



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE  
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
CURSO DE MESTRADO EM DIREITO  
PROCESSO E GARANTIAS DE DIREITOS NA CONSTITUIÇÃO**

**TALLITA DE CARVALHO MARTINS**

**O DÉFICIT DE LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DA JURISDIÇÃO NO CONTEXTO  
DE SOCIEDADES SEMIPERIFÉRICAS: UM APORTE NO CASO DA EXECUÇÃO  
ANTECIPADA DA PENA NO BRASIL**

**NATAL/RN  
2020**

TALLITA DE CARVALHO MARTINS

O DÉFICIT DE LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DA JURISDIÇÃO NO CONTEXTO  
DE SOCIEDADES SEMIPERIFÉRICAS: UM APORTE NO CASO DA EXECUÇÃO  
ANTECIPADA DA PENA NO BRASIL

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Professor Doutor Ricardo Tinoco de Góes.

NATAL/RN  
2020



UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE  
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
CURSO DE MESTRADO

Mestranda: TALLITA DE CARVALHO MARTINS

Título: "O DÉFICIT DE LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DA JURISDIÇÃO NO CONTEXTO DE SOCIEDADES SEMIPERIFÉRICAS: UM APORTE NO CASO DA EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA NO BRASIL."

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Aprovado em: 01 / 12 / 2020.

**BANCA EXAMINADORA**

RICARDO TINOCO DE GOES:46636528400  
Assinado de forma digital por RICARDO TINOCO DE GOES:46636528400  
Dados: 2020.12.10 21:47:08 -03'00'

Prof<sup>o</sup>. Doutor Ricardo Tinoco de Góes – UFRN  
Presidente

Prof<sup>a</sup>. Doutora Patrícia Borba Vilar Guimarães – UFRN  
1º Examinador

FELIPE ARAUJO CASTRO:06422362404  
Assinado de forma digital por FELIPE ARAUJO CASTRO:06422362404  
Dados: 2020.12.09 21:15:42 -02'00'

Prof<sup>o</sup>. Doutor Felipe Araújo Castro – UFERSA  
2º Examinador

Universidade Federal do Rio Grande do Norte - UFRN  
Sistema de Bibliotecas - SISBI  
Catalogação de Publicação na Fonte. UFRN - Biblioteca Setorial do Centro Ciências Sociais Aplicadas - CCSA

Martins, Tallita de Carvalho.

O déficit de legitimidade democrática da jurisdição no contexto de sociedades semiperiféricas: um aporte no caso da execução antecipada da pena no Brasil / Tallita de Carvalho Martins. - 2020.

80f.: il.

Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Natal, RN, 2020.

Orientador: Prof. Dr. Ricardo Tinoco de Goes.

1. Democracia - Dissertação. 2. Jurisdição - Dissertação. 3. Legitimidade - Dissertação. 4. Soberania Popular - Dissertação. 5. Execução Antecipada da Pena - Dissertação. 6. Presunção de não culpabilidade - Dissertação. I. Goes, Ricardo Tinoco de. II. Universidade Federal do Rio Grande do Norte. III. Título.

RN/UF/Biblioteca CCSA

CDU 343.1

## **AGRADECIMENTOS**

Este trabalho e a visão aqui endossada na defesa de uma democracia substancial, legitimada pelo povo, e a serviço do povo, parte, antes de tudo, da minha vivência dentro da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, primeiramente como graduanda e agora no curso de Mestrado em Direito, de modo que os meus primeiros agradecimentos pelo construto dessa dissertação necessariamente se volta a todo o corpo docente, discente e administrativo que compõe a UFRN.

Muitos foram os aprendizados ao longo destes oito anos de caminhada. Entrei na Universidade em 2012 e de lá para cá os desafios que já vinham de antes nunca cessaram. Mas uma coisa é certa: a cada abdicação, frustração ou tristeza a qual enfrentei neste percurso, alcancei um pouco mais o empoderamento que somente o saber é capaz de nos atribuir. Como sempre me disse a minha mãe, “conhecimento ninguém tira da gente, é o que nos leva para frente”. Obrigada por tanto Teresa Cristina, você tem sido meu principal alicerce e inspiração ao longo da vida.

Tantos são os acontecimentos marcantes ao longo dessa trajetória que faltam palavras para descrever o mix de emoções que agora me atravessam. Mas aqui gostaria de externar um especial agradecimento ao meu orientador, o professor Ricardo Tinoco de Goes, em nome de todos os exímios professores com quem tive o privilégio de aprender algo, o qual com toda a sua vocação e sensibilidade no exercício da docência, sempre incentivou o sucesso de seus alunos, despertando em mim ainda mais o interesse pela Academia. Obrigada, professor, o senhor foi essencial no desfecho dessa história.

Agradeço também a todas as pessoas que conheci nessa jornada, aos amigos que fiz na turma de 2018.2, Maria Luiza, Caio, Lívio, Silvio, Netinho, servidores, assistidos do Núcleo de Prática Jurídica, os quais individualmente tocaram a mim de alguma forma, de maneira mais ou menos intensa, mas todas somando no conjunto de experiências compartilhadas que hoje estão na minha bagagem.

À minha família, muito mais do que gratidão. Vocês que sempre estiveram ao meu lado, independentemente das adversidades da vida, amando, cuidando e ensinando-me da importância de cultivar os valores que constituem uma sociedade mais justa, solidária e íntegra, possibilitando-me, cada um ao seu jeito, a oportunidade

de estar aqui defendendo minha dissertação, meu eterno reconhecimento. Esse título será nosso. Obrigada pai, mãe, irmã, cunhado, sobrinhos, primos, tios, vovó. Sem vocês eu não teria conseguido chegar até aqui.

Ao meu avô, João e, a à minha avó Neide, *in memoriam*, meu mais terno agradecimento por tudo que para mim representam.

Aproveito a oportunidade para igualmente agradecer à equipe do Rocha e Neviani Advogados, nas pessoas de Thiago, Patrícia, Romênia, João Carlos e à equipe do Instituto de Previdência Social de Goianinha, João Eduardo, Neide, Iran, Karina, Berg, todos vocês têm especial participação nesse processo

À Laura e Ingrid, pela especial amizade durante todos esses anos.

Por fim, fica o meu agradecimento a pessoa que esteve ao meu lado praticamente todos os dias desde que comecei a escrever essa dissertação e que tem sido de fato uma companheira de vida. Você, Bia, para mim é sinônimo de força e superação, de amor e união. Obrigada por ter me presenteado com outra família que me acolheu como parte da sua: Simone, Fábio, Rayanne, Marina, Dona Hozana, agora todos fazem parte da minha história. Saiba que tenho me tornado uma pessoa cada dia melhor ao seu lado e que estarei contigo para tudo. “Vai ser nós contra o mundo sempre”, tijolo por tijolo, sangue suor e lágrima...

Nesse universo de conquistas, só posso dizer que agora fica o compromisso de poder contribuir com o desenvolvimento de uma sociedade emancipada pela educação, na luta por uma democracia que nos faça crer em dias melhores.

*Se a educação sozinha não transforma a sociedade, sem ela  
tapouco a sociedade muda. (Paulo Freire).*

## **LISTA DE ABREVIações**

- Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC)
- Código de Processo Civil (CPC)
- Código de Processo Penal (CPP)
- Constituição Federal de 1988 (CF/88)
- Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN),
- Habeas Corpus (HC)
- Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (IFOPEN)
- Ministério Público Federal (MPF)
- Polícia Federal (PF)
- Supremo Tribunal Federal (STF)
- Supremo Tribunal de Justiça (STJ)

## LISTA DE ILUSTRAÇÕES

<b>Figura 01:</b> Quadro sinótico sobre o modelo de democracia deliberativa.....	18
<b>Figura 02:</b> Quadro sinótico sobre o modelo de democracia hipertrofiado.....	24
<b>Figura 03:</b> Esquema de classificação das funções da pena segundo Ferrajoli.....	40
<b>Figura 04:</b> Gráfico de número de processos com participação de <i>amicus curiae</i> por ano.....	45
<b>Figura 05:</b> Tabela com resultado de pesquisa sobre a participação dos <i>amicus curiae</i> na jurisdição constitucional.....	50
<b>Figura 06:</b> Esquema metodológico sobre o princípio da proporcionalidade.....	59

## RESUMO

Trata sobre o déficit de legitimidade democrática da jurisdição e a conseguinte insubsistência do princípio da soberania popular, no contexto de uma sociedade complexa e semiperiférica. Ilustra especificamente a situação do Brasil com aporte no caso da execução antecipada da pena. Nesse cenário, desenvolve a questão acerca da necessária construção de uma dogmática emancipatória da sociedade para a máxima concretização dos direitos fundamentais tutelados pela Constituição Federal de 1988, em especial no que tange à presunção de não culpabilidade. Considera, portanto, a problemática de um sistema penal repressor, pelo qual se dissemina um discurso jurídico estigmatizante e reprodutor de violências que precisa ser corrigido no projeto de consolidação de um Estado Constitucional Democrático. Reflete, assim, um ambiente no qual se naturaliza o exercício do poder verticalizado das agências judiciais, no vislumbre da figura do juiz como vértice da democracia, sobretudo em razão do regime de controle de constitucionalidade adotado no país, no qual o Supremo Tribunal Federal, no papel de “Guardião da Constituição”, possui a competência de realizar o exame de compatibilidade entre a legislação e a normativa constitucional, verificando-se, por outro lado, o déficit de deliberação do STF tanto em um nível interno quanto externo. Desta feita, evidencia a importância do princípio da proporcionalidade na legitimação das decisões judiciais, em um aspecto formal e material, notadamente no tocante à intervenção estatal à área de proteção dos direitos fundamentais, o que, consequentemente, destaca a relevância do diálogo na construção de uma racionalidade discursivo-argumentativa para a estruturação dessa sociedade emancipada e comprometida com os fundamentos constitucionais. Assim sendo, a dissertação em tela se aporta em estudo de caso, pesquisa exploratória, levantamento bibliográfico e jurisprudencial, com exame crítico acerca dos posicionamentos dos principais teóricos sobre o assunto, inclusive realizando análise multidisciplinar no que se refere ao processo penal constitucional e à filosofia do direito, pontuando o debate na imprescindível elaboração de um modelo de democracia radical que venha a gerir novos discursos de aplicação normativa para o desenvolvimento de uma jurisdição dialógica em contrapartida ao solipsismo jurídico enraizado no sistema judicial pátrio.

**Palavras-chave:** Democracia. Jurisdição. Legitimidade. Soberania Popular. Execução Antecipada da Pena. Presunção de não culpabilidade.

## ABSTRACT

The paper is about the democratic legitimacy deficit in Brazilian jurisdiction and the consequential lack of the Popular Sovereignty Principle in a context of a complex and semi-peripheral society. It illustrates specifically the Brazil's situation concerning to the early execution of the penalty laws. In this scenario, it develops the question about the necessary construction of an emancipatory society in order to achieve the maximum realization of the fundamental rights, especially on the presumption of non-guilt. It also considers how detrimental a repressive penal system could be by spreading out a false legal speech that is both stigmatizing and reproductive of violence, which needs to be corrected in the project to consolidate a Democratic Constitutional State. Thus, it reflects an environment in which the verticalized power of judicial agencies is naturalized while they see the judge as a democratic vertex, mainly due to the constitutionality control regime adopted in the country. As a "Guardian of the Constitution", the Brazilian Federal Supreme Court (STF) has the competence to carry out the compatibility examination between the constitutional legislation and the constitutional norms. Otherwise, this paper verifies the deficit of STF's deliberations internally and externally. Thus, it highlights the importance of the Proportionality Principle for the legitimacy of judicial decisions, in both formal and material aspects. Notably, that is how the state intervention in the area of protection of fundamental rights implies a priority to dialogue the construction of a discursive-argumentative rationality for the structuring of an emancipated society, whose community is committed to the constitutional foundations. Therefore, this dissertation stands at a study case, exploratory researches, bibliographic and jurisprudential surveys and a critical examination of the main theorists' lessons on the subject. Ultimately, it includes a multidisciplinary analysis about the constitutional criminal process and the philosophy of law by pointing the elaboration of radical democracy model that will manage new discourses of normative application for a dialogical jurisdiction in contrast to the legal solipsism rooted in the national judicial system.

**Keywords:** Democracy. Jurisdiction. Legitimacy. Popular Sovereignty. Early Execution of the Penalty. Presumption of non-guilt.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>10</b>
<b>2 A HIPERTROFIA DO REGIME DEMOCRÁTICO NO BOJO DE SOCIEDADES SEMIPERIFÉRICAS: UM APORTE NO CASO DA EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA .....</b>	<b>12</b>
2.1 JURISDIÇÃO E DEMOCRACIA: UMA QUESTÃO DE LEGITIMIDADE .....	12
2.2 OS PROBLEMAS CONJUNTURAIS EM TORNO DA EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA NO BRASIL .....	25
<b>3 A INEFETIVIDADE DA PARTICIPAÇÃO POPULAR NO PROCESSO DE DELIBERAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS: A FIGURA DOS AMIGOS DA CORTE .....</b>	<b>42</b>
<b>4 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NA LEGITIMAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS.....</b>	<b>52</b>
<b>5 CONCLUSÕES .....</b>	<b>66</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>68</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A pesquisa desenvolvida nesta dissertação tem o escopo principal de diagnosticar o déficit de legitimidade democrática da jurisdição, no contexto de uma sociedade semiperiférica, com o enfoque para o Brasil. Nesse cenário, aponta-se para a hipertrofia do princípio da soberania popular e a necessidade de se conferir ampla eficácia aos direitos fundamentais tutelados pela Constituição Federal de 1988 (CF/88) como forma de se consolidar um Estado Constitucional Democrático.

Por conseguinte, para fins de ilustração, a dissertação ora em tela se aporta no estudo de caso da execução antecipada da pena, haja vista sua repercussão política e social no país e a direta relação que o tema possui com a problemática da legitimidade democrática da jurisdição nacional.

Assim sendo, o trabalho se encontra estruturado em três capítulos que, por sua vez, desenvolvem os objetivos específicos da pesquisa, voltando-se o primeiro deles a demonstrar a imbricada relação entre o conceito de jurisdição, democracia e legitimidade para então progredir a ideia sobre a necessária emancipação da sociedade a fim de que a participação popular se torne de fato decisiva e não só mais um elemento democrático no cenário constitucional, explanando-se, nesse contexto, o mencionado caso da execução antecipada da pena e a sua ressonância na política criminal do país a partir do apontado déficit de legitimidade das agências judiciais no ato de decidir.

Nessa linha de raciocínio, o segundo capítulo pontua especificamente como ocorre tal participação social na praxis da jurisdição nacional, trazendo, para tanto, análise correlata aos principais julgados no caso da execução antecipada da pena no Brasil, atrelando a reflexão ao papel dos *amicus curiae* (amigos da corte) na jurisdição constitucional, de forma a se observar como a opinião pública influi na perspectiva da abertura comunicativa-processual nesse âmbito.

Com isso, traz-se ao estudo a problematização em torno da figura amigos da corte dentro do controle de constitucionalidade do Supremo Tribunal Federal (STF), de modo a se demonstrar estatisticamente até que ponto os argumentos aduzidos pelos *amici* são realmente considerados nos debates encetados pela Suprema Corte.

Ademais, o terceiro e último capítulo buscará pontuar como essa tradição autoritária da jurisdição nacional, aportada em uma legislação processual penal

igualmente antidemocrática, também tem contribuído para a atrofia do princípio da soberania popular e como o princípio da proporcionalidade, nesse sentido, serve à racionalização da atividade judicante na legitimação das decisões judiciais, tanto em um aspecto formal quanto material, para uma maior concretização dos direitos fundamentais tutelados pela Constituição.

Nesse conspecto, discute-se, especialmente, a máxima eficácia ao princípio da presunção de não culpabilidade, colocando-se em pauta um modelo cooperativo de decisões como alternativa à atuação solipsista do Poder Judiciário, centrado na figura de um “Juiz Hércules”, consoante a alegoria desenvolvida por Ronald Dworkin, demonstrando-se, desse modo, o mito da neutralidade/imparcialidade do juiz em uma sociedade complexa de uma realidade marginal.

Pontua-se, portanto, como a atividade judicial precisa estar fundamentada em uma racionalidade discursiva, além de se apoiar em elementos metodológicos, a fim de se conferir legitimidade conteudística às decisões terminativas que impactam todo o corpo social, focando-se as análises em questão no papel da jurisdição em face da disfuncionalidade do Poder Legislativo no Brasil que contribui com a atuação mais ativista do Judiciário em determinadas situações.

Em vistas disso, para se alcançar o objetivo pretendido, será adotado o método dedutivo, através de uma pesquisa exploratória, com levantamento bibliográfico e jurisprudencial, além do estudo de caso mencionado, destacando na discussão as contribuições de importantes teóricos sobre o assunto.

Pelo exposto, acredita-se que o trabalho em questão se justifica pela necessária discussão acerca dessa legitimidade democrática da jurisdição nacional, a partir do procedimento discursivo-argumentativo, em uma sociedade que naturaliza o exercício do poder verticalizado, sobretudo no sistema penal, pelo qual se dissemina um discurso jurídico estigmatizante e reprodutor de violências, podendo, assim, contribuir demonstrando a importância do diálogo para a construção de uma sociedade emancipada e comprometida com os valores plurais ratificadores de um Estado Constitucional Democrático.

## **2 A HIPERTROFIA DO REGIME DEMOCRÁTICO NO BOJO DE SOCIEDADES SEMIPERIFÉRICAS: UM APORTE NO CASO DA EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA**

Conforme inicialmente apontado, a pesquisa em deslinde se pauta em discutir o processo de legitimação das decisões judiciais, no contexto de um Estado Constitucional Democrático, em sociedades semiperiféricas, com enfoque para o Brasil. Desse modo, para atender a esta finalidade, busca-se analisar o caso da execução antecipada da pena, elucidando como, neste cenário, o exercício da jurisdição pode e deve efetivamente estar substanciado no princípio da soberania popular a fim de se corrigir um regime democrático hipertrofiado que não atende em essência aos fundamentos estruturantes da Constituição Federal.

Portanto, para que seja possível se adentrar à discussão proposta, neste capítulo serão tecidas considerações básicas sobre o conceito de democracia, jurisdição e legitimidade. A partir destas definições estarão fixados os parâmetros do debate trazido à contenda, passando-se então a se abordar, especificamente, o caso da execução antecipada da pena a partir do princípio da presunção inocência (ou de não culpabilidade) e a sua repercussão na política criminal do país.

Diante disso, procurar-se-á demonstrar como um processo judicial centrado em um modelo cooperativo de decisões, em detrimento da atuação solipsista do Poder Judiciário, melhor se compatibiliza com os pilares de um modelo democrático, mitigando-se, com isso, a violência estrutural institucionalizada pelo Estado através da pena de prisão.

### **2.1 JURISDIÇÃO E DEMOCRACIA: UMA QUESTÃO DE LEGITIMIDADE**

Tal qual enunciando no título desta subseção, jurisdição, democracia e legitimidade são três elementos que se interligam por essência no contexto de um Estado Constitucional Democrático e a proposta, neste início, é debater como ocorre essa relação e qual a importância da coesão entre esses três preceitos na concretização do princípio da soberania popular em uma sociedade semiperiférica a exemplo do Brasil.

Desta feita, para se falar de democracia, inicialmente é preciso pontuar que se trata de um conceito surgido na Grécia Antiga, em meados do século V a.C, o qual

etimologicamente remete a um regime político pautado no poder (*kratos*) do povo (*demo*) quanto à tomada de decisões na vida em sociedade<sup>1</sup>.

Naquela época, o referido sistema político se alicerçava na participação direta de todos aqueles que eram considerados cidadãos (homens atenienses, maiores de 21 anos e livres) e que, nesse contexto, reuniam-se nas *ágoras* de Atenas para discutirem, em conjunto, as leis que ordenariam a convivência social<sup>2</sup>.

Como se sabe, esses conceitos originados na Grécia Antiga foram se desenvolvendo juntamente ao progresso civilizatório ocidental e no que tange à democracia, especificamente, tem-se uma formulação que se ampliou na Idade Moderna, através de novos modelos e experiências.

Por exemplo, com a Revolução Francesa, em 1789, e a difusão dos ideais de liberdade, igualdade e fraternidade, abriu-se espaço para o desenvolvimento do sufrágio universal, que contemporaneamente reflete uma das principais facetas da democracia e o qual, no Brasil, esteve de fato garantido apenas com a promulgação da Constituição Federal de 1988, notadamente em seu artigo 14 que assim dispõe: “A soberania popular será exercida pelo *sufrágio universal* e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei”.

Observa-se, com isso, que a democracia consiste em um regime político complexo e plural, moldado ao longo dos anos, buscando formas de se coadunar com as estruturas políticas e sociais do seu tempo, mas a qual, em seu cerne, ainda está relacionada ao conceito clássico dos gregos antigos, no tocante ao “poder do povo”.

Atualmente, é perceptível que a democracia possui diferentes formas e estágios de desenvolvimento, podendo se apresentar tanto na sua forma direta, quanto representativa, participativa ou, ainda, deliberativa<sup>3</sup>. Como visto, os gregos antigos ensaiaram um modelo de democracia direta, na qual deliberavam acerca das decisões que afetavam ao seu povo nas *ágoras* locais. A Constituição Federal do Brasil de 1988, por seu turno, trouxe como mecanismos de participação direta do povo na tomada de decisões do país o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup>PORFÍRIO, Francisco. Democracia. **História do Mundo**. Disponível em: <https://www.historiadomundo.com.br/curiosidades/democracia.htm>. Acesso em: 03 jan. 2020.

