



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO

PAULO ROGÉRIO GUERREIRO GOMES JÚNIOR

**FATORES REAIS DE PODER E O JUDICIÁRIO BRASILEIRO: UM ESTUDO DE
CASO SOBRE A DECISÃO DE PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA**

FORTALEZA

2018

PAULO ROGÉRGIO GUERREIRO GOMES JÚNIOR

**FATORES REAIS DE PODER E O JUDICIÁRIO BRASILEIRO: UM ESTUDO DE
CASO SOBRE A DECISÃO DE PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA**

Monografia apresentada ao Curso de
Graduação em Direito da Universidade Federal
do Ceará, como requisito parcial à obtenção do
Título de Bacharel em Direito.
Área de concentração: Direito Público.

Orientador: Prof. Dr. Dimas Macedo.

FORTALEZA

2018

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Universitária
Gerada automaticamente pelo módulo Catalog, mediante os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

G616f Gomes Júnior, Paulo Rogério Guerreiro.
FATORES REAIS DE PODER E O JUDICIÁRIO BRASILEIRO : UM ESTUDO DE CASO SOBRE
A DECISÃO DE PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA / Paulo Rogério Guerreiro Gomes Júnior. – 2018.
48 f.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito,
Curso de Direito, Fortaleza, 2018.
Orientação: Prof. Me. Dimas Macedo.

1. Direito Constitucional. I. Título.

CDD 340

PAULO ROGÉRIO GUERREIRO GOMES JÚNIOR

**FATORES REAIS DE PODER E O JUDICIÁRIO BRASILEIRO: UM ESTUDO DE
CASO SOBRE A DECISÃO DE PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA**

Monografia apresentada ao Curso de
Graduação em Direito da Universidade Federal
do Ceará, como requisito parcial à obtenção do
Título de Bacharel em Direito.
Área de concentração: Direito Público.

Aprovada em: ___/___/_____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Ms. Dimas Macedo (Orientador)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Ms. Francisco Tarcísio Rocha Gomes Júnior
Escola Superior do Ministério Público do Ceará (ESMP/CE)

Mestrando Arthur Gustavo Saboya de Queiroz
Universidade Federal do Ceará (UFC)

AGRADECIMENTOS

À Deus, que me deu o dom da vida.

Aos meus pais, Paulo e Valcileda, e meu irmão Caio, agradeço o ambiente de amor e cuidado sempre presente em nossa família, a conclusão dessa etapa é nossa.

Ao Mestre Dimas Macedo, por seus ensinamentos e causos compartilhados durante a graduação e na Fortlivros e por aceitar essa árdua tarefa de orientação.

Aos participantes da banca examinadora, Doutor Chicó e Arthur, pelo tempo e valiosas colaborações e sugestões.

Aos amigos que ficaram pelo caminho e aos tantos outros conquistados nessa etapa. Na enumeração existe o risco de esquecermos alguém, mas esses são alguns nomes: Mariana “Lia” França, Luisa Sousa, Isabela Fernandes, Daniel Marques, Fernando Facó, Ivan Sampaio, Sami, Gabriela, Jothe Frota. Bons amigos que tornaram a faculdade um lugar melhor, não apenas um lugar de ganhar conhecimento, mas a possibilidade de aprender coisas muito mais úteis que o direito para a vida.

Ao meu amigo Clinton por ser o cara da TI e me ajudar algumas vezes com trabalhos chatos.

A minha namorada Beatriz, por me suportar nesse momento difícil que foi o fim do semestre e me dar sempre o suporte necessário.

“O caos é uma ordem por decifrar.”

Saramago.

RESUMO

O direito é poder – e não apenas porque aquele é irmão-gêmeo da política. Ato contínuo, em função desse preciso fator, somente o direito – ou a situação idealizada da autoridade autocontrolada – pode disciplinar a potência latente contida na política. Em 2009, o Supremo Tribunal Federal (STF) determinou que o réu só pudesse ser preso após o trânsito em julgado (ou seja, depois do recurso a todas as instâncias). Nesse contexto, o ainda não ministro, Barroso sustentava a opinião de que a opinião pública é um fator extrajurídico relevante no processo de tomada de decisões por juízes e tribunais. O recente fenômeno de esvaziamento da política em prol da constitucionalização dos assuntos de relevância nacional originou a expansão das discussões acerca da última palavra e do diálogo. Para tanto, a literatura apresenta tanto inclinações por juízes e cortes, ou por legisladores e parlamentos, quanto dá uma solução pautada no diálogo constitucional, enquanto terceira via para superação de extremismos, hostilidades, ou de outro lado, evitar a simples postura deferente dos tribunais.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Controle Constitucional. Ativismo Judicial.

ABSTRACT

The law is power - and not just because that's brother-twin of politics. For this reason, only the law - or the idealized situation of self-controlled authority - can discipline the latent power contained in politics. In 2009, Supremo Tribunal Federal (STF) determined that the defendant could only be arrested after the final res judicata (that is, after appealing to all instances). In this context, the non-minister, Barroso maintained the opinion that public opinion is a relevant extra-judicial factor in the decision-making process by judges and courts. The recent phenomenon of emptying politics in favor of the constitutionalization of matters of national relevance has led to the expansion of discussions about the last word and dialogue. For this, the literature has so much inclination by judges and courts, or by legislators and parliaments, as it gives a solution based on constitutional dialogue, as a third way to overcome extremism, hostilities, or on the other hand, to avoid the simple deference of the courts .

Keywords: Constitutional law. Constitutional review. Judicial activism.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABNT	Associação Brasileira de Normas Técnicas
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
NBR	Norma Brasileira Regulamentar
PUCPR	Pontifícia Universidade Católica do Paraná
SIBI	Sistema Integrado de Bibliotecas
trad.	Tradutor

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	11
2	O QUE É UMA CONSTITUIÇÃO	13
2.1	Fatores reais de poder.....	14
2.2	A crítica de Hesse	18
2.3	Síntese das ideias	22
3	CONTROLE CONSTITUCIONAL	23
3.1	Pensamento de Waldron	26
3.2.1	O papel decisório das cortes constitucionais.....	29
3.2.2	O papel decisório do legislativo.....	32
4	A PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA.....	36
4.1.1	Votos a favor da execução da pena	38
4.1.2	Votos contra a execução da pena	40
4.2	Fatores reais de Poder e o Controle Constitucional.....	41
5	CONCLUSÃO	45
	REFERÊNCIAS	47

1 INTRODUÇÃO

“Direito e poder são as duas faces da mesma moeda: só o poder pode criar o direito e só o direito pode limitar o poder”. Proferida por um jusfilósofo italiano Bobbio (1987), a tensão que constitui essa sentença orientará o enredo a ser seguido neste trabalho. Explique-se a afirmação pela identificação de sua lógica: o direito é poder – e não apenas porque aquele é irmão-gêmeo da política. Ato contínuo, em função desse preciso fator, somente o direito – ou a situação idealizada da autoridade autocontrolada – pode disciplinar a potência latente contida na política.

Para aquém e além de preocupações acadêmicas, cabe perquirir se os sujeitos destilam racionalidade obrigatoriamente cercados pelas circunstâncias – ou, de outra forma, transcendem seus marcos históricos e ousam falar para a posteridade. Ferdinand Lassalle é um pensador dos meados do século XIX; Konrad Hesse reflete na metade do século XX. Os cem anos que os separam serão suficientes para que sejam elididos os radicais do constitucionalismo moderno? Ou se terá alterado a sociedade alemã tão significativamente a ponto de inviabilizar a comparação?

O núcleo da sociedade ocidental permaneceu, grosso modo, o mesmo. No entanto, persiste a dilacerante questão: é o constitucionalismo a prova da recusa liberal ao mundo democrático, ou, ao revés, constitui-se em um ideário que ratifica novos tempos de igualdade e liberdade – senão reais, formais, o que apontaria a alguma possibilidade de sua efetivação? Evite-se uma resposta peremptória. Registre-se, por ora, apenas a formação social societária como um espaço aberto a disputas – por bens materiais e simbólicos.

A política é atividade humana que esta flui por todas as atividades humanas, é uma das formas de exercer o poder. O poder pode ser descrito como uma característica pessoal, uma força intangível nas organizações que consiste na capacidade e potencial de uma pessoa ou departamento de influenciar outras pessoas da organização, com o objetivo de alcançar resultados definidos pelos que o detêm.

O poder nas organizações é muitas vezes o resultado de características estruturais dentro de um sistema de hierarquia formal, no qual algumas tarefas são mais importantes, independentemente de quem as realiza, e algumas posições têm acesso a maiores recursos, ou seja, sua contribuição é mais crítica. O poder organizacional é investido no cargo e não na pessoa.

Diante disso, surgiu o questionamento para a presente pesquisa monográfica: a luz

da teoria pensada por Ferdinand Lassalle, os fatores reais de poder ainda respondem sobre a forma como as decisões do Supremo Tribunal Federal são tomadas? Para isso, foi escolhido um caso que foi fortemente debatido na época e voltou a tona recentemente com o Habeas Corpus do ex-presidente Luís Inácio da Silva, o Lula, a execução da pena após a condenação em segunda instância.

