

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS

Faculdade de Direito/Programa de Pós-Graduação

Ingrid Cunha Dantas

CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO:

Sobre Constituição, Presunção de Inocência e Execução Provisória da Pena

BELO HORIZONTE

2018

INGRID CUNHA DANTAS

**CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO:
Sobre Constituição, Presunção de Inocência e Execução Provisória da Pena**

Dissertação apresentada pela aluna **Ingrid Cunha Dantas** ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, sob a orientação do **Prof. Dr. Bernardo Gonçalves Fernandes**, como requisito para obtenção do título de mestre em direito.

BELO HORIZONTE
FACULDADE DE DIREITO

2018

D192c Dantas, Ingrid Cunha
Constitucionalismo democrático: sobre constituição, presunção de inocência e execução provisória da pena / Ingrid Cunha Dantas. – 2018.

Orientador: Bernardo Gonçalves Fernandes.
Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito.

1. Direito constitucional – Brasil – Teses 2. Constituição – Teses
3. Presunção de inocência I.Título

CDU(1976) 342.4(81)

Ingrid Cunha Dantas, **CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO: Sobre Constituição,
Presunção de Inocência e Execução Provisória da Pena**

Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, como requisito obrigatório para obter o título de mestre em direito.

Aprovada pela banca examinadora constituída pelos professores:

Prof. Dr. Bernardo Gonçalves Fernandes – Universidade Federal de Minas Gerais
(Orientador)

Belo Horizonte, 30 de Agosto de 2018.

AGRADECIMENTOS

Concluir o mestrado na Faculdade de Direito da UFMG é uma das maiores conquistas até hoje em minha vida e, com certeza, não teria chegado até esse momento sem o apoio de pessoas que se fizeram tão importantes ao longo desse caminho.

Gostaria de agradecer primeiramente aos meus pais, Noaldo e Fátima. Pai e mãe, vocês são e sempre serão a razão de tudo. Obrigada por acreditarem no meu potencial, por me permitirem viver esse sonho e por me apoiarem incondicionalmente.

Agradecer ao meu irmão, Henrique, pela inspiração. Você é um grande exemplo de persistência e comprometimento.

Agradecer à minha família de BH e de Maceió pelo apoio e confiança no meu potencial.

Agradecer ao meu orientador, Bernardo Gonçalves Fernandes, pelos ensinamentos que se iniciaram ainda na graduação - na iniciação científica e, posteriormente, na orientação de monografia - e se perpetuaram ao longo do mestrado. Obrigada pelo diálogo e pelo empenho na minha formação acadêmica e humana.

Agradecer à professora Mariah Brochado pelo privilégio da convivência, sempre dialógica e rica em conhecimentos e reflexões.

Agradecer aos professores Marcelo Cattoni e Thomas Bustamante pelas contribuições e sugestões na qualificação do meu projeto de mestrado. É sempre um privilégio poder aprender com vocês que são referências na academia do direito.

Agradecer também aos demais professores dessa Casa pelo diálogo dentro e fora das salas de aula.

Agradecer aos meus amigos, em especial ao Caio, à Adriana e ao Diogo, por me ensinarem, através de ações, o verdadeiro significado da palavra amizade.

Agradecer aos meus colegas de mestrado, por compartilharem o dia-a-dia das aulas, dividindo conhecimentos, angústias e experiências.

Agradecer a todos que fazem parte da Faculdade de Direito da UFMG, que por quase oito anos foi minha segunda casa, e que sempre será lembrada com muito carinho e saudade. Espero reencontrá-los no futuro!

À minha estrela, Guiomar.

"Ora (dizeis) ouvir estrelas! Certo
Perdeste o senso!" E eu vos direi, no entanto,
Que, para ouvi-las, muita vez desperto
E abro as janelas, pálido de espanto...

E conversamos toda a noite, enquanto
A via láctea, como um pálio aberto,
Cintila. E, ao vir do sol, saudoso e em pranto,
Inda as procuro pelo céu deserto.

Dizeis agora: "Tresloucado amigo!
Que conversas com elas? Que sentido
Tem o que dizem, quando estão contigo?"

**E eu vos direi: "Amai para entendê-las!
Pois só quem ama pode ter ouvido
Capaz de ouvir e de entender estrelas."**

(Olavo Bilac, Soneto XIII da obra Via-Láctea)

HOLY WAR
Alicia Keys

If war is holy and sex is obscene
We've got it twisted in this lucid dream
Baptized in boundaries, schooled in sin
Divided by difference, sexuality and skin

Oh, so we can hate each other and fear each other
We can build these walls between each other
Baby, blow by blow and brick by brick
Keep yourself locked in, yourself locked in

Yeah, we can hate each other and fear each other
We can build these walls between each other
Baby, blow by blow and brick by brick
Keep yourself locked in, yourself locked

Oh, maybe we should love somebody
Oh, maybe we could care a little more
So maybe we should love somebody
Instead of polishing the bombs of holy war

What if sex was holy and war was obscene
And it wasn't twisted, what a wonderful dream
Living for love, unafraid of the end
Forgiveness is the only real revenge

Oh, so we can heal each other and fill each other
We can break these walls between each other
Baby, blow by blow and brick by brick
Keep yourself open, yourself open

Yeah, we can heal each other and fill each other
We can break these walls between each other
Baby, blow by blow and brick by brick
Keep yourself open, you're open

So maybe we should love somebody
Maybe we could care a little more
So maybe we should love somebody
Instead of polishing the bombs of holy war

What if love is holy and hate obscene
We should give life to this beautiful dream
'Cause peace and love ain't so far
If we nurse our wounds before they scar
Nurse our wounds before they scar

RESUMO

A pesquisa busca analisar, à luz das digressões do Constitucionalismo Democrático, as interpretações conferidas ao princípio da presunção de inocência, sobretudo no que concerne às suas implicações no âmbito processual penal. A análise, embora não seja circunscrita à interpretação judicial, tem como ponto de partida os posicionamentos do Supremo Tribunal Federal sobre o tema ao longo da vigência da Constituição de 1988, especialmente o seu último, em 2016, no julgamento do HC 126.292/SP. Neste, a Corte posicionou-se no sentido de permitir a execução provisória da pena após acórdão condenatório de segundo grau, mitigando o princípio da presunção de inocência em prol de uma resposta à sociedade.

Tal análise pretende repensar o papel das cortes na interpretação constitucional, indo além de teorias normativas juriscêntricas que limitam o processo de interpretação da constituição à atividade desenvolvida pelos juízes. Por essa razão, adota-se a linha norte-americana de abordagem, notadamente a desenvolvida pelos teóricos da escola de Yale, ao entender que, ao lado das cortes na interpretação constitucional, também estão outros atores não-judiciais, dentre eles o povo, as instituições políticas e o governo, membros igualmente legítimos e importantes na construção do projeto político nacional.

Dessa forma, pretende-se desenvolver uma visão constitucional que “leve a sério” os compromissos fundamentais assumidos com a Constituição de 1988, a qual, dentre seus principais objetivos, buscou coibir instrumentalizações do indivíduo, instituindo a democracia como forma de governo a ser oposta a tentativas ditatoriais de silenciar ou de oprimir o “outro”, quem quer que esse seja.

Palavras-chave: Constitucionalismo democrático; constituição; presunção de inocência; execução provisória da pena.

ABSTRACT

The proposed research seeks to analyze, in the light of the digressions of the Democratic Constitutionalism, the interpretations conferred to the principle of presumption of innocence, especially as far as its implications in the criminal procedural. The analysis, although not limited to judicial interpretation, has as its starting point the Supremo Tribunal Federal's views on the subject during the validity of the Constitution of 1988, especially its last, in 2016, in the judgment of HC 126.292/SP. In this case, the Court allowed the provisional execution of the penal sentence after second-degree conviction, mitigating the principle of presumption of innocence for a response to society.

This analysis intends to rethink the role of the courts in the constitutional interpretation, going beyond juriscentric and normative theories that limit the process of interpreting the constitution to the activity developed by the judges. For this reason, the american approach is adopted, notably that developed by the Yale school theoreticians, which understands that along with the courts in constitutional interpretation, there are also other non-judicial actors, among them the people, the political institutions and the government, equally legitimate and important members in the construction of the national political project.

Therefore, we intend to develop a constitutional vision that "takes seriously" the fundamental commitments assumed with the 1988 Constitution, which, among its main objectives, sought to eradicate the instrumentalization of the individual, instituting democracy as a form of government to be opposed to dictatorial attempts to silence or oppress the "other", whoever that is.

Keywords: Democratic constitutionalism; presumption of innocence; provisional execution of the penal sentence.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1. DO CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO: REVISITANDO OS PARÂMETROS TEÓRICOS ORIENTADORES DA PESQUISA.....	17
1.1 – o diálogo entre o constitucionalismo popular, constitucionalismo popular mediado e constitucionalismo democrático.....	18
1.2 - do constitucionalismo democrático: reconstruindo suas premissas básicas.....	27
1.3 - o reconhecimento no constitucionalismo democrático: a legitimação democrática da constituição e das cortes.....	37
2. A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO CONTEXTO PÓS-1988: A NOVA SEMÂNTICA CONSTITUCIONAL E A DEMOCRATIZAÇÃO DO PROCESSO PENAL.....	45
2.1 - A resposta do STF ao novo paradigma constitucional: a execução provisória da pena e o giro hermenêutico de 2009.....	52
2.2 - HC 126.292/SP: como o STF mitigou a presunção de inocência em prol de uma resposta à sociedade.....	55
3. REVISITANDO AS CAPACIDADES NORMATIVAS DO CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO À LUZ DO NOVO ORIGINALISMO DE JACK BALKIN.....	67
CONCLUSÃO.....	82
BIBLIOGRAFIA.....	87

INTRODUÇÃO

O debate relativo à legitimidade do papel das cortes no processo democrático não é novidade na academia do direito e da ciência política, sendo um dos principais temas de discussão tanto no âmbito nacional, quanto no internacional. Grande parte dos estudos até então desenvolvidos, no entanto, levam adiante perspectivas normativas e juriscêntricas que se voltam ou à justificação do papel do judiciário enquanto guardião da constituição¹ ou à sua descredibilização enquanto instituição não responsiva com a deliberação democrática, ambas insuficientes para apreensão da complexidade constitutiva da interação entre constitucionalismo e democracia.

Visando superar debates reducionistas e antagônicos como os supracitados, são crescentes os trabalhos acadêmicos que se preocupam em desenvolver a questão a partir de uma perspectiva positiva, como de fato é, do *locus* ocupado pela jurisdição constitucional em um Estado democrático e de direito. Dentre tais estudos, destaca-se o desenvolvido pelos autores da escola de Yale, Robert Post e Reva Siegel, em sua teoria do Constitucionalismo Democrático.

O Constitucionalismo Democrático surge como uma tentativa de superar visões maniqueístas da academia norte-americana centradas em polarizações entre direito e política, constitucionalismo e democracia, supremacia judicial e autogoverno do povo. Entendem Post e Siegel que tais fragmentações vão na contramão de um estudo comprometido do constitucionalismo, que tem em seu cerne a tensão construtiva entre estado de direito e democracia.²

Para os autores, as cortes, assim como as demais instituições, governo, movimentos sociais e o povo, são partes constitutivas do sistema político no qual estão imersas e em interconexão. Tal sistema faz parte de um projeto nacional assumido com a constituição que está em processo contínuo de evolução e significação, sendo aberto e inacabado e, porquanto, objeto constante de interpretação e de desacordos por parte dos membros da sociedade, que se engajam deliberativamente no debate para persuadir uns aos outros quanto ao melhor resultado.

Como vivemos em uma sociedade plural, em que o que é sinônimo de uma vida boa para uns não o é para outros, por vezes existem desacordos tão profundos que a deliberação

¹ Para os fins desse trabalho, usaremos o termo constituição com inicial maiúscula apenas quando estivermos nos referindo a uma constituição específica, por exemplo à Constituição de 1988.

² POST, Robert; SIEGEL, Reva. Roe rage: democratic constitutionalism and backlash. In: **Harvard Civil-Rights Civil-Liberties Law Review**, 2007. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/169>. Acesso em 17 de outubro de 2016. p. 385

coletiva não é suficiente para solucioná-los. Nesses casos, recorreremos às cortes para dirimir a controvérsia. A resposta judicial, embora seja definitiva para o caso concreto, é apenas provisória em relação ao desacordo maior subjacente a ele. Ou seja, a decisão das cortes não encerra o debate político, não põe fim a possibilidade de que o povo, as demais instituições e o governo discordem do seu sentido, muitas vezes ampliando e elevando os parâmetros da discussão por meio de uma nova rodada procedimental de debates.

A legitimidade da jurisdição constitucional, para a teoria de Post e Siegel, reside em sua responsividade democrática, ou seja, em sua habilidade de ser reconhecida, ainda que no futuro, como expressão da própria identidade do povo. Uma decisão judicial apenas será democraticamente legítima se for capaz de conquistar a aderência da sociedade ao sentido constitucional posto judicialmente, ainda que essa adesão venha a ocorrer em momento posterior da história. Não basta que as cortes observem e aparentem decidir conforme o direito, devem também ser permeáveis aos fluxos políticos que fazem parte da vida em sociedade.

O ponto chave da teoria de Post e Siegel reside em sua concepção de “reconhecimento”, que é irradiada como requisito de legitimidade³ não apenas da jurisdição constitucional, mas do sistema constitucional como um todo. A autoridade da constituição não é algo posto ou dado *a priori*, mas um processo contínuo pautado na interação dialógica entre sentido constitucional e o projeto identitário de sociedade partilhado por todos.

Nessa interação, por meio do engajamento popular e de reações e contrarreações dos demais poderes e instituições, as visões do passado são tensionadas a partir das mudanças sociais, políticas e jurídicas do presente, na esperança modificá-las no futuro. A legitimidade da constituição reside em sua exata abertura para influências além do direito, que a situam no processo político da nação possibilitando o seu reconhecimento por todos como sua constituição.

³ O conceito de legitimidade adotado nesse trabalho e pelos autores aqui desenvolvidos corresponde, em linhas gerais, ao desenvolvido por Balkin, segundo o qual legitimidade “is a feature of a political and legal system that makes the system sufficiently worthy of respect so that the people who live within it have good reasons to continue to accept the use of state coercion to enforce laws against themselves and against others, even when they do not agree with all of the laws (or how the laws are applied in practice) and may even think that some of the laws are quite unjust. (...) Legitimacy is not a simple on/off switch. Regimes can have greater or lesser degrees of legitimacy in each of these various senses of the word. At some point, however, a regime may become sufficiently lacking in the various aspects of legitimacy that we might say that it is illegitimate. Conversely, saying that the political and legal system is legitimate means that the constitutional and legal system has enough of the various elements of legitimacy (public acceptance, procedural regularity, justice, popular accountability, and responsiveness) that reasonable people should be willing to accept its power to enforce the law on others and on themselves, and thus enjoy the benefits of political union”. BALKIN, Jack. **Constitutional redemption: political faith in an unjust world**. Cambridge & London: Harvard University Press, 2011. P. 34

Ainda que o Constitucionalismo Democrático tenha por objeto a realidade constitucional norte-americana, problemas e críticas semelhantes aos desenvolvidos pela teoria são pertinentes ao contexto brasileiro. Também no Brasil temos a predominância de entendimentos juriscêtricos percussores de uma identificação (equivocada) entre supremacia judicial e supremacia da Constituição.

O problema central é que parece ser desprezado sempre que a supremacia judicial é presumida da supremacia da constituição está na confusão semântica de que guardar algo implica conferir o monopólio do seu sentido ou, mais ainda, a possibilidade de tomá-lo para si. Tão grande é a desatenção dessa associação que, ao defendê-la, mitiga-se o sentido de Constituição que às duras penas vem sendo construído desde 1988, que se volta à reafirmação da dignidade individual e da democracia enquanto forma de governo compatível com os ideais do nosso projeto constitucional.

Essa cultura constitucional, pautada em dicotomizações excludentes entre direito e política, reflete-se na mudança do paradigma de atuação do Poder Judiciário como um todo, e do Supremo Tribunal Federal, em especial, ao longo da vigência da Constituição de 1988. Nesse sentido, acompanhando e, simultaneamente, explicitando a mentalidade política operadora da interação institucional brasileira, a Corte passou a adotar uma postura ativista⁴, sobretudo diante de casos relativos a direitos fundamentais, intervindo em questões de políticas públicas até então reservadas à atuação dos Poderes Políticos.

Ou seja, a cultura política predominante no país, marcada por uma apologia divina à figura dos juízes, desdobra-se na própria atividade das cortes, que como instituição presumidamente “apartada” da política, adquire legitimidade em sua suposta razão superior às demais instituições democráticas, de modo que, enquanto voz superior, é incriticável e insuperável.

É nesse contexto, ou nessa narrativa constitucional⁵, que se inserem os giros hermenêuticos acerca da presunção de inocência, em especial o de 2016, que tem como marco

⁴ “A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao poder público, notadamente em matéria de políticas públicas”. BARROSO, Luis Roberto. **JUDICIALIZAÇÃO, ATIVISMO JUDICIAL E LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica>. Acesso em 30 jul. 2017.

⁵ Expressão utilizada por Balkin que explica que: “(t)he believe in the constitutional project is to believe in a story. At the heart of constitutions are stories: stories about foundings, to be sure, but also stories about people: the people

o julgamento do Habeas Corpus 126.292/SP. Tal julgado, como veremos, revela uma postura judicial autoritária que radica da atribuição “cega” e acrítica de autoridade à Corte; e, por outro lado, convida-nos, enquanto nação, a reivindicar o projeto constitucional ao qual nos filiamos.

No HC 126.292/SP, o Supremo Tribunal Federal deu início à ruptura jurisprudencial acerca da interpretação do princípio da presunção de inocência. Entendeu o Tribunal pelo cabimento da execução provisória da pena privativa de liberdade após decisão de segundo grau. Tal decisão ensejou a modificação do paradigma dominante na Corte desde 2009, firmado no julgamento do HC 84.078/MG, o qual vedava a mesma execução provisória que o Plenário, em 2016, veio a reconhecer.

Para além do seu impacto no já superlotado e precário sistema carcerário brasileiro, a decisão demonstra um descompromisso dos nossos ministros com o próprio texto constitucional, que é claro quanto ao termo final da presunção de inocência. Ora, a Constituição claramente instituiu a garantia individual do acusado, o qual é (ou deveria ser) presumido inocente até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Ao que parece, nossos ministros desconsideraram que a presunção de inocência é, antes de tudo, um princípio político que explicita um compromisso do Estado com os seus cidadãos. Uma garantia conferida ao indivíduo em si mesmo como sujeito de direitos, que deve ser respeitado e protegido ao longo do processo penal.

Implícito ao princípio da presunção de inocência está o compromisso de se combater abusos como os que ocorreram na ditadura militar, em que o indivíduo era considerado meio para se chegar à verdade e que, como meio, poderia ser torturado, extorquido e degradado. Garantir a presunção de inocência, dessa forma, é assegurar ao indivíduo o respeito à sua dignidade e aos direitos essenciais da pessoa humana, é tratá-lo com igual consideração e respeito, sem estigmatizá-lo com um *status* de não-inocente antes de uma condenação final.

Apesar desse entendimento, contrariando as expectativas progressistas às quais a própria corte aderiu em inúmeras ocasiões, como no reconhecimento da união estável homoafetiva⁶, o STF adotou uma postura conservadora e autoritária na proteção do princípio da presunção de inocência. Esse posicionamento foi também reiterado em sede de controle concentrado de constitucionalidade, no julgamento das medidas liminares nas Ações

who create the constitution and the people who continue it, the people who fight for it and the people who fight over it, the people who live under it and the people to whom it belongs. These are constitutional *stories* because they are stories about the constitution as a project of human politics and human action. They are *constitutional stories*, because they constitute a people as a people to whom the constitution belongs, who carry the project forward over time. BALKIN, Jack. **Constitutional redemption**: political faith in an unjust world. Cambridge & London: Harvard University Press, 2011, p 2.

⁶ ADPF 132.

Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44, e, em repercussão geral, no Recurso Extraordinário com Agravo 964.246/SP, em que, novamente, nossos ministros entenderam pela mitigação da garantia individual do inciso LVII do art. 5º da CF em prol de uma satisfação à sociedade.

A decisão, no entanto, não surge como obra do acaso do STF. Ela ocorreu em um contexto histórico peculiar de intensa pressão popular pelo fim da corrupção, em que milhares de pessoas foram às ruas pedindo a condenação dos acusados de esquemas políticos fraudulentos. Isso sem falar na crise de representatividade da então Presidente da República, que assumiu contornos extremos, resultando em um processo de *impeachment*, cujos fundamentos são duramente questionados⁷. Nesse contexto, a decisão “heroica” do STF de acatar a sangria popular por “alguém atrás das grades” (ainda que esse alguém não tenha antecedentes criminais como Márcio Rodrigues Dantas, impetrante do HC 126.292/SP), parece ser a resposta que “todos” estavam esperando.

Resposta, no entanto, que vêm às custas de direitos fundamentais, em um retrocesso no “caminhar para” que vimos construindo ao longo da vigência da Constituição de 1988. Esta, que dentre seus principais objetivos, buscou coibir instrumentalizações do indivíduo, instituindo a democracia como forma de governo a ser oposta a tentativas ditatoriais de silenciar ou de oprimir o “outro”, quem quer que esse seja, garantindo direitos fundamentais básicos como a igualdade, a liberdade e, também, a presunção de inocência, para que seus cidadãos pudessem participar livremente do processo político.

Poderiam perguntar, nesse ponto, qual, então, é a relação da presunção de inocência e do(s) seu(s) giro(s) hermenêutico(s) com o estudo de constitucionalismo proposto nesse trabalho. Como veremos, o julgamento do HC 126.292/SP dialoga com o Constitucionalismo Democrático para, de um lado, explicitar a relação de legitimação democrática da jurisdição constitucional e da constituição a partir do seu reconhecimento pelo povo; e, de outro, permitir a reflexão crítica das próprias capacidades normativas da teoria desenvolvida por Post e Siegel.

Como afirmação da adequação da teoria ao constitucionalismo brasileiro, o paradigma reitera a interconexão entre o povo, poderes políticos e juízes na interpretação constitucional, contrariando visões juriscêntricas baseadas na insulação das cortes da política. A interpretação conferida pelo STF ao princípio da presunção de inocência representa a voz judicial dentro de um debate político-jurídico mais amplo, em que o povo reivindicava nas ruas os valores

⁷ Por sua peculiaridade e controvérsia, não pormenorizaremos o processo de *impeachment* e os argumentos contrários e a favor do seu resultado. Tal empreitada demanda um estudo específico, cabendo, por hora, registrarmos o momento de extremismos vivido no Brasil.

constitucionais relevantes à época, como o fim da corrupção e a probidade administrativa. E por ser apenas uma dentre outras vozes a decisão não colocou fim à discussão, mas catalisou o debate.

Por outro lado, a nova hermenêutica acerca da possibilidade da execução provisória da pena não implicou a ampliação ou reiteração de direitos fundamentais, mas justamente a sua mitigação. Por essa razão é que se pode dizer que ela representa um anti arquétipo da interação proposta pelo Constitucionalismo Democrático, já que, ao que parece, a exata responsividade do STF aos movimentos sociais e clamores populares dominantes à época motivou uma decisão que confronta expressamente o texto da Constituição.

É nessa controvérsia que o giro hermenêutico de 2016 confronta a teoria de Post e Siegel para questioná-la em suas capacidades normativas. Ora, ainda que uma teoria da decisão não seja suficiente, à luz do constitucionalismo democrático, para compreender a complexidade do constitucionalismo, seria mesmo dispensável e, até mesmo, inócua para o seu desenvolvimento? Se uma sociedade autoritária reconhece posições despóticas em termos de direitos fundamentais, ainda assim, essas interpretações são legítimas? Ou há, como Jack Balkin propõe, um limite semântico no texto constitucional ao qual o intérprete não pode transigir?

Para enfrentar esses questionamentos será desenvolvido um caminho discursivo que perpassará, no primeiro capítulo, pela retomada da teoria do Constitucionalismo Democrático, de modo a estabelecer as premissas nas quais a pesquisa se encontra assentada. Analisaremos o Constitucionalismo Democrático em diálogo com as teorias populares, compreendendo suas semelhanças e diferenças. Também iremos retomar os principais pontos teóricos desenvolvidos pelos autores de Yale, sobretudo em relação à concepção de reconhecimento, ponto central do Constitucionalismo Democrático.

Estabelecida à visão constitucional dessa pesquisa, analisaremos, no segundo capítulo, o desenvolvimento do princípio da presunção de inocência ao longo da vigência da Constituição de 1988. Para tanto, iremos retomar a evolução normativa, doutrinária e jurisprudencial do princípio para demonstrar, em movimento similar ao desenvolvido pelo Constitucionalismo Democrático, o processo dialógico e agônico constitutivo da interpretação constitucional. Perpassaremos, ao longo desse caminho, a jurisprudência firmada no STF até 2009 quanto à possibilidade da execução provisória da pena, a mudança de entendimento da Corte neste ano, influenciado sobretudo pelos valores da redemocratização e, por fim, o seu último giro hermenêutico de 2016, em que retomou o posicionamento pré-Constituição de 1988, permitindo a execução provisória da pena.

No terceiro e último capítulo, propõe-se uma reflexão acerca das capacidades normativas do Constitucionalismo Democrático, levando-se em conta as consequências de uma responsividade direta e imediata entre a decisão judicial e as reivindicações sociais, sobretudo em momentos de extremismos. Nessa análise, propõe-se um diálogo com a teoria de Jack Balkin, sobretudo em sua proposta de Novo Originalismo, para buscar um refinamento da teoria constitucional desenvolvida por Post e Siegel.

1. DO CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO: REVISITANDO OS PARÂMETROS TEÓRICOS ORIENTADORES DA PESQUISA

Enfrentar o problema proposto nessa pesquisa, requer, em um primeiro momento, a reconstrução do pensamento constitucional que orientará as reflexões e debates por vir no estudo, o qual, como veremos, busca ir além de compreensões e discursos normativos comuns na academia do direito. Nesse sentido, mais do que retomar o marco-teórico adotado no trabalho e explicitar as suas principais construções, o primeiro capítulo pretende desenvolver as premissas necessárias à compreensão dos objetivos da pesquisa, os quais pressupõem a apreensão da visão constitucional desenvolvida pelo Constitucionalismo Democrático e seus fundamentos.

Tendo isso em vista, serão reservados três momentos distintos de análise nesse capítulo, cada qual com a sua finalidade. No primeiro, buscaremos situar a teoria do Constitucionalismo Democrático de Post e Siegel no âmbito da filosofia constitucional, analisando sua interação com estudos e propostas de aporte semelhante. Nesse viés, confrontaremos o Constitucionalismo Democrático com o Constitucionalismo Popular e com o Constitucionalismo Popular Mediado, analisando as suas semelhanças e, principalmente, as suas diferenças, para, a partir desse intercâmbio, justificar a adoção do primeiro em detrimento dos demais.

Perpassada a sua contextualização ao lado de seus pares na filosofia constitucional, desenvolveremos, no tópico 1.2, o panorama geral da teoria, percorrendo suas principais construções teóricas e pretensões normativas. Tal análise busca, por um lado, explicitar os pontos-chave do estudo, dentre esses, a reconciliação entre direito e política e suas implicações no âmbito do constitucionalismo. Por outro, pretende afastar leituras consideradas equivocadas do Constitucionalismo Democrático, as quais, caso levadas adiante, podem comprometer todo o desenvolvimento discursivo aqui apresentado.

Estabelecidas as bases do pensamento constitucional desenvolvido por Post e Siegel, o terceiro e último momento desse capítulo será dedicado ao ponto mais importante do seu trabalho, qual seja, o papel do reconhecimento no processo de legitimação democrática da Constituição e das cortes. É a partir do reconhecimento ou da filiação popular ao seu sentido que a Constituição adquire legitimidade e autoridade em um constitucionalismo simultaneamente político e legal, em que a continuidade do projeto constitucional é atribuída tanto à sua preservação enquanto direito, quanto à sua sensibilidade aos valores fundamentais do povo. De forma semelhante, também as cortes devem estar abertas aos influxos

desenvolvidos fora dos tribunais, uma vez que as decisões judiciais não encerram o debate constitucional, estando inseridas em um processo dialógico mais amplo que tem no reconhecimento a sua fonte de legitimidade.

Será a partir da concepção de reconhecimento desenvolvida nesse tópico que analisaremos, no terceiro capítulo da dissertação, a ruptura jurisprudencial promovida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC 126.292/SP. Neste, sob o argumento de conferir à sociedade uma resposta à impunidade prevalente no sistema penal brasileiro, sobretudo nos crimes de colarinho branco, o tribunal fechou os olhos ao projeto constitucional estabelecido em 1988, em uma interpretação que mitigou o princípio da presunção de inocência. Tal discussão, no entanto, terá momento próprio reservado à sua análise, cabendo, por hora, provocar o leitor a nos acompanhar ao longo desse caminho.

Encerrando essa retomada inicial, situaremos, ainda no tópico 1.3, o papel do engajamento popular e das reações (e contrarreações) das instituições não-judiciais, *backlash*, no processo de disputa pelo sentido constitucional. Tal disputa, como veremos, é constitutiva de democracias plurais como a norte-americana e a brasileira, sendo fundamental para a legitimação do sistema político-constitucional. Ao atribuir a autoridade da Constituição à sua abertura para influências além do direito, o Constitucionalismo Democrático enxerga no *backlash* o elo de interconexão entre o texto constitucional e o projeto identitário de um povo, atribuindo especial relevo aos movimentos sociais enquanto canal de veiculação das reivindicações populares.