<sup>2</sup> Ágora: praças públicas nas quais os cidadãos gregos se reuniam para tomada de decisões em espécie de “Assembleias Legislativas”. Ibidem.

<sup>3</sup> PORFÍRIO, Francisco. *Op. cit.*

<sup>4</sup> Art. 14, CF. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:

I - plebiscito;

II - referendo;

Todavia, pela complexidade das sociedades modernas, somente esse modelo de democracia tornou-se insuficiente, de modo que as democracias contemporâneas, em grande maioria, passaram a se pautar principalmente no modelo de democracia indireta ou representativa, de acordo com o qual as decisões políticas são tomadas por representantes eleitos pelos cidadãos, respeitando-se sempre o direito contramajoritário (das minorias). Daí, portanto, surge a força do sufrágio universal já mencionado.

O artigo 1º, parágrafo único, da Constituição Federal de 1988, a título de ilustração, preleciona o princípio democrático justamente em sua forma direta e representativa, quando elucida que: “Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

Contudo, vale ressaltar que essa democracia representativa, no caso do Brasil, tem se apresentado em crise quando o Poder Legislativo, vacilante e omissor, deixa de atender aos reais anseios do povo. Daí porque Rousseau, teórico idealizador do Contrato Social, já se colocava contra o princípio da representação do povo, pois, segundo ele: “Toda lei que o povo não tenha ratificado diretamente é nula, não é uma lei”<sup>5</sup>.

De acordo com Luiz Vicente Vieira, estudioso do regime democrático sob a perspectiva rousseauiana, o inconformismo de Rousseau com o sistema representativo reflexe exatamente as dificuldades e insuficiências desse modelo como mecanismo capaz de efetivar a democracia, sobretudo nos regimes políticos contemporâneos<sup>6</sup>. A complexidade, a indeterminação e o descrédito do direito surgem, nesse contexto, ampliando as falências de um modelo de democracia representativa hipertrofiado.

Por outro lado, as ferramentas disponíveis para concretização de uma democracia direta no Brasil, a exemplo do plebiscito, do referendo e da iniciativa popular, já mencionadas, também não concretizam substancialmente os objetivos esperados, assim como ocorre com outros mecanismos institucionalizados para garantir a participação do povo em um Estado Constitucional Democrático, a exemplo das audiências públicas e da figura dos amigos da corte (*amicus curiae*).

---

III - iniciativa popular.

<sup>5</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. Trad. Antônio de Pádua Danesi. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

<sup>6</sup>VIEIRA, Luiz Vicente. **A democracia em Rousseau**: a recusa dos pressupostos liberais. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997.

Isso porque, na constância de um modelo democrático teratológico, essa participação social nas decisões judiciais emanadas é meramente formal, conforme se demonstrará no tópico seguinte e, por consequência, não se presta a conferir a legitimidade necessária ao ato decisório terminativo que acaba refletindo somente a posição de um “Juiz Hércules”, sob o *prima* de Ronald Dworkin, capaz de encontrar “a única decisão correta” em cada caso de difícil resolução, a partir da reconstrução dos precedentes, respeitando-se a integridade dos princípios que, para o autor, são fonte normativa de aplicação<sup>7</sup>.

Considerando as insuficiências dos modelos democráticos então apresentados é que se busca o referencial teórico de Jürgen Habermas para esta pesquisa, responsável por desenvolver um modelo de democracia radical, pautado na Teoria do Agir Comunicativo, de acordo com a qual a normatividade jurídica de determinado governo, fática e válida, alcança-se por intermédio de práticas discursivas procedimentais<sup>8</sup>.

Sobre esse Juiz Hércules, que é a base de uma teoria do direito ideal para Dworkin, Habermas elabora a discussão de que, pelo ponto de vista da integridade (exaltada inclusive pelo próprio Dworkin), esse Hércules teria que ser libertado de uma construção teórica empreendida monologicamente, estando no próprio núcleo do princípio da integridade a necessidade do agir comunicativo, da argumentação, entendendo Habermas que a liberdade comunicativa é pressuposto para que sejam cumpridas as exigências de uma teoria ideal do direito no contexto da “sociedade aberta de intérpretes” concebida por Peter Häberle<sup>9</sup>.

O cerne da discussão de Habermas acerca da teoria de interpretação do sistema jurídico sob o prisma do Juiz Hércules de Dworkin é, pois, uma negação do princípio monológico, especialmente quando da aplicação da preconcepção paradigmática voltada a reduzir a complexidade, vez que a percepção pelo viés desses paradigmas só alcança seus objetivos de limitar a indeterminação do processo de decisão e, assim, garantir uma medida de segurança jurídica. O problema,

---

<sup>7</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

<sup>8</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

<sup>9</sup> Ibidem; HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição). Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Síntese, 2002.

portanto, é que as construções narrativas de Hércules são monólogos, sem diálogo ou consideração da pluralidade.

Assumindo o fardo antes confiado apenas ao Hércules está a teoria do discurso jurídico concebida por Habermas, a qual tem seus fundamentos justamente na linha de raciocínio da crítica à teoria solipsista de Dworkin. Esta teoria não seria guiada pelo ideal absolutista de uma “teoria fechada”. Tem que estar aberta à crítica ininterrupta e a verdades e argumentos provisoriamente coerentes, deixando a concepção de “única decisão correta”<sup>10</sup>.

Destarte, para que fossem cumpridos os papéis da coletividade deliberativa no processo de apreciação, por parte dos destinatários, das normas e valores que os atingem, Habermas defende a argumentação, pois como forma reflexiva do agir comunicativo ela proporciona um nível ideal de intersubjetividade<sup>11</sup>.

Também nesse sentido Robert Alexy aponta que a democracia da jurisdição constitucional pode se dar pela via argumentativa, isto é, por meio do uso de argumentos racionais, válidos e corretos, que legitimam o processo decisório, sobretudo em sede de um Tribunal Constitucional<sup>12</sup>.

Desse modo, conforme elucida Habermas, o princípio democrático está intimamente relacionado à ideia da autonomia política dos cidadãos que, por seu turno, estrutura-se a partir da “absorção da autonomia privada, pelo plano discursivo”<sup>13</sup>. Isso porque, tal qual preceituou Felipe Gonçalves Silva: “o princípio do discurso prescreve que os próprios concernidos produzam as normas de ação que regulam o seu comportamento”<sup>14</sup>.

Contudo, para concretização dessa autonomia política, faz-se necessária a consolidação de um ambiente de autogoverno no qual se propicie a instituição de garantias que são pressupostos aos direitos individuais referidos pela autonomia privada. Tem-se, assim, que o conceito de autonomia política, segundo Habermas,

---

<sup>10</sup> HABERMAS, Jürgen. *Op. cit.* p. 282-283

<sup>11</sup> *Ibidem*.

<sup>12</sup> ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 162-165.

<sup>13</sup> GOÊS, Ricardo Tinoco de. **Democracia deliberativa e jurisdição**. A legitimidade da decisão judicial a partir e para além da teoria de J. Habermas. Curitiba: Juruá, 2013, p. 96.

<sup>14</sup> SILVA, Felipe Gonçalves. A solidariedade entre público e privado. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo (Orgs.). **Direito e Democracia**: um guia de leitura de Habermas: São Paulo: Malheiros, 2008, p. 105.

nasce da complementaridade entre os conceitos de autonomia pública e privada que consequentemente se desenvolve na proposta de uma democracia deliberativa<sup>15</sup>.

Nesse cenário, surge também o conceito de esferas públicas, que representam a opinião politizada, conformada no âmbito social através de diversos setores da sociedade civil<sup>16</sup>, a exemplo de universidades, escolas e igrejas, as quais constituem um mecanismo de circulação do poder comunicativo a ser estabelecido no sentido periferia – centro, fazendo com que a real vontade do povo seja refletida nas decisões adotadas pelos estamentos públicos, representado na figura dos três poderes que compõe o Estado, na clássica divisão de Montesquieu: Legislativo, Executivo e Judiciário<sup>17</sup>.

Assim, importa para esta pesquisa a proposta de uma democracia radical teorizada por Jürgen Habermas quando se vai trazer à discussão um emblemático caso dentro da jurisprudência brasileira, no tocante à execução antecipada da pena que, conforme se analisará adiante, obteve bastante ressonância nos contornos da histórica política do país, problematizando-se, portanto, o papel do povo nesse processo político de formação de ideias<sup>18</sup>.

Desta feita, na discussão em enfoque, o povo deixa de ser um mero sujeito passivo nesse processo e se torna de fato um partícipe dos debates produzidos no âmago das esferas públicas mencionadas, passando a ocupar o papel que lhe é destinado em um Estado Constitucional Democrático enquanto ator e destinatário final das normas juridicamente produzidas.

---

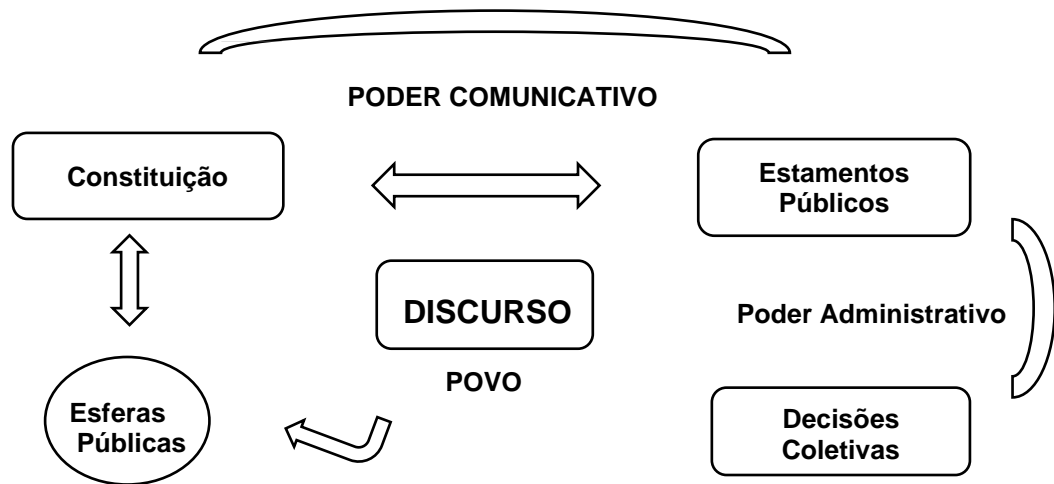
<sup>15</sup> GOÉS, Ricardo Tinoco de. *Op. cit.*, p. 97 e 98.

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 104.

<sup>17</sup> MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O Espírito das Leis**. Introdução. Trad. Pedro Vieira Mota. 7ª ed. São Paulo. Saraiva: 2000.

<sup>18</sup> Destaque-se que para Habermas o espaço adequado ao desenvolvimento efetivo de discursos, junto às esferas públicas, visando a construção de uma normatividade jurídica dotada de validade, ocorre no Parlamento, enquanto espaço institucional adequado para tanto. A discussão em tela, embasada na tese de Ricardo Tinoco de Goes, busca uma dogmática emancipatória que venha a complementar os discursos de aplicação normativa no exercício da jurisdição, colhendo, em Habermas, todos os pressupostos comunicacionais para esse fim. Nas exatas palavras de Goes: “a proposta refrata uma postura *contra Habermas*, porque essa complementação discursiva, na concepção do autor, jamais se disporia ao fim de outorgar ao Judiciário a missão de ser um partícipe do discurso, nos mesmos moldes como ele reconhece em favor do Legislativo. Nessa perspectiva, veremos que essa *contrariedade* por guardar compatibilidade com fundamentos extraídos do conceito de *equiprimordialidade* entre autonomias privada e pública dos cidadãos, favorecerá a construção de uma proposição *para além* do que a sua teoria pôde, até então, professar”. Cf. GOÉS, Ricardo Tinoco de. *Op. cit.* p. 131/199. Contudo, frise-se, limita-se a pesquisa em análise a diagnosticar o déficit de legitimidade democrática dessa jurisdição a partir da proposição teórica enunciada o que, por conseguinte, impulsiona o resgate substancial da soberania popular.

Ilustrando-se essa explicação em um simples quadro sinótico<sup>19</sup>, tem-se o seguinte:



Todavia, a grande questão em foco é como se promover a efetiva emancipação da sociedade em um processo de formação política nos países semiperiféricos, considerando-se um cenário endêmico e patológico, no qual a Constituição se torna um simples pedaço de papel (*Stück Papier*), conformado pelos “fatores reais de poder”, tal qual preceituado por Lassalle<sup>20</sup>.

Trazendo-se as disposições de Lassalle para os dias atuais, pode se dizer que os fatores reais de poder responsáveis por dominar as democracias recentes de países (semi)periféricos, pautados em desigualdades sociais latentes, estão cada vez mais concentrados nas elites, ao passo em que a Constituição constitui o grande *locus* onde se opera a luta jurídico-política do Estado, tal qual assinalado por Clèmerson Clève em seus estudos sobre a *Teoria Constitucional e o Direito Alternativo para uma dogmática constitucional emancipatória*<sup>21</sup>.

Segundo o referido autor, o processo democrático de promulgação da Constituição de 1988 do Brasil destaca uma constituição compromissária que “condensa o compromisso entre as classes e frações de classes sociais que participaram do jogo político que conduziu a sua elaboração”. Assim, ao mesmo tempo em que protege a propriedade privada, exige dela a sua função social; aceita os

<sup>19</sup> Elaboração autoral.

<sup>20</sup> LASSALLE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1985.

<sup>21</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Teoria Constitucional e o Direito Alternativo**: para uma dogmática constitucional emancipatória. In: Estudos de Homenagem a Carlos Henrique de Carvalho. São Paulo: Revista dos Tribunais LTDA, 1995.

postulados da livre iniciativa, mas protege o trabalho, o trabalhador e o consumidor, por exemplo<sup>22</sup>.

Logo, o desafio é de fazer desta Constituição uma *Constituição normativa integral*, que de fato concretize os direitos garantidos a todas as classes, não sendo meramente nominal (Constituição folha de papel) ou semântica “(que simplesmente justifica juridicamente o exercício autoritário do poder)”<sup>23</sup>.

Desse modo, o autor trata sobre a necessidade de o direito constitucional alternativo constituir uma dogmática de efetividade. Para tanto, fala da importância de se concretizar os princípios espaçados em todo o texto da constituição (inclusive aqueles do preâmbulo), pois condensam os ideais estruturais do sistema. Luta-se, portanto, pela construção de uma dogmática emancipatória, comprometida com os valores elencados na Carta Magna, como a justiça, a liberdade, a igualdade e a dignidade da pessoa humana no seio de um Estado Democrático de Direito.

Sem isso, a força normativa da Constituição, que depende não só de seu conteúdo, mas também de sua práxis, esfacela-se pela alienação dos partícipes na formação da chamada “vontade constitucional”<sup>24</sup>. Tal qual asseverado por Muller em sua obra *Fragmento (sobre) o Poder Constituinte do Povo*: “Não há poder constituinte do povo onde o poder contempla o povo em alienação; onde o povo não encontra a si mesmo, mas apenas a violência de um Estado que mantém um povo para si”<sup>25</sup>.

Porquanto, é essa violência estrutural, institucionalizada pelo Estado, que sequestra a capacidade de emancipação do povo, tornando a sociedade marginalizada, através do confinamento do indivíduo em instituições que vão discipliná-lo conforme a ideologia adotada pelas cúpulas de poder, no caso do sistema carcerário.

De acordo com Pablo Lucas Verdú, ao tratar sobre o sentimento constitucional como modo de integração política, a Constituição deve refletir a consciência humana e social do povo a quem este diploma normativo se destina para que, assim, assumam validade. Nas palavras de Verdú: “Toda política constitucional repousa não só em *ter*

---

<sup>22</sup> Ibidem.

<sup>23</sup> Ibidem.

<sup>24</sup> HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1991. Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4147570/mod\\_resource/content/0/A%20Forca%20Normativa%20da%20Constituicao%20-%20Hesse.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4147570/mod_resource/content/0/A%20Forca%20Normativa%20da%20Constituicao%20-%20Hesse.pdf). Acesso em: 07 maio 2020.

<sup>25</sup> MÜLLER, Friedrich. **Fragmento (sobre) o poder constituinte do povo**. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 27.

e estar em Constituição, senão também em *senti-la* como algo próprio, estimado por sua forma originária e em seus desenvolvimentos expressos e tácitos”<sup>26</sup>.

Portanto, um povo que não expressa sua consciência, sem as máscaras da alienação imposta pelos poderes dominantes, não contribui com a racionalidade constitucional e, dessa forma, esvazia-se a efetividade desta lei fundamental responsável por estabelecer o próprio regime democrático.

Consoante dispõe Friederich Muller, sobre a sua *Teoria Estruturante do Direito*, para que seja validada essa soberania popular legitimadora do ordenamento jurídico vigente, o âmbito normativo (realidade constitucional) e o programa normativo (norma) precisam estar harmonizados de modo que a validade e a eficácia desejadas sejam de fato alcançadas<sup>27</sup>.

Desta feita, conclui-se até aqui que a legitimidade da Constituição não decorre simplesmente de uma vontade, mas, sim, de uma vontade direcionada que exprime, de fato, um modelo de ordenamento a ser seguido consoante as necessidades do povo a quem se destina. Logo, a vigência no sentido mencionado confere o sentido de concreção; isto é, eficácia social ao fato de estar instituído. Por isso também o poder constituinte não deve ser compreendido apenas como um ato isolado tópico, mas simultaneamente como capacidade permanente de se regulamentar no tempo em um constante processo de legitimação, conforme preceituaria Hesse<sup>28</sup>.

Por outro lado, Peter Häberle, ao discorrer sobre o pluralismo da Constituição em uma sociedade aberta de intérpretes, alerta que não se deve reduzir a Carta Maior a somente processos de participação pública, sendo essencial em alguns momentos sua constância como ordenamento macro, referência para todo o ordenamento jurídico. Para o autor, a interpretação constitucional deve evitar cair no turbilhão das decisões políticas urgentes, mas cotidianas, em virtude de uma opinião pública preconfigurada e preestabelecida. O ponto de equilíbrio seria uma democracia cidadã de todos, criando-se uma gama de instrumentos racionais de interpretação pluralista, assim como métodos comuns, estruturados e organizados no âmbito público<sup>29</sup>.

---

<sup>26</sup> VERDÚ, Pablo Lucas. **O Sentimento Constitucional**: Aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política. Trad. Agassiz Almeida Filho. Capítulo IV. Teoria do Estado, Teoria da Constituição e Sentimento Constitucional. Forense: Rio de Janeiro, 2006. p. 139.

<sup>27</sup> MÜLLER, Friedrich. **Teoria Estruturante do Direito**. São Paulo: RT, 2008.

<sup>28</sup> HESSE, Konrad. *Op. cit.*

<sup>29</sup> HÄBERLE, Peter. *Op. cit.*

Häberle assevera ainda que o pluralismo deve ser autocrítico, com a inclusão de elementos teóricos contrários, evitando a sedução de considerá-lo uma dogmática cômoda, imune à reflexão<sup>30</sup>. Na linha da teoria habermasiana, Ricardo Tinoco de Góes ressalta que o autor “vale-se da *regra da maioria* como meio de definição, sempre provisória, de questões problemáticas recortadas de tematizações enfrentadas nos procedimentos discursivos aplicáveis em sedes legislativa e judiciária”<sup>31</sup>.

Segundo o filósofo e sociólogo alemão, o consentimento autorizado pela minoria à maioria resta assegurado somente mediante a possibilidade de que essa minoria, através dos melhores argumentos, possa vir a se tornar a maioria no futuro, modificando a decisão antes prevalecente<sup>32</sup>.

Desse modo, o pensamento habermasiano conclui que todas as decisões adotadas, antes definidas por um processo dialógico, o qual certifica as situações ideais de fala, são verdadeiramente democráticas a partir do momento em que poderá sempre ser revista, garantindo o direito contramajoritário<sup>33</sup>. Refuta-se, com isso, a idealização do consenso como utopia a ser conquistada, sobretudo em sociedades semiperiféricas, com dimensões continentais para o caso do Brasil, nas quais é inegável a impossibilidade de concordância global dos seus concernidos sobre determinada questão.

Conforme elucida Ronaldo Porto Macedo Junior, sobre Dworkin, no tocante ao direito enquanto prática interpretativa, o conceito de melhor argumento é igualmente um conceito interpretativo, inexistindo interpretação mais correta ou superior. Pois, no modelo argumentativo, o critério de correção não depende do consenso ou da certeza, mas antes da existência de melhores argumentos que o fundamentem e que são possíveis de serem contestados<sup>34</sup>.

Nesse contexto, ao reconhecer que a voz de um indivíduo, no processo político de participação, não deve contar mais do que a voz de qualquer outro detentor de direitos, Jeremy Waldron também adentra à problemática de como tornar o elemento popular de fato decisivo, e não só mais um elemento democrático, a fim de que a voz do cidadão não se torne insignificante em meio a milhões de outras vozes,

---

<sup>30</sup> Ibidem.

<sup>31</sup> Ibidem, p. 120.

<sup>32</sup> Ibidem, p. 121.

<sup>33</sup> Ibidem, p. 121.

<sup>34</sup> MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia**. Dworkin e a teoria do direito contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 210-214.

sendo questionável se o direito à participação é realmente um direito pelo qual vale a pena lutar<sup>35</sup>.

Desta feita, para Waldron, a afirmação de que a participação política é um direito, constitui uma resposta, ou pelo menos parte de uma resposta, no tocante à questão da autoridade. Isso porque, segundo o autor, apoiando-se nas contribuições de Hobbes à filosofia política, é justamente pelo fato das pessoas discordarem sobre a qualidade dos resultados obtidos que elas precisam estabelecer e reconhecer uma autoridade precípua<sup>36</sup>.