2 O QUE É UMA CONSTITUIÇÃO

Em todos muitos lugares e a todas horas, ouvimos falar da Constituição e de seus problemas constitucionais. Na imprensa, nos locais de trabalhos e residências, é este o assunto obrigatório de todas as conversas. E, apesar disso, ou por isso mesmo, formulada em termos precisos esta pergunta: qual será a verdadeira essência, o verdadeiro conceito de uma Constituição?

“A Constituição é a lei fundamental proclamada pelo país, na qual baseia-se a organização do Direito público dessa nação”, essa resposta jurídica, porém, ou outras parecidas que se possam dar, distanciam-se muito de explicar o que ela seja. Estas, limitam-se a descrever exteriormente como se formam as Constituições e o que fazem, mas não explicam o que é uma Constituição. Dão-nos critérios, notas explicativas para conhecer juridicamente uma Constituição; porém não esclarecem onde está o conceito de toda Constituição, isto é: a essência constitucional. Não servem, pois, para orientar-nos sobre se uma determinada Constituição é, e porque, boa ou má, factível ou irrealizável, duradoura ou insustentável, pois para isso seria necessário que explicassem o conceito da Constituição.

Ora, torna-se necessário sabermos qual é a verdadeira essência de uma Constituição. Para isso, porém, de nada servirão as definições jurídicas, que podem ser aplicadas a todos os papéis assinados por uma nação, proclamando-as Constituições, seja qual for o seu conteúdo, sem penetrarmos na sua essência.

Uma boa forma de encontrarmos o conceito de algo que não sabemos é a partir da comparação com algo que conhecemos. Embora a definição de Constituição pareça algo distante, o conceito de lei é algo mais simples e, com base nisso, tentaremos chegar a uma definição satisfatória.

Aplicando esse método, pergunto: Qual a diferença entre uma Constituição e uma Lei? Ambas, a lei e a Constituição, têm, evidentemente, uma essência genérica comum. Uma Constituição, para reger, necessita a aprovação legislativa, isto é, tem que ser também lei. Todavia não é uma lei como as outras, uma simples lei: é mais do que isso. Entre os dois conceitos não existe somente afinidade; há também diferença. Esta, que faz que a Constituição seja mais do que simples lei, poderia demonstrá-lo com centenas de exemplos. O país, por exemplo, não protesta pelo fato de constantemente serem aprovadas novas leis. Não pode, porém, decretar-se uma única lei que seja, nova, sem alterar a situação legislativa

vigente no momento da sua aprovação, pois se a nova lei não motivasse modificações no aparelhamento legal vigente, seria absolutamente supérflua e não teria motivos para ser a mesma aprovada. Por isso, existe menos resistência quando as leis são modificadas, pois notamos, e estamos cientes disso, que é esta a missão normal e natural dos governos.

Mas, modificar a Constituição gera protestos. Esta diferença é tão inegável, que existem Constituições que dispõem taxativamente que a Constituição não poderá ser alterada de modo algum; noutras, consta que para reformá-la não é o bastante que uma simples maioria assim o deseje, mas que será necessário obter dois terços dos votos do Parlamento; existem ainda algumas onde se declara que não é da competência dos Corpos Legislativos sua modificação, nem mesmo unidos ao Poder Executivo, senão que para reformá-la deverá ser nomeada uma nova Assembléia Legislativa, ad hoc criada expressa e exclusivamente para esse fim para que a mesma se manifeste acerca da oportunidade ou conveniência de ser a Constituição modificada.

Já que a Constituição é a lei fundamental de uma nação, será uma força ativa que faz, por uma exigência da necessidade, com que as coisas existam porque devem existir, tenham uma função, se rejam pela necessidade. Assim, a ideia de fundamento traria, implicitamente, a noção de uma necessidade ativa, de uma força eficaz e determinante que atuasse sobre tudo em que nela se baseia, fazendo-a assim e não de outro modo.

E qual seria essa força ativa que fundamenta uma Constituição? Será que existe em algum Estado, alguma força ativa que possa influir de tal forma em todas as leis do mesmo, que a obrigue a ser necessariamente, até certo ponto, o que são e como são, sem poderem ser de outro modo?

2.1 Fatores reais de poder

Os fatores reais do poder são a força ativa e eficaz que subordinam todas as leis e instituições jurídicas da sociedade, determinando o que elas são. Ela carrega consigo forças políticas e sociais que lidam com um aspecto de garantia e segurança da nação.

Como essa força ativa dominante vai de fato atribuir os valores necessários para a verdadeira constituição da lei fundamental de uma nação. Nesse momento Lassalle profere uma das mais famosas hipóteses do constitucionalismo contemporâneo: a de um enorme incêndio na Prússia que acabasse por destruir todos os originais dos textos legais vigentes na

época bem como a própria reprodutora destes textos, o que ocasionaria a necessidade de formulação de um ordenamento jurídico inteiramente novo.

A pergunta que se faz nesse momento é se o legislador ordinário poderia, de sobressalto, decidir pela extinção da monarquia, ou da aristocracia; decidir sobre o não restabelecimento da grande burguesia; implantar medidas excepcionais para destituir a qualidade dos banqueiros; ou ainda, privar a liberdade da pequena burguesia e do proletariado. A resposta é inteiramente negativa, uma vez que cada classe apresenta alguma espécie de poder que torna factível a realidade desses fatores reais como uma parte da própria Constituição, que, de acordo com a realidade jurídica aparenta não existir

De fato, a monarquia e a aristocracia detêm uma parcela de poder político externado na forma de poder militar, pois detêm a seu mando as ações do exército, a direção de seus canhões e (naquela época) de suas baionetas. Por outro lado, a grande burguesia e os banqueiros detêm parcela do poder econômico, uma vez que são os responsáveis imediatos pela distribuição e manutenção do status do capital, do sistema capitalista. Por fim, a pequena burguesia e classe proletária são os detentores da força política uma vez que constituem a maior parcela do povo, e se transportarmos essa concepção para a Constituição Federal brasileira de 1988, o art. 1º, parágrafo único, preceitua que “todo poder emana do povo, que o exerce por meio representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”, o que exemplifica na prática a existência desses fatores reais de poder.

No que tange, então, à relação entre esses fatores e a Constituição escrita, jurídica, Lassalle descreve que:

[...] não é difícil compreender a relação que ambos os conceitos guardam entre si. Juntam-se esses fatores reais do poder, os escrevemos em uma folha de papel e eles adquirem expressão escrita. A partir desse momento, incorporados a uma folha de papel, não são simples fatores reais do poder, mas sim verdadeiro direito – instituições jurídicas. (LASSALLE, 1998)

Desse modo, para ele, uma força organizada pode sustentar-se anos a fio, sufocando o poder, muito mais forte, porém desorganizado, do país.

Importante ressaltar que ao denominar a Constituição escrita de “folha de papel”, expressão que ficou célebre, Lassalle (1998) apenas fazia alusão à frase de Frederico Guilherme IV, que disse “Julgo-me obrigado a fazer afora, solenemente, a declaração de que

nem no presente nem para o futuro permitirei que entre Deus do céu e o meu país se interponha uma folha de papel escrita como se fosse uma segunda providência”. Desse modo, estabelece a relação que existe entre esses fatores reais de poder e a Constituição jurídica:

Juntam-se esses fatores reais do poder, os escrevemos em uma folha de papel e eles adquirem expressão escrita. A partir desse momento, incorporados a um papel, não são simples fatores reais de poder, mas sim verdadeiro direito, instituições jurídicas. Quem atentar contra eles atenta contra a lei, e por conseguinte é punido (LASSALLE, 1998).

Na visão dos detentores de poder seria necessária a existência de uma Constituição escrita. Para Lassalle (1998), seria como mera forma de legitimação, mais fácil, mais convincente. Observando que todos os países tiveram e terão sempre uma Constituição real e efetiva, essa é uma necessidade que se impõe, “pois não é possível imaginar uma Nação onde não existam os fatores reais de poder, quaisquer que sejam eles”.

Nos Estados Modernos, com o fenômeno do monopólio do Direito pelo Estado, é que surgem, de modo generalizado, as Constituições escritas, “cuja missão é a de estabelecer documentalmente, numa folha de papel, todas as instituições e princípios do governo vigente”.

Por isso, aspirar a uma Constituição escrita tem como origem o fato de ter-se operado uma transformação nos elementos reais do poder imperantes dentro do país, num determinado momento. Se esses fatores do poder continuassem sendo os mesmos, não teria cabimento que essa mesma sociedade desejasse uma Constituição para si. Acolheria tranqüilamente a antiga, ou, quando muito, juntaria os elementos dispersos num único documento, numa única Carta Constitucional.

No Estado pouco povoado da Idade Média, sob o domínio governamental de um príncipe e com uma nobreza que possuía a maior parte da propriedade territorial, necessitava-se de uma Constituição feudal. A nobreza detinha, além da posse das terras, o poder sobre os feudatários, os servos, os colonos, obrigando-os a formar suas hostes e a lutar com os seus vizinhos. Os senhores feudais tinham, ainda, chefes de armas, soldados, escudeiros e criados que, sob o seu poder, também serviam ao rei, que não mantinha outra força efetiva que a dos próprios que compunham a nobreza. O príncipe não poderia criar, sem seu consentimento, novos impostos e ocupava entre eles apenas a posição de *primus inter pares*.

