sistema penitenciário brasileiro se encontra num estado de coisas inconstitucional. Então, agora, nós vamos facilitar a entrada de pessoas neste verdadeiro inferno de Dante, que é o nosso sistema prisional?** Ou seja, abrandando esse princípio maior da nossa Carta Magna, uma verdadeira cláusula pétrea. Então isto, com todo o respeito, data venia, me causa a maior estranheza.⁴⁴³

Para Marcelo Novelino o Supremo abandonava o papel contramajoritário, que deve ser exercido pelas cortes constitucionais, e acaba por atuar de forma dependente à opinião pública.⁴⁴⁴ O Supremo estava dividido em dois grupos: de um lado, os ministros

⁴⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 126.292/SP**. Relator Teori Zavascki - Pleno - Diário de Justiça Eletrônico, Brasília 17 fev. 2016. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 07 de setembro de 2017.

⁴⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 126.292/SP**. Relator Teori Zavascki - Pleno - Diário de Justiça Eletrônico, Brasília 17 fev. 2016. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 07 de setembro de 2017.

⁴⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 126.292/SP**. Relator Teori Zavascki - Pleno - Diário de Justiça Eletrônico, Brasília 17 fev. 2016. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 07 de setembro de 2017.

⁴⁴⁴ NOVELINO, Marcelo. O STF e a opinião pública. **Revista do Ministério Público (Rio de Janeiro)**, v. 1, p. 155-180, 2014.

que entendiam que a corte tinha uma missão civilizadora, de operar verdadeira limpeza do sistema político brasileiro, do outro os adeptos da autocontenção judicial e de maior deferência aos poderes Executivo e o Legislativo.

Sobre 2018, às vésperas do julgamento do *habeas corpus* 152.752/PR, o General Villas Boas assim se manifestou em uma rede social: “Asseguro à Nação que o Exército Brasileiro julga compartilhar o anseio de todos os cidadãos de bem de repúdio à impunidade e de respeito à Constituição, à paz social e à Democracia, bem como se mantém atento às suas missões institucionais”. Visto por muitos juristas como uma ameaça à possibilidade da obtenção de um resultado favorável da corte ao Ex-presidente, o Ministro Celso de Mello manifestou que

Em situações tão graves assim, costumam insinuar-se pronunciamentos ou registrar-se movimentos que parecem prenunciar a retomada, de todo inadmissível, de práticas estranhas (e lesivas) à ortodoxia constitucional, típicas de um pretorianismo que cumpre repelir, qualquer que seja a modalidade que assuma: pretorianismo oligárquico, pretorianismo radical ou pretorianismo de massa.⁴⁴⁵

Também no ano de 2018, ocorreu de um militar da reserva, Antônio Carlos Alves Correia, publicar um vídeo em que xingava e ameaçava Rosa Weber por ter recebido em seu gabinete representantes do PT e do PDT que contestavam a candidatura de Jair Bolsonaro à presidência com base na notícia de que uma rede de empresários havia financiado o disparo de informações falsas em favor da campanha de Bolsonaro. O ministro Celso de Mello, impressionado com os ataques a Weber que partiam de integrantes das Forças Armadas, reagiu na sessão da Segunda Turma do STF:

O discurso imundo, sórdido e repugnante do agente que ofendeu a honra da ministra Rosa Weber (...) exteriorizou-se mediante linguagem profundamente insultuosa, desqualificada por palavras superlativamente grosseiras e boçais, próprias de quem possui reduzidíssimo e tosco universo vocabular, indignas de quem diz ser oficial das Forças Armadas, instituições permanentes do Estado brasileiro que se posicionam acima das paixões irracionais e não se deixam por elas contaminar.

Em uma reunião com o Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República, em que os Ministros Edson Fachin e Luís Roberto Barroso cobraram providências, Fachin teria dito que “Agora é a hora de vocês cortarem na carne”, enquanto Barroso seguira a retórica de primeiro elogiar as Forças Armadas para então cobrar uma posição sobre às agressões contra Rosa Weber e o Tribunal Superior Eleitoral e a prisão

⁴⁴⁵ RECONDO, Felipe; WEBER, Luiz. **Os onze: o STF, seus bastidores e suas crises**. Editora Companhia das Letras, 2019. p. 292.

do responsável pelos vídeos. No entanto, Código Eleitoral proíbe a prisão de eleitores “desde 5 (cinco) dias antes e até 48 horas depois” e a reunião terminou sem que nenhuma decisão tivesse sido tomada.⁴⁴⁶ O Ministro Dias Toffoli, à época, “descreveu um cenário sombrio”, lembrando que o então comandante do Exército, general Villas Bôas, tinha 300 mil homens armados que majoritariamente apoiavam a candidatura de Jair Bolsonaro. Por sua vez, o candidato e seus seguidores, incluindo militares, colocavam sob suspeita a lisura do processo eleitoral, em especial as urnas eletrônicas.⁴⁴⁷

O julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43, 44 e 54, em 2019, parece coincidir com um momento de “início do fim” da crise política brasileira.

Compreendemos que a demanda traduzida pelo Supremo Tribunal Federal nos votos dos ministros parece, sutilmente, ter se alterado. Tal como evidenciamos no Capítulo 1 da presente tese, no julgamento do *habeas corpus* 126.292/SP, em 2016, os votos se ancoravam em uma narrativa de combate à corrupção e à necessidade de trazer efetividade ao sistema penal brasileiro. Em 2019, na virada jurisprudencial que compõe as Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43, 44 e 54, tal como evidenciamos no Capítulo 1 da presente tese, o caso parece ter se deslocado, em alguns momentos, para uma narrativa essencialmente ancorada na figura *do que é justo*, fortemente vocalizada em duas ideias antagônicas de que a prisão logo após a segunda instância perpetuaria uma desigualdade social via poder judiciário, onde essencialmente “só pobres estariam presos”, em oposição à ideia de que na espera do trânsito em julgado “os ricos restariam soltos”. Isso parece indicar um lugar comum para dois posicionamentos normativos opostos. Por exemplo, o Defensor Público Geral do Estado do Rio de Janeiro, Pedro Carriello, asseverou que os alvos da decisão seriam os assistidos da defensoria, na sua maioria pobres e negros⁴⁴⁸, sendo que a seguinte passagem do voto do Ministro Luís Roberto Barroso deixa claro a contraposição à esse argumento:

A ampla (e quase irrestrita) possibilidade de recorrer em liberdade **aproveita sobretudo aos réus abastados, com condições de contratar os melhores advogados para defendê-los em sucessivos recursos. Em regra, os réus mais pobres não têm dinheiro (nem a Defensoria Pública tem estrutura) para bancar a procrastinação.** Não por acaso, na prática, torna-se mais fácil prender um jovem de

⁴⁴⁶ RECONDO, Felipe; WEBER, Luiz. **Os onze: o STF, seus bastidores e suas crises**. Editora Companhia das Letras, 2019. p.14.

⁴⁴⁷ Retórica que se repetiria durante a presidência de Jair Bolsonaro e no processo eleitoral para os mandatos que teriam início em 2022.

⁴⁴⁸ Por exemplo, o Defensor Público Geral do Estado do Rio de Janeiro, Pedro Carriello, asseverou que os alvos da decisão seriam os assistidos da defensoria, na sua maioria pobres e negros.

periferia que porta 100g de maconha do que um agente político ou empresário que comete uma fraude milionária.⁴⁴⁹

Essa avaliação é importante na medida em que ela parecer indicar que ambas as narrativas parecem caminhar para um lugar comum a partir de um espaço democrático como *locus* de debate.⁴⁵⁰ Asseveramos que os argumentos referentes ao direito constitucional são edificados em múltiplas arenas e o debate se torna instrumento para captar espaços oficiais de articulação das normas constitucionais. Recorremos ainda ao constitucionalismo democrático, que joga luzes no engajamento público no processo do judicial review. Ainda que atores políticos pretendam incorporar seus próprios entendimentos constitucionais haverá o interesse em preservar a integridade do Direito Constitucional, um dilema mediado quando a corte, munida do debate público, pode delinear delinear seus argumentos acerca do significado do princípio da presunção de inocência – é a nossa o que houve no intervalo entre os anos de 2016 a 2019.⁴⁵¹

3.2 “A política do *judicial review*”: explorando as “camadas de política” a partir dos escritos de Barry Friedman para o caso da limitação ao princípio da presunção de inocência (2016-2019)

Barry Friedman propôs delimitar os contornos da política do *judicial review* a partir de “um mapeamento” do que denomina como “o meio político do juiz constitucional”.⁴⁵² Até que ponto o meio político pode restringir a autonomia judicial e, consequentemente, a dogmática jurídica? No tópico que segue a partir do que Friedman descreve como meio político do juiz constitucional, e a partir do objeto do presente trabalho (*habeas corpus* 126.292/SP, *habeas corpus* 152.752/PR e Ações Declaratórias

⁴⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 126.292/SP**. Relator Teori Zavascki - Pleno - Diário de Justiça Eletrônico, Brasília 17 fev. 2016. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 07 de setembro de 2017, p. 58-59.

⁴⁵⁰ A busca pela persuasão do oponente cria áreas de convergência (reais ou aparentes) e é nessas áreas que a Corte pode decidir o caso. POST, ROBERT C. AND SIEGEL, REVA B. *Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash*.(2007). **Faculty Scholarship Series. Paper 169**. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/169>. Acesso em 20 de outubro de 2016.

⁴⁵¹ POST, ROBERT C. AND SIEGEL, REVA B. *Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash*.(2007). **Faculty Scholarship Series. Paper 169**. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/169>. Acesso em 20 de outubro de 2016. CARVALHO, N. B. (2017). **Constitucionalismo democrático no Brasil?** Aluta de movimentos sociais LGBT pela efetivação de direitos no Poder Judiciário. Disponível em: <<https://repositorio.ufmg.br/handle/1843/BUOS-ASXG62>>. Acesso em 14.09.2018.

⁴⁵² FRIEDMAN, Barry. **The politics of judicial review**. *Tex. L. Rev.* v. 84. p. 257. 2005. Disponível em: < <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/tlr84&div=21&id=&page=>>. Acesso em 10 de abril de 2021. p. 258.

de Constitucionalidade 43, 44 e 54) e identificamos e exploramos o contexto das possíveis influências *políticas* do caso da limitação ao princípio da presunção de inocência decidido pelo Supremo Tribunal Federal, no período de 2016 a 2019, lado de teorias positivas acerca da relação da corte constitucional com a política.

Asseveramos que essas “camadas de política” não possuem uma ordem específica, mas são processos simultâneos e complexos, que podem nos trazer importantes *insights* sobre o *papel da Política* para o Supremo Tribunal Federal.

3.2.1 A primeira influência política nas decisões jurídicas: os valores pessoais dos juízes e os processos de nomeação de ministros para a corte

Até que ponto os valores pessoais do juiz restringem a autonomia judicial, sendo capazes de influenciar o resultado das decisões? Segal e Spaeth sublinharam uma estreita relação entre política e *judicial review* delineando um modelo atitudinal a partir da premissa de que os juízes seriam motivados por crenças ideológicas e valores próprios.⁴⁵³ Os autores descrevem que a corte desempenha a formulação de “políticas nacionais”, em que *Bush v. Gore* é um exemplo notadamente partidário, não como uma “atividade subversiva”, mas uma atividade em que a corte deve “escolher entre cursos alternativos de ação, onde a escolha vincula o comportamento daqueles sujeito à autoridade do formulador de políticas”.^{454 455}

⁴⁵³ SEGAL, Jeffrey Allan; SPAETH, Harold J. **The Supreme Court and the attitudinal model**. New York: Cambridge University Press, 1993.

⁴⁵⁴ “(...) choosing among alternative courses of action, where the choice binds the behavior of those subject to the policy maker’s authority”. SEGAL, Jeffrey Allan; SPAETH, Harold J. **The Supreme Court and the attitudinal model**. New York: Cambridge University Press, 1993.

⁴⁵⁵ Quatro fatores combinados, no contexto estado-unidense, conferiria aos Juízes da Suprema Corte uma “autoridade virtualmente ilimitada para formular políticas”: (i) os americanos tratam a Constituição como a lei fundamental do país e uma referência para avaliar a legitimidade de toda ação do governo; (ii) a adesão dos americanos ao princípio do governo limitado gera desconfiança do governo e dos políticos dos quais os juízes permanecem imunes; (iii) a estrutura federal americana, com uma divisão vertical de poderes entre os governos estadual e federal e uma separação horizontal de poderes entre os três poderes, exige a jurisdição de conflitos intergovernamentais; (iv) a Suprema Corte em *Marbury v. Madison*, concedeu essa autoridade de liquidação a si mesma. Desde então, o Tribunal tornou-se entrincheirado. FRIEDMAN, Barry. **The politics of judicial review**. *Tex. L. Rev.* v. 84. p. 257. 2005. Disponível em: <<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/tlr84&div=21&id=&page=>>>. Acesso em 10 de abril de 2021. SEGAL, Jeffrey Allan; SPAETH, Harold J. **The Supreme Court and the attitudinal model**. New York: Cambridge University Press, 1993.

Para determinar qual a ideologia do ministro da corte o partido do presidente que faz a indicação de um ministro para a corte ainda é considerado o melhor referencial.⁴⁵⁶ Nos Estados Unidos da América, por exemplo, as previsões muitas vezes se concretizaram, os juízes que foram nomeados pelos presidentes republicanos são mais conservadores do que os juízes nomeados pelos democratas, uma evidência de que a ideologia do partido que possui maior controle na política em determinado período, influenciaria a longo prazo o resultado dos casos votados na Suprema Corte.⁴⁵⁷

Nessa seara Friedman traz a teoria do entrincheiramento partidário, de Balkin e Levinson,⁴⁵⁸ que elencam que a tese mais relevante para compreender como as revoluções constitucionais ocorrem e (como o judicial review realmente funciona) é o “entrincheiramento partidário”, compreendendo os partidos políticos como os marcadores mais importantes para traduzir e interpretar a vontade popular, pois eles fornecem um filtro para as visões dos movimentos sociais. No sistema estado-unidense, os juízes se assemelhavam aos Senadores, como representantes de partidos políticos, portanto, de entendimentos populares sobre políticas públicas e sobre o conteúdo da Constituição e, à medida em que membros suficientes de um determinado partido são nomeados para o judiciário federal, passam a mudar o entendimento da Constituição.⁴⁵⁹

Reforçamos o argumento central de Barry Friedman: a lei não é capaz de restringir os juízes da maneira que a teoria normativa parece exigir e, no contexto das nomeações para a corte, os juízes podem estar a alterar o direito constitucional em resposta à ideologia do partido que propôs a nomeação. O autor pontua que: “Apesar de

⁴⁵⁶ FRIEDMAN, Barry. **The politics of judicial review**. Tex. L. Rev. v. 84. p. 257. 2005. Disponível em: < <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/tlr84&div=21&id=&page=>>. Acesso em 10 de abril de 2021.

⁴⁵⁷ Cf. SUNSTEIN, Cass R.; SCHKADE, David; ELLMAN, Lisa Michelle. Ideological voting on federal courts of appeals: A preliminary investigation. **Virginia Law Review**, p. 301-354, 2004.

⁴⁵⁸ FRIEDMAN, Barry. **The politics of judicial review**. Tex. L. Rev. v. 84. p. 257. 2005. Disponível em: < <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/tlr84&div=21&id=&page=>>. Acesso em 10 de abril de 2021. P. 278.

⁴⁵⁹ Uma função fundamental dos partidos políticos é negociar e interpretar os significados políticos e assimilar as demandas dos constituintes e dos movimentos sociais, de modo que os partidos são a principal fonte de transformações constitucionais. BALKIN, Jack M.; LEVINSON, Sanford. **Understanding the constitutional revolution**. Va. L. Rev., v. 87, p. 1045, 2001. Disponível em: https://openyls.law.yale.edu/bitstream/handle/20.500.13051/1811/Understanding_the_Constitutional_Revolution.pdf;jsessionid=09FBF5FA8F4F225B6BE5CFB6A9A0A5C0?sequence=2. Acesso em: 15.08.2022. Cf Terri Peretti desenvolve um estudo que tem como cerne a ideia de que as nomeações presidenciais servirão para colocar os tribunais dentro do âmbito das visões da sociedade. PERETTI, Terri. **A Normative Appraisal of Social Scientific Knowledge Regarding Judicial Independence**. Ohio St. LJ, v. 64, p. 349, 2003. Disponível em: <<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/ohslj64&div=26&id=&page=>>. Acesso em 03.09.2021

décadas de argumentação de que os juízes devem seguir a lei e não votar em suas próprias preferências, há muitas evidências de que o voto ideológico prevalece”,⁴⁶⁰ desse modo, Friedman orienta que se os teóricos normativos não podem afirmar que o voto movido por ideologia não existe e nem podem explicar como, no processo decisional, a ideologia do juiz poderia ser contornada, eles deveriam levar em conta o peso do voto ideológico.⁴⁶¹

A teoria do entrincheiramento partidário como um motor importante de mudança constitucional necessita de um recorte temporal extenso, sendo talvez inadequada para períodos curtos de tempo como é o proposto na presente tese, posto analisamos o recorte temporal compreendido entre os ramos de 2016-2019, mas frisamos que a análise do partido do presidente que faz a indicação do ministro a corte compõe apenas uma parte da influência sobre o tribunal.

No caso das decisões dos *habeas corpus* 126.292/SP, *habeas corpus* 152.752/PR e Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43, 44 e 54, por exemplo, surpreendem as decisões do ministro Edson Fachin, que age fora do esperado se considerarmos a doutrina anteriormente trabalhada. Resgatemos alguns acontecimentos do processo de indicação do Ministro Edson Fachin, que remontam aos acordos políticos e as forças que trabalham em prol de uma candidatura à corte, para além da ideologia do partido. Nos parece que o eixo fundamental da determinação do conteúdo da presunção de inocência nos *habeas corpus* 126.292/SP, *habeas corpus* 152.752/PR e Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43, 44 e 54 fora de outro modo determinado, podendo ser melhor formulado sob a perspectiva do contexto político lavajatista a partir da relação da corte com opinião pública (**tópico 3.2.2**) e nas relações intracorte (**tópico 3.2.3**) e extracorte (**tópico 3.4**). Sobre esse aspecto, argumentamos a partir de fatos que compuseram o processo da indicação do ministro Edson Fachin e a sua posterior nomeação para corte.

O nome de Edson Fachin fora uma sugestão do Ministro Lewandowski, considerado um aliado do governo petista. Na época a ex-presidente Dilma Rousseff enfrentava uma baixa popularidade e temia que o nome escolhido fosse barrado no

⁴⁶⁰ Tradução livre de: “Despite decades of argument that judges should follow the law and not vote their own preferences, there is a great deal of evidence that ideological voting nonetheless is prevalent”. FRIEDMAN, Barry. **The politics of judicial review**. Tex. L. Rev. v. 84. p. 257. 2005. Disponível em: <<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/tlr84&div=21&id=&page=>>>. Acesso em 10 de abril de 2021. p. 279-280.

⁴⁶¹ FRIEDMAN, Barry. **The politics of judicial review**. Tex. L. Rev. v. 84. p. 257. 2005. Disponível em: <<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/tlr84&div=21&id=&page=>>>. Acesso em 10 de abril de 2021. p. 280.