Daí, então, surgem as controvérsias em torno da qualificação da opinião pública de forma que seja definido um mecanismo de escolha o qual estabelecerá uma decisão coletiva. Desse modo, para Waldron, existem vários princípios de autoridade disponíveis para resolver desacordos sobre direitos, dentre estes o majoritarismo participativo, no tocante à questão do voto, a monarquia, a supremacia/aristocracia judicial ou vários outros modos de regime misto<sup>37</sup>.

Portanto, aponta o autor que a menos que seja prevista uma cadeia de recursos literalmente interminável, sempre haverá ser uma pessoa ou uma instituição cuja decisão será final. E essa pessoa ou instituição, uma vez que possui a última palavra, estará decidindo *ipso facto* sobre a aceitabilidade de sua própria visão<sup>38</sup>.

Nessa toada, Lucas Azevedo Paulino, em sua obra sobre a “*Jurisdição Constitucional em Supremacia Judicial: Entre a legitimidade democrática e a proteção de direitos fundamentais*”, questiona se “o Supremo Tribunal Federal seria a instituição legítima para dar a palavra final sobre questões constitucionais”<sup>39</sup> (relacionando-se aqui a discussão ao caso da execução antecipada da pena como exemplo), ao passo em que as cortes constitucionais possuem um pesado ônus da prova para justificar sua legitimidade, haja vista a inexistência de uma razão *a priori* de natureza democrática para respaldá-las<sup>40</sup>.

De acordo com Felipe Araújo Castro, em sua tese de doutoramento que tangencia a questão da aristocracia judicial brasileira, contemporaneamente “a

---

<sup>35</sup> WALDRON, Jeremy. **Participation**: The right of rights. Meeting of the Aristotelian Society, held in Senate House. Trad. Livre. University of London, 1998, p. 311-316.

<sup>36</sup> Ibidem.

<sup>37</sup> Ibidem.

<sup>38</sup> Ibidem.

<sup>39</sup> PAULINO, Lucas Azevedo. **Jurisdição constitucional sem supremacia judicial**: entre a legitimidade democrática e a proteção de direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 3.

<sup>40</sup> Ibidem, p. 75.

associação entre o discurso aristocrático e o moderno discurso meritocrático está na base das concepções de uma governabilidade gerencial, que se impõe como a melhor forma de governo por ser administradas pelos comprovadamente mais aptos”<sup>41</sup>.

Na perspectiva de Waldron, dentre outras disfunções para um regime democrático propriamente dito, pautado na soberania popular, essa superioridade judicial acarreta o deslocamento do autogoverno do povo para o Poder Judiciário sem a refratação necessária do poder comunicativo advindo das esferas públicas, conforme observado por Goes, apoiado em Habermas, de modo que as cortes passam a perseguir o desenvolvimento de um programa político e/ou principiológico próprio, quando deveriam apenas intervir em casos de abusos específicos norteados por dispositivos claros da Constituição<sup>42</sup>.

Retomando as considerações de Felipe Araújo Castro, essa qualificação do Supremo Tribunal Federal como vértice juspolítico do atual cenário democrático parte de um largo contexto histórico de domínio das elites econômicas do poder institucionalizado. Nas exatas palavras do autor<sup>43</sup>:

a escolha do modelo da supremacia constitucional, no qual o Judiciário ficaria responsável pela guarda dos direitos sociais, agora constitucionalizados, associada à manutenção dos quadros conservadores da magistratura e a criação de um modelo de recrutamento que possibilita a continuidade da reprodução social desses perfis, se mostraria uma importante estratégia de manutenção das posições e privilégios das elites do poder a despeito dos novos compromissos constitucionais. Nunca é desnecessário lembrar que as elites jurídicas compõem as elites dominantes e apenas exercem uma prática que favorece os donos do poder na medida em que também favorecem a si mesmas.

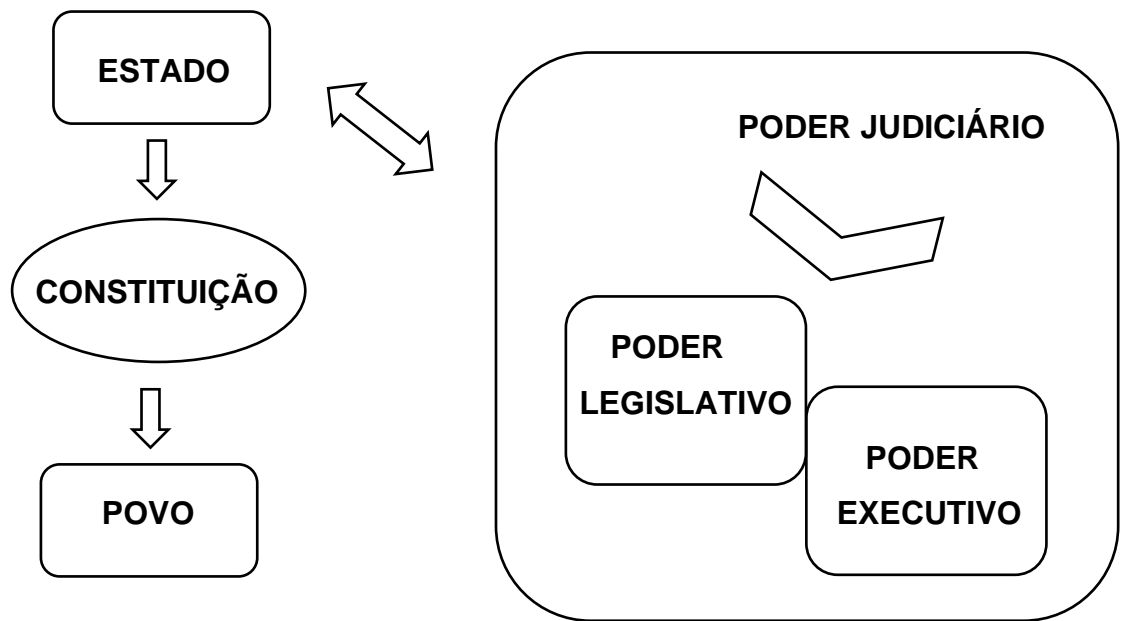
Com isso, o judiciário foi paulatinamente ocupando o “papel aristocrático” antes exercido por um comando militar que, para se camuflar em um novo modelo democrático, inverteu a lógica dos fundamentos constitucionais plasmados pela República, desenhando, dessa forma, um regime democrático em evidente hipertrofia, sobretudo no bojo de sociedades semiperiféricas, o qual, esquematicamente, pode ser representado da seguinte forma<sup>44</sup>:

<sup>41</sup> CASTRO, Felipe Araújo. **Genealogia histórica do campo jurídico brasileiro**: liberalismo-conservador, autoritarismo e reprodução aristocrática. 2018. 435 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2018, p. 145.

<sup>42</sup> WALDRON, Jeremy. **Judicial review and Judicial Supremacy**. Trad. Livre. NYU School of Law, Public Law Research Paper, n. 14-57. 2014. p. 13-14 e 27.

<sup>43</sup> CASTRO, Felipe Araújo. *Op. cit.* p. 308.

<sup>44</sup> Elaboração autoral.



Todavia, Lucas Azevedo Paulino também chama atenção para as considerações de Waldron no sentido de que o controle judicial forte, em sociedades que não atendem condições institucionais e culturais adequadas, pode ser excepcionalmente justificável ainda que não seja a solução ideal pela sua raiz antidemocrática<sup>45</sup>.

Daí porque o princípio democrático, até então delineado, alinha-se à perspectiva da legitimidade para o exercício do poder pela atuação da jurisdição, tema central da pesquisa desenvolvida por Ricardo Tinoco de Góes, em sua obra já mencionada: “Democracia Deliberativa e Jurisdição: a legitimidade da decisão judicial a partir e para além da teoria de J. Habermas”<sup>46</sup>.

Nas palavras de Góes, “é o potencial emancipatório da sociedade que se afirma como base sobre a qual deve se edificar toda e qualquer proposta de legitimação para o exercício do poder”<sup>47</sup>. Nesse sentido, para o autor, essa emancipação se atinge a partir da exigência de cada um dos poderes constituídos, inclusive da jurisdição, de um novo discurso de aplicação normativa que assegure a legitimidade conteudística tanto das decisões quanto do próprio direito em vigor<sup>48</sup>.

O autor ainda acrescenta que, “no atinente à Jurisdição essa legitimidade será resultante de uma irrefragável força vinculadora entre a regra da argumentação

<sup>45</sup> PAULINO, Lucas Azevedo. *Op. cit.*, p. 77.

<sup>46</sup> GÓES, Ricardo Tinoco de. *Op. cit.*

<sup>47</sup> *Ibidem*, p. 106.

<sup>48</sup> *Ibidem*, p. 113.

democraticamente construída e a aplicação do princípio jurídico albergado na decisão judicial”<sup>49</sup>.

Por seu turno, essa regra de argumentação, para o autor, será capaz de subsidiar os discursos de aplicação normativa da jurisdição, através da interlocução com as esferas públicas, aliando a Teoria do Direito como Integridade, em Dworkin, e a Teoria da Argumentação de Alexy, de forma a resolver a problemática da posição do judiciário em situações de anomia, nas quais o juiz é obrigado a decidir e a oferecer uma tutela satisfativa ao cidadão, pelo princípio da inafastabilidade da jurisdição, mesmo quando inexistente norma a ser aplicável ou a única norma inexistente é inadequada, precisando assim do respaldo deliberativo com a sociedade para complementar a ausência de legitimidade do Legislativo nas suas proposições/omissões normativas e, por conseguinte, evitar uma atuação de fato ativista das agências judiciais. Todavia, cumpre ressaltar que não é este o escopo do presente trabalho, não se pretendendo, portanto, adentrar à solução encontrada por Goes no que tange à construção dessa regra de argumentação<sup>50</sup>.

O estudo em tela se perfilha ao raciocínio ora em tela para alinhar as possibilidades de superação dessa hipertrofia democrática apresentada na realidade constitucional brasileira, ilustrando-se o caso da execução antecipada da pena, conforme antecipado, a fim de se diagnosticar os problemas conjunturais que precisam ser corrigidos para a real materialização de uma soberania popular nos países de semiperiferia.

## 2.2 OS PROBLEMAS CONJUNTURAIS EM TORNO DA EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA NO BRASIL

O caso da execução antecipada da pena no Brasil, tal qual mencionado, foi escolhido para estudo nesta pesquisa devido a sua emblemática repercussão no cenário político e social do país. Por sua vez, guarda direta consonância com a tese então discutida quanto ao exercício da jurisdição no contexto de um Estado Constitucional Democrático de uma sociedade semiperiférica que, por conseguinte, apresenta um regime de democracia representativa hipertrofiado, o qual precisa ser corrigido para corresponder ao fundamento da soberania popular.

---

<sup>49</sup> Ibidem, p. 224.

<sup>50</sup> Ibidem, p. 180.

Desse modo, busca-se aqui tecer-se análise crítica acerca da constitucionalidade da execução antecipada da pena, no ordenamento jurídico pátrio, de modo a se garantir a legitimidade do judiciário para tomada de decisões que importem na relativização do princípio da presunção de inocência (ou de não culpabilidade), insculpido no artigo 5º, LVII, da Constituição Federal de 1988, segundo o qual: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Portanto, inicialmente se faz necessário contextualizar a interpretação doutrinária e jurisprudencial que é feita no tocante a esta garantia, para depois se debater sobre a legitimidade da intervenção estatal à sua área de proteção, a partir do princípio democrático, como forma de se efetivar a participação social nesse processo.

Desta feita, cumpre-se dizer que o princípio da presunção de não culpabilidade teve como um dos principais precursores teóricos o filósofo italiano Cesare Beccaria, na sua obra *Dos Delitos e das Penas*, de acordo com o qual: “Não se pode chamar um homem de réu antes da sentença do juiz, nem a sociedade pode retirar-lhe a proteção pública, senão quando tenha decidido que ele violou os pactos segundo os quais aquela proteção lhe foi outorgada”<sup>51</sup>.

A partir de seus estudos, inúmeras declarações de direitos do homem foram editadas, abarcando implícita ou explicitamente esse princípio. Dentre as declarações que o homenagearam, tem-se como ponto de partida a Declaração dos Direitos do Homem da Virgínia (1776), que trouxe, em seu artigo 8º, o direito do agente de “*não ser considerado culpado*”, senão pela decisão unânime de um tribunal do júri imparcial.

Seguindo essa lógica, a Constituição americana, na sua Quinta Emenda, também fez menção, implicitamente, ao referido princípio. Todavia, foi somente com a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), na eclosão da Revolução Francesa, que o princípio em contenda foi enxertado taxativamente em um texto legal pela primeira vez.

Posteriormente, outras declarações fizeram menção expressa ao princípio em questão, a exemplo da Declaração Universal dos Direitos do Homem, editada em

---

<sup>51</sup> BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad. José Cretella Júnior e Agnes Cretella. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 54.

1948 pela ONU, a Convenção do Conselho da Europa e o Pacto de São José da Costa Rica, de 1969.

Todavia, no Brasil, o princípio da presunção de inocência (ou de não culpabilidade) só foi albergado explicitamente com a Constituição de 1988, no mencionado artigo 5º, LVII. Antes disso, o princípio, como visto já trabalhado por inúmeras declarações universais de direitos do homem, extraia-se da garantia ao devido processo legal.

Nesse ponto, faz-se necessário atentar para a divergência doutrinária a respeito da locução normativa trazida pela constituição brasileira que, para alguns estudiosos, a exemplo de Walter Nunes da Silva Junior<sup>52</sup>, optou por homenagear o princípio da presunção de não culpabilidade, em consonância com os primeiros estudos desenvolvidos por Beccaria.

Em sua obra, Walter Nunes traz considerações a respeito desse princípio nas cartas constitucionais de outros países ocidentais, a exemplo de Espanha, Portugal e Itália. Desta feita, elucida que a distinção normativa anteriormente destacada é notória quando da análise do referido princípio no Direito Comparado, porquanto, ao passo em que as declarações estadunidenses e a constituição da Itália trazem conotações acerca do direito do acusado *não ser considerado culpado*, a declaração francesa, bem como as constituições espanhola e portuguesa tratam especificamente do direito do agente de ser *presumido inocente*<sup>53</sup>.

Observa Walter Nunes que a constituição brasileira praticamente repetiu a dicção normativa italiana: “O acusado não é considerado culpado senão após a condenação definitiva”. Portanto, seria essa mais uma evidência de que o constituinte brasileiro, ao taxativamente incluir o referido princípio no ordenamento jurídico, embasou-se na influência do filósofo Cesare Beccaria acerca da presunção de não culpabilidade<sup>54</sup>.

Por outro lado, destaca o autor que apesar do constituinte brasileiro também ter sido fortemente influenciado pelas disposições da Constituição portuguesa, adotando a terminologia “trânsito em julgado” como preceito de causa para o referido princípio, concretamente se afastou da orientação lusitana.

---

<sup>52</sup> SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. **Curso de direito processual penal**: Teoria (constitucional) do processo penal. Capítulo 9. Princípio da presunção de inocência e da não culpabilidade. 3. ed. Revista, atualizada e ampliada. Natal: OWL, 2019, prelo.

<sup>53</sup> Ibidem.

<sup>54</sup> Ibidem.

Isso porque, para o autor referenciado, seguindo-se a lógica da constituição portuguesa de que “Todo arguido se presume inocente até o trânsito em julgado da sentença de condenação...”, o princípio norteador do juiz, ao longo de toda a instrução criminal, seria a presunção de inocência, não existindo gradação da culpa do acusado<sup>55</sup>.

Assim, Walter Nunes aplaude a opção do constituinte brasileiro ao equacionar o princípio em contenda, acreditando que ao dispor que “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, o constituinte autoriza uma *gradação da culpa* ao longo da instrução criminal, mais coerente com a sistemática processual penal.

Tal posição, inclusive, foi afirmada pelo Supremo Tribunal Federal em 2016, ao se debater sobre a possibilidade da execução antecipada da pena, no julgamento do *Habeas Corpus 126.292/SP*, com o voto do Ministro Gilmar Mendes<sup>56</sup>:

*O que se tem é, por um lado, a importância de preservar o imputado contra juízos precipitados acerca de sua responsabilidade. Por outro, uma dificuldade de compatibilizar o respeito ao acusado com a progressiva demonstração de sua culpa.*

Disso se extrai que o espaço de conformação do legislador é lato. A cláusula não obsta que a lei regulamente os procedimentos, tratando o implicado de forma progressivamente mais gravosa, conforme a imputação evolui.

[...]

*Ou seja, é natural à presunção de não culpabilidade evoluir de acordo com o estágio do procedimento. Desde que não se atinja o núcleo fundamental, o tratamento progressivamente mais gravoso é aceitável.*

[...]

*Esgotadas as instâncias ordinárias com a condenação à pena privativa de liberdade não substituída, tem-se uma declaração, com considerável força de que o réu é culpado e a sua prisão necessária.*

*Nesse estágio, é compatível com a presunção de não culpabilidade determinar o cumprimento das penas, ainda que pendentes recursos. [grifos não constam no original].*

Em 2018, por sua vez, o Ministro Luís Roberto Barroso, no julgamento do *Habeas Corpus 152752/PR*, impetrado preventivamente pela defesa do ex Presidente

<sup>55</sup> Ibidem.

<sup>56</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus 126.292**/São Paulo, Min. Rel. Teori Zavascki, Plenário, j. 17/02/2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 01 ago. 2020, p. 68.

da República Luis Inácio Lula da Silva, investigado durante o curso da Operação Lava Jato, também sustentou a posição quanto à possibilidade de gradação da culpa do acusado apta à possibilitar a antecipação da execução da pena<sup>57</sup>:

Superadas as instâncias ordinárias com condenação à pena privativa de liberdade não substituída, tem-se uma declaração, com considerável força de que o réu é culpado. Nasce um título condenatório, ainda que precário e sujeito a mudanças, passível de execução, atendidas certas condições que foram tangenciadas em meu voto no aludido precedente (HC 126.292).

De conseguinte, *nesse estágio de gradação da culpa*, é compatível com a presunção de inocência determinar, em certas hipóteses, o cumprimento da pena, ainda que pendente de recursos (especial e extraordinário). [*Grifos acrescentados*].

Todavia, é importante frisar que, segundo Walter Nunes da Silva Junior, o princípio da presunção de não culpabilidade não se contrapõe ao princípio da presunção de inocência. Ao revés, aquele seria uma espécie deste<sup>58</sup>. Nesse sentido também se posiciona o doutrinador Mauricio Zanoide, de acordo com o qual tais expressões, apesar de não terem nascido sinônimas “foram uniformizadas no nível político-ideológico como decorrência da nova mentalidade da comunidade internacional do pós-guerra”<sup>59</sup>.

Desse modo, a partir daí, iniciou-se um processo de integração desses conteúdos no plano juspolítico, tornando tais expressões complementares, ampliando-se a compreensão trazida pelo texto normativo, o que ressalta a importância de se pontuar rígidos critérios de interpretação desse comando legal, de forma a se atender ao princípio da soberania popular<sup>60</sup>.

Portanto, aqui se depreende que o princípio da presunção de inocência, a fim de melhor se compatibilizar com o processo penal, de fato não se confunde, em

<sup>57</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus 152.752/Paraná**. Min. Rel. Edson Fachin, Plenário, j. 04/04/2018. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=15132272>. Acesso em: 10 ago. 2020, p. 4.

<sup>58</sup> SILVA JUNIOR, Walter Nunes. *Op. cit.* Destaque-se, por oportuno, que o referenciado autor é favorável à posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal em 2016, no julgamento do *Habeas Corpus 126.292/SP*, no que se refere à possibilidade de uma execução antecipada da pena, contrariamente ao posicionamento sustentado nesta pesquisa pela impossibilidade constitucional desse “modelo” de execução, adotando-se o seu referencial teórico especialmente para se elucidar o *distinguish* que realiza entre o princípio da presunção de inocência e a presunção de não culpabilidade.

<sup>59</sup> MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no Processo Penal Brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lunen Juris, 2010, p. 319.

<sup>60</sup> Ibidem.

essência, com a presunção de não culpabilidade, pois existe uma evidente contradição quanto à máxima de se garantir a presunção de inocência ao longo de todo o processo, além do inquérito, adotando-se, em contrapartida, medidas que por si só relativizam essa presunção, a exemplo da custódia<sup>61</sup> preventiva.

Na decretação de tal medida, preenchendo-se os requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal (CPP)<sup>62</sup>, autoriza-se a custódia do acusado, ainda que não exista prova da sua culpabilidade, mas apenas indícios de autoria e materialidade do crime. Portanto, seguindo a lógica de que a presunção de inocência seria princípio vetor de toda a instrução criminal, o réu, presumido inocente no curso do processo, sem prova contundente acerca da sua culpabilidade, não poderia estar custodiado.

Desse modo, na concepção de Walter Nunes, o constituinte brasileiro entendeu que o processo judicial em si é norteado, especificamente, pelo princípio da presunção de não culpabilidade, posto que uma vez recebida a denúncia contra o pretendo autor do crime já se relativiza a sua presunção de inocência, sendo tal relativização ainda mais pungente quando o acusado chega a ser custodiado nos termos do artigo 312 do CPP, conforme analisado<sup>63</sup>.

Seguindo o raciocínio, o autor destaca que a opção do constituinte pela palavra não culpabilidade, significa que “*o acusado não pode sofrer punições antecipadas, só sendo admissível a declaração de sua culpabilidade havendo certeza (verdade real)*”<sup>64</sup>.

Assim, em resumo, para o autor, a presunção de não culpabilidade, ao longo do processo, só entrará em discussão, para uma possível relativização, quando o magistrado for convidado a emitir juízo de culpabilidade pautado em uma verdade material.