A passagem do feudalismo ao capitalismo determinou novas mudanças. Novos fatores reais de poder surgiram determinando novo modelo de Constituição, o crescimento populacional, o progresso da indústria e do comércio facilitam os recursos necessários à mudança.

A população urbana não mais dependia da nobreza; tem interesses opostos a esta que, pouco a pouco, perde as prerrogativas e os poderes. O príncipe alcança maior poder efetivo, chegando a manter Exército permanente. Ato contínuo, o poder central se fortalece, retirando da nobreza a prerrogativa de receber tributos e obrigando-a ao pagamento de impostos.

Com a transformação dos fatores reais do poder, transforma-se também a Constituição vigente no país. O absolutismo sucede ao feudalismo, iniciando uma nova ordem.

Entretanto, o príncipe, como soberano absoluto, não acredita na necessidade de se pôr por escrito a nova Constituição. O príncipe tinha em suas mãos o instrumento real e efetivo do poder – o exército permanente – que forma a Constituição efetiva dessa sociedade, e ele e os que o rodeiam dão expressão a essa ideia e dão ao país a qualificação de Estado militar.

Além disso, o poder efetivo do príncipe é reconhecido pela nobreza, que abandona os feudos e concentra-se na Corte, onde “recebe uma pensão e contribui, com sua presença, para prestigiar a monarquia” (LASSALLE, 1998).

Após esse período e em função dele ocorre o do fortalecimento da burguesia, por meio do desenvolvimento da indústria e do comércio. Ao príncipe torna-se impossível acompanhar o desenvolvimento da burguesia, “que começa a compreender que também é uma potência política independente” (LASSALLE, 1998).

Paralelamente ao aumento da população, aumenta e divide-se a riqueza social em proporções incalculáveis, progredindo também as indústrias, as ciências, a cultura geral e a consciência coletiva – outro dos fragmentos da Constituição, conforme já visto.

Assim, Lassalle (1998) entende “haver demonstrado que os fatos históricos analisados tiveram o mesmo efeito de um incêndio ou de um furacão que tivesse varrido a velha legislação nacional”.

Lassalle (1998) também afirma que uma Constituição escrita só seria boa e duradoura se correspondesse à Constituição real, pois, caso contrário, mais dia ou menos dia, a escrita, a folha de papel, sucumbiria necessariamente perante as verdadeiras forças vitais do país.

Traz também a ideia de que o poder, a força do exército, embora menor, é mais efetiva do que a do povo, pois encontra-se organizada e treinada, sendo um dos grandes erros da Revolução de 1848 o fato de não ter sido o exército colocado sob a Constituição, tirando-o do controle da monarquia.

2.2 A crítica de Hesse

Konrad Hesse, ao contrapor-se às reflexões desenvolvidas por Ferdinand Lassalle, não as refuta de forma peremptória. Relativizando a concepção de Lassalle, a completa; trazendo-a para uma nova realidade, realça o caráter normativo da Constituição.

Na concepção de Hesse, a realização da Constituição importa na capacidade de operar na vida política, nas circunstâncias da situação histórica e, especialmente, na vontade de Constituição, que procede de três fatores: da consciência da necessidade e do valor específico de uma ordem objetiva e normativa que afaste o arbítrio; da convicção de que esta ordem constituída é mais do que uma ordem legitimada pelos fatos e que necessita estar em constante processo de legitimação, e da consciência de que se trata de uma ordem que não logra ser eficaz sem o concurso da vontade humana, principalmente das pessoas envolvidas no processo constitucional, isto é, de todos os partícipes da vida constitucional.

Hesse (1991) relativiza as idéias de Lassalle ao condicionar a autonomia da Constituição:

“A norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside na sua vigência, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade. Essa pretensão de eficácia (Geltungsanspruch) não pode ser separada das condições históricas de sua realização, que estão, de diferentes formas, numa relação de interdependência, criando regras próprias que não podem ser desconsideradas. Devem ser contempladas aqui as condições naturais, técnicas, econômicas e sociais. A pretensão de eficácia da norma jurídica somente será realizada se levar em conta essas condições”.

E acrescenta um elemento axiológico:

“Há de ser, igualmente, contemplado o substrato espiritual que se consubstancia num determinado povo, isto é, as concepções sociais concretas e o baldrame axiológico que influenciam decisivamente a conformação, o entendimento e a autoridade das proposições normativas”.

Tanto a obra de Lassalle quanto a obra de Hesse fornecem elementos para uma teorização da Constituição; um esforço de elaboração e aprofundamento de um conceito de Constituição.

Após considerar como tese fundamental da obra de Lassalle a afirmativa de que questões constitucionais não são questões jurídicas, mas sim questões políticas, Hesse, citando Georg Jellinek, que afirmara: “o desenvolvimento das Constituições demonstra que regras jurídicas não se mostram aptas a controlar, efetivamente, a divisão de poderes políticos, cujas forças movem-se consoante suas próprias leis, que atuam independentemente das formas jurídicas”, observa que “esse pensamento não pertence ao passado”, que “a coincidência de realidade e norma constitui apenas um limite hipotético extremo” e sustenta a necessidade de uma ficção – uma força normativa da Constituição – como força determinante para assegurar a eficácia da Constituição jurídica, uma vez que no âmbito da Constituição “inexiste, ao contrário do que ocorre em outras esferas da ordem jurídica, uma garantia externa para execução de seus preceitos”.

À conclusão de Lassalle de que a verdadeira Constituição de um país somente tem por base os valores reais e efetivos do poder que naquele país vigem contrapõe-se Hesse:

“A norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside na sua vigência, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade”.(...) “A pretensão de eficácia de uma norma constitucional não se confunde com as condições de sua realização; a pretensão de eficácia associa-se a essas condições como elemento autônomo. A Constituição não configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser; ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas. Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social. Determinada pela realidade social e, ao mesmo tempo, determinante em relação a ela, não se pode definir como fundamental nem a pura normatividade, nem a simples eficácia das condições sócio-políticas e econômicas. A força condicionante da realidade e a normatividade da Constituição podem ser diferenciadas; elas não podem, todavia, ser definitivamente separadas ou confundidas”.

A questão da Constituição escrita é vista por Hesse da seguinte forma:

“A Constituição jurídica não significa simples pedaço de papel, tal como caracterizada por Lassalle. Ela não se afigura ‘impotente para dominar, efetivamente, a distribuição de poder’, tal como ensinado por Georg Jellinek e como, hodiernamente, divulgado por um naturalismo e sociologismo que se pretende cético. A Constituição não está desvinculada da realidade histórica concreta do seu tempo. Todavia, ela não está condicionada, simplesmente, por essa realidade. Em caso de eventual conflito, a Constituição não deve ser considerada, necessariamente, a parte mais fraca. Ao contrário, existem pressupostos realizáveis (realisierbare Voraussetzungen) que, mesmo em caso de confronto, permitem assegurar a força normativa da Constituição. Somente quando esses pressupostos não puderem ser satisfeitos, dar-se-á a conversão dos problemas constitucionais, enquanto questões jurídicas (Rechtsfragen), em questões de poder (Machtfragen). Nesse caso, a Constituição jurídica sucumbirá em face da Constituição real. Essa constatação não justifica que se negue o significado da Constituição jurídica: o Direito Constitucional não se encontra em contradição com a natureza da Constituição”.

Há necessidade da vontade de Constituição, isto é, há necessidade da vontade de cumpri-la e de conformar a realidade com as normas nela prescritas, pois além do ser ela prescreve um dever ser.

A vontade de Constituição origina-se de três vertentes diversas:

- “Baseia-se na compreensão da necessidade e do valor de uma ordem normativa inquebrantável, que proteja o Estado contra o arbítrio desmedido e uniforme.
- Reside, igualmente, na compreensão de que essa ordem constituída é mais do que uma ordem legitimada pelos fatos (e que, por isso, necessita de estar em constante processo de legitimação).
- Assenta-se também na consciência de que, ao contrário do que se dá com uma lei do pensamento, essa ordem não logra ser eficaz sem o concurso da vontade humana. Essa ordem adquire e mantém sua vigência através de atos de vontade. Essa vontade tem consequência porque a vida do Estado, tal como a vida humana, não está abandonada à ação surda de forças aparentemente inelutáveis. Ao contrário, todos nós estamos permanentemente convocados a dar conformação à vida do Estado, assumindo e resolvendo as tarefas por ele colocadas. Não perceber esse aspecto da vida do Estado representaria um perigoso empobrecimento de nosso pensamento. Não abarcaríamos a totalidade desse fenômeno e sua integral e singular natureza. Essa natureza apresenta-se não apenas como problema decorrente dessas

circunstâncias inelutáveis, mas também como problema de determinado ordenamento, isto é, como um problema normativo”.