1.1 O diálogo entre Constitucionalismo Popular, Constitucionalismo Popular Mediado e Constitucionalismo Democrático

Para compreender o Constitucionalismo Democrático, faz-se necessário contextualizá-lo ao lado de seus pares na filosofia constitucional enquanto corrente de um pensamento mais amplo denominado constitucionalismo popular^{8,9}. Este tem, em seu cerne, a democratização da

⁸ Ao longo desse estudo, a expressão constitucionalismo popular, com iniciais redigidas em letras minúsculas, será utilizada para designar um determinado pensamento constitucional que se opõe à visão constitucional levada a cabo pelas teorias normativas e juriscênticas. Por outro lado, a utilização do termo Constitucionalismo Popular, com iniciais redigidas em letras maiúsculas, refere-se à teoria constitucional desenvolvida por Larry Kramer e Mark Tushnet e que será estudada ainda neste tópico.

⁹ Classificação semelhante também adotada por Roberto Niembro em: NIEMBRO, Roberto. Una Mirada al Constitucionalismo Popular. México: **ISONOMIA**, n° 38, abril de 2013, p. 191-224.

interpretação constitucional, a qual é desenvolvida à luz de uma abordagem positiva¹⁰ da interação entre constitucionalismo e democracia.

As teorias positivas vão buscar entender a relação entre estado de direito (*rule of law*) e autogoverno (*selfgovernment*), bem como o papel da jurisdição constitucional nessa interação, sem fechar os olhos aos fatores que os conformam e tensionam ao longo do tempo. Procura-se, dessa forma, explicitar como o constitucionalismo e a democracia de fato dialogam e se condicionam na história política de um povo e não como deveriam (ou não) dialogar e se condicionar para que fossem discursivamente justificáveis.

Esta última forma de abordagem, de viés normativo, é sintetizada por Larry Kramer¹¹ sob a concepção de constitucionalismo legal, o qual é contraposto ao constitucionalismo popular. Para Kramer, enquanto o constitucionalismo legal aloca no judiciário a autoridade final de interpretar e aplicar a Constituição, o constitucionalismo popular reconhece que o sentido constitucional se desenvolve em um espaço de debate mais amplo, que tem, como fonte última de legitimidade, o povo. Este não é tido como mero expectador das decisões judiciais, mas, sim, um participante ativo e legítimo, ao lado dos demais participantes constitucionais, responsável pela interpretação e aplicação da Constituição.

No núcleo das discussões do constitucionalismo popular, está o questionamento da pertinência da oposição entre direito e política, que fundamenta os principais pilares das teorias normativas norte-americanas: a insulação dos juízes e a dificuldade de justificação do papel contramajoritário das cortes.¹² Ao contrário dessas, o constitucionalismo popular não compreende o processo democrático de forma apartada e oponível ao constitucionalismo, mas seu principal interlocutor. Nesse viés, procura romper com a visão elitista de supremacia judicial, segundo a qual os juízes seriam melhores intérpretes constitucionais e detentores da

¹⁰ Como explica Friedman, o foco das teorias positivas “is not so much on how judges should behave, as on how they do and why. Positive theorists ask what motivates judges to decide cases as they do and what forces are likely to influence judges’ decisions. The normative and positive projects have traveled on largely separate tracks, in part because the forces positive theorists identify as influencing judges commonly are political ones. “Politics” is used here in a fairly capacious sense, referring to any influences on a judge’s resolution of a case other than an independent judgment of the law as applied to the facts before the court. But the political forces identified by positive scholars are often quite base: Many positive theorists suggest that judicial ideology plays a significant role in how judges decide cases and that judges respond to pressures from other political actors. Positive scholars believe these forces play a large hand in shaping the content of the law, especially constitutional law.” FRIEDMAN, Barry. The politics of judicial review. In: **Texas Law Review**, vol. 84, n° 2, 2005. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=877328>>. Acesso em: 17 de outubro de 2016. p. 258

¹¹ KRAMER, Larry. Popular Constitutionalism, Circa 2004. **California Law Review**, vol. 92, n. 4, 2004. Disponível em: <<http://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol92/iss4/1>>. Acesso em: 06 de abril de 2017. P 959.

¹² FRIEDMAN, Barry. The politics of judicial review. In: **Texas Law Review**, vol. 84, n° 2, 2005. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=877328>>. Acesso em: 17 de outubro de 2016. p. 258

última palavra em direitos constitucionais, para retomar a importância da participação do povo na legitimação do estado de direito.

Enquanto correntes adeptas desse pensamento político-constitucional, temos o Constitucionalismo Popular, o Constitucionalismo Popular Mediado e o Constitucionalismo Democrático. O primeiro é desenvolvido pelos professores Larry Kramer¹³ e Mark Tushnet¹⁴ e está pautado na limitação da supremacia judicial e na elaboração da doutrina constitucional enquanto agência coletiva. Sustentam os autores que, do caráter político-jurídico da Constituição (e, portanto, não apenas legal), decorre a necessidade de suplantar a ideia de que os juízes seriam os únicos e melhores intérpretes constitucionais, cujas decisões se identificariam com a própria Constituição.

Nesse termos, o sentido constitucional é descrito pelos autores como um projeto comum compartilhado por todos os membros da sociedade e não apenas por uma instituição supostamente superior¹⁵. O protagonismo desse projeto é atribuído ao povo, que não tem sua atividade limitada a atos ocasionais de criação constitucional, mas a um controle ativo e contínuo da interpretação e implementação da Constituição.¹⁶

Kramer opõe o constitucionalismo popular à supremacia judicial, vistos como formas de organização constitucional mutuamente excludentes. Segundo o autor, uma Constituição juriscêntrica, centralizada na última palavra judicial, desestimula a participação do povo na deliberação de questões constitucionais, inculcando, na sociedade, a ideia de que as cortes não podem ser contrariadas.

Ora, se os juízes possuem a palavra final em direitos constitucionais, ao povo e demais instituições não resta outro papel senão o de acatar passivamente as suas decisões, em uma relação de sujeição em que a interpretação dos primeiros silencia a dos segundos. Tal compreensão influencia não apenas a relação do judiciário com os membros não-judiciais da coletividade - relegando-os a uma posição de passividade -, mas também a atividade das próprias cortes que, cada vez mais, passam a estender o alcance de suas decisões a assuntos até então reservados ao debate político.¹⁷

¹³ KRAMER, Larry. **The people themselves: popular constitutionalism and judicial review**. New York: Oxford University Press, 2004.

¹⁴ TUSHNET, Mark. **Taking the Constitution away from the Courts**. Princeton: Princeton University Press, 1999.

¹⁵ Diga-se que essa é a razão pela qual tal vertente do constitucionalismo é chamada “popular”, porque distribui amplamente, entre os membros da coletividade, a responsabilidade sobre o sentido constitucional.

¹⁶ KRAMER, Larry. Popular Constitutionalism, Circa 2004. **California Law Review**, vol. 92, n. 4, 2004. Disponível em: <<http://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol92/iss4/1>>. Acesso em: 06 de abril de 2017. P 959.

¹⁷ KRAMER, Larry. **The people themselves: popular constitutionalism and judicial review**. New York: Oxford University Press, 2004, p. 228-233.

Ao contrário dos defensores da supremacia judicial, os quais, para Kramer, reproduzem discursos aristocráticos e mitigadores da importância do processo democrático - o qual é tido como algo ameaçador do constitucionalismo e do direito -, o autor defende uma Constituição em que ninguém, incluindo o judiciário, detém o monopólio sobre o seu sentido. Nesse contexto, o povo deve reivindicar o seu papel legítimo de intérprete constitucional e de sujeito capaz do autogoverno, rechaçando a ideia de que a deliberação constitucional, por sua complexidade, não deveria ocorrer entre cidadãos comuns.¹⁸

Vale dizer que a crítica de Kramer em relação à supremacia judicial não implica a defesa da exclusão das cortes do constitucionalismo, ainda que o professor condicione a sua atuação à autoridade final do povo, que pode (e deve) confrontá-la quando entender necessário. O que se critica, dessa forma, não é a voz judicial em si mesma, mas a sua exclusividade (soberania judicial) e seu caráter final (supremacia judicial), como última palavra, na interpretação da Constituição¹⁹.

Tushnet, por outro lado, vai levar referida crítica às suas últimas consequências ao propor a erradicação dos tribunais.²⁰ Para o professor de Harvard, a supremacia judicial seria uma crença indefensável, na medida em que não há qualquer evidência de que as decisões judiciais sejam melhores ou, ainda, de que as cortes não possam errar.

Na verdade, Tushnet reconhece o erro como possibilidade inerente da atividade de interpretação da Constituição, podendo ocorrer tanto no âmbito dos tribunais quanto dos demais

¹⁸ KRAMER, Larry. **The people themselves: popular constitutionalism and judicial review**. New York: Oxford University Press, 2004, p. 247-248.

¹⁹ Inicialmente, Larry Kramer não vislumbrava na última palavra judicial problema à legitimidade do constitucionalismo, direcionando suas críticas à exclusividade (ou monopólio) judicial da interpretação constitucional. Nesse sentido, o autor explica que: "There is (...) a world of difference between having the last word and having the only word: between judicial supremacy and judicial sovereignty. We may choose to accept judicial supremacy, because we need someone to settle certain constitutional questions and, for a variety of historical and jurisprudential reasons, the Supreme Court seems like our best option. But it does not follow either that the Court must wield its authority over every question or that, when it does, the Court can dismiss or too quickly supplant the views of other, more democratic institutions. Nothing in the doctrine of judicial supremacy, in other words, requires denying either that the Constitution has qualities that set it apart from ordinary law, or that these qualities confer legitimate interpretive authority on political actors as a means of ensuring continued popular input in shaping constitutional meaning. The trick, of course, is to find the proper balance, a problem courts have struggled with throughout American history." KRAMER, Larry. The Supreme Court, 2000 Term-Foreword: We the Court. **Harvard Law Review**, 2001. No entanto, indo além da crítica desenvolvida no texto "Foreword", centralizada na única palavra dos juízes, Kramer, posteriormente, também irá criticar o caráter final da decisão judicial, a qual, para ele, encerraria o debate constitucional. Assim, "(b)ear in mind that popular constitutionalism never denied courts the power of judicial review: it denied only that judges had final say." KRAMER, Larry. **The people themselves: popular constitutionalism and judicial review**. New York: Oxford University Press, 2004. P. 208.

²⁰ TUSHNET, Mark. **Taking the Constitution away from the Courts**. Princeton: Princeton University Press, 1999.

membros não-judiciais da sociedade.²¹ Nesse sentido, desconstitui um dos principais argumentos que milita em favor da supremacia judicial: a existência de uma racionalidade superior que orienta a atividade dos juízes pelos caminhos do direito em direção à melhor resposta.

Sustenta, o autor, ser necessário considerar a possibilidade de que o povo também possa atingir a proteção dos seus direitos por meio da política, retirando-se a Constituição das mãos dos juízes. Isso porque, embora o controle judicial seja relevante na proteção das pré-condições do constitucionalismo popular e da democracia - como o direito de voto, a privacidade e a liberdade de oposição ao governo -, assim como para lidar com situações de extrema injustiça, na prática, é impossível reduzir a tais pontos a sua tarefa.²² É por isso que, para Tushnet, o balanço entre os benefícios e prejuízos do controle judicial se inclina para a erradicação das cortes do constitucionalismo.

A segunda vertente do que aqui se chamou de constitucionalismo popular, categorização de uma forma peculiar de pensamento político-constitucional, consiste no Constitucionalismo Popular Mediado, o qual é desenvolvido pelo professor da escola de direito da NYU, Barry Friedman²³. Enquanto “popular”, essa corrente, assim como as teorias de Kramer e Tushnet, pauta-se na reinserção do povo no processo de conformação do sentido da Constituição, embora Friedman desenvolva a interação entre povo e cortes de forma distinta daqueles.

Para o autor, a discussão acerca da última palavra e de quem supostamente deveria detê-la se encontra ultrapassada. Ao invés de despender esforços com teorizações voltadas à separação entre direito e política e à justificação da insulação dos juízes, Friedman se preocupa em como os tribunais, de fato, decidem e quais os fatores que influenciam a sua decisão.²⁴ Ou seja, não se trata de dizer quem deveria ter a última palavra ou de definir como as cortes

²¹ TUSHNET, Mark. **Taking the Constitution away from the Courts**. Princeton: Princeton University Press, 1999, p. 154-163.

²² TUSHNET, Mark. **Taking the Constitution away from the Courts**. Princeton: Princeton University Press, 1999, p. 154-163. Ver, ainda: NIEMBRO, Roberto. Una Mirada al Constitucionalismo Popular. México: **ISONOMIA**, n° 38, abril de 2013, p. 195-202.

²³ FRIEDMAN, Barry. The politics of judicial review. In: **Texas Law Review**, vol. 84, n° 2, 2005. Disponível em < <http://ssrn.com/abstract=877328>>. Acesso em: 17 de outubro de 2016. FRIEDMAN, Barry. **The Will of the People: how public opinion has influenced the Supreme Court and Shaped the Meaning of the Constitution**. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2009. (eBook)

²⁴ FRIEDMAN, Barry. The politics of judicial review. In: **Texas Law Review**, vol. 84, n° 2, 2005. Disponível em < <http://ssrn.com/abstract=877328>>. Acesso em: 17 de outubro de 2016. p. 267-260.

deveriam decidir, mas de analisar o que motiva as decisões judiciais e qual o seu impacto na sociedade.²⁵

Subjacente à teoria de Friedman, está uma concepção de democracia que vai além da mera realização de preferências majoritárias, envolvendo uma compreensão mais profunda de política que leva em conta os grupos e interesses conflitantes de uma sociedade. Segundo essa visão, o objetivo da teoria constitucional não se reduz a escolha entre a regra da maioria ou da minoria - uma vez que ambas (co)existem em tensão contínua e dialógica -, mas, sim, na compreensão do papel das instituições, sobretudo do Poder Judiciário, a partir do ponto de vista positivo, consequencialista, do impacto de suas decisões na opinião popular.²⁶

No Constitucionalismo Popular Mediado, os tribunais não estão alheios e imiscíveis à política, mas em constante diálogo com ela. No controle de constitucionalidade, há um intercâmbio inevitável entre opinião pública, imprensa, tribunais inferiores, instituições políticas, etc, que leva a Constituição para além do confinamento do direito. Tal influência não deslegitima a autoridade da decisão judicial, garantindo justamente a sua permanência em uma democracia plural marcada pela persistência de desacordos.

A palavra judicial não põe fim ao debate constitucional, não silencia, como sustentam Kramer e Tushnet, a voz do povo. Na verdade, as cortes, muitas vezes, catalisam o debate, colocando em pauta questões até então fora da agenda política, além de provocar as demais instituições a se pronunciar sobre determinado assunto. Ademais, no longo prazo, as decisões judiciais acabam por refletir a opinião popular, em um processo dialético que envolve “decisão judicial - resposta popular - (re)decisão judicial”²⁷.

Nesse contexto, Friedman desenvolve a analogia da “corda de bungee-jumping”, em que a opinião popular representa a base na qual a corda se encontra afixada e a interpretação judicial, a pessoa que irá realizar o salto. Para o autor, ainda que o Poder Judiciário, em sua atividade interpretativa, possa se distanciar da opinião popular, saltando para longe de suas convicções, a “corda de bungee-jumping” o puxará de volta para o seu ponto de partida,

²⁵ FRIEDMAN, Barry. The politics of judicial review. In: **Texas Law Review**, vol. 84, nº 2, 2005. Disponível em < <http://ssrn.com/abstract=877328>>. Acesso em: 17 de outubro de 2016. p. 258.

²⁶ FRIEDMAN, Barry. **The Will of the People: how public opinion has influenced the Supreme Court and Shaped the Meaning of the Constitution**. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2009. (eBook)

²⁷ “(...) Courts say they are de last word, and many believe them. The fights become whether courts should have this power or not. What matters most about judicial review, however, is not the Supreme Court`s role in the process, but how the public react to those decisions. This is the most important lesson that history teaches. Almost everything consequential about judicial review occurs after the judges rule, not when they do. Judges do not decide finally on the meaning of the Constitution. Rather, it is through the dialogic process of “judicial decision-popular response judicial re-decision” that the Constitution takes on the meaning it has.” FRIEDMAN, Barry. **The Will of the People: how public opinion has influenced the Supreme Court and Shaped the Meaning of the Constitution**. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2009. (eBook)

realinhando a sua decisão à visão do povo. A corda, nesses termos, representa a necessidade das cortes de obter “*diffuse support*”, ou seja, de conquistar apoio político e engajamento popular às suas decisões.²⁸

Há, portanto, uma relação simbiótica entre a opinião popular e a revisão judicial, em que esta dialoga e reforça aquela²⁹. É, por isso, que o constitucionalismo popular de Friedman é “mediado”, porque o processo de formação do sentido constitucional é intermediado pelos tribunais. Esses facilitam o debate constitucional, sintetizando e organizando as principais visões da sociedade, as quais são reafirmadas, ainda que no longo prazo, pelas próprias decisões judiciais. Ou seja, para o autor, não apenas a jurisdição constitucional não se opõe à democracia, como é sua própria catalisadora, mediando o seu “caminhar para” em direção à consolidação da vontade popular.

Em que pese o entendimento de Friedman de que as decisões dos tribunais devam refletir as preferências populares, o professor não sustenta a identificação da Constituição com a vontade imediata do povo, tão pouco o seu descompromisso com valores profundos existentes em sociedade. O tribunal deve, em algumas ocasiões, desviar-se da opinião popular em defesa de ideais caros ao projeto constitucional, sob pena do constitucionalismo se equiparar à política comum.³⁰

A terceira e última corrente a ser estudada, o Constitucionalismo Democrático, é também o parâmetro teórico que norteará toda a discussão por vir nesse trabalho. Desenvolvido pelos professores norte-americanos da escola de Yale, Robert Post e Reva Siegel, o Constitucionalismo Democrático, assim como o Constitucionalismo Popular Mediado, não opõe a supremacia judicial ao constitucionalismo popular, propondo-se a analisar a sua interação de forma dialógica e construtiva.³¹

Para os autores, concepções mitigadoras da importância da voz judicial, em que esta é oposta ao constitucionalismo popular, partem de entendimentos simplistas da própria

²⁸ FRIEDMAN, Barry. The politics of judicial review. In: **Texas Law Review**, vol. 84, nº 2, 2005. Disponível em < <http://ssrn.com/abstract=877328>>. Acesso em: 17 de outubro de 2016, p. 327.

²⁹ “In short the modern era is one of a symbiotic relationship between popular opinion and judicial review. The Court will get ahead of the American people on some issues, like the death penalty or perhaps school desegregation itself. On other, such as gay rights, it will lag behind. But over time, with what is admittedly great public discussion, but little in the way of serious overt attacks on judicial power, the Court and the public will come into basic alliance with each other.” FRIEDMAN, Barry. **The Will of the People: how public opinion has influenced the Supreme Court and Shaped the Meaning of the Constitution**. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2009. (eBook).

³⁰ FRIEDMAN, Barry. Mediated Popular Constitutionalism. **Michigan Law Review**, vol. 101, 2003. p. 2599-2601. Ver também: NIEMBRO, Roberto. Una Mirada al Constitucionalismo Popular. México: **ISONOMIA**, nº 38, abril de 2013, p. 210.

³¹ POST, Robert; SIEGEL, Reva. Popular Constitutionalism, Departmentalism and Judicial Supremacy. In: **California Law Review**. v. 92. Berkeley: Berkeley University, 2004, p. 1027-1044.

democracia, associando-a a formas precárias de agregação de preferências. Tais compreensões são afastadas para se desenvolver um aporte do princípio democrático que vá além da expressão da vontade da maioria. Para a teoria, a democracia apresenta em sua essência a realização do valor substantivo do autogoverno coletivo, demandando à observância das condições sob as quais os indivíduos participam da formação discursiva da vontade popular.³²

A supremacia judicial não é oposta à democracia, assegurando as práticas e direitos necessários à autonomia popular. O constitucionalismo popular, por outro lado, articula os valores fundamentais da sociedade que orientam a atividade judicial.³³ Assim, tanto a supremacia judicial quanto o constitucionalismo popular contribuem de maneira indispensável para o funcionamento da democracia e da política constitucional, estando dialeticamente e, não, antagonicamente, relacionados.³⁴

Tendo isso em vista, o Constitucionalismo Democrático nos apresenta uma proposta mais refinada quanto ao papel das cortes no constitucionalismo. Os tribunais não são instituições antidemocráticas que se impõem em face dos demais membros da sociedade, relegando-os à uma posição insuperável de silêncio e passividade. Da mesma forma, não são meros reflexos da voz do povo, facilitadores (intermediadores) da opinião popular e de suas políticas públicas.

Na verdade, as cortes, assim como as demais instituições, movimentos sociais e o povo, são entendidas como partes distintas e interconectadas do sistema político no qual estão inseridas. Tal sistema faz parte de um projeto nacional (partilhado por todos) e de nação (enquanto ideal a ser atingido) assumido com a Constituição e que está em processo contínuo de evolução e significação. Por ser aberto e inacabado, tal projeto é constantemente objeto de

³² POST, Robert; SIEGEL, Reva. Popular Constitutionalism, Departmentalism and Judicial Supremacy. In: **California Law Review**. v. 92. Berkeley: Berkeley University, 2004, p. 1036.

³³ Nesse sentido, as cortes, no processo democrático, asseguram direitos constitucionais que são preconizadores de valores de importância transcendente necessários à própria democracia, sendo oponíveis tanto em face dos seus governantes, quanto das próprias Cortes. Post e Siegel dispõem que: "(a) constitutional commitment to such values need not express a global "strategy of precommitment"; nor need it depend upon the idea that courts are the only "forum of principle" that can accurately apprehend constitutional values; nor need it rest on the belief that courts are necessary to exercise a "settlement function" that will preserve the country from social anarchy. Instead, support for judicial finality in the protection of constitutional rights may reflect the simple idea that in certain contexts we want citizens to hold rights against their government that are as secure and as reliable as the private rights that they hold against their fellow citizens." POST, Robert; SIEGEL, Reva. Popular Constitutionalism, Departmentalism and Judicial Supremacy. In: **California Law Review**. v. 92. Berkeley: Berkeley University, 2004, p. 1035.

³⁴ POST, Robert; SIEGEL, Reva. Popular Constitutionalism, Departmentalism and Judicial Supremacy. In: **California Law Review**. v. 92. Berkeley: Berkeley University, 2004, p. 1030.

interpretação e de desacordos por parte dos seus membros, que devem se engajar no debate para buscar persuadir uns aos outros quanto ao melhor resultado.³⁵

No centro do debate constitucional não está o consenso entre cortes, povo e instituições, mas, exatamente, o contrário. É no desacordo que o constitucionalismo se desenvolve e se legitima em uma democracia, permitindo que os vários atores constitucionais interajam reciprocamente na reivindicação do sentido de Constituição compatível com seu projeto individual e coletivo de vida. No entanto, como vivemos em uma sociedade plural, em que o que é sinônimo de uma vida boa para uns não o é para outros, existem desacordos tão profundos que a deliberação coletiva não é suficiente para solucioná-los, nesses casos, as cortes são provocadas à dirimir a controvérsia.

Embora a decisão judicial seja definitiva em relação ao caso concreto, ela é apenas provisória em relação ao desacordo maior subjacente a ele. Desse modo, a voz judicial não encerra o debate político, não silencia o povo, as demais instituições e o governo, muitas vezes, ampliando e elevando os parâmetros da discussão por meio de uma nova rodada procedimental de debates.

Nesse contexto, as cortes não são alheias à política, mas partes ativas em seu processo mais abrangente, atuando como catalisadoras do debate público institucionalizado e não-institucionalizado. São também elas próprias influenciadas e conformadas pelas circunstâncias da política, que tensionam o judiciário a reafirmar, através do direito, os valores e práticas fundamentais do povo³⁶.

Ainda que Post e Siegel atribuam uma função mais significativa às cortes do que Kramer e Tushnet, os autores, assim como no Constitucionalismo Popular, conferem ao povo a autoridade final sobre a Constituição. A legitimidade da jurisdição constitucional, para a teoria, reside em sua responsividade democrática, ou seja, em sua habilidade de ser reconhecida, ainda que no futuro, como expressão da própria identidade popular.³⁷ Uma decisão judicial, para Post e Siegel, apenas será democraticamente legítima se for capaz de conquistar a aderência da sociedade ao sentido constitucional posto judicialmente, ainda que essa adesão venha ocorrer em momento posterior da história. Não basta que as cortes decidam conforme o

³⁵ POST, Robert; SIEGEL, Reva. Roe rage: democratic constitutionalism and backlash. In: **Harvard Civil-Rights Civil-Liberties Law Review**, 2007. P. 395. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/169>. Acesso em 17 de outubro de 2016. P. 385-385

³⁶ POST, Robert; SIEGEL, Reva. Roe rage: democratic constitutionalism and backlash. In: **Harvard Civil-Rights Civil-Liberties Law Review**, 2007, p. 395. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/169>. Acesso em 17 de outubro de 2016.

³⁷ POST, Robert; SIEGEL, Reva. Roe rage: democratic constitutionalism and backlash. In: **Harvard Civil-Rights Civil-Liberties Law Review**, 2007, p. 374.

direito, devem também ser permeáveis às circunstâncias políticas que fazem parte da vida em sociedade³⁸.

São essas as linhas gerais desenvolvidas pelo Constitucionalismo Democrático, sendo certo que retomaremos a sua análise nos tópicos seguintes ainda desse capítulo. O objetivo desse primeiro momento não foi adentrarmos com profundidade no marco-teórico da pesquisa, mas analisar como ele interage, em seus principais pontos, com as demais vertentes do constitucionalismo popular.

Isso porque considerar o Constitucionalismo Democrático à parte desse diálogo seria ir de encontro à própria lógica desenvolvida pela teoria, que vê, no intercâmbio dialógico de posições e ideias, a premissa fundamental para a construção verdadeiramente democrática do pensamento constitucional. Dessa forma, apenas através do confronto das várias correntes do constitucionalismo popular, poderíamos deliberativamente (e não autoritariamente) nos filiar àquela desenvolvida por Post e Siegel, por apresentar uma compreensão mais refinada tanto da relação entre supremacia judicial e constitucionalismo popular, como do próprio *locus* das cortes nessa interação.

1.2 Do Constitucionalismo Democrático: reconstruindo suas premissas básicas

Se o tópico anterior se propôs a entender a relação externa do Constitucionalismo Democrático no âmbito da teoria constitucional, neste analisaremos como se desenvolve do ponto de vista interno, em suas pretensões normativas e construções teóricas.

O Constitucionalismo Democrático apresenta como premissa a tentativa de superar visões normativas da academia norte-americana, centradas em dicotomizações entre: direito e política, constitucionalismo e democracia, supremacia judicial e autogoverno do povo.³⁹ Nesse sentido, sustentam que a abordagem normativa, pautada na tradicional oposição entre a regra da maioria e a defesa judicial das minorias, desconsidera aspectos igualmente importantes do sistema constitucional, erigindo premissas que servem apenas para o conforto acadêmico⁴⁰.

³⁸ Sustentam os autores que “(c)onstitutional judgments based on professional legal reason can acquire democratic legitimacy only if professional reason is rooted in popular values and ideals. Democratic constitutionalism observes that adjudication is embedded in a constitutional order that regularly invites exchange between officials and citizens over questions of constitutional meaning”. POST, Robert; SIEGEL, Reva. *Roe rage: democratic constitutionalism and backlash*. In: **Harvard Civil-Rights Civil-Liberties Law Review**, 2007, p. 379.

³⁹ POST, Robert; SIEGEL, Reva. *Roe rage: democratic constitutionalism and backlash*. In: **Harvard Civil-Rights Civil-Liberties Law Review**, 2007, p. 385

⁴⁰ “Traditional legal scholarship has sought to identify methods of constitutional interpretation that will justify the Court's decisions to those who might otherwise be disposed to oppose them. But while this approach may give comfort to academics, we doubt that it has much political effect. Serious constitutional controversies, like all political controversies, are not to be solved by some magical methodological trick. Disagreement will not disappear

Exemplo disso está na ideia comumente reproduzida de que os juízes estariam insulados e alheios ao controle político, existindo na ordem constitucional enquanto fóruns de princípios. Ainda, a de que o direito seria capaz de restringir as decisões judiciais, afastando julgamentos políticos e as convicções pessoais dos magistrados⁴¹.

Em sentido diverso, mas igualmente normativo, está a pretensão de se transferir a última palavra em direitos fundamentais para o legislativo diante da falta de responsividade democrática das cortes. Nesse sentido, ao invés de atribuir a deliberação constitucional a uma aristocracia judicial, pressupondo-se capacidades intelectuais superiores a uma minoria de juízes, o sentido constitucional deveria ter seu *locus* de desenvolvimento no processo democrático, uma vez que erigido sob o manto da igualdade de voto (*one man, one vote*).⁴²

Visando superar posições dessa natureza, as quais, ainda que em polos distintos de entendimento, estão centradas em tentativas normativas de justificar o constitucionalismo, o Constitucionalismo Democrático propõe um aporte positivo (“como de fato é”) do processo de formação do sentido constitucional, analisando as compreensões e práticas pelas quais a Constituição é historicamente estabelecida em meio à controvérsia.⁴³ Tal análise é desenvolvida a partir de determinados pilares estruturantes, fundamentais para a compreensão do pensamento constitucional da teoria.