Contudo, apesar de extremamente coerente o “*distinguish*” destacado por Walter Nunes da Silva Junior, com enfoque para o objetivo deste estudo, faz-se necessário pontuar que toda intervenção a um direito fundamental deve ser necessariamente justificada de modo a se preservar o seu conteúdo essencial.

---

<sup>61</sup> Termo técnico privilegiado em detrimento à palavra prisão, considerando-se que esta remonta ao cumprimento de uma pena advinda de uma sentença terminativa.

<sup>62</sup> Art. 312, CPP. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado.

<sup>63</sup> SILVA JUNIOR, Walter Nunes. *Op. cit.* [Grifos acrescentados].

<sup>64</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus 152.752/Paraná**. *Op. cit.*

Todavia, *in casu*, não se vislumbra legitimidade democrática na justificativa adotada para a relativização desta garantia, com fins de uma execução antecipada da pena, quando tal fundamentação se encontra pautada em elementos subjetivos, conformadores de uma *verdade real* ou material individual do julgador da Ação ao eximir juízo de culpabilidade.

Consoante se depreende do modelo de democracia deliberativa, na linha da teoria habermasiana, Ricardo Tinoco de Góes ressalta que o consenso ideal a ser alcançado provém sempre de um dissenso próprio da problematização do discurso, o qual permeia o procedimento adotado na institucionalização das decisões finais<sup>65</sup>.

Tem-se, assim, para a concretização de um modelo radical de democracia, pautado no Agir Comunicativo, a defesa de uma verdade consensual que se coloque em contraponto a esta a *verdade real* individualizada do julgador, sobretudo quando se fala em uma sociedade aberta de intérpretes, tal qual defendido por Peter Häberle<sup>66</sup>.

Porquanto, ainda que baseada em informações colhidas a partir da instrução processual, essa *verdade real* do magistrado ao aferir juízo de culpabilidade em determinado caso concreto pode estar eivada de vícios cujo ônus da responsabilidade lhe recai justamente pelo déficit de legitimidade democrática de um procedimento que isola a participação social.

Aponta-se, nesse conspecto, para a necessidade desse “Juiz Hércules” ser libertado de uma construção teórica empreendida monologicamente, defendendo-se a liberdade comunicativa como pressuposto para que sejam cumpridas as exigências de uma democracia substancial.

A título de ilustração, em 2018, no julgamento do citado *Habeas Corpus* 152752/PR, o Ministro Gilmar Mendes mudou de entendimento quanto à possibilidade de execução antecipada da pena por obsevar os efeitos concretos resultantes do precedente firmado em 2016 “em que tribunais, automaticamente, passaram a determinar a antecipação da execução da pena”, verificando-se a ocorrência de *encarceramentos precoces e indevidos* em razão da reforma posterior da condenação pelo Supremo Tribunal de Justiça (STJ), sendo conseqüentemente atingindo o núcleo essencial da área de proteção deste direito<sup>67</sup>.

---

<sup>65</sup> GÓES, Ricardo Tinoco de. *Op. cit.*, p. 78.

<sup>66</sup> HÄBERLE, Peter. *Op. cit.*

<sup>67</sup> *Ibidem*. [Grifos acrescidos].

Na visão de Juaréz Cirino, fora das hipóteses de prisão cautelar, “a execução de pena privativa de liberdade é sempre definitiva e, assim, a pretensa execução provisória representa *contradictio in adjectio*, porque a liberdade suprimida pela execução não pode ser restituída”<sup>68</sup>.

Tanto que o artigo 283 do Código de Processo Penal teve sua constitucionalidade recentemente assentada pelo STF, no julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC) n.º 43, 44 e 54, em uma nova mudança jurisprudencial do Supremo que agora inviabiliza a execução antecipada da pena<sup>69</sup>, por já existir na legislação pátria regulamentação no tocante às possibilidades de prisão antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória<sup>70</sup>.

Desse modo, já é possível se vislumbrar a evidente inconstância do Supremo Tribunal Federal em relação à execução antecipada da pena no Brasil, que começou a eclodir com maior efervescência em 2016, no julgamento do *Habeas Corpus* 126.292/SP, formulado por um condenado a cinco anos e quatro meses de prisão pelo crime de roubo, cuja condenação foi mantida e a prisão ordenada através do Tribunal de Justiça de São Paulo. Assim, mediante uma votação acirrada no STF, de 6 a 5, sob relatoria do Ministro Teori Zavascki, foi então autorizada a prisão antecipada do apenado<sup>71</sup>; isto é, antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, conforme preceitua o aludido artigo 5º, LVII, da Constituição Federal.

Até então, o STF sustentava a decisão firmada em 2009, no julgamento do *Habeas Corpus* 84.078/MG, pela inviabilidade da execução antecipada da pena, justamente por violar o mencionado artigo 5º, LVII, da CF/88. Na ocasião, encontrava-se *sub judice* uma condenação por homicídio a sete anos e meio de prisão<sup>72</sup>.

---

<sup>68</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. Presunção de inocência e inconstitucionalidade da prisão em 2º grau. **Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**. Boletim 316 – Março 2019, p.8.

<sup>69</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Notícias STF. **STF decide que cumprimento da pena deve começar após o esgotamento de recursos**. 07 nov. 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=429359>. Acesso em: 11 ago. 2020.

<sup>70</sup> Art. 283, CPP. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado. Cf. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADC 54**. Processo Eletrônico. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5440576>. Acesso em: 10 ago. 2020.

<sup>71</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus 126.292/São Paulo**. *Op.cit.*

<sup>72</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus 84.078-7/Minas Gerais**. Min. Rel. Eros Grau, Tribunal Pleno, j. 05/02/2009. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>. Acesso em: 01 ago. 2020.

O respectivo relator da ação, Ministro Eros Grau, posicionou-se no sentido de que “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”. Nesse ínterim, defendeu que todos (inclusive os criminosos) são sujeitos de direito e não “objetos processuais”, portanto, seria inadmissível a exclusão social destes indivíduos antes do trânsito em julgado da decisão que tenha analisado minuciosamente todas as singularidades da infração penal<sup>73</sup>.

Destarte, para contextualizar tais reviravoltas, é importante mencionar que em 2016 o Brasil enfrentava delicada crise política e econômica, decorrente, dentre outros fatores, dos efeitos da operação Lava Jato, que culminou na prisão de Lula e de vários políticos e empresários envolvidos no maior esquema de investigação sobre corrupção e lavagem de dinheiro desencadeado no país, desenvolvida a partir de março de 2014 sob o comando da Polícia Federal e do Ministério Público Federal (MPF)<sup>74</sup> e que, à época do julgamento do *HC 126.292/SP*, alcançava a sua 23ª fase<sup>75</sup>.

Observou-se, nessa conjuntura, a inclinação do Supremo Tribunal Federal ao endurecimento das medidas penais para fins de desmantelamento do esquema de corrupção então evidenciado, o que foi confirmado em 2018 com o julgamento do *Habeas Corpus 152752/PR*<sup>76</sup>.

Inclusive, nessa ocasião, muitos dos Ministros fundamentaram seus votos invocando a questão dos recursos protelatórios interpostos pelos acusados como forma de evitar o trânsito em julgado da Ação Penal, causando à sociedade uma suposta *sensação de impunidade* quanto ao cumprimento das penas impostas pelos juízos de primeiro e segundo grau de jurisdição.

Nesse sentido, tem-se novamente os votos dos Ministros Luís Roberto Barroso<sup>77</sup> e Gilmar Mendes<sup>78</sup>, respectivamente:

Existem casos emblemáticos que bem ilustram o *mau uso da via recursal para fins de se atingir a impunidade*, frustrar a aplicação da lei penal. Todos

<sup>73</sup> Ibidem.

<sup>74</sup> MPF. **Caso Lava Jato**. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/entenda-o-caso>. Acesso em: 10 ago. 2020.

<sup>75</sup> POLÍCIA FEDERAL. **FASES DA OPERAÇÃO LAVA JATO**. FASES DA LAVA JATO 2016. Disponível em: <http://www.pf.gov.br/imprensa/lava-jato/fases-da-operacao-lava-jato-1/fases-da-lava-jato-2016>. Acesso em 01 ago. 2020.

<sup>76</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus 152.752/Paraná**. *Op. cit.*

<sup>77</sup> Ibidem, p. 5.

<sup>78</sup> Ibidem, p. 13.

os dias nos deparamos, aqui, com essa multiplicidade de agravos e embargos de declaração como instrumentos impeditores do trânsito em julgado, que muitas vezes levam também a esse fenômeno da imposição da prescrição. Essa observação, aliás, já havia feito no HC 126.292.  
[Voto ministro Luís Roberto Barroso]

Em terceiro lugar, a consequência negativa da decisão de 2009 é o *descrédito do sistema de Justiça penal junto à sociedade* pela demora quase perene nas punições e pelas frequentes prescrições, *gerando não uma sensação de impunidade, é impunidade mesmo*. [grifos não constam no original].  
[Voto ministro Gilmar Mendes]

Portanto, o que causa estranheza nesses posicionamentos e que diz respeito à discussão alçada neste trabalho é justamente o fato dos Doutos Ministros do Supremo Tribunal Federal utilizarem como argumento um presumido clamor social de cunho punitivista para resolução desses casos, quando tais decisões foram deliberadas isoladamente por 11 (onze) indivíduos e sem a necessária abertura da discussão às esferas públicas de opinião, pautando-se, ainda, em uma especulação subjetiva sobre os fatos.

Diz-se especulativa tal afirmação porque, em verdade, o Brasil apresenta a terceira maior população carcerária do mundo, com mais de 700 (setecentos) mil pessoas privadas de liberdade, em todos os regimes, de acordo com dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (IFOPEN) do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), de modo que o número de pessoas presas no país excede em 38,4% ao total de vagas disponíveis no sistema penitenciário<sup>79</sup>.

Em seu voto no julgamento do *Habeas Corpus 152752/PR*<sup>80</sup>, o Ministro Luis Roberto Barroso ainda pontua que a impunidade e o descrédito da sociedade para com o sistema criminal do país se deve ao fato do Brasil prender muito, mas prender mal, sendo necessário tal enrigecimento punitivo para se alcançar a parcela da sociedade que geralmente não é alvo do processo penal, nos conhecidos *crimes de colarinhos branco*, conforme preceituado por Edwin Hardin Sutherland<sup>81</sup>.

Todavia, no contexto de uma sociedade semiperiférica como o Brasil, pautado em latentes desigualdades sociais, é notório que a execução antecipada da pena

<sup>79</sup> GOVERNO DO BRASIL. Notícias. Justiça e Segurança. **Dados sobre a população carcerária do Brasil são atualizados**. 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/pt-br/noticias/justica-e-seguranca/2020/02/dados-sobre-populacao-carceraria-do-brasil-sao-atualizados>. Acesso em: 10 ago. 2020; IHU. **Brasil se mantém como 3º país com maior população carcerária do mundo**. 2020. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/596466-brasil-se-mantem-como-3-pais-com-maior-populacao-carceraria-do-mundo>. Acesso em: 10 ago. 2020.

<sup>80</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Habeas Corpus 152.752/Paraná*. Op. cit. p. 5.

<sup>81</sup> SUTHERLAND, Edwin H. *Criminalidade de colarinho branco*. Trad. Clécio Lemos. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

robustece um projeto de política criminal, o qual inclusive foi defendido pelo ex Ministro da Justiça e Segurança Pública do país, Sérgio Moro, com o seu “Pacote Anticrime”<sup>82</sup>, o qual claramente endossa a seletividade existente no sistema penitenciário brasileiro e se aporta na prisão como mecanismo de exclusão de um setor já marginalizado da sociedade.

O Projeto em questão, por seu turno, resultou na promulgação da Lei n.º 13.964 de 24 de dezembro de 2019, que “aperfeiçoa a legislação penal e processual penal”, sem, contudo, serem acatadas as sugestões do Pacote Anticrime no tocante às “medidas para assegurar a execução provisória da condenação criminal após julgamento em segunda instância”<sup>83</sup>.

Uma das sugestões do ex Ministro da Justiça, nesse sentido, seria alterar o artigo 637 do Código de Processo Penal que constitui, ainda hoje, mesmo após o julgamento das ADCs n.º 43, 44 e 54, um dos maiores pivôs do debate doutrinário no tocante à possibilidade do início da execução da pena antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Isso porque, de acordo com o referido artigo: “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”. Desse modo, como visto, até 2009 o Supremo Tribunal Federal sustentou a possibilidade de execução antecipada da pena, considerando que os recursos extraordinários cabíveis, após a condenação por órgão colegiado, não possuíam o condão de suspender a execução da pena.

Somente com o julgamento do Habeas Corpus 84.078/MG, conforme analisado, a posição do STF quanto à prisão antecipada foi modificada pela primeira vez, dentre outros argumentos, pelo fato de que o artigo 637 do CPP, originário da redação de 1941, teria sido tacitamente revogado após a promulgação da Constituição Federal de 1988, que trouxe como garantia constitucional a presunção de inocência/não culpabilidade e, ainda, pelas disposições da Lei n.º 7.210/84, responsável por regulamentar a Execução Penal, que em seu artigo 105 dispõe o seguinte. “*Transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu*

---

<sup>82</sup> Projeto de Lei Anticrime. Disponível em: <https://static.congressoemfoco.uol.com.br/2019/02/projeto-anticrime.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2020.

<sup>83</sup> Ibidem.

estiver ou vier a ser preso, o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução”.

Nesse sentido, tem-se o extrato do referido julgado<sup>84</sup>:

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. [Grifos acrescidos].

Entretanto, consoante mencionado, perduram as controvérsias doutrinárias no tocante à vigência do artigo 637 do CPP, razão pela qual o ex Ministro da Justiça, Sérgio Moro, propôs a modificação do referido dispositivo, com o acréscimo do artigo 617-A, ao referido diploma legal, de modo que não restassem dúvidas acerca da possibilidade da execução antecipada da pena após a condenação por órgão colegiado, independentemente das disposições constitucionais em contrário e da própria *mens legis*<sup>85</sup> da execução penal, nos termos da Lei n.º 7.210/84, conforme analisado.

Desse modo, se acatadas as sugestões do ex Ministro, o Código de Processo Penal passaria a ser lido nos seguintes termos<sup>86</sup>:

Art. 617-A. *Ao proferir acórdão condenatório, o tribunal determinará a execução provisória das penas privativas de liberdade, restritivas de direitos ou pecuniárias, sem prejuízo do conhecimento de recursos que vierem a ser interpostos.*

§ 1º O tribunal poderá, excepcionalmente, deixar de autorizar a execução provisória das penas se houver uma questão constitucional ou legal relevante, cuja resolução por Tribunal Superior possa plausivelmente levar à revisão da condenação.

<sup>84</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC 84.078-7 MG. *Op. cit.*

<sup>85</sup> “Vontade da lei”, em tradução livre do latim.

<sup>86</sup> Projeto de Lei Anticrime. Disponível em: <https://static.congressoemfoco.uol.com.br/2019/02/projeto-anticrime.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2020.

§ 2º Caberá ao relator comunicar o resultado ao juiz competente, sempre que possível de forma eletrônica, com cópia do voto e expressa menção à pena aplicada. (NR) [Grifos acrescidos].

Art. 637. O recurso extraordinário e o recurso especial interpostos contra acórdão condenatório não terão efeito suspensivo.

§ 1º Excepcionalmente, poderão o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça atribuir efeito suspensivo ao recurso extraordinário e ao recurso especial, quando verificado cumulativamente que o recurso:

I - não tem propósito meramente protelatório; e  
II - levanta uma questão de direito federal ou constitucional relevante, com repercussão geral e que pode resultar em absolvição, anulação da sentença, substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou alteração do regime de cumprimento da pena para o aberto.

§ 2º O pedido de concessão de efeito suspensivo poderá ser feito incidentemente no recurso ou através de petição em separado, dirigida diretamente ao Relator do recurso no Tribunal Superior e deverá conter cópias do acórdão impugnado, do recurso e de suas razões, das contrarrazões da parte contrária, de prova de sua tempestividade e das demais peças necessárias à compreensão da controvérsia. (NR)

Todavia, não logrando êxito as proposições ora esmiuçadas, sendo recentemente assentada a constitucionalidade do artigo 283 do CPP, segundo o qual somente se possibilita a prisão, antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, mediante medida cautelar ou em decorrência de flagrante delito, foi proposta no Senado Federal, a Emenda Constitucional n.º 5, de 2019, atualmente em tramitação, com o objetivo de inserir no artigo 93 da CF/88, o inciso XVI, positivando, assim, a possibilidade de execução provisória da pena, após a condenação por órgão colegiado<sup>87</sup>.

Nesse cenário, torna-se claro como o projeto da execução antecipada da pena corresponde a uma antiquada *mens legislatoris*<sup>88</sup>, em referência às concepções hermenêuticas da Escola da Exegese, no início do século XIX, em completa dissociação do escopo democrático instituído pela Constituição de 1988 que preserva, retomando os dizeres de Häberle, uma “sociedade aberta de intérpretes”<sup>89</sup>, de acordo com a qual a legitimidade das proposições normativas se alcança pela participação dos atores e destinatários finais da norma, o que, no caso em tela, claramente não se observa.

<sup>87</sup> SENADO. Atividade Legislativa. **Proposta de Emenda à Constituição n.º 5, de 2019**. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/135253>. Acesso em: 01 out. 2020.

<sup>88</sup> “Vontade do legislador”, em tradução livre do latim.

<sup>89</sup> HÄBERLE, Peter. *Op. cit.*

Desta feita, tem-se que a politização em torno da execução antecipada da pena aprofunda o processo de violência estrutural do Estado para com o indivíduo que não atende aos anseios morais instituídos pela ordem político-social dominante, enquanto aqueles economicamente mais abastados são utilizados como *bodes expiatórios*, referenciando-se a conceituação de René Girard<sup>90</sup>, para fazer arrefecer esse ânimo punitivista de uma sociedade notadamente alienada.

A fim de ilustrar tais considerações, sem o objetivo de se estender a problemática da situação vislumbrada, propõe-se uma rápida comparação de duas recentes notícias a respeito da execução penal em tempos de Pandemia do Novo Coronavírus<sup>91</sup>.

Na primeira reportagem se tem pedido do Ministério Público Federal de São Paulo (MPF/SP) para prisão domiciliar de Paulo Vieira de Souza, acusado de corrupção, peculato, lavagem de dinheiro e destruição de provas no curso da Operação Lava Jato, considerando-se que o réu possui mais de 70 (setenta) anos e, por isso, enquadra-se no grupo de risco de contágio da doença<sup>92</sup>:

Paulo Vieira de Souza é réu em quatro ações sob responsabilidade da Força-Tarefa da Lava Jato e responde pela prática de numerosos crimes, incluindo corrupção, peculato, lavagem de dinheiro e destruição de provas. Já condenado em duas ações, pelo juízo da 5ª Vara Federal de São Paulo – tendo uma das sentenças sido anulada por decisão que foi objeto de recurso –, o ex-diretor da Dersa está preso preventivamente no Complexo Médico Penal de Curitiba.

A pandemia do vírus covid-19, no entanto, fez com que hoje o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) expedisse uma recomendação orientando a reavaliação das prisões provisórias, em especial quanto a presos inseridos no grupo de risco de contágio pelo vírus – como idosos –, bem como quanto a prisões preventivas superiores a 90 dias ou relacionadas a crimes praticados sem violência ou grave ameaça à pessoa, indicando critério de máxima excepcionalidade para novas ordens de prisão preventiva.

Paulo Vieira tem mais de 70 anos e está preso preventivamente desde fevereiro de 2019. Diante disso, a Força-Tarefa Lava Jato de São Paulo requereu que ele seja colocado em prisão domiciliar, sujeito a monitoramento

<sup>90</sup> GIRARD, René. **O bode expiatório**. Trad. Ivo Storniolo. São Paulo: Paulus, 2004.

<sup>91</sup> O Novo Coronavírus (Covid-19) foi categorizado como pandemia de acordo com declaração da Organização Mundial de Saúde (OMS), em 11 de março de 2020. Cf. UMA-SUS. **Organização Mundial de Saúde declara pandemia do novo coronavírus**. Março, 2020. Disponível em: <https://www.unasus.gov.br/noticia/organizacao-mundial-de-saude-declara-pandemia-de-coronavirus>. Acesso em: 04 maio 2020.

<sup>92</sup>MPF. Procuradoria da República em São Paulo. **Diante do quadro de pandemia e de recomendação do CNJ, Lava Jato de São Paulo pede prisão domiciliar de Paulo Vieira de Souza**. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/sp/sala-de-imprensa/noticias-sp/diante-do-quadro-de-pandemia-e-de-recomendacao-do-cnj-lava-jato-de-sao-paulo-pede-prisao-domiciliar-de-paulo-vieira-de-souza>. Acesso em: 11 set. 2020.

eletrônico com tornozeleira, sustentando não ser o caso de soltura incondicionada.

Para o Ministério Público Federal, essa providência em nada altera a gravidade dos fatos imputados a Paulo Vieira, nem os fundamentos robustos que justificaram sua prisão preventiva até aqui, e é motivada por razões estritamente humanitárias. No mais, tal providência deve ser considerada uma medida necessariamente temporária, a ser reavaliada com a melhora do quadro de crise sanitária que vivemos.

O engenheiro saiu da cadeia na quarta-feira (18) e foi para São Paulo, onde tem residência. A determinação da mudança para o regime domiciliar foi dada pelo juiz federal Diego Paes Moreira, que seguiu uma portaria do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) que orienta a progressão de regime em casos de pessoas mais vulneráveis ao contágio pelo coronavírus<sup>93</sup>.