Hesse enumera alguns pressupostos que permitem à Constituição desenvolver de forma ótima a sua força normativa. Quanto mais o conteúdo de uma Constituição lograr corresponder à natureza singular do presente, tanto mais seguro há de ser o desenvolvimento de sua força normativa. Como requisito essencial da força normativa da Constituição que ela leve em conta não só os elementos sociais, políticos e econômicos dominantes, mas também que, principalmente, incorpore o estado espiritual de seu tempo, o que irá assegurar à Constituição o apoio e a defesa da consciência geral.

Enquanto Lassalle entendia a sujeição da Constituição aos fatores reais de poder, Hesse assevera que a Constituição, para ser aceita, para ter eficácia, para ser legítima, deve incorporar tais elementos, “não devendo assentar-se numa estrutura unilateral, se quiser preservar a sua força normativa num mundo em processo de permanente mudança político-social”, condicionando, no entanto, a relação entre Constituição e realidade ao efetivo cumprimento das disposições constitucionais:

“Um ótimo desenvolvimento da força normativa da Constituição depende não apenas do seu conteúdo, mas também de sua práxis. De todos os partícipes da vida constitucional exige-se partilhar aquela concepção anteriormente por mim denominada vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*). Ela é fundamental, considerada global ou singularmente”.

Ressalta o valor do respeito à Constituição, o perigo da reforma constitucional e o significado decisivo da interpretação constitucional.

Quanto à preservação da Constituição, Hesse reforça o seu pensamento citando Walter Burckhardt (1931), para quem a vontade da Constituição

“deve ser honestamente preservada, mesmo que, para isso, tenhamos de renunciar a alguns benefícios, ou até a algumas vantagens justas. Quem se mostra disposto a sacrificar um interesse em favor da preservação de um princípio constitucional fortalece o respeito à Constituição e garante um bem da vida indispensável à essência do Estado, mormente ao Estado democrático”.

Hesse também afirma que cada reforma constitucional expressa a idéia de que, efetiva ou aparentemente, atribui-se maior valor às exigências de índole fática do que à ordem normativa vigente. A interpretação, tem significado decisivo para a consolidação e preservação da força normativa da Constituição. Segundo Hesse, o princípio da ótima concretização da norma, ao qual está submetida a interpretação constitucional, não pode ser aplicado com base nos meios fornecidos pela subsunção lógica e pela construção conceitual. Se o direito e, sobretudo, a Constituição têm a sua eficácia condicionada pelos fatos concretos da vida, não se afigura possível que a interpretação faça deles tábula rasa.

Da obra de Konrad Hesse pode-se concluir, ainda, que a Constituição jurídica está condicionada pela realidade histórica e os limites à força normativa da Constituição podem ser constatados quando a ordenação constitucional não mais se basear na natureza singular do presente, não sendo possível à Constituição suprimir esses limites.

É conferido um papel de destaque à interpretação construtiva, como condição fundamental da força normativa da Constituição e, por conseguinte, de sua estabilidade. “Caso ela venha a faltar, tornar-se-á inevitável, cedo ou tarde, a ruptura da situação jurídica vigente”.

Atribui-se ao Direito Constitucional a tarefa de concretização da força normativa da Constituição, sobretudo porque esta não está assegurada de plano, “configurando missão que, somente em determinadas condições poderá ser realizada de forma excelente”. Conforme Hesse “a Ciência do Direito Constitucional cumpre seu mister quando envida esforços para evitar que as questões constitucionais se convertam em questões de poder”.

2.3 Síntese das ideias

O ponto de ruptura entre as duas visões constitucionais é que Hesse acredita na existência de uma força normativa que aproxime a Constituição Jurídica da Constituição Real, na medida em que aquela pretende agir diretamente nesta última. Ora, se a Constituição jurídica, no que tem de fundamental, sucumbe cotidianamente em face da Constituição real. A idéia de um efeito determinante exclusivo da Constituição real não significa outra coisa senão a própria negação da Constituição jurídica.

Assim, o direito constitucional, enquanto ciência jurídica perderia todo o seu valor, e passaria a ser ontologia, sociologia ou política. Mas, de fato, aponta Hesse para a

existência de uma força determinante do Direito Constitucional a fim de demonstrar que a Constituição jurídica existe para um determinado fim. Este que é uma ficção necessária para a devida relação e gestão do poder relacionado como fator da própria Constituição Real.

Existe o entendimento de que os mecanismos de controle e a criação de Tribunais Constitucionais se revelam como possíveis de efetuar a integração entre a norma constitucional e a realidade, expressa tanto em fatos submetidos à apreciação do Judiciário, quanto mediante o exame das normas infraconstitucionais. A “interpretação em conformidade com a Constituição” possibilita reafirmar, em cada ato praticado ou julgado, a supremacia da Constituição.

O que nos leva a outro problema.

3 CONTROLE CONSTITUCIONAL

As visões constitucionais expostas no capítulo anterior, embora não sejam as únicas, delimitam a área de embate sobre as teorias constitucionais, sendo a “força normativa da constituição” de Hesse a mais proeminente no contexto pós Segunda Guerra Mundial. Isso se verifica quando praticamente todas as democracias ocidentais introduziram ou fortaleceram em suas constituições a jurisdição constitucional, cuja finalidade é funcionar como um mecanismo de proteção dos direitos fundamentais contra uma possível atuação legislativa contrária a esses direitos.

No Brasil, a supremacia constitucional foi um pouco mais tardia, até porque esse papel primordial do texto constitucional começa, de fato, no pós Segunda Guerra e considerando que os anos de 1964 a 1988, no Brasil, foram marcados por um verdadeiro engessamento da ordem constitucional, se é que existente. Com isso, é difícil afirmar uma normatividade cogente dessas Constituições outorgadas, característica própria dos períodos de exceção.

Não é de admirar-se que somente com a promulgação de nossa última Constituição é que pudemos assistir ao processo de sua sobreposição aos demais atos normativos infraconstitucionais.

Vale ressaltar que como a maioria das mudanças, esta ainda se opera no país: a substituição de uma literalidade exagerada por análises interpretativas com foco na Constituição Federal, inclusive ditames “programáticos”, ocorre devagar e a luta pela

concretização da Constituição como diploma supremo na defesa dos direitos fundamentais é gradual e cotidiana.

O processo através do qual as Constituições passaram a ser o centro normativo e irradiador da potência normativa foi, segundo uma corrente de estudiosos, de extrema importância para toda a ciência jurídica, principalmente o Direito Constitucional. A partir de então, passa a ocorrer o fenômeno nominado por Barroso como filtragem constitucional, ou seja, as Constituições passam a agir como verdadeiros filtros através do qual as leis e demais atos normativos devem passar (ou repassar) para que sejam válidos, sob pena de declaração de inconstitucionalidade ou até mesmo de incompatibilidade. Ocorre, então, uma verticalização hierárquica e as Constituições passam a ocupar o topo dessa pirâmide hierárquico-normativa.

Esse processo de “efetivação da Constituição” leva a um fato conhecido atualmente como Ativismo Judiciário, que teoricamente é bem interessante a medida em que o judiciário passa a agir como um indutor de mudanças progressistas da sociedade, complementando o vácuo deixado pelo legislativo ou o próprio executivo. Na prática, existe uma série de problemas.

O ativismo judicial tem sido muito divulgado, estando muito em voga, em especial, graças às intervenções efetivadas pelo Poder Judiciário, em matérias afetas aos outros poderes constitucionais. A concepção comum é que ativismo é a deliberada expansão do papel do Judiciário, mediante o uso da interpretação constitucional para suprir lacunas, sanar omissões legislativas ou determinar políticas públicas quando ausentes ou ineficientes. Exemplos de decisões ativistas envolveram a exigência de fidelidade partidária e a regulamentação do direito de greve dos servidores públicos, além da concessão judicial de medicamentos, entre outros (Barroso, 2009).

O ativismo judicial, conforme De Paula (2011), surge no Brasil a partir da redemocratização e a assimilação cultural-jurídica da supremacia dos princípios e valores consagrados na CF/88. Assim, a redemocratização fortaleceu e expandiu o Poder Judiciário, bem como aumentou a demanda por Justiça na sociedade brasileira, instrumentalizada, com primazia, pelo acionamento do MP e da Defensoria Pública. Segundo o mesmo autor, a legitimidade da atividade jurisdicional advém de uma conduta estritamente vinculada à realização da Justiça Social, contida no artigo 3º, da CF. Este artigo cuida de enumerar os objetivos fundamentais da nossa República.

Para Luis Roberto Barroso, a ascensão do Judiciário deu lugar a uma crescente judicialização da vida e a alguns momentos de ativismo judicial. Judicialização significa que

questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas pelo Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo, também conhecido como Administração Pública.

Existem diversas causas para esse fenômeno. A primeira é o reconhecimento de que um Judiciário forte e independente é imprescindível para a proteção dos direitos fundamentais. A segunda envolve certa desilusão com a política majoritária. Ainda há uma terceira: atores políticos, muitas vezes, para evitar o desgaste, preferem que o Judiciário decida questões controversas, como aborto e direitos dos homossexuais.

No Brasil, o fenômeno assume uma proporção maior em razão de a Constituição cuidar de uma impressionante quantidade de temas. Incluir uma matéria na Constituição significa, de certa forma, retirá-la da política e trazê-la para o direito, permitindo a judicialização.