Senado, fato que seria inédito desde a Primeira República. Edson Fachin enfrentava resistência no Senado por ter feito abertamente campanha para a eleição de Dilma Rousseff e por ter ligações com movimentos de trabalhadores sem-terra. Ricardo Saud – mais tarde noticiado como “o homem da mala”, responsável por operacionalizar as milionárias doações da JBS para as campanhas eleitorais (por dentro e por fora da contabilidade) e com portas abertas no Senado – propôs ajuda a Edson Fachin, que aceitou.⁴⁶²

Na véspera da decisão do plenário do Senado a revista *Época* noticiava que Renan Calheiros faria o que pudesse para barrar a nomeação de Edson Fachin ao Supremo. Determinado a conquistar a vaga no Supremo, Edson Fachin procurou por Gilmar Mendes, um dos “grandes operadores políticos da República”. Sobre esse fato, transcrevemos as palavras de Filipe Recondo e Luiz Weber,⁴⁶³ deixando a interpretação para o leitor: “O telefonema de Mendes aos senadores foi precedido por uma frase que em outros seria um ato falho, palavras reprimidas que escapam, mas que dele fluía naturalmente, sem remorsos. ‘Vou falar com pessoal do nosso campo’”. Fachin foi sabatinado pela Comissão de Constituição e Justiça e aprovado pelo plenário do Senado com 52 votos favoráveis e 27 contrários, herdando a relatoria da Operação Lava Jato.⁴⁶⁴

Nessa toada, Edson Fachin seria leal à indicação presidencial e, portanto, à ideologia do partido (e ao que parece, leal à sua própria ideologia) ou, se percebendo em meio a um jogo político, fiel àqueles que após a indicação de seu nome intercederam em prol da sua definitiva chegada ao Supremo? Existem outras hipóteses que parecem mais acertadas, seria a postura do Ministro Edson Fachin uma tentativa de desfazer a impressão de alinhamento ao Partido dos Trabalhadores que deixara quando batalhou pela aprovação de seu nome junto ao Senado? Ou o ministro está apenas cedendo ao contexto político lavajatista? Há algo no jogo da política brasileira que parece misturar todas essas elucubrações. O Ministro Edson Fachin foi o responsável por homologar a delação premiada de integrantes da JBS, inclusive de Ricardo Saud, quem o auxiliara à chegar ao

⁴⁶² RECONDO, Felipe; WEBER, Luiz. **Os onze: o STF, seus bastidores e suas crises**. Editora Companhia das Letras, 2019. p. 113.

⁴⁶³ Ao se ler livros de bastidores do Supremo Tribunal Federal o leitor pode ser arrastado a constatar que tudo o que ocorre nos bastidores é “briga política”, e que, portanto, é imperioso a separação do direito e da política. No entanto, consideramos que encontrar onde está a disputa pelo entendimento da constituição é tarefa árdua, e que a “simples briga política” se insere no contexto da disputa pelo significado constitucional, podendo, muitas vezes, fazer parte dele.

⁴⁶⁴ RECONDO, Felipe; WEBER, Luiz. **Os onze: o STF, seus bastidores e suas crises**. Editora Companhia das Letras, 2019. p. 114.

Supremo. O Ministro – mais tarde, conhecido por ser lavajatista – foi um dos responsáveis por acelerar as investigações da Operação Lava Jato, abrindo 83 inquéritos de uma só vez, passando a ser noticiado pela imprensa que estava a colocar o alto escalão político do país sob investigação.⁴⁶⁵

Nos tópicos que seguem, apontamos outras restrições do contexto brasileiro, de natureza institucional, que provavelmente têm uma influência importante no desenvolvimento do direito constitucional.⁴⁶⁶

3.2.2 A relação da corte com a opinião pública e o constitucionalismo popular mediado de Barry Friedman

Seguindo a toada dos teóricos positivos, o presente tópico se destina a identificar a opinião pública como um fator de restrição ao comportamento judicial. Na teoria normativa é assentado, de diferentes modos, que o *judicial review* representa uma restrição à opinião pública, uma proteção das minorias contra a vontade da maioria. No entanto, Barry Friedman, para estabelecer a premissa de que a opinião pública exerce um poder considerável sobre os rumos do direito constitucional, exemplifica as ocorrências no cenário estado-unidense do Tribunal Roosevelt, quando a Suprema Corte deu uma guinada aos desejos populares, as posteriores correções no final dos anos 1950 e, no final da década de 1960, o desafio de Richard Nixon ao ativismo da Corte em sua campanha presidencial.⁴⁶⁷

No **Capítulo 2** abordamos a teoria do “Constitucionalismo Popular Mediado” de Barry Friedman e as influências da opinião pública na construção do significado constitucional. Ainda tendo em conta a influência da opinião pública, abordaremos alguns aspectos relativos ao contexto brasileiro.

Primeiro, avistamos uma peculiaridade em nossa realidade: o Supremo Tribunal Federal é televisionado, o que pode tornar a pressão da opinião pública um elemento de

⁴⁶⁵ DA SILVA, Adriana Oliveira. **O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA MÍDIA: ANÁLISE DISCURSIVA DAS FORMAÇÕES.**

⁴⁶⁶ FRIEDMAN, Barry. **The politics of judicial review.** Tex. L. Rev. v. 84. p. 257. 2005. Disponível em: <<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/tlr84&div=21&id=&page=>>>. Acesso em 10 de abril de 2021. P. 278.

⁴⁶⁷ FRIEDMAN, Barry. **The politics of judicial review.** Tex. L. Rev. v. 84. p. 257. 2005. Disponível em: <<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/tlr84 &div=21&id=&page=>>>. Acesso em 10 de abril de 2021. p. 315.

peso maior em comparação aos outros países do mundo.⁴⁶⁸ Até a década de 1970 era o Supremo quem se esforçava para divulgar suas atividades, tendo sido a primeira transmissão ao vivo o julgamento do mandado de segurança contra o *impeachment* do ex-presidente Collor, somente para evitar um possível tumulto.⁴⁶⁹ A mudança de paradigma se deu na gestão de Sepúlveda Pertence (1995-1997), que contratara um assessor para cuidar especificamente da relação do Supremo com a imprensa, sendo também o marco a partir do qual as entrevistas do presidente da corte para a grande mídia tornaram-se corriqueiras.⁴⁷⁰

A partir daí a mudança ocorreu de forma acelerada, nos 2000 a corte passou a publicar em seu site notícias sobre os julgamentos do dia, em 2002 entrou no ar a TV Justiça,⁴⁷¹ as sessões plenárias passaram à transmissão ao vivo a partir do julgamento do caso de Siegfried Ellwanger. Mas se no passado o tribunal atuava em um “movimento pendular de avanço e recolhimento” hoje o Supremo está permanentemente exposto e se expondo. Nenhum outro tribunal do mundo está tão aberto ao público quanto a corte brasileira. No entanto, Recondo e Weber aduzem que apesar dos pontos positivos que a transparência da corte produz, como estabelecer conexões com a sociedade e conduzir a atenção das grandes mídias a temas relevantes, “reforçando a força simbólica e institucional” da corte, de outro modo, “(...) as transmissões da TV Justiça transformam os ministros em protagonistas de um teatro político que fragiliza o espírito de

⁴⁶⁸ O que torna a pressão de opinião pública um elemento de “maior peso” em comparação aos outros países do mundo. Cf. KEZEN, Sérgio Paranhos. *Expansão do Plenário Virtual: deliberação, poderes individuais e publicidade no Supremo Tribunal Federal*. 2021; Cf. PINTO, Gabriel Victor Rodrigues; DO NASCIMENTO CORTEZ, Thaís. *A MÍDIA TELEVISIONADA COMO FATOR METAJURÍDICO DO PROCESSO DECISÓRIO JUDICIAL*. *Revista FIDES*, v. 10, n. 1, p. 102-118, 2019.

⁴⁶⁹ Depois do golpe de 1964, as atenções em relação ao Supremo aumentaram. Os habeas corpus impetrados por pessoas atingidas pela ditadura militar e os inquéritos contra políticos de oposição já eram suficientes para ampliar a visibilidade do tribunal. E mais: em razão das crises entre o STF e os militares, a cobertura cresceu em importância. No final da década de 1960 e início de 1970, foi reservada uma sala no prédio principal do STF destinada aos jornalistas, que de lá poderiam enviar suas matérias para as redações. Estava criado o Comitê de Imprensa do Tribunal. RECONDO, Felipe; WEBER, Luiz. **Os onze: o STF, seus bastidores e suas crises**. Editora Companhia das Letras, 2019. p. 80.

⁴⁷⁰ RECONDO, Felipe; WEBER, Luiz. **Os onze: o STF, seus bastidores e suas crises**. Editora Companhia das Letras, 2019. p. 82.

⁴⁷¹ “A data é duplamente simbólica: comemora-se a criação dos cursos jurídicos no Brasil (é feriado para a Justiça) e é o dia de santa Clara, a padroeira da televisão. O então presidente do Supremo, Marco Aurélio Mello, enfrentou resistências internas, com ameaças de motim. Se a emissora entrasse no ar, alguns ministros afirmaram que se reuniam em sessão administrativa e, por maioria, proibiriam a transmissão de sessões plenárias. “No colegiado, houve resistência que atribuo ao vezo de rejeitar-se o novo, sem reflexão, ao misoneísmo — aversão ao que é novo, sem uma justificativa socialmente aceitável”, ele disse. Como presidente, sabia que perderia caso submetesse aos colegas a ideia de criação da TV Justiça. RECONDO, Felipe; WEBER, Luiz. **Os onze: o STF, seus bastidores e suas crises**. Editora Companhia das Letras, 2019. p. 81.

colegialidade. Sob holofotes, os consensos adquirem uma dinâmica imprevisível. O equilíbrio é instável”.⁴⁷²

A exposição do Supremo Tribunal Federal ocorre também nas redes sociais. Os Ministros do STF tornaram-se celebridades, ingressaram nas redes e amealharam seguidores. Recondo e Weber narram que a relação entre ministros da corte e imprensa formou, no Brasil, um ecossistema único no mundo, pela intensidade, frequência e natureza das trocas, fato percebido quando comparamos duas realidades no ano de 2018: 40 profissionais de imprensa eram credenciados no Supremo Tribunal Federal, contra 25 registrados na Suprema Corte americana.⁴⁷³

O mesmo Supremo mantinha, à época, uma Secretaria de Comunicação com 22 jornalistas e orçamento de aproximadamente 54 milhões de reais para alimentar TV, Twitter, rádio, notas impressas e comunicação interna. Os ministros se adaptaram a esse meio, alguns deles contrataram assessoria de comunicação com recursos do próprio bolso, caso do Ministro Edson Fachin, ao herdar a relatoria da Lava Jato. A abertura do tribunal e “sua ingerência em temas de alta voltagem política e social” deixaram a corte mais propensa à críticas, que tem atingido os ministros em aeroportos, aviões, shopping centers, restaurantes, dentro e fora do país. Muitos desses episódios foram gravados por câmeras de celular e amplamente divulgados pelas redes sociais.⁴⁷⁴

O ministro Cezar Peluso criticava o trabalho da imprensa na cobertura do Supremo, dizendo que jornalistas que desconheciam jurisprudência e o STF deveriam ter mais pudor em criticar a corte, mas essa é uma “lógica antiga de achar que seu público era apenas de advogados, procuradores, promotores e juízes”. Atualmente os ministros conhecem a importância da relação com a imprensa e com a opinião pública. O Ministro Alexandre de Moraes, em diálogo com seus seguidores em redes sociais, fala de combate

⁴⁷² “Se, na discussão de algum processo mais tormentoso, houvesse algum entrevero entre os ministros, os técnicos cortavam o trecho e a sessão era editada. Até que um dia, em 2003, houve uma discussão forte entre os ministros Moreira Alves e Maurício Corrêa. O STF julgava o caso de Siegfried Ellwanger, que publicou livros considerados antissemitas e foi condenado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul por crime de racismo. No recorte da sessão, as críticas enfáticas de Moreira Alves a Maurício Corrêa foram ao ar, mas a resposta igualmente contundente de Corrêa ficou de fora. Como presidente do Supremo, Corrêa quis saber por que sua manifestação fora retirada do vídeo e determinou ao secretário de Comunicação do Supremo que, a partir daquele momento, as sessões entrariam ao vivo. Afinal, que autoridade tinha um jornalista da TV Justiça para editar um ministro do Supremo?” RECONDO, Felipe; WEBER, Luiz. **Os onze: o STF, seus bastidores e suas crises**. Editora Companhia das Letras, 2019. p. 82.

⁴⁷³ Os Ministros passaram a ser abordados na rua de forma agressiva. RECONDO, Felipe; WEBER, Luiz. **Os onze: o STF, seus bastidores e suas crises**. Editora Companhia das Letras, 2019. p. 90.

⁴⁷⁴ Os Ministros passaram a ser abordados na rua de forma agressiva. RECONDO, Felipe; WEBER, Luiz. **Os onze: o STF, seus bastidores e suas crises**. Editora Companhia das Letras, 2019. p. 90.

à corrupção, segurança pública e de julgamentos do tribunal, em uma pauta “afinada com a maioria da opinião pública, o que lhe rendia uma interação maior com os leitores, mas igualmente destrutiva”; o ministro Luís Roberto Barroso, se quando advogava debatia deliberadamente a opinião pública nas teses que defendia e na corte, adotou a mesma lógica ao se tornar ministro, percebendo que ocupar a arena pública era fundamental, passando a falar mais em palestras, entrevistas e conversas reservadas, inclusive com as direções de empresas; mas ninguém fala tanto com jornalistas quanto Gilmar Mendes, o que lhe garante “vantagem competitiva diante dos rivais”. As críticas a esse comportamento são para Recondo e Weber advindas de “ministros que não entendem a lógica da imprensa e não percebem que o que está em curso é uma disputa de narrativas. Falar apenas nos autos, como se esperaria de um juiz tradicional, pode ser estratégico, mas igualmente desastroso”.⁴⁷⁵

No momento em que tudo é transmitido ao vivo, ao alcance de qualquer cidadão, “tal exposição produziu bandidos e mocinhos, protagonistas e antagonistas que trocam de papel ao sabor do humor da audiência. (...) os ministros também se tornaram vidraças, alvos do necessário escrutínio da mídia, do público” e, uma vez que a Operação Lava Jato adquiriu um dinamismo próprio ao qual nem o Supremo poderia, naquele momento, se contrapor, e que a opinião pública chancelava as ações pró-Lava Jato e repudiava as decisões características de um tribunal constitucional, as que se dão em favor das garantias dos investigados são criticadas em uma voracidade sentida por todos os ministros.⁴⁷⁶

Vale trazer à discussão o conceito sobre o “capital político” da corte. O termo foi cunhado por Pierre Bourdieu, podendo ser resumido como o reconhecimento, por outros indivíduos, como a capacidade de exercer, em nome dos primeiros, determinados

⁴⁷⁵ RECONDO, Felipe; WEBER, Luiz. **Os onze: o STF, seus bastidores e suas crises**. Editora Companhia das Letras, 2019. p. 91.

⁴⁷⁶ Sobre o tema, Teori Zavascki, ainda em 2014, determinou que os doze primeiros investigados na operação fossem libertados, medida que teve reação imediata, como também no episódio sobre os áudios ilegalmente divulgados pelo ex-juiz Sérgio Moro envolvendo dois ex-presidentes da república, ao determinar que Moro remetesse o caso para o Supremo e impor sigilo às gravações, Zavascki teve fixadas faixas no prédio em que morava, com os dizeres “Pelego do PT”. Também o Ministro Luiz Fux dá sinais de sensibilidade à pressão pública, que já narrara os dissabores causados pelo seu voto contra a aplicação imediata da Lei da Ficha Limpa, em 2010, e como consequência das pressões que vinham da opinião pública, o ministro abandonou o garantismo que o marcou entre os colegas de STJ e se afinou com as teses do Ministério Público, inclusive invadindo a seara do Congresso, mas em sintonia com a Lava Jato. RECONDO, Felipe; WEBER, Luiz. **Os onze: o STF, seus bastidores e suas crises**. Editora Companhia das Letras, 2019. p. 59.

poderes,⁴⁷⁷ portanto, reconhecimento social que permite que determinados indivíduos sejam aceitos como atores políticos.⁴⁷⁸ A discussão sobre capital político do Supremo Tribunal Federal é extensa, mas citamos o trabalho de Mello que, em uma proposta de caracterizar três fases diversas da corte, compreende que o Supremo Tribunal Federal se encontra em uma fase que denomina como “reversa” à construção de reputação junto à opinião pública, em que decide de forma ambivalente e consome capital político. A autora aponta a execução provisória da pena justamente como um dos julgados que expõe um comportamento contraditório da corte, que implica em perda de capital político.⁴⁷⁹

Passamos então à análise do fator opinião pública no caso concreto.

Analisemos o julgamento do *habeas corpus* 152.752/PR, que ocorreu em momento de forte crise política e parece ter sido fortemente influenciado pelo contexto político e pela pressão da opinião pública. O citado *habeas corpus* fora julgado em 2018, ano da eleição de Jair Bolsonaro à Presidência da República, então “Aquele STF tão progressista em matéria de costumes – garantindo proteção constitucional a casamentos homoafetivos, liberando pesquisas com células-tronco embrionárias e mantendo cotas raciais nas universidades – em pouco tempo estaria em contraposição ao novo grupo que ascenderia ao Planalto”.⁴⁸⁰

Para analisar a judicialização do processo eleitoral de 2018 prosseguiremos com a obra de Recondo e Weber que entrega os bastidores do Supremo Tribunal Federal à época da Operação Lava Jato. À época do *habeas corpus* 152.752/PR a corte poderia ter discutido o tema da limitação à presunção de inocência nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44, o que provavelmente teria levado à jurisprudência sobre a execução da pena de volta ao entendimento de 2009, na medida em que o ministro Gilmar Mendes já havia sinalizado que mudaria o seu entendimento sobre o tema.⁴⁸¹ A alteração teria um impacto direto na disputa ao presidencial de 2018, pois permitiria que o ex-

⁴⁷⁷ “O poder simbólico (..) é um poder que ele lhe confia pondo nele a sua confiança. É um poder que existe porque aquele que lhe está sujeito crê que ele existe”. BOURDIEU, Pierre et al. **O poder simbólico**. Lisboa: Difel, 1989.

⁴⁷⁸ MIGUEL, Luís Felipe. **Capital político e carreira eleitoral: algumas variáveis na eleição para o Congresso brasileiro**. Revista de Sociologia e Política. 2003. p. 115-134 .

⁴⁷⁹ MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Trinta anos, uma Constituição, três Supremos: autorrestrição, expansão e ambivalência**. REVISTA ELETRÔNICA DA PGE-RJ, v. 1, n. 2, 2018. Disponível em: <<https://revistaeletronica.pge.rj.gov.br/index.php/pge/article/view/49>>. Acesso em: 23/10/2022

⁴⁸⁰ RECONDO, Felipe; WEBER, Luiz. **Os onze: o STF, seus bastidores e suas crises**. Editora Companhia das Letras, 2019. p. 293.

⁴⁸¹ Em 2009 o ministro Gilmar Mendes votou, com a maioria, para que a prisão só ocorresse depois do trânsito em julgado da ação; em 2016, mudou de ideia. Pouco tempo depois dessa última mudança o ministro já expunha uma terceira opinião aos jornalistas.

presidente, Luís Inácio Lula da Silva, deixasse a prisão e pudesse concorrer ao cargo. No entanto, o retorno jurisprudencial ao entendimento de 2009 representava uma derrota à Operação Lava Jato, pois além de restringir um importante instrumento de coerção da operação, libertaria da prisão um dos seus principais alvos.⁴⁸²

A presidente da corte, a ministra Carmen Lúcia, era pressionada pelos ministros não lavajatistas a pautar as Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44, enquanto os ministros lavajatistas buscavam uma alternativa para evitar a mudança da jurisprudência. Sobre a disputa, é possível argumentar a partir da ordem cronológica dos processos: o Ministro Marco Aurélio de Mello havia liberado as Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44 para julgamento no plenário, ainda em 2017, no dia 5 de dezembro, enquanto o *habeas corpus* 152.752/PR fora liberado pelo Ministro Edson Fachin para julgamento em fevereiro 2018, tendo sido agendado para o dia 22 de março; ou sobre a importância da corte não politizar demandas constitucionais, e argumento do decano Celso de Mello, que entendia que a corte devia evitar que o julgamento de uma tese de repercussão significativa viesse à reboque de uma figura política tão expressiva quanto o ex-Presidente e tão fortemente associado à Operação Lava Jato e ao antagonismo com o então Juiz Sérgio Moro.⁴⁸³

É curioso notar que até essa ocorrência não haviam relatos na história do Supremo de questionamentos sobre o comando de pauta de um presidente da corte, mas na ocasião do *habeas corpus* 152.752/PR o Ministro Marco Aurélio estava decidido a submeter ao plenário uma questão de ordem. O decano Celso de Mello, ciente do problema, entrevistou requerendo a iniciativa da Min. Carmen Lúcia para uma sessão informal, assim justificando “(...) Eu sei que isso pode gerar um constrangimento muito grande. Não apenas pessoal para você, mas institucional”.⁴⁸⁴

Ainda no dia 19 de março a ministra Carmen Lúcia concedeu uma entrevista à GloboNews, informando que estava recebendo uma pressão indevida dos colegas, inclusive do Ministro Celso de Mello, e dizendo que a execução da pena em segunda instância era um ganho para o Judiciário e importante para a Lava Jato, reiterando que

⁴⁸² RODRIGUES, Fabiana Alves. **Lava Jato: aprendizado institucional e ação estratégica na Justiça**. São Paulo: WMF Martins Fontes. 2020, p. 88-89. E-book Kindle.