Por outro lado, homem preso com 42 (quarenta e dois) pinos de cocaína, que também se encontra no grupo de risco para Covid-19, divide uma das celas do Presídio Antônio Dutra Ladeira, em Ribeirão das Neves, na Região Metropolitana de Belo Horizonte, com outros 21 detentos<sup>94</sup>:

Com falta de ar, dificuldades para dormir e tosse, um homem de 24 anos divide uma das celas do Presídio Antônio Dutra Ladeira, em Ribeirão das Neves, na Região Metropolitana de Belo Horizonte, com outros 21 detentos. De acordo com o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), a cadeia tem capacidade para 1.663 presos, mas abriga hoje 2.374.

O doente tem bronquite asmática e sintomas de rinite alérgica. De acordo com laudo médico, o homem, preso em 2018 com 42 pinos de cocaína, está no grupo de risco para Covid-19.

Apesar da recomendação do CNJ para que juízes concedam prisão domiciliar sempre que possível, o detento teve este pedido negado por três vezes. Ele também não conseguiu habeas corpus, julgado nesta quarta-feira (22).

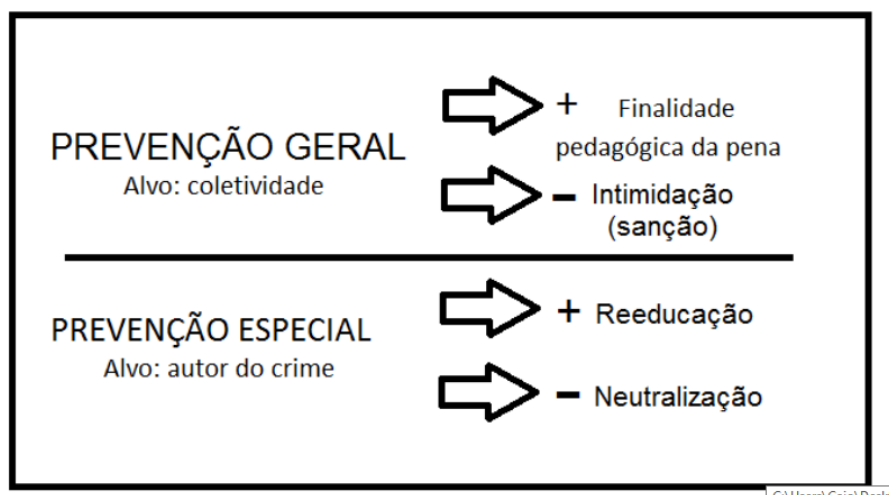
Frise-se que aqui não se discute os fatores de tais disparidades, os quais são inúmeros e tangenciam, como visto, a questão da seletividade carcerária no país, não sendo o intuito desta pesquisa debater ponto a ponto cada uma das problemáticas correlatas ao assunto. No entanto, diante do exposto, é necessário se pontuar que no Brasil a pena de prisão não assume a função de reintegrar o preso à sociedade, pautando-se notadamente em uma prevenção especial negativa, focada na

---

<sup>93</sup> ISTOÉ. Paulo **Preto vai para prisão domiciliar por risco do coronavírus**. mar/2020. Disponível em: <https://istoe.com.br/paulo-preto-vai-para-prisao-domiciliar-por-risco-do-coronavirus/>. Acesso em: 11 set. 2020.

<sup>94</sup>PIMENTEL, Thais. Detentos de grupo de risco para Covid-19 em Minas Gerais são mantidos em regime fechado. **G1 Minas**. jul. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/mg/minas-gerais/noticia/2020/07/23/detentos-de-grupo-de-risco-para-covid-19-em-minas-gerais-sao-mantidos-em-regime-fechado.ghtml>. Acesso em: 11 set. 2020.

neutralização, consoante a classificação desenvolvida por Ferrajoli<sup>95</sup>, no qual é imposta a máxima da coação penal pela sanção. Veja-se esquematicamente<sup>96</sup>:



Nesse cenário, em vez de ser promovida a aproximação entre o povo e os estamentos públicos responsáveis por coordenar a vida em sociedade, para se alcançar a legitimidade fortalecedora de um Estado Constitucional Democrático, a política criminal adotada no país suprime ainda mais direitos de uma população já marginalizada, colocando-a em um verdadeiro ostracismo que desencadeia respostas violentas e não atendem à contenção da criminalidade ideologicamente defendida.

Cite-se, por exemplo, a questão das rebeliões que surgem no ambiente prisional como direito natural de resistência enquanto resposta à omissão estatal na consecução de seus deveres, fazendo-se problematizar a necessidade de abertura de diálogo entre as instâncias punitivas, a sociedade e o agente agressor.

Conforme pontuado por Gauer, Cataldo Neto e Pickering: “Na prisão, o sujeito criará respostas à renegação social e ao castigo imposto. O indivíduo encontra-se preso à instituição e *na* instituição, pois lá deve ‘adaptar-se’ ao instituído[...]”<sup>97</sup>. Ou seja, cria-se uma espécie de subcultura de acordo com a qual se orientará a vida dentro do cárcere. Destarte, como resultado desse processo de

<sup>95</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. Teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 171. Destaque-se que o referencial teórico do autor, no recorte então esboçado, foi adotado somente para fins de especificação em relação às funções da pena, não sendo o intuito da pesquisa adentrar ao mérito da questão da legitimidade da sanção penal na visão do respectivo doutrinador.

<sup>96</sup> Elaboração própria.

<sup>97</sup> GAUER, Gabriel José Chittó; CATALDO NETO, Alfredo; PICKERING, Viviane Leal. Realidade do indivíduo na prisão: considerações sobre violência. In: **Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos**. Org. Ruth Maria Chittó Gauer. Porto Alegre: Edipucrs, 2008, p. 126.

“prisionalização”, mitiga-se o poder ideológico do Estado em detrimento ao domínio exercido pelos rebelados<sup>98</sup>.

Nesse conspecto, a instabilidade vivenciada pelo sistema criminal alcança seu ápice de tensão e, portanto, surge a necessidade de se projetar um ambiente de negociação em que a população carcerária passa a ocupar papel ativo na conjuntura político-social.

Sendo ainda mais precisos nas suas pontuações, Gauer, Cataldo Neto e Pickering observam que “que esses subgrupos tentam, desesperadamente, comunicar-se entre eles, com a instituição prisional e com a sociedade. Assim, esses indivíduos vão se destruindo, ou, em outro ângulo, tentando sobreviver”<sup>99</sup>.

Portanto, vê-se, assim, a conformação de uma estrutura organizada como alternativa à indiferença das agências estatais para com esse setor que, por seu turno, constitui uma hierarquia de controle indiferente ao Estado.

Desse modo, embora com o juízo de culpabilidade formado após a condenação em segundo grau de jurisdição se tenha uma declaração, com considerável força, de que o réu é culpado, como dito, não se verifica legitimidade democrática na justificativa adotada para a relativização da presunção de não culpabilidade, com fins de uma execução antecipada da pena, quando o *decisum* se pauta na verdade solipsista do julgador da Ação.

Isso porque, resta claro, por outro lado, que o convencimento do juízo molda-se ainda por aspectos variados além daqueles colhidos durante a instrução para formação da verdade processual, haja vista que o judiciário é constituído por indivíduos que além de compromissados com a tutela do direito são dotados de ideologias particulares e visões de mundo diversas as quais podem influenciar, mesmo que subconscientemente, as suas decisões, fortalecendo-se, assim, o mito da neutralidade/imparcialidade do juiz.

Destarte, buscará se demonstrar a seguir como se deu a participação social nos principais julgados a respeito da execução antecipada da pena, dentro da jurisprudência pátria, de modo a se concretizar o diagnóstico ofertado nesta pesquisa no que tange ao déficit de legitimidade democrática da jurisdição nacional pela hipertrofia do princípio da soberania popular.

---

<sup>98</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco; HASSEMER, Winfried. **Introdução à criminologia**. Trad. Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 187.

<sup>99</sup> GAUER, Gabriel José Chittó; CATALDO NETO, Alfredo; PICKERING, Viviane Leal. *Op. cit.*

### 3 A INEFETIVIDADE DA PARTICIPAÇÃO POPULAR NO PROCESSO DE DELIBERAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS: A FIGURA DOS AMIGOS DA CORTE

Conforme discutido inicialmente nesta pesquisa, a Constituição Federal de 1988 da República Federativa do Brasil, em artigo 1º, parágrafo único, preleciona o princípio democrático em sua forma direta e representativa, quando elucida que: “Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

Entretanto, tem se percebido na práxis da jurisdição nacional que a participação social nas decisões judiciais emanadas é meramente formal e, por consequência, não se presta a conferir a legitimidade conteudística necessária à concretização de um Estado Constitucional Democrático em essência.

Tal qual apontado, as ferramentas disponíveis para concretização de uma democracia direta no Brasil, a exemplo do plebiscito, do referendo e da iniciativa popular, não concretizam substancialmente os objetivos esperados, assim como ocorre com outros mecanismos institucionalizados para garantir a participação do povo em um regime democrático, a exemplo das audiências públicas e da figura dos amigos da corte (*amicus curiae*).

Neste sentido, a partir do caso da execução antecipada da pena, faz-se possível observar claramente como essa hipertrofia do princípio democrático, pela inefetividade da participação social, tem reforçado um arquétipo monológico de decisões judiciais em detrimento ao modelo cooperativo que se busca na estruturação de uma jurisdição dialógica.

Como se sabe, os julgamentos do Supremo Tribunal Federal são determinados por um majoritarismo quantitativo, no qual o resultado advém da soma dos votos individuais de cada um de seus Ministros, de modo que o debate constitucional a ser travado nesse cenário é secundário; os votos sobre as questões em deslinde, inclusive, geralmente já são apresentados em Plenário em sua versão final, sem que exista qualquer possibilidade de um verdadeiro diálogo capaz de se transformar os posicionamentos assentados.

No caso da execução antecipada da pena, existem quatro julgados paradigmáticos que firmaram a jurisprudência do STF no tocante à possibilidade ou

não de início do cumprimento da pena antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, os quais, inclusive, já foram mencionados anteriormente na apresentação do caso para o deslinde das controvérsias em seu entorno: o *Habeas Corpus* 84.078-7 (MG), julgado em 2009; o *Habeas Corpus* 126.292 (SP), julgado em 2016; o *Habeas Corpus* 152.752 (PR), julgado em 2018 e as *Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC) n.º 43, 44 E 54*, julgadas em 2019.

Os Habeas Corpus, por sua vez, constituem remédio constitucional, tutelado pelo artigo 5º, LXVIII, da Constituição Federal, movido “sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder”. Desse modo, trata-se, essencialmente, de processo de natureza subjetiva, afeto às partes envolvidas, na proteção de direitos individuais, sendo possível, por outro lado, controle de constitucionalidade incidental e difuso, sem eficácia geral (*efeito erga omnes*)<sup>100</sup>.

Todavia, conforme pontuado por Vinícius Gomes de Vasconcellos, ao discutir sobre o papel do Habeas Corpus como formador de precedentes penais no STF<sup>101</sup>:

*ainda que formalmente não haja força vinculante, um julgado do Plenário em Habeas Corpus possui um impacto evidente no sistema jurídico e nos juízos inferiores, visto que qualquer caso pode aportar ao STF em Habeas Corpus, respeitadas as competências constitucionais, e então ser reformado em conformidade com a interpretação anteriormente assegurada pelo Plenário. [Grifos acrescidos].*

Nesse conspecto, é possível se concluir que quando o Habeas Corpus é remetido para julgamento em Plenário, na hipótese de existir relevante arguição de inconstitucionalidade ainda não decidida, o resultado processual acaba transcendendo o liame subjetivo da ação, servindo de fato como robusto precedente para a dirimência de casos semelhantes.

Tal observação se extrai, por exemplo, das palavras do Ministro Gilmar Mendes, no julgamento do citado Habeas Corpus 152752/PR, consoante ressaltado no tópico anterior, quando se foi possível observar os efeitos concretos resultantes do precedente firmado em 2016, no bojo do Habeas Corpus 126.292/SP, “em que tribunais, *automaticamente*, passaram a determinar a antecipação da execução da pena”, fundamentando-se na posição do Supremo Tribunal sobre o tema, verificando-

<sup>100</sup> VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. O Habeas Corpus como formador de precedentes penais no STF. **Consultor Jurídico**. 15 out. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-out-15/pensando-habeas-habeas-corpus-formador-precedentes-penais-stf>. Acesso em: 15 ago. 2020

<sup>101</sup> Ibidem.

se, com isso, a ocorrência de encarceramentos precoces e indevidos em razão da reforma posterior da condenação pelo STJ<sup>102</sup>.

Desta feita, o problema reside no fato destes Habeas Corpus serem decididos sem oferecer abertura a entidades interessadas e representativas do povo, como se tem, por exemplo, com a figura dos amigos da corte nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade, considerando-se a previsão da Lei n.º 9.868 de 1999<sup>103</sup> nesse sentido.

Conforme dispõe Peter Haberle, o instituto dos amigos da corte constitui “instrumento de democratização e pluralização da jurisdição constitucional, conferindo maior legitimidade à atuação contramajoritária das Supremas Cortes”<sup>104</sup>.

Neste viés, após a promulgação da Lei n.º 9.868 de 1999, notou-se um entusiasmo em torno da possibilidade de participação dos atores sociais no processo de interpretação constitucional firmado pelo Supremo Tribunal Federal, consoante pesquisa realizada por Débora Costa Ferreira e Paulo Gustavo Gonet Branco, de acordo com a qual: “o número de ações com participação de *amici curiae*, levando-se em conta processos protocolados de 1990 até às vésperas da promulgação das Leis nº 9.868/99 e nº 9.882/99, viu-se multiplicado por 25,8 vezes no período que se seguiu até 2009”<sup>105</sup>.

Por oportuno, os autores elaboraram o seguinte gráfico<sup>106</sup>:

---

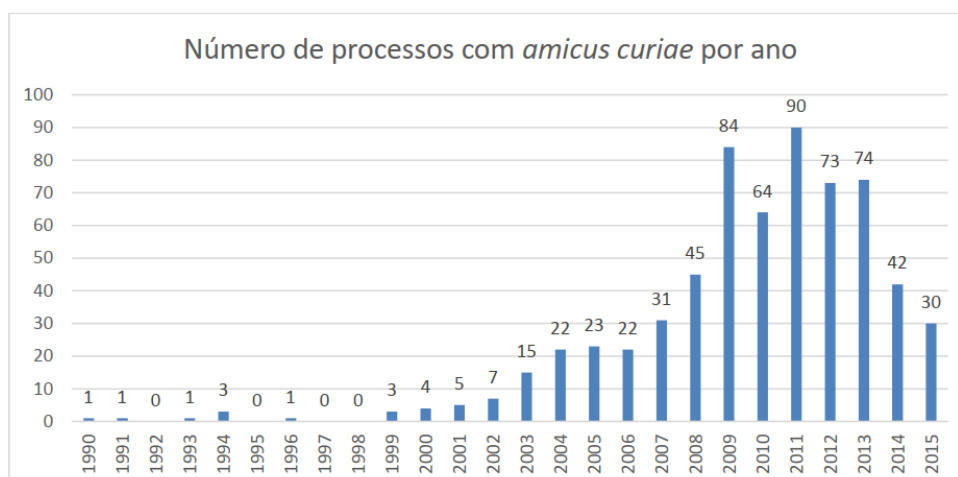
<sup>102</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus 152.752/Paraná**. *Op. cit.* [Grifos acrescidos].

<sup>103</sup> Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

<sup>104</sup> HABERLE, Peter. *Op. cit.*, p. 22/29.

<sup>105</sup> FERREIRA, Débora Costa; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Amicus Curiae em números. Nem amigo da corte, nem amigo da parte? **Revista de Direito Brasileira**. jan./abr. 2017, v. 16, n.7. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/3076>. Acesso em: 20 ago. 2020. p. 176.

<sup>106</sup> Ibidem.



Ante o exposto, aplica-se ao debate travado neste estudo as mesmas reflexões encetadas pelos autores da referida pesquisa, ao se questionarem se, diante do quadro apresentado, de interesse social pela participação no processo de formação de ideias junto ao judiciário, se o STF se encontra efetivamente aberto aos influxos informacionais advindos destas esferas públicas de opinião ou, se “há uma retórica de mitificação da figura do *amicus curiae*?”<sup>107</sup>.

Portanto, para se alcançar a resposta de tais reflexões, traz-se à discussão o julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade n.º 43, 44 e 54, apreciadas em conjunto, nas quais o relator Ministro Marcos Aurélio admitiu como entidades interessadas no processo, na condição de amigos da corte, as seguintes instituições:

Defensorias Públicas dos Estados do Rio de Janeiro e de São Paulo, Instituto de Defesa do Direito de Defesa, Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), Defensoria Pública da União (DPU), Instituto Ibero Americano de Direito Público (IADP), Instituto dos Advogados de São Paulo (IAPS), Associação dos Advogados de São Paulo, Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas (Abracrim), Instituto de Garantias Penais (IGP), Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB) e Conectas Direitos Humanos<sup>108</sup>.

Consoante adiantado, foi através do julgamento das referidas ADCs, em uma acirrada votação de 6 contra 5, que o Supremo Tribunal Federal firmou um novo precedente, assentando a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo

<sup>107</sup> Ibidem, p. 190.

<sup>108</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **STF julga nesta quinta (17) ações sobre prisão após condenação em segunda instância.** Notícias. 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=426931&ori=1>. Acesso em: 25 ago. 2020.

Penal, com isso atualmente impossibilitando a prisão do acusado, após a condenação por órgão colegiado, enquanto houver pendência de recursos, salvo se preenchidos os requisitos da prisão preventiva (artigo 312 do CPP).

Todavia, analisando-se os votos do julgamento disponíveis na íntegra no site do STF, com exceção da ministra Rosa Weber que mencionou a presença do Conectas Direitos Humanos, para saudar a sua representante<sup>109</sup>, verificou-se que em nenhum deles foi citada qualquer uma das instituições representativas dos *amicus curiae* admitidas ou tampouco foram considerados os argumentos sustentados pelas referidas organizações, ainda que para rechaçá-los<sup>110</sup>.

Assim, desta análise foi possível se constatar que, no julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade citadas, o papel dos amigos da corte não foi exercido de forma plena, ressaltando-se, nesse sentido, a hipertrofia do princípio democrático no exercício da jurisdição, sobretudo em um julgamento no qual se estava em pauta a eficácia e a amplitude de um direito fundamental, cujo resultado foi de fato alcançado por um majoritarismo quantitativo na Corte (6 contra 5), consoante apontado anteriormente.

Ademais, sobre a questão desse majoritarismo quantitativo nos processos de natureza subjetiva, a exemplo dos Habeas Corpus penais mencionados, tem-se, ainda, maior preocupação sobre a legitimidade das decisões emanadas que decorrem, não raro, em controle de constitucionalidade incidental, o qual, por seu turno, acaba formando precedente judicial praticamente vinculante, consoante destacado nas considerações *supra* de Vinícius Gomes de Vasconcellos<sup>111</sup>.

---

<sup>109</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADC 43**. Voto Ministra Rosa Weber. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADC43votoRW.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2020, p. 02.

<sup>110</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADC 43**. Voto Ministro Celso de Mello. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADC43MCM.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2020; SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADC 43**. Voto Ministro Marcus Aurélio. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADCvotoRelator.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2020; SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADC 43**. Voto Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADC43AM.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2020. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADC 43**. Voto Ministro Edson Fachin. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADC43EF.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2020; SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADC 43**. Voto Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/VotoADCs43e44MinDiasToffoli.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2020; SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADC 43**. Voto Ministro Luís Roberto Barroso. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/leia-voto-ministro-barroso-execucao.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2020.

<sup>111</sup> VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Op. cit.*

No julgamento do HC 126.292/SP, conforme analisado, a execução antecipada da pena também foi autorizada em uma votação acirrada, de 6 a 5. Mas ao contrário das ADCs n.º 43, 44 e 54, a representação de amigos da corte nesse caso sequer foi admitida, por se tratar, como dito, de processo de natureza subjetiva.

Contudo, tal qual discutido por André Ramos Tavares, na práxis da jurisdição, o controle de constitucionalidade, no bojo dos processos de natureza subjetiva, tem sofrido uma verdadeira “objetivização”, “no sentido de converter um processo tipicamente subjetivo em processo de características e elementos inegavelmente ‘objetivos’”<sup>112</sup>:

Além disso, levando-se em conta as análises de Carlos André Maciel Pinheiro Pereira, no seu estudo sobre a *Jurisdição procedimental: o agir comunicativo da opinião pública através do amicus curiae*, tem-se que “a Lei 9.868/99 não restringiu seus efeitos ao controle concentrado, lançando vistas também ao controle incidental”. Por oportuno, frisa que a referida lei “produziu alterações no artigo 482 do antigo Código de Processo Civil”<sup>113</sup> que, no novo Código de Processo Civil de 2015 (CPC) foram aplicadas no artigo 950, segundo o qual “a parte legitimada à propositura das ações previstas no art. 103 da Constituição Federal poderá manifestar-se, por escrito, sobre a questão constitucional objeto de apreciação [...] sendo-lhe assegurado o direito de apresentar memoriais ou de requerer a juntada de documentos”<sup>114</sup>:

Nesse sentido, Cassio Scarpinella Bueno sustenta que mesmo que o dispositivo em referência não mencione expressamente o termo *amicus curiae*, trata-se de verdadeira hipótese amoldada a este instituto, tendo em vista as características interventivas que podem ser depreendidas da legislação<sup>115</sup>.

<sup>112</sup> TAVARES, André Ramo. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 309.