Barroso afirma que são modos de manifestação do ativismo judicial, a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: a) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; b) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; e, c) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

O ministro Gilmar Mendes proferiu um discurso sobre os 20 anos da Constituição brasileira em Washington, quando era presidente do Supremo Tribunal Federal. Durante o evento, ele fez um histórico das constituições brasileiras e falou da Carta de 1988 como um marco entre o fim de um ciclo autoritário e o início de uma nova experiência democrática, afirmando que:

O Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro, tem o importante papel de interpretar a Constituição e de assegurar que os direitos e garantias declarados no texto constitucional tornem-se uma realidade efetiva para toda a população. À demanda cada vez maior da sociedade a Corte tem respondido demonstrando profundo compromisso com a realização dos direitos fundamentais.

O constitucionalismo traduz-se em respeito aos direitos fundamentais. E democracia, em soberania popular e governo da maioria. Mas pode acontecer de a maioria

política vulnerar direitos fundamentais. Para uma parte dos estudiosos, cabe ao Judiciário agir nesses casos. É nessa dualidade presente no Estado constitucional democrático que podem Juízes e Tribunais interferir com as deliberações dos órgãos que representam as maiorias políticas, o Legislativo e o Executivo, impondo ou invalidando ações administrativas e políticas públicas. Deste modo, sempre que o Judiciário estiver atuando para preservar um direito fundamental previsto na Constituição ou para dar cumprimento a alguma lei existente, ele estará, segundo parte da doutrina, legitimado a agir.

Esses estudiosos acreditam que seja pelo magistrado em primeiro grau, seja pelos Tribunais, em especial pelo STF, está em perfeita consonância com os princípios constitucionais, bem assim, com os fundamentos e os objetivos da nossa Magna Carta.

3.1 Pensamento de Waldron

Poucas são as unanimidades, se é que existem, e esse tema passa longe de ser consenso. Outros pensadores políticos e constitucionais criticam o ativismo judicial por violar a separação dos poderes e atentar contra o primado da soberania popular, manifestada por seus representantes eleitos. Mas que dizer de um ativismo que aceita a existência de uma ou múltiplas realidades permanentes e essenciais em matéria de direitos fundamentais?

O primeiro problema é que as pessoas não notam o verdadeiro papel da magistratura: não são os juízes que têm o papel principal de promover as transformações sociais. Bem ao contrário, o Judiciário tende a ser mais reativo que ativo, mais conservador do que revolucionário.

Ele é antes um poder do status quo e de proteção dos interesses criados contra os anseios de iniciativa dos poderes representativos. Não se pode, assim, permitir que a atividade dinâmica da política democrática seja transferida dos órgãos de delegação popular para um pequeno grupo de notáveis, impermeável às mudanças operadas no sentimento público ou na concepção da vida dos seus contemporâneos. O juiz não tem qualquer papel.

Quando se admite o ativismo, em tese, não se impede ou previne que dê como resultado exatamente o oposto: adoção de uma jurisprudência retrógrada, inclusive em matéria de direitos fundamentais.

Além de não ser uma das atividades da magistratura, existe um questionamento mais amplo por parte dos estudiosos de que consideram a constituição uma limitação colocada

pelo povo sobre si mesmo, cujas restrições são necessárias para assegurar o exercício da liberdade, dos antigos e dos modernos.

De acordo com Waldron o conceito de constituição não deve ser definido meramente pelas restrições que esse documento coloca à política e ao governo. É exatamente esse aspecto restritivo atribuído à constituição pelo constitucionalismo que é objeto de contestação pelo autor. Ele considera que existem alguns aspectos das constituições escritas que devem ser ressaltados em detrimento de outros. Nesse sentido, uma das desvantagens das constituições escritas é que elas reforçam, entre os juristas, a teoria interpretativa e encorajam um formalismo textual rígido. Por outro lado, as constituições escritas desempenham uma importante função na política, qual seja, a de servir de base para as deliberações e, sendo assim, seu papel é mais de fortalecer a política e o governo do que de restringi-los. (WALDRON, 2009).

O constitucionalismo, segundo Waldron (2009), define as constituições principalmente a partir de três verbos: controlar (control) restringir (restraint) e limitar (limit). A reavaliação do conceito de constituição passa pela diferenciação desses termos. O sentido atribuído ao termo controle é positivo, e difere da conotação restritiva com a qual comumente ele é associado. O controle deve ser entendido no sentido de direção e não de repressão ou restrição. “Se eu controlo um veículo, eu determino não somente aonde ele não vai, mas também aonde ele vai. E se o governo é controlado, deve-se pensar que a questão importante é quem está no banco do motorista”.

Na proposta “waldroniana” este lugar deve ser ocupado pelo povo, ou por seus representantes, que devem decidir quais metas e diretrizes políticas devem estar contidas na constituição para que possam ser dirigidas ao fim escolhido. Assim, “[s]e o povo quer que seu governo atenua a pobreza, por exemplo, é tarefa da constituição proporcionar instituições que possam ser controladas por este desejo” (WALDRON, 2009).

Já o termo restrição, ao contrário do termo controle, efetivamente guarda um sentido negativo. Trata-se de impedir o governo, por meio de proibições inseridas no texto constitucional, de adotar determinadas atitudes definidas como abuso, tais como a prática da tortura ou a interferência em questões religiosas. Essas proibições, herança do constitucionalismo moderno, assumem a forma de direitos. Contudo, o autor identifica no constitucionalismo contemporâneo outra função atribuída à noção de restrição imposta pela constituição, que é a de “limitar afirmativamente o tipo de coisa que os governos podem fazer” (WALDRON, 2009). O significado atribuído ao termo limitação é similar ao de

restrição, ou seja, não está vinculado apenas à ideia de evitar abusos do governo sobre direitos e interesses particulares, mas de dizer o que é ou não função do governo. A crítica de Waldron aqui não recai sobre o que poderia ser estabelecido na constituição como aquilo que é função do governo, pois isso se coadunaria com o papel de direção que ele considera fundamental para o fortalecimento das metas estabelecidas politicamente; papel, aliás, bastante comum em constituições que possuem normas que visam sobretudo a implementação de direitos fundamentais de cunho social. Sua preocupação recai sobre a possibilidade de que esse aspecto restritivo-limitativo a respeito do que o governo deve fazer seja utilizado para impedir a implementação de decisões democráticas.

Direção (controle) e restrição são aspectos que podem levar a compreensões distintas do papel desempenhado pela constituição. A crítica que Waldron direciona ao constitucionalismo é de, ao ressaltar o aspecto de restrição do texto constitucional, diminuir seu papel no fortalecimento da democracia. Ele defende que a constituição pode fortalecer a democracia desde que não seja colocada como algo que restringe e limita a discussão e deliberação sobre os temas em desacordo.

Segundo Waldron (1998), quando ressaltam o aspecto criativo e organizacional da constituição, estão se referindo aos procedimentos políticos e, nesse aspecto, ele equipara as regras constitutivas (as regras procedimentais que criam as condições das práticas democráticas) ao pré-compromisso, uma vez que elas são retiradas da conversação política justamente para que possam nortear o debate e as decisões políticas. Para Waldron (1998), as regras procedimentais não podem ser consideradas meramente como uma limitação ou restrição ao debate uma vez que “elas tornam a participação possível por meio do estabelecimento de uma matriz de interação na qual contribuições particulares podem tomar o seu lugar e ser ‘registradas’, por assim dizer”. Assim sendo, embora as duas visões sustentem a importância da constituição na criação das instituições e regras procedimentais que nortearão a prática democrática, Waldron discorda quanto ao aspecto restritivo dessas regras.

Desse modo, a constituição pode contribuir para o fortalecimento da democracia na medida em que ela estabelece “instituições que permitem ao povo cooperar e coordenar para perseguir projetos que ele não alcançaria sozinho” (WALDRON, 2009). Essas instituições se referem a cada um dos poderes (executivo, legislativo e judiciário), assim como às agências administrativas ligadas a eles, as quais possibilitam e canalizam as demandas cotidianas dos cidadãos. Ao lado das instituições, as constituições também estabelecem os procedimentos por meio dos quais a política se realiza.

A proposta do autor é que tais mecanismos sejam vistos como um meio de estruturar a deliberação e não meramente como um modo de frear e diluir o poder político. Nesse sentido, “arranjos bicamerais podem ser vistos como modos de capacitar diferentes vozes na sociedade; e a separação dos poderes pode ser vista como um modo de levar a sério a integridade do que vem à existência como resultado de um genuíno exercício legislativo”. Waldron não chega a propor novos arranjos institucionais, mas sim uma readaptação dos arranjos já existentes, a fim de que seja ressaltada:

a importância do modo em que a constituição fornece abrigo para a atividade política de uma sociedade, estabelecendo um meio-termo de equipamento e formalidade de modo que a deliberação pública se torne um empreendimento estruturado, permitindo que as visões de uma pessoa sejam trazidas articuladamente em relação às visões de outras e facilitando a formação de opiniões bem pensadas, responsáveis e politicamente efetivas. Isso não é primariamente uma questão de restrição; é uma questão do que uma constituição afirmativamente torna possível a partir de algo que de outra maneira seria a política solta e cambaleante das ruas. (WALDRON, 2009).