⁴⁸³ RECONDO, Felipe; WEBER, Luiz. **Os onze: o STF, seus bastidores e suas crises**. Editora Companhia das Letras, 2019. p. 287.

⁴⁸⁴ RECONDO, Felipe; WEBER, Luiz. **Os onze: o STF, seus bastidores e suas crises**. Editora Companhia das Letras, 2019. p. 288.

“não há nenhuma razão para que a matéria volte agora abstratamente para levar à mudança da jurisprudência (...)”. A preocupação com a politização do caso levou o Ministro Celso de Mello à uma última conversa informal com a presidente da corte: “Olha, Cármen, eu acho que você deveria pautar previamente as ADCS, porque isso vai nos permitir julgar uma controvérsia jurídica em tese sem vinculação a uma situação individual, um caso concreto que envolve uma determinada figura política. Vamos julgar em abstrato”.⁴⁸⁵

A partir do marco teórico por nós adotado, e do contexto político abordado no **tópico 3.1**, compreendemos que o julgamento acerca da limitação ao princípio da presunção de inocência, no ano de 2018, se define preponderantemente a partir do confronto entre opinião pública X corte. Os próprios ministros parecem estar cientes da influência da opinião pública, não por reverência à mesma, mas pelo peso que ela representa ao *judicial review*. A presidente do Supremo à época, a Ministra Cármen Lúcia, alegou não haver justificativa para pautar um tema decidido em plenário há poucos anos e afirmou que os interessados em alterar a jurisprudência deveriam fazê-lo no caso Lula, “*arcando* a alteração jurisprudencial junto à opinião pública”.

A ministra, portanto, notara o êxito da Operação Lava Jato em construir junto à opinião pública a ideia de que a prisão antes do trânsito em julgado era instrumento essencial na luta contra a corrupção. Mas não só isso, ela compreendia que a opinião pública representa um instrumento que restringe as decisões da corte e, apostando nessa força política, direcionou o confronto. Na sessão do dia 22 de março de 2018 a presidente do Supremo alegava estar observando o fator segurança jurídica, mas o Ministro Marco Aurélio de Mello traduziu, com precisão, a ação da ministra: “Que isso fique nos anais do tribunal: vence a estratégia, o fato de Vossa Excelência não ter colocado em pauta as declaratórias de constitucionalidade”.⁴⁸⁶ Na ocasião, a ministra Rosa Weber, que votou contra a *habeas corpus*, declarou, por exemplo, que, “se estivesse em julgamento a tese, votaria contra a prisão em segunda instância”.⁴⁸⁷

⁴⁸⁵ RECONDO, Felipe; WEBER, Luiz. **Os onze: o STF, seus bastidores e suas crises**. Editora Companhia das Letras, 2019. p. 288.

⁴⁸⁶ A ministra alegou que pautar o mérito das ADC's antes de analisar o *habeas corpus* individual (152.752/PR) seria “apequenar o tribunal”. Em outra ocasião, o Ministro Celso de Mello assim se manifestou “Ela [Carmen Lúcia] realmente politizou a agenda do Supremo”. RECONDO, Felipe; WEBER, Luiz. **Os Onze: O STF, seus bastidores e suas crises**. Editora Companhia das Letras, 2019. p. 292.

⁴⁸⁷ KERCHE, Fábio; MARONA, Marjorie. **A política no banco dos réus: a Operação Lava Jato e a erosão da democracia no Brasil**. Autêntica Editora. Edição do Kindle.

Ao final, a prisão foi mantida por um placar de 6 votos contra 5. Caso a presidente do STF tivesse pautado as ações declaratórias de constitucionalidade sobre prisão em segunda instância no lugar do *habeas corpus*, muito provavelmente o ex-presidente poderia sair da sede da Polícia Federal em Curitiba, embora ainda como "ficha suja" e impedido de disputar eleições. Se a condenação do ex-presidente o impedia de concorrer às eleições presidenciais de 2018, sua prisão inviabilizava qualquer participação no pleito, até mesmo como cabo eleitoral de Fernando Haddad, que o substituiu nas urnas.⁴⁸⁸

3.2.3 Sobre a “política intracorte”: abordando as relações entre o colegiado para além das teorias normativas do direito

Na construção teórica da ideia de uma “política” que cerca o *judicial review*, Barry Friedman tece críticas tanto ao modelo atitudinal quanto ao modelo normativo. A crítica ao modelo atitudinal – o qual nega a influência restritiva da lei sobre os juízes e aponta como fator determinante para uma decisão o conjunto de disposições ideológicas dos juízes – não é construída no sentido de excluir a força da disposição ideológica de um juiz para votar em um ou outro caso, mas considerá-la como mais um fator que exerce influência na decisão. Existiria, em uma corte constitucional, o que poderíamos tratar como “um contexto político da corte”, um ambiente com características próprias e complexas de um ambiente colegiado, no qual um juiz constitucional deve se comportar, o qual não deixa de exercer influência sobre a própria base ideológica do juiz. A mesma crítica é estendida por Friedman aos teóricos normativos, que mesmo cientes de que os juízes da Suprema Corte atuam em tribunais colegiados, não concedem a devida atenção às “questões difíceis” desse meio. O autor compreende que a dinâmica de interação entre os ministros de uma corte pode representar fortes restrições aos juízes,⁴⁸⁹

Porque os ministros não agem sozinhos, e porque o peso do que eles conseguem normalmente depende de até que ponto eles concordam em agir em conjunto, eles enfrentam escolhas difíceis sobre como conciliar seus pontos de vista individuais com a necessidade de alcançar um resultado de grupo. A teoria positiva destaca as escolhas que os juízes

⁴⁸⁸ KERCHÉ, Fábio; MARONA, Marjorie. **A política no banco dos réus: a Operação Lava Jato e a erosão da democracia no Brasil**. Autêntica Editora. 2022, p 110. E-book Kindle.

⁴⁸⁹ FRIEDMAN, Barry. **The politics of judicial review**. Tex. L. Rev. v. 84. p. 257. 2005. Disponível em: < <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/tlr84&div=21&id=&page=>>. Acesso em 10 de abril de 2021. P. 280

devem fazer, escolhas que colocam questões particularmente problemáticas em casos constitucionais.⁴⁹⁰

Os professores Kornhauser e Sager, na literatura jurídica norte-americana, consideram que o mundo real do julgamento constitucional difere dramaticamente do que é tratado nas teorias tradicionais de jurisdição constitucional, argumentando que uma das características mais marcantes dos tribunais de apelação é também uma das mais ignoradas, pois espera-se que os juízes ajustem o seu comportamento ao fato de que têm poder para julgar casos apenas coletivamente, como um tribunal, no entanto, os juízes não são levados a refletir sobre a natureza de suas relações e responsabilidades enquanto colegiado.^{491 492 493} Compreender quais são as práticas entre ministros do Supremo Tribunal Federal que influenciam diretamente no conteúdo da lei e de que modo a política intracorte *forma* ou *deforma* o entendimento do Supremo Tribunal Federal nos dá suprimento para aprimorar essas práticas. Desse modo, abordaremos, com base nos escritos de Friedman, dois modos de interação entre os membros de um tribunal colegiado que são capazes de influenciar o conteúdo da lei: o processo de alcançar a “opinião do

⁴⁹⁰ Tradução livre de : “Because the Justices do not act alone, and because the weight of what they accomplish typically depends on the extent to which they agree to act in concert, they face difficult choices regarding how to reconcile their individual views with the need to achieve a group result. Positive theory highlights the choices that the Justices must make, choices that pose particularly troublesome questions in constitutional cases. P. 280-281 FRIEDMAN, Barry. **The politics of judicial review**. Tex. L. Rev. v. 84. p. 257. 2005. Disponível em: <<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/tlr84&div=21&id=&page=>>>. Acesso em 10 de abril de 2021.

⁴⁹¹ KORNHAUSER, Lewis A.; SAGER, Lawrence G. The one and the many: Adjudication in collegial courts. **Calif. L. Rev.**, v. 81, p. 1, 1993. Disponível em: <<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/calr81&div=11&id=&page=>>>. Acesso em: 13.05.2021

⁴⁹² Maltzman compreende que a característica institucional mais importante da corte seja seu caráter colegial; Cf. MALTZMAN, Forrest; SPRIGGS, James F.; WAHLBECK, Paul J. **Crafting law on the Supreme Court: The collegial game**. Cambridge University Press, 2000. A natureza coletiva do judiciário e o voto estratégico é abordada por poucos estudiosos normativos. Cf. CAMINKER, Evan H. Sincere and strategic voting norms on multimember courts. **Mich. L. Rev.**, v. 97, p. 2297, 1998.; Cf. VERMEULE, Adrian. The Judiciary Is a They, Not an It: Interpretive Theory and the Fallacy of Division. **J. Contemp. Legal Issues**, v. 14, p. 549, 2004.

⁴⁹³ Com base no trabalho de Epstein e Knight, para quem as pressões do colegiado moderam o que os juízes podem fazer. Cf. EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack. **The choices justices make**. Sage, 1997. Barroso descreve os modelos de comportamento judicial em legalista, o ideológico e o estratégico, BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. **Revista jurídica da presidência**, v. 12, n. 96, p. 05-43, 2010.

tribunal” e as dinâmicas internas da corte, propondo um paralelo com o contexto brasileiro e com o objeto do trabalho.^{494 495}

3.2.3.1 Os teóricos positivos e os dilemas da relação entre os pares no questionamento sobre “quem é o tribunal?”, e o caso brasileiro, “quem é o STF?” em matéria de presunção de inocência

O primeiro modo de interação entre os membros da corte que são capazes de influenciar o conteúdo da lei, e que foge ao escopo das teses normativas, se refere à existência da necessidade de conhecermos a “opinião da corte”, conhecermos o conteúdo da decisão “que fale em nome do tribunal”, muitas vezes compreendida no jogo democrático como a necessidade de ir além da maioria, mas a unanimidade sobre determinada matéria. Conforme aponta Caminker, a unanimidade estabelece um precedente judicial mais sólido, que pode obter maior respeito de atores não judiciais.⁴⁹⁶ Até mesmo os teóricos normativos abordam a importância de uma unanimidade pela corte.

Mas como é possível conhecer a “opinião da corte”? Afinal, quem é o tribunal? Tendo em vista esse questionamento, um juiz enfrentaria o seguinte dilema: proferir opiniões sinceras sem levar em conta o resultado final dos votos da corte ou agir estrategicamente para obter o resultado almejado? É certo juntar-se às decisões de outros magistrados mesmo que isso signifique se desviar do seu melhor entendimento, objetivando chegar a “uma face comum no significado jurídico”, desse modo contribuindo para aumentar a estabilidade obtida em um julgamento unânime ou até mesmo uma mais aceitação pública do conteúdo julgado? Ou, “é apropriado ficar firme contra as próprias armas, falando sobre as cabeças dos colegas para o público em geral?”

⁴⁹⁴ O terceiro modo de interação entre os membros da corte delineado a partir do sistema estado-unidense, que influencia o conteúdo da lei e que foge ao escopo das teses normativas é o writ of Certiorari. FRIEDMAN, Barry. **The politics of judicial review**. Tex. L. Rev. v. 84. p. 257. 2005. Disponível em: <<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/tlr84&div=21&id=&page=>>>. Acesso em 10 de abril de 2021.

⁴⁹⁵ A abordagem da política intracorte aqui explicitada não exclui outras formas conflito entre os pares. Friedman, Bennett, Martin e Smelcer, defendem a importância das opiniões conflitantes, demonstrando como elas servem como “*pulse and compass*” da mudança legal, compreendendo que as opiniões individuais dos ministros enviam sinais essenciais aos operadores do direito e ao público sobre onde “é possível pensar em uma mudança”, ajudando tanto a moderar as expectativas quanto a “movimentar a lei”. BENNETT, Thomas; FRIEDMAN, Barry; MARTIN, D. Andrew. SMELCER, Susan Navarro. *Divide & Concur: Separate Opinions & Legal Change*. **Cornell L. Rev.**, v. 103, p. 817, 2017.

⁴⁹⁶ CAMINKER, Evan H. Sincere and strategic voting norms on multimember courts. **Mich. L. Rev.**, v. 97, p. 2297, 1998. Disponível em: <https://web.archive.org/web/20170921235437id_/http://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1073&context=articles>>.

Friedman aduz que a forma como cada juiz resolve essa questão tem uma influência profunda no conteúdo da lei constitucional e no processo de mudança constitucional e, ao não levar em conta a literatura positiva, os teóricos normativos estariam negligenciando essa questão por completo.⁴⁹⁷ Caminker anota que o comportamento sincero se refere a um juiz que age como se estivesse na ausência de qualquer outra influência, de acordo com seu melhor entendimento.⁴⁹⁸ De outro modo, Maltzman define como o comportamento estratégico uma ação de forma “não sincera”, almejando garantir um resultado final mais próximo daquele que é a preferência pessoal do juiz.⁴⁹⁹

Para Friedman, mais do que a moderação de seus próprios pontos de vista objetivando alcançar um consenso na corte, o comportamento estratégico pode inclusive levar um juiz a agir de maneira totalmente contrária a seus pontos de vista sinceros, com a finalidade de conduzir o resultado em uma direção mais favorável ao seu entendimento.⁵⁰⁰ A análise do autor segue com o caso *Pennsylvania v. Muniz*, apontando que teóricos positivos e normativos tendem a interpretar as ações de *justice* Brennan forma radicalmente diferente. Enquanto os teóricos normativos restam fixos em criticar *justice* Brennan por agir de maneira contrária às suas preferências sinceras, na medida em que compreendem que um juiz constitucional deve sempre decidir de acordo com o melhor entendimento da lei, os teóricos positivos, tal como Epstein e Knight e Segal e Spaeth tendem a pensar que os juízes possuem uma preferência relativamente fixa: no contexto de um tribunal colegiado, um juiz quer simplesmente chegar a um resultado que se aproxime do seu “resultado ideal”.⁵⁰¹

Uma vez que um juiz percebe que o seu entendimento individual, que seu voto sincero, provavelmente não prevalecerá no resultado final e, calculando o risco de que o entendimento exarado pelo colegiado se afaste consideravelmente do seu ideal, ele se

⁴⁹⁷ FRIEDMAN, Barry. **The politics of judicial review**. Tex. L. Rev. v. 84. p. 257. 2005. Disponível em: < <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/tlr84&div=21&id=&page=>>. Acesso em 10 de abril de 2021. P. 281 e ss

⁴⁹⁸ CAMINKER, Evan H. **Sincere and strategic voting norms on multimember courts**. Mich. L. Rev., v. 97, p. 2297, 1998.

⁴⁹⁹ MALTZMAN, Forrest; SPRIGGS, James F.; WAHLBECK, Paul J. **Crafting law on the Supreme Court: The collegial game**. Cambridge University Press, 2000.

⁵⁰⁰FRIEDMAN, Barry. **The politics of judicial review**. Tex. L. Rev. v. 84. p. 257. 2005. Disponível em: < <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/tlr84&div=21&id=&page=>>. Acesso em 10 de abril de 2021. P. 282

⁵⁰¹ Cf. EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack. **The choices justices make**. Sage, 1997.

contentará com “um segundo lugar”, agindo estrategicamente sobre o conteúdo exarado na própria decisão.⁵⁰²

Pergunta-se, então, como uma corte deve operar? Quando um debate é enquadrado na teoria normativa, estão em jogo os modelos agregativos e deliberativos de julgamento, no modelo agregativo o resultado do colegiado é construído na acumulação das opiniões dos membros da bancada de apelação, e no modelo deliberativo se supõe que os juízes interajam de modo que possam considerar as opiniões uns dos outros, chegando à melhor decisão. Em *Pennsylvania v. Muniz*, se o modelo correto fosse agregativo, *justice* Brennan teria violado a norma, já que deveria ter votado de acordo com seu entendimento “e deixado as fichas onde pudessem”, mas na medida em que a Suprema Corte evitou um modelo agregativo ao abandonar a prática de redigir opiniões em série, e dado que o Tribunal hoje fala por meio de opiniões conjuntas, na prática os juízes não podem simplesmente aderir a seus pontos de vista sem levar em conta os pontos de vista do colegiado. Caso isso ocorresse talvez nunca houvesse uma opinião da corte.⁵⁰³

A melhor saída está, então, a adoção de um modelo deliberativo? Esse é, justamente, um lugar de crítica dos teóricos positivos, por exemplo Maltzman, que considera que o ideal deliberativo o tem pouca relação com a realidade da corte.⁵⁰⁴ No contexto estado-unidense, poucas conversas acontecem, e mesmo as que ocorrem não podem ser consideradas “deliberativas”, sendo que “Os juízes declaram seus pontos de vista na conferência, um autor de opinião é designado, os juízes decidem se ingressam ou escrevem separadamente e o produto final do trabalho é preparado”.⁵⁰⁵ Também os estudos empíricos de Maltzman e Segal e Spaeth demonstram que os juízes frequentemente simplesmente unem as opiniões conforme escritas, e que, embora possa

⁵⁰²FRIEDMAN, Barry. **The politics of judicial review**. Tex. L. Rev. v. 84. p. 257. 2005. Disponível em: < <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/tlr84&div=21&id=&page=>>. Acesso em 10 de abril de 2021. P. 282

⁵⁰³ FRIEDMAN, Barry. **The politics of judicial review**. Tex. L. Rev. v. 84. p. 257. 2005. Disponível em: < <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/tlr84&div=21&id=&page=>>. Acesso em 10 de abril de 2021. P. 283-284.

⁵⁰⁴ MALTZMAN, Forrest; SPRIGGS, James F.; WAHLBECK, Paul J. **Crafting law on the Supreme Court: The collegial game**. Cambridge University Press, 2000.

⁵⁰⁵ Tradução livre de: “Justices state their views in conference, an opinion author is assigned, Justices decide whether to join on or write separately, and the ultimate work product is prepared”. FRIEDMAN, Barry. **The politics of judicial review**. Tex. L. Rev. v. 84. p. 257. 2005. Disponível em: <<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/tlr84&div=21&id=&page=>>. Acesso em 10 de abril de 2021.

haver alguma mudança entre o voto inicial e o resultado do caso, não se trata de uma ocorrência frequente.⁵⁰⁶

Friedman narra que na prática estado-unidense os teóricos positivos tendem a ver a interação do colegiado como “um bazar, bem como um fórum legislativo, no qual votos e linguagem de opinião são negociados”.⁵⁰⁷ Sobre *Pennsylvania v. Muniz*, Epstein e Knight compreenderam que *justice* Brennan “teve que lidar com 'sugestões' de O'Connor, Stevens e Powell sobre maneiras de 'melhorar' seus rascunhos iniciais” e a negociação “foi e ainda é uma parte fundamental do processo de tomada de decisão da Suprema Corte”.⁵⁰⁸

Perguntamos, então, “quem é o tribunal?” no caso da presunção de inocência? Haveriam indício de tentativa de unanimidade em alguma das decisões que envolvem o contexto da presunção de inocência? Podemos situar a disputa que havia no contexto da Operação Lava Jato, entre ministros lavajatistas e não lavajatistas. Aqui parece haver a formação de dois blocos antagônicos que tentavam marcar a posição da corte no contexto da operação. Como a disputa era acirrada, com cinco dos ministros do Supremo a favor da Lava Jato e seis contra a operação, de modo que a mudança de posicionamento de um único ministro da corte alteraria o próprio posicionamento do tribunal.