O primeiro deles decorre da própria perspectiva adotada no estudo, que, como dito, pretende ser positiva. Post e Siegel buscam ir além de idealizações de constitucionalismo, democracia e supremacia judicial, afastando também teorias da interpretação constitucional voltadas à obtenção do consenso, o qual geralmente é alcançado às custas da valorização de um intérprete constitucional (as cortes ou o parlamento) em detrimento dos demais (povo, movimentos sociais e demais instituições políticas).

merely because the Court has chosen to frame its argument in one form or another. Democratic constitutionalism invites us to pay close attention to how the Court actually responds to conditions of disagreement and contestation.” POST, Robert; SIEGEL, Reva. Roe rage: democratic constitutionalism and backlash. In: **Harvard Civil-Rights Civil-Liberties Law Review**, 2007, p. 385

⁴¹ Dworkin, por exemplo, desenvolve a distinção entre decisões de “política”, determinadas por processos políticos, e decisões de “princípio”, reservadas à primazia judicial. DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1977. Ademais, também sustenta à insulação dos juízes, a qual os tornariam mais aptos à análise dos argumentos de princípio. Nesse sentido, “(a) judge who is insulated from the demands of the political majority whose interests the right would trump is, therefore, in a better position to evaluate the argument”. Idem. p. 85. Ver também: DWORKIN, Ronald. **Law’s Empire**. Cambridge: Harvard University Press, 1986.

⁴² WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. New York: Oxford University Press, 1999.

⁴³ POST, Robert; SIEGEL, Reva. Roe rage: democratic constitutionalism and backlash. In: **Harvard Civil-Rights Civil-Liberties Law Review**, 2007, p. 374

Para os autores, o desacordo não é algo estranho ao constitucionalismo e, sim, parte constitutiva dele e de sua constante legitimação na democracia.⁴⁴ O conflito é inerente à disputa pelo sentido constitucional e não uma ameaça à autoridade da Constituição. Nessa disputa, o ativismo popular, por meio reações e contrarreações às decisões judiciais é uma das várias formas de reivindicação do sentido constitucional e de manutenção de sua responsividade democrática, dialogando e, simultaneamente, tensionando as cortes em direção aos seus valores mais profundos.

Desse modo, em sentido semelhante a outras teorias positivas⁴⁵, o Constitucionalismo Democrático reconhece que, ainda que as cortes possam (e devam) levar a sério a lei e o direito, esses não são suficientes para impedir a influência de fatores políticos sobre a decisão judicial, sobretudo nos casos de maior repercussão e controvérsia em sociedade. As cortes não são alheias à política, fazendo parte da estrutura institucional na qual estão inseridas.

Direito e política, nesses termos, embora distintos, são também faces opostas e interconectadas de uma mesma moeda. Post e Siegel enxergam na sua reconciliação premissa básica do processo de legitimação da Constituição, de modo a romper com tentativas de insulá-los ou opô-los um ao outro. Nesse sentido, desenvolvem uma abordagem que leva em conta as peculiaridades próprias de cada um, sem excluir ou mitigar a importância do outro, uma vez que ambos são valores constitutivos do sistema constitucional⁴⁶.

Para o Constitucionalismo Democrático, política deve ser entendida como uma forma distinta de ordem social que têm em seu cerne a persistência de desacordos vigorosos e inconciliáveis, pautados em uma relação de “agonismo”⁴⁷. Em tal relação, os membros políticos (partidos políticos, movimentos sociais, povo, instituições) se reconhecem mutuamente enquanto adversários (e não inimigos), compartilhando uma mesma arena política, que é regida por um sistema de regras e leis comuns entre todos. Ou seja, o debate e o conflito, embora sejam

⁴⁴ Idem. POST, Robert; SIEGEL, Reva. *Democratic Constitutionalism*. In: BALKIN, Jack; SIEGEL, Reva B. (Orgs.). **Constitution 2020**. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 27

⁴⁵ O modelo atitudinal, por exemplo, por meio de uma análise empírico-comportamental da Suprema Corte americana, sustenta que os juízes tomam as suas decisões e emitem seus posicionamentos a partir de suas próprias convicções políticas e pessoais e não, como se acredita, pela melhor resposta segundo o direito. Ainda que o modelo atitudinal seja passível de críticas quanto à sua metodologia, não podemos desprezar o que dizem sobre a influência da política na atividade dos juízes e que é um dos pontos centrais de discussão das teorias de influência positiva. Para maior aprofundamento ver: SEGAL, Jeffrey A.; SPAETH, Harold J. **The Supreme Court and the attitudinal model revisited**. Cambridge University Press, 2002.

⁴⁶ “We are capable of prizing law by denigrating politics, or of prizing politics by denigrating law, but we rarely imagine law and politics as respectfully coexisting, as they often do. In fact, when we privilege law over politics, or politics over law, we are testifying to the primacy of different values that give defining shape to our constitutional tradition”. POST, Robert; SIEGEL, Reva. *Protecting the Constitution from the People: Juricentric Restrictions on Section Five Power*. **Faculty Scholarship Series**, paper 182. 2002. P. 20

⁴⁷ MOUFFE, Chantal. **On The Political: Thinking in action**. New York: Routledge, 2005.

inerentes à política, pressupõem o reconhecimento do outro enquanto participante legítimo, cujas posições devem ser respeitadas.

No debate político, há um acordo pré-estabelecido de que seus membros concordam em discordar, de modo que, embora existam desacordos razoáveis e, muitas vezes, inconciliáveis, há um consenso de que todos fazem parte de um mesmo espaço público e de que devem nortear seus debates pelo uso pacífico da política. Nesse viés, a política não é uma guerra aberta, desprovida de regras (antagonismo⁴⁸) ou um consenso já estabelecido (burocracia e direito), mas uma constante luta pelo acordo em condições em que são esperados e protegidos desacordos persistentes.⁴⁹

Direito, por sua vez, presume a existência de consensos. Invocamos o direito quando alguma concordância já foi atingida (ou acreditamos que o foi) quanto à relevância do valor protegido. Sob a forma de direito, conferimos exibibilidade e proteção aos valores considerados fundamentais à vida dos cidadãos, que passam a ser oponíveis em suas relações entre si, como na eficácia horizontal dos direitos fundamentais, e com o Estado.

Isso não implica dizer que o direito também não seja passível de desacordos, principalmente diante de normas de definição aberta e sentido amplo, como os direitos fundamentais. Podemos concordar sobre a relevância do direito à igualdade, mas discordar sobre a sua extensão material no reconhecimento do casamento homoafetivo ou do direito ao voto das mulheres. Da mesma forma, acordar pela garantia do direito à liberdade de expressão, mas discordar quanto aos limites do discurso de ódio frente à dignidade do indivíduo.

Assim, para teorizarmos a relação entre direito e política, devemos entender que acordos e desacordos são fatos sociais persistentes tanto em um quanto em outro, ainda que em medidas distintas. Direito e política não são fenômenos distantes e incomunicáveis, mas práticas sociais com funções próprias de solidariedade voltadas à integração social. Embora sejam independentes, como abordagens distintas de uma mesma questão, são também interdependentes, necessitando-se reciprocamente.

Tal interação é também percebida no âmbito do constitucionalismo, em uma relação dialética em que não apenas a democracia depende do estado de direito, mas também este depende de formas democráticas de governo. A Constituição, ao contrário de teorias que tentam

⁴⁸ No antagonismo, por sua vez, os oponentes no debate são considerados inimigos e, portanto, devem ser exterminados. Não há um sentimento de pertença a qualquer sistema (de regras, leis ou moral) que os identifiquem entre si. MOUFFE, Chantal. **On The Political: Thinking in action**. New York: Routledge, 2005.

⁴⁹ POST, Robert. Theorizing Disagreement: Reconceiving the Relationship between Law and Politics. **California Law Review**, vol 98, 2010. P. 23. Nesse mesmo sentido, Waldron sustenta que, "the prospect of persisting disagreement must be regarded (...) as one of the elementary conditions of modern politics." WALDRON, Jeremy. **The dignity of legislation**. Cambridge: Cambridge University Press, 1999. p. 154.

segregar o seu caráter político e legal, não se limita a escolha de um ou de outro. Enquanto direito, espera-se que seja judicialmente assegurada e reforçada, assegurando direitos constitucionais, os quais são preconizadores de valores necessários à própria a formação discursiva da vontade popular. Embora seja Lei Fundamental, a Constituição é também a expressão dos compromissos mais profundos de uma sociedade, ou seja, política, estando em diálogo com sua história, memórias e, sobretudo, sua identidade.⁵⁰

O Constitucionalismo Democrático reconhece que a permanência da Constituição ao longo do tempo está condicionada à sua abertura para influências além do direito, dentre elas as reivindicações sociais sobre o seu sentido. A Constituição não subsiste em nossa sociedade de forma isolada e estranha aos valores e práticas que orientam a vida política. Pelo contrário, disputas sobre o seu sentido fazem parte da construção da identidade coletiva da nação, permitindo que os cidadãos se identifiquem uns com os outros e com a própria Constituição. Através do debate constitucional, as diversas compreensões e visões políticas existentes em sociedade são confrontadas e tensionadas em um processo deliberativo inclusivo, em que todos estão legitimados a participar. O sentido constitucional, assim, não é algo a ser imposto autoritariamente pelas cortes, mas um projeto de todos.

Insisting on separating law from politics in order to preserve the purity of the law’s substantive commitments will do no good if it causes us to ignore the sources of the law’s actual legitimacy. (...) This is not simply a regrettable reality; it is a democratic good. **Democracies require the rule of law — as well the kind of dialogue among courts, the political branches, and the voting public that makes the rule of law responsive to the community. No progressive would want to live in a state where the authority of “We the People” refers only to the professional opinion of judges.**⁵¹ (grifei)

Embora reconheçam a existência de tensões entre o estado de direito e a democracia, Post e Siegel os entendem como elementos interdependentes e indispensáveis ao sistema constitucional. De um lado, o princípio democrático, para que não se converta em um mecanismo de opressão das minorias (fascismo) e para a própria permanência dos seus valores no jogo político, depende da instituição de limitações e garantias pelo estado de direito. Este, por sua vez, a fim de adquirir legitimidade no ambiente democrático, deve ser capaz de dialogar com o espírito do povo e seus valores mais profundos, sem que isso implique em sua conversão em um instrumento de maiorias ocasionais. Em suma, o Constitucionalismo Democrático

⁵⁰ POST, Robert; SIEGEL, Reva. Protecting the Constitution from the People: Juricentric Restrictions on Section Five Power. **Faculty Scholarship Series**, paper 182. 2002. p. 24-25.

⁵¹ POST, Robert; SIEGEL, Reva. Democratic Constitutionalism: a reply to Professor Barron. Cambridge: **Harvard Law & Policy Review**, v. 01, 2006. Disponível em: <<http://harvardlpr.com/online-articles/democratic-constitutionalism-a-reply-to-professor-barron>>. Acesso em: 23 de abril de 2017.

explicita o paradoxo constitutivo da autoridade da Constituição, relacionada, simultaneamente, à sua responsividade democrática e à sua legitimidade enquanto direito.⁵²

Ainda que Post e Siegel não sejam expressos quanto ao modelo democrático adotado em sua teoria, é possível apreender do pensamento constitucional desenvolvido a pressuposição de uma democracia deliberativa. Esta é entendida como uma forma de governo pautada na exigência de justificação (*reason-giving*), em que todos os cidadãos - livres e iguais -, bem como os agentes governamentais, devem, reciprocamente, justificar as suas decisões.

Na democracia deliberativa, aqui trabalhada de forma ampla⁵³, uma posição, seja ela judicial, legislativa ou popular, deve ser racionalmente justificada em um espaço dialógico e aberto, em que todos possam acessá-la e confrontá-la a partir de seus próprios entendimentos, os quais, igualmente, devem ser justificados. O processo público deliberativo, ainda que venha a produzir consensos dotados de estabilidade (provisória), não impede o seu questionamento e discussão posterior, mantendo-se aberto a novos debates.⁵⁴

Em política, bem como na vida prática em sociedade, os processos de tomada de decisão e o próprio entendimento humano são imperfeitos, não havendo certeza da correição das decisões para o presente e, menos ainda, para o futuro.⁵⁵ Além disso, a tomada de decisão, ainda que se desenvolva em um ambiente dialógico e inclusivo, não é consensual, exigindo a escolha de uma posição dominante em detrimento de outra(s) sucumbente(s).

Diante disso, a abertura do processo deliberativo assegura não apenas a possibilidade de reversão de decisões tidas como equivocadas, como a própria legitimidade das posições alcançadas por meio do debate público, garantindo a filiação dos seus membros diante do conflito. Isso porque aqueles que não conseguirem fixar a sua visão e, por consequência, forem perdedores no debate, serão mais tendenciosos a aceitar a decisão caso acreditem na possibilidade de revertê-la ou modificá-la no futuro. Tal possibilidade apenas pode ser verdadeiramente alcançada garantindo aos integrantes a possibilidade de continuar a argumentar em favor de suas convicções e projetos políticos, em uma arena discursiva em que o desacordo seja bem-vindo.

⁵² POST, Robert; SIEGEL, Reva. Democratic Constitutionalism. In: BALKIN, Jack; SIEGEL, Reva B. (Orgs.). **Constitution 2020**. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 27.

⁵³ Não pormenorizaremos os tipos de democracia deliberativa, uma vez que tal análise demandaria um estudo específico do tema, o qual não é o objetivo deste trabalho.

⁵⁴ GUTMANN, Amy; THOMPSON, Dennis. **Why Deliberative Democracy?** Princeton: Princeton University Press, 2004, p. 7

⁵⁵ GUTMANN, Amy; THOMPSON, Dennis. **Why Deliberative Democracy?** Princeton: Princeton University Press, 2004, p. 6

Post e Siegel transpõem essa perspectiva para o Constitucionalismo Democrático ao atribuir a legitimidade e autoridade constitucional à sua capacidade de ser reconhecida como expressão da identidade do povo. Para o autores, é a possibilidade de persuasão do outro e, principalmente, das cortes, de sua visão constitucional que mantém a fidelidade popular à Constituição, mesmo quando a sua posição não é prevalente.⁵⁶

Ou seja, a crença na responsividade da ordem constitucional possibilita a perpetuação da Constituição em meio a desacordos morais razoáveis, garantindo a filiação do povo ao seu sentido ainda que esse seja contrário à sua compreensão individual de Constituição. É a expectativa de um dia ver sua posição vencedora que mantém a adesão e a fidelidade dos cidadãos ao texto constitucional, dependendo da existência de mecanismos que os permitam expressar suas convicções e reafirmá-las através das instituições que dizem o direito, sobretudo das cortes. *“Paradoxically, the possibility of disagreement about the Constitution’s meaning preserves constitutional authority, because it enables persons of very different convictions to view the Constitution as expressing their most fundamental commitments and to regard the Constitution as foundational law”*.⁵⁷

A jurisdição constitucional, nesses termos, não é vista como antagônica à democracia e ao exercício do autogoverno, mas, muitas vezes, a sua própria catalisadora. A decisão judicial é mais uma voz, ao lado das demais, no processo de interpretação constitucional, não encerrando o debate público democrático subjacente às principais controvérsias existentes em sociedade. A oposição popular ao sentido judicial não deslegitima a Constituição e tão pouco a própria jurisdição constitucional, fazendo parte do seu processo de legitimação no ambiente democrático.⁵⁸

Embora reconheçam algum caráter final à decisão judicial, os autores atribuem a sua legitimidade à capacidade de ser reconhecida, ainda que no futuro, enquanto expressão da identidade do povo. Tal atribuição, como veremos, não implica a conversão das cortes em instituições representativas como os poderes políticos, mas a compreensão de que suas decisões fazem parte de um processo deliberativo mais amplo responsável pela conformação do projeto constitucional coletivo ao qual todos (e não apenas os juízes) estão filiados.

⁵⁶ POST, Robert; SIEGEL, Reva. Democratic Constitutionalism. In: BALKIN, Jack; SIEGEL, Reva B. (Orgs.). **Constitution 2020**. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 27.

⁵⁷ POST, Robert; SIEGEL, Reva. Democratic Constitutionalism. In: BALKIN, Jack; SIEGEL, Reva B. (Orgs.). **Constitution 2020**. Oxford: Oxford University Press, 2009, p 27.

⁵⁸ POST, Robert; SIEGEL, Reva. Roe rage: democratic constitutionalism and backlash. In: **Harvard Civil-Rights Civil-Liberties Law Review**, 2007. p. 375.

No entanto, por sua relevância e centralidade na teoria, o “reconhecimento” será pormenorizado no tópico seguinte, no qual analisaremos as suas implicações nas concepções de constitucionalismo e jurisdição constitucional trabalhadas por Post e Siegel. Antes disso, faz-se necessário tecer algumas considerações finais sobre o pensamento constitucional desenvolvido pelos professores de Yale, sobretudo em função de algumas leituras equivocadas percebidas na academia brasileira, as quais, em determinados pontos, comprometem a construção discursiva do Constitucionalismo Democrático.

Ora, conforme já exposto, o Constitucionalismo Democrático não pretende desenvolver uma teoria da interpretação constitucional, sobretudo porque não vislumbra em tal metodologia relevância prática para a compreensão das interações conformativas da Constituição. Ao atribuir a legitimidade das cortes (e da Constituição) ao seu reconhecimento pelo povo, os autores não dizem como a decisão judicial deve ser justificada, tão pouco prescrevem uma determinada conduta a ser observada pelos tribunais. Desse modo, Post e Siegel não se preocupam em endereçar como as cortes, do ponto de vista interno das suas decisões (em sua estrutura, alcance e justificação), serão sensíveis às reivindicações políticas e populares, reconhecendo, no entanto, que a ausência de tal sensibilidade compromete a sua legitimidade em uma democracia. Nesse viés, o Constitucionalismo Democrático se aproxima de uma teoria democrática da Constituição e da jurisdição constitucional, voltada à análise dos processos externos de conformação do sentido constitucional e de legitimação das decisões judiciais.

Tal abordagem difere, por exemplo, da desenvolvida pelo minimalismo de Sunstein, direcionado, exatamente, à prescrição de uma conduta, no caso, minimalista, às cortes quando da interpretação constitucional.⁵⁹ Sunstein desenvolve um modelo de decisão centrado nos valores da superficialidade (*shallowness*) e da estreiteza (*narrowness*), em que o primeiro, determina que as decisões judiciais se esquivem de teorizações complexas e abstratas, prestigiando “acordos incompletamente teorizados”⁶⁰; e, o segundo, que as cortes se atenham

⁵⁹ SUNSTEIN, Cass R. **One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court**. 2a Ed., Cambridge: Harvard University Press, 2001. Ver também: SUNSTEIN, Cass. R. *Incompletely theorized agreements*. Chicago: **Public Law and Legal Theory Working Paper**, no 147, 2007. SUNSTEIN, Cass R. **Constitutional Personae**. Nova Iorque: Oxford University Press. 2015. (eBook)

⁶⁰ Expressão traduzida do termo “incompletely theorized agreements” utilizado por Sunstein. “In hard cases, people can agree that a certain practice is constitutional, or is not constitutional, even when the theories that underlie their judgments sharply diverge. In the day-to-day operation of constitutional practice, incompletely theorized agreements on certain rules and doctrines help to ensure a sense of what the law is, even amidst large-scale disagreements about what, particularly, accounts for those rules and doctrines”. SUNSTEIN, Cass. R. *Incompletely theorized agreements*. Chicago: **Public Law and Legal Theory Working Paper**, no 147, 2007, p. 2.

ao caso particular e específico *subjudice*, evitando posicionamentos sobre temas para os quais não foram provocadas.⁶¹

Em defesa do minimalismo, Sunstein argumenta pela mitigação dos riscos que uma decisão judicial equivocada pode ensejar ao processo democrático, ressaltando o estímulo promovido ao seu desenvolvimento e amadurecimento ao deixar em aberto a discussão e a construção do significado constitucional. Para o autor, uma decisão minimalista expressa respeito às diversas posições existentes em sociedade, evitando a imposição sobre os cidadãos de uma visão constitucional contrária aos seus compromissos individuais. Nesse sentido, reduz a intensidade dos conflitos sociais e as reações negativas à própria decisão judicial, facilitando a aderência popular ao seu resultado.

Em suma, para o professor e autor, as reações sociais à jurisdição constitucional são ameaças à autoridade e estabilidade da ordem constitucional, razão pela qual as cortes devem se esquivar de emitir pronunciamentos gerais e profundos, deixando para a deliberação democrática a responsabilidade sobre as principais controvérsias constitucionais existentes.⁶²

No núcleo do minimalismo judicial, está a visão juriscêntrica de que as cortes encerrariam o debate democrático, retirando do espaço político a deliberação constitucional. Por isso, deveriam adotar uma posição minimalista, preservando a continuidade do debate público e o pluralismo democrático. Como vimos, o Constitucionalismo Democrático se recusa a aceitar tal ideia. As cortes não estão alheias às circunstâncias políticas nas quais estão inseridas, mas em constante diálogo com elas. Em suas decisões, devem ser sensíveis às diversas formas de reivindicação do sentido constitucional, dentre elas as reações populares aos seus próprios pronunciamentos. Ademais, a voz judicial, embora final para o caso concreto, é apenas provisória quanto ao desacordo maior subjacente a ele, estando sujeita à revisão e superação.

Ao contrário de alguns autores brasileiros, como Miguel Godoy⁶³, que enxergam no minimalismo judicial e no constitucionalismo democrático uma diferença meramente de grau, sua distinção é bem mais profunda. Para Miguel, enquanto Sunstein elucida as virtudes passivas das cortes, ou seja, os valores e benefícios promovidos à democracia a partir de uma postura

⁶¹ SUNTEIN, Cass R. **One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court**. 2a Ed., Cambridge: Harvard University Press, 2001, p. 54.

⁶² SUNTEIN, Cass R. **One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court**. 2a Ed., Cambridge: Harvard University Press, 2001, p. 59.

⁶³ GODOY, Miguel. **Devolver a Constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos interinstitucionais**. Tese apresentada como requisito para obtenção do título de doutor na Universidade Federal do Paraná. 2016. Disponível em: <<http://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/39908>>. Acesso em: 24 de abril de 2017, p 124-137.

jurisdicional mínima e cautelosa, Post e Siegel apreendem as chamadas virtudes ativas dos tribunais - os incentivos que um atuar positivo e audacioso das cortes podem ensejar à deliberação democrática e à legitimação da Constituição⁶⁴. Para o autor brasileiro, embora os estudos norte-americanos sejam distintos em grau quanto à postura atribuída às cortes, aproximam-se a partir da “*proteção de um espaço público democrático e robusto, que leve em conta o pluralismo inerradicável e os profundos desacordos morais das sociedades contemporâneas*”⁶⁵. Desse modo, “*apenas a forma de abordar os conflitos e desacordos é que é diferente, mas não necessariamente oposta*”⁶⁶.

Este não é, entretanto, o entendimento do presente estudo. Ora, o minimalismo está pautado em um modelo decisional de cunho juriscêntrico, em que o sentido constitucional é identificado à própria decisão judicial. Enquanto tal, a oposição a esta (decisão das cortes) implica em uma necessária oposição à Constituição, que coloca em risco a estabilidade e a coesão social. Por sua vez, o constitucionalismo democrático adere a um pensamento constitucional de cunho popular, orientado pela democratização da interpretação constitucional. Segundo este, reações sociais às decisões judiciais são constitutivas do processo de legitimação da Constituição em uma democracia dinâmica e plural como as democracias modernas, tornando-a responsiva com os valores e práticas mais profundos do povo⁶⁷.

Nesse viés, mais do que uma diferença metológica quanto à adoção de uma teoria da decisão judicial, ou de grau, quanto ao protagonismo atribuído às cortes, o minimalismo e o constitucionalismo democrático são distintos em suas premissas fundamentais. Tentativas de aproximá-los sem os devidos cuidados quanto aos seus pensamentos constitucionais implicam

⁶⁴ “O que se vê, assim, é que a diferença entre o constitucionalismo democrático e o minimalismo é, portanto, de grau. Tanto uma postura mais passiva quanto uma mais ativa são não apenas possíveis e desejáveis, como também legítimas. A utilização preponderante e adequada de uma ou outra capacidade não pode ser feita a priori, em abstrato, mas, ao contrário, dependerá das circunstâncias e também do caso concreto”. GODOY, Miguel. **Devolver a Constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos interinstitucionais**. Tese apresentada como requisito para obtenção do título de doutor na Universidade Federal do Paraná. 2016. Disponível em: <<http://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/39908>>. Acesso em: 24 de abril de 2017, p. 126

⁶⁵ GODOY, Miguel. **Devolver a Constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos interinstitucionais**. Tese apresentada como requisito para obtenção do título de doutor na Universidade Federal do Paraná. 2016. Disponível em: <<http://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/39908>>. Acesso em: 24 de abril de 2017, p. 131

⁶⁶ Idem.

⁶⁷ “Minimalism approaches conflict with the assumption that it is a threat to social cohesion and legitimacy. Democratic constitutionalism, by contrast, examines the understandings and practices that promote the social cohesion and legitimacy of our constitutional order. It considers the possibility that controversy over constitutional meaning might promote cohesion under conditions of normative heterogeneity. Minimalism’s treatment of the Constitution as an “incompletely theorized agreement” may actually be counterproductive if it inhibits forms of engagement that contribute to the very “social stability” minimalism means to promote”. POST, Robert; SIEGEL, Reva. Roe rage: democratic constitutionalism and backlash. **Harvard Civil-Rights Civil-Liberties Law Review**, 2007. p. 373-433. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/169>. Acesso em 17 de outubro de 2016. P. 405

no comprometimento de ambas as teorias, sobretudo do constitucionalismo democrático, que propõe exatamente se afastar de visões normativas e juriscêntricas existentes na academia norte-americana.

Ademais, quando Post e Siegel reconhecem virtudes ativas às decisões judiciais, elucidando os seus ganhos epistêmicos ao processo democrático, não estão propondo um ativismo judicial. Dizer que as cortes desempenham uma função própria no constitucionalismo e na democracia, assegurando direitos fundamentais aos cidadãos e estabilidade àqueles valores mais caros a uma determinada sociedade, não é o mesmo que dizer que devam assumir um protagonismo na interpretação constitucional. Esta compreensão, inclusive, é expressamente afastada pelos professores, que entendem a interpretação constitucional como um projeto de todos. Dessa forma, não se deve confundir as virtudes ativas das cortes, ou seja, os possíveis benefícios ao jogo democrático promovidos pela voz judicial, com a prescrição de uma postura ativista, “audaciosa” e preponderante do judiciário.

Por fim, deve-se ressaltar que a atuação das cortes não está limitada à defesa de minorias⁶⁸. O constitucionalismo democrático se afasta de pré-compreensões advindas da oposição entre direito e política, dentre elas a polarização entre a regra da maioria e a defesa judicial das minorias. As cortes não estão limitadas a uma ou a outra, já que ambas coexistem no sistema político-constitucional. Dessa forma, embora não forneçam uma fórmula mágica de justificação das decisões judiciais, Post e Siegel desenvolvem uma visão constitucional que leva a sério o seu papel no constitucionalismo, analisando as diversas interações, confrontamentos e tensionamentos que fazem parte de sua legitimação.

1.3 O reconhecimento no Constitucionalismo Democrático: a legitimação democrática da Constituição e das Cortes

Antes de encerrarmos o primeiro momento desse trabalho, que buscou reconstruir o pensamento constitucional que orientará o estudo por vir dessa pesquisa, devemos analisar o ponto central do Constitucionalismo Democrático, o reconhecimento. Este é desenvolvido como elo de legitimação da autoridade da Constituição em meio a desacordos morais profundos, os quais são constitutivos das democracias plurais modernas. Nesse sentido, Post e Siegel

⁶⁸ Nesse sentido, discorda-se da leitura de Maria Eugenia Bunchaft, a qual atribui ao constitucionalismo democrático a defesa de uma atuação judicial condicionada à defesa das minorias. BUNCHAFT, Maria Eugenia. Constitucionalismo democrático *versus* minimalismo judicial. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, n. 38, 2011. Disponível em: < <http://www.jur.puc-rio.br/revistades/index.php/revistades/article/view/189>>. Acesso em: 24 de abril de 2017.

atribuem ao reconhecimento a interface entre estado de direito e democracia, e, ainda, entre a supremacia judicial e o autogoverno do povo, que possibilita a responsividade da Constituição e da jurisdição constitucional com os valores democráticos.

Já vimos, no tópico anterior, que as bases do Constitucionalismo Democrático se assentam na premissa de que a autoridade da Constituição depende de sua legitimidade política e legal. A Constituição deve preservar a sua condição de Lei Fundamental do ordenamento jurídico e, simultaneamente, ser sensível às reivindicações democráticas, inspirando os cidadãos a reconhecê-la como a sua Constituição. Tal reconhecimento é sustentado por tradições de engajamento popular que possibilitam a democratização do sentido constitucional, o qual é visto como um projeto coletivo, que tem como um de seus protagonistas, o povo.