<sup>113</sup> PEREIRA, Carlos André Maciel Pinheiro. **Jurisdição procedimental: o agir comunicativo da opinião pública através do amicus curiae**. Curitiba: Juruá, 2018, p. 111.

<sup>114</sup> Art. 950, CPC. Remetida cópia do acórdão a todos os juízes, o presidente do tribunal designará a sessão de julgamento.

§1º As pessoas jurídicas de direito público responsáveis pela edição do ato questionado poderão manifestar-se no incidente de inconstitucionalidade se assim o requererem, observados os prazos e as condições previstos no regimento interno do tribunal.

§2º A parte legitimada à propositura das ações previstas no art. 103 da Constituição Federal poderá manifestar-se, por escrito, sobre a questão constitucional objeto de apreciação, no prazo previsto pelo regimento interno, sendo-lhe assegurado o direito de apresentar memoriais ou de requerer a juntada de documentos.

§ 3º Considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, o relator poderá admitir, por despacho irrecorrível, a manifestação de outros órgãos ou entidades. [Grifos acrescidos].

<sup>115</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. **Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 202.

Assim, embora aqui esteja se falando sobre a dogmática processual penal e a impossibilidade formal de manifestação dos amigos da corte, por se tratar de questões meramente subjetivas, viu-se que a jurisdição brasileira, em sua práxis, tem “objetivizado” o controle de constitucionalidade realizado em âmbito de processos subjetivos, consoante destacado por André Ramos Taveres<sup>116</sup>, existindo, inclusive, famoso julgamento em Habeas Corpus (HC 82.424/RS), no qual o STF solicitou a participação de diversos juristas para a definição do conceito de raça.

O citado Habeas Corpus, por sua vez, foi impetrado perante o Supremo Tribunal Federal em favor de Siegfried Ellwanger, escritor e editor que fora condenado em instância recursal pelo crime de anti-semitismo e por publicar, vender e distribuir material anti-semita. Os impetrantes baseados na premissa de que os judeus não são uma raça, alegaram que o delito de discriminação anti-semita pelo qual o paciente fora condenado não tem conotação racial para se lhe atribuir a imprescritibilidade que, pelo art. 5º, XLII, da Constituição Federal, teria ficado restrita ao crime de racismo<sup>117</sup>.

Com isso, contata-se a possibilidade e até mesmo a cogente necessidade de se conferir uma abertura dialógica entre o judiciário e a sociedade em casos de evidente repercussão geral, consoante os mencionados neste estudo, independente da natureza objetiva ou subjetiva do processo, de modo a se conferir legitimidade democrática às decisões finais do Supremo.

Até porque, com a promulgação da Emenda Constitucional 45/2004, criou-se como requisito de admissibilidade dos Recursos Extraordinários perante o STF a necessidade de se demonstrar a citada repercussão geral, atraindo-se, assim, a manifestação dos amigos da corte, conforme se depreende do artigo 1.035, §4º do Código de Processo Civil<sup>118</sup>.

---

<sup>116</sup> TAVARES, André Ramo. *Op. cit.*

<sup>117</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus n.º 82.424**. DJ 13.04.04. Disponível em: [http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/verConteudo.php?sigla=portalStfJurisprudencia\\_pt\\_br&idConteudo=185077&modo=cms](http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/verConteudo.php?sigla=portalStfJurisprudencia_pt_br&idConteudo=185077&modo=cms). Acesso em: 01 out. 2020.

<sup>118</sup> Art. 1.035. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecurável, não conhecerá do recurso extraordinário quando a questão constitucional nele versada não tiver repercussão geral, nos termos deste artigo.

§ 1º Para efeito de repercussão geral, será considerada a existência ou não de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo.

§ 2º O recorrente deverá demonstrar a existência de repercussão geral para apreciação exclusiva pelo Supremo Tribunal Federal.

§ 3º Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar acórdão que:  
[...]

Dessa forma, não se observa justificativa democrática para a ausência de representação popular nos julgamentos dos HC 84.078-7 (MG); HC 126.292 (SP) e no HC 152.752 (PR). Todavia, como bem aponta Felipe Araújo Castro, retomando-se a questão da aristocracia judicial brasileira, vigora na jurisdição nacional uma atuação “marcadamente autoritária e subjetiva”, na qual há “imposição de interpretações individuais e subjetivas que são transformadas, pela força da linguagem jurídica, em pronunciamentos oficiais do aparelho estatal sobre os mais variados temas sobre os quais incide o poder jurisdicional”<sup>119</sup>.

Por outro lado, no atinente aos processos de controle concentrado julgados pelo STF, que de fato são aqueles que atraem de forma mais contundente a participação dos amigos da corte, pelo papel representativo que possuem na jurisdição constitucional, é válido ampliar a análise, pois, como visto, no caso da execução antecipada da pena só existiram essas três ações declaratórias, julgadas em conjunto, tangenciando a questão.

Destarte, na mesma pesquisa exploratória citada anteriormente, realizada por Débora Costa Ferreira e Paulo Gustavo Gonet Branco, foram analisados 120 (cento e vinte) acórdãos de processos de controle concentrado, julgados pelo STF, no período entre 1990 e 2015, em que houve a participação de *amicus curiae*, verificando-se, com isso, se de fato, o papel de relevo dos amigos da corte como “instrumento legitimador-democrático das decisões na jurisdição constitucional abstrata” tem sido concretizado<sup>120</sup>.

Para tanto, primeiramente analisaram se nos referidos acórdãos constava a palavra “*curiae*” no relatório ou no voto e, em segundo lugar, identificaram os acórdãos nos quais foram citados expressamente os nomes dos *amici curiae* que ingressaram no respectivo feito<sup>121</sup>.

Realizado esse levantamento, os autores da referida pesquisa distinguiram os casos em que havia mera citação da presença ou admissão do *amicus curiae*, daqueles nos quais havia consideração explícita dos seus argumentos. Como resultado, construíram a seguinte tabela<sup>122</sup>:

---

§ 4º O relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. [Grifos acrescidos].

<sup>119</sup> CASTRO, Felipe Araújo. *Op. cit.*, p. 130.

<sup>120</sup> FERREIRA, Débora Costa; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op. cit.*, p. 180.

<sup>121</sup> *Ibidem*, p. 181.

<sup>122</sup> *Ibidem*, p. 181/182.

**Tabela 2 – Resultados**

<b>Ações</b>	<b>Número de ocorrências</b>	<b>%</b>
<b>Relatório</b>		
Menciona	74	62%
Considera	7	6%
<b>Voto</b>		
Menciona	3	2,5%
Considera	36	30%
<b>Total</b>	<b>120</b>	<b>100%</b>

Assim, da tabela de resultados construída, verificou-se que, no relatório dos referidos processos, 62% (sessenta e dois por cento) dos acórdãos informaram o ingresso dos *amici curiae* no feito, mas somente 6% (seis por cento) explicitaram os argumentos produzidos. Por outro lado, 2,5% (dois vírgula cinco por cento) dos acórdãos registraram a presença de *amici curiae* no voto e em apenas 30% (trinta por cento) dos votos os seus argumentos foram considerados explicitamente<sup>123</sup>.

Desse modo, os resultados obtidos pelos autores demonstram que “expressiva parcela das decisões do STF em processos de controle concentrado com participação de *amici curiae* não considera de forma explícita os argumentos por eles aventados (94% dos relatórios e 70% dos votos)”<sup>124</sup>, constatando-se, portanto, a fragilidade prática deste instituto, de modo a confirmar a hipótese de que não há, materialmente, significativa influência desse mecanismo de participação popular sobre o processo de decisão constitucional pela via argumentativa, restringindo-se essa participação, em grande parte, à possibilidade de sustentação oral das entidades admitidas no dia do julgamento,.

Nesse contexto, os autores da pesquisa também destacaram o fato de que muitas das contribuições trazidas por estas entidades são desconsideradas pelos

---

<sup>123</sup> Ibidem, p. 182.

<sup>124</sup> Ibidem.

ministros, em seus votos, porque refletem argumentos já aduzidos nos autos ou posições fundamentalmente inconsistentes<sup>125</sup>.

Entretanto, essa “triagem” realizada, por si só, já fere o princípio democrático e o papel contramajoritário exercido pelas Supremas Cortes, na pluralização da jurisdição constitucional, conforme apontado por Häberle<sup>126</sup>, a partir do momento em que encerra o debate somente na visão solipsista do julgador da ação.

Consoante destacado por Gustavo Binenbojm<sup>127</sup>:

o propósito da instituição do ‘amicus curiae’ é claramente o de pluralizar o debate constitucional, permitindo que o Tribunal venha a tomar conhecimento, sempre que relevante, dos elementos informativos e das razões constitucionais daqueles que sejam destinatários diretos ou mediatos da decisão a ser proferida no processo objetivo de controle de constitucionalidade.

Na mesma linha de raciocínio de Binenbojm, Carlos André Maciel Pinheiro Pereira destaca que a importância dos amigos da corte para a jurisdição constitucional decorre justamente do “imperativo que supre a legitimidade procedimental” a partir da interlocução comunicativa entre a sociedade e as agências judiciais<sup>128</sup>.

Noutro giro, destaca que tais conjecturas não correspondem à transformação do judiciário em uma esfera pública, mas implica no permissivo de que através dos mecanismos expostos as esferas públicas ingressem em juízo. Nas suas exatas palavras detalha que<sup>129</sup>:

A diferença por uma ou outra perspectiva cinge aos danos ao próprio acesso à justiça. É que no momento em que o judiciário se transformar numa esfera pública, o processo será inundado por um influxo comunicativo de tal porte que o aparato judicante não terá como absorver tamanha complexidade. Por outro lado, *no momento em que se propugna pela esfera pública como ente ativo na dinâmica processual, está sendo colocado um marco legitimador para a própria atividade do poder judiciário. E aqui não se trata de um simples direito de petição que deve ser conferido ao amicis, mas sim à derradeira condição de agente condutor da realidade normativa, que irá saborear na própria pele os efeitos do julgado.* [Grifos acrescidos].

---

<sup>125</sup> Ibidem.

<sup>126</sup> HABERLE, Peter. *Op. cit.* p. 22/29.

<sup>127</sup> BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira**: legitimidade democrática e instrumentos de realização. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 159.

<sup>128</sup> PEREIRA, Carlos André Maciel Pinheiro. *Op. cit.* p. 123.

<sup>129</sup> Ibidem. p. 124.

Desta feita, tem-se que a proposta de uma jurisdição dialógica, pautada nesse influxo comunicativo entre as esferas públicas de opinião e as agências judiciais, aqui ressaltando-se a participação dos amigos da corte no controle de constitucionalidade das leis, não defende a figura de um Poder Judiciário guiado à cancelar a opinião majoritária dos diversos setores sociais ou que transfira seu poder decisório para o povo, mas, sim, que a interlocução entre os poderes públicos e o poder social, pelo caminho da melhor argumentação, sirva à colmatação do déficit de legitimidade democrática observado nesse cenário<sup>130</sup>.

#### **4 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NA LEGITIMAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS**

Consoante demonstrado, o caso da execução antecipada da pena apresenta claramente a hipertrofia do princípio democrático no processo de deliberação das decisões judiciais emanadas na jurisdição nacional, notadamente na figura do Supremo Tribunal Federal. Destarte, pelas diversas razões então elencadas, acredita-se ser temerária a relativização de um direito fundamental com base em parâmetros não objetivos ou sem que o judiciário efetivamente se abra às percepções advindas das esferas públicas de opinião, sendo destacado neste debate a necessidade de adoção de rígidos critérios de intervenção estatal na área de proteção de um direito fundamental em rota de colisão com outras garantias como forma de contenção de uma superioridade judicial que suplante a soberania popular, fundamental no processo de legitimação de um Estado Constitucional Democrático.

Face ao cenário exposto, o objetivo central deste capítulo tange à discussão sobre a importância do princípio da proporcionalidade na legitimação das decisões judiciais, tratando-se especificamente sobre a máxima concretização da presunção de não culpabilidade, no caso da execução antecipada da pena.

Para tanto, *ab initio*, faz-se necessário desenvolver um pouco mais o contexto histórico em torno da tradição autoritativa da jurisdição nacional, baseada, por sua vez, em uma legislação penal notadamente antidemocrática e em um controle de constitucionalidade eminentemente repressivo.

---

<sup>130</sup> GOES, Ricardo Tinoco de. *Op. cit.* p. 157.

Nesse sentido, destaque-se que o *códex* processual penal foi fruto de um Decreto-Lei de Getúlio Vargas durante o período do Estado Novo em 1941, com evidentes influências do Código Rocco italiano de 1930, em vigor ao longo da ditadura fascista de Mussolini<sup>131</sup>. Tem-se, desse modo, um diploma legal de perfil extremamente arbitrário e policialesco sustentado em um discurso juridicamente falso, o qual se apoia no exercício de um poder que desconsidera o poder legitimante do povo e, ainda mais, daqueles que são o alvo de um discurso seletivo e estigmatizante enraizado no sistema criminal do país<sup>132</sup>.

Conforme compreende Zaffaroni, o sistema penal, sobretudo na realidade marginal das sociedades semiperiféricas, constitui um fato de poder que, em seu exercício deslegitimado, reproduz a violência, sendo necessário, portanto, “elaborar um discurso pautador de decisões que importe em um exercício de poder legítimo das agências judiciais”, buscando-se, assim, “muito mais do que a efetivação de certas garantias” para aqueles que são alvo desse sistema criminal repressivo<sup>133</sup>.

Desta feita, buscará se demonstrar como, nesse contexto, é importante racionalizar a atividade judicante para se romper com o histórico repressor no qual se originou esse diploma legal e no qual tem se aportado a jurisdição durante todos esses anos, para se conferir a mais ampla eficácia aos direitos fundamentais tutelados pela Constituição.

Porquanto, mediante a efetivação de um Estado Democrático de Direito que incluiu os princípios como norma jurídica e fonte do direito para aplicação imediata, inaugurou-se a época do constitucionalismo contemporâneo, disseminando-se uma atividade interpretativa orgânica, em contraponto à ação mecânica preponderante no curso do constitucionalismo liberal francês, pelo passado de ruptura que o país possuía com o absolutismo, de onde surgiu um judiciário fraco, com a valorização exacerbada do legislativo no qual a atividade do juiz (enquanto operador do direito) restringia-se à mera reprodução da lei.

Assim sendo, com as heranças diretas do constitucionalismo liberal americano, quando a Carta de Direitos (*Bill Of Rights*) foi acrescentada à Constituição

---

<sup>131</sup> CABRAL, Thiago. As raízes do autoritarismo no Código de Processo Penal de 1941. **Canal Ciências Criminais**. 2019. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/autoritarismo-codigo-de-processo-penal-de-1941/>. Acesso em: 20 ago 2020.

<sup>132</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**. A perda de legitimidade do sistema penal. Trad. Vania Romano Pedrosa; Amir Lopez da Conceição. 5 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015, p. 19.

<sup>133</sup> Ibidem. p, 201.

dos Estados Unidos em 1791, lançando as bases para o desenvolvimento do controle de constitucionalidade no Ocidente a partir do famoso caso *Marbury x Madison*, no qual a jurisprudência da Suprema Corte Americana assentou a possibilidade de revisão judicial dos atos do Parlamento<sup>134</sup>, o Brasil adotou a centralidade da Constituição com a sua supremacia material e instituiu um modelo forte de jurisdição, que passou a se expandir progressivamente após o fim da Segunda Guerra, na transição de um regime autoritário para uma democracia constitucional<sup>135</sup>.

Dessa forma, o Supremo Tribunal Federal, no Brasil, recebeu a competência de analisar a compatibilidade entre a legislação e a normativa constitucional, adotando, todavia, uma linha de autocontenção, de modo que a revisão judicial não viesse a interferir na harmonia com os demais poderes.

Oportunamente, Tzvetan Todorov chama atenção ao fato de que para prevalecer o pluralismo que dá forma à democracia, é condição *sine qua non* manter a separação dos poderes, evitando a sua concentração em um só polo de autoridade. Nesse cotejo, a independência institucional de cada órgão é também essencial à sua legitimação. Portanto, destaca que: “A democracia se caracteriza não só por um modo de instituição do poder ou pela finalidade de sua ação, mas também pela maneira como o poder é exercido”<sup>136</sup>.

Por outro lado, é importante pontuar as considerações de Lucas Azevedo Paulino sobre a necessária coexistência e interação entre os poderes legalmente instituídos em um regime democrático, não significando que a separação por competência destes estamentos implique na ausência de diálogo institucional. Ao revés, “configura-se ideal que as instituições coexistam, interajam e desafiem-se mutuamente de modo a maximizar seus respectivos desempenhos deliberativos”<sup>137</sup>.

Porém, conforme analisado no tópico anterior, observou-se, nas práticas da Corte máxima do país, um déficit deliberativo tanto em nível interno, no tocante à deliberação entre os Ministros, quanto em nível externo, no que tange à deliberação

---

<sup>134</sup> MACIEL Adhemar Ferreira. O Bill Of Rights Americano: Reflexos no Direito Constitucional Brasileiro. **Migalhas**. Colunas. Lauda Legal. 2016. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/coluna/lauda-legal/239959/o-bill-of-rights-americano-reflexos-no-direito-constitucional-brasileiro>. Acesso em: 01 out 2020.

<sup>135</sup> PAULINO, Lucas Azevedo. *Op., cit.*, p. 114.

<sup>136</sup> TODOROV, Tzvetan. **Os inimigos íntimos da democracia**. Trad. Joana Angélica d'Ávila Melo. São Paulo: Companhia das Letras, 2012, p.17.

<sup>137</sup> PAULINO, Lucas Azevedo. *Op., cit.*, p. 134.

entre o Supremo Tribunal Federal e as demais instâncias democráticas de deliberação, sobretudo o Poder Legislativo e o povo<sup>138</sup>.

De acordo com as análises de Antoine Garapon<sup>139</sup>, a erupção do ativismo judicial é, portanto, apenas a manifestação de um movimento mais profundo que remonta, em verdade, a uma transformação da democracia e não simplesmente à transferência da soberania popular para o juiz.

Trata-se, por sua vez, de um processo de mutação que está interligado à judicialização da política, de uma sociedade fraturada por conflitos éticos, religiosos, sociais e econômicos, em que o Judiciário se torna o “guardião das promessas”, de onde se espera que todos os problemas aventados sejam resolvidos com um inigualável parâmetro de justiça, considerando-se a sua neutralidade<sup>140</sup>.

Portanto, nessa tradição autoritária da jurisdição nacional, tornou-se comum a transferência do superego da sociedade ao Judiciário, de maneira que as discussões e procedimentos indispensáveis à construção política das normas e das decisões judiciais foram eliminados por meio da centralização da “consciência” social na Justiça, uma vez que a “excepcional personalidade do jurista criada por uma ‘formação ética’ atua como indício da existência de uma ordem de valores justa, qual seja: ‘uma decisão justa só pode ser tomada por uma personalidade justa’”<sup>141</sup>, reforçando-se, assim, a figura de um Juiz Hércules, centrado no seu solipsismo jurídico.

Todavia, tal qual já observado neste estudo, a figura de um “Juiz Hércules”, neutro o equidistante às pressões sociais, não passa de uma alegoria inadaptável à realidade de um Estado Constitucional Democrático de uma sociedade complexa e semiperiférica. Nesse cenário, destaque-se o fato de que, no Brasil, os Ministros do Supremo Tribunal Federal (“Guardião da Constituição”) são indicados pelo Presidente da República e, com isso, a legitimidade da corte constitucional que se pauta, basicamente, em argumentos e discursos comprometidos com os princípios e valores plasmados na Constituição, na busca da melhor resposta possível para o caso, perde

---

138 KOZICKI, Katya; ARAÚJO Eduardo Borges. Um Contraponto Fraco a um Modelo Forte: o Supremo Tribunal Federal, a última palavra e o diálogo. **Sequência**. Estudos Jurídicos e Políticos. v. 36, n. 71. 2015. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.5007/2177-7055.2015v36n71p107>. Acesso em: 15 ago. 2020.

139 GARAPON, Antoine. **O guardador de promessas: justiça e democracia**. Trad. Francisco Aragão. Lisboa: Instituto Piaget, 1996, p. 36.

140 Ibidem, p. 23-24.

141 MAUS, Ingeborg. O judiciário como superego da sociedade – o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. **Novos Estudos**, n. 58, São Paulo: CEBRAP, p. 128, 2000.

força justamente pela insistência em um modelo monológico de decisão judicial que afasta o povo dessas instâncias deliberativas.

Destarte, em um sistema criminal que não comporta a possibilidade de resolução efetiva do conflito, pela sua própria lógica repressiva e estigmatizante, reprodutora da violência, Zaffaroni frisa que “importa a defesa de lugares ou espaços de poder comunitário, controle e limitação de poder verticalizador e, finalmente, enfraquecimento do instrumental da dependência”<sup>142</sup>, de modo que o papel do Judiciário, neste âmbito, consiste na “busca de solução socialmente menos violenta”, sendo esta “a fonte de legitimação do exercício de poder decisório da agência judicial”<sup>143</sup>.

Como bem salienta Walter Nunes da Silva Junior, em sua obra *Reforma tópica do processo penal*<sup>144</sup>, com a promulgação da Constituição Federal de 1988 sedimentou-se a orientação democrática com a qual, atualmente, deve ser interpretado o Código de Processo Penal de 1941. De tal modo, consoante dispõe a teoria da irradiação dos direitos fundamentais, o juiz tem o papel de observar o efeito de “irradiação” dos direitos fundamentais, sob pena de intervir de forma inconstitucional na área de proteção do direito fundamental, prolatando uma sentença inconstitucional<sup>145</sup>.