3.2.3.2 A corte entre dinâmicas internas: como as decisões monocráticas, o julgamento pelas turmas e o controle da pauta de julgamento (de)formaram as decisões do Supremo Tribunal Federal

Barry Friedman aponta como um segundo modo de interação entre os membros da corte, e que recebem pouca atenção dos teóricos normativos, uma variedade de regras, normas e *dinâmicas internas* da corte, que podem desempenhar uma influência substancial no entendimento do conteúdo do direito. No contexto estado-unidense, por exemplo Kornhauser e Sager, ao perguntar “se o procedimento de decisão de escolha de

⁵⁰⁶ MALTZMAN, Forrest; SPRIGGS, James F.; WAHLBECK, Paul J. **Crafting law on the Supreme Court: The collegial game**. Cambridge University Press, 2000.

⁵⁰⁷ Tradução livre de: “positive scholars tend to see collegial interaction as a bazaar, much like a legislative forum, in which votes and opinion language are traded”. FRIEDMAN, Barry. **The politics of judicial review**. Tex. L. Rev. v. 84. p. 257. 2005. Disponível em: <<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/tlr84&div=21&id=&page=>>>. Acesso em 10 de abril de 2021. P. 286

⁵⁰⁸ Cf. EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack. **The choices justices make**. Sage, 1997.

um tribunal colegiado influencia o desenvolvimento da lei?”, respondem à pergunta identificando uma maneira de fazê-lo: o paradoxo doutrinário que ele e Lawrence Sager identificam quando uma regra de decisão questão a questão ou baseada em resultados claramente afeta os resultados.⁵⁰⁹ Também Edelman e Jim Chen apontam em “The Most Dangerous Justice: The Supreme Court at the Bar of Mathematics”, que “Praticamente todos os observadores da Corte acreditam que certos juízes são mais poderosos – ou mais perigosos, se você preferir – do que seus colegas.”⁵¹⁰

A partir do que fora delineado nas teses acima, e tentando estabelecer um paralelo com o contexto brasileiro, perguntamos: qual prática entre ministros do Supremo pode estar exercendo influência direta no conteúdo da lei? Optamos por abordar quatro comportamentos observáveis *intracorte* que tem sido objeto frequente de críticas pela doutrina, dada a sua potencialidade política, e que influenciaram nas decisões acerca da limitação ao princípio da presunção de inocência: (i) as decisões monocráticas, (ii) o julgamento pelas turmas e (iii) o controle da pauta de julgamento. De que modo esses aspectos “de política” estruturam as decisões do Supremo e interferem no conteúdo da lei? Qual é, ou qual tem sido, portanto, o papel da política intracorte?

Na ocasião das decisões sobre a limitação ao princípio da presunção de inocência os ministros do Supremo Tribunal Federal lançaram mão de poderes individuais, especialmente aqueles que estão vinculados à relatoria do processo e à presidência da Corte, mas também os poderes de proferir decisões monocráticas e o de pedir vista, interrompendo um julgamento.⁵¹¹ Em estudos empíricos sobre decisões as monocráticas, Hartman e Ferreira concluíram que os Ministros do Supremo Tribunal Federal parecem ter adotado a prática das decisões monocráticas não como uma exceção, mas como a regra.⁵¹² Kerche e Marona notam que “a manipulação desses instrumentos de poder tem

⁵⁰⁹ FRIEDMAN, Barry. **The politics of judicial review**. Tex. L. Rev. v. 84. p. 257. 2005. Disponível em: <<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/tlr84&div=21&id=&page=>>>. Acesso em 10 de abril de 2021. Cf. KORNHAUSER, Lewis A. **Modeling collegial courts. II. Legal doctrine**. JL Econ. & Org., v. 8, p. 441, 1992.

⁵¹⁰ FRIEDMAN, Barry. **The politics of judicial review**. Tex. L. Rev. v. 84. p. 257. 2005. Disponível em: <<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/tlr84&div=21&id=&page=>>>. Acesso em 10 de abril de 2021. Cf. EDELMAN, Paul H.; CHEN, Jim. The most dangerous Justice: the Supreme Court at the bar of mathematics. **S. Cal. L. Rev.**, v. 70, p. 63, 1996.

⁵¹¹ ARGUELHES, Diego Werneck; HARTMANN, Ivar A. Timing control without docket control: how individual justices shape the Brazilian Supreme Court’s agenda. **Journal of Law and Courts**, v. 5, n. 1, p. 105-140, 2017. Disponível em: <<https://www.journals.uchicago.edu/doi/epdf/10.1086/690195>>>. Acesso em 09.16.2021.

⁵¹² “Passados mais de 15 anos das alterações no CPC, os ministros do Supremo parecem ter adotado a prática das decisões monocráticas - de mérito e liminar - não como uma exceção, mas como a regra. Isso é preocupante no controle difuso, pois as taxas variadas de sucesso indicam posicionamentos divergentes

o condão não apenas de influenciar o processo decisório, mas também o jogo político, impactando na relação do Supremo com outros poderes da República e com a opinião pública”.

A potencialidade política dos ministros do Supremo Tribunal Federal se manifesta, sobretudo, nas decisões monocráticas, que alargam os limites da atuação individual dos ministros do STF, representando amplos poderes por meio dos quais cada ministro acaba por estabelecer uma política interna própria. A concessão monocrática de liminares é prevista em várias classes processuais, inclusive nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIS),⁵¹³ mas o Supremo tem extrapolado suas fronteiras já que a lei que permite a concessão de liminares em ADIS, por exemplo, pressupõe que a utilização do monocratismo só ocorra em períodos de recesso, o que é ignorado pelos ministros do STF.⁵¹⁴ Arguelhes e Ribeiro caracterizam a alto número de deliberações individuais por “Ministrocracia”, uma perturbação institucional provocada pelas liminares individuais dos ministros;⁵¹⁵ Recondo e Weber pontuaram que “Desconfianças recíprocas, agendas próprias, um regimento interno e uma legislação que estimulam decisões monocráticas, tomadas sem o aval do colegiado, reforçaram ainda mais o caráter insular de cada ministro”, ainda complementando que

Essa atmosfera ministrocrática, de valentia constitucional e pouco apego à jurisprudência e às decisões colegiadas, produziu onze Supremos: ministros exercendo individualmente o controle de constitucionalidade de leis aprovadas pelo Congresso via liminar, ou paralisando, com pedidos de vista, decisões tomadas pela maioria do plenário.⁵¹⁶

No Supremo Tribunal Federal é recorrente a concessão de liminares, ocorrendo também o manuseio do regimento para manter válida uma liminar sem submetê-la ao colegiado, o que Arguelhes e Ribeiro chamaram de “individual judicial review”. Algumas

entre os relatores. Mas é ainda mais grave no controle concentrado. As decisões monocráticas fizeram com que o Supremo deixasse de ser um tribunal para se tornar um conjunto de juízes individuais autônomos”. HARTMANN, Ivar Alberto Martins; DA SILVA FERREIRA, Lívia. Ao relator, tudo: o impacto do aumento do poder do ministro relator no Supremo. **Revista Opinião Jurídica (Fortaleza)**, v. 13, n. 17, p. 268-283, 2015. Disponível em: <<https://www.journals.uchicago.edu/doi/full/10.1086/690195>>. Acesso em: em 09.16.2021.

⁵¹³ A concessão monocrática de liminares é prevista em várias classes processuais, inclusive nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs).

⁵¹⁴ RECONDO, Felipe; WEBER, Luiz. **Os onze: o STF, seus bastidores e suas crises**. Editora Companhia das Letras, 2019. p. 72

⁵¹⁵ ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Ministrocracia: o Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro. **Novos estudos CEBRAP**, v. 37, p. 13-32, 2018.

⁵¹⁶ RECONDO, Felipe; WEBER, Luiz. **Os onze: o STF, seus bastidores e suas crises**. Editora Companhia das Letras, 2019. p. 69.

ocorrência na corte podem demonstrar como as decisões individuais tem o condão de atingir patamares elevados, sobre temas os mais variados temas. Em 1996, então na presidência de Fernando Henrique Cardoso, o Ministro Marco Aurélio de Mello foi, por duas vezes, derrotado no Plenário do Supremo, ao fazer uso de uma liminar para suspender a tramitação da Reforma da Previdência e ao conceder uma liminar suspendendo a Emenda Constitucional que estabelecia a cobrança da Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira (CPMF), a qual era essencial para o fechamento das contas públicas, o mesmo Ministro autorizou chegou a conceder autorização para o aborto de fetos anencefálicos, um assunto bastante controverso no seio social, que posteriormente fora barrado pelo plenário do Supremo. Em 2004 o então Ministro Carlos Ayres Britto concedeu uma liminar em Ação Direta de Inconstitucionalidade para suspender uma rodada de licitações de poços de petróleo da Agência Nacional do Petróleo, argumentando que, por lei, fosse do concessionário a propriedade do petróleo e do gás natural após a extração. Nelson Jobim, que era presidente da corte à época, concedeu o pedido do governo para derrubar a liminar de Ayres Britto, afirmando que o ministro não poderia ter decidido, dessa forma, de maneira monocrática. Mas após seis anos desse caso, em outubro de 2010, o Supremo passou a entender que não seriam mais cabíveis mandados de segurança contra decisões individuais.⁵¹⁷

O colegiado não consegue deter esse poder individual, que é exercido pelos ministros sem muitas amarras. Foi aos poucos, como “um pacto subentendido”, que se concretizou a ideia de que a cassação de liminares dos próprios integrantes da corte acarretaria em um conflito acirrado entre os pares. Os ministros, então, passaram a rejeitar aqueles mandados de segurança que questionassem decisões dos demais colegas. Um dos exemplos é processo que determinava o pagamento de auxílio-moradia para todos os juízes do Brasil, inclusive daqueles que moravam em casa própria, no qual o Ministro Luís Fux concedeu liminar em 2011 e nunca a submeteu ao plenário. Sobre o tema a Ministra Rosa Weber aplicou o então entendimento de que não seria cabível caçar a liminar por via mandado de segurança, tendo o pagamento do auxílio-moradia perdurado

⁵¹⁷ Nelson Jobim, que era presidente da corte à época, concedeu o pedido do governo para derrubar a liminar de Ayres Britto. RECONDO, Felipe; WEBER, Luiz. **Os onze: o STF, seus bastidores e suas crises**. Editora Companhia das Letras, 2019. p. 236.

até que o governo do ex-presidente Michel Temer reajustasse os salários dos magistrados.

518

O que esse acordo entre pares pode representar na decisão tomada pela corte no âmbito do *habeas corpus* 126.292/SP, quando o Supremo determinou que a pena imposta a um criminoso começasse a ser cumprida após a condenação em segunda instância? Mesmo após *habeas corpus* 126.292/SP, alguns integrantes da corte continuaram a conceder liminares para que condenados em duas instâncias aguardassem em liberdade, como exemplo, o Ministro Dias Toffoli, de ofício, garantiu liberdade a José Dirceu. O Ministro Marco Aurélio de Mello, que discordava veementemente da execução da pena antes do trânsito em julgado, no último dia do ano judiciário de 2018, concedeu uma liminar permitindo aos presos condenados em segunda instância, inclusive o ex-presidente Luís Inácio Lula da Silva, a recorrer em liberdade, que foi suspensa no mesmo dia pelo Ministro por Dias Toffoli.⁵¹⁹

Outra singularidade do cenário brasileiro é o julgamento pelas as turmas, uma mudança regimental promovida para otimizar os julgamentos no Supremo Tribunal Federal, quando os inquéritos e ações penais passaram a ser de competência das duas turmas, composta por cinco ministros cada uma, onde o quórum é menor, os julgamentos são mais céleres e não há transmissão pela TV Justiça.

Nos casos relativos à Operação Lava Jato, o Ministro Edson Fachin notara que a Primeira Turma era tanto mais severa nos processos criminais em comparação à Segunda Turma, responsável pela Lava Jato. O ministro decidiu então por deslocar processos nos quais pressupunha que sairia derrotado no plenário da corte, favorecendo a Lava Jato. Foi o que ocorreu no caso do *habeas corpus* 152.752/PR. O HC contra a prisão do ex-presidente Luís Inácio Lula da Silva pela Lava Jato seria submetido à Segunda Turma, mas a possibilidade da concessão da liberdade ao ex-presidente por uma turma mais garantista fez com que o Ministro Edson Fachin manejasse o processo para o plenário do Supremo, manobra chancelada pela corte em julgamento no plenário. Trata-se de um deslocamento de competência que fica a critério único e exclusivo do relator do caso e que não necessita de justificativa. Indiretamente, essa possibilidade representa uma

⁵¹⁸ RECONDO, Felipe; WEBER, Luiz. **Os onze: o STF, seus bastidores e suas crises**. Editora Companhia das Letras, 2019. p. 262.

⁵¹⁹ RECONDO, Felipe; WEBER, Luiz. **Os onze: o STF, seus bastidores e suas crises**. Editora Companhia das Letras, 2019. p. 68.

faculdade dos Ministros, caso calculem uma derrota na turma, de manejarem o processo para o plenário e, portanto, terem mais uma opção para o julgamento de seus processos.⁵²⁰

Mas o controle da pauta de julgamento foi uma das questões mais relevantes sobre o arco narrativo da presunção de inocência, ocorrido também quando do julgamento do *habeas corpus* 152.752/PR. Recondo e Weber aduzem que a Ministra Carmen Lúcia, apesar de não transmitir uma imagem de jogadora política, parece conhecer bem os movimentos que pode promover, ou não, no âmbito do Supremo Tribunal Federal.⁵²¹

3.2.4 A “política extracorte”, ou o “jogo político” entre os Poderes Judiciário, Legislativo e Executivo

Existem práticas entre os Poderes Judiciário, Legislativo e Executivo que influenciam diretamente no conteúdo da lei? Até que ponto a relação entre poderes é capaz de restringir a autonomia judicial? O presente tópico analisa a existência do “jogo político” que opera entre os poderes e procura responder como esse jogo político interferiu no conteúdo da lei no que tange ao tema do presente trabalho.

A teoria constitucional normativa aborda o tema da relação entre poderes, com foco no poder judiciário, sob duas perspectivas opostas, enquanto risco que o *judicial review* representa à democracia, compreendendo que o poder judiciário deve ser deferente ao legislativo, ou enquanto proteção aos direitos das minorias e como garantidores das salvaguardas constitucionais. O problema dessa perspectiva, Friedman, é de que as teorias normativas não abarcam duas questões que interferem no próprio conteúdo da lei constitucional: a primeira, de que os juízes não só são incapazes de interferir regularmente nos outros poderes, como são limitados por eles; a segunda, de que os ramos políticos possuem um vasto arsenal de armas para usar contra o judiciário caso estejam insatisfeitos, que vão desde o orçamento destinado ao seu funcionamento até o *impeachment* de ministros da corte – questões que serão debatidas nos próximos parágrafos.⁵²²

⁵²⁰ RECONDO, Felipe; WEBER, Luiz. **Os onze: o STF, seus bastidores e suas crises**. Editora Companhia das Letras, 2019. p. 264.

⁵²¹ RECONDO, Felipe; WEBER, Luiz. **Os onze: o STF, seus bastidores e suas crises**. Editora Companhia das Letras, 2019. p. 264.

⁵²² FRIEDMAN, Barry. **The politics of judicial review**. Tex. L. Rev. v. 84. p. 257. 2005. Disponível em: <<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/tlr84&div=21&id=&page=>>>. Acesso em 10 de abril de 2021

Pensar que os juízes não são capazes de interferir regularmente nos outros ramos, mas que é o judiciário restringido por outros poderes nos parece um contrassenso, mas sigamos o argumento do autor. Friedman lembra os modelos desenvolvidos Eskridge e Frickey, para quem o sistema operaria de forma contrária, em que os juízes seriam devedores de outros ramos políticos e, portanto, limitados por esses ramos “as características estruturais da posição da Corte no sistema federal tornam a Corte um aliado improvável para grupos estranhos que desafiam equilíbrios nacionais estáveis”, “se um atual Presidente e o Congresso estiverem unidos em favor de uma política nacional, é improvável que a Corte invalide a política.”⁵²³ Gerald N. Rosenberg deduziu que as cortes podem ser produtoras de reformas sociais significativas apenas “quando uma grande mudança já foi feita”,⁵²⁴ e Friedman, em “The Myths of Marbury, observa que “essas teorias não distinguem entre o estabelecimento do judicial review e sua manutenção, (...) e normalmente falham como uma explicação de como o judicial review realmente é exercida.”⁵²⁵

Alguns teóricos estado-unidenses passaram a testar a restrição operada sobre a corte a partir do jogo político entre poderes, que Friedman denominou como “o jogo da separação de poderes”. Na tentativa de compreender como o *judicial review* realmente funciona a doutrina estado-unidense se baseou principalmente no trabalho de Brian Marks para a formulação de “modelos espaciais”,⁵²⁶ o modelo desenvolvido por Eskridge e Frickey orienta que todas as instituições, incluindo a própria corte, têm preferências em relação aos resultados ocorridos na política. Seria, portanto, comum que a corte estivesse levando em consideração as preferências políticas dos outros ramos de poder em suas decisões, o que acarretaria que a decisão da corte já fosse, de pronto, uma resposta antecipada à uma restrição.⁵²⁷

⁵²³ ESKRIDGE JR, William N.; FRICKEY, Philip P. Foreword: Law as Equilibrium. *Harv. L. Rev.*, v. 108, p. 26, 1994. Disponível em: <<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/hlr108&div=14&id=&page=>>>. Acesso em 13.08.2020. Cf. DAHL, Robert A. Decision-making in a democracy: The Supreme Court as a national policy-maker. *J. Pub. L.*, v. 6, p. 279, 1957.

⁵²⁴ Cf. ROSENBERG, Gerald N. *The hollow hope*. In: *The Hollow Hope*. University of Chicago Press, 2008.

⁵²⁵ FRIEDMAN, Barry. *The Myths of Marbury. Arguing Marbury v. Madison*, 2005.

⁵²⁶ EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack. *Toward a strategic revolution in judicial politics: A look back, a look ahead*. *Political Research Quarterly*, v. 53, n. 3, p. 625-661, 2000. Disponível em: <<https://www.proquest.com/openview/a8bf5ca895eda3926d6d060371591047/1?pq-origsite=gscholar&cbl=42215>>>. Acesso em 30.03.2022.

⁵²⁷ ESKRIDGE JR, William N.; FRICKEY, Philip P. *Foreword: Law as Equilibrium*. *Harv. L. Rev.*, v. 108, p. 26, 1994. Disponível em: <<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/hlr108&div=14&id=&page=>>>. Acesso

Os atores da filial não precisam realmente agir e, em seguida, sentar e esperar para ver o que acontece. O Congresso não precisa aprovar uma lei e depois esperar que o presidente a veto. Em vez disso, os atores institucionais pensam antecipadamente em qual resposta sua ação irá gerar e, então, modificam suas posições à luz da reação antecipada de uma forma que aproxime a política do resultado preferido, evitando ao mesmo tempo superar a ação de outro ramo. Assim, o Congresso - antecipando um veto de legislação que é muito liberal - aprovará um projeto de lei que é apenas conservador o suficiente para o presidente aceitá-lo ou que garanta uma votação de dois terços sobre a anulação do congresso de qualquer veto. A implicação da reação antecipada é que as instituições podem estar respondendo à restrição, mesmo que isso não seja observável.⁵²⁸

A maioria dos estudos positivos que aplicam “o jogo da separação de poderes” ao Supremo Tribunal ocorre na área da interpretação, e deve haver a possibilidade de “resposta” de um poder para outro, exemplos mais comuns sobre direitos civis, por exemplo, Eskridge e Frickey analisando a Lei dos Direitos Civis de 1991, desencadeada por cinco decisões no mandato de 1988.⁵²⁹ Do mesmo modo, Ferejohn e Weingast, em “Positive Theory” mostram uma vez que a corte está ciente da possibilidade de anulação do Congresso ela pode “temperar” suas decisões, assim, se o julgamento ideal da Corte não for politicamente viável, então a Corte emitirá uma sentença que é politicamente viável para que não seja anulada pelo Congresso.⁵³⁰ A restrição judicial do poder judiciário por outros ramos é contestada. Não é concebida como impossível, mas poderia ocorrer apenas em uma configuração política muito rara, Jeffrey Segal argumenta que o

em 13.08.2020. Cf. DAHL, Robert A. **Decision-making in a democracy: The Supreme Court as a national policy-maker**. J. Pub. L., v. 6, p. 279, 1957.