Ao lado das cortes, instituições políticas e governo, o povo é reconhecido como intérprete constitucional legítimo, que pode (e deve) reivindicar o sentido de Constituição compatível com seus ideais de vida. Não apenas o povo, mas também as cortes e agentes governamentais, os quais igualmente participam da deliberação constitucional, por vezes, alinhando-se ao posicionamento popular, outras, confrontando o seu entendimento. Nesse processo, que certamente é permeado por inúmeros desacordos e conflitos, cada intérprete, cada qual com seus meios, dialoga e tensiona os demais a acatar a sua visão, em um debate agônico que é responsável pela conformação do sentido da Constituição ao longo da sua história.⁶⁹

A Constituição, portanto, transcende os limites do direito, apresentando um componente político que reivindica a sua legitimação democrática.⁷⁰ A legitimidade constitucional não é concebida como algo estático, dado *a priori*, e, sim, um fluxo contínuo entre o seu sentido e os valores fundamentais do povo, que tem como pilar a deliberação coletiva. Esta requer que as instituições permitam aos cidadãos se envolverem no processo de criação e interpretação do direito, mantendo-se abertas aos influxos populares.

Post e Siegel, no entanto, não são ingênuos ou superficiais quanto a essa influência e, por isso, antecipam que nem sempre o engajamento popular terá êxito na adesão das instituições à sua interpretação. A autoridade da Constituição não resulta de uma identificação direta entre o seu significado e a opinião popular, mas de sua abertura às diversas formas de reivindicação do seu sentido, dentre elas o *backlash*. Ou seja, não é a persuasão momentânea das cortes que

⁶⁹ POST, Robert; SIEGEL, Reva. Roe v. Wade: democratic constitutionalism and backlash. **Harvard Civil-Rights Civil-Liberties Law Review**, 2007. p. 373-433. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/169>. Acesso em 17 de outubro de 2016. P. 374

⁷⁰ POST, Robert; SIEGEL, Reva. Roe v. Wade: democratic constitutionalism and backlash. **Harvard Civil-Rights Civil-Liberties Law Review**, 2007. p. 373-433. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/169>. Acesso em 17 de outubro de 2016. p. 396

garante a adesão dos cidadãos às decisões judiciais, mas a expectativa e a crença de influenciá-las em uma nova rodada procedimental de discussão⁷¹. Isso porque é o esforço e a esperança de persuadir e convencer as instituições que “dizem o direito” que provoca a mobilização, contramobilização, coalização e compromisso popular com os seus mandamentos.

Reconhecer o papel ativo da população na interpretação constitucional não implica adotar uma posição excludente ou mitigadora do Poder Judiciário, o qual é considerado intérprete igualmente legítimo, dotado de uma função relevante no sistema político-jurídico. Se a aderência da Constituição ao espírito do povo garante a sua legitimidade e autoridade democrática como norma fundamental, a proteção judicial dos valores postos constitucionalmente lhe confere permanência e estabilidade ao longo do tempo.

A jurisdição constitucional, dessa forma, não é algo a ser oposto à democracia ou estranho e redutor dela, mas seu próprio catalisador, fomentando o debate político dentro e fora das instituições. A relação entre jurisdição constitucional e democracia é interdependente, de forma que a primeira pode (e deve) fortalecer a segunda. Nesse sentido, assim como as crenças constitucionais do povo são, muitas vezes, reforçadas pela interpretação judicial de direitos fundamentais, tornando-as exigíveis enquanto direito, também as decisões judiciais são inspiradas e sustentadas por ditas crenças, estando em constante diálogo com elas.

Ademais, Post e Siegel entendem que alguma forma de autoridade final das cortes é necessária ao constitucionalismo e à democracia, uma vez que certas condições devem ser preenchidas a fim de que os cidadãos possam verdadeiramente participar do debate público. Sem a garantia de igualdade, liberdade, de direitos sociais básicos, como a saúde e a educação, a deliberação se torna mero instrumento discursivo, que não se sustenta na realidade. Os direitos constitucionais, nesse viés, asseguram aos cidadãos prerrogativas necessárias à reafirmação da sua participação livre e igualitária no espaço público de discussão, assim como à oposição de qualquer tentativa de impedi-la ou mitigá-la. Sua proteção judicial é também uma garantia do princípio democrático.⁷²

⁷¹ “Trust in the responsiveness of the constitutional order plays a crucial role in preserving the Constitution’s authority. When this trust exists, citizens can defer to authoritative judgments about the Constitution’s meaning that diverge from their own. The maintenance of this trust depends upon citizens having meaningful opportunities to persuade each other to adopt alternative constitutional understandings. Paradoxically, the possibility of disagreement about the Constitution’s meaning preserves constitutional authority, because it enables persons of very different convictions to view the Constitution as expressing their most fundamental commitments and to regard the Constitution as foundational law”. POST, Robert; SIEGEL, Reva. *Democratic Constitutionalism*. In: BALKIN, Jack; SIEGEL, Reva B. (Orgs.). **Constitution 2020**. Oxford: Oxford University Press, 2009. P.27

⁷² POST, Robert; SIEGEL, Reva. *Popular Constitutionalism, Departmentalism and Judicial Supremacy*. In: **California Law Review**. v. 92. Berkeley: Berkeley University, 2004. p. 1035-1036. “Constitutional rights might have the properties of ordinary legal entitlements because the values protected by such rights are deemed of transcendent importance, like the protection of persons from torture. A constitutional commitment to such values

Além disso, a supremacia judicial desempenha uma importante função de estabilização e segurança da Constituição, conferindo resposta a conflitos e divergências.

Constitutional ideals enforced by courts express national identity; they radiate gravitas and consequence. When entrenched through the professional logic of legal reason, otherwise contested understandings of the nation's ideals receive official endorsement and application by those who feel obligated to obey the law. They become guides for the juridical organization of society, wielding enormous symbolic power and shaping the social meaning of innumerable nonlegal transactions⁷³.

Diga-se que supremacia judicial, para os autores, não é dizer que as cortes podem definir as crenças e os valores dos cidadãos ou, ainda, impor a sua interpretação sobre eles. Da mesma forma, também não representa impedimento à persecução, pelas vias legais e políticas possíveis, da visão popular, sendo este um processo legítimo e necessário ao constitucionalismo. Assim sendo, diante de uma decisão judicial incompatível com o projeto constitucional ao qual estão filiados, os cidadãos devem buscar rechaçá-la, por exemplo, pressionando seus representantes políticos a propor emendas constitucionais que superem a interpretação judicial (*overruling*) ou, ainda, mobilizando-se, por meio dos movimentos sociais, para a persuasão da opinião popular e das instituições (*backlash*).

Percebe-se, assim, que em nenhum momento os autores propõem que a voz do judiciário se sobreponha às demais vozes não-judiciais ou que ocupe o lugar solitário na interpretação constitucional. Admitir que as cortes integram o constitucionalismo e que seu papel é relevante para o sistema não é o mesmo que lhe conferir qualquer tipo de protagonismo constitucional.

Na verdade, como já dito, no Constitucionalismo Democrático, a supremacia judicial não é antagônica ao exercício da democracia, mas uma garantia da sua própria efetivação, assegurando as práticas e direitos necessários à formação e à autonomia da vontade popular. Por outro lado, a democracia é o fundamento precípua da autoridade das cortes e, por isso, embora as suas decisões ponham fim a um processo judicial, não encerram o debate público e democrático, sendo sempre provisórias, temporárias, precárias e sujeitas à revisão e superação. Em suma, a supremacia judicial não é identificada com a “última palavra” ou “a última

need not express a global "strategy of precommitment" ; nor need it depend upon the idea that courts are the only "forum of principle" that can accurately apprehend constitutional values; nor need it rest on the belief that courts are necessary to exercise a "settlement function" that will preserve the country from social anarchy. Instead, support for judicial finality in the protection of constitutional rights may reflect the simple idea that in certain contexts we want citizens to hold rights against their government that are as secure and as reliable as the private rights that they hold against their fellow citizens". Ibidem. P. 1035

⁷³ POST, Robert; SIEGEL, Reva. Roe rage: democratic constitutionalism and backlash. **Harvard Civil-Rights Civil-Liberties Law Review**, 2007. p. 373-433. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/169>. Acesso em 17 de outubro de 2016. P. 380.

autoridade” da corte para determinar o significado constitucional, sendo uma voz importante ao lado de outras na interpretação da Constituição.

Apesar de Post e Siegel reconhecerem que as cortes apresentam uma forma distinta para declarar e fazer valer direitos - fundamentada em discursos profissionais próprios -, submetem a legitimidade judicial, assim como a das demais entidades políticas, à sua responsividade democrática ou ao seu reconhecimento pelo povo.⁷⁴ Nesse viés, caso interpretem a Constituição em termos que destoem profundamente das crenças dos cidadãos, as cortes podem ter seus pronunciamentos resistidos e confrontados nas demais áreas da vida pública, o que, caso tornado à regra, levará ao seu próprio estranhamento na democracia.

Ou seja, embora atribuam um papel importante às decisões judiciais na estabilidade e segurança do ordenamento político-jurídico, elas não são consideradas fenômenos alheios à política, mas em constante diálogo com essa. É do povo que o judiciário e demais poderes estatais extraem a sua legitimidade, devendo ser a ele e à sua cultura sensíveis. Sua legitimidade, portanto, está no fino equilíbrio entre supremacia judicial e democracia, entre o direito “das cortes” e os valores constitutivos da cultura constitucional dos cidadãos⁷⁵.

Embora a legitimidade das decisões judiciais esteja vinculada à sua capacidade de conquistar aderência popular, a supremacia judicial não se limita à estrita vontade do povo. Os tribunais não devem se converter em uma instituição representativa como é o legislativo, mas compreender que a Constituição tem uma importante dimensão política que também deve estar refletida na decisão. Por ser a autoridade da Constituição simultaneamente política e legal é de suma importância que, em suas decisões, as cortes estabeleçam conexões com a cultura política da nação, enquanto, simultaneamente, preserve o seu discurso técnico próprio de “pronunciar direito” (*declaring law*).⁷⁶ “*The Court, in short, must render interpretations of the Constitution that are ultimately responsive to the nation's political values, yet that remain recognizably law*”.⁷⁷

⁷⁴ Ibidem. p. 374

⁷⁵ “This delicate equilibrium would be disrupted if either the Constitution or constitutional law were permitted wholly to dominate the other. To allow constitutional law to dictate the Constitution is to risk having the fundamental beliefs of the nation supplanted by the narrow professional reason and organizational limitations of courts. Yet to allow the political judgment of the Constitution to dictate constitutional law is to risk undermining the stability and reliability of the very constitutional rights that may express and protect values, including the value of democracy, that are contained in the Constitution”. POST, Robert; SIEGEL, Reva. Popular Constitutionalism, Departmentalism and Judicial Supremacy. In: **California Law Review**. v. 92. Berkeley: Berkeley University, 2004. p. 1038.

⁷⁶ POST, Robert; SIEGEL, Reva. Protecting the Constitution from the People: Juricentric Restrictions on Section Five Power. **Faculty Scholarship Series**, paper 182. 2002. p. 26

⁷⁷ POST, Robert; SIEGEL, Reva. Protecting the Constitution from the People: Juricentric Restrictions on Section Five Power. **Faculty Scholarship Series**, paper 182. 2002. p. 26

Ora, se a autoridade judicial depende de sua responsividade democrática, o que ocorre quando o direito pronunciado “nas cortes” confronta ou contraria a interpretação constitucional e os valores políticos dos membros não-judiciais? Como dito, o *backlash* é um dos resultados possíveis.

Backlash, ou resistência popular, é uma das várias práticas de contestação de normas (*norm contestation*) por meio das quais o povo busca influenciar o conteúdo do direito constitucional. Através da resistência popular, os cidadãos se engajam politicamente na reivindicação dos seu ideais e na persuasão das cortes, que, embora nem sempre seja exitosa, tensiona a interpretação judicial a observar os influxos desenvolvidos fora dos tribunais.

No Constitucionalismo Democrático, os movimentos sociais são uma das principais formas de organização e mobilização das reações populares, apresentando-se como importante canal de expressão das inquietudes, críticas e oposições populares às decisões judiciais e políticas governamentais.⁷⁸

Nesse sentido, ao servir de veículo às reivindicações populares, os movimentos sociais influenciam não apenas a relação do povo com as cortes (e demais intérpretes constitucionais), mas, a sua relação entre si, ou seja, como os membros de uma comunidade interagem e se identificam uns com os outros. Isso porque, para que consigam persuadir as instituições que “dizem o direito”, os cidadãos devem ser capazes de mobilizar e acomodar as diversas visões e ideais políticos existentes em sociedade, evitando desacordos sobre questões tidas como inconciliáveis. Nesse sentido, ao compartilharem de um mesmo propósito, voltado à promoção e consolidação de valores e práticas caros à sociedade, os cidadãos são aproximados a partir de sua identificação coletiva, ou seja, de um sentimento de pertença que os tornam membros de uma dada comunidade e não de outra. Tal identificação contribui não apenas para a legitimação democrática das instituições, como para o desenvolvimento solidário de uma comunidade normativamente heterogênea, em que o desacordo, embora permanente, não é visto como impedimento ao reconhecimento recíproco dos cidadãos.⁷⁹

Por outro lado, os movimentos sociais também impulsionam o debate público, desafiando os grupos favorecidos pela decisão a responder às suas reivindicações, em uma contra mobilização ao seu próprio posicionamento. Nesse debate, cada movimento social é tensionado a argumentar suas posições em vista das considerações e críticas do outro, em uma

⁷⁸ SIEGEL, Reva. **Constitutional Culture, Social Movement and Constitutional Change: The Case of the ERA**. California Law Review, vol. 94. Berkeley: University of California Press, 2006, p. 1362-1366.

⁷⁹ SIEGEL, Reva. **Constitutional Culture, Social Movement and Constitutional Change: The Case of the ERA**. California Law Review, vol. 94. Berkeley: University of California Press, 2006, p 1343.

relação de agonismo que requer, mesmo que indiretamente, o reconhecimento do seu oponente. A apreensão dos argumentos contrários aos seus, ainda que para rebatê-los, contribui para o refinamento da visão constitucional levada adiante por cada movimento social, que é compelido a repensar, por meio das críticas, a sua própria posição e, por vezes, incorporá-las às suas reivindicações. Ademais, a interação entre mobilização e contra mobilização, embora marcada pelo conflito, é também um canal de interação entre os movimentos sociais, que, apesar de suas diferenças, dividem um mesmo espaço de debate, reconhecendo mutualmente suas posições mesmo que para questioná-las perante a opinião popular e as instituições.⁸⁰

Dessa forma, os movimentos sociais expressam o confronto e a acomodação de posições constitucionais e políticas distintas, as quais se aproximam a partir do compartilhamento de uma identidade comum, a história da Constituição e de seu povo. O êxito de suas reivindicações dependerá da sua capacidade de persuadir e conquistar a filiação das autoridades que “dizem o direito”, principalmente as cortes, uma vez que o processo legislativo da proposição de emendas constitucionais é mais moroso e complexo.

Pois bem, subjacente ao *backlash*, está a compreensão de que o direito constitucional, no longo prazo, é susceptível a influências políticas⁸¹. Desse modo, uma desidentificação profunda e persistente entre o discurso profissional das cortes e os valores populares, ameaça a legitimidade da jurisdição constitucional e da própria Constituição.⁸² Ao contrário de autores que vislumbram no *backlash* uma ameaça ao constitucionalismo, os autores de Yale o veem como uma prática necessária ao seu processo de legitimação. Post e Siegel entendem que a participação popular é positiva para a ordem constitucional, constituindo uma das formas de fortalecimento da coesão social e da legitimação da Constituição em uma sociedade plúrima de valores, convicções e ideais.

O engajamento do povo na deliberação constitucional reforça o seu compromisso com os valores constitucionais individuais e coletivos, o que mantém a sua adesão e fidelidade à Constituição mesmo quando sua interpretação não é prevalente. Na tentativa de persuasão do outro e das instituições, os cidadãos apropriam-se de memórias e princípios compartilhados em comum, permitindo que se identifiquem entre si e com a ordem constitucional⁸³.

⁸⁰ SIEGEL, Reva. **Constitutional Culture, Social Movement and Constitutional Change: The Case of the ERA**. California Law Review, vol. 94. Berkeley: University of California Press, 2006, p. 1362-1366.

⁸¹ No mesmo sentido dos autores, temos também Barry Friedman. “[A]fter all is said and done, if the fight is fought and pursued with focus, and attracts enough adherents, the law changes”. FRIEDMAN, Barry. The importance of being positive: the nature and function of judicial review. **University of Cincinnati Law Review**, 72. p 1293.

⁸² POST, Robert; SIEGEL, Reva. Roe rage: democratic constitutionalism and backlash. **Harvard Civil-Rights Civil-Liberties Law Review**, 2007. p. 378-379.

⁸³ Visão similar é também perfilhada por Jack Balkin, segundo o qual o compartilhamento de memórias e princípios comuns ao povo (narrativas constitucionais) é constitutivo do sentimento de pertencimento que nos une, enquanto

Collective deliberation helps establish what things mean and why they matter. Collective deliberation is thus useful, not only as a procedure for deciding how to act, but also as a practice for articulating who we are. Collective deliberation forges the meanings through which individuals and communities can express identity, and infuses practical questions with symbolic significance so that they provide occasions for individuals and communities to vindicate values through which they define themselves. For this reason, direct popular engagement in constitutional deliberation infuses collective life with the kinds of meaning that help constitute a community as a community.⁸⁴

Assim, o *locus* ocupado pelo povo no Constitucionalismo Democrático vai de encontro a tentativas de evitar o desacordo no sistema constitucional, já que é o conflito que permite a legitimação da Constituição ao longo de sua história. A jurisdição constitucional, como vimos, não encerra ou silencia o processo político, mas pode exatamente catalisá-lo ao fomentar o debate dentro e fora das instituições a partir de suas decisões. “*Judicial review limits, channels, and amplifies democratic politics. Democratic politics, in turn, shapes the institution of judicial review*”.⁸⁵ Portanto, é na tensão entre supremacia judicial, *backlash*, direito e política, que a Constituição encontra seu reconhecimento e legitimação no constitucionalismo e na democracia, em uma interação dialógica e de agonismo marcada pela persistência de desacordos.

cidadãos, ao projeto constitucional que nos filiamos. BALKIN, Jack. **Constitutional redemption: political faith in an unjust world**. Cambridge & London: Harvard University Press, 2011.

⁸⁴ SIEGEL, Reva. **Constitutional Culture, Social Movement and Constitutional Change: The Case of the ERA**. California Law Review, vol. 94. Berkeley: University of California Press, 2006, p. 1341.

⁸⁵ POST, Robert; SIEGEL, Reva. Roe rage: democratic constitutionalism and backlash. In: **Harvard Civil-Rights Civil-Liberties Law Review**, 2007. p. 399

2. A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO CONTEXTO PÓS-1988: A NOVA SEMÂNTICA CONSTITUCIONAL E A DEMOCRATIZAÇÃO DO PROCESSO PENAL

No capítulo anterior, retomamos o pensamento teórico e filosófico que orienta o presente estudo, analisando o constitucionalismo democrático em suas premissas básicas e em diálogo com as teorias populares para aproximá-las em suas semelhanças, sem perder de vista as suas fundamentais diferenças. Partindo dessa discussão, adentraremos, neste capítulo, no objeto específico do trabalho, estudando os giros hermenêuticos empreendidos pela jurisprudência, sobretudo pelo STF, acerca do sentido e alcance do princípio constitucional da presunção de inocência, especialmente no que concerne à (im)possibilidade da execução provisória da pena.

Acredita-se que a investigação proposta nos conduzirá a uma dupla reflexão: a primeira, em sentido semelhante à desenvolvida por Post e Siegel, para compreender a interpretação constitucional como empreendimento coletivo, desmistificando o papel da jurisdição constitucional e do STF no processo político mais amplo no qual o debate constitucional se desenvolve. Ou seja, veremos como o princípio da presunção de inocência foi e continua a ser objeto de profundas discussões tanto nas cortes, como nos meios políticos e na sociedade de forma geral, sendo tensionado em sua história tanto em direção a conquistas importantes na realização de direitos fundamentais, como a retrocessos para o projeto político que vimos construindo desde 1988.

A segunda, que será desenvolvida em momento posterior (capítulo 3), relaciona-se às próprias capacidades normativas do constitucionalismo democrático. Em outros termos, refletiremos sobre até que ponto o constitucionalismo democrático, enquanto teoria predominantemente positiva, é exitoso na apreensão da relação agônica entre constitucionalismo e democracia. E, por outro lado, em suas entrelinhas normativas, pode conduzir a consequencialismos que vão na contramão de uma construção do direito norteadas pela integridade. Essas e outras considerações, como dito, serão retomadas no futuro, cabendo, por hora, “começarmos pelo início”, ou seja, pela promulgação da Constituição de 1988 e seus efeitos no processo penal, sobretudo no que diz respeito ao princípio da presunção de inocência.

A promulgação da Constituição de 1988 inaugurou o período de redemocratização do Estado brasileiro, rompendo com o contexto de autoritarismo e violações a direitos fundamentais existente durante a ditadura. Mais do que um novo texto constitucional, a

Constituição vivificou o novo espírito político e ideológico da sociedade brasileira (ou o seu novo projeto político), que não mais toleraria as opressões do poder estatal.

Contrapondo-se aos paradigmas autocráticos das interações institucionais e a razões de utilidade justificadas pelo interesse coletivo, a democracia inseriu o indivíduo no núcleo de sua proteção, instaurando um sistema político-cultural centrado em sua valorização frente ao Estado. Nesse sistema, o Estado não é um fim em si mesmo, apenas se justificando enquanto meio cuja finalidade é a proteção do homem e dos seus direitos fundamentais. O bem comum, na Constituição de 1988, não é aquele que privilegia o bem estar da maioria, mas o que é capaz de promover o benefício de todos e de cada um dos seus indivíduos.⁸⁶

O novo projeto político implementado em 1988 implicou em uma necessária recompreensão dos diversos ramos de incidência do direito, sobretudo do processo penal. Isso porque a democracia reivindica a sua observância nas várias esferas de interação entre Estado e indivíduo, sendo o processo penal o palco histórico dos principais abusos e subversões do homem.⁸⁷ Talvez por isso, um dos principais indicadores do nível de desenvolvimento cultural de um povo seja a sua política processual penal, uma vez que em muito reflete os valores e princípios que norteiam determinada cultura, sendo mais desenvolvida quanto mais caminhe em direção a um sistema garantista.⁸⁸

Nesse sentido, a democratização do estado motivou a democratização do processo penal e, por consequência, a sua filtragem constitucional. Nesta, as normas contidas no Decreto-Lei 3.689 de 1941 (nosso código de processo penal), de raízes despóticas, foram submetidas ao “filtro” da Constituição de 1988, sendo recepcionadas tão somente aquelas cujas interpretações estavam em consonância com os valores e princípios da Constituição.

No processo penal democrático, o sujeito passivo deixa de ser visto e tratado como um mero objeto, que, como tal, pode ser extorquido em busca da “verdade real”. Ao contrário, passa a ocupar uma posição de centralidade, enquanto parte processual, dotada de direitos e deveres.⁸⁹ Isso significa dizer que, ao contrário de um processo penal autoritário, pautado na salvaguarda do interesse coletivo e na objetificação do ser humano, a constitucionalização do

⁸⁶ O bem comum, dessa forma, dissocia-se de uma visão antropomórfica de sociedade, concebida como uma entidade superior, na qual indivíduos são meras “células” que lhe devem obediência. A Constituição não admite esse tipo de pensamento, exigindo que cada indivíduo seja tratado com igual consideração e respeito dentro da sociedade e não em submissão a uma entidade tida por superior. LOPES JR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal**: Fundamentos da instrumentalidade penal. Rio de Janeiro: Editora Lumen Iuris, 4ed, 2006. P. 41-42.

⁸⁷ LOPES JR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal**: Fundamentos da instrumentalidade penal. Rio de Janeiro: Editora Lumen Iuris, 4ed, 2006. P. 41-43.

⁸⁸ E, por consequência, distancie-se de um processo penal autoritário, típico de um Estado-policial.

⁸⁹ LOPES JR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal**: Fundamentos da instrumentalidade penal. Rio de Janeiro: Editora Lumen Iuris, 4ed, 2006. P. 41-43.

processo ensejou um fortalecimento do sujeito passivo, com a tutela da liberdade processual do imputado e o respeito à sua dignidade como pessoa.⁹⁰

Um dos corolários do estado democrático de direito e dessa nova política processual penal consiste no princípio da presunção de inocência. Estabelece a Constituição, no rol de direitos fundamentais, que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Em sentido diverso de uma presunção de culpabilidade, o princípio reconhece um estado de inocência em favor do imputado, cabendo exclusivamente à acusação a sua desconstituição.

Para alguns autores⁹¹, a presunção de inocência se configura como pressuposto de todas as demais garantias do processo. É ela que garante a posição do acusado enquanto sujeito de direitos no processo penal, reivindicando o seu tratamento de forma digna ao longo de todas as etapas da persecução criminal. O seu reconhecimento agregou ao processo penal brasileiro parâmetros para a efetivação de modelo de justiça criminal racional, democrático e de cunho garantista, como o do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório, do juiz natural, da inadmissibilidade de obtenção de provas por meios ilícitos, da não autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*), com todos os seus desdobramentos de ordem prática⁹².

Dizer que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória significa constituir garantia do sujeito passivo oponível ao *jus puniendi* estatal. Nenhuma modalidade de sanção, de restrição, de consequência gravosa ao patrimônio jurídico do réu, concebido no largo sentido da esfera de seus direitos, pode ser admitida a título de juízo de culpabilidade senão depois do trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Em favor de qualquer pessoa sob persecução penal, reconhece-se uma verdade provisória, com caráter probatório, que afasta juízos prematuros de culpabilidade. Sendo assim, a não ser que a Constituição disponha em sentido contrário, nenhuma medida pode ser justificada a título de juízo condenatório precário antes que sobrevenha o trânsito em julgado da condenação penal. Só então deixará de subsistir, em favor da pessoa condenada, a presunção de que é inocente.

⁹⁰ BETTIOL, Giuseppe. **Instituciones de Derecho Penal y Procesal Penal**. Barcelona: Bosch, 1973 p. 174.

⁹¹ Dentre os quais LOPES, JR, A; BADARÓ, H. **Parecer Presunção de inocência: Do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória**. Consultante: Maria Cláudia de Seixas. 2016; CARRARA, Francesco. *Il diritto penale e la procedura penale (Prolusione al corso di diritto criminale dell'anno accademico 1873-74, nella R. Università di Pisa)*, in **Opuscoli di Diritto Criminale**. Lucca: Tipografia Giusti, 1874, v. V, p. 18.

⁹² Como o direito de igualdade entre as partes, o direito à defesa técnica plena e efetiva, o direito de presença, o direito ao silêncio, o direito ao prévio conhecimento da acusação e das provas produzidas, o da possibilidade de contraditá-las, com o consequente reconhecimento da ilegitimidade de condenação que não esteja devidamente fundamentada e assentada em provas produzidas sob o crivo do contraditório.

Nesse sentido, o postulado possui dois vetores de incidência. O primeiro, como típica garantia de índole constitucional, dirige-se ao Estado para impor limitações ao seu poder e arbítrio. Enquanto tal, a presunção de inocência exige que o poder punitivo estatal seja exercido dentro dos limites constitucionais vigentes no ordenamento jurídico, restringindo o interesse coletivo à repressão penal aos valores e princípios fundantes do Estado brasileiro, dentre os quais a própria presunção de inocência e a dignidade humana.

Por outro lado, constitui-se como direito fundamental subjetivo do indivíduo, que repercute em sua esfera jurídica para lhe assegurar um verdadeiro *status* de inocente. Por essa perspectiva, a presunção de inocência, ao lado dos demais direitos fundamentais, representa uma importante conquista dos cidadãos em sua luta contra a opressão do poder, que possui em sua história vinte anos de regime ditatorial, em que as garantias mais básicas dos indivíduos foram profundamente violentadas.

Note-se que não se está a falar de um “princípio de não culpabilidade”, mas de uma presunção de inocência. Alguns autores, em interpretação literal do texto constitucional, que não é expreso quanto ao termo inocente, sustentam que nosso ordenamento jurídico não recepcionou o princípio da presunção de inocência, assegurando tão somente um “estado de não culpabilidade”. A discussão, com as devidas vênias à doutrina sobre o assunto, parece um tanto sem sentido. Ater-se à semântica dos termos “não culpável” e “inocente” é dispendiar tempo e esforço com expressões que parecem dizer o mesmo por signos distintos. Garantir um estado de não culpabilidade ao acusado é a forma negativa de se reconhecer a sua inocência.

No entanto, ainda que se estabeleça uma distinção semântica entre ambos os termos, não é possível levar adiante o posicionamento de que nosso ordenamento jurídico recepcionou tão apenas o princípio da não culpabilidade. Limitar a proteção constitucional a um estado de pré-inocência ou de não culpável, é restringir, em muito, o nosso projeto constitucional, sendo incompatível com suas bases democráticas e com o caminhar civilizatório que vimos construindo. Não é sem razão que a Constituição de 1988 é conhecida como “Constituição Cidadã”. Ela possui em seu âmago a revalorização do indivíduo em suas máximas potencialidades, assegurando um extenso rol de direitos e garantias fundamentais voltados à consecução e preservação de sua dignidade humana.