A constituição pode então ser definida como um mecanismo que confere poder ao “povo ordinário em uma democracia e permite a ele controlar as fontes do direito e aproveitar o aparelho do governo para suas aspirações” (WALDRON, 2009). Desse modo, o que entra em conflito com o ideal democrático não é a constituição propriamente dita, mas sim o modo como ela é definida. Se compreendida como uma restrição, ela pode ser inconciliável com a democracia. Se compreendida como algo que fortalece ou cria condições, então ela de fato possibilita a democracia. O problema apontado por Waldron é a ênfase dada pelo constitucionalismo no aspecto restritivo da constituição. De acordo com essa perspectiva, não haveria necessariamente um conflito entre constituição e democracia, mas sim entre o constitucionalismo e a democracia.

3.2.1 O papel decisório das cortes constitucionais

Em linhas gerais, o modelo de supremacia judicial concentra a palavra final no Poder Judiciário sobre o entendimento da Constituição, o qual padece de respaldo democrático, pois, em regra, os juízes não são eleitos mediante um sistema de sufrágio direto, universal e periódico. Atribui-se, por conseguinte, a autoridade ao Poder Judiciário a fim de definir o sentido da Constituição não apenas em casos concretos, mas do mesmo modo para

“fixar orientação vinculante às autoridades legislativas, judiciais e administrativas e a atores privados em sua futura atuação” (BRANDÃO, 2012).

A corte constitucional jamais é percebida como elemento natural da democracia. Seu ponto de partida é concepção de que o parlamento é insuficiente para sua defesa. Cortes ocupam uma constituição especial: seus membros não são eleitos diretamente, mas escolhidos por algum método do qual participam autoridades eleitas; depois de nomeados, juízes ganham estabilidade e não podem ser retirados do cargo por suas decisões: são imunes a prestação de contas e responsabilidade política.

Ora, muitos dos argumentos invocados pelos ministros da Suprema Corte Brasileira vão no sentido de flexibilizar os princípios afim de alcançar um ideal popular, no caso em questão, a efetivação da Justiça.

Não é preciso ir muito longe para contatar a Supremacia do Judiciário, basta abrir a CF/88 no artigo 92 e ver o imenso rol de suas atribuições, e comparar com as atribuições do Legislativo e Executivo.

Para Dworkin a democracia é um esquema procedimental incompleto não tem valor algum se, ao ser posto em marcha, não estiverem presentes as exigências daquele ideal (MENDES, 2008). A democracia está delimitada sobre a liberdade do discurso, o conselho e a habilidade para interpretar os valores da constituição, de modo que ao juiz reserva-se também tomar decisões substantivas, pois é intrínseco à própria ideia de democracia.

A inclinação por juízes e cortes constitucionais assume que esta protege os direitos fundamentais e o conteúdo de justiça da democracia. Este argumento ganha contornos ainda mais amplos que o anterior, visto que transcende o procedimentalismo e demonstra que a concepção democrática, para além de procedimentos formais igualitários, depende de respeito às condições de legitimidade. Esse argumento equivale, na lição de Dworkin, a considerar a democracia como “esquema procedimental incompleto” com persecução do padrão de “igual consideração e respeito” (DWORKIN, 1996), de modo que ao juiz reserva-se também tomar decisões substantivas, pois é intrínseco à própria ideia de democracia.

Em face do argumento anterior, do modelo de supremacia judicial intui-se que a corte protege os direitos das minorias e impede a ‘tirania da maioria’, discussão clássica e alicerce do papel e legitimidade das teorias da revisão judicial. A justificativa baseia-se na limitação da maioria, cuja finalidade é evitar que se subverta a proteção dos direitos das minorias.

A corte é, além disso, emissária do povo genuíno e operacionaliza o “pré-comprometimento” (MENDES, 2011, p. 74). Este argumento justifica-se no controle que a corte constitucional deve exercer sobre o parlamento. Em uma primeira concepção, leva-se em consideração o dualismo constitucional de Ackerman (1984), para o qual a Constituição separa a vida política em dois momentos: (i) política constitucional, com mobilização popular com vistas à tomada de decisões visualizando o senso comum; (ii) política normal, política caracterizada na barganha política e com preponderância dos interesses privados. Assim, a revisão judicial serviria à prestação de contas no momento de política constitucional. No tocante ao pré-comprometimento, trata-se da consciência da possibilidade de a sociedade ser conduzida por paixões e termine por restringir direitos fundamentais, de modo a exigir atuação incisiva da corte.

Em consequência, desenvolveu-se o argumento de que a decisão da corte pode ser rejeitada, ao final, por emenda constitucional ou por nova Constituição, poder que continua com o “povo”. A insatisfação com o desempenho da corte constitucional permite a utilização de uma válvula de escape por emenda, sem prejuízo de mobilização popular para reformar a constituição ou criar uma nova por meio de revolução constitucional (MENDES, 2011).

A inclinação, ora tratada, ainda assume argumentos que se circunscrevem no sentido de considerar a supremacia judicial “exigência do estado de direito” (MENDES, 2011), visto que o estado de direito é o governo da razão, das leis, subordinando e limitando o poder político às regras gerais e abstratas. Desse modo, a corte se incumbiria de monitorar a compatibilidade de leis editadas pelo legislador e que sejam dissonantes às normas constitucionais, ditando a última palavra sobre o real significado da Constituição. Outro argumento é o de que a corte é agente externo que julga com imparcialidade, diferentemente do legislador, cujas atribuições rechaçariam o ato de julgar a si mesmo. Delineia-se, na mesma seara descritiva, o fato de que a corte é um “veto inerente à dinâmica da separação de poderes” pois, conforme Mendes (2011):

Não é porque o parlamento tem o pedigree democrático, portanto, que ele estará imune à tentação do abuso. Para diminuir esse risco, a separação de poderes cria vetos que reduzem a velocidade do processo decisório. Assim, é saudável que ao parlamento se oponha um contrapeso que ao menos possa combater a “política da histeria transitória”.

Segundo a supremacia judicial, por conseguinte, a corte é a única capaz de promover uma representação deliberativa e argumentativa, uma vez que “se, por um lado, não representa indivíduos particulares, por outro, participa de um processo argumentativo em que

as razões de todas as partes potencialmente interessadas são ouvidas” (MENDES, 2011, p. 81). Ao mesmo tempo, a corte constitucional ganha insígnia de instituição educativa, promotora do debate público, com primazia de argumentos de princípio, em detrimento de barganha política e discussões típicas da competição política; e integra um sistema democrático, não está à margem dele, isto é, com base em diversos critérios de legitimidade, o governo democrático suscita a corte para promover as mediações institucionais conjuntamente com os componentes do todo, atuando também enquanto mecanismo de distanciamento entre governantes e governados.

Resta evidenciada a negativa da última palavra ao legislador em matéria de direitos fundamentais, em segundo bloco, tanto por problemas da representação eleitoral, como por máculas subjacentes à regra da maioria. À vista disso, na primeira situação, o parlamento “não seria a encarnação essencial da democracia, mas a conversão de uma instituição que historicamente exerceu outros propósitos” (MENDES, 2011, p. 83), isto é, ao mesmo tempo em que as eleições permitiram aumento da participação popular, não houve acréscimo de profundidade, pois remanesce a essência oligárquica e elitista, que sempre representou a exclusão e a discriminação.

Além disso, é evidente a sensação de barateamento de direitos fundamentais, pois legisladores são influenciados mais pelas conveniências e incentivos imediatos de eleitores do que por levar direitos a sério. E por fim, a regra da maioria não seria capaz de captar o relevo que a matéria em votação possui para cada membro da sociedade, nem mesmo teria a racionalidade que aparenta, na medida em que pode resultar também em resultados arbitrários a serem perpetrados, por exemplo, por uma “tirania de uma minoria estrategicamente bem posicionada” (SHAPIRO, 2006).

3.2.2 O papel decisório do legislativo

O modelo de supremacia parlamentar confere a última palavra na interpretação constitucional para o parlamento, despojando do Poder Judiciário ampla participação na construção do sentido das normas jurídicas. Sintetiza Mendes (2011) a fundamentação pela inclinação por legisladores e parlamentos acerca da última palavra sobre direitos por uma gama variada de razões morais e procedimentais:

Do ponto de vista moral, o parlamento é uma instituição valiosa tanto por representar o povo (e potencializar a dinâmica deliberativa que o distanciamento representativo permite) quanto por dar a cada indivíduo igual importância. Num contexto de desacordo, todos devem ter a igual possibilidade de participar do processo de resolução, em vez de delegar a uma elite. Democracia, de fato, tem precondições, mas elas não se realizam senão pela estratégia institucional de representação e da regra da maioria.

Isso significa inferir que a supremacia parlamentar considera duas esferas, critérios e razões de legitimidade e a ampla capacidade institucional do parlamento, satisfatória na lida com a linguagem de direitos, pois menos técnica, verborrágica e hermética, de maneira que dilemas morais possam ser arrostados em seu âmago.