Notando-se, assim, a imbricação entre a Teoria Geral dos Direitos Fundamentais e a Teoria do Processo Penal, observa-se, portanto, a importância do princípio da proporcionalidade na legitimação das decisões judiciais, tanto em um aspecto formal quanto material, sobretudo nesta seara do Direito, haja vista que a proporcionalidade constitui um “critério de concretização de normas constitucionais, sendo a ponderação um de seus elementos integrantes”, em um sistema jurídico no qual, não raro, são antepostas garantias fundamentais conflitantes<sup>146</sup>.

A dirimência de conflitos entre direitos fundamentais, por seu turno, consoante destacado por Marcelo Peruchin, “constitui um dos modernos papéis exercidos pelo

---

<sup>142</sup> Ibidem.

<sup>143</sup> Ibidem. p, 206.

<sup>144</sup> SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. **Reforma tópica do processo penal**: inovações aos procedimentos ordinário e sumário, com o novo regime das provas e principais modificações do júri e as medidas cautelares pessoais (prisão e medidas diversas da prisão). Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

<sup>145</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 108.

<sup>146</sup> SILVA JÚNIOR, Walter Nunes. **Curso de processo penal: teoria (constitucional) do processo penal**. Princípio da proporcionalidade na colisão de direitos fundamentais. *Op. cit.*

Judiciário na sociedade pós-moderna”<sup>147</sup>. No processo penal, especificamente, observa-se a pretensão acusatória do Estado, exercendo seu dever/poder de punir, de um lado, em face da pretensão de resistência do acusado e de sua defesa técnica<sup>148</sup>.

Nesse cenário, é importante destacar, tal qual apotando por Maurício Zanoide<sup>149</sup>, que os direitos fundamentais possuem uma dupla perspectiva (ou dimensão), podendo ser observados tanto em um viés subjetivo quanto objetivo. Seguindo-se a tradicional classificação de Georg Jellinek, elaborada para os direitos subjetivos, “os direitos fundamentais processuais penais inserem-se na categoria dos direitos de *status negativus*, também denominados pela doutrina de direitos à resistência, direitos de defesa ou direitos de liberdade”<sup>150</sup>, importantes para o indivíduo em si e para toda a coletividade.

Ademais, com o desenvolvimento global e o surgimento de sociedades hipercomplexas, da era da informação ou pós-industrial, passou a se consagrar os direitos de terceira dimensão (direitos difusos ou metaindividuais), de maneira que “com o desenvolvimento da teoria dos direitos fundamentais, aquela espécie – direitos de defesa – carece de uma atuação positiva do Estado, não sendo suficiente apenas a abstenção estatal para sua realização plena”<sup>151</sup>.

Nesse contexto, portanto, o poder de punir do Estado passou também a ser um dever de proteção à sociedade, a partir de alguns princípios norteadores dessa atribuição, incertos no texto constitucional, a exemplo do princípio do devido processo legal; princípio do direito à intimidade em geral; princípio da ampla defesa; princípio da liberdade; princípio acusatório e do *princípio da presunção de inocência ou de presunção de não culpabilidade*<sup>152</sup>.

Desse modo, decorre da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais uma constante ampliação do conteúdo das garantias constitucionais, impondo-se aos

---

<sup>147</sup> PERUCHIN, Marcelo Caetano Guazzelli. O princípio da proporcionalidade como ferramenta eficaz para a aferição da ilegitimidade da indevida restrição a direitos fundamentais, no âmbito do processo penal. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, a. 1, n. 1, janeiro/junho 2015. São Paulo: Atlas S.A., 2015, p. 224.

<sup>148</sup> Ibidem.

<sup>149</sup> MORAES, Mauricio Zanoide. *Op. cit.* p. 295.

<sup>150</sup> Ibidem. p. 300.

<sup>151</sup> Ibidem, p. 302.

<sup>152</sup> SILVA JUNIOR, Walter Nunes. **Curso de processo penal: teoria (constitucional) do processo penal**. *Op. cit.*

agentes e órgãos estatais uma atuação positiva no sentido de aumentar o âmbito de proteção da norma para a concretização da sua maior eficácia possível<sup>153</sup>.

Nessa linha de raciocínio, Luciano Feldens defende que, por essência, o modelo garantista na sistemática processual penal é o único que se amolda às diretrizes de um Estado Constitucional Democrático, não se aceitando, portanto, qualquer interpretação reducionista acerca dos direitos fundamentais encartados pela Constituição<sup>154</sup>.

Destarte, considerando que todas as garantias constitucionalmente asseguradas enquanto direitos fundamentais subsistem em um só sistema jurídico que deve prezar pela sua harmonia, as antinomias que se destacam no contexto de uma sociedade complexa e multifacetada impõe, como visto, a necessidade de se compatibilizar estes comandos normativos em aparente conflito a fim de que se emane a melhor solução possível para cada caso.

Assim sendo, conforme as ilações de Walter Nunes da Silva Junior, “o reconhecimento dessa dupla dimensão dos direitos fundamentais deu suporte a uma nova vertente do princípio da proporcionalidade”<sup>155</sup> que, por seu turno, aporta-se tanto em uma perspectiva objetiva no tocante ao dever de proteção, de proibição da omissão ou de proteção insuficiente (negligente) do Estado, quanto em uma perspectiva subjetiva, que se refere à proibição do excesso, em respeito ao princípio da menor ingerência possível, extraído da jurisprudência alemã<sup>156</sup>.

Desta feita, constituindo-se em uma ponderação *lato sensu*, que estabelece uma relação entre duas grandezas, indo além de uma ponderação abstrata entre bens jurídicos, o exame da proporcionalidade pressupõe um conteúdo substancial que visa a inviolabilidade do núcleo essencial dos direitos fundamentais, a partir de um esquema metodológico que observe critérios objetivos no processo de intervenção do Estado (aqui na figura do Judiciário), na área de proteção de uma garantia fundamental.

---

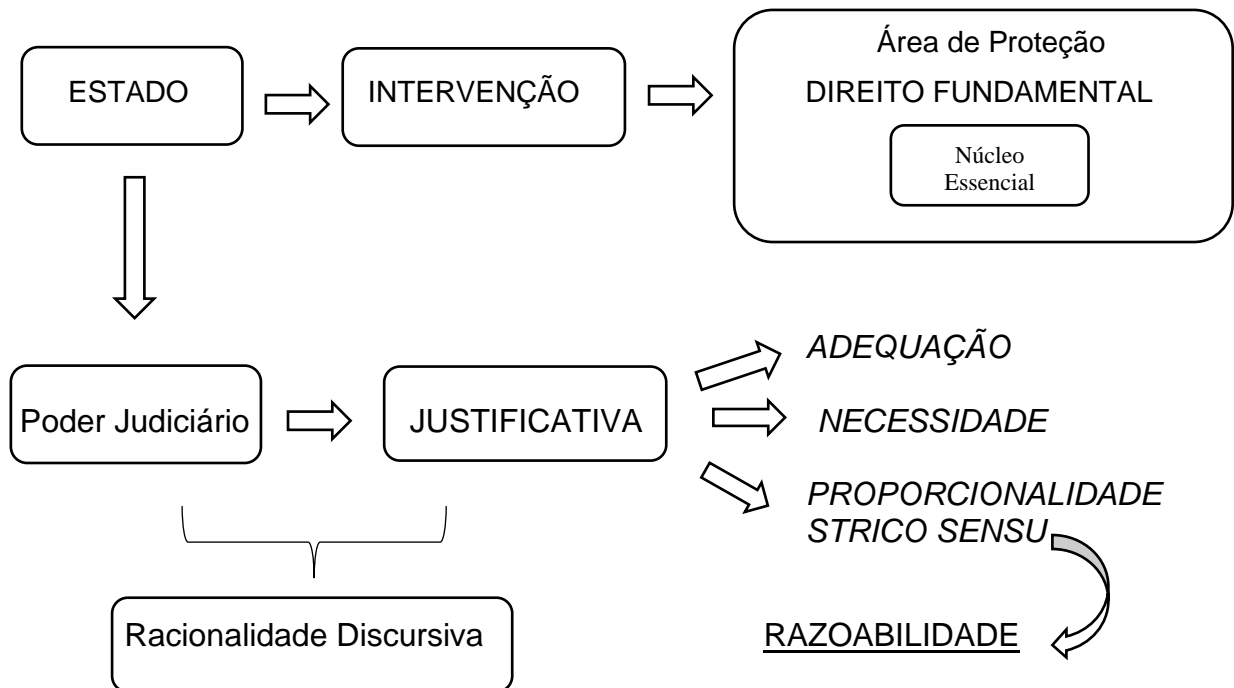
<sup>153</sup> MORAES, Mauricio Zanoide. *Op. cit.* p. 316.

<sup>154</sup> FELDENS, Luciano. **Direitos fundamentais e direito penal: a constituição penal**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 47.

<sup>155</sup> SILVA JUNIOR, Walter Nunes da. **Teoria Constitucional do Processo Penal: O dever de proteção eficiente do Estado**. *Op. cit.*

<sup>156</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 227/228.

Por conseguinte, o referido esquema metodológico pode ser representado da seguinte forma<sup>157</sup>:



Destrinchando os elementos metodológicos do princípio da proporcionalidade, Marcelo Peruchin pontua que “o pressuposto da *adequação* exige, pois, que as medidas interventivas adotadas se mostrem aptas a atingir os objetivos pretendidos”. Aliado a isso, “de acordo com a exigência da *necessidade*, de todas as medidas que igualmente servem à obtenção de um fim, cumpre eleger aquela menos nociva aos interesses do cidadão”. Por fim, faz-se necessário analisar a *proporcionalidade em sentido estrito*, também chamada *razoabilidade*, de modo que “o sacrifício imposto a um dos direitos fundamentais possa ser compreendido como medida ponderada, equilibrada, temperada pelo bom senso”<sup>158</sup>.

Desta feita, tem-se que o próprio esquema metodológico do princípio da proporcionalidade pressupõe a racionalização da atividade judicial na intervenção à área de proteção dos direitos fundamentais a partir do procedimento discursivo, o qual, por sua vez, confere o pressuposto de legitimidade requerido às decisões judiciais em um Estado Constitucional Democrático, sobretudo no âmbito do processo

<sup>157</sup> Elaboração autoral.

<sup>158</sup> PERUCHIN, Marcelo Caetano Guazzelli. *Op. cit.* p. 226/227. [Grifos acrescidos]

penal, no qual essa legitimidade guarda consonância com a busca da solução socialmente menos violenta.

Por sua vez, Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, adeptos de uma teoria liberal dogmática dos direitos fundamentais, de acordo com os quais “a proporcionalidade deve ser entendida como elemento disciplinador do limite à competência constitucional atribuída aos órgãos estatais de restringir a área de proteção de direitos fundamentais”<sup>159</sup>, no tocante ao elemento da necessidade, entendem que se faz necessário seguir as “regras do ônus argumentativo”<sup>160</sup>.

Endossasse, assim, que o esquema metodológico extraído do conteúdo substancial do princípio da proporcionalidade, para uma racionalização da atividade judicial na intervenção à área de proteção destes direitos fundamentais, não se contrapõe à proposta de uma legitimação destas decisões judiciais a partir de um “foro de justificação pública”<sup>161</sup> responsável por encontrar a solução que melhor concretize a ampla eficácia da norma em discussão.

Pelo contrário, países que não apresentam suas instituições democráticas em razoável funcionamento necessitam dessa complementação discursiva, ainda que seja primordial a observância de critérios objetivos no processo de justificação da intervenção estatal, porquanto, por vezes, “a política criminal fixada pelo Judiciário nem sempre coincide com aquela formulada ou imaginada pelo legislador ou pela própria sociedade”<sup>162</sup>.

Por consequência, nas palavras de Goes, tal ponderação na resolução de conflitos entre direitos fundamentais deverá se basear na “análise da adequação, da exigibilidade e da proporcionalidade das *opções que discursivamente mostraram-se possíveis*, mas sempre preservando o mínimo existencial, sem o qual não se concebe uma sobrevivência realmente dotada de dignidade”.

---

<sup>159</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Op. cit.*, p. 188. Frise-se que os autores são adeptos, como dito, a uma teoria liberal dogmática dos direitos fundamentais e criticam o abstracionismo das interpretações judiciais e doutrinárias conferidas ao princípio da proporcionalidade, realizando análise metodológica do referido princípio de forma ainda mais detalhada do que se observa na doutrina majoritária, todavia não sendo o objetivo do trabalho adentrar a este mérito, resgatando-se o referencial teórico em tela para se debater sobre a possibilidade de aproximação entre esse viés metodológico e a racionalidade discursiva que se defende na construção de uma decisão judicial comprometida com a legitimidade democrática apoiada na participação popular.

<sup>160</sup> *Ibidem*. p. 211.

<sup>161</sup> GOES, Ricardo Tinoco de. *Op. cit.* p., 193.

<sup>162</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Direito Penal Contemporâneo: questões controvertidas. O paradoxo do risco e a política criminal contemporânea.* (Org). MENDES, Gilmar Ferreira. BOTTINI, Pierpaolo Cruz; PACELLI, Eugênio. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 125.

Nesse sentido, Paul Ricoeur enfatiza a necessária interligação entre os parâmetros da interpretação (em Dworkin) e da argumentação (em Alexy), apontando que “é precisamente essa estrutura argumentativa que mobiliza a interpretação”.<sup>163</sup> De tal maneira, Goes defende a “proposição que pretende assegurar, para a Jurisdição, a legitimidade das suas decisões pelo rumo de uma argumentação mantida com a esfera pública, sedimentada depois por uma interpretação reconstrutiva voltada à aplicação de princípios”<sup>164</sup>.

Ronald Dworkin, por sua vez, desenvolveu um modelo de direito positivo, composto por regras e princípios, que asseguram, por meio de uma jurisprudência discursiva, a integridade de condições de reconhecimento que garantem a cada parceiro do direito igual respeito e consideração, defendendo-se a ideia de revisão judicial sufragada por uma comunidade de princípios e interpretada por uma leitura moral da Constituição feita pelo julgador, consagrando, portanto, uma perspectiva reconstrutiva <sup>165</sup>.

Todavia, enquanto Dworkin desenvolve uma perspectiva reconstrutiva do próprio sistema, em uma realidade na qual é sempre possível a construção de uma única resposta correta para cada caso de difícil resolução, a partir de uma escolha imparcial do princípio a ser aplicado, levando-se em consideração a coerência dos precedentes<sup>166</sup>, Robert Alexy, outro importante teórico da filosofia contemporânea que conferiu grande importância à força normativa dos princípios no ordenamento jurídico, tal qual já apontado, desenvolveu uma perspectiva procedimentalista, mediante a “construção discursivo-argumentativa da regra jurídica a ser aplicada a partir da consideração ponderada de princípios, principalmente quando considerados em rota de colisão”<sup>167</sup>.

Conforme também destaca Goes, em suas ilações sobre a Teoria do Direito como Integridade, em Dworkin, e a Teoria da Argumentação de Alexy, para ambos os autores, os princípios “recebem uma carga de valoração de conteúdo moral que lhes confere independência da iniciativa legislativa”<sup>168</sup>.

---

<sup>163</sup> RICOEUR, Paul. **O justo**. Trad. Ivone C. Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 171.

<sup>164</sup> GOES, Ricardo Tinoco de. *Op. cit.*, p. 192.

<sup>165</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 278-282.

<sup>166</sup> Ibidem

<sup>167</sup> GOES, Ricardo Tinoco de. *Op. cit.*, p. 181.

<sup>168</sup> Ibidem. p. 180.

Portanto, tem-se que o princípio da proporcionalidade seria um “princípio maior, retor de todos os outros, e que preside todo o sentido da argumentação voltada à aplicação do Direito”<sup>169</sup>. Desse modo, na visão de Willis Santiago, a procedimentalização consiste na base do princípio da proporcionalidade, pressupondo um espaço público para discussão concernente às exigências sociais do povo que são base do Estado Democrático de Direito<sup>170</sup>.

Complementando, o autor acrescenta que “o procedimento adquiria, no mundo jurídico-constitucional, uma narratividade emancipatória”<sup>171</sup>, considerando-se o desenvolvimento do mundo pós-moderno, no qual as adversidades de ideias precisam ser sobrepostas para o alcance de um entendimento mútuo, de modo que a “origem procedimentalizada do direito” surge como exigência da pós-modernidade<sup>172</sup>.

Noutro pórtico, faz-se necessário retomar as posições dos doutrinados Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins que tecem suas críticas a respeito de uma ponderação pautada no sopesamento axiológico de princípios, assim pretendendo evitar que essa proporcionalidade “se dilua dentro de uma visão geral da ponderação, reduzindo-se a uma figura retórica, conforme pode ser observado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria”<sup>173</sup>. Logo os autores entendem que “a proporcionalidade deve fiscalizar o poder estatal de forma racional”<sup>174</sup>.

No tocante ao princípio da presunção de não culpabilidade, especificamente, no julgamento do HC 84.078/MG, em 2009, no qual o STF reconheceu pela primeira vez a inconstitucionalidade da execução antecipada da pena, restou nítida a importância de se realizar a análise metodológica adequada acerca da proporcionalidade, a fim de se coibir uma intervenção injustificada à área de proteção de determinado direito fundamental, ainda que pendente o elemento da deliberação discursiva com os demais atores sociais envolvidos direta ou indiretamente no conflito, conforme pontuado no tópico 3 supra.

---

<sup>169</sup> Ibidem.

<sup>170</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria Processual da Constituição**. São Paulo: RCS, 2007, p. 263.

<sup>171</sup> Ibidem. p. 74-75.

<sup>172</sup> GOES, Ricardo Tinoco de. *Op. cit.*, p. 204.

<sup>173</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, *Op. cit.* p. 187.

<sup>174</sup> Ibidem, p. 195.

Nesse conspecto, tem-se, por exemplo, o contraponto entre o voto do Ministro Gilmar Mendes e o voto da Ministra Ellen Gracie, no bojo do mencionado HC 84.078/MG<sup>175</sup>:

*Parece certo, ademais, que tal exigência impede a aplicação do princípio da proporcionalidade in concreto, tomando como absoluta uma valoração que se assenta exclusivamente num juízo de desvalor genérico - a prática de determinado delito. Semelhante critério viola sem dúvida o princípio da proporcionalidade já na sua acepção de necessidade, ou em outros termos, sobre a existência de outro meio igualmente eficaz e menos gravoso.*

[...]

*Configurada a desnecessidade da medida, tendo em vista sua flagrante inadequação, não há dúvida de que, na espécie, a adoção de fórmulas genéricas, calcadas na mera antecipação da execução da pena por não mais haver recursos com efeito suspensivo à disposição da defesa, resulta ofensiva ao princípio da proporcionalidade na sua acepção de necessidade.*

*[voto do Ministro Gilmar Mendes – Gritos acrescidos].*

*Não identifico excesso nenhum quando o legislador toma eficaz, enquanto não modificada, uma sentença condenatória mantida pelo tribunal. Ele parte da presunção de que a condenação foi acertada. Não seria razoável partir da presunção de que ela é sempre desacertada. Qualquer magistrado de segundo, terceiro ou quarto grau de jurisdição sabe que é mínimo o percentual de reformas em decisões condenatórias. Afetado estaria o referido princípio se aceitássemos que alguém pudesse ser privado da liberdade no curso do processo quando não há certeza formada sobre materialidade e autoria (CPP, art. 312), mas não pudesse sê-lo após a sentença condenatória mantida pelo tribunal, quando, ao invés de presunção, já existe juízo de certeza.*

*[voto da Ministra Ellen Gracie – Grifos acrescidos].*

Observa-se, assim, como se torna mais bem justificada a fundamentação do discurso de aplicação do judiciário quando pautado em elementos metodológicos concretos que observa os limites materiais impostos pelo princípio da proporcionalidade, em contrapartida ao abstracionismo da argumentação solipsística de um julgador que se encontra dotado de certeza no seu juízo de culpabilidade, mesmo ainda existindo a possibilidade de modificação da “*verdade material*” adotada, retomando-se, aqui, o ideal de construção de uma verdade consensual para o paradigma democrático posto.

De acordo com a jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão que desenvolveu o significado do princípio da proporcionalidade<sup>176</sup>:

<sup>175</sup> STF. HC 84.078/MG. *Op. cit.*, p. 1175.

<sup>176</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.*, p. 227-228. A decisão é mencionada pelo autor: BVerfGE, 30, 292 (316).

[...] o meio empregado pelo legislador deve ser adequado e exigível, para que seja atingido o fim almejado. O meio é adequado quando, com o seu auxílio, se pode promover o resultado desejado; *ele é exigível quando o legislador não poderia ter escolhido outro igualmente eficaz, mas que seria um meio não prejudicial ou portadora de uma limitação menos perceptível a direito fundamental.* [Grifos acrescidos].

Nessa linha de raciocínio, é no mínimo paradoxal, de acordo com o limite material imposto pelo princípio da proporcionalidade, taxativamente adotado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, conforme visto, que seja possível a execução antecipada da pena, isto é, o início da execução penal antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, em um sistema carcerário que evidencia a existência de uma violência estrutural, no qual a pena de prisão não atende a nenhuma função legítima, voltada à reintegração ou à ressocialização do agente transgressor, razão pela qual esta mesma corte reconheceu a tese do “Estado de Coisas Inconstitucionais” no sistema penitenciário brasileiro.

A referida tese, por seu turno, foi afirmada pelo STF no bojo da Arguição por Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347/DF<sup>177</sup>, reconhecendo-se, no sistema penitenciário nacional, a existência de um litígio estrutural operado, em grande parte, pela omissão deliberada dos Poderes Públicos que tem refratado rotineiramente na violação massiva de direitos fundamentais dos presidiários.