Tamanho é o seu caráter garantista, que a constituição deixou em aberto o rol de direitos fundamentais a outros direitos não previstos em seu texto, como àqueles implícitos ao regime democrático e aos princípios constitucionais e, ainda, àqueles decorrentes de tratados

internacionais dos quais o Brasil seja parte.⁹³ Nesse contexto, a presunção de inocência é expressamente recepcionada pela Convenção Americana de Direitos Humanos, da qual o Brasil é signatário, que, em seu art. 8.2 dispõe que “(t)oda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa (...)”. Sendo assim, seja por uma leitura sistemática da Constituição, seja pela promulgação no ordenamento pátrio da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), dotada de *status* supralegal⁹⁴, temos que o nosso sistema jurídico recepcionou o princípio da presunção de inocência.

Sobre a presunção de inocência no âmbito processual penal, devemos tecer algumas considerações. Em geral, quando o princípio é trabalhado, seja na academia, seja na prática jurídica, associa-se a sua incidência ao “*in dubio pro reo*”, ou seja, à regra de julgamento que milita em favor do acusado para que a dúvida na comprovação probatória da autoria e materialidade do crime seja interpretada no sentido da absolvição do réu. O “*in dubio pro reo*” se contrapõe à regra do “*in dubio pro societate*” em que ao acusado compete comprovar a sua inocência e a dúvida favorece o interesse coletivo à repressão penal.

Não há dúvidas de que o “*in dubio pro reo*” decorre da presunção de inocência. No entanto, será que o princípio estaria adstrito a uma dimensão probatória ou, do contrário, apresentaria outras formas de expressão?

Partindo da divisão desenvolvida por Aury Lopes Jr. e Henrique Badaró⁹⁵ e levando em conta o contexto de desenvolvimento transgeracional da nossa constituição, podemos extrair

⁹³ CF, art. 5º, §2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

⁹⁴ O caráter supralegal da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) foi assentado no julgamento do RE nº 466.343, em que o STF, posicionando-se sobre a impossibilidade da prisão civil do depositário infiel, enfrentou o caráter normativo dos tratados internacionais sobre direitos humanos que não foram aprovados pelo procedimento expresso no art. 5º, §3º da CR/88. A discussão surgiu diante da mudança introduzida pela EC nº 45/2004, que previu a recepção dos tratados internacionais de direitos humanos que fossem aprovados pelo mesmo procedimento das emendas constitucionais (ou seja, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos) como normas de *status* constitucional. A questão controvertida no citado recurso extraordinário motivou a corte a se posicionar quanto à natureza de tratados internacionais, como o Pacto de San José da Costa Rica, que versavam sobre direitos humanos, mas que, por serem anteriores à EC nº 45/04, não foram submetidos ao procedimento das emendas constitucionais. A tese vencedora no STF, sustentada pelo Min. Gilmar Mendes, foi a de que esses tratados não poderiam adentrar o ordenamento pátrio como leis ordinárias por serem de direitos humanos, mas também não seriam normas constitucionais, uma vez que não foram submetidos aos mesmos moldes procedimentais das emendas constitucionais. Sendo assim, deveriam ser recepcionados como normas supraleais, ou seja, um meio termo entre as normas constitucionais e as leis ordinárias. Para maior aprofundamento ver: FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 9 ed. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 564 a 567.

⁹⁵ LOPES, JR, A; BADARÓ, H. **Parecer Presunção de inocência: Do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória**. Consultante: Maria Cláudia de Seixas. 2016. Em sentido semelhante, também: VEGAS TORRES, Jaime. **Presunción de Inocencia y prueba en el proceso penal**. Madrid, La Ley, 1993, p 35 e ss.

três principais manifestações da presunção de inocência. A primeira, como já vimos, consiste em uma regra de julgamento a ser utilizada quando houver dúvida sobre fato relevante para a decisão do processo. Nessa acepção, a presunção de inocência se confunde com o “*in dubio pro reo*”, que exige a constituição inequívoca, pela acusação, da culpabilidade do imputado, a qual, caso não demonstrada, impõe a sua absolvição.⁹⁶ É a tratativa usual do princípio.

A segunda manifestação, relacionada à dimensão subjetiva⁹⁷ da presunção de inocência, consiste em uma regra de tratamento do imputado durante o processo penal. Nesse sentido, o postulado reconhece ao acusado um estado de inocente, proibindo a imposição de medidas antecipatórias de um juízo de culpabilidade até que este esteja demonstrado de forma definitiva, com o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Sob essa perspectiva, a presunção de inocência impõe não apenas uma posição negativa do julgador frente ao acusado, não o considerando culpado, mas também a postura positiva de tratá-lo efetivamente como inocente.⁹⁸ São decorrências dessa dimensão, o dever do magistrado de coibir a superexposição midiática e estigmatização do acusado, assim como a vedação de prisões processuais automáticas (ou obrigatórias) e a impossibilidade da execução provisória da sanção penal.

O último aspecto do postulado e o mais negligenciado dentre os três, consiste na sua expressão como princípio político fundante do estado. Como já vimos, o processo penal é um microcosmos que em muito reflete a cultura da sociedade e a organização do seu sistema político. Nesse sentido, a adoção do sistema acusatório e da presunção de inocência transpõe a seara processual penal, expressando o engajamento da sociedade com um modelo de estado respeitador da dignidade e dos direitos essenciais da pessoa humana.

Intrínseco à garantia da presunção de inocência, há um valor ideológico que vai além da finalidade processual – a de um processo necessário para a verificação jurisdicional da ocorrência de um delito e sua autoria – e que reflete o compromisso do estado com a dignidade dos seus cidadãos. É, portanto, um princípio fundamental de civilidade que expressa uma opção garantista em favor da tutela da imunidade dos inocentes, ainda que, para isso, tenha-se que

⁹⁶ “(...) a acusação tem a carga de descobrir hipóteses e provas, e a defesa tem o direito (não dever) de contradizer com contra hipótese e contra-prova. O juiz, que deve ter como hábito profissional a imparcialidade e a dúvida, tem a tarefa de analisar todas as hipóteses, aceitando a acusatória somente se estiver provada e, não aceitando, se desmentida ou, ainda que não desmentida, não restar suficientemente provada”. LOPES JR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal**: Fundamentos da instrumentalidade penal. Rio de Janeiro: Editora Lumen Iuris, 4ed, 2006, p. 189.

⁹⁷ Enquanto direito fundamental do imputado.

⁹⁸ LOPES JR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal**: Fundamentos da instrumentalidade penal. Rio de Janeiro: Editora Lumen Iuris, 4ed, 2006, p. 186 e ss.

pagar o preço da impunidade de algum culpável. Ao corpo social, basta que os culpados sejam geralmente punidos, pois o maior interesse é que todos os inocentes, sem exceção, estejam protegidos.⁹⁹

É importante registrar que essas três dimensões da presunção de inocência (regra de julgamento, regra de tratamento e princípio político) não são excludentes entre si, mas integradoras umas das outras. Ainda que em dado momento processual determinada função seja de maior evidência, não significa dizer que as demais faces do princípio inexistam ou devam ser desprezadas. Elas estão em uma constante interação, demandando observância em toda a sua amplitude.

Uma última questão que se coloca sobre o princípio da presunção de inocência relaciona-se à sua extensão a outros domínios da vida civil. Ora, estaria o princípio restrito, quanto à sua incidência, ao âmbito do processo penal?

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 482.006/MG¹⁰⁰, que discutia dispositivo de lei estadual mineira que autorizava a redução de vencimentos de servidores públicos processados criminalmente, posicionou-se no sentido de que a presunção de inocência possui eficácia irradiante, o que a torna aplicável a processos de natureza não-criminal. Entendeu o Tribunal que o princípio deve viabilizar, sob a perspectiva da liberdade, uma hermenêutica essencialmente emancipatória dos direitos básicos da pessoa humana, alcançando quaisquer medidas restritivas de direitos, independentemente de seu conteúdo ou do bloco que compõe, se de direitos civis ou de direitos políticos. Ou seja, em vista da presunção de inocência, não pode ser aplicada ao réu sequer medida de caráter patrimonial antes do trânsito em julgado de sentença condenatória.

Pois bem, traçado o contexto constitucional em que se desenvolve o eixo temático do trabalho, assim como a dogmática pertinente à extensão, incidência e conteúdo do princípio da

⁹⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razon - Teoria del Garantismo Penal**. 2 ed. Trad. Perfecto Andres Ibanez; Alfonso Ruiz Miguel; Juan Carlos Bayon Mohino; Juan Terradillos Basoco e Rocio Cantarero Bandres. Madri, Trotta, 1997, p. 549.

¹⁰⁰ EMENTA: ART. 2º DA LEI ESTADUAL 2.364/61 DO ESTADO DE MINAS GERAIS, QUE DEU NOVA REDAÇÃO À LEI ESTADUAL 869/52, AUTORIZANDO A REDUÇÃO DE VENCIMENTOS DE SERVIDORES PÚBLICOS PROCESSADOS CRIMINALMENTE. DISPOSITIVO NÃO-RECEPCIONADO PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988. AFRONTA AOS PRINCÍPIOS DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E DA IRREDUTIBILIDADE DE VENCIMENTOS. RECURSO IMPROVIDO. I - A redução de vencimentos de servidores públicos processados criminalmente colide com o disposto nos arts. 5º, LVII, e 37, XV, da Constituição, que abrigam, respectivamente, os princípios da presunção de inocência e da irredutibilidade de vencimentos. II - Norma estadual não-recepcionada pela atual Carta Magna, sendo irrelevante a previsão que nela se contém de devolução dos valores descontados em caso de absolvição. (...) IV - Recurso extraordinário conhecido em parte e, na parte conhecida, improvido. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 482006**. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Distrito Federal, 13 de dezembro de 2007.

presunção de inocência, passaremos a analisar, no tópico seguinte (2.1), a resposta do STF a esse novo paradigma, sobretudo no que diz respeito à execução provisória da pena.

2.1 A resposta do STF ao novo paradigma constitucional: a execução provisória da pena e o giro hermenêutico de 2009

Vimos que a redemocratização do estado brasileiro, cujo principal marco é a promulgação da Constituição de 1988, exigiu uma releitura ou filtragem constitucional do processo penal, de modo a garantir que apenas as normas e princípios compatíveis com o projeto democrático perpetuassem no nosso ordenamento jurídico. Mais do que um novo texto constitucional, foi inaugurado um novo espírito político em 1988, o qual apesar de expresso ao longo da Constituição - através, por exemplo, da positivação da dignidade humana como fundamento da república e de direitos como a presunção de inocência - demandou uma apreensão psíquica pelos cidadãos.

Da mesma forma, também os tribunais precisaram se readequar ao novo paradigma constitucional em vigor, o que certamente não aconteceu do dia para a noite, sendo, na verdade, um processo, um “caminhar para”, que ainda hoje está em acontecimento. Não basta um novo texto constitucional, é preciso uma nova mentalidade em termos de constitucionalidade.

No que diz respeito à execução provisória da pena, até 2009, predominava no STF o entendimento de que não havia óbice à execução de sentença condenatória quando pendentes recursos sem efeito suspensivo, os ditos recursos extraordinários. Tal posicionamento apresentava fortes resquícios da ótica autoritária pré-88, marcada pelo direito penal máximo e pelo utilitarismo processual, relacionado a ideia do combate à criminalidade a qualquer custo.

Em 2009, no entanto, já imerso no contexto democrático há mais de vinte anos, o Tribunal revisitou esse posicionamento, enfrentando novamente a questão no julgamento do HC 84.078/MG¹⁰¹. Neste julgado, de relatoria do Min. Eros Grau, o Pleno do STF se posicionou

¹⁰¹ EMENTA: HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA "EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA". ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. O art. 637 do CPP estabelece que "[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença". A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória". 2. Daí que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP. 3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. 4. A ampla defesa, não se pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também,

no sentido de que a prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente poderia ser decretada a título cautelar, ou seja, nos casos de prisão em flagrante, prisão temporária e prisão preventiva.

Argumentou o relator que a Constituição de 1988 dispõe de regra expressa sobre a matéria, contemplando enunciado normativo que impede que lei ou decisão judicial imponha ao réu, antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, qualquer sanção ou consequência jurídica gravosa que dependa dessa condição constitucional. Há, portanto, um verdadeiro limite imposto constitucionalmente ao Estado e seus agentes no desempenho da atividade de persecução penal.

Ora, não só a Constituição garantiu a presunção de inocência, como determinou o momento a partir do qual ela se descaracteriza, qual seja, o trânsito em julgado da condenação criminal. Antes desse momento, o Estado não pode tratar os indiciados ou réus como se culpados fossem. Note-se que o princípio não se esvazia progressivamente à medida em que se sucedem os graus de jurisdição. Há sim um termo final, um instante em que a presunção de inocência se exaure de forma definitiva e completa, e esse é o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Quando tratamos de prisão que tenha por fundamento título de sentença condenatória recorrível, ou estamos diante de uma prisão cautelar ou de uma antecipação do cumprimento da pena. E a antecipação de execução de pena, em vista da regra constitucional de que ninguém será considerado culpado antes que transite em julgado a condenação, não pode ser admitida senão às custas da própria Constituição.

Não me parece possível, salvo se for negado préstimo à Constituição, qualquer conclusão adversa ao que dispõe o inciso LVII do seu artigo 5º. Apenas um desafeto da Constituição (...) admitiria que ela permite seja alguém considerado culpado anteriormente ao trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Apenas um desafeto da Constituição admitiria que alguém fique sujeito a execução antecipada da pena de que se trate. Apenas um desafeto da Constituição.¹⁰²

Reconhece o relator que a enunciação constitucional da presunção de inocência não implicou a modificação imediata do comportamento da sociedade e mesmo dos atores jurídicos

restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão. (...) 8. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual. Ordem concedida. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 84.078/MG**. Relator: Ministro Eros Grau. Distrito Federal, 05 de fevereiro de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=84078&classe=HC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>

¹⁰² Trecho do voto do Ex. Min. Relator, Eros Grau, disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>>.

em relação aos que se veem envolvidos em uma persecução criminal. Mesmo diante do reconhecimento de um estado de inocência do acusado até o trânsito em julgado de sentença condenatória, ainda há um grande estigma social em relação ao réu de uma ação penal. Essa modificação comportamental deve passar (e está passando) por um processo gradativo de constitucionalização psíquica da sociedade, superando o famigerado jargão “bandido bom é bandido morto”, ainda hoje subsistente de forma expressa ou nas entrelinhas das falas do cotidiano.

Isso não significa dizer que nossos magistrados devam ou possam desprezar a garantia de tratamento que a Constituição instituiu em favor do acusado. Não é legítima a prisão anterior à condenação transitada em julgado senão por exigências cautelares excepcionais de natureza instrumental e depois de efetiva apreciação judicial, que deve vir expressa através de decisão motivada. A admissão da execução provisória no sistema processual penal vai na contramão do paradigma constitucional vigente, uma vez que viola direitos fundamentais do acusado, principalmente a presunção de inocência e a garantia da aplicação jurisdicional da pena com observância do devido processo legal.

Em uma democracia, como a nossa, a presunção de inocência é um dos mais importantes valores político-ideológicos que o ordenamento jurídico assume em tutela da dignidade humana. Ela garante que o indivíduo que seja réu no processo penal não perca sua dignidade por sê-lo.

Nesse sentido, a instauração da persecução criminal não afeta em nada a posição do acusado enquanto sujeito de direitos e titular de garantias indisponíveis, cuja dignidade impede qualquer tentativa de sua objetificação. Não é possível admitir que ele, o acusado, transforme-se em mero objeto processual, suportando a execução penal, como se condenado fosse, enquanto não declarada judicialmente a certeza de que cometeu a infração penal, o que só ocorre com o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Ademais, o Min. Eros Grau ressalta o papel do STF na proteção da Constituição e dos seus preceitos em contextos de extremismos social, marcados pela violência de fato ou discursiva. Em tais momentos de exaltação, em geral, a imprensa desponta como palco de linchamento à semelhança de um tribunal de exceção erigido sobre a premissa de que todos são culpados até prova em contrário.

De outro lado, há uma busca popular desenfreada por uma suposta ética que conduz ao “olho por olho, dente por dente”, tudo de forma contrária ao disposto na Constituição. É especialmente nessas circunstâncias, diz o relator, que a Corte deve estar atenta e incumbida do

exercício da prudência do direito, de modo a fazer com que prevaleça a força normativa da Constituição.

Um outro argumento suscitado e que merece nossa atenção consiste no já citado julgamento do RE 482.006/MG. Se o Tribunal reconheceu o efeito irradiante da presunção de inocência para entender pela sua aplicabilidade nos domínios extrapenais, impedindo a antecipação de qualquer sanção afeta à propriedade antes do trânsito em julgado, como poderia mitigá-lo na seara penal, em que está em discussão a própria liberdade do acusado?

A Corte que prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade não poderia negá-lo em se tratando da garantia da liberdade, salvo se entendessem nossos ministros que *“a Constituição está plenamente a serviço da defesa da propriedade, mas nem tanto da liberdade... Afinal de contas a propriedade tem mais a ver com as elites; a ameaça às liberdades alcança de modo efetivo as classes subalternas”*¹⁰³.

Foram essas as principais razões que motivaram o giro hermenêutico de 2009 acerca da execução provisória da pena, em que, por sete votos a quatro, assentou-se que o princípio da presunção de inocência se mostra incompatível com a execução da sentença antes do trânsito em julgado da condenação. Tal posicionamento perdurou no STF até fevereiro de 2016, quando, em ruptura inesperada do paradigma até então consolidado, a Corte retomou o entendimento dominante no contexto pré-Constituição de 1988.

Se estamos diante da mesma norma constitucional inscrita no art. 5º, LVII, a qual fundamentou a releitura da execução provisória da pena à luz do novo paradigma constitucional, o que então mudou para que o STF afirmasse, na contramão da jurisprudência garantista que vinha construindo em tema de direitos e garantias individuais, a possibilidade da execução provisória da pena? Para responder essa questão, enfrentaremos, de forma similar ao realizado neste tópico, os argumentos elencados pelo Pleno em 2016 no julgamento do HC 126.292/SP, compreendendo o contexto político-jurídico em que a decisão foi tomada.

2.2 HC 126.292/SP: Como o STF mitigou a presunção de inocência em prol de uma resposta à sociedade

Até 2016, o tema relativo à execução provisória da pena era pacificado no STF, prevalecendo o entendimento quanto à impossibilidade do início do cumprimento da pena antes do trânsito em julgado de decisão condenatória. Em fevereiro de 2016, no entanto, rompendo

¹⁰³ Trecho do voto do Ex. Min. Relator, Eros Grau, disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>>.

de forma inesperada com o precedente no julgamento do Habeas Corpus 126.292/SP¹⁰⁴, o Tribunal deu início a um novo giro hermenêutico, afirmando a possibilidade da execução provisória da pena.

O habeas corpus foi apenas o primeiro momento dessa nova interpretação, a qual foi reiterada pela Corte ainda em 2016 no julgamento das liminares nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade n° 43 e 44 - de autoria, respectivamente, do Partido Ecológico Nacional (PEN) e do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) - e, ainda, em sede de repercussão geral, no Recurso Extraordinário com Agravo 964.246/SP. Estas duas últimas oportunidades já como resultado do enfrentamento social, político e jurídico, ou seja, do *backlash*, ao posicionamento do Tribunal, tensionando-o a rever, ainda que futuramente, a sua decisão.

Uma vez que estamos trabalhando giros hermenêuticos e não apenas um ou outro caso concreto, analisaremos referidos julgados de forma conjunta, inclusive porque boa parte da argumentação deduzida no HC foi também retomada nas ADC's e no ARE. Tais julgados estão imersos em um mesmo contexto social e político e fazem parte do processo dialógico e agônico de interpretação constitucional, em que, através do fluxo “decisão judicial – resposta social à decisão – redecisão” a Constituição é conformada ao longo do tempo. Sendo assim, devem ser trabalhados em diálogo, de modo a se desenvolver o tema de forma reflexiva, considerando-o em seu processo mais amplo de debate.

No HC 129.292/SP, o Pleno do STF, subvertendo o paradigma até então consolidado, retomou o entendimento em vigor no contexto pré-88 e prevalecente até 2009. Assentaram nossos ministros que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou recurso extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. Nessa oportunidade, em que pese a ausência de caráter vinculante e *erga omnes* do decisório, o STF deu início ao giro hermenêutico acerca da interpretação do princípio da presunção de inocência.

¹⁰⁴ CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 126.292/SP**. Relator: Ministro Teori Zavascki. Distrito Federal, 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=126292&classe=HC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>

Submetida a matéria novamente à apreciação do Pleno, desta vez sob a perspectiva do controle de constitucionalidade, o Tribunal, por maioria, reafirmando o que decidira no HC 126.292, indeferiu as liminares pleiteadas nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44. Referidas ADC's buscaram a declaração da constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, que dispõe que o réu de uma ação penal apenas pode ser preso após o trânsito em julgado da condenação, ressalvando-se as hipóteses de prisão cautelar ou em flagrante.

MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE. ART. 283 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. EXECUÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE APÓS O ESGOTAMENTO DO PRONUNCIAMENTO JUDICIAL EM SEGUNDO GRAU. COMPATIBILIDADE COM O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. ALTERAÇÃO DE ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DO HC 126.292. EFEITO MERAMENTE DEVOLUTIVO DOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS E ESPECIAL. REGRA ESPECIAL ASSOCIADA À DISPOSIÇÃO GERAL DO ART. 283 DO CPP QUE CONDICIONA A EFICÁCIA DOS PROVIMENTOS JURISDICIONAIS CONDENATÓRIOS AO TRÂNSITO EM JULGADO. IRRETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS GRAVOSA. INAPLICABILIDADE AOS PRECEDENTES JUDICIAIS. CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 283 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. MEDIDA CAUTELAR INDEFERIDA. 1. No julgamento do Habeas Corpus 126.292/SP, a composição plenária do Supremo Tribunal Federal retomou orientação antes predominante na Corte e assentou a tese segundo a qual “A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal”. 2. No âmbito criminal, a possibilidade de atribuição de efeito suspensivo aos recursos extraordinário e especial detém caráter excepcional (art. 995 e art. 1.029, § 5º, ambos do CPC c/c art. 3º e 637 do CPP), normativa compatível com a regra do art. 5º, LVII, da Constituição da República. Efetivamente, o acesso individual às instâncias extraordinárias visa a propiciar a esta Suprema Corte e ao Superior Tribunal de Justiça exercer seus papéis de estabilizadores, uniformizadores e pacificadores da interpretação das normas constitucionais e do direito infraconstitucional. 3. Inexiste antinomia entre a especial regra que confere eficácia imediata aos acórdãos somente atacáveis pela via dos recursos excepcionais e a disposição geral que exige o trânsito em julgado como pressuposto para a produção de efeitos da prisão decorrente de sentença condenatória a que alude o art. 283 do CPP. 4. O retorno à compreensão emanada anteriormente pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido de conferir efeito paralisante a absolutamente todas decisões colegiadas prolatadas em segundo grau de jurisdição, investindo os Tribunais Superiores em terceiro e quarto graus, revela-se inapropriado com as competências atribuídas constitucionalmente às Cortes de cúpula. 5. A irretroatividade figura como matéria atrelada à aplicação da lei penal no tempo, ato normativo idôneo a inovar a ordem jurídica, descabendo atribuir ultratividade a compreensões jurisprudenciais cujo objeto não tenha reflexo na compreensão da ilicitude das condutas. Na espécie, o debate cinge-se ao plano processual, sem reflexo, direto, na existência ou intensidade do direito de punir, mas, tão somente, no momento de punir. 6. Declaração de constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, com interpretação conforme à Constituição, assentando que é coerente com a Constituição o principiar de execução criminal quando houver condenação assentada em segundo grau de jurisdição, salvo atribuição expressa de efeito suspensivo ao recurso cabível. 7. Medida cautelar indeferida.¹⁰⁵

¹⁰⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADC 43**. Relator: Ministro Celso de Mello. Distrito Federal, 05 de outubro de 2016. Disponível em: <

Em regime de repercussão geral, no ARE 964.246/SP¹⁰⁶, o Tribunal igualmente reafirmou a sua jurisprudência, permitindo a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito aos chamados recursos extraordinários.

Pois bem, dentre os vários argumentos suscitados ao longo dos julgados, quatro nos chamam atenção por sua recorrência: 1) o caráter principiológico da presunção de inocência; 2) o esgotamento da discussão probatória após decisão de segundo grau; 3) o uso indevido de recursos protelatórios nas instâncias extraordinárias e; 4) o interesse da sociedade na efetividade do sistema penal.

Em relação ao primeiro fundamento, entendeu o STF que a presunção de inocência, em que pese a literalidade, no plano constitucional, do art. 5º, LVII da CF e, no infraconstitucional, do art. 283 do CPP¹⁰⁷ (este, inclusive, em paralelismo com o texto constitucional), é apenas um princípio (e não regra) e que, como tal, pode ser aplicado com maior ou menor intensidade diante da sua ponderação com outros princípios e bens jurídicos constitucionais colidentes. Para os ministros, a execução provisória não ofende o princípio constitucional da presunção de inocência, uma vez que continua a ser garantido ao réu, embora em graus distintos, ao longo do processo, sendo mitigado quanto mais se caminha em direção à culpabilidade do acusado.

Nesse sentido, os princípios expressam valores a serem preservados ou fins públicos a serem realizados. Uma das suas particularidades é justamente o fato de não se aplicarem com base no “tudo ou nada”, constituindo antes “mandados de otimização” a serem realizados na

<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=43&classe=ADC-MC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADC 44**. Relator: Ministro Celso de Mello. Distrito Federal, 05 de outubro de 2016. Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4986729>>

¹⁰⁶ CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). ACÓRDÃO PENAL CONDENATÓRIO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. JURISPRUDÊNCIA REAFIRMADA. 1. Em regime de repercussão geral, fica reafirmada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal. 2. Recurso extraordinário a que se nega provimento, com o reconhecimento da repercussão geral do tema e a reafirmação da jurisprudência sobre a matéria. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ARE 964.246**. Relator: Ministro Teori Zavascki. Distrito Federal, 25 de novembro de 2016. Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28964246%2E+OU+964246%2EPRCR%2E%29&base=baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/jrz6ecr>>

¹⁰⁷ Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

medida das possibilidades fáticas e jurídicas. Como resultado, podem ser aplicados com maior ou menor intensidade, sem que isso afete sua validade. Por se tratar de um princípio, a presunção de inocência pode ser restringida por outras normas de estatura constitucional (desde que não se atinja o seu núcleo essencial), sendo necessário ponderá-la com os outros objetivos e interesses em jogo.

Em seu voto, o ministro Teori Zavascki, relator do HC e do ARE, sustentou que, até que seja prolatada a sentença penal e esta seja confirmada em segundo grau, deve-se presumir a inocência do réu. No entanto, após esse marco processual (acórdão condenatório), a garantia da presunção de inocência cederia vez à efetividade da função jurisdicional penal. Nas palavras do ministro, “[a] dignidade defensiva dos acusados deve ser calibrada, em termos de processo, a partir das expectativas mínimas de justiça depositadas no sistema criminal do país”. Assim, se de um lado a presunção da inocência e as demais garantias devem proporcionar meios para que o acusado possa exercer seu direito de defesa, de outro, elas não podem esvaziar o sentido público de justiça, uma vez que “[o] processo penal deve ser minimamente capaz de garantir a sua finalidade última de pacificação social”.

Na discussão sobre a execução da pena depois de proferido o acórdão condenatório pelo Tribunal competente, o princípio da presunção de inocência está em tensão com o interesse constitucional na efetividade da lei penal, bem como com os objetivos (prevenção geral e específica) e bens jurídicos (vida, dignidade humana, integridade física e moral, etc.) tutelados pelo direito penal. Nessa ponderação, 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, para a Corte, já há demonstração segura da autoria e materialidade do delito, finalizando-se a apreciação de fatos e provas. No mais, permitir o enorme distanciamento no tempo entre fato, condenação e efetivo cumprimento da pena (que em muitos casos conduz à prescrição) impede que o direito penal seja sério, eficaz e capaz de prevenir os crimes e dar satisfação à sociedade. Sendo assim, o sacrifício que se impõe ao princípio da presunção de inocência – 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.

Para o ministro Luís Roberto Barroso, estaríamos diante da ocorrência de uma mutação constitucional, isto é, de uma transformação do sentido e do alcance do princípio da presunção de inocência sem a modificação formal do seu texto. Sustenta o ministro que

(...) tornou-se evidente que não se justifica no cenário atual a leitura mais conservadora e extremada do princípio da presunção de inocência, que impede a execução (ainda que provisória) da pena quando já existe pronunciamento

jurisdicional de segundo grau (ou de órgão colegiado, no caso de foro por prerrogativa de função) no sentido da culpabilidade do agente. É necessário conferir ao art. 5º, LVII interpretação mais condizente com as exigências da ordem constitucional no sentido de garantir a efetividade da lei penal, em prol dos bens jurídicos que ela visa resguardar, tais como a vida, a integridade psicofísica, a propriedade – todos com status constitucional.