⁵²⁸ Tradução livre de: “Branch actors do not actually have to take action and then sit back and wait to see what happens. Congress need not pass a statute and then wait for the President to veto it. Rather, institutional actors think ahead to what response their action will engender and then modify their positions in light of the anticipated reaction in a way that moves policy closest to the preferred outcome, while avoiding trumping action by another branch. Thus, Congress—anticipating a veto of legislation that is too liberal—will pass a bill that is just conservative enough for the President to accept it or that ensures a two-thirds vote on congressional override of any veto. The implication of anticipated reaction is that institutions may be responding to constraint, even if this is unobservable”. FRIEDMAN, Barry. **The politics of judicial review**. Tex. L. Rev. v. 84. p. 257. 2005. Disponível em: <<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/tlr84&div=21&id=&page=>>>. Acesso em 10 de abril de 2021. P. 312.

⁵²⁹ ESKRIDGE JR, William N.; FRICKEY, Philip P. Foreword: Law as Equilibrium. **Harv. L. Rev**, v. 108, p. 26, 1994. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/hlr108&div=14&id=&page=>. Acesso em 13.08.2020.

⁵³⁰ Cf. FERREJOHN, John et al. A positive theory of statutory interpretation. **International Review of Law and Economics**, v. 12, n. 2, p. 263-279, 1992. Disponível em: https://www.researchgate.net/profile/Barry-Weingast/publication/4774899_A_Positive_Theory_of_Statutory_Interpretation/links/5c62216492851c48a9cd4820/A-Positive-Theory-of-Statutory-Interpretation.pdf. Acesso em 22.12.2021.

judiciário foi projetado para ser independente, então não devemos nos surpreender que ele de fato seja.⁵³¹

Junto à premissa de que o judiciário pode ser restringido por outros poderes, se antecipando, ou não, às decisões tomadas por outros atores políticos, um segundo argumento dos teóricos positivos é de que os ramos políticos mantêm um amplo arsenal para usar contra um judiciário que eles considerarem “problemático”, um argumento que se resume, basicamente, na possibilidade de os juízes poderem sofrer *impeachment*, ou o poder judiciário ter seu orçamentos restrito – mesmo que seja medidas raras, a própria existência dessa possibilidade sugere que ela servem como um controle do judiciário, como Keith Whittington explica, “Ao decidir se deve sancionar a Corte por uma decisão divergente imediata, o legislador deve pesar os custos dessa decisão contra o valor presente descontado de várias decisões convergentes que podem ser esperadas no futuro”.⁵³²

Dado esses apontamentos, no contexto da democracia brasileira e acerca dos *habeas corpus* 126.292/SP, *habeas corpus* 152.752/PR e Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43, 44 e 54, como a política entre os poderes constituídos alterou o entendimento dos ministros do Supremo Tribunal Federal? Seria possível “blindar” a corte dessa influência? Mais do que constatar que a política no jogo entre poderes acaba por influenciar no conteúdo da lei, a partir desse tópico pretendemos localizar as limitações que o Supremo Tribunal Federal enfrenta na definição do conteúdo do direito constitucional por dividir espaço político com outros atores. Analisamos, no contexto do objeto, a relação do STF com os poderes legislativo e executivo e com as Forças Armadas.

A relação entre os poderes legislativo, executivo e judiciário deve ser observada a partir de um processo de politização da corte foi aprofundado e consolidado ao longo do tempo. A Constituição da República de 1988, tendo em vista o período militar, fortaleceu os poderes Supremo Tribunal Federal buscando protegê-lo de governos

⁵³¹ SEGAL, Jeffrey Allan; SPAETH, Harold J. **The Supreme Court and the attitudinal model**. New York: Cambridge University Press, 1993.

⁵³² WHITTINGTON, Keith E. **Legislative sanctions and the strategic environment of judicial review**. Int'l J. Const. L., v. 1, p. 446, 2003. Disponível em: <<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/injcl1&div=39&id=&page=>>>. Acesso em 04.03.202. Os sinais dos jogadores permitem que os outros jogadores calculem qual pode ser a resposta a uma determinada decisão. Na medida em que o Tribunal enfrenta restrições em casos constitucionais, isso é problemático para a teoria normativa. ESKRIDGE JR, William N.; FRICKEY, Philip P. Foreword: **Law as Equilibrium**. Harv. L. Rev, v. 108, p. 26, 1994. Disponível em: <<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/hlr108&div=14&id=&page=>>>. Acesso em 13.08.2020.

arbitrários. Ocorreu ainda uma abertura do tribunal para que os partidos políticos pudessem contestar a constitucionalidade das decisões e deliberações dos outros Poderes por meio das Ações Diretas de Inconstitucionalidade e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, de modo que aqueles inconformados com as decisões políticas travadas no Congresso Nacional puderam conduzi-las para o Supremo Tribunal Federal, um fenômeno que se tornara mais evidente no governo do ex-presidente Fernando Henrique Cardoso, quando 39% das Ações Diretas de Inconstitucionalidade vinham das legendas partidárias⁵³³ – a Constituição de 1988 deixou, portanto, uma porta aberta para que a política adentrasse a Suprema Corte.

A consequência foram as recorrentes demandas ao Supremo: o Partido dos Trabalhadores passou a compor um jogo político com o poder judiciário, e um fato relativo a isso é, para nós, relevante demais para ser deixado de lado: a contratação de José Antonio Dias Toffoli como assessor jurídico, quem acabou iniciando uma estratégia de oposição sistemática ao governo, manobrando os regimentos internos da Câmara e do Senado e recorrendo ao Supremo sempre que possível, anos depois, por indicação do ex-presidente Luís Inácio Lula da Silva, Dias Toffoli se tornaria Ministro do Supremo Tribunal Federal. À época, Dias Toffoli admitia que o seu objetivo não era necessariamente obter uma decisão favorável no Supremo, mas provocar o desgaste do governo perante a opinião pública e trazer visibilidade ao partido que promovia a demanda. A vitória na corte seria apenas um “efeito colateral”. Mais tarde, por indicação do ex-presidente Luís Inácio Lula da Silva, Dias Toffoli se tornaria Ministro do Supremo Tribunal Federal. A corte, que por muitos anos fora expressão de uma elite política dirigente, e não um contraponto ao Poder Executivo ou à maioria legislativa, desde o começo dos anos 2000 “tanto se mostrava mais liberal nos costumes como mais ativo na punição aos casos de corrupção política, o tribunal operava transformações que nem o Planalto ou a maioria do Congresso estavam dispostos a encampar.”⁵³⁴

⁵³³ RECONDO, Felipe; WEBER, Luiz. **Os onze: o STF, seus bastidores e suas crises**. Editora Companhia das Letras, 2019. p. 212.

⁵³⁴ “Você está mais no Supremo Tribunal do que na Câmara”, disse o então ministro Sepúlveda Pertence ao amigo e parlamentar Jamil Haddad (PSB-RJ), ao encontrá-lo no tribunal. O parlamentar retrucou com uma frase da qual Pertence se recordava anos depois, uma lembrança que era continuamente avivada a cada novo episódio de partidos batendo às portas do Supremo apenas para atrair holofotes. ‘Um partido pequeno como o meu, na Câmara, não consegue coisa alguma. Um partido como o meu, de quatro ou cinco deputados, consegue mais resultado aqui no Supremo Tribunal do que na Câmara’, disse Haddad. RECONDO, Felipe; WEBER, Luiz. **Os onze: o STF, seus bastidores e suas crises**. Editora Companhia das Letras, 2019. p. 213.

No que concerne à relação da corte com o Poder Legislativo, e a possibilidade de a mesma ser restrita por eles, trazemos três ocorrências que fizeram parte do contexto político da presunção de inocência, que tiveram movimento estratégico por parte dos poderes: a prisão do senador petista Delcídio do Amaral (líder do governo Dilma Rousseff no Senado); os processos de afastamento do presidente da Câmara dos Deputados, Eduardo Cunha; a tentativa de afastamento da presidência do Senado à época, Sr. Renan Calheiros. Até 2001 o Supremo só podia processar e julgar deputados e senadores se a Câmara e o Senado, respectivamente, tivessem autorizado, o que não acontecia com frequência. A aprovação da Emenda Constitucional 35 inverteu a lógica: se, por um lado, facultou ao STF o julgamento de parlamentares sem autorização prévia, por outro, permitiu que a Câmara e o Senado pudessem suspender o processo *a posteriori*, um alto custo político que o Congresso não queria arcar, razão pela qual o Congresso não mais impediu o Supremo de julgar seus integrantes.⁵³⁵

O fato é que esse sistema era relativamente estável, e o “caso Delcídio do Amaral”, sentido pela corte como um ataque externo à instituição, concorreu para alterar esse equilíbrio. Sob a acusação de tentar dificultar as investigações da Operação Lava Jato, em 25 de novembro de 2015 o ministro Teori Zavascki autorizou a prisão cautelar de Delcídio do Amaral, líder do governo da ex-presidente Dilma Rousseff no Senado, então o primeiro senador a ser preso no exercício do mandato, tendo a decisão sido ratificada pelo Senado e após 80 dias detido, ele voltava ao Senado e seria então cassado por 74 votos, no Plenário.⁵³⁶

Embora o Ministro Teori Zavascki resistisse à ideia de pedir a prisão de um senador, Rodrigo Janot entregara-lhe como prova uma gravação que captara o senador falando que havia interferido no Supremo com vistas a obter decisões judiciais favoráveis a um dos investigados na Lava Jato, o ex-diretor da Petrobras, Nestor Cerveró. A Operação Lava Jato ainda não havia pedido a prisão de nenhum político em exercício de mandato e a prisão de parlamentar só seria possível em situação de flagrante por crime inafiançável, conforme determina a CR de 1988, em seu artigo 53, § 2º. No entanto, o

⁵³⁵ Lembramos que em 1999, o deputado Hildebrando Pascoal foi investigado por liderar um grupo de extermínio no Acre. A Câmara, em vez de permitir que o Supremo processasse o parlamentar, preferiu cassar-lhe o mandato. Com isso Pascoal perdeu o foro por prerrogativa de função e foi processado — e condenado — em primeira instância. RECONDO, Felipe; WEBER, Luiz. **Os onze: o STF, seus bastidores e suas crises**. Editora Companhia das Letras, 2019. p. 42.

⁵³⁶ ARMANI, Gabriela Fischer. **Da Competição à Criminalização: Mandatos Parlamentares sob Escrutínio do Supremo Tribunal Federal**. 2021. Tese de Doutorado. UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO.

áudio no qual Delcídio do Amaral alegara de que havia conversado previamente com ministros do Supremo, indicando a participação de membros da corte em uma tentativa de interferência em uma instrução criminal, representaria hipoteticamente (já que os ministros negaram terem qualquer contato junto a Delcídio nesse sentido) grave ameaça à ordem pública. O Supremo percebeu isso como um ataque externo, se unindo contra essas forças. A unanimidade era importante para evitar reações do Senado, que se ocorressem a corte não contaria com instrumentos para reagir.⁵³⁷

Narra-se que, no Supremo, antes de proferir a decisão de prisão, o ministro Teori Zavaski quis um sinal favorável dos demais ministros da corte, promovendo uma reunião informal em seu gabinete, algo raro na corte, para que a sua ordem fosse referendada pelo colegiado da turma. Essa era uma mudança de patamar da Lava Jato que provocaria reações no próprio seio do Supremo, pois estava em jogo, além da relação entre os poderes Legislativo e Judiciário, a compreensão sobre qual o papel do Judiciário na política. Essa questão fica clara com a colocação do Ministro Luís Roberto Barroso à época, para ele o que confronto se dava entre ministros que não compactuavam “com este modelo que está aí” (uma referência clara ao que ocorria nos meandros da política e como o Supremo deveria se posicionar nesse contexto) e os representantes do que o Ministro denominava como “velha ordem” no Supremo, se opondo aos ministros que optariam por uma autocontenção da corte. À época o Ministro Teori Zavascki levou para o referendo da Turma a decisão que contava apenas com a sua assinatura, identificando, no caso, a existência de uma associação criminosa de ação contínua voltada para perturbar as investigações, caso de flagrante permanente, estendendo-se no tempo, autorizando a prisão.⁵³⁸ O esgarçamento da relação poder legislativo se daria com a fala do Ministro Celso de Mello:

No Estado Democrático de Direito, absolutamente ninguém está acima das leis, nem mesmo os mais poderosos agentes políticos governamentais. (...) Quem transgride tais mandamentos, não importando sua posição estamental, se patricios ou plebeus, governantes ou governados, expõem-se à severidade das leis penais e por tais atos devem ser punidos exemplarmente na forma da lei. Imunidade parlamentar não constitui manto protetor de supostos comportamentos criminosos.⁵³⁹

⁵³⁷ RECONDO, Felipe; WEBER, Luiz. **Os onze: o STF, seus bastidores e suas crises**. Editora Companhia das Letras, 2019. p. 42.

⁵³⁸ RECONDO, Felipe; WEBER, Luiz. **Os onze: o STF, seus bastidores e suas crises**. Editora Companhia das Letras, 2019. p. 45.

⁵³⁹ RECONDO, Felipe; WEBER, Luiz. **Os onze: o STF, seus bastidores e suas crises**. Editora Companhia das Letras, 2019. p. 49.

A segunda ocorrência de desgaste com o poder legislativo se refere ao caso do político Eduardo Cunha, sobre a sessão do julgamento da liminar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 402 do Partido Rede Sustentabilidade, a qual objetivava que o Supremo fixasse o entendimento de que réus perante o STF não poderiam ocupar cargos que estão na linha de substituição da Presidência da República, por incompatibilidade com a Constituição Federal. Era uma ação abstrata na qual o partido visava atingir especificamente o presidente da Câmara Eduardo Cunha, que tinha a prerrogativa de iniciar o processo de *impeachment* contra a presidente da República.⁵⁴⁰

Com o processo de *impeachment* em andamento e a provável deposição da então presidente Dilma Rousseff, o deputado seria o primeiro substituto de Temer na linha sucessória. O Ministro Teori Zavascki, com a percepção de que não teria apoio do colegiado para outra decisão inédita, com interferência direta no Congresso Nacional e no processo de *impeachment* da ex-presidente, “segurou” o processo, e quando o Ministro Ricardo Lewandowski anunciou em plenário que levaria a julgamento a ADPF 402, a ministro aconselhou o Ministro Teori Zavascki a apresentar, em conjunto com a ADPF, o pedido de afastamento de Eduardo Cunha feito pelo PGR.⁵⁴¹

A questão colocada por Recondo e Weber é que Teori Zavascki compreendeu que se procedesse assim seria ultrapassado pelo ministro Marco Aurélio Mello, relator da ADPF do Partido Rede Sustentabilidade. A consequência jurídica seria a mesma, o afastamento de Eduardo Cunha da linha sucessória, no entanto significativamente diferente para os ministros apoiadores da Lava Jato no Supremo, um “grupo que pretendia agir coordenadamente, que se via imbuído de uma missão – uns mais, outros menos – de fortalecimento dos poderes do Supremo e reinvenção institucional da Corte”.⁵⁴²

Esse grupo considerava essa solução desastrosa, pois a liminar do Ministro Marco Aurélio de Mello não estaria imantada pelo prestígio do núcleo duro pró-Lava Jato, podendo ser derrubada em plenário. Desse modo, o Ministro Barroso sugeriu ao

⁵⁴⁰ RECONDO, Felipe; WEBER, Luiz. **Os onze: o STF, seus bastidores e suas crises**. Editora Companhia das Letras, 2019. p. 54.

⁵⁴¹ RECONDO, Felipe; WEBER, Luiz. **Os onze: o STF, seus bastidores e suas crises**. Editora Companhia das Letras, 2019. p. 54.

⁵⁴² RECONDO, Felipe; WEBER, Luiz. **Os onze: o STF, seus bastidores e suas crises**. Editora Companhia das Letras, 2019. p. 54.

ministro Marco Aurélio Mello: “Se for conceder a liminar, avise ao ministro Zavascki. Será ruim para ele, para o tribunal, se parecer que o ministro que está com o pedido da PGR for atropelado, vai parecer que ele estava segurando”. Do encontro com Marco Aurélio, Barroso compreendia que o ministro iria deferir a liminar, e o Ministro Teori Zavascki disse que, se era para julgar o afastamento de Cunha, daria ele, monocrática e rapidamente, a liminar pedida meses antes pela PGR.⁵⁴³

Teori Zavascki chegou a ensaiar uma solução alternativa, concederia a liminar para afastar Eduardo Cunha da presidência da Câmara, mas não do mandato, o Ministro Roberto Barroso ponderou que era necessário afastá-lo do mandato de parlamentar também, fato sobre o qual Fachin e Lewandowski concordaram. O ministro Teori Zavascki pretendia obter unanimidade, e a solução dada ao caso Delcídio do Amaral deveria ser replicada em plenário, considerando que uma derrota ou até mesmo as divisões internas teriam impactos “na marcha de transformação do tribunal”, iniciada ainda no mensalão.⁵⁴⁴

O ministro procurou o decano da corte, Celso de Mello, e o encontrou conversando com o Ministro Luiz Fux, e revelou que pretendia afastar Cunha do mandato e da presidência da Câmara, encontrando apoio. Avisou que daria a cautelar na primeira hora do dia seguinte, levando-a para ratificação à tarde, e seis dos onze ministros já estavam de acordo. Por envolver o presidente da Câmara, o caso deveria ser julgado em plenário – o grupo não consultou Marco Aurélio Mello, pois o colega não conversava sobre processos antes do julgamento. Na mesma noite, Mendes e Toffoli foram chamados ao gabinete de Zavascki. No dia seguinte ambos compuseram o placar de 11 × 0 em desfavor de Cunha, compreendendo que não era momento para dissensões no STF, o colegiado precisava “mandar seu recado”.⁵⁴⁵

A relação do poder judiciário com o poder executivo é a que mais se deteriorou nos últimos anos. Após o pleito eleitoral de 2018 o Supremo Tribunal federal passou a ser atacado de uma forma inédita. Ainda na campanha eleitoral, o candidato à presidência Jair Bolsonaro, que posteriormente fora eleito para o cargo 2018-2022, falava em

⁵⁴³ RECONDO, Felipe; WEBER, Luiz. **Os onze: o STF, seus bastidores e suas crises**. Editora Companhia das Letras, 2019. p. 54.

⁵⁴⁴ RECONDO, Felipe; WEBER, Luiz. **Os onze: o STF, seus bastidores e suas crises**. Editora Companhia das Letras, 2019. p. 58.