No julgamento em questão, reforçou-se que o papel do Supremo diante desse quadro é retirar as autoridades públicas do estado de letargia, provocando a formulação de novas políticas públicas, aumentando a deliberação política e social sobre a matéria e monitorando-se o sucesso da implementação das providências escolhidas, assegurando, com isso, a efetividade prática das soluções propostas<sup>178</sup>.

Todavia, infelizmente, passados cerca de cinco anos da orientação firmada pelo STF nesse sentido, em 2020 o Brasil se manteve como o 3º país com a maior população carcerária do mundo, conforme dados do IFOPEN, o que, na visão de Gabriel Sampaio, coordenador do programa de Enfrentamento à Violência Institucional da Conectas Direitos Humanos, reflete uma política criminal populista e ineficaz, quando “o Brasil encarcera muito e de maneira desordenada, não oferece

<sup>177</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF nº 347 MC/DF. Pleno. Rel.: Min. Marco Aurélio. DJ. 09/09/2015.

<sup>178</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Notícias STF. STF inicia julgamento da ação que pede providências para a crise prisional. 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=298600>. Acesso em: 01 out 2020.

condições dignas nas prisões, sendo precários os acessos à saúde ao trabalho (18%) e à educação (14%)”<sup>179</sup>.

Ademais, em 2016, conforme aventado anteriormente, o STF mudou de posicionamento no tocante à possibilidade da execução antecipada da pena, novamente ganhando relevo uma posição abstrata de princípios, conforme uma verdade real do julgador da Ação no curso do processo, em detrimento de uma verdade consensual e plural conformada por uma sociedade aberta de intérpretes. Nesse sentido, tem-se o posicionamento do Ministro Luís Roberto Barroso no bojo do HC 126292/SP<sup>180</sup>:

*Naturalmente, não serve o art. 283 do CPP para impedir a prisão após a condenação em segundo grau – quando já há certeza acerca da materialidade e autoria – por fundamento diretamente constitucional. Acentue-se, porque relevante: interpreta-se a legislação ordinária à luz da Constituição, e não o contrário.*

[...]

*Assim sendo, a partir de uma ponderação entre os princípios constitucionais envolvidos e à luz do mandamento da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente, é possível concluir que a execução provisória da pena aplicada a réu já condenado em segundo grau de jurisdição, que esteja aguardando apenas o julgamento de RE e de REsp, não viola a presunção de inocência. Em verdade, a execução da pena nesse caso justifica-se pela necessidade de promoção de outros relevantes bens jurídicos constitucionais. [Grifos acrescentados].*

Destarte, para se romper com essa tradição autoritativa da jurisdição nacional que, como visto, ainda é a tônica do Poder Judiciário brasileiro atualmente, sobretudo na aplicação da dogmática penal, vê-se a importância de o Judiciário orientar-se pelo princípio da proporcionalidade, pautando-se, sobretudo, em uma racionalidade discursiva, a fim de se evitar cair na armadilha de uma ponderação principiológica abstrata.

Portanto, tem-se que somente a partir dessa interlocução entre o judiciário e os demais setores sociais, fundada em um procedimento discursivo-argumentativo, poderá vir a se concretizar um modelo dialógico de jurisdição que preze pela máxima concretização dos direitos fundamenatais, pela soberania popular, pela proteção aos

<sup>179</sup> IHU. **Brasil se mantém como 3º país com maior população carcerária do mundo.** 2020. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/596466-brasil-se-mantem-como-3-pais-com-maior-populacao-carceraria-do-mundo>. Acesso em: 10 ago. 2020.

<sup>180</sup> STF. HC 126292/SP. Op. cit., p. 39.

direitos contramajoritários e, conseqüentemente, pela consistência de um Estado Constitucional Democrático.

## 5 CONCLUSÕES

Buscando-se diagnosticar o déficit de legitimidade democrática da jurisdição nacional no Brasil, a presente pesquisa destacou na discussão proposta a relevância do diálogo na construção de uma dogmática emancipatória da sociedade. Vislumbrou-se, com isso, a necessidade de configuração de uma autonomia política dos cidadãos que, por seu turno, resgate a essência da soberania popular para a concretização das garantias fundamentais plasmadas pelo texto constitucional.

Conforme visto, inicialmente foi pontuada a imbricada relação entre o conceito de jurisdição, democracia e legitimidade, no contexto de uma sociedade semiperiférica que apresenta um modelo democrático teratológico, no qual a participação social nas decisões judiciais emanadas é meramente formal.

Desta feita, observou-se a importância das esferas públicas de opinião na circulação do poder comunicativo, construindo-se, assim, uma vontade popular direcionada ao alcance da jurisdição, responsável, por seu turno, pelos discursos de aplicação normativa.

Destarte, o caso da execução antecipada da pena escolhido para estudo nesta pesquisa apontou para um projeto de política criminal seletivo, responsável por endossar uma violência estrutural, institucionalizada pelo Estado, que se apresenta como óbice nesse processo de emancipação cidadã, marginalizando boa parte da sociedade (estigmatizada) através do confinamento do indivíduo em instituições prisionais.

Nesse norte, destacou-se a inconstância da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no referido caso, ressaltando-se o mito da imparcialidade e/ou neutralidade do juiz, problematizando-se o solipsismo jurídico da jurisdição que se aporta na figura do magistrado como vértice do poder democrático.

Conseqüentemente, abordou-se a extensão do princípio da presunção de não culpabilidade, de modo a se denunciar o cunho autoritário das decisões judiciais emanadas nessa seara que reproduzem uma verdade real/material do julgador da ação, através dos elementos colhidos no processo, sem que se desenvolva em

nenhum momento um debate de fato democrático sobre a lide em apreciação para a construção de uma verdade consensual, comprometida, sobretudo, com os interesses contramajoritários da população.

Por oportuno, evidenciado o déficit de legitimidade democrática da jurisdição nacional, concluiu-se que o processo de intervenção estatal à área de proteção de direitos fundamentais, aqui especificamente no caso da presunção de não culpabilidade, deve respeitar a adoção de critérios metodológicos balizados pelo princípio da proporcionalidade.

Isso porque, com a promulgação da Constituição Federal de 1988 responsável por sedimentar a orientação democrática com a qual, atualmente, deve ser interpretado o Código de Processo Penal de 1941, destacou-se a ínsita correlação entre a Teoria Geral dos Direitos Fundamentais e a Teoria do Processo Penal, observando-se, daí, a importância do princípio da proporcionalidade na legitimação das decisões judiciais, tanto em um aspecto formal quanto material.

Porquanto, constatou-se que pela dupla perspectiva dos direitos fundamentais, os quais podem ser observados tanto em um viés subjetivo quanto objetivo, tem-se como necessária uma constante ampliação do conteúdo das garantias constitucionais, impondo-se aos agentes e aos órgãos estatais uma atuação positiva no sentido de aumentar o âmbito de proteção da norma para a concretização da sua maior eficácia possível.

Todavia, na busca por uma democracia deliberativa para a construção de uma jurisdição dialógica, conclui-se, outrossim, que não basta a observância de um esquema metodológico do princípio da proporcionalidade, pressupondo-se, nesse cenário, a racionalização da atividade judicial na intervenção à área de proteção dos direitos fundamentais a partir do procedimento discursivo, o qual, por sua vez, confere o requisito de legitimidade requerido às decisões judiciais em um Estado Constitucional Democrático, principalmente no âmbito do processo penal, no qual essa legitimidade guarda consonância com a busca da solução socialmente menos violenta.

Desse modo, viu-se que o esquema metodológico extraído do conteúdo substancial do princípio da proporcionalidade, para uma racionalização da atividade judicial na intervenção à área de proteção destes direitos fundamentais, não se contrapõe à proposta de uma legitimação destas decisões a partir de um *foro de*

*justificação pública* responsável por encontrar a solução que melhor concretize a ampla eficácia da norma em discussão.

Por consequência, observou-se que a ponderação na resolução de conflitos entre direitos fundamentais, em um Estado Constitucional Democrático, deverá se basear nas opções que discursivamente se mostrarem possíveis à análise da adequação, da exigibilidade e da proporcionalidade, sempre se preservando o núcleo essencial de cada garantia.

Afinal, tem-se que o sistema penal, sobretudo na realidade marginal das sociedades semiperiféricas, constitui um fato de poder que, em seu exercício deslegitimado, reproduz a violência. Portanto, para pôr fim a esse histórico repressor faz-se mister elaborar um discurso pautador de decisões que importe em um exercício de poder legítimo das agências judiciais, buscando-se, com isso, um modelo cooperativo de soluções que seja antagônico à lógica verticalizada de domínio instituída no ambiente democrático do país.

Por fim, é importante retomar que a proposta de uma jurisdição dialógica, analisada neste estudo, não defende a figura de um Poder Judiciário guiado à cancelar a opinião majoritária dos diversos setores sociais ou que transfira seu poder decisório para o povo, mas, sim, que a interlocução entre os poderes públicos e o poder social, pelo caminho da melhor argumentação, sirva à colmatação do déficit de legitimidade democrática observado nesse cenário.

Até porque, o modelo deliberativo de democracia apresentado não se contrapõe ao modelo representativo então instituído, mas, antes, concede-lhe autenticidade ao potencializar a soberania do povo.

Nesse cotejo, a pesquisa em tela revelou a necessidade de se ampliar o debate sobre a problemática trazida à contenda, especialmente no que tange à desmistificação da figura do juiz como principal detentor do saber, qualificando-se a opinião pública para que cada vez mais possua capacidade de influir nos discursos de aplicação normativa da jurisdição, objetivo este, por seu turno, não exaurido nesta dissertação e que deve ser complementado mediante o aprofundado estudo de aperfeiçoamento dos mecanismos de participação popular já disponíveis na ordem constitucional estabelecida como forma de se garantir o gozo de uma democracia substancial.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad. José Cretella Júnior e Agnes Cretella. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Direito Penal Contemporâneo: questões controvertidas. O paradoxo do risco e a política criminal contemporânea**. (Org). MENDES, Gilmar Ferreira. BOTTINI, Pierpaolo Cruz; PACELLI, Eugênio. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

CABRAL, Thiago. As raízes do autoritarismo no Código de Processo Penal de 1941. **Canal Ciências Criminais**. 2019. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/autoritarismo-codigo-de-processo-penal-de-1941/>. Acesso em: 20 ago. 2020.

CASTRO, Felipe Araújo. **Genealogia histórica do campo jurídico brasileiro: liberalismo-conservador, autoritarismo e reprodução aristocrática**. 2018. 435 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2018, p. 130.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Teoria Constitucional e o Direito Alternativo: para uma dogmática constitucional emancipatória**. In: Estudos de Homenagem a Carlos Henrique de Carvalho. São Paulo: Revista dos Tribunais LTDA, 1995.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

\_\_\_\_\_. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 278-282.

FELDENS, Luciano. **Direitos fundamentais e direito penal: a constituição penal**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. Teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERREIRA, Débora Costa; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Amicus Curiae em números. Nem amigo da corte, nem amigo da parte? **Revista de Direito Brasileira**.

jan./abr. 2017, v. 16, n.7. p. 176. Disponível em:

<https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/3076>. Acesso em: 20 ago. 2020.

GARAPON, Antoine. **O guardador de promessas**: justiça e democracia. Trad. Francisco Aragão. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.

GAUER, Gabriel José Chittó; CATALDO NETO, Alfredo; PICKERING, Viviane Leal. Realidade do indivíduo na prisão: considerações sobre violência. *In: Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos*. Org. Ruth Maria Chittó Gauer. Porto Alegre: Edipucrs, 2008.

GIRARD, René. **O bode expiatório**. Trad. Ivo Storniolo. São Paulo: Paulus, 2004.

GOÉS, Ricardo Tinoco de. **Democracia deliberativa e jurisdição**. A legitimidade da decisão judicial a partir e para além da teoria de J. Habermas. Curitiba: Juruá, 2013.

GOVERNO DO BRASIL. Notícias. Justiça e Segurança. **Dados sobre a população carcerária do Brasil são atualizados**. 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/pt-br/noticias/justica-e-seguranca/2020/02/dados-sobre-populacao-carceraria-do-brasil-sao-atualizados>. Acesso em: 10 ago. 2020

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria Processual da Constituição**. São Paulo: RCS, 2007.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional** – A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para interpretação pluralista e

“procedimental” da constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Síntese, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1991. Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4147570/mod\\_resource/content/0/A%20Forca%20Normativa%20da%20Constituicao%20-%20Hesse.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4147570/mod_resource/content/0/A%20Forca%20Normativa%20da%20Constituicao%20-%20Hesse.pdf). Acesso em: 07 maio 2020.

IHU. **Brasil se mantém como 3º país com maior população carcerária do mundo**. 2020. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/596466-brasil-se-mantem-como-3-pais-com-maior-populacao-carceraria-do-mundo>. Acesso em: 10 ago. 2020.

KOZICKI, Katya; ARAÚJO Eduardo Borges. Um Contraponto Fraco a um Modelo Forte: o Supremo Tribunal Federal, a última palavra e o diálogo. **Sequência**. Estudos Jurídicos e Políticos. v. 36, n. 71. 2015. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.5007/2177-7055.2015v36n71p107>. Acesso em: 15 ago. 2020.

LASSALLE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1985.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia**. Dworkin e a teoria do direito contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2013.

MACIEL Adhemar Ferreira. O Bill Of Rights Americano: Reflexos no Direito Constitucional Brasileiro. **Migalhas**. Colunas. Lauda Legal. 2016. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/coluna/lauda-legal/239959/o-bill-of-rights-americano-reflexos-no-direito-constitucional-brasileiro>. Acesso em: 01 out 2020.

MAUS, Ingeborg. O judiciário como superego da sociedade – o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. **Novos Estudos**, n. 58, São Paulo: CEBRAP, p. 128, 2000.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O Espírito das Leis**. Introdução. Trad. Pedro Vieira Mota. 7ª ed. São Paulo. Saraiva: 2000.

MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no Processo Penal Brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lunen Juris, 2010.

MPF. **Caso Lava Jato**. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/entenda-o-caso>. Acesso em: 10 ago. 2020.

\_\_\_\_\_. Procuradoria da República em São Paulo. **Diante do quadro de pandemia e de recomendação do CNJ, Lava Jato de São Paulo pede prisão domiciliar de Paulo Vieira de Souza**. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/sp/sala-de-imprensa/noticias-sp/diante-do-quadro-de-pandemia-e-de-recomendacao-do-cnj-lava-jato-de-sao-paulo-pede-prisao-domiciliar-de-paulo-vieira-de-souza>. Acesso em: 11 set. 2020.

MULLER, Friedrich. **Fragmento (sobre) o poder constituinte do povo**. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

\_\_\_\_\_. **Teoria Estruturante do Direito**. São Paulo: RT, 2008.

MUÑOZ CONDE, Francisco; HASSEMER, Winfried. **Introdução à criminologia**.

Trad. Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.

187. VIEIRA, Luiz Vicente. **A democracia em Rousseau**: a recusa dos pressupostos liberais. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997.

PAULINO, Lucas Azevedo. **Jurisdição constitucional sem supremacia judicial**: entre a legitimidade democrática e a proteção de direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

PEREIRA, Carlos André Maciel Pinheiro. **Jurisdição procedimental**: o agir comunicativo da opinião pública através do *amicus curiae*. Curitiba: Juruá, 2018.

PERUCHIN, Marcelo Caetano Guazzelli. O princípio da proporcionalidade como ferramenta eficaz para a aferição da ilegitimidade da indevida restrição a direitos fundamentais, no âmbito do processo penal. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, a. 1, n. 1, janeiro/junho 2015. São Paulo: Atlas S.A., 2015.

PIMENTEL, Thais. Detentos de grupo de risco para Covid-19 em Minas Gerais são mantidos em regime fechado. **G1 Minas**. jul. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/mg/minas-gerais/noticia/2020/07/23/detentos-de-grupo-de-risco-para-covid-19-em-minas-gerais-sao-mantidos-em-regime-fechado.ghtml>. Acesso em: 11 set. 2020.

POLÍCIA FEDERAL. **FASES DA OPERAÇÃO LAVA JATO**. FASES DA LAVA JATO 2016. Disponível em: <http://www.pf.gov.br/imprensa/lava-jato/fases-da-operacao-lava-jato-1/fases-da-lava-jato-2016>. Acesso em 01 ago. 2020.

PORFÍRIO, Francisco. Democracia. **História do Mundo**. Disponível em: <https://www.historiadomundo.com.br/curiosidades/democracia.htm>. Acesso em: 03 jan. 2020.

RICOEUR, Paul. **O justo**. Trad. Ivone C. Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. Trad. Antônio de Pádua Danesi. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

SANTOS, Juarez Cirino dos. Presunção de inocência e inconstitucionalidade da prisão em 2º grau. **Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**. Boletim 316 – Março 2019.

SENADO. Atividade Legislativa. **Proposta de Emenda à Constituição n.º 5, de 2019**. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/135253>. Acesso em: 01 out. 2020.

SILVA, Felipe Gonçalves. A solidariedade entre público e privado. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo (Orgs.). **Direito e Democracia**: um guia de leitura de Habermas: São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. **Curso de direito processual penal: Teoria** (constitucional) do processo penal. Capítulo 9. Princípio da presunção de inocência e da não culpabilidade. 3. ed. Revista, atualizada e ampliada. Natal: OWL, 2019, prelo.

\_\_\_\_\_. **Reforma tópica do processo penal:** inovações aos procedimentos ordinário e sumário, com o novo regime das provas e principais modificações do júri e as medidas cautelares pessoais (prisão e medidas diversas da prisão). Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADC 43.** Voto Ministro Alexandre de Moraes.

Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADC43AM.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2020.

\_\_\_\_\_. **ADC 43.** Voto Ministro Celso de Mello. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADC43MCM.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2020.

\_\_\_\_\_. **ADC 43.** Voto Ministro Dias Toffoli. Disponível

em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/VotoADCs43e44MinDiasToffoli.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2020;

\_\_\_\_\_. **ADC 43.** Voto Ministro Edson Fachin. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADC43EF.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2020.

\_\_\_\_\_. **ADC 43.** Voto Ministro Luís Roberto Barroso. Disponível em:  
<https://www.conjur.com.br/dl/leia-voto-ministro-barroso-execucao.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2020.

\_\_\_\_\_. **ADC 43.** Voto Ministro Marcus Aurélio. Disponível em:  
<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADCvotoRelator.pdf>.  
 Acesso em: 30 ago. 2020.

\_\_\_\_\_. **ADC 43.** Voto Ministra Rosa Weber. Disponível em:  
<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADC43votoRW.pdf>.  
 Acesso em: 30 ago. 2020.

\_\_\_\_\_. **ADC 54.** Processo Eletrônico. Disponível em:  
<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5440576>. Acesso em: 10 ago. 2020.

\_\_\_\_\_. **Habeas Corpus n.º 82.424.** DJ 13.04.04. Disponível em:  
[http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/verConteudo.php?sigla=portalStfJuriSprudencia\\_pt\\_br&idConteudo=185077&modo=cms](http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/verConteudo.php?sigla=portalStfJuriSprudencia_pt_br&idConteudo=185077&modo=cms). Acesso em: 01 out. 2020.

\_\_\_\_\_. **Habeas Corpus 84.078-7/Minas Gerais.** Min. Rel. Eros Grau, Tribunal Pleno, j. 05/02/2009. Disponível em  
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>. Acesso em: 01 ago. 2020.

\_\_\_\_\_. **Habeas Corpus 126.292/São Paulo,** Min. Rel. Teori Zavascki, Plenário, j. 17/02/2016. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>.  
Acesso em: 01 ago. 2020.

\_\_\_\_\_. **Habeas Corpus 152.752/Paraná**. Min. Rel. Edson Fachin, Plenário, j. 04/04/2018. Disponível em:  
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=15132272>.  
Acesso em: 10 ago. 2020.

\_\_\_\_\_. Notícias STF. **STF decide que cumprimento da pena deve começar após o esgotamento de recursos**. 07 nov. 2019. Disponível em:  
<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=429359>. Acesso em: 11 ago. 2020.

\_\_\_\_\_. Notícias STF. **STF inicia julgamento da ação que pede providências para a crise prisional**. 2015. Disponível em:  
<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=298600>. Acesso em: 01 out 2020.

SUTHERLAND, Edwin H. **Criminalidade de colarinho branco**. Trad. Clécio Lemos. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

TAVARES, André Ramo. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

TODOROV, Tzvetan. **Os inimigos íntimos da democracia**. Trad. Joana Angélica d'Ávila Melo. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

UMA-SUS. **Organização Mundial de Saúde declara pandemia do novo coronavírus.** Março, 2020. Disponível em: <https://www.unasus.gov.br/noticia/organizacao-mundial-de-saude-declara-pandemia-de-coronavirus>. Acesso em: 04 maio 2020.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. O Habeas Corpus como formador de precedentes penais no STF. **Consultor Jurídico**. 15 out. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-out-15/pensando-habeas-habeas-corpus-formador-precedentes-penais-stf>. Acesso em: 15 ago. 2020.

VERDÚ, Pablo Lucas. **O Sentimento Constitucional:** Aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política. Trad. Agassiz Almeida Filho. Capítulo IV. Teoria do Estado, Teoria da Constituição e Sentimento Constitucional. Forense: Rio de Janeiro, 2006.

WALDRON, Jeremy. **Participation:** The right of rights. Meeting of the Aristotelian Society, held in Senate House. Trad. Livre. University of London, 1998.

\_\_\_\_\_. **Judicial review and Judicial Supremacy.** Trad. Livre. NYU School of Law, Public Law Research Paper, n. 14-57. 2014.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas.** A perda de legitimidade do sistema penal. Trad. Vania Romano Pedrosa; Amir Lopez da Conceição. 5 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015.