13. Trata-se, assim, de típico caso de mutação constitucional, em que a alteração na compreensão da realidade social altera o próprio significado do Direito. Ainda que o STF tenha se manifestado em sentido diverso no passado, e mesmo que não tenha havido alteração formal do texto da Constituição de 1988, o sentido que lhe deve ser atribuído inequivocamente se alterou.¹⁰⁸

Conforme bem explicita a doutrina¹⁰⁹, se não existisse a normativa do art. 283 do CPP, até que se poderia falar em uma alteração da interpretação do princípio da presunção de inocência ou, ainda, de sua ponderação com outros valores e direitos constitucionais. Isso, claro, como possibilidade sistêmica, uma vez que a clareza do texto constitucional não deixa margem interpretativa para a hermenêutica perfilhada pelo STF.

Tal, no entanto, não é o caso. O art. 283 do CPP contempla uma regra e não uma enunciação principiológica, a qual impede a execução antecipada da pena. Apenas declarando a sua inconstitucionalidade, o que não fez o Tribunal, é que se poderia - diga-se novamente, apenas enquanto possibilidade sistêmica -, admitir o início do cumprimento da pena antes do trânsito em julgado e isso, tão somente se inexistissem limites semânticos no próprio texto constitucional, o que, igualmente, não é o caso.

Da mesma forma, também não há que se falar na ocorrência de uma mutação constitucional. Esta apresenta como premissa a enunciação de uma nova norma para um texto já existente. No entanto, a nova norma não pode, ela mesma, ser um novo texto, como fez o STF nos casos em análise, sendo visível que o Tribunal foi além dos limites interpretativos estabelecidos na Constituição.¹¹⁰

Além disso, considerando que o direito deve ser pensado sob à ótica de um projeto coletivo transgeracional¹¹¹ ou de uma comunidade de princípios¹¹², e que a interpretação constitucional deve sempre ter em vista um caráter construtivo,

“deve-se substituir a ideia de mutação constitucional pela integridade na construção interpretativa do direito.

(...)

Mesmo admitindo a mutação constitucional – o que já não se sustenta na atual quadra histórica do Direito, pois agir assim significaria ignorar o Direito como formado a

¹⁰⁸ Trecho do voto do Min. Luís Roberto Barroso no julgamento do HC 126.292/SP.

¹⁰⁹ STRECK, Lenio. **Uma ADC contra a decisão no HC 126.292 — sinuca de bico para o STF!** Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2016-fev-29/streck-adc-decisao-hc-126292-sinuca-stf>>. Acesso em: 12.11.2016.

¹¹⁰ STRECK, Lenio. **Uma ADC contra a decisão no HC 126.292 — sinuca de bico para o STF!** Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2016-fev-29/streck-adc-decisao-hc-126292-sinuca-stf>>. Acesso em: 12.11.2016.

¹¹¹ BALKIN, Jack. *Constitutional redemption: political faith in an unjust world*. Cambridge & London: Harvard University Press, 2011.

¹¹² DWORKIN, Ronald. **Império do Direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. 2ª edição. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2007.

partir conjunto de princípios norteados pela integridade – é de se chegar à conclusão que a mutação constitucional fora feita em completo descompasso com o texto constitucional e, ainda, com uma argumentação de fundo utilitarista com o objetivo de suprimir direitos e garantias, o que torna tudo ainda mais grave.

Se o Tribunal fosse defender a tese de uma “mutação”, ele precisaria enfrentar a história institucional que veio antes dele, mostrando uma mudança social de interpretação que tenha gerado uma leitura diversa – e plausível constitucionalmente – do instituto. Mas por óbvio isso não aconteceu.”¹¹³

É preciso compreender que os conceitos no processo penal têm fonte e história e não cabe que sejam manejados irrefletidamente ou distorcidos de forma autoritária e a “golpes de decisão”. O STF é o guardião da Constituição, não seu dono e tampouco o criador do Direito Processual Penal ou de suas categorias jurídicas. Há que se ter consciência disso, principalmente em tempos de decisionismo e ampliação dos espaços impróprios da discricionariedade judicial. É temerário admitir que o STF possa criar um novo conceito de trânsito em julgado, numa postura solipsista e aspirando ser o marco zero de interpretação. Trata-se de conceito assentado, com fonte e história.¹¹⁴

Outro argumento elencado pelo Pleno consiste no esgotamento da discussão probatória após decisão de segundo grau. Para a Corte, é no juízo de apelação que fica definitivamente exaurido o exame sobre os fatos e provas da causa, concretizando-se o duplo grau de jurisdição.

Os recursos de natureza extraordinária, nesse viés, não são desdobramentos do duplo grau de jurisdição, porquanto não são recursos de ampla devolutividade, não se prestando ao debate de matéria fática e probatória. Ou seja, com o julgamento implementado pelo tribunal de apelação, ocorreria uma espécie de preclusão da matéria envolvendo os fatos da causa, de modo que as instâncias extraordinárias (STJ e STF) possuiriam limitado âmbito de cognição, restrito à matéria de direito. Por isso, os ministros sustentam que, diante do juízo de incriminação do acusado em segundo grau, seria justificável a relativização e até mesmo a própria inversão do princípio da presunção de inocência.

A execução da pena na pendência de recursos de natureza extraordinária não compromete o núcleo essencial do pressuposto da não-culpabilidade, na medida em que o acusado continua a ser tratado como inocente no curso de todo o processo ordinário criminal, observados os direitos e as garantias a ele inerentes, bem como respeitadas as regras probatórias e o modelo acusatório atual. Desse modo, não é incompatível com a garantia constitucional

¹¹³ BAHIA, Alexandre; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo; SILVA, Diogo e; PEDRON, Flávio. **Presunção de Inocência: uma contribuição crítica à controvérsia em torno do julgamento do Habeas Corpus n.º 126.292 pelo Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <http://emporiiodireito.com.br/presuncao-de-inocencia-uma-contribuicao-critica/>. Acesso em: 13 ago. 2017

¹¹⁴ LOPES, JR, A; BADARÓ, H. **Parecer Presunção de inocência: Do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória**. Consultante: Maria Cláudia de Seixas. 2016. Em sentido semelhante, também: VEGAS TORRES, Jaime. **Presunción de Inocencia y prueba en el proceso penal**. Madrid, La Ley, 1993, p. 17.

autorizar, ainda que cabíveis ou pendentes de julgamento de recursos extraordinários, a produção dos efeitos próprios da responsabilização criminal reconhecida pelas instâncias ordinárias.

Nessa trilha, aliás, a Corte recorre ao exemplo da LC 135/2010 - Lei da Ficha Limpa -, que, em seu art. 1º, I, expressamente consagra como causa de inelegibilidade a existência de sentença condenatória por crimes nela relacionados, quando proferidas por órgão colegiado. É dizer, a presunção de inocência não impede que, mesmo antes do trânsito em julgado, o acórdão condenatório produza efeitos políticos contra o acusado.¹¹⁵

Razão, no entanto, não assiste a esse posicionamento. A ausência de efeito suspensivo dos recursos extraordinários não pode ensejar o cumprimento antecipado da pena e a antecipação do próprio juízo de culpa. Deve-se ter em vista o inequívoco texto do inciso LVII do art. 5º da Carta da República que diz que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Na medida em que o reconhecimento da culpa atrela-se ao trânsito em julgado da condenação, não é possível conceber a execução provisória da pena, ainda que se interprete restritivamente o preceito constitucional, como presunção de não-culpabilidade, porquanto antecipando-se a pena, antecipa-se a culpa, afinal *nulla poena sine culpa* – uma não existe sem a outra. O conceito normativo de culpabilidade exige que somente se possa falar em culpado após o transcurso do processo penal e sua finalização com a imutabilidade da condenação.¹¹⁶

Ao que parece, a Corte adotou uma concepção reducionista (e porque não simplista) da função dos recursos extraordinários, além de confundir dois aspectos distintos da presunção de inocência: enquanto regra de julgamento, identificada com o *in dubio pro reo*, ou seja, técnica de decisão a ser adotada no caso de dúvida no processo de valoração da prova; e, como regra de tratamento, que determina que ninguém será tratado como culpado antes de sentença firme transitada em julgado (e não, como definiu o STF, do exaurimento do duplo grau de jurisdição).

Ainda que a presunção de inocência, enquanto técnica de julgamento, tenha seu sentido limitado no âmbito das instâncias extraordinárias, seja pela ausência, via de regra, de caráter suspensivo dos recursos extraordinários, seja pela limitação de sua apreciação a questões de direito (e não fáticas e probatórias), uma interpretação sistemática e séria da Constituição não parece deixar dúvidas quanto a prevalência, até o trânsito em julgado, da sua função enquanto

¹¹⁵ Informativo 814 do STF.

¹¹⁶ PRADO, Geraldo. O trânsito em julgado da decisão penal condenatória. In: **Boletim do IBCCrim**, n. 277, dezembro de 2015.

regra de tratamento.¹¹⁷ Nesse viés, não apenas está em discussão a presunção de inocência, mas a liberdade, a igualdade e a dignidade humana, corolários da Constituição de 1988.

Além disso, há que se considerar que a execução antecipada da pena de prisão é absolutamente irreversível e irremediável em seus efeitos. É impossível devolver ao imputado o sacrifício humano que lhe foi imposto se, ao final, o Superior Tribunal de Justiça ou o Supremo Tribunal Federal der provimento ao recurso especial ou extraordinário, para, por exemplo, reduzir a pena ou alterar o seu regime de cumprimento. Essa é, inclusive, uma diferença insuperável entre o processo civil e o processo penal: *“enquanto o processo civil se ocupa do “ter”, o processo penal lida como o “ser”. Portanto, é de outra coisa – que não mero “efeito” recursal – que estamos tratando ao discutir a eficácia temporal da garantia constitucional da presunção de inocência”*.¹¹⁸

A situação se agrava diante da precariedade do sistema prisional brasileiro, a qual já foi reconhecida pelo próprio STF no julgamento da ADPF 347¹¹⁹. Para os ministros, o sistema penitenciário nacional está marcado por um quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e da falência de políticas públicas, cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária. É, nesses termos, um “estado de coisas inconstitucional”.

O terceiro ponto suscitado se refere ao uso indevido de recursos protelatórios nas instâncias extraordinárias. Afirmou o ministro Teori Zavascki, em crítica ao sistema criminal brasileiro, que em país nenhum, depois de observado o duplo grau de jurisdição, a execução de

¹¹⁷ LOPES, JR, A; BADARÓ, H. **Parecer Presunção de inocência: Do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória**. Consulente: Maria Cláudia de Seixas. 2016.

¹¹⁸ LOPES, JR, A; BADARÓ, H. **Parecer Presunção de inocência: Do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória**. Consulente: Maria Cláudia de Seixas. 2016, p. 22.

¹¹⁹ CUSTODIADO – INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL – SISTEMA PENITENCIÁRIO – ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – ADEQUAÇÃO. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAIS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”. FUNDO PENITENCIÁRIO NACIONAL – VERBAS – CONTINGENCIAMENTO. Ante a situação precária das penitenciárias, o interesse público direciona à liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA – OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA. Estão obrigados juízes e tribunais, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 347 MC/DF**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Distrito Federal, 19 de fevereiro de 2016. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF%24%2ESCLA%2E+E+347%2ENUME%2E%29+OU+%28ADPF%2EACMS%2E+ADJ2+347%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=ht tp://tinyurl.com/nh82k29>>.

uma condenação fica suspensa, aguardando referendo da Corte Suprema. Sustentou que a jurisprudência dominante no STF até então (HC 84.078/MG), que assegurava, em grau absoluto, o princípio da presunção da inocência, a ponto de negar executividade a qualquer condenação enquanto não esgotado definitivamente o julgamento de todos os recursos, permitiu e incentivou a indevida e sucessiva interposição de recursos com indisfarçados propósitos protelatórios, visando à configuração da prescrição da pretensão punitiva ou executória.

Nesses contexto, a execução provisória de acórdão penal condenatório contribui para um maior equilíbrio e funcionalidade do sistema de justiça criminal, reduzindo o estímulo à infundável interposição, sobretudo pelas classes mais abastadas, de recursos inadmissíveis. Estes impedem que condenações proferidas em grau de apelação produzam qualquer consequência, além de conferir aos recursos extraordinários efeito suspensivo que eles não têm por força de lei.¹²⁰

Mais uma vez, o STF foi na contramão de uma interpretação construtiva em direitos fundamentais. A ocorrência de abusos na interposição recursal, embora não deva ser desprezada, não é e nem pode ser fundamento para restrição da presunção de inocência, sobretudo diante do princípio da vedação do retrocesso, que impede que os avanços conquistados em termos de direitos fundamentais sejam posteriormente mitigados. Ao restringir a presunção de inocência em prol de uma solução a questões de ordem pragmática, como o manejo protelatório de recursos, nossos ministros apenas criaram um novo e maior imbróglio. Há, assim, uma má apreensão da questão. *“O problema, então, não seria, por um lado, coibir em concreto situações de abuso e, por outro, garantir meios adequados de defesa a todos? Para resolver uma distorção precisamos jogar “a água com a criança dentro?”*¹²¹

Aqui, vale retomarmos, como contraponto de reflexão, o trecho do voto do Min. Eros Grau, relator do HC 84.078/MG:

“A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados --- não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e extraordinários e subseqüentes agravos e embargos, além do que “ninguém mais será preso”. **Eis o que poderia ser apontado como incitação à “jurisprudência**

¹²⁰ A retomada da tradicional jurisprudência do STF (diga-se, anterior à própria Constituição de 1988), a qual atribuía efeito apenas devolutivo aos recursos extraordinários, seria, portanto, mecanismo legítimo para harmonizar o princípio da presunção de inocência com o da efetividade da função jurisdicional, evitando a utilização abusiva e protelatória da gama de recursos existente em nosso sistema penal.

¹²¹ BAHIA, Alexandre; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo; SILVA, Diogo e; PEDRON, Flávio. **Presunção de Inocência: uma contribuição crítica à controvérsia em torno do julgamento do Habeas Corpus n.º 126.292 pelo Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <http://emporiiodireito.com.br/presuncao-de-inocencia-uma-contribuicao-critica/>. Acesso em: 13 agosto de 2017.

defensiva", que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço."

Com as devidas vênias ao posicionamento do STF, não nos parece razoável, senão inconstitucional, mitigar uma cláusula pétrea do ordenamento jurídico em nome da efetividade do poder punitivo estatal. A presunção de inocência não por acaso foi inserida no texto constitucional brasileiro. Da mesma forma, o seu termo final não foi casuisticamente definido pelo legislador constituinte, que claramente optou por conferir ao indivíduo uma posição garantista frente ao Estado ao longo de todas as fases do processo, cessando com o trânsito em julgado da sentença condenatória.

O quarto argumento elencado pela Corte consiste na necessidade de se prestar uma satisfação à sociedade, atendendo ao interesse coletivo à repressão penal. Ao evitar que a punição penal seja retardada por anos e mesmo décadas, dando-se início ao cumprimento da pena após acórdão condenatório, restaura-se o sentimento social de confiança na eficácia da lei penal, rompendo com o paradigma de impunidade do sistema penal brasileiro.

Em linha com as legítimas demandas da sociedade por um direito penal sério, é preciso, portanto, privilegiar a interpretação que confira maior efetividade ao sistema processual penal. Nos dizeres do voto da Min. Carmen Lúcia, “[a] comunidade quer uma resposta, e quer obtê-la com uma duração razoável do processo” e, ainda, do Min. Luiz Fux, “[e]stamos tão preocupados com o direito fundamental do acusado que nos esquecemos do direito fundamental da sociedade, que tem a prerrogativa de ver aplicada sua ordem penal”.

Este último ministro, inclusive, recorreu à teoria do Constitucionalismo Democrático, para defender a readequação da interpretação do princípio da presunção de inocência que para o magistrado não encontra mais ressonância no meio social da forma como posto – ou seja, garantindo a liberdade do réu até o trânsito em julgado.

O ministro buscou ressaltar, em movimento similar ao da escola norte-americana, que a legitimidade da jurisdição constitucional e da própria Constituição reside em sua responsividade democrática ou em sua habilidade de ser reconhecida, ainda que no futuro, como expressão da identidade do povo. No entanto, esqueceu que, para o Constitucionalismo Democrático, a supremacia judicial não se limita à estrita vontade popular. Os tribunais não são uma instituição representativa como é o legislativo. Embora devam estar abertos aos influxos políticos de cada tempo, não podem perder de vista, no exercício da atividade jurisdicional, os limites estabelecidos pelo direito.

A decisão do STF, desse modo, vai de encontro com o direito, seja constitucionalmente, seja ordinariamente, posto no sistema jurídico pátrio, contrariando

expressamente normas cujo significado transcendem ocasionismos momentâneos, carregando, em seu âmago, a proteção e a valorização dos ideais e práticas mais caros e fundamentais à história brasileira: a proteção do indivíduo e a democracia.

3. REVISITANDO AS CAPACIDADES NORMATIVAS DO CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO À LUZ DO NOVO ORIGINALISMO DE JACK BALKIN

A análise desenvolvida no capítulo anterior acerca do desenvolvimento normativo, doutrinário e jurisprudencial do princípio da presunção de inocência na vigência da Constituição de 1988 buscou demonstrar, em linha similar à desenvolvida pelo Constitucionalismo Democrático, o processo dialógico e agônico em que se desenvolve a legitimidade constitucional.

Vimos que a promulgação da Constituição de 1988 apresentou importante papel na subversão da mentalidade autoritária que dominou no Brasil por vinte anos e que se pautava na submissão do indivíduo ao interesse coletivo da sociedade, tido como superior. No contexto ditatorial, a proteção do indivíduo era compreendida em uma perspectiva utilitarista que sucumbia diante da salvaguarda do interesse da coletividade à paz e à ordem social. É por isso que podemos falar em um direito penal máximo, centrado na objetificação do ser humano em prol da efetividade punitiva estatal.

A redemocratização do estado brasileiro vai buscar coibir exatamente essa forma de interação, indo na contramão de instrumentalizações do ser humano. Talvez, por isso, a Constituição seja tão “benevolente”, já que surge como oposição a um contexto histórico de grandes violações a direitos e garantias fundamentais do homem.

No âmbito processual penal, a redemocratização do estado brasileiro ensejou a redemocratização das normas processuais, que passaram por uma filtragem constitucional. Apenas aquelas que estavam de acordo com o projeto constitucional de 1988 subsistiram no nosso ordenamento jurídico, sendo recepcionadas pela Constituição.

Para além dos seus impactos na legislação em vigor, a promulgação da Constituição de 1988 e do seu sistema de valores políticos, ideológicos, morais e sociais, demandou uma nova postura do Estado diante dos seus cidadãos. A atuação estatal estava, agora, limitada por um extenso rol de direitos fundamentais, dentre os quais a presunção de inocência, que impede qualquer conduta estatal violadora da dignidade humana. Nesse contexto, o Estado apenas se justifica enquanto meio para a proteção do homem e não o contrário, como ocorreu durante a ditadura.

Esse novo paradigma, como demonstrado ao longo do capítulo anterior, impactou a atividade das cortes, sobretudo do STF, enquanto órgão de cúpula do nosso Judiciário. Em relação ao princípio da presunção de inocência, um dos corolários da redemocratização, foi no

juízo do HC 84.078/MG que o STF readequou o seu posicionamento, conferindo ao direito fundamental a proteção compatível com o texto constitucional. Nesse sentido, explicitando o seu compromisso com o projeto constitucional democrático, a Corte concedeu a ordem no HC para inadmitir a execução provisória da pena, entendendo ser esta violadora da garantia da presunção de inocência.

Na oportunidade, ressaltou que a condição jurídica do acusado enquanto pessoa submetida a atos da persecução penal não lhe suprime, tão pouco lhe afeta, a posição de sujeito de direitos e titular de garantias indisponíveis, cuja intangibilidade deve ser preservada pelos tribunais, especialmente pelo STF. A presunção de inocência é, nesses termos, a expressão de uma garantia no sentido substancial, que impede a imposição ao réu de qualquer medida que atinja o seu patrimônio jurídico antes do trânsito em julgado de sentença condenatória.

[O] ordenamento jurídico-constitucional não tolera, por força do princípio, que o réu, no curso do processo penal, sofra qualquer medida gravosa, cuja justificação seja um juízo de culpabilidade que ainda não foi emitido em caráter definitivo. Toda medida que se aplique, mediante lei, ao réu, no curso do processo, e que não possa ser justificada ou explicada por outra causa jurídica, senão por um juízo de culpabilidade, ofende a garantia constitucional.¹²²

Este posicionamento perdurou na jurisprudência do Tribunal até fevereiro de 2016, quando nossos ministros, em sobressalto ao próprio texto constitucional, readmitiram a execução provisória da pena após acordo condenatório de segundo grau. Fala-se em sobressalto porque a nova posição da Corte, como vimos, vai de encontro ao próprio texto constitucional, que é claro quanto ao termo final da presunção de inocência, qual seja, o trânsito em julgado de sentença condenatória. Antes, no entanto, de discutirmos o limite semântico inscrito na Constituição de 1988, devemos entender o contexto no qual a decisão do STF se desenvolveu.

Em que pese o texto constitucional que motivou a decisão de 2009 permanecer o mesmo até os dias atuais, o contexto sócio-político em que as decisões se desenvolveram são diversos. Enquanto em 2009, temos um Tribunal comprometido com os valores democráticos e com o novo espírito político e ideológico da sociedade brasileira, que não mais tolerava opressões advindas do poder estatal; em 2016, imerso em um momento histórico marcado por escândalos políticos envolvendo corrupção, lavagem de dinheiro, formação de quadrilha, etc, por parte dos nossos representantes políticos, ao lado do agravamento da crise de representatividade das instâncias políticas do país e do grande descrédito social em relação ao sistema punitivo estatal, o Tribunal se viu pressionado a dar uma resposta à sociedade.

¹²² Trecho do voto do Min. decano Celso de Mello no julgamento do HC 84.078/MG disponível em:

A decisão do HC 126.292/SP não ocorre de forma isolada, como um devaneio do STF que do dia para a noite resolveu mitigar a presunção de inocência. Ela está imersa em um contexto de autoritarismo institucional e não-institucional, de um debate que ocorria nas ruas, em diversos protestos da população pelo fim da corrupção e pela restauração da probidade nas esferas administrativas. A sociedade queria uma resposta à impunidade das classes mais abastadas, que, através do manejo do direito, esquivavam-se da punição penal. O direito penal era, portanto, um direito para os pobres.

O giro jurisprudencial de 2016 é a resposta do STF a esse contexto. É a voz judicial em um debate mais amplo. Nesse sentido, o posicionamento do Tribunal explicita o que o Constitucionalismo Democrático já havia afirmado em relação ao contexto norte-americano: as cortes não são alheias as circunstâncias políticas e sociais de cada tempo, não são elas instituições isoladas, voltadas única e exclusivamente à aplicação do direito. Na verdade, direito e política estão em uma constante interação, a qual é percebida também no âmbito do constitucionalismo, em que a legitimidade da Constituição e das cortes advém de sua própria abertura aos valores e princípios mais caros à sociedade.

Alertaram Post e Siegel que o conflito não só não ameaça o constitucionalismo, como é parte constitutivo dele¹²³, sendo certo que a decisão do STF em relação à possibilidade da execução provisória da pena não encerrou o debate sobre a questão. Ao contrário, motivou o debate dentro e fora das cortes, inclusive dentro do próprio STF que se viu provocado a enfrentar novamente o tema no julgamento do ARE 964.246/SP e das cautelares nas ADC's 43 e 44.

Em que pese a reafirmação do seu posicionamento em ambas as oportunidades, a matéria ainda será novamente visitada no julgamento definitivo das ações constitucionais, em que se espera que o debate desenvolvido desde 2016 tensione o Tribunal à sua jurisprudência anterior, ou seja, a entender pela impossibilidade da execução provisória da pena diante da clareza do texto constitucional quanto ao termo final da presunção de inocência.

¹²³ “Democratic constitutionalism suggests, moreover, that controversy provoked by judicial decisionmaking might even have positive benefits for the American constitutional order. Citizens who oppose court decisions are politically active. They enact their commitment to the importance of constitutional meaning. They seek to persuade other Americans to embrace their constitutional understandings. These forms of engagement lead citizens to identify with the Constitution and with one another. Popular debate about the Constitution infuses the memories and principles of our constitutional tradition with meanings that command popular allegiance and that would never develop if a normatively estranged citizenry were passively to submit to judicial judgments”. POST, Robert; SIEGEL, Reva. **Roe rage: democratic constitutionalism and backlash**. Harvard Civil-Rights Civil-Liberties Law Review, 2007, p. 373-433. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/169>. Acesso em 17 de outubro de 2016, p. 390-391.

Desde já, entretanto, é possível perceber a pertinência da crítica que Post e Siegel desenvolveram em relação ao aporte de teorias normativas que consideram a supremacia judicial um perigo à democracia e à legitimidade democrática. A voz judicial não é algo estranho à democracia. Ao lado das demais instituições, governo, movimentos sociais e o povo, as cortes são partes constitutivas do sistema político no qual estão imersas e em interconexão.

Ao contrário de teóricos do constitucionalismo popular que sustentam uma exclusão das cortes do constitucionalismo, ou, ainda de autores que propõem a mitigação da amplitude de suas decisões a partir de um o minimalismo¹²⁴ ou silêncio judicial¹²⁵, Post e Siegel, através de uma análise positiva da interação entre constitucionalismo e democracia, enxergam na jurisdição constitucional uma importante função na legitimação constitucional.

Para os autores, a decisão judicial não ameaça e nem mitiga a deliberação democrática, na verdade, catalisa o debate dentro e fora das cortes, provocando o povo a se engajar deliberativamente na persuasão das instituições em direção aos seus compromissos e valores mais profundos. A decisão judicial, nesses termos, contribui para a adesão do povo ao projeto constitucional, sendo benéfica à própria democracia.

Além disso, a pretensão de se retirar das cortes a guarda da Constituição para atribuí-la à outra instituição, qualquer que seja, parte da ideia ingênua de que a última seria insuscetível ao erro e, mais, de que o erro seria sempre negativo para a democracia. Ora, se o erro faz parte da natureza humana e se as instituições são produtos sociais e, portanto, humanos, a premissa da infalibilidade institucional é facilmente desconstituída.

A possibilidade de falhas não é só iminente, quanto imanente ao sistema político-jurídico, sendo constitutiva do direito, da política, da Constituição, das instituições e de nós mesmos. É por isso que na interpretação constitucional devemos sempre ter em vista a “segunda melhor resposta” (*second best*), ou seja, a melhor resposta possível considerando as diversas variáveis incidentes sobre a questão, dentre essas, a própria possibilidade de erros.¹²⁶

Reconhecer a pertinência e a importância do Constitucionalismo Democrático na teoria constitucional, não significa fechar os olhos a alguns aspectos da teoria que parecem precisar de maior aprofundamento e atenção. De fato, o aporte predominantemente positivo da

¹²⁴ SUNSTEIN, Cass R. **One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court**. 2a Ed., Cambridge: Harvard University Press, 2001.

¹²⁵ Bickel, Alexander. **The Last Dangerous Branch**. New Haven and London: Yale University Press, 1986.

¹²⁶ A análise comprometida das capacidades institucionais deve buscar não a solução ideal (*first-best*), inatingível diante da limitação humana e institucional, mas a segunda melhor resposta possível (*second-best*) segundo os custos associados a cada estado de coisas e as diferentes alternativas existentes. Para maior aprofundamento na análise desenvolvida por Cass Sunstein e Adrian Vermeule quanto às capacidades institucionais e os efeitos sistêmicos das decisões judiciais, ver: SUNSTEIN, Cass. VERMEULE, Adrian. **Interpretation and Institutions**. In: Michigan Law Review, v. 101 n.º 04, Ann Arbor: Michigan University, 2003. p. 885-951.

interação entre constitucionalismo e democracia desenvolvido por Post e Siegel contribui em muito para uma compreensão séria e comprometida tanto da legitimidade constitucional como do papel das cortes nesse processo. No entanto, ao primar excessivamente por uma análise positiva, como de fato é, dessa interação, os autores incorreram no mesmo maniqueísmo de posições que buscaram superar, menosprezando a importância das teorias normativas na construção do direito. E, mais, eles mesmos acabaram por ser normativos, ainda que nas entrelinhas de sua teoria.

Ao atribuir a legitimidade da Constituição à sua possibilidade de ser reconhecida pelo povo, o Constitucionalismo Democrático estabeleceu uma condição normativa para a legitimação constitucional que pode levar e, no caso brasileiro, levou, a consequencialismos perigosos. Se o sentido constitucional deve refletir os valores relevantes à sociedade e a decisão judicial deve ser permeável aos influxos políticos de cada tempo, o limite entre direito e política se torna muito tênue, sobretudo em momentos de crise e extremismos.

Exemplo claro disso foi percebido no último giro jurisprudencial de 2016 acerca do princípio da presunção de inocência. A retomada da interpretação pré-88, de cunho anti garantista, ocorreu em um momento de grande pressão popular e de crise institucional e de valores, sobretudo nas instâncias políticas do país, em que se demandava nas ruas uma resposta à impunidade dos ditos “ricos e poderosos”. A decisão do STF é exatamente essa resposta.