⁵⁴⁵ RECONDO, Felipe; WEBER, Luiz. **Os onze: o STF, seus bastidores e suas crises**. Editora Companhia das Letras, 2019. p. 58.

aumentar o número de ministros, repetindo o que a ditadura fez com o Ato Institucional n. 2. Um novo Congresso conservador e a agenda de costumes do governo de Jair Bolsonaro viria agravar essa questão. Bolsonaro assumiu a Presidência com uma pauta conservadora, moralizadora, de combate à corrupção, de apoio à Operação Lava Jato. O Supremo, que alguns setores consideravam um entrave ao avanço dessa agenda, passou a ser hostilizado por deputados e senadores, ameaçado por pedidos de CPI e de impeachment pela grita informe das redes sociais.⁵⁴⁶

Ao assumir a Presidência do Supremo, em setembro de 2018, o Ministro Dias Toffoli nomeou o general quatro estrelas Fernando Azevedo para sua assessoria (depois ele seria indicado para a pasta da Defesa no governo Bolsonaro). Enquanto a maioria dos ministros não viu problema na nomeação, doutrinadores brasileiros consideravam que essa era uma nomeação indevida, Recondo e Weber narram que Fernando Azevedo seria “um retransmissor dos sinais que vinham das Forças Armadas”, uma vez que as Forças Armadas ganhariam proeminência na nova formatação política do país. Dias Toffoli compreendia que era preciso ouvir as Forças Armadas.⁵⁴⁷

Em 2019, quando o Ministro Dias Toffoli abriu o ano judiciário sob a nova Presidência da República, representado na ocasião pelo vice-presidente Hamilton Mourão, fez um discurso de conciliação, prometendo discrição institucional, afirmando que a corte não poderia “(...) ser uma instância recursiva do debate político”, o tribunal deveria se recolher, deixando o protagonismo à política. No entanto, na semana seguinte o Ministro pautou para julgamento, dois processos que, em resumo, pediam que o tribunal criminalizasse a homofobia diante da omissão do Congresso em aprovar alguma lei nesse sentido, uma ação que contrariava o próprio discurso do presidente da corte, mas que não queria recusar um pedido de Celso de Mello. Sobre o fato, alguns ministros já adiantavam a possibilidade de pedir vista do processo para evitar conflitos. Contudo, Recondo e Weber narram que “Celso criou um clima” – frase atribuída a um dos ministros da corte – ao gastar duas sessões para ler seu voto em tom de manifesto, contestando diretamente a abordagem do governo Bolsonaro na abordagem dos temas relativos a gênero,

Essa visão de mundo, senhores ministros, fundada na ideia, artificialmente construída, de que as diferenças biológicas entre o homem e a mulher devem determinar os seus papéis sociais (‘meninos

⁵⁴⁶ RECONDO, Felipe; WEBER, Luiz. **Os onze: o STF, seus bastidores e suas crises**. Editora Companhia das Letras, 2019. p. 294.

⁵⁴⁷ RECONDO, Felipe; WEBER, Luiz. **Os onze: o STF, seus bastidores e suas crises**. Editora Companhia das Letras, 2019. p. 295.

vestem azul e meninas vestem rosa’), impõe, notadamente em face dos integrantes da comunidade LGBT, uma inaceitável restrição às suas liberdades fundamentais, submetendo tais pessoas a um padrão existencial heteronormativo, incompatível com a diversidade e o pluralismo que caracterizam uma sociedade democrática, impondo-lhes, ainda, a observância de valores que, além de conflitarem com sua própria vocação afetiva, conduzem à frustração de seus projetos pessoais de vida.⁵⁴⁸

Recondo e Weber narram que o voto mudara “o tom” do tribunal. O ministro Alexandre de Moraes, que já havia feito comentários contra a possibilidade de a Corte, por analogia, aplicar para os casos de homofobia a legislação que pune a discriminação racial, a acompanhou integralmente o voto do Ministro Celso de Mello, assim como os ministros Luís Roberto Barroso, Edson Fachin e Rosa Weber. Já se antecipava um placar em que apenas o Ministro Marco Aurélio seria vencido, quando o presidente da corte, Dias Toffoli anunciou que, diante da extensão do julgamento ele adiaria a decisão. O ministro parecia compreender que o congresso reagiria. Além de parlamentares ligados à bancada evangélica, anunciarem uma possível reversão da decisão, parlamentares que integravam a base do governo pediram o impeachment dos quatro ministros que votaram pela criminalização da homofobia.

Sobre o STF e a Lava Jato, dois fatos reacenderam os ânimos. Em fevereiro de 2019 vazou a informação de que o ministro Gilmar Mendes e sua esposa, Guiomar Feitosa, haviam sido incluídos numa lista de pessoas que seriam alvo de uma “análise de interesse fiscal” em uma apuração que começara em 2018, num consórcio entre a Receita Federal e a Lava Jato, em investigação sobre o Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP), em uma apuração buscava indícios da prática de crimes de corrupção e tráfico de influência. A reação do Supremo se deu com o Ministro Dias Toffoli requerendo à Procuradoria-Geral da República, à Receita Federal e ao ministro da Economia que investigassem as irregularidades nas apurações.⁵⁴⁹

A segunda ocorrência fora a discussão sobre o destino de processos criminais contra políticos investigados por corrupção e lavagem de dinheiro e, ao mesmo tempo, por crimes eleitorais. A dúvida era se os autos deveriam tramitar na Justiça Federal ou na Justiça Eleitoral. Os Procuradores que integravam a força-tarefa da Operação Lava Jato

⁵⁴⁸ DE MELLO FILHO, J. C. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26 Distrito Federal. **Supremo Tribunal Federal**. Distrito Federal: 2019. Disponível em: . Acesso em: 01 jun 2019.

⁵⁴⁹ RECONDO, Felipe; WEBER, Luiz. **Os onze: o STF, seus bastidores e suas crises**. Editora Companhia das Letras, 2019. p. 16.

recorreram à imprensa e às redes sociais em defesa da competência da Justiça Federal, alegando que a Justiça Eleitoral não teria estrutura e nem experiência para investigar crimes de grande complexidade, alegando que a determinação do Supremo de remessa dos autos para a Justiça Eleitoral representaria o fim da Lava Jato. No dia do julgamento, o procurador Diogo Castor afirmou que o STF estaria ensaiando um golpe contra a operação, inflamando as redes sociais contra a corte.⁵⁵⁰ Nesse episódio, as críticas que surgiram contra a corte, para o Ministro Dias Toffoli, haviam exorbitado a liberdade de expressão,⁵⁵¹ e decidiu instaurar um inquérito criminal nos termos do artigo 43 do Regimento Interno do STF, designando o Ministro Alexandre de Moraes como relator.

O presidente do Supremo Tribunal Federal, no uso de atribuições que lhe confere o regimento interno, considerando que velar pela intangibilidade das prerrogativas do Supremo Tribunal Federal e dos seus membros é atribuição regimental do presidente da Corte, considerando a existência de notícias fraudulentas, conhecidas como fake news, denúncias caluniosas, ameaças e infrações revestidas de animus caluniandi, diffamandi e injuriandi, que atingem a honorabilidade e a segurança do Supremo Tribunal Federal, de seus membros e familiares, resolve, como resolvido já está, nos termos do artigo 43 [do Regimento Interno do STF], instaurar inquérito criminal para apuração de fatos e infrações correspondentes em toda sua dimensão.⁵⁵²

Sobre o tema, as críticas à corte se avolumaram. A entidade abriu um inquérito a ser julgado por ela mesma? Tal procedimento seria compatível com a Constituição?⁵⁵³

No caso do inquérito aberto pelo Ministro Dias Toffoli, o relator foi designado *a priori*, uma solução prevista no regimento, mas nunca antes utilizada.⁵⁵⁴ Com o auxílio

⁵⁵⁰ No dia do julgamento, o procurador Diogo Castor afirmou que o STF estaria ensaiando um golpe contra a operação, inflamando as redes sociais contra a corte. FERES JR, João; BARBABELA, Eduardo; BACHINI, Natasha, 2018. A Lava Jato e a mídia. In: KERCHER, Fábio, FERES Jr., João. (coords.) **Operação Lava Jato e a democracia brasileira**. São Paulo: Editora Contracorrente. E-book Kindle.

⁵⁵¹ Nesse episódio, as críticas que surgiram contra a corte, para o Ministro Dias Toffoli, haviam exorbitado a liberdade de expressão.

⁵⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Despacho inicial – Inquérito Nº 4.781**. Relator Ministro Alexandre de Moraes. Brasília, 19 mar. 2019. Disponível em https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=756864673&prcID=62_40492 >. Acesso em: 09 abr. 2022.

⁵⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Despacho inicial – Inquérito Nº 4.781**. Relator Ministro Alexandre de Moraes. Brasília, 19 mar. 2019. Disponível em https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=756864673&prcID=62_40492 >. Acesso em: 09 abr. 2022.

⁵⁵⁴ No inquérito aberto por Toffoli, o sistema de distribuição seguiu um procedimento incomum. Normalmente os relatores são definidos por sorteio. Quando um ministro está impedido de participar do julgamento daquela causa — por ser parente de uma das partes, por exemplo —, seu nome é excluído com um clique. Quando um juiz está prevento, ou seja, quando já está relatando um processo semelhante, os nomes dos demais ministros são ticados no sistema e a ação é encaminhada para o prevento. Mesmo que o tema tramite em segredo de Justiça, esta informação fica disponível na página do Supremo. No caso do inquérito aberto por Toffoli, o relator foi designado *a priori*, uma solução prevista no regimento — mas

de um delegado da Polícia Federal e outro da Polícia Civil de São Paulo, a investigação avançou sobre pessoas físicas, perfis de redes sociais e até mesmo da imprensa, provocando fortes reações dentro e fora do tribunal. Até mesmo o Ministro Celso de Mello, sobre a decisão de Alexandre de Moraes de determinar a retirada do ar de matéria da revista eletrônica *Crusoé*, que trazia trechos de delação premiada que se referiam a Toffoli, se pronunciou “Qualquer tipo de censura (...) mostra-se prática ilegítima, autocrática e essencialmente incompatível com o regime das liberdades fundamentais consagrado pela Constituição da República”.⁵⁵⁵ Para Recondo e Weber,

(...) uma tentativa de recompor a redoma que tradicionalmente protegia o STF e que foi fragilizada pelas novas gerações de ministros — fosse com brigas internas e estratégias artificiais para favorecer suas agendas próprias, fosse contorcendo argumentos, virando casaca e desprezando a jurisprudência do tribunal, fosse usando a imprensa para atacar os adversários, que acabou por fragilizar ainda mais a imagem da instituição.⁵⁵⁶

Então, o resultado desse processo foi visto nas redes sociais, nas críticas abertas de, nas ameaças da classe política, inclusive sobre a abertura de processo de *impeachment* dos ministros do Supremo, na contestação da independência dos ministros do Supremo.

⁵⁵⁷ No decorrer dos últimos 30 Anos, foram apresentadas cinquenta e seis propostas de Emenda à Constituição pretendendo alterar a estrutura do Supremo Tribunal Federal, que vão desde à alteração do número de vagas na corte, dos critérios e processo para nomeação, até aquelas que visam alteração de um elemento fundamental: as condições de permanência dos ministros no cargo. Com relação a esse último aspecto, essas propostas pretendem estabelecer mandatos fixos para os ministros ou configurar o tempo de permanência no cargo de maneira indireta, alternado a idade mínima para a nomeação ou a idade de aposentadoria compulsória.⁵⁵⁸

nunca antes utilizada. RECONDO, Felipe; WEBER, Luiz. **Os onze: o STF, seus bastidores e suas crises**. Editora Companhia das Letras, 2019. p. 19.

⁵⁵⁵ RECONDO, Felipe; WEBER, Luiz. **Os onze: o STF, seus bastidores e suas crises**. Editora Companhia das Letras, 2019. p. 20.

⁵⁵⁶ RECONDO, Felipe; WEBER, Luiz. **Os onze: o STF, seus bastidores e suas crises**. Editora Companhia das Letras, 2019. p. 20.

⁵⁵⁷ RECONDO, Felipe; WEBER, Luiz. **Os onze: o STF, seus bastidores e suas crises**. Editora Companhia das Letras, 2019. p. 20.

⁵⁵⁸ Atualmente, a duração do mandato de um ministro do STF é definida pela sua idade no momento da posse. Ou seja, havendo apenas uma regra que determina uma idade máxima de 65 para o início nessa função e outra regra que determina a aposentadoria compulsória aos 75 anos de idade, na prática, temos hoje um mandato mínimo de 10 anos – que só não ocorrerá no caso de falecimento ou aposentadoria anterior. O período máximo seria, teoricamente, de 40 anos, caso o ministro tome posse com a idade mínima de 35 anos de idade. Há propostas que tentam mudar esse cenário aumentando a idade mínima (por exemplo, para 45 anos de idade) e, com isso, diminuindo o mandato máximo de um ministro. Quanto a isso, é notável que, apesar das constantes críticas da potencial permanência excessivamente longa de

3.2.5 Um breve apontamento sobre a interação das cortes com os tribunais inferiores

Até que ponto a relação com os tribunais inferiores *restringe* ou *influencia* a autonomia dos ministros do Supremo Tribunal Federal? Antes de abordar as especificidades do caso e do contexto brasileiro, analisamos o contexto estado-unidense, onde teóricos positivos desenvolvem a hipótese de que os tribunais inferiores podem “forçar” determinados entendimentos às decisões da Suprema Corte, influenciando o conteúdo substantivo do direito constitucional.⁵⁵⁹ Se essa premissa for verdadeira, “as teorias existentes de *judicial review* são necessariamente incompletas porque não levam em consideração a atração gravitacional dos tribunais inferiores”.⁵⁶⁰

Barry Friedman narra que a teoria normativa não desenvolveu um papel satisfatório para os tribunais inferiores no desenvolvimento do significado constitucional, pois não concedem a devida importância à possibilidade de uma corte ser restringida por eles, “falhando até mesmo em capturar o verdadeiro conteúdo do direito constitucional”.⁵⁶¹ O autor parte de dois casos concretos para demonstrar que qualquer teoria de *judicial review* que não leva em consideração o papel real que os tribunais inferiores desempenham está incompleta.⁵⁶²

ministros no tribunal, a única Emenda Constitucional aprovada quanto a isso, na prática, aumentou o mandato em mais 5 anos, ao modificar a idade de aposentadoria compulsória de 70 para os atuais 75 anos. Há uma variedade de propostas específicas que pretendem incluir um mandato fixo, com números que variam entre 5 anos (com uma possível recondução), 7 anos, 8 anos e 15 anos. Há ainda uma proposta que exige que todo ministro passe por uma votação de reconfirmação de 4 em 4 anos, o que significaria mandatos de 4 anos com possibilidade de reeleições. CERDEIRA, Pablo de Camargo; VASCONCELLOS, Fábio; SGANZERLA, Rogério Barros. **Três décadas de reforma constitucional: onde e como o Congresso Nacional procurou modificar a Constituição de 1988.** 2018. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/27163>. Acesso em 05. 08. 2021.

⁵⁵⁹ CF Walter F. Murphy, **Lower Court Checks on Supreme Court Power**, 53 AM. POL. SCI. REV. 1017, 1018 (1959).

⁵⁶⁰ Tradução livre de “(...) existing theories of judicial review are necessarily incomplete because they fail to take account of the gravitational pull of the lower courts. FRIEDMAN (p. 258). FRIEDMAN, Barry. **The politics of judicial review.** Tex. L. Rev. v. 84. p. 257. 2005. Disponível em: <<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/tlr84&div=21&id=&page=>>>. Acesso em 10 de abril de 2021. p. 295.

⁵⁶¹ Tradução livre de “(...) fail even to capture the true content of constitutional law. FRIEDMAN, Barry. **The politics of judicial review.** Tex. L. Rev. v. 84. p. 257. 2005. Disponível em: <<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/tlr84&div=21&id=&page=>>>. Acesso em 10 de abril de 2021. p. 307.

(I) as “revoluções”, ou alterações do entendimento constitucional podem ter início nos tribunais inferiores, como em *Estados Unidos v. Lopez*, 272⁵⁶³, uma decisão histórica de 1995 em que a Suprema Corte dos Estados Unidos considerou que o Congresso havia excedido seu poder de legislar sob a Cláusula de Comércio, que levantou questões sobre até que ponto a corte estaria disposta a restringir os poderes do Congresso sob a Cláusula de Comércio. Sobre o caso, Jack Balkin e Sanford Levinson afirmaram que a Suprema Corte não derrubaria uma lei sustentada pelos tribunais inferiores e argumentam que seria impensável que a Suprema Corte revisasse o estatuto federal se o Quinto Circuito não o tivesse derrubado antes.⁵⁶⁴

(II) as “revoluções” podem ter seu fim a partir dos tribunais inferiores, sobre *Casey v. Planned Parenthood of Pennsylvania*,⁵⁶⁵ em que os tribunais inferiores demonstraram uma restrição dos direitos ao aborto em uma série de julgados: *Mazurek v. Armstrong*, decisão de 1997 que revogou uma liminar contra a aplicação de um estatuto do estado de Montana que limitava a realização de abortos;⁵⁶⁶ *Greenville Women's Clinic v. Bryant*, decisão de 2000 que mantinha regulamentações do estado da Carolina do Sul impostas a clínicas que realizaram abortos no segundo trimestre ou mais de cinco abortos no primeiro trimestre;⁵⁶⁷ *Karlin v. Foust*, 1999, que apoiava uma lei do estado de Wisconsin exigindo que os médicos que realizam abortos se encontrem com pacientes pelo menos 24 horas antes de realizar o procedimento e forneçam informações orais e impressas específicas, prevendo uma exceção para casos de emergência médica.⁵⁶⁸

É interessante perceber como Friedman coloca o argumento sobre o conflito entre teorias positivas e teorias normativas acerca dos tribunais inferiores, notando que é possível perceber as diferenças entre teóricos normativos e positivos na análise das metáforas que os autores empregam para descrever seus modelos do sistema judiciário.

⁵⁶³ SUPREMA CORTE DO ESTADOS UNIDOS. *Estados Unidos v. Lopez*. Disponível em: <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep514/usrep514549/usrep514549.pdf>. Acesso em 15.10.2022

⁵⁶⁴ BALKIN, Jack M.; LEVINSON, Sanford. Understanding the constitutional revolution. **Va. L. Rev.**, v. 87, p. 1045, 2001.

⁵⁶⁵ SUPREMA CORTE DO ESTADOS UNIDOS. *Casey v. Planned Parenthood of Pennsylvania*. Disponível em: <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep505/usrep505833/usrep505833.pdf>

⁵⁶⁶ SUPREMA CORTE DO ESTADOS UNIDOS. *Mazurek v. Armstrong*. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/520/968/>. Acesso em 30.10.2022.

⁵⁶⁷ SUPREMA CORTE DO ESTADOS UNIDOS. *Greenville Women's Clinic v. Bryant*. Disponível em: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp2/66/691/2489231/>. Acesso em 30.10.2022

⁵⁶⁸ SUPREMA CORTE DO ESTADOS UNIDOS. *Karlin v. Foust*. Disponível em: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/975/1177/1458883/>. Acesso em 30.10.2022.

Assim, enquanto o trabalho normativo é baseado na “metáfora de uma equipe”, em que os juízes compartilham a tarefa de resolver os casos da maneira mais correta e eficiente, os teóricos positivos descrevem um sistema competitivo no qual “os juízes em cada degrau da escada política tentam alcançar seus resultados preferidos e os tribunais ‘superiores’ lutam para exercer o controle”.⁵⁶⁹ Desse modo, enquanto no pensamento normativo os juízes seguem precedentes *porque deveriam*, no pensamento positivo; como o de Benesh, questiona até que ponto a política da Suprema Corte controla os juízes dos tribunais inferiores;⁵⁷⁰ ou por que os tribunais inferiores obedecem aos tribunais superiores, caso haja um conflito com as suas preferências políticas;⁵⁷¹ ou de Cross, que argumenta que os juízes de tribunais inferiores também podem ser motivados por preocupações atitudinais ou estratégicas, que podem ir de encontro aos precedentes de tribunais superiores.⁵⁷²

Por exemplo, um juiz de primeira instância que busca cumprir as ordens de uma corte superior deve fazê-lo conforme eles existem, ou deve tentar prever o que a corte fará uma vez que o caso chegue até lá? Ainda sobre o modelo estado-unidense, Barry Friedman lembra que a lei pode prevalecer nos tribunais inferiores, mas a ideologia também tem espaço, como com George, que desenvolve uma teoria positiva da tomada de decisões nos Tribunais de Apelação dos EUA, que o comportamento judicial em nível micro nos tribunais de apelações pode ser previsto à luz do partido do presidente que nomeou os juízes;⁵⁷³ tanto com Revesz, que encontra evidências significativas de voto ideológico no Circuito de D.C..⁵⁷⁴

O trabalho teórico positivo tende a observar “os tribunais inferiores como agentes indisciplinados cuja conduta pode ter um impacto significativo sobre a forma

⁵⁶⁹ Tradução livre de “judges at each rung of the policy ladder try to achieve their preferred outcomes and “higher” courts struggle to exert control. p. 297. FRIEDMAN, Barry. **The politics of judicial review**. Tex. L. Rev. v. 84. p. 257. 2005. Disponível em: <<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/tlr84&div=21&id=&page=>>>. Acesso em 10 de abril de 2021.