Há multiplicidade de argumentos que se amoldam à supremacia parlamentar, sendo conveniente seguir a mesma linha expositiva, isto é, inicialmente, argumentos em favor da supremacia dos parlamentos, e logo após, argumentos contrários à revisão por juízes e cortes constitucionais.

Em defesa à tese contra a revisão judicial evoca-se Waldron (2009), visto que realiza a defesa do parlamento reafirmando o legislador como representante primário institucionalizado da vontade popular majoritária. Contrapondo-se ao argumento núcleo de Dworkin, no *Freedom's Law*, assevera não haver motivos para se pensar que o judicial review acarreta melhorias à qualidade e justiça do debate político participativo em uma sociedade. Assim, Waldron afirma tese no sentido de que:

[...] sempre há uma perda para a democracia quando o ponto de vista a respeito das condições democráticas é imposto por uma instituição não democrática, mesmo que este ponto de vista esteja correto e apresente melhorias à democracia (WALDRON, 2009).

Waldron (2006), admite a falibilidade de cortes e parlamentos, ensejando a admissibilidade de revisão judicial desejável, fraca e condicionada em situações excepcionais. Embora convicto da raiz antidemocrática da revisão judicial, a admite em “non-core situations”, isto é, situações atípicas, desprovidas de quatro componentes, dois institucionais e dois culturais, respectivamente, elencados por Mendes (2011): “instituições democráticas em bom funcionamento, instituições judiciais não representativas em bom funcionamento,

compromisso genuíno da maioria da sociedade com a ideia de direitos e um persistente desacordo de boa-fé sobre direitos”.

Na ausência de um desses componentes, cria-se uma situação patológica, que dá ensejo ao início de uma justificação plausível para revisão judicial. Admite, por isso, que não é solução ideal para circunstâncias extraordinárias, embora encampe a insígnia de admissível. Para encobrir as lacunas de uma inexistente teoria da representação específica em Waldron (2006), serão enumerados argumentos que se prestam a alicerçar a supremacia parlamentar.

Não obstante amplo desacordo teórico sobre o significado de representar e sobre os deveres do representante, a supremacia parlamentar agasalha que o parlamento representativo é o mais próximo que se pode chegar do ideal de democracia nos estados modernos, pois é a manifestação do povo, ainda que indireta, em virtude da impossibilidade de reunião em assembleia de todos pela magnitude populacional e extensão geográfica dos estados nacionais, isto é, o argumento assume postura pragmática.

Outro ponto de defesa recai sobre o processo de composição do parlamento representativo, pois estrutura a competição política em bases equitativas, de modo que dá “igual direito de qualquer cidadão de votar e ser votado”. Além disso, a representação significaria um aperfeiçoamento e salto de qualidade à democracia direta, pois confere perspectiva de julgamento e de deliberação no seio da política; e a atividade decisória do parlamento estimula o compromisso, a acomodação de extremos, não a polarização, devido a capacidade institucional do parlamento em obter informações e avaliações dos espectros sobre o objeto de deliberação, além da capacidade de “considerar a multiplicidade de interesses em jogo, balancear interesses, fazer concessões e compromissos”, lidando com compromissos policêntricos. Em face da regra da maioria, a inclinação por legisladores e parlamentos compreende a esta regra como único princípio de decisão coletiva que respeita o imperativo moral da igualdade (MENDES, 2011).

A corte constitucional não é capaz de proteger precondições da democracia, pois não está fora da política. Isso indica que os riscos que emanam da política não podem ser suprimidos pela corte, pois não é agente externo à política e neutro e, em grande parte, os posicionamentos judiciais em questões controversas não solucionam um desacordo.

Na mesma esteira, para o esquema de supremacia parlamentar a corte não protege direitos das minorias. Este argumento não se sustenta moralmente, pois a maioria pode estar certa e não há arbitrariedade no fato de que a minoria perca frequentemente no parlamento, pode assim ocorrer por desacordos razoáveis entre maioria e minoria, ambas posicionadas

como antagônicas, mas compromissadas com questões de direito. Empiricamente, este argumento é inexato, pois uma maioria, ainda que politicamente desordenada, não demora a vencer no jogo político democrático.

Além disso, defende-se que sustentar a “corte como emissária do poder constituinte e do mecanismo de pré-comprometimento” (MENDES, 2011), é sobrepor um disfarce que encobre um agente político que faz escolhas morais controversas, porque o cariz democrático de uma revisão judicial não advém diretamente de um poder constituinte democrático que a deliberou, admitiu e aprovou.

Em consonância com o recorte desenvolvido no tópico anterior, é incontestável que a corte pode ter sua decisão rejeitada por emenda realizada pelo poder constituinte derivado, ou por uma nova constituição elaborada pelo poder constituinte originário. Essa dificuldade não têm fundamentos, pois em uma democracia o cidadão não se manifesta apenas pelos mecanismos citados acima, mas também através de uma atividade política frequente e constante.

Outrossim, este modelo não prevê que a revisão judicial é decorrência necessária do Estado de Direito e que deve ter exclusividade na interpretação da Constituição, pois interpretações do parlamento podem prevalecer, sem que a “qualidade normativa da constituição” (MENDES, 2011) dependa da tutela da corte. Ademais, a corte não é um agente externo que julga com imparcialidade, pois não está fora da política, de maneira que alguém precisa decidir por último. Nenhuma destas instituições, dotadas de autoridade, estão em uma condição de isenção política e de terceiro não interessado, porque as decisões proferidas por elas atingem a todos indistintamente. O valor moral pende ao parlamento, cuja capacidade institucional levaria ao melhor balanceamento de soluções viáveis em casos difíceis.

Os defensores da supremacia parlamentar asseveram que o parlamento é mais informado que a corte para a análise de uma vasta gama de casos aptos a instruir a deliberação de uma lei. Assim, a corte não possui descrição minuciosa da generalidade dos casos na análise casuística pontual, que fosse suficiente para assegurar sua plena capacidade no controle de constitucionalidade. No mesmo debate, afirma-se que a corte não é instituição educativa, nem promove um debate público melhor do que o legislador, porque está presa a uma linguagem empobrecida e técnica, amarrada ao jogo adversarial, rígido e binário em questões de princípio, reorientando esforços para a argumentação judicial legalista, técnica e hermética, em detrimento da deliberação sobre os melhores argumentos.

Propugna-se, ainda, a falibilidade da corte em questões de princípio, baseada na crença da capacidade institucional hercúlea dos juízes e de que o isolamento às pressões políticas possa colher tão somente respostas corretas.

No mesmo caminho, sobressai argumento contrário à corte, na medida em que não promove uma representação deliberativa ou argumentativa. Juízes constituiriam uma elite profissional, a exigir a desmistificação da obsessão pelo erro da “super-racionalidade judicial”.

O modelo de supremacia parlamentar encampa como núcleo essencial da discussão que a corte integra um sistema democrático, mas não deve ter a última palavra; e que é composta de membros indicados por autoridades eleitas, mas esta origem remota não é suficiente para demonstrar sua primazia em face do legislador.

Na primeira situação, empresta notória importância à legitimidade democrática. Na segunda, em caráter complementar, dá um cariz quantitativo de proximidade da democracia para afirmar a instituição legitimada para a última palavra. Assim, o parlamento é o legitimado por apresentar cariz democrático de formatação mais acentuado que a corte constitucional.

4 A PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA

Em 2009, o Supremo Tribunal Federal (STF) determinou que o réu só pudesse ser preso após o trânsito em julgado (ou seja, depois do recurso a todas as instâncias). Antes do esgotamento de recursos, ele poderia no máximo ser condenado à prisão preventiva. Já em fevereiro de 2016, o Supremo decidiu que um réu condenado em segunda instância já pode começar a cumprir sua pena – ou seja, pode parar na cadeia mesmo enquanto recorre aos tribunais superiores. Naquele momento, a regra foi aplicada ao caso de um réu específico, sendo várias vezes reafirmadas tal posição em julgamento pela Corte Suprema.

Boa parte dos que apoiam essa decisão, afirma que os recursos aos tribunais superiores, como o STF e o Supremo Tribunal de Justiça (STJ), não têm como objetivo julgar o mérito individual de cada caso. O STF trabalha para resolver eventuais controvérsias jurídicas que surgem em processos na justiça comum, à luz do que diz a Constituição Federal. Ou seja, o objetivo principal é proteger os princípios constitucionais. Isso pode apenas indiretamente beneficiar um ou mais réus.

Os ministros que votaram a favor da prisão após a condenação em segunda instância consideraram que o recurso a instâncias superiores tornou-se uma forma de protelar ao máximo a decisão final. É para evitar esse quadro que a prisão logo após a segunda instância seria mais justa. O ministro Luiz Fux, por exemplo, afirmou que as decisões são postergadas por “recursos aventureiros” e que o direito da sociedade de ver aplicada a ordem penal está sendo esquecido.

O ministro Marco Aurélio de Mello afirmou que ela não é compatível com a Constituição. Esta tem caráter garantista, ou seja, de garantir os direitos mais fundamentais aos seus cidadãos. Entre outras coisas, o ministro disse que: “tenho dúvidas [...] se mantido esse rumo quanto à leitura dessa carta [a Constituição] pelo Supremo Tribunal Federal, ela poderá continuar a ser tida como uma carta cidadã.”