Ainda que a decisão tenha sido reconhecida por boa parte da sociedade (e rechaçada por outra), poderia o Tribunal, para conferir uma resposta à sociedade, transpor os limites do próprio texto constitucional? E, mais, a história de lutas, sacrifícios e violações a direitos fundamentais intrínseca a promulgação da Constituição de 1988 e a narrativa constitucional que vimos construindo enquanto nação brasileira? Essas questões nos conduzem a uma reflexão acerca da própria teoria do constitucionalismo democrático, notadamente no ponto que afasta o desenvolvimento de uma teoria da decisão.

Em sentido semelhante aos autores de Yale, perfilha-se do entendimento de que é necessário a construção de uma teoria constitucional que vá além de perspectivas normativas pautadas em dicotomizações entre supremacia judicial e supremacia popular. No entanto, não é possível olvidar o papel desempenhado por uma teoria da decisão séria na própria consecução do nosso projeto constitucional.

Nesse sentido, é preciso repensar a concepção de reconhecimento desenvolvida pelo Constitucionalismo Democrático, em especial quanto aos seus próprios limites. Até que ponto a interpretação constitucional deve buscar ser reconhecida pelo povo e quais os limites hermenêuticos que a ela se impõem? Buscaremos no diálogo entre o Constitucionalismo

Democrático, de Post e Siegel, e no Novo Originalismo, desenvolvido por Jack Balkin, uma possível resposta à essa questão.

Balkin, assim como Post e Siegel, atribui a legitimidade do sistema constitucional à sua abertura a influências e disputas políticas. A Constituição, para ele, é um projeto contínuo e inacabado de todos e não de uma ou de outra instituição que supostamente detém o seu monopólio – como já vimos, na teoria constitucional, esse monopólio é geralmente atribuído às cortes.

Para que o sistema constitucional adquira perpetuidade ao longo do tempo, não basta que suas disposições sejam coerentes e razoáveis, mas que consigam conquistar aderência do povo ao seu projeto político mais abrangente. Sistemas imperfeitos e muitas vezes injustos sobrevivem a gerações porque legitimidade não se exaure nos elementos e circunstâncias da razão, demandando compromisso, adesão, fidelidade e “fé” do povo no texto constitucional.¹²⁷

A Constituição, enquanto projeto da política e da ação humana, é um “compromisso com o inferno” (*agreements with hell*), porque é nele que o erro, a injustiça e a imperfeição existem. Balkin não parte de (e inclusive afasta) concepções idealizadas de constitucionalismo. A Constituição não é uma garantia divina da prudência, da justiça ou da correição, mas um convite sempre aberto ao equívoco e à falha no cumprimento das promessas assentadas em seu texto e na garantia de direitos aos cidadãos.¹²⁸

Por ser falível, imperfeita, um compromisso com o pecado, a legitimidade da Constituição depende da fé do povo no projeto constitucional e na possibilidade de sua redenção. Permanecemos fiéis à Constituição porque temos “fé” de que os erros e injustiças do presente serão corrigidos no futuro e de que alcançaremos nossos objetivos apesar dos retrocessos e equívocos ao longo do caminho. Conferir legitimidade à Constituição é ter fé no sistema enquanto projeto transgeracional que escolhemos levar a diante e que nos une em nossas experiências passadas, presentes e futuras.

Ter “fé” na Constituição implica, para Balkin, acreditar em uma história, ou em uma narrativa constitucional. Não uma narrativa qualquer, mas a narrativa do nosso país, do nosso povo e de nós mesmos, que começa com as gerações passadas e com os compromissos

¹²⁷ BALKIN, Jack. **Constitutional redemption**: political faith in an unjust world. Cambridge & London: Harvard University Press, 2011.

¹²⁸ BALKIN, Jack. **Constitutional redemption**: political faith in an unjust world. Cambridge & London: Harvard University Press, 2011p. 6. “Constitutions are monuments both to liberty and license, equality and exploitation, hope and hypocrisy. The question is whether such a compromise, such a Constitution, can eventually be redeemed over time. Can its people live up to the promises they give themselves? Can they construct a Constitution worthy of respect? Can they repair what is broken without surreptitiously abandoning the system? Can they adapt to new circumstances and still remain faithful to the constitutional project, or must they finally give it up and start a new one?” **Idem**.

assumidos com a promulgação da Constituição, mas que se estende até o presente, com as lutas e disputas políticas que conformaram o sistema constitucional até os dias de hoje. Uma narrativa que nos constitui enquanto destinatários e detentores da Constituição e que nos empodera no “caminhar para” de sua redenção.¹²⁹

O autor, no entanto, não sustenta uma “fé” constitucional cega às injustiças do sistema, uma adoração apologética à Constituição incapaz de perceber as suas inúmeras falhas. Tão pouco sua concepção se reduz à uma visão otimista (ou uma caridade interpretativa) dos erros institucionais, um autoconvencimento de que “está tudo indo bem”, quando, na verdade, não está. Ter fé na Constituição e em seu projeto político é ser capaz de criticar e discordar¹³⁰ dos rumos tomados pelo regime sem abandoná-lo, mantendo-se fiel às suas disposições na esperança de que o sistema seja melhor no futuro. Por tal razão, ter fé implica acreditar em uma história constitucional de progresso ou, em outros termos, em uma narrativa constitucional de redenção.¹³¹

Redenção, ou *redemption*, é o processo contínuo de satisfação dos compromissos assumidos com o texto constitucional e que ainda não foram alcançados, e sequer sabemos se o serão. É por isso que temos fé (e não convicção ou expectativa concreta), pois a redenção não é garantia, mas um alvo a ser perquirido ao longo da história, sendo o meio pelo qual a Constituição “*becomes what it always promised it would be but never was*”¹³².

A Constituição, dessa forma, não é um projeto acabado, uma obra já concluída pelo legislador originário, mas um projeto coletivo que se iniciou nas gerações passadas e nos foi repassado para continuá-lo em direção ao futuro. Isso não implica desprezar o trabalho realizado por nossos antepassados, que nos deixaram um legado constitucional inquestionável, mas entendê-lo como um conjunto estrutural de valores e ideais que deve ser continuado pelas

¹²⁹ “To believe in the constitutional project is to believe in a story. At the heart of constitutions are stories: stories about foundings, to be sure, but also stories about people: the people who create the constitution and the people who continue it, the people who fight for it and the people who fight over it, the people who live under it and the people to whom it belongs. These are constitutional *stories* because they are stories about the constitution as a project of human politics and human action. They are *constitutional* stories, because they constitute a people as a people to whom the constitution belongs, who carry the project forward over time”. BALKIN, Jack. **Constitutional redemption: political faith in an unjust world**. Cambridge & London: Harvard University Press, 2011, p. 2

¹³⁰ “Faith is not something that one simply has. It is something that one is immersed in, involved in, embedded in, responsible for. Faith is not simple or easy. It is something that one must think about, and worry about, and discuss. Faith is the occasion for conversation and reflection, not the end of conversation and reflection. Faith does not substitute for or displace reason. It is both the nourishing spring and the critical object of reason”. BALKIN, Jack. **Constitutional redemption: political faith in an unjust world**. Cambridge & London: Harvard University Press, 2011, p. 73

¹³¹ BALKIN, Jack. **Constitutional redemption: political faith in an unjust world**. Cambridge & London: Harvard University Press, 2011, p. 48-49.

¹³² BALKIN, Jack. **Constitutional redemption: political faith in an unjust world**. Cambridge & London: Harvard University Press, 2011, p. 6

gerações futuras. Ou seja, embora a Constituição, em seu momento originário, estabeleça princípios relevantes a serem perquiridos ao longo da nossa história política, como a liberdade e a igualdade, tais conceitos interpretativos demandam uma constante (re)leitura e (re)interpretação a partir das práticas sociais, políticas e jurídicas de cada tempo.¹³³

Note-se que o autor não atribui o projeto constitucional a um ou alguns indivíduos, mas a todos os membros da comunidade política, que devem ser capazes de se engajar no debate e reivindicar a Constituição adequada à perpetuação do seu projeto de vida individual e coletivo. Nesse sentido, Balkin sustenta um protestantismo constitucional¹³⁴, ou seja, a concepção de que nenhuma instituição, especialmente as cortes, possui o monopólio do significado da Constituição.

A ideia de protestantismo constitucional, como o próprio nome sugere, remete ao protestantismo religioso do século XVI, marcado por uma tentativa de ruptura com as tradições do catolicismo em que a interpretação da bíblia era tarefa exclusiva da igreja. O protestantismo constitucional, da mesma forma, busca romper com juriscentrismos pautados no monopólio das cortes na interpretação constitucional, em que os juízes, em sentido similar aos clérigos, são vistos como responsáveis por dizer o que a Constituição é (ou não é) e apontar o caminho da salvação (no caso, da redenção).¹³⁵

Ao contrário dessa visão elitista, no protestantismo constitucional, os cidadãos possuem autonomia para ler e interpretar a Constituição por si mesmos e, a partir disso, optar pelo seu melhor significado. O povo, na interpretação constitucional, ocupa um lugar ao lado das cortes, instituições políticas e dos movimentos sociais¹³⁶, sendo um participante legítimo,

¹³³ “Constitution is not a finished building; it is a framework that invites further construction. It is a project whose contours must be filled out over time. The persons who framed the Constitution understood that they could not fully control what others would do with it; and each generation eventually understands that it, too, cannot control what the next generation will do. (...) If the past cannot fully control the future, the Constitution cannot establish its legitimacy by setting down a fixed set of rules that we can agree on in advance and that are fair to all. Its legitimacy must come, perhaps paradoxically, from its openness to the future, and from the fact that people in the past, in the present, and in the future can and will disagree about its meaning.” BALKIN, Jack. **Constitutional redemption: political faith in an unjust world**. Cambridge & London: Harvard University Press, 2011, p. 8-9

¹³⁴ Expressão utilizada por Sanford Levinson em uma comparação entre o direito constitucional e as comunidades religiosas (ou de fé) em LEVINSON, Sanford. **Constitutional Faith**. Princeton: Princeton University Press, 1988.

¹³⁵ BALKIN, Jack. **Constitutional redemption: political faith in an unjust world**. Cambridge & London: Harvard University Press, 2011, p. 10

¹³⁶ Em sentido semelhante a Post e Siegel, os movimentos sociais são vistos por Balkin como intermediadores entre a opinião popular e o governo, possuindo um papel ativo tanto na influência daquela quanto no tensionamento das instituições políticas e das cortes em direção aos valores do povo. “In this sense, political agitation and social movement contestation have an important “defensive” value in constructing the reasonable: they keep dissenting citizens’ views within the spectrum of reasonable opinion. (...) Over time, political protest and social movement contestation can help delegitimize certain practices— like segregation, sex discrimination, or sodomy laws— in the minds of the public, and thus cause certain views that were once thought reasonable and acceptable to be deemed unreasonable or even off- the- wall. When social movement contestation succeeds in delegitimizing a practice sufficiently, it also usually succeeds in getting courts to ratify that conclusion through their interpretations

que deve ter voz no constitucionalismo a fim de que o sistema possa ser democraticamente legítimo.

Para que o projeto constitucional seja levado a diante, o povo deve ser capaz de reconhecer a Constituição enquanto “sua” Constituição. Ou seja, a legitimidade do sistema constitucional depende de meios que permitam que o sentido constitucional e as decisões judiciais sejam responsivos com os ideais populares. É a inserção dos cidadãos no desenvolvimento e na interpretação das normas constitucionais que garante a filiação e fidelidade do povo à Constituição mesmo diante de desacordos profundos sobre o seu significado.¹³⁷

Reconhecer o protestantismo constitucional, no entanto, não significa dizer que todas as vozes terão a mesma influência no constitucionalismo. Como já dito, Balkin não se filia a idealizações (seja de fé, de constitucionalismo e das próprias capacidades do povo e das instituições) e por isso reconhece que nem todos os membros da comunidade terão a mesma influência sobre o sentido constitucional e sobre as suas respectivas mudanças ao longo do tempo.

Juízes, governantes, alguns partidos políticos e líderes de movimentos sociais de maior expressão provavelmente detêm um maior controle no processo de interpretação da Constituição, o que não mitiga a importância do engajamento popular na reivindicação dos seus propósitos e na adoção dos meios políticos e jurídicos possíveis para a persuasão do outro e, em última instância, daqueles que “dizem o direito” (ou que detêm maiores possibilidades de dizê-lo).¹³⁸

Diga-se, também, que o protestantismo constitucional não se opõe à atividade das cortes e à supremacia judicial. Para Balkin, a interação entre a jurisdição constitucional e a interpretação popular da Constituição, ou, nos termos do autor, entre o protestantismo e o catolicismo constitucional garante a preservação e a legitimidade do sistema constitucional ao longo do tempo. Nesse sentido, ao mesmo tempo em que alguma forma de autoridade final das cortes é necessária para conferir estabilidade e previsibilidade ao constitucionalismo, a

of the Constitution. This is yet another way of stating the central point that the processes of protestant constitutionalism have the power to produce changes in the “official” constitutional doctrine practiced and enforced by courts”. BALKIN, Jack. **Constitutional redemption**: political faith in an unjust world. Cambridge & London: Harvard University Press, 2011, p. 69-70

¹³⁷ BALKIN, Jack. **Constitutional redemption**: political faith in an unjust world. Cambridge & London: Harvard University Press, 2011, p. 62

¹³⁸ Via de regra, há dois meios por meio dos quais a reivindicação popular ocorre. A primeira é através do sistema de partidos políticos, que incute interpretações da Constituição através de legislação. A segunda, através dos movimentos sociais, que buscam modificar as atitudes e visões (especialmente da elite) sobre o significado da Constituição, e, portanto, influenciar a tomada de decisão judicial, uma vez que os juízes são em grande parte membros dessas elites.

possibilidade de reivindicação do sentido constitucional pelo povo lhe confere legitimidade em uma democracia.¹³⁹

A mobilização e a contramobilização social não são, portanto, ameaças ao constitucionalismo, mas sua forma de legitimação em um governo democrático, que exige que o sentido constitucional e as decisões judiciais sejam responsivos, no longo prazo, com a opinião popular. Para isso, é necessário que tanto as instituições que “dizem o direito” sejam permeáveis a influências políticas, quanto que os cidadãos possam expressar seus desacordos, engajando-se no debate e na persuasão do outro.¹⁴⁰

Ao contrário de Post e Siegel que, conforme vimos, desenvolvem sua teoria à revelia de um método da interpretação constitucional, Balkin associa a sua concepção de fé e protestantismo constitucional a uma nova compreensão de originalismo, denominado de originalismo estrutural¹⁴¹ (*framework originalism*). Nesse, o autor procura reconciliar o originalismo clássico e a teoria do constitucionalismo “vivo” (*living constitutionalism*) para compreender os processos de legitimação da Constituição, cujo significado está em constante processo de mudança e ressignificação.¹⁴²

Segundo o originalismo estrutural (ou novo originalismo), o texto da Constituição é a base a partir da qual o projeto constitucional é levado adiante, sendo uma estrutura de normas, princípios e regras comum entre todos e que nos une em direção a um objetivo comum. O texto constitucional representa o elo, ou, o ponto de partida, que possibilita que os cidadãos do

¹³⁹ Essa visão, conforme já estudado, em muito se aproxima do constitucionalismo democrático de Post e Siegel.

¹⁴⁰ Nas palavras de Balkin: “The fact that people feel that they have the right to assert their own views about the Constitution’s meaning, and the fact that the political system regularly manifests dissensus and disagreement about important constitutional questions are not defects of the system; they are features of the system that help it both evolve and achieve democratic legitimacy over time. Constitutional change occurs in large part because individuals have different views about what the Constitution means and they try to convince others that their view is correct. They join social movements and political parties to promote their favored views. Social movements and political parties in turn influence public opinion and shape who sits on the judiciary. Shifts in public opinion and in the ideological character of the judiciary in turn produce changes in constitutional interpretation and constitutional doctrine. What gives the system of judicial review its legitimacy, in other words, is its responsiveness— over the long run— to society’s competing views about what the Constitution means. The dialectic between a central judicial authority and popular interpretations of the Constitution— or between constitutional catholicism and constitutional protestantism— turns out to be important to the preservation of a legitimate constitutional system”. Ibidem. BALKIN, Jack. **Constitutional redemption: political faith in an unjust world**. Cambridge & London: Harvard University Press, 2011, p. 70-71.

¹⁴¹ Para maior aprofundamento no novo originalismo de Balkin, ver: BALKIN, Jack. **Living Originalism**. Cambridge: Harvard University Press, 2011.

¹⁴² “I believe that the ideas of originalism and living constitutionalism, properly understood, are not opposed; indeed, they are two sides of the same coin. The best form of originalism complements the processes of growth and adaptation that people call living constitutionalism; the best form of living constitutionalism, in turn, always remains faithful to the Constitution’s original meaning as a framework on which the American people continually build new doctrines, practices, and institutions. These practices of implementing the Constitution and building out the Constitution- in- practice by judges and by the political branches are called constitutional construction.” BALKIN, Jack. **Constitutional redemption: political faith in an unjust world**. Cambridge & London: Harvard University Press, 2011, p. 228

presente se identifiquem com a narrativa constitucional do passado, mantendo-se fiéis aos compromissos assumidos com a Constituição mesmo não tendo participado diretamente da sua definição.¹⁴³

Note que o significado original do texto não é um fim em si mesmo, mas apenas o ponto de partida comum a todas as gerações, caso contrário acabaria por se tornar obsoleto frente a uma sociedade e um constitucionalismo dinâmicos. A estrutura do texto constitucional, dessa forma, deve ser preenchida e complementada pelas gerações futuras, conformando o seu sentido ao longo da história.

Embora o significado semântico do texto seja fixo, a sua aplicação depende de uma leitura à luz dos valores e práticas políticas e sociais de cada tempo. Assim, ainda que a Constituição assegure o direito à igualdade, que é comum a todos os indivíduos (do passado, presente e futuro), tal direito deve ser interpretado individualmente e coletivamente por cada geração para adequá-lo aos seus ideais, como aconteceu, por exemplo, no reconhecimento do direito de voto das mulheres e da união estável homoafetiva.

No âmbito da presunção de inocência, a situação é a mesma. Com a Constituição de 1988, houve uma opção política pela elevação de tal garantia ao *status* de direito fundamental constitucionalmente assegurado ao indivíduo, cuja essencialidade impede que o constituinte reformador suprima ou reduza a sua eficácia, uma vez que cláusula pétrea do ordenamento jurídico.¹⁴⁴

No texto constitucional, o legislador originário foi claro ao estabelecer que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, reservando um restrito espaço à interpretação pelas gerações futuras. Isso não significa dizer que o princípio não possa (nem deva) ser conformado às práticas e valores sociais de cada geração, já que a legitimidade da Constituição está em sua exata abertura para disputas e tensionamentos políticos.¹⁴⁵ Entretanto, deve ser reconhecida e respeitada uma opção política do momento de outorga do texto constitucional, que embora inacabado, guarda uma estrutura normativa que demanda observância e fidelidade.¹⁴⁶

¹⁴³ BALKIN, Jack. **Constitutional redemption**: political faith in an unjust world. Cambridge & London: Harvard University Press, 2011, p. 229-230.

¹⁴⁴ CF, Art. 60, §4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...) IV - os direitos e garantias individuais.

¹⁴⁵ Nesse mesmo sentido, POST, Robert; SIEGEL, Reva. **Roe rage: democratic constitutionalism and backlash**. Harvard Civil-Rights Civil-Liberties Law Review, 2007. p. 373-433.

¹⁴⁶ “Framework originalism assumes that the choice of rules, standards, principles, and silences in the constitutional text is deliberate. It ascribes reasons to constitutional adopters for their choice of language. Constitutional adopters choose hardwired rules because they want to limit discretion. They choose vague standards or abstract principles because they want to channel political judgment but delegate the task of application to future generations. And constitutional adopters remain silent about a subject because they cannot agree on how to resolve

Ora, tamanha foi a relevância do paradigma instituído em 1988, que o próprio STF veio a reconhecer que o novo projeto político ao qual a nação brasileira estava filiada demandava uma readequação do entendimento até então vigente no país que possibilitava a execução provisória da pena. Assim, reafirmando o novo *status* constitucional da presunção de inocência, em superação da interpretação dominante na corte (HC 70.363¹⁴⁷), o STF reviu, em 2009, seu posicionamento, para assentar que a prisão antes do trânsito em julgado somente poderia ser decretada a título cautelar.

Note-se que, ainda que com um atraso substancial de mais de vinte anos desde a promulgação da Constituição, o STF corretamente buscou ajustar a sua jurisprudência ao novo texto constitucional e ao seu respectivo projeto político-jurídico, assentado em bases democráticas.

No entanto, contrariando as expectativas, pelo menos da academia do direito, assim como a própria Constituição, nos autos do HC 126.292/SP, o Tribunal retornou ao seu entendimento anterior. Nesta última virada jurisprudencial, todavia, a Corte não atentou para o fato de que a Lei nº 12.403/2011 alterou o teor do art. 283 do CPP, o qual passou a vedar expressamente a prisão antes do trânsito em julgado, vedação legal que não existia à época da decisão do HC 70.363. Assim, ainda que o art. 5º, inc. LVII, da CF/1988 pudesse suscitar mais de uma interpretação (e não suscita), há atualmente – e não havia antes – dispositivo expresso, resultante de ponderação efetuada pelo legislador no sentido de vedar tal expediente.

Questionado sobre a matéria em controle de constitucionalidade, o STF, como vimos, manteve o supracitado entendimento, conferindo ao art. 283 do CPP “interpretação conforme a Constituição” para excluir a possibilidade de que o texto do dispositivo fosse interpretado no

a particular issue and/or want to leave the question open to future deliberations. Fidelity to the Constitution, therefore, requires fidelity to the original meaning of the text, and to the choice of rules, principles, and standards in the text. It requires us to be faithful to the principles stated in the text and those that we understand to be presupposed by the text or underlie the text; and it requires us to build out constitutional constructions that best apply the text and its associated rules, standards, and principles to our current circumstances” BALKIN, Jack. **Constitutional redemption**: political faith in an unjust world. Cambridge & London: Harvard University Press, 2011, p. 229.

¹⁴⁷ Habeas Corpus. Alegações de vício na intimação do paciente quanto a sentença condenatória, bem assim de ilegalidade na expedição de mandado de prisão, antes do trânsito em julgado da decisão. Desde a citação inicial, não foi o réu localizado nos endereços que indicou, vindo a ser citado por edital e declarado revel. Da sentença condenatória, houve intimação pessoal do defensor dativo e por edital do réu. Comprovou-se, além disso, estar foragido o paciente, a época. A presunção de inocência do acusado não impede a prisão antes do trânsito em julgado de decisão condenatória. Constituição Federal, art. 5., incisos LVII e LXI. Precedentes do STF. Habeas Corpus indeferido. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 70363/SP**. Relator: Ministro Néri da Silveira. Distrito Federal, 08 de junho de 1993. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2870363%20ENUME%2E+OU+70363%2EA%20CMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ybyoaq2y>>

sentido de obstar a execução provisória da pena depois da decisão condenatória de segundo grau e antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

Ora, questiona-se: se a Constituição claramente instituiu a garantia individual do acusado, o qual é (ou deveria ser) presumido inocente até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, como sustentar, como o STF fez, que a execução provisória da pena não ofende tal garantia? Poderia uma leitura séria do art. 283 do CPP, instituído em claro e inequívoco paralelismo à Constituição, resultar em uma mitigação da presunção de inocência?

Não parece restar outra resposta senão uma negativa a tais questionamentos. Ainda que os fundamentos elencados pelo STF para sustentar referido entendimento sejam relevantes - seja para conferir uma resposta à sociedade em um momento peculiar do país de grandes escândalos políticos de corrupção, seja para garantir a efetividade do sistema penal, sobretudo às classes mais abastadas, coibindo a litigância de má-fé por meio do uso abusivo de recursos protelatórios -, a saída para tais problemas de ordem pragmática jamais poderia contrariar a moldura normativa do texto constitucional.

Como disse a ministra Rosa Weber, nas ADC's 43 e 44, *“a interpretação está atrelada às possibilidades semânticas das palavras”*, de modo que *“[s]e a Constituição, com clareza, em seu texto vincula o princípio da presunção de inocência a uma condenação transitada em julgado, não vejo como possa chegar-se a uma interpretação diversa”*.

Em sentido semelhante, também o vice decano, ministro Marco Aurélio, registrou que o inciso LVII do artigo 5º da Constituição *“não abre campo a controvérsias semânticas”*. Na opinião do ministro, quando autorizou a execução provisória, o Supremo editou uma *“emenda constitucional ilegítima”*. *“O abandono do sentido unívoco do texto constitucional gera perplexidades”*.

O que ambos os ministros argumentam e que também guarda coerência à luz do novo originalismo de Balkin é que o texto da norma insculpida no art. 5º, LVII da Constituição deve ser interpretado dentro da moldura semântica de suas disposições e, não, como o STF fez, de maneira casuística e inclusive em sentido diverso do assentado constitucionalmente. Veja-se que não estamos aqui propondo uma leitura da Constituição restrita à literalidade do texto constitucional ou às intenções do legislador originário, mas ao significado semântico original do texto (*“original semantic meaning of the text”*), ou seja, ao que as palavras significavam no momento de sua escolha ou adoção:

The original meaning does not include how people at the time of adoption would have intended or expected the text to be applied, or how broadly or narrowly they would have articulated the principles and standards found in the text. These expectations are not part of the framework. They may be helpful in forming constructions for the

present, but adopting these constructions is our choice— for which we must take responsibility— and not their command.¹⁴⁸

Nesse sentido, a interpretação constitucional não tem outro limite senão o próprio significado semântico original do texto, que, no caso do art. 5º, LVII da Constituição é transparente quanto ao termo final da presunção de inocência: o trânsito em julgado de sentença condenatória. Igualmente, também o art. 283 do CPP, que consolidou, no âmbito infraconstitucional, a garantia da presunção de inocência, tornando-a regra a ser seguida ao longo da persecução penal.

Outrossim, quanto ao próprio sentido do termo “trânsito em julgado”, não parece haver dúvidas quanto à sua finalidade semântica, sobretudo considerando o significado pacífico da expressão não apenas no contexto brasileiro como no constitucionalismo mundial, sendo adotada, por exemplo, na Constituição da Itália de 1948 e na Constituição Portuguesa de 1974. Ao interpretar a Constituição, nesse viés, o STF não haveria que ir além do sentido semântico original do texto constitucional que, repita-se, é claro, seja quanto ao momento de cessamento da presunção de inocência, seja quanto ao próprio sentido de trânsito em julgado adotado em nosso ordenamento jurídico.

Desse modo, a interpretação conferida à presunção de inocência em 2016 pelo Tribunal não guarda fidelidade com o texto constitucional, em muito, na verdade, o contrariando, não apenas em seu sentido original, como em relação ao projeto constitucional ao qual está intrinsecamente vinculado.

Isso porque a presunção de inocência é, sobretudo, um princípio político que explicita um compromisso do Estado com os seus cidadãos. Uma garantia conferida ao indivíduo em si mesmo como sujeito de direitos, que deve ser respeitado e protegido ao longo da persecução penal. Implícito ao princípio da presunção de inocência está o compromisso de se combater abusos como os que ocorreram na ditadura militar, em que o indivíduo era considerado meio para se chegar à verdade e que, como meio, poderia ser torturado, extorquido e degradado.

Garantir a presunção de inocência, desse modo, é assegurar ao indivíduo o respeito à sua dignidade e aos direitos essenciais da pessoa humana, é tratá-lo com igual consideração e respeito ao lado dos seus demais concidadãos, sem estigmatizá-lo com um *status* de não-inocente antes de uma condenação final. O princípio da presunção de inocência “*não consagra uma presunção, mas um estado jurídico do imputado, o qual é inocente até que seja declarado*

¹⁴⁸ BALKIN, Jack. **Constitutional redemption**: political faith in an unjust world. Cambridge & London: Harvard University Press, 2011, p. 230.

culpado por uma sentença firme.”¹⁴⁹ É, portanto, uma garantia da liberdade do acusado em face do interesse coletivo à repressão penal.¹⁵⁰

¹⁴⁹ MARICONDE, Alfredo Vélez. **Derecho Procesal Penal**. Córdoba: Imprenta de la Universidad. II. p. 27.

¹⁵⁰ BADARÓ, Henrique; LOPER JR, Aury. **Parecer: Presunção de inocência: Do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória**. Disponível em: <http://emporiadodireito.com.br/wp-content/uploads/2016/06/Parecer_Presuncao_de_Inocencia_Do_concei.pdf>. Acesso em: 28 de outubro de 2016.

CONCLUSÃO

Ao analisarmos os giros hermenêuticos acerca do princípio da presunção de inocência, sobretudo em relação à possibilidade da execução provisória da pena, percorremos o contexto político e jurídico no qual o STF desenvolveu seus posicionamentos, sendo possível perceber os influxos dos seus decisórios ao longo da vigência da Constituição de 1988.

Se em 2009, a Corte, fortemente influenciada pelo espírito constitucional democrático, emitiu importante precedente no reconhecimento de direitos fundamentais, posicionando-se pelo primazia do princípio da presunção de inocência e, mais ainda, da força normativa da Constituição em detrimento do interesse coletivo à repressão penal. Em 2016, em um retrocesso ímpar no caminhar interpretativo desenvolvido pelo Tribunal, voltou atrás para mitigar o direito fundamental em nome de uma resposta à sociedade que veio às custas do próprio texto constitucional.