⁵⁷⁰ Cf. BENESH, Sara C.; MARTINEK, Wendy L. **State Supreme Court decision making in confession cases**. Justice System Journal, v. 23, n. 1, p. 109-133, 2002.

⁵⁷¹ WESTERLAND, Chad et al. **Strategic defiance and compliance in the US courts of appeals**. American Journal of Political Science, v. 54, n. 4, p. 891-905, 2010.

⁵⁷² Cf. CROSS, Frank B. **Decisionmaking in the US circuit courts of appeals**. Calif. L. Rev., v. 91, p. 1457, 2003.

⁵⁷³ Cf. GEORGE, Tracey E. Developing a positive theory of decisionmaking on US Courts of Appeals. **Ohio St. LJ**, v. 58, p. 1635, 1997.

⁵⁷⁴ Cf. REVESZ, Richard L. Congressional Influence on Judicial Behavior--An Empirical Examination of Challenges to Agency Action in the DC Circuit. **NYUL rev.**, v. 76, p. 1100, 2001.

como a corte decide”,⁵⁷⁵ de modo que ao invés de presumir que os tribunais inferiores irão aderir às teses da corte, o foco da teoria positiva está em saber como essa adesão é alcançada.⁵⁷⁶ Para garantir o cumprimento do tribunal de primeira instância, a corte poderá alterar o entendimento constitucional é, por exemplo, o modelo de McNollgast, que formulou uma teoria sugerindo que a Suprema Corte, confrontada com o descumprimento substancial de suas decisões pelos tribunais inferiores expandirá o conteúdo acerca da sua decisão.^{577 578}

Diante dessa realidade teórica, como as decisões dos tribunais inferiores influenciaram os *habeas corpus* 126.292/SP, *habeas corpus* 152.752/PR e Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43, 44 e 54, sobre o tema da limitação à presunção de inocência? Optamos por olhar para a seletividade do sistema de Justiça brasileiro nos resultados do controle criminal da corrupção, um quadro agravado pelo comportamento oscilante do STF. No curso da Operação Lava Jato o Supremo Tribunal Federal passou a autorizar a execução da pena antes do trânsito em julgado, mesmo sem a decretação de prisão cautelar, tendo modificado a sua posição em novembro de 2019, vedando a prisão antes do trânsito em julgado. O tema pode ser abordado tanto da perspectiva da crítica à quantidade de recursos que são impetrados nas instâncias inferiores, e que levam à prescrição, quanto sobre as hipóteses de prisão preventiva.

Ainda no que diz respeito à influência dos tribunais inferiores e o caso concreto⁵⁷⁹ podemos explorar a seletividade no sistema penal, fazendo um apontamento em relação aos efeitos de precedentes jurisprudenciais. Rodrigues narra que as mudanças de posicionamento do Supremo Tribunal Federal em relação aos efeitos de precedentes

⁵⁷⁵ Tradução livre de: the lower courts as unruly agents whose conduct may have a significant impact on the way the principal does business p. 296 FRIEDMAN, Barry. **The politics of judicial review**. Tex. L. Rev. v. 84. p. 257. 2005. Disponível em: < <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/tlr84&div=21&id=&page=>>. Acesso em 10 de abril de 2021.

⁵⁷⁶ FRIEDMAN, Barry. **The politics of judicial review**. Tex. L. Rev. v. 84. p. 257. 2005. Disponível em: <<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/tlr84&div=21&id=&page=>>. Acesso em 10 de abril de 2021.

⁵⁷⁷ Cf. MCNOLLGAST. Politics and the courts: A positive theory of judicial doctrine and the rule of law. **S. Cal. L. Rev.**, v. 68, p. 1631, 1994.

⁵⁷⁸ Richard Posner avalia que as divergências de decisões da corte em tribunais inferiores podem apresentar à Suprema Corte informações valiosas sobre as questões podem ser decididas. Cf. **RICHARD A. POSNER, THE FEDERAL COURTS: CRISIS AND REFORM 163** (1985)

⁵⁷⁹ A primeira, de alguns juízes terem mantido o precedente de 2009, mesmo quando a corte decidiu pela limitação ao princípio da presunção de inocência, desafiando o tribunal em uma posição garantista. Uma segunda hipótese versa acerca da possibilidade de juízes dos tribunais inferiores terem continuado decidindo conforme o precedente de 2016, mesmo após o entendimento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43, 44 e 54 terem decidido pela necessidade de se aguardar do trânsito em julgado para a prisão.

jurisprudenciais são dependentes do tipo de comando prescritivo externado nos julgamentos, pois

A decisão paradigmática do STF de proibir determinada atuação nos processos penais tem efeitos muito diversos daquela que simplesmente autoriza situações que se enquadram numa categoria delineada no precedente, mas sem impor a efetiva realização desse enquadramento a todos os processos em trâmite no Judiciário. Enquanto a primeira conduz à uniformização das soluções jurídicas de todos os processos criminais, na medida em que a vedação é dotada de universalidade, a segunda pode produzir resultados diversos em ações criminais semelhantes.⁵⁸⁰

A autora lembra que quando o Supremo permitiu a execução da pena antes do trânsito em julgado, os juízes e desembargadores estavam autorizados a determinar a prisão em segunda instância. No entanto, isso não é capaz de assegurar a isonomia entre todos aqueles que já tiveram condenação mantida por colegiado, de outro modo, com a proibição da execução da pena antes do trânsito em julgado, o resultado esperado é a inexistência de réus cumprindo pena antes do julgamento do último recurso. É portanto, um comando prescritivo que permite soluções jurídicas diversas em casos concretos que podem ser semelhantes,⁵⁸¹ o que justificaria o retorno do entendimento da corte ao precedente de 2009.

⁵⁸⁰ RODRIGUES, Fabiana Alves. **Lava Jato: aprendizado institucional e ação estratégica na Justiça**. São Paulo: WMF Martins Fontes. 2020, p. 88-89. E-book Kindle.

⁵⁸¹ RODRIGUES, Fabiana Alves. **Lava Jato: aprendizado institucional e ação estratégica na Justiça**. São Paulo: WMF Martins Fontes. 2020, p. 89. E-book Kindle.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho surgiu da ideia de abordarmos o tema da limitação à presunção de inocência, consubstanciado nos *habeas corpus* 126.292/SP, *habeas corpus* 152.752/PR e nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43, 44 e 54 na interseção entre as esferas do Direito e da Política.

No *Capítulo 1* observamos os principais aspectos dogmáticos do princípio da presunção de inocência a partir dos votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal. Sobre os aspectos históricos e hermenêuticos do princípio da presunção de inocência, traçamos a linha argumentativa do Ministro Celso de Mello acerca do contexto que culminou com a normatização do princípio, convocando uma discussão sobre o poder do estado *versus* o poder do indivíduo e desenhando uma relação direta entre a supressão da presunção de inocência com a opressão de um estado autoritário. A origem do princípio é lembrada nas anotações de Tomás de Aquino em “*Suma Teológica*”, inscrito em resultado de processos de desenvolvimento político-jurídicos. A contextualização para o caso brasileiro ocorre a partir da remissão ao Decreto-lei nº 88, de 1937, que impunha como regra legal o próprio acusado ter de provar que não era culpado e vai até a Ditadura Militar (1964-1985), período sombrio da nossa história em que prevaleceu a supressão de direitos e garantias fundamentais.

A Constituição de 1988 deu *status* constitucional à presunção de inocência, suprimida *se* não coubesse recurso contra a decisão que reconhecesse a culpa do acusado. Mas trata-se de “princípio da presunção de inocência ou princípio da não-culpabilidade?” Apesar das divergências, a doutrina seguiu com “equivalentes semânticos” e “distinção artificial, encontrou a discussão Princípio vs. Regra e a harmonização da presunção de inocência com os demais princípios constitucionais. Ainda, abordamos o debate sobre a ocorrência da Mutação Constitucional e a necessidade de garantir a efetividade da lei penal, em prol dos bens jurídicos com *status* constitucional da vida, da integridade física e psíquica, da propriedade. Os votos de Teori Zavascki, Edson Fachin, e Luís Roberto Barroso contaram com críticas ao funcionamento do sistema recursal, resumidos na ideia de que é no âmbito das instâncias ordinárias que se exaure a possibilidade do exame de fatos e provas, insusceptíveis de exame pela instância extraordinária.

Outra perspectiva utilizada pelos Ministros foi descrédito da sociedade ante ao sistema de justiça brasileiro. O argumento de que a impossibilidade de execução da pena após o julgamento final pelas instâncias ordinárias reforça a seletividade do sistema penal foi utilizado pelos Ministros Luís Roberto Barroso, Teori Zavascki (Relator) e Luiz Fux nos anos de 2016, 2018 e 2019. A possibilidade de recorrer em liberdade beneficiaria réus de maior poder aquisitivo. A necessidade de restaurar a confiança da sociedade na Justiça criminal foi também um argumento, junto ao da eficácia da lei penal. O Ministro Luís Roberto Barroso fez a opção pelo pragmatismo defendendo que a tese de reversão da decisão do habeas corpus de 2009 poderia promover o equilíbrio e funcionalidade do sistema de justiça criminal, a redução da seletividade do sistema penal e a quebra do paradigma de impunidade.

De tudo o que foi abordado, ainda permaneceu a impressão de que a corte se movimentou a partir de uma crise do contexto político brasileiro. Se assim ocorreu, nos propusemos a investigar o que pode ser decisivo para a estabilidade da jurisprudência. Buscamos, então, por uma compreensão matizada do *judicial review*. Nela os juízes não são salvadores, heróis ou antidemocráticos, Barry Friedman fala em “restrições rígidas” que norteiam o judiciário, como as nomeações dos juízes em processos políticos, suas ideologias, o ambiente colegiado, Jack Balkin fala em compreender as forças que moldam a tomada de decisão.

Foi então que, no *Capítulo 2*, apontamos uma inflexão sobre dois pontos centrais das teorias normativas a partir de Robert Post: a relação entre Direito e a Política é irrenunciável, paradoxal e dinâmica. O *judicial review* está inserido na política, em um “vínculo simbiótico” em que a Política é um “ninho de paradoxos” que oscila entre concordância e discordância. O Direito é também desacordo que passa pela Política e vai até o Direito e para além dele, portanto, “*acordo*” e “*desacordo*” são fatos sociais que existem e persistem, independentemente de estarmos tratando da esfera da Política, ou da esfera do Direito. Ambos compõem uma dinâmica de integração social.

Passamos ao “Nomos e Narrativa”, de Robert Cover, que descreve o direito como inseparável da narrativa. Se o Direito é compreendido no contexto das narrativas que lhe dão sentido ele acaba por tornar-se o “próprio mundo em que vivemos”, é como “uma ponte”, o *nomos* não é utopia, mas a lei é o que sustenta nossa realidade. A narrativa é integração entre “é”, “deveria” e “o que poderia ser”. A transformação da interpretação jurídica ocorrerá quando houver alguém disposto a aceitar as exigências da interpretação,

e assim o afirma. Qual é, então, o papel da Política para o Direito? Ela forma, complementa e estrutura as camadas da decisão jurídica, sustentando a relação dinâmica e dialética de construção do significado constitucional, ela amplia o debate, adiciona “um degrau” de disputa pelo significado, círculos de divergências contínuos. Por fim, adicionamos a discussão sobre a “influência” e “restrição” da lei sobre os juízes, compreendendo a lei como apenas uma das muitas influências que os ministros de uma corte podem receber.

Então, como ocorre o processo de mudança constitucional? A partir de Barry Friedman conhecemos a tarefa do *judicial review*: conciliar os profundos compromissos constitucionais com as preferências da atualidade, identificar uma tradição relevante e entregar ou frustrar a vontade da maioria. Barry Friedman constata a convergência entre a opinião pública e a Suprema Corte ao longo do tempo, no entanto, esse é não é um argumento de *simples deferência* das cortes às vontades do povo. Como essa convergência ocorre?

Afinal, *quando* e *como* ocorre essa convergência? “De que modo” interpretação constitucional e opinião pública se encontram? O sentido da ideia de Friedman nos parece ser o de que as trocas de percepções sobre as decisões do *judicial review* entre público e corte ocorram nas camadas dos apoios específico e difuso, se esses forem concebidos em termos de conteúdo constitucional. Supomos a existência de *um fluxo* do conteúdo que opera da opinião pública em direção às cortes, uma vez que Friedman pondera que a barreira entre “apoio específico” e “apoio difuso” pode se romper, um momento de oportuniza o encontro de ideias e percepções sobre o conteúdo da decisão, sendo nesse ponto que nesse ponto que poderíamos localizar um papel para a política. Desse modo, para Friedman, a questão não está em se decisão constitucional pode incluir a opinião pública, mas em como ela deve fazê-lo.

Ainda, nos direcionamos à ideia de “constituição invisível”. Para Laurence Tribe o que compreendemos como constituição (visível) flutua em um oceano vasto e fundamentalmente invisível de ideias. O foco do autor são os fundamentos invisíveis sobre os quais a mera leitura das palavras não revela. Trouxemos o assunto para a discussão brasileira: o que seria parte da “constituição invisível”? Em relação ao tema processo de mudança constitucional trazemos duas análises: Barry Friedman, explorando as implicações do movimento cíclico de argumentos normativos parte hipótese que estaríamos a “ver um ciclo completo de teoria constitucional com clareza” e Jack Balkin,

trata do sentimento generalizado de que algo está errado com a democracia constitucional nos Estados Unidos orientando três ciclos da política americana (ascensão e queda de regimes políticos, ciclo de polarização e despolarização, ciclo de decadência e renovação do governo republicano).

No *Capítulo 3* orientamos a discussão para o contexto brasileiro, analisando os “aspectos de política” que cercaram as decisões jurídicas nos *habeas corpus* 126.292/SP, *habeas corpus* 152.752/PR e Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43, 44 e 54. Então, com base em bibliografia da ciência política, tratamos da Operação Lava Jato a partir do contexto das manifestações de 2013, que impactou de forma abrangente a democracia, atingindo os Poderes Legislativo e Judiciário, o Ministério Público, a Polícia Federal, a imprensa, a opinião pública e a economia, todas instituições centrais à arquitetura da democracia brasileira.

A Operação Lava Jato ocorreu a partir do voluntarismo e da ação estratégica de agentes públicos em prol de uma agenda anticorrupção no Brasil. É uma das maiores operações de combate à corrupção da história, mas é também, em sua expressão política, um dos elementos que compõe o abalo da construção democrática brasileira entre os anos de 2013 a 2018. Correlacionamos a operação com a dinâmica política e analisamos as suas repercussões na democracia brasileira, como também seus atributos institucionais e processuais, e ainda as suas relações com a mídia e opinião pública. O enquadramento da luta anticorrupção levada à cabo pelos operadores da Lava Jato nos conduziu a um clima anti-política a partir de dois elementos: o punitivismo jurídico e uma concepção moral de política judicialmente sancionada. A operação consolidou uma narrativa de combate à corrupção e um cenário favorável ao punitivismo, no qual a prisão antes do trânsito em julgado era um dos instrumentos indispensáveis.

Em seguida, com base em Barry Friedman, passamos a abordar “a política do *judicial review*”, identificando as “camadas de política” envolvidas nos julgamentos dos *habeas corpus* 126.292/SP, *habeas corpus* 152.752/PR e Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43, 44 e 54 no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Tentando compreender até que ponto o meio político pode restringir a autonomia judicial, tratamos, a partir de marco teórico das teorias positivas, das possíveis influências políticas nas decisões jurídicas sobre a limitação à presunção de inocência, as quais representam verdadeiras restrições ao comportamento judicial: os valores pessoais dos juízes e os processos de nomeação de ministros para a corte; a relação da corte com a opinião

pública; as relações entre o colegiado do Supremo; o “jogo político” entre os Poderes Judiciário, Legislativo e Executivo e, por fim, propomos um breve apontamento sobre a interação das cortes com os tribunais inferiores. Nesse ponto, nos valem da obra de Recondo e Weber que descrevem os bastidores da Corte para abordar, separadamente, as influências no Supremo Tribunal Federal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert; PULIDO, Carlos Bernal. **Teoría de los derechos fundamentales**. 2007; Cf. DWORKIN, Ronald; FAEDRICH, Nelson Boeira. **Levando os direitos a sério**. Martins Fontes, 2002.

ALVARENGA, Guilherme Emmanuel Lanzillotti. Humberto Ávila. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia, v. 46, n. 1, 2018; Cf. DE BARCELLOS, Ana Paula. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Ed. Renovar, 2005.

ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Ministrocracia: o Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro. **Novos estudos CEBRAP**, v. 37, p. 13-32, 2018.

ARGUELHES, Diego Werneck; HARTMANN, Ivar A. Timing control without docket control: how individual justices shape the Brazilian Supreme Court's agenda. **Journal of Law and Courts**, v. 5, n. 1, p. 105-140, 2017. Disponível em: <<https://www.journals.uchicago.edu/doi/full/10.1086/690195>>. Acesso em 09.16.2021.

AVRITZER, Leonardo. **Democracy and the public space in Latin America**. Princeton University Press, 2009, p. 105.

AVRITZER, Leonardo. **Impasses da democracia no Brasil**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, p. 81, 2016; Cf. AVRITZER, Leonardo. **Participatory Institutions in Democratic Brazil**. Baltimore: The Johns Hopkins University Press; Cf Impasses da Democracia no Brasil. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira. 2016

AVRITZER, Leonardo. **Política e antipolítica: A crise do governo Bolsonaro**. São Paulo: Todavia, 2020. p. 19. E-book Kindle.

AVRITZER, Leonardo; MARONA, Marjorie. **A tensão entre soberania e instituições de controle na democracia brasileira**. Dados – Revista de Ciências Sociais. Rio de Janeiro. v. 60, núm. 2, p. 359-393, 2017.

AVRITZER, Leonardo; MARONA, Marjorie Corrêa. **Judicialização da política no Brasil**: ver além do constitucionalismo liberal para ver melhor. Revista Brasileira de Ciência Política, v. 15, 2014.

BALKIN, Jack M. How Social Movements Change (or Fail to Change) the Constitution: The Case of the New Departure. **Suffolk UL Rev.**, v. 39, 2005.

BALKIN, Jack M.. *Respect-Worthy*: Frank Michelman and The Legitimate Constitution. In: Tulsa Law Review, vol.39, 2004.

BALKIN, Jack M.; LEVINSON, Sanford. Understanding the constitutional revolution. **Va. L. Rev.**, v. 87, p. 1045, 2001. Disponível em:

<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/valr87&div=38&id=&page=> Acesso em 08.09.2020.

BALKIN, Jack M.; SIEGEL, Reva B. Principles, practices, and social movements. **University of Pennsylvania Law Review**, v. 154, n. 4, p. 927-950, 2006. Disponível em: <<https://jackbalkin.yale.edu/sites/default/files/files/principleslpracticesandsocialmovements1.pdf>>. Acesso em 18.10.2020

BALKIN, Jack M. The Recent Unpleasantness: Understanding the Cycle of Constitutional Time. **Ind. LJ**, v. 94, p. 253, 2019. Disponível em: <<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/indana94&div=9&id=>&page=>. Acesso em 14.11.2021.

BAPTISTA, Érica Anita; TELLES, Helcimara de Souza. Lava Jato: escândalo político e opinião pública. **Operação Lava Jato e a democracia brasileira. São Paulo: Editora Contracorrente**, p. 229-255, 2018.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. Common Law and Civil Law: Convergences Beyond a Written Constitution. *Cuest. Const.*, Ciudad de México, n. 40, p. 39-73, jun. 2019. Disponível em: <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-91932019000100039&lng=es&nrm=iso>. Acesso em: 01 nov. 2021. Epub 20-Mar-2020. <<https://doi.org/10.22201/ij.24484881e.2019.40.13227>>. P. 66 e ss.

BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. **História constitucional brasileira: mudança constitucional, autoritarismo e democracia no Brasil pós-1964.** Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2016

BARROSO, L. R. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BEDNAR, Jenna. The Dialogic Theory of Judicial Review: A New Social Science Research Agenda. **Geo. Wash. L. Rev.**, v. 78, p. 1178, 2009.

BELLUZZO, Luiz Gonzaga. As consequências econômicas da Lava Jato. **Operação Lava Jato e a democracia brasileira. São Paulo: Editora Contracorrente**, p. 21-37, 2018.

BENESH, Sara C.; MARTINEK, Wendy L. **State Supreme Court decision making in confession cases.** *Justice System Journal*, v. 23, n. 1, p. 109-133, 2002.

BICKEL, Alexander M. The least dangerous branch. In: **The Least Dangerous Branch.** Yale University Press, 1986.

BONAVIDES, Paulo; DE ANDRADE, Paes. **História constitucional do Brasil.** Universidade Portucalense, 2003.

BOURDIEU, P. **O poder simbólico.** 10. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade 29**. Relator -Luiz Fux. Pleno - Diário de Justiça Eletrônico, Brasília 29 jun de 2012. Disponível em: <https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/ADC_29_DF_1345565655567.pdf?Signature=UgmsLUneDEAv7r58HYJObBDm%2Fpk%3D&Expires=1576421884&AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEA0765VPOG&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=a5629fd9b227bc5ae236e141dae239b7>. Acesso em 12 dez 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade 43**. Distrito Federal. Requerente :Partido Ecológico Nacional – PEN. Intimados: Presidente da República et al. Am. Curiae.: Defensor Público-Geral do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 17 de outubro de 2019. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADCvotoRelator.pdf>>. Acesso em: 22 abr. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 84.078/MG**. Relator Eros Grau - Pleno - Diário de Justiça Eletrônico, Brasília 05 fev. 2009. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>>. Acesso em: 07 de setembro de 2017).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 126.292/SP**. Relator Teori Zavascki - Pleno - Diário de Justiça Eletrônico, Brasília 17 fev. 2016. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 07 de setembro de 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 152.752/PR**. Relator Edson Fachin - Pleno - Diário de Justiça Eletrônico, Brasília 04 abr. 2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC152.752Voto.pdf>>. Acesso em: 07 de setembro de 2018.

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

CALDEIRA, Gregory A.; GIBSON, James L. **The etiology of public support for the Supreme Court**. American journal of political science, p. 635-664, 1992. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/2111585>. Acesso em 18.11.2022

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1984. P. 102-103.

CARVALHO NETTO, Menelick de. **A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito**. In Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira (Coordenador), Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

CARVALHO NETTO, Menelick de; TOMAZ, Mateus Rocha; BASTOS, Marcus Vinícius Fernandes. **Constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal. Parecer ao Partido Ecológico Nacional (PEN), responsável pelo ajuizamento da**

Ação Direta de Constitucionalidade n. 43. Parecer disponível nos autos da referida ADC.

CERDEIRA, Pablo de Camargo; VASCONCELLOS, Fábio; SGANZERLA, Rogério Barros. **Três décadas de reforma constitucional: onde e como o Congresso Nacional procurou modificar a Constituição de 1988.** 2018. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/27163>. Acesso em 05. 08. 2021.

CITTADINO, Gisele. **Poder Judiciário, ativismo judicial e democracia.** Revista Alceu, Rio de Janeiro, v. 5, n. 9, p. 105-113, jul./dez. 2004.

CLARK, Daniel. **Integral Mission 'At the Car Wash': Facing the Challenges of Post-Odebrecht South America.** Baptist Theologies, v. 10, n. 1, 2018.

TONET, I. Sobre as atuais manifestações. In: GONÇALVES, M. B. (Org.). **As jornadas de junho: o significado do retorno das manifestações de massas no Brasil.** Recife: Do Organizador, 2014. p.23.

COVER, Robert M. Foreword: Nomos and narrative. **Harv. L. Rev**, v. 97, p. 4, 1983. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/hlr97&div=13&id=&page=>>. p. 6. Acesso em 07.12.2021.

DE ALMEIDA, Frederico. **Justiça, combate à corrupção e política: uma análise a partir da operação Lava Jato.** REVISTA pensata| V. 5 N. 2 novembro DE 2016, p. 72, 2016.

DE SA E SILVA, Fabio. **Relational legal consciousness and anticorruption: Lava Jato, social media interactions, and the co-production of law's detraction in Brazil (2017–2019).** Law & Society Review, v. 56, n. 3, p. 344-368, 2022. P. 363.

DIAS, Vitor Gonçalves. AVRITZER, Leonardo. **Política e antipolítica.** Revista Sul-Americana de Ciência Política, v. 6, n. 2, p. 287-290, 2020.

DWORKIN, Ronald. **A Matter of Principle.** Cambridge, Massachusetts, and London, England: Harvard University Press, 1985.

DWORKIN, Ronald. **Justice for Hedgehogs.** Cambridge, Massachusetts, and London, England: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011. P. 330)

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito.** Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. (Coleção Direito e Justiça).

ELY, John Hart. **Democracy and distrust: A theory of judicial review.** Harvard University Press. 1980. Alexander Bickel. BICKEL, Alexander M. **The least dangerous branch.** Yale University Press, 1986.

EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack; MARTIN, Andrew D. The Supreme Court as a strategic national policymaker. **EMORY Lj**, v. 50, p. 583, 2001. Disponível em: https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=6090&context=faculty_scholarshi.

EASTON, David. **A systems analysis of political life**. 1965.

EASTON, David. A re-assessment of the concept of political support. **British journal of political science**, v. 5, n. 4, p. 435-457, 1975.

ESKRIDGE JR, William N.; FRICKEY, Philip P. Foreword: Law as Equilibrium. **Harv. L. Rev**, v. 108, p. 26, 1994. Disponível em: <<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/hlr108&div=14&id=&page=>>>. Acesso em 13.08.2020.

EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack. **The choices justices make**. Sage, 1997.

FEREJOHN, John et al. A positive theory of statutory interpretation. **International Review of Law and Economics**, v. 12, n. 2, p. 263-279, 1992. Disponível em: <https://www.researchgate.net/profile/Barry-Weingast/publication/4774899_A_Positive_Theory_of_Statutory_Interpretation/links/5c62216492851c48a9cd4820/A-Positive-Theory-of-Statutory-Interpretation.pdf>. Acesso em 22.12.2021.

FEREJOHN, John. **Judicializing politics, politicizing law**. Law and contemporary problems, v. 65, n. 3, p. 41-68, 2002.

FERRAJOLI, Luigi et al. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Editora Revista dos Tribunais, 2006.

FERRARA, Francesco. **Interpretação e aplicação das leis**. 2ª Ed. Trad. Manuel A. D. de Andrade. Coimbra, Arménio Amado Editor, 1963. P. 140.

FERNANDES, Florestan. **Constituinte e revolução. Democracia e desenvolvimento**. p. 153-189, 1994.

FRANKLIN, Charles H.; KOSAKI, Liane C. **Media, knowledge, and public evaluations of the Supreme Court**. Contemplating courts, p. 352-75, 1995.

FRIEDMAN, Barry. **Constitucionalismo popular mediado**. Revista Ju, 2005. Disponível em: <https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n6N1-October2005/061Juridica06.pdf>. Acesso em 30.03.2020.

FRIEDMAN, Barry. **The will of the people: how public opinion has influenced the Supreme Court and shaped the meaning of the Constitution**. Farrar, Straus and Giroux, 2009.

FRIEDMAN, Barry. **The Will of the People and the Process of Constitutional Change**. Geo. Wash. L. Rev., v. 78, p. 1232, 2009. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/gwlr78&div=59&id=&page=>. Acesso em 13.10.2022.

FRIEDMAN, Barry. **Dialogue and judicial review**. Mich. L. Rev., v. 91, p. 577, 1992. Disponível em: <<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/mlr91&div=34&id=&page=>>>. Acesso em 23.09.2022.

FRIEDMAN, Barry, **The Birth of an Academic Obsession: The History of the Countermajoritarian Difficulty**, Part Five, 112 YALE LJ 153, 169 n. 47 (2002). Cite reading," Walton H. Hamilton & George D. Braden, The Special Competence of the Supreme Court, 50 YALE LJ 1319, 1335 (1941). Disponível em: <<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/ylr112&div=17&id=&page=>>>. Acesso em: 3 de junho 2021.

FRIEDMAN, Barry. **The politics of judicial review**. Tex. L. Rev. v. 84. p. 257. 2005. Disponível em: <<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/tlr84&div=21&id=&page=>>>. Acesso em 10 de abril de 2021. p. 285.

FRIEDMAN, Barry; SMITH, Scott B. **Sedimentary Constitution**. U. Pa. L. Rev., v. 147, p. 1, 1998. Disponível em: <<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/pnlr147&div=10&id=&page=>>>. Acesso em 14.09.2020.

FRIEDMAN, Barry. **Reconstructing Reconstruction: Some Problems For Originalists (And For Everyone Else, Too)**. Journal of Constitutional Law, v. 11, n. 5, p. 09-32, 2009. Cf. BALKIN, Jack M. **Framework originalism and the living constitution**. Nw. UL Rev., v. 103, p. 549, 2009.

FRIEDMAN, Barry. **The Cycles of Constitutional Theory**. Law and Contemporary Problems, v. 67, n. 3, p. 149-174, 2004. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=678361>. Acesso em 13.11.2022

FORBATH, William E., The Will of the People? Pollsters, Elites, and Other Difficulties, 78 GEO. WASH. L. REV. 1191, 1191–92 (2010); PRIMUS

GRAU, Eros Roberto. **Ainda a Prisão em Segunda Instância**. É só o legislativo inovar, como prudência, os nossos códigos de processo penal e civil. Disponível em: <<https://opinioao.estadao.com.br/noticias/espaco-aberto,ainda-a-prisao-em-segunda-instancia,70003115348>>. Acesso em 15 dez 2019.

GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes**. São Paulo: Malheiros, 2013.

GOMES, Juliana Cesario Alvim. **Por um Constitucionalismo Difuso: cidadãos, movimentos sociais e o significado da Constituição**. 2014.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Comentários à convenção americana sobre direito humanos: pacto de San José da Costa Rica**. 2009.

GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação**. Ed. Forense, 2011.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição.** *Direito Público*, v. 11, n. 60, p. 25-50, 2014.

HARTMANN, Ivar Alberto Martins; DA SILVA FERREIRA, Livia. Ao relator, tudo: o impacto do aumento do poder do ministro relator no Supremo. **Revista Opinião Jurídica (Fortaleza)**, v. 13, n. 17, p. 268-283, 2015. Disponível em: <<https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/266>>. Acesso em: em 09.16.2021.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo.** São Paulo: Editora Vozes. 2002. Volume I. Página 211.

HESSE, Konrad; MENDES, Gilmar Ferreira. **A força normativa da Constituição.** Porto Alegre: Fabris, 1991; cf. MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional.** *Revista da Faculdade de Direito*, n. 16, 1999.

HORBACH, Carlos Bastide. **Referências estrangeiras são constante no STF.** *In: Consultor Jurídico, Observatório Constitucional*, 10.11.2012. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2012-nov-10/observatorio-constitucional-referencias-estrangeiras-sao-constante-stf>>. (último acesso em 13.06.2016).

KEITH E. WHITTINGTON, **Once More Unto the Breach: Post-Behavioralist Approaches to Judicial Politics.** *25 LAW & SOC. INQUIRY* 601, 601 (2000).

KERCHE, Fábio; FERES JÚNIOR, João. **Operação Lava Jato e a democracia brasileira.** Editora Contracorrente. 2018, p. 198. E-book Kindle.

KERCHE, Fábio; MARONA, Marjorie. **A política no banco dos réus: a Operação Lava Jato e a erosão da democracia no Brasil.** Autêntica Editora. 2022. E-book Kindle.

KRAMER, Larry; KRAMER, Larry D. **The people themselves: popular constitutionalism and judicial review.** Oxford University Press, USA, 2004.

LAGUNES, Paul F.; SVEJNAR, Jan (Ed.). **Corruption and the Lava Jato Scandal in Latin America.** Routledge, 2020.

MENDES, Conrado. **Constitutional courts and deliberative democracy.** Oxford University Press, 2013.

MENDES, Conrado Hübner. **Deliberative Performance of Constitutional Courts.** Texto em prelo apresentado no Colóquio de Departamento de Ciência Política da Universidade de São Paulo. 2012.

MENDES, Conrado Hubner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação.** 2011. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo.

MEYER, Emílio Peluso Neder. **A decisão no controle de constitucionalidade.** 2008.

MEYER, Emilio Peluso Neder. **Ditadura e Responsabilização**: Elementos para uma Justiça de Transição no Brasil. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.

MEYER, Emilio Peluso Neder. **Militarization of Politics in Brazil**. Available at SSRN 3157090, 2018. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3157090>. Acesso em 30.09.2020>.

MEYER, Emílio Peluso Neder. **Constitutional Erosion in Brazil**. Oxford: Hart Publishing, 2021.

MEYER, David S.; STAGGENBORG, Suzanne. **Movements, countermovements, and the structure of political opportunity**. American Journal of Sociology, v. 101, n. 6, p. 1628-1660, 1996.

MOUFFE, Chantal., **On the Political**. 2005; MOUFFE, Chantal. Por um modelo agonístico de democracia. **Revista de Sociologia e Política**, p. 11-23, 2005. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/rsocp/a/k5cVRT5zZcDBcYpDCTxTMPc/abstract/?lang=pt>>. Acesso em 11.11.2018.

NOVELINO, Marcelo. O STF e a opinião pública. **Revista do Ministério Público (Rio de Janeiro)**, v. 1, p. 155-180, 2014.

OLIVEIRA, M.A. Cattoni de. **O caso Ellwanger**: uma crítica à ponderação de valores e interesses na jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal. Belo Horizonte, 2006. p. 7.

PERETTI, Terri Jennings. **In defense of a political court**. In: In Defense of a Political Court. Princeton University Press, 2001.

POST, ROBERT C. AND SIEGEL, REVA B. Roe Rage: **Democratic Constitutionalism and Backlash**. (2007). Faculty Scholarship Series. Paper 169. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/169>. Acesso em 20 de outubro de 2016.

POST, Robert C.; SIEGEL, Reva B. **Legislative Constitutionalism and Section Five Power: Policentric Interpretation of the Family and Medical Leave Act**. Yale LJ, v. 112, p. 1943, 2002. Disponível em : <<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/ylr112&div=71&id=&page=>>>. Acesso em 17.08.2020.

POST, Robert C, The Supreme Court, 2002. **Term-Foreword: Fashioning the Legal Constitution: Culture, Courts, and Law**. 117 HARV. L. Rev, v. 4, n. 8, 2003. Disponível em: <https://hero.epa.gov/hero/index.cfm/reference/details/reference_id/7765986>. Acesso em 16.09.2021.

POST, Robert. Theorizing disagreement: Reconceiving the relationship between law and politics. **California Law Review**, v. 98, n. 4, p. 1319-1350, 2010. Disponível em:

<https://www.californialawreview.org/wp-content/uploads/2014/10/Post.FINAL_.pdf>. Acesso em 08.09.2020. P. 1336 a 1340.

POST, ROBERT C. AND SIEGEL, REVA B. **Questioning Justice: Law and Politics in Judicial Confirmation Hearings**. 115 YALE L.J. POCKET PART 38 (2006), [http://www.thepocketpart.org/2006/01/post and siegel.html](http://www.thepocketpart.org/2006/01/post%20and%20siegel.html).

RECONDO, Felipe; WEBER, Luiz. **Os onze: o STF, seus bastidores e suas crises**. Editora Companhia das Letras, 2019.

RODRIGUES, Fabiana Alves. **Lava Jato: aprendizado institucional e ação estratégica na Justiça**. São Paulo: WMF Martins Fontes. 2020, p. 89. E-book Kindle.

ROSANVALLON, Pierre. **La contrademocracia: la política en la era de la desconfianza**. (G. Zadunaisky, Trad.). Buenos Aires: Manantial. 2007.

ROSENBERG, Gerald N. **The hollow hope**. In: *The Hollow Hope*. University of Chicago Press, 2008.

ROSENFELD, Michel. **A identidade do sujeito constitucional**. Trad. Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

ROSENFELD, Michel. **Judicial Politics versus Ordinary Politics: Is the Constitutional Judge Caught in the Middle?** *Judicial Power* (Cambridge University Press 2018)(Forthcoming), 2018. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3099752>. Acesso em 25 nov 2019.

SARMENTO Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil. In: FELLET, André Luiz Fernandes et al. **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 73-113.

SCHAUER, Frederick. **Formalism: legal, constitutional, judicial**. In: *The Oxford handbook of law and politics*. 2008.

SCHOLLER, H. Ingo Wolfgang Sarlet: **A Eficacia dos Direitos Fundamentais**. VERFASSUNG UND RECHT IN UBERSEE, v. 32, p. 275-277, 1999.

SEGAL, Jeffrey Allan; SPAETH, Harold J. **The Supreme Court and the attitudinal model**. New York: Cambridge University Press, 1993.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

SUPREMA CORTE DO ESTADOS UNIDOS. **Estados Unidos v. Lopez**. Disponível em: <https://tile.loc.gov/storage-services/service/l/usrep/usrep514/usrep514549/usrep514549.pdf>. Acesso em 15.10.2022

SUPREMA CORTE DO ESTADOS UNIDOS. **Casey v. Planned Parenthood of Pennsylvania**. Disponível em: <https://tile.loc.gov/storage-services/service/l/usrep/usrep505/usrep505833/usrep505833.pdf>.

SUPREMA CORTE DO ESTADOS UNIDOS. **Mazurek v. Armstrong**. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/520/968/>. Acesso em 30.10.2022

SUPREMA CORTE DO ESTADOS UNIDOS. **Greenville Women's Clinic v. Bryant**. Disponível em: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp2/66/691/2489231/>. Acesso em 30.10.2022

SUPREMA CORTE DO ESTADOS UNIDOS. **Karlin v. Foust**. Disponível em: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/975/1177/1458883/>. Acesso em 30.10.2022.

TRIBE, Laurence H. **American Constitutional Law**. 3. ed. Nova Iorque: Foundation Press, 2000.

TRIBE, Laurence H. **The invisible constitution**. Oxford University Press, 2008.

TRIBE, Laurence H.; DORF, Michael C. **On reading the Constitution**. Harvard University Press, 1992.

TRINDADE, André Karam. Garantismo versus neoconstitucionalismo: os desafios do protagonismo judicial em terrae brasilis. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Orgs.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 231-253.

TRINDADE, André Karam; MORAIS, Fausto Santos de. Ativismo Judicial: as experiências norteamericana, alemã e brasileira. *Revista da Faculdade de Direito (UFPR)*, v. 53, p. 57-84, 2011.

TUSHNET, Mark. **Taking the Constitution Away from the Courts**. Princeton: Princeton University Press. 1999.

VIANNA, Luiz Werneck et al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A batalha dos poderes: Da transição democrática ao mal-estar constitucional**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

YAROCHEWSKY, Leonardo. **O Princípio da Presunção de inocência e a “Lei da Ficha Limpa” à Luz do estado constitucional**. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/pdf/j.ctvn96fnp.27.pdf>. Acesso em 14 dez 2019.

WESTERLAND, Chad et al. Strategic defiance and compliance in the US courts of appeals. **American Journal of Political Science**, v. 54, n. 4, p. 891-905, 2010.

WHITTINGTON, Keith E. **Once more unto the breach: postbehavioralist approaches to judicial politics**. *Law & Social Inquiry*. v. 25. n. 2. 2000. p. 601-634.