Vencido o relator das ADC's 43 e 44, Min. Celso de Mello, oportuno se faz trazeremos algumas das reflexões suscitadas em seu voto:

“Quantos princípios proclamados pela autoridade superior da Constituição da República precisarão ser sacrificados para justificar a decisão desta Suprema Corte proferida no julgamento do HC 126.292/SP?

Quantas liberdades garantidas pela Carta Política precisarão ser comprometidas para legitimar o julgamento plenário do Supremo Tribunal Federal que, ao instituir artificial antecipação do trânsito em julgado, frustrou, por completo, a presunção constitucional de inocência?

Quantos valores essenciais consagrados pelo estatuto constitucional que nos rege precisarão ser negados para que prevaleçam razões fundadas no clamor público e em inescondível pragmatismo de ordem penal ?

Até quando dados meramente estatísticos poderão autorizar essa inaceitável hermenêutica de submissão, de cuja utilização resulte, como efeito perverso, gravíssima e frontal transgressão ao direito fundamental de ser presumido inocente?

Enfim, Senhora Presidente, é possível a uma sociedade livre, apoiada em bases genuinamente democráticas, subsistir sem que se assegurem direitos fundamentais tão arduamente conquistados pelos cidadãos em sua histórica e permanente luta contra a opressão do poder, como aquele que assegura a qualquer pessoa a insuprimível prerrogativa de sempre ser considerada inocente até que sobrevenha, contra ela , sentença penal condenatória transitada em julgado?”¹⁵¹

Subjacente a tais reflexões, encontra-se questão ainda mais profunda, qual seja: qual o projeto constitucional pretendemos levar adiante enquanto nação brasileira? Ou, em outros termos, quais os caminhos nos levarão à redenção constitucional? Responder a essas perguntas, requer, antes de tudo, um trabalho de retrospectiva voltado à narrativa constitucional de quem somos, enquanto povo brasileiro, e do projeto constitucional que nos filiamos com a Constituição de 1988.

¹⁵¹ Trecho do voto vencido do Min. Celso de Mello disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADC43MCM.pdf>>

Nessa narrativa, decisões como as do HC 126.292/SP¹⁵² relativas à presunção de inocência, não são erros a serem expurgados e condenados, mas, sim, que devem ser redimidos a partir da retomada dos valores e práticas fundamentais que expressem nosso compromisso constitucional. Tentativas de rechaçá-los são antes de tudo uma tentativa de combater a história de quem somos e que, apesar dos erros e retrocessos em seu caminho, permite que nos identifiquemos uns com os outros e com a construção constitucional a qual individualmente e coletivamente estamos filiados.

Além disso, como Post e Siegel ensinam, as cortes não são alheias à política e à cultura constitucional. Na verdade, sua fonte de legitimidade está em sua exata abertura para influências e disputas políticas que permitem que a decisão judicial seja responsiva com os ideais mais caros à sociedade e à Constituição. Isso quer dizer que, se vivemos nos dias de hoje um momento de autoritarismo institucional, não o é por obra exclusiva do STF, mas, sim, de uma conjuntura política autoritária e de intolerância que radica em nós mesmos, enquanto fontes de legitimidade e autoridade da Constituição, da jurisdição constitucional e dos demais poderes e representantes políticos.

O caso da presunção de inocência, ao contrário do que se poderia pensar, não é controvérsia isolada discursivamente escolhida para atribuir evidência à possibilidade de falhas judiciais ou à teoria do constitucionalismo democrático. Está ao lado de outros grandes desacordos morais existentes em sociedade. No entanto, a existência de tais desacordos, tanto na deliberação intracorte como em sua relação com os demais membros da coletividade, não deslegitima a jurisdição constitucional ou ameaça o constitucionalismo. Na verdade, o desacordo permite que os cidadãos e instituições se engajem deliberativamente na persuasão uns dos outros e filiem-se à Constituição mesmo quando sua interpretação não é vencedora.

É no conflito que a Constituição adquire sua legitimidade em uma sociedade plúrima de valores e ideais de vida como a brasileira. A tensão agônica entre direito e política ou entre cortes, representantes políticos, movimentos sociais e povo é construtiva para o nosso projeto político, que é aberto e inacabado e, portanto, passível de ser discutido, discordado e criticado.

Nesse contexto, a jurisdição constitucional não encerra ou silencia o processo político, mas pode exatamente catalisá-lo, ao fomentar o debate dentro e fora das instituições. Movimento que pode ser percebido no constitucionalismo brasileiro, em que, em uma inversão gradual do paradigma de deferência às cortes que por muito tempo dominou (e ainda domina) as relações políticas e jurídicas do sistema, o debate acerca da interpretação judicial de direitos

¹⁵² Assim como das ADC's 43 e 44 e do ARE 964.246.

fundamentais vêm ganhando fôlego nas várias instâncias políticas, jurídicas e sociais da comunidade.

Veja-se que de um catolicismo constitucional, em que as cortes, em especial o STF, são encarregados do significado constitucional, com a sua identificação como guardião da Constituição, vimos experimentando lampejos de um protestantismo constitucional, com o engajamento popular, estudantil e da academia no confronto de decisões judiciais que contrariam os valores fundamentais da nação. O debate, dessa forma, vêm sendo catalisado para confrontar a interpretação judicialmente conferida a direitos e garantias constitucionais, como o princípio da presunção de inocência.

Tal engajamento popular, na forma de um protestantismo constitucional, não apenas é positivo para o constitucionalismo, como reforça o compromisso individual e coletivo dos cidadãos com a Constituição, permitindo o seu reconhecimento pelo povo mesmo diante de desacordos profundos sobre o seu significado e de suas normas. Além do mais, tensiona o próprio STF e a sua interpretação constitucional em direção aos valores e práticas fundamentais do povo, uma vez que, no longo prazo, as decisões judiciais devem ser, e são, susceptíveis a influências políticas.

Outrossim, reconhecer e criticar o atual posicionamento do STF não implica propor a sua exclusão do constitucionalismo ou deslegitimá-lo no processo de interpretação constitucional. Não se nega, assim como Post, Siegel e Balkin, que alguma forma de autoridade final das cortes é necessária para garantir previsibilidade e estabilidade ao sistema constitucional. Entretanto, sua autoridade, assim como das demais instituições políticas, encontra legitimidade na responsividade com a cultura popular e seus valores e práticas fundamentais, ou, em outros termos, em sua abertura para as reivindicações do povo.

Ora, veja-se que em nenhum momento se propôs que a voz do judiciário se sobreponha às demais vozes não-judiciais ou que o STF ocupe o lugar solitário na interpretação constitucional. Igualmente, também não estamos buscando limitar a atuação judicial a fim de evitar desacordos morais resultantes de suas decisões. Do contrário, estaríamos a incorrer no mesmo equívoco das teorias juriscêntricas que nos comprometemos, desde o início, a tentar superar.

Admitir que as cortes integram o constitucionalismo e que seu papel é relevante para o sistema não é o mesmo que lhe conferir qualquer tipo de protagonismo constitucional. Na verdade, como vimos, no Constitucionalismo Democrático, a supremacia judicial não é antagônica ao exercício da democracia, mas uma garantia da sua própria efetivação, assegurando as práticas e direitos necessários à formação e à autonomia da vontade popular.

Por outro lado, a democracia é o fundamento precípua da autoridade das cortes e por isso, embora as suas decisões ponham fim a um processo judicial, não encerram o debate público e democrático, sendo sempre provisórias, temporárias, precárias e sujeitas à revisão e superação.

Ou seja, apesar de reconhecermos a importância das decisões judiciais para a estabilidade e segurança do ordenamento político-jurídico, elas não são consideradas fenômenos alheios à política, mas em constante diálogo com essa. É do povo que o judiciário e demais poderes estatais extraem a sua legitimidade, devendo ser a ele e à sua cultura sensíveis, seja por meio do reconhecimento de suas decisões pela sociedade, seja pela sua capacidade de continuar inspirando fé na possibilidade de redenção constitucional.

Enquanto povo, cidadãos brasileiros, somos partes do sistema político no qual estamos inseridos, responsáveis por levar a diante o projeto constitucional ao qual nos filiamos com a Constituição e que, não por acaso, é conhecida como “Constituição Cidadã”. Nesse processo, não somos meros expectadores das decisões judiciais e políticas, mas participantes ativos na interpretação constitucional. Como tal, devemos ser capazes de nos engajar individualmente e coletivamente em prol da construção do nosso projeto coletivo, que carrega, como núcleo estrutural de seu texto, lutas pela proteção do indivíduo e pela democracia.

Em nossa história constitucional, no entanto, não há garantias de justiça e correição. Nossa narrativa constitucional não é linear, uma estrada reta que tem a redenção constitucional como linha de chegada.

A Constituição, assim como nós mesmos, é imperfeita e falível, um “compromisso com o pecado”, que, muitas vezes, aquiescerá a injustiças e descumprirá os direitos assentados em seu texto. Nossa narrativa constitucional, dessa forma, não é (e nem será) composta apenas por acertos e avanços, mas por inúmeros retrocessos e equívocos, como os que vivemos atualmente, que questionam e colocam em cheque compromissos fundamentais como a democracia.

Por que, então, permanecemos fiéis à Constituição? Por que continuamos a reivindicar, como fazemos nesse artigo, o sentido constitucional e os compromissos que acreditamos que se conformam à promessa constitucional de 1988? Porque temos fé, Balkin nos responde.

Permanecemos fiéis à Constituição porque temos “fé” de que os erros e injustiças do presente serão corrigidos no futuro e de que alcançaremos nossos objetivos apesar dos retrocessos e equívocos do presente. Conferimos legitimidade à Constituição porque temos fé no sistema enquanto projeto transgeracional que escolhemos levar adiante e que nos une em nossas experiências passadas, presentes e futuras.

Subjacente à possibilidade de reivindicação do sentido constitucional que se dá através da mobilização e contramobilização dos participantes judiciais e não-judiciais, está, dessa forma, a confiança de que, se a melhor resposta não for alcançada no presente, será no futuro. É por tal razão que nos engajamos no debate e resistimos a interpretações judiciais e políticas que não refletem nossos valores fundamentais, porque temos fé de que nossa história constitucional voltará aos trilhos.

Reivindicar o sentido constitucional, entretanto, não é algo que parte de fora para dentro, de uma crítica ao outro sem olhar para si mesmo. Na verdade, perpassa uma autocrítica do projeto constitucional que estamos individualmente construindo. De nada adianta apontar dedos ao STF, ao legislativo ou ao executivo, se nós, enquanto povo, continuarmos a reproduzir os mesmos discursos autoritários que pretendemos coibir; se continuarmos a atribuir cegamente ao judiciário a expectativa de fazer justiça a qualquer custo, sem cogitar das consequências para o amanhã.

“[W]e, our institutions and our Constitution always exist in a “fallen condition.” We begin as sinners, and we hope for salvation. Our Constitution, which offers the hope but not the guarantee of redemption, is no less imperfect than we are, even for all of its grand promises. We, too, are imperfect, and we too make promises. Our Constitution is like ourselves, deficient, fallible, a collection of moral and political compromises, yet with the urge and the ambition to become better than it is now. To be an aspirationalist is not to view the Constitution as a perfect thing— as the greatest and wisest political document ever fashioned by humankind— but as an imperfect thing, compromised and flawed, but begging us to take its promises seriously”.¹⁵³

¹⁵³ BALKIN, Jack. **Constitutional redemption**: political faith in an unjust world. Cambridge & London: Harvard University Press, 2011. P. 121

BIBLIOGRAFIA

BAHIA, Alexandre; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo; SILVA, Diogo e; PEDRON, Flávio. **Presunção de Inocência: uma contribuição crítica à controvérsia em torno do julgamento do Habeas Corpus n.º 126.292 pelo Supremo Tribunal Federal.** Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/leitura/presuncao-de-inocencia-uma-contribuicao-critica-a-controversia-em-torno-do-julgamento-do-habeas-corpus-n-126-292-pelo-supremo-tribunal-federal-por-alexandre-gustavo-melo-franco-de-moraes-de-moraes-bahia-diogo-bacha-e-silva-flavio-quinaud-pedron-e-m>>. Acesso em: 13 ago. 2017

BALKIN, Jack M. “What Brown Teaches us About Constitutional Theory”. In: **Virginia Law Review**, vol. 90, n. 4. Virginia: Virginia Law Review Association, 2004, p. 1537-1577.

BALKIN, Jack; SIEGEL, Reva. “Principles, Practices and Social Movements”. In: **University of Pennsylvania Law Review**. Vol. 154: 927, 2006, p. 927-950.

BALKIN, Jack. **Constitutional redemption: political faith in an unjust world.** Cambridge & London: Harvard University Press, 2011.

BALKIN, Jack. **Living Originalism.** Cambridge: Harvard University Press, 2011.

BARRON, David. “What’s Wrong with conservative constitutionalism? Two Styles of Progressive Constitutional Critique and the choice they present.” In: **Harvard Law and Public Policy Review**. (September 18, 2006), http://hlpronline.com/2006/08/barron_01.html, p.1-6.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito constitucional e a efetividade de suas normas.** 6ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição** – fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro.** 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. In: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro**. v. 2, N.º 21. Rio de Janeiro: Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **O Novo Direito Constitucional Brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil.** Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial.** Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. In: Brooklyn Law Review v. 71. New York: **Brooklyn Law Review**, 2006. p. 1109-1180.

BETTIOL, Giuseppe. **Instituciones de Derecho Penal y Procesal Penal**. Barcelona: Bosch, 1973 p. 174.

BICKEL, Alexander M. **Supreme Court and the Idea of Progress**. New Haven: Yale University Press, 1970.

BICKEL, Alexander M. **The Morality of Consent**. New Haven: Yale University Press, 1975.

BICKEL, Alexander M. **The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics**. 2ed. New Heaven: Yale University Press, 1986.

BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Diário Oficial da União. Rio de Janeiro, em 3 de outubro de 1941.

BRASIL. **Constituição 1988**. Diário Oficial da União. Brasília, Brasília, 5 de outubro de 1988.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 70363/SP**. Relator: Ministro Néri da Silveira. Distrito Federal, 08 de junho de 1993. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2870363%2EENUME%2E+OU+70363%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ybyoaq2y>>

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 482006**. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Distrito Federal, 13 de dezembro de 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 84.078/MG**. Relator: Ministro Eros Grau. Distrito Federal, 05 de fevereiro de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=84078&classe=HC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 126.292/SP**. Relator: Ministro Teori Zavascki. Distrito Federal, 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=126292&classe=HC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 347 MC/DF**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Distrito Federal, 19 de fevereiro de 2016. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF%24%2ESCLA%2E+E+347%2EENUME%2E%29+OU+%28ADPF%2EACMS%2E+ADJ2+347%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/nh82k29>>

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADC 43**. Relator: Ministro Celso de Mello. Distrito Federal, 05 de outubro de 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=43&classe=ADC-MC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADC 44**. Relator: Ministro Celso de Mello. Distrito Federal, 05 de outubro de 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4986729>>

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ARE 964.246**. Relator: Ministro Teori Zavascki. Distrito Federal, 25 de novembro de 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28964246%2ENU%2E%2E+OU+964246%2EPRCR%2E%29&base=baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/jrz6ecr>>

BUNCHAFT, Maria Eugenia. **Constitucionalismo democrático versus minimalismo judicial**. Revista Direito, Estado e Sociedade, n. 38, 2011. Disponível em: <<http://www.jur.puc-rio.br/revistades/index.php/revistades/article/view/189>>. Acesso em: 24 de abril de 2017.

CARRARA, Francesco. Il diritto penale e la procedura penale (Prolusione al corso di diritto criminale dell'anno accademico 1873-74, nella R. Università di Pisa), in **Opuscoli di Diritto Criminale**. Lucca: Tipografia Giusti, 1874, v. V, p. 18.

CHUEIRI, Vera Karam de. Nas Trilhas de Carl Schmitt (ou nas Teias de Kafka): soberania, poder constituinte e democracia radical. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). **Repensando a Teoria do Estado**. Belo Horizonte: Fórum, 2004

CHUEIRI, Vera Karam de. **Before the law**: philosophy and literature (the experience of that which one cannot experience). Michigan: UMI, 2005.

CHUEIRI, Vera Karam de. O discurso do constitucionalismo: governo das leis versus governo do povo. In: FONSECA, Ricardo Marcelo. (Org.). **Direito e discurso**. Florianópolis: Boiteux, 2006.

CHUEIRI, Vera Karam de; GODOY, Miguel Gualano de. Constitucionalismo e democracia – soberania e poder constituinte. In: **Revista Direito FGV**. v. 06, n.º 01. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2010.

CHUEIRI, Vera Karam de; SAMPAIO, Joanna Maria de Araújo. Coerência, Integridade e Decisões Judiciais. In: **Revista Nomos**, v. 32. Fortaleza: Universidade Federal do Ceará, 2012. p. 177-200.

CHUEIRI, Vera Karam de. Constitucionalismo social: a influência das constituições de Weimar e Mexicana de 1917. In: Seminário Internacional Trabalho e Constituição – Comemorativo aos 90 anos da Constituição de Weimar: O Direito do Trabalho e as Crises Capitalistas. 23 a 24 de junho de 2010. **Anais** da Escola da Associação dos Magistrados do Trabalho do Paraná. Curitiba, Paraná, Brasil.

DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1982.

DWORKIN, Ronald. Rights as trumps. In: WALDRON, Jeremy. **Theories of rights**. Oxford: University Press, 1984.

DWORKIN, Ronald. **A matter of principle**. Cambridge: Harvard University Press, 1985.

DWORKIN, Ronald. **Law's empire**. London: Fontana Press, 1986.

DWORKIN, Ronald. **Freedom's law**. Cambridge: Harvard University Press, 1996.

DWORKIN, Ronald. **Sovereign virtue**. Cambridge and London: Harvard University Press, 2000.

DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade.** Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio.** Trad. Luis Carlos Borges. 2ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade: a leitura moral da constituição norte-americana.** Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DWORKIN, Ronald. **O império do Direito.** Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007. 252

ELY, John Hart. **Democracy and distrust: a theory of judicial review.** Cambridge and London: Harvard University Press, 1980.

ELY, John Hart. **Democracia y desconfianza.** Trad. Magdalena Holguín. Bogotá: Siglo del Hombre, 1997.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional.** 9 ed. Salvador: JusPODIVM, 2017.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razon - Teoría del Garantismo Penal.** 2 ed. Trad. Perfecto Andres Ibanez; Alfonso Ruiz Miguel; Juan Carlos Bayon Mohino; Juan Terradillos Basoco e Rocio Cantarero Bandres. Madri, Trotta, 1997

FRIEDMAN, Barry. **The politics of judicial review.** *In:* Texas Law Review, vol. 84, nº 2, 2005. Disponível em < <http://ssrn.com/abstract=877328>>. Acesso em: 17 de outubro de 2016.

FRIEDMAN, Barry. **The Will of the People: how public opinion has influenced the Supreme Court and Shaped the Meaning of the Constitution.** New York: Farrar, Straus and Giroux, 2009. (eBook)

GARDBAUM, Stephen. The New Commonwealth Model of Constitutionalism. *In:* **American Journal of Comparative Law**, v. 49, n.º 4. Baltimore: The American Society of Comparative Law, 2001. p. 707-760.

GARGARELLA, Roberto. **Constitución y democracia.** *In:* ALBANESE, Susana; DALLA VIA, Alberto; GARGARELLA, Roberto; HERNÁNDEZ, Antonio; SABSAY, Daniel (Orgs.). **Derecho Constitucional.** Buenos Aires: Editorial Universidad, 2004.

GARGARELLA, Roberto. **Crítica de la Constitución: sus zonas oscuras.** Buenos Aires: Capital Intelectual, 2004.

GARGARELLA, Roberto. **Carta abierta sobre la intolerancia** – apuntes sobre derecho y protesta. Buenos Aires: Club de Cultura Socialista José Aricó, 2006.

GARGARELLA, Roberto. El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los frenos y contrapesos. *In:* GARGARELLA, Roberto (Org.). **Por una justicia dialógica: El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática.** Buenos Aires: Siglo XXI, 2014.

GODOY, Miguel. **Devolver a Constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos interinstitucionais**. Tese apresentada como requisito para obtenção do título de doutor na Universidade Federal do Paraná. 2016. Disponível em: <<http://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/39908>>

GUTMANN, Amy; THOMPSON, Dennis. **Why Deliberative Democracy?** Princeton: Princeton University Press, 2004.

HABERMAS, Jürgen. **Teoría de la acción comunicativa**. Trad. Manuel Jimenéz Rendon. Madrid: Taurus, 1987.

HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. Trad. Guido de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

HABERMAS, Jürgen. **Between facts and norms**. Trans. William Rehg. Cambridge: MIT Press, 1996.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. v. I e v. II. Trad. Flávio Beno S. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HABERMAS, Jürgen. Paradigms of law. In: **Habermas on law and democracy: critical exchanges**. Edited by Michel Rosenfeld and Andrew Arato. University of California Press, 1998.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro: estudos de teoria política**. Trad. George Sperber, Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2002.

KRAMER, Larry. **Popular Constitutionalism, Circa 2004**. California Law Review, vol. 92, n. 4, 2004. Disponível em: <<http://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol92/iss4/1>>. Acesso em: 06 de abril de 2017.

KRAMER, Larry. **The people themselves: popular constitutionalism and judicial review**. New York: Oxford University Press, 2004.

LEVINSON, Sanford. **Constitutional Faith**. Princeton: Princeton University Press, 1988.

LOPES JR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal: Fundamentos da instrumentalidade penal**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Iuris, 4ed, 2006. P. 41-43.

LOPES JUNIOR, Aury. **(Prisões cautelares): Lei n. 12.403/2011**. 4. ed., rev., atual. e ampl. -. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOPES, JR, A; BADARÓ, H. **Parecer Presunção de inocência: Do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória**. Consultante: Maria Cláudia de Seixas. 2016.

MENDES, Conrado Hübner. **Controle de constitucionalidade e democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MENDES, Conrado Hübner; SILVA, Luís Virgílio Afonso da. Habermas e a jurisdição constitucional. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo. **Direito e democracia – um guia de leitura de Habermas**. São Paulo: Malheiros, 2008.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional Courts and Deliberative Democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2013.

MOUFFE, Chantal. **On The Political: Thinking in action**. New York: Routledge, 2005.

NETO, Menelick de Carvalho. A contribuição do direito administrativo enfocada da óptica do administrado: para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das Leis no Brasil: um pequeno exercício de teoria da Constituição. In: **Revista Fórum Administrativo**. v. 1. n.º 1. Belo Horizonte: Fórum, 2001.

NETO, Menelick de Carvalho; 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.

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**. 2ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

NIEMBRO, Roberto. **Una Mirada al Constitucionalismo Popular**. México: ISONOMIA, n.º 38, abril de 2013, p. 191-224.

PEDRON, Flavio Quinaud. **Mutação constitucional na crise do positivismo jurídico**. Belo Horizonte: Arraes editores, 2012

POST, Robert; SIEGEL, Reva. Protecting the Constitution from the People: Juricentric Restrictions on Section Five Power. **Faculty Scholarship Series**, paper 182. 2002.

POST, Robert; SIEGEL, Reva. Popular Constitutionalism, Departmentalism and Judicial Supremacy. In: **California Law Review**. v. 92. Berkeley: Berkeley University, 2004. p. 1027-1044.

POST, Robert; SIEGEL, Reva. **Democratic Constitutionalism: a reply to Professor Barron**. Cambridge: Harvard Law & Policy Review, v. 01, 2006. Disponível em: <<http://harvardlpr.com/online-articles/democratic-constitutionalism-a-reply-to-professor-barron>>. Acesso em: 23 de abril de 2017.

POST, Robert; SIEGEL, Reva. **Roe rage: democratic constitutionalism and backlash**. Harvard Civil-Rights Civil-Liberties Law Review, 2007. p. 373-433. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/169>. Acesso em 17 de outubro de 2016.

POST, Robert; SIEGEL, Reva. Democratic Constitutionalism. In: BALKIN, Jack; SIEGEL, Reva B. (Orgs.). **Constitution 2020**. Oxford: Oxford University Press, 2009.

POST, Robert. Theorizing Disagreement: Reconceiving the Relationship between Law and Politics. **California Law Review**, vol 98, 2010.

PRADO, Geraldo. O trânsito em julgado da decisão penal condenatória. In: **Boletim do IBCCrim**, n. 277, dezembro de 2015.

RAWLS, John. **A theory of justice**. Cambridge: Harvard University Press, 1971.

- RAWLS, John. **Political liberalism**. New York: Columbia University Press, 1993.
- RAWLS, John. **Liberalismo político**. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 2000.
- RAWLS, John. A ideia de razão pública revisitada. In: WERLE, Denilson Luis; MELO Rúrion Soares (Orgs.). **Democracia deliberativa**. São Paulo: Esfera Pública, 2007.
- RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Trad. Jussara Simões. 3ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- SEGAL, Jeffrey A.; SPAETH, Harold J. **The Supreme Court and the attitudinal model revisited**. Cambridge University Press, 2002.
- SIEGEL, Reva. “Constitutional Culture, Social Movement and Constitutional Change: The Case of the ERA”. In: **California Law Review**, vol. 94. Berkeley: University of California Press, 2006, p. 1323-1419.
- SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do Direito** - os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2005.
- SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais** – conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- SILVA, Virgílio Afonso da; MENDES, Conrado Hubner. Habermas e a jurisdição constitucional. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo (Orgs.). **Direito e democracia** – um guia de leitura de Habermas. São Paulo: Malheiros, 2008.
- SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Fundamentação e normatividade dos direitos fundamentais**: uma reconstrução teórica à luz do princípio democrático. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Teoria constitucional e democracia deliberativa** – um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Orgs.). **A Constitucionalização do Direito**: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional** – Teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- STRECK, Lenio. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica ao direito**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- STRECK, Lenio; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto; CATTONI, Marcelo. **A nova perspectiva do STF sobre controle difuso**. Disponível em http://www.conjur.com.br/2007-ago-03/perspectiva_stf_controle_difuso. Acesso em 09.08.2017.
- STRECK, Lenio. **Hermenêutica e positivismo contra o estado de exceção interpretativo**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-fev-25/senso-incomum-hermeneutica-positivismo-estado-excecao--interpretativo#sdfootnote5anc>. Acesso em 12.11.2016.

STRECK, Lenio. **Uma ADC contra a decisão no HC 126.292 — sinuca de bico para o STF!** Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2016-fev-29/streck-adc-decisao-hc-126292-sinuca-stf>>. Acesso em: 12.11.2016.

STRECK, Lenio. **O estranho caso que fez o STF sacrificar a presunção de inocência.** Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2016-ago-11/senso-incomum-estranho-fez-stf-sacrificar-presuncao-inocencia>>. Acesso em: 03 de dezembro de 2016.

STRECK, Lenio. **O STF se curvará à CF e à lei no caso da presunção de inocência?** Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2016-set-01/senso-incomum-stf-curvara-cf-lei-presuncao-inocencia>>. Acesso em 03 de dezembro de 2016.

SUNSTEIN, Cass. **Legal Reasoning and Political Conflict.** New York: Oxford University Press, 1996.

SUNSTEIN, Cass. “Practical Reason and Incompletely Theorized Agreements”. In: FREEMAN, M.D.A. (org.). **Legal Theory at the End of the Millennium.** Current Legal Problems, vol . 51 Londres: OUP, 1998, p. 267-298.

SUNSTEIN, Cass. **Designing Democracy: What Constitutions Do?** New York: Oxford University Press, 2001.

SUNSTEIN, Cass R. **One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court.** 2a Ed., Cambridge: Harvard University Press, 2001.

SUNSTEIN, Cass. **Radicals in Robes - Why Extreme Right-wing Courts are Wrong for America.** Cambridge: Basic Books, 2005.

SUNSTEIN, Cass. R. **Incompletely theorized agreements.** Chicago: Public Law and Legal Theory Working Paper, no 147, 2007.

SUNSTEIN, CASS. **A Constitution of Many Minds.** Princeton: Princeton University Press, 2009.

SUNSTEIN, Cass. **A Constituição Parcial.** Belo Horizonte: Del Rey, 2009(b)

SUNSTEIN, Cass R. **Constitutional Personae.** Nova Iorque: Oxford University Press. 2015. (eBook)

TUSHNET, Mark. **Taking the Constitution away from the Courts.** Princeton: Princeton University Press, 1999.

TUSHNET, Mark. **¿Por qué la Constitución importa?** Trad. Alberto Supelano. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2012.

TUSHNET, Mark. **Constitucionalismo y judicial review.** Trad. Manuel Chuquillanqui G. Lima: Palestra Editores, 2013.

TUSHNET, Mark. **Weak Courts, strong rights: judicial review and social wealfare rights in comparative constitutional law.** Princeton: Princeton University Press, 2008.

TUSHNET, Mark. **Why the constitution matters?** New Haven: Yale University Press, 2010.

VEGAS TORRES, Jaime. **Presunción de Inocencia y prueba en el proceso penal**. Madrid, La Ley, 1993.

WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. New York: Oxford University Press, 1999.

WALDRON, Jeremy. **The dignity of legislation**. Cambridge: Cambridge University Press, 1999. p. 154.

WALDRON, Jeremy. **The core of the case against judicial review**. *The Yale Law Journal*, 2005-2006.

YOUNG, Iris. **Inclusion and Democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2000.