Por outro lado, o principal argumento dos ministros contrários à prisão em segunda instância (e de muito advogados de defesa) é que a Constituição de 1988 liga presunção de inocência ao trânsito em julgado. Presunção de inocência significa que ninguém será considerado culpado até prova em contrário. Portanto, o processo judicial deveria se esgotar antes da prisão do réu. Esse é um direito constitucional que, segundo alguns, estaria sendo desrespeitado pelo novo entendimento do STF.

Por sua vez, o Ministro Roberto Barroso, ao emitir seu voto em favor da execução da pena após a condenação em segunda instância, asseverou que:

“O novo entendimento contribuiu significativamente para agravar o descrédito do sistema de justiça penal junto à sociedade. A necessidade de aguardar o trânsito em julgado do REsp e do RE para iniciar a execução da pena tem conduzido massivamente à prescrição da pretensão punitiva ou ao enorme distanciamento temporal entre a prática do delito e a punição definitiva. Em ambos os casos, produz-se deletéria sensação de impunidade, o que compromete, ainda, os objetivos da pena, de prevenção especial e geral. Um sistema de justiça desmoralizado não serve ao Judiciário, à sociedade, aos réus e tampouco aos advogados.”

Dessa forma foi afirmado que o princípio da não culpabilidade antecipada encontra limite em decisões condenatórias de segunda instância. Nesse ponto, fala-se de duas decisões condenatórias proferidas por magistrados na apreciação ampla do caso concreto. A redução no âmbito de proteção do princípio da não culpabilidade antecipada se mostra, portanto, compatível com a Constituição Federal.

Outro argumento utilizado no julgamento do Habeas Corpus foi o da garantia da ordem pública e esgotamento das vias ordinárias.

Nesse sentido, o eminente Ministro Gilmar Mendes afirmava que:

“Se foi imposta, após o julgamento colegiado, uma pena privativa de liberdade em regime inicial fechado, é porque houve um fato grave, atestado quando sua existência e autoria, pelas instâncias ordinárias. Demonstra-se, com isso, a necessidade da prisão, independentemente de considerações acerca da potencial reiteração criminosa”.

Ocorre que tal entendimento foi mais uma vez alterado em razão do julgamento do HC nº 126.292, ocorrido em setembro de 2016. Isso gerou outra significativa alteração na jurisprudência pátria, de modo a ser permitido, agora, o cumprimento imediato da decisão condenatória na pendência de recursos dotados de efeitos meramente devolutivos.

Esse novo entendimento do STF teve dois pontos basilares de fundamentação. O primeiro versou sobre o respeito à presunção de não culpabilidade e seu adequado âmbito de proteção; já o segundo tratou da garantia da ordem pública como elemento a autorizar a prisão após o esgotamento das vias ordinárias.

Sobre o primeiro ponto, os ministros de nossa Suprema Corte entenderam que o princípio da não culpabilidade, assim como qualquer outro princípio constitucional, não é absoluto e comporta mitigações. Tais relativizações são possíveis em toda e qualquer norma principiológica abstrata, desde que respeitado seu núcleo essencial. Com isso, entenderam os membros daquela Corte, que a Constituição Federal permitiu ao legislador brasileiro a regulamentação procedimental de determinados recursos, inclusive conferindo-lhes ou não efeito suspensivo, mesmo que isso afetasse de alguma forma o citado princípio constitucional.

Nesse tom, afirmou o Gilmar Mendes e Paulo Gonet (2017) que:

Os recursos extraordinários têm sua fundamentação vinculada a questões federais (recurso especial) e constitucionais (recurso extraordinário) e, por força da lei (art. 637 do CPP), não têm efeito suspensivo. A análise das questões federais e constitucionais em recursos extraordinários, ainda que decorra da provocação da parte recorrente, serve preponderantemente não ao interesse do postulante, mas ao interesse coletivo no desenvolvimento e aperfeiçoamento da jurisprudência.

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.

De acordo com esse argumento, a garantia da ordem pública estaria relacionada à própria credibilidade das instituições, de modo que o sentimento geral de justiça pela sociedade ficaria abalado se alguém que cometesse crime grave não fosse responsabilizado pelos seus atos em tempo.

Foi asseverada a necessidade de cautela para interpretar a garantia da ordem pública da forma como fora utilizada nesse processo. Não se está a tratar da garantia da ordem pública apenas como requisito para decretação da prisão preventiva, que é aquela na qual há risco de que o acusado, solto, torne a delinquir; mas sim em uma acepção mais ampla de interesse público na manutenção da justiça.

4.1.1 Votos a favor da execução da pena

O ministro Edson Fachin, primeiro a votar, lembrou que o entendimento segundo o qual pode ocorrer a prisão após a segunda instância vigorou no STF desde a promulgação da Constituição, em 1988, até 2009. “Em 21 anos dos 28 que hoje completa a Constituição vigorou essa compreensão. Foram mais de duas décadas sob a égide da Constituição, tempo no qual as portas do Supremo para proteger a liberdade jamais se fecharam por esse motivo”, disse Fachin.

Em seu voto, também em favor da prisão após a segunda instância, o ministro Luís Roberto Barroso deu como exemplo o caso de um homicídio cometido em 1991 cuja condenação ainda não havia transitado em julgado neste ano, quando o processo chegou ao STF. “Punir em 2016 um crime cometido em 1991 não atende a nenhuma demanda de justiça da sociedade brasileira [...] O sistema de Justiça brasileiro como era frustra na maior medida o sentimento de justiça e senso comum de qualquer pessoa que tenha esses valores em conta”, afirmou.

Também favorável à execução da pena após a segunda instância, Teori Zavascki ressaltou que é na primeira e segunda instâncias que os tribunais analisam os fatos e provas de um crime. Por regra, o STJ e STF podem apenas examinar questões jurídicas dos julgamentos anteriores. “Nessas circunstâncias, tendo havido em segundo grau um juízo de incriminação do acusado fundado em fatos e provas insuscetíveis de reexame pela instância extraordinária,

parece inteiramente justificável a relativização e própria inversão para o caso concreto do princípio da presunção da inocência até então observado”, disse o ministro.

Zavascki destacou que em outros países a pena de prisão ocorre antes do trânsito em julgado, citando Inglaterra, Estados Unidos, Canadá, Alemanha, França, Portugal, Espanha, Argentina e assim por diante. Ao votar em favor da prisão após a segunda instância, Luiz Fux criticou a “inefetividade” do processo penal, ao não executar a pena a que alguém foi condenado. Em várias vezes, o ministro lembrou do jornalista Pimenta Neves, assassino confesso que recorreu em liberdade por 11 anos. “Estamos preocupados com o direito fundamental do acusado e nós estamos esquecendo do direito fundamental da sociedade, que tem evidentemente a prerrogativa de ver aplicada ao sua ordem penal”, disse.

Em seu voto, também pela prisão após segunda instância, Gilmar Mendes argumentou que as etapas do processo penal indicam uma gradação que permite formar convicção sobre a culpa do suspeito, após a condenação. “Uma coisa é termos alguém como investigado. Outra coisa é termos alguém como denunciado. Outra coisa é ter alguém com condenação. E agora com condenação em segundo grau. O sistema estabelece uma progressiva derruição da ideia de presunção de inocência”, disse Gilmar Mendes.

Coube à presidente do STF, ministra Cármen Lúcia, desempatar o julgamento, votando em favor do início da pena após a segunda instância, lembrando que já se posicionava desta maneira em julgamento em 2010. “Quando eu a Constituição estabelece que ninguém poderia ser considerado culpado até a sentença condenatória transitada em julgado não excluía a possibilidade de ter o início da execução”, afirmou.

4.1.1 Votos contra a execução da pena

Quando começou o julgamento, o relator do caso, ministro Marco Aurélio Mello, votou contra a prisão depois de condenação em segunda instância. Na ocasião, ele defendeu a libertação de todos os presos que ainda tinham recursos pendentes em tribunais superiores. “A literalidade do preceito não deixa margens para dúvidas: a culpa é pressuposto da reprimenda e a constatação ocorre apenas com a preclusão maior. O dispositivo não abre campo a controvérsias semânticas. A Carta Federal consagrou a excepcionalidade da custódia no sistema penal brasileiro, sobretudo no tocante a supressão da liberdade anterior ao trânsito em julgado da decisão condenatória”, afirmou na ocasião.

Ao votar contra a prisão após a segunda instância, a ministra Rosa Weber disse ter feito uma interpretação semântica e gramatical da Constituição. “Se a Constituição, no seu texto, com clareza, vincula o princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade a uma condenação transitada em julgado, não vejo como possa chegar a uma interpretação diversa, ainda que comungue com a imensa das premissas que embasaram os votos da divergência”, afirmou.

O ministro Dias Toffoli, por sua vez, defendeu que a prisão no processo penal só possa ocorrer após a condenação em terceira instância, que ocorre no Superior Tribunal de Justiça (STJ). Ele mudou seu entendimento em relação ao julgamento de fevereiro, quando defendeu a execução da pena após a segunda instância. Argumentou que, embora não discuta as provas e fatos da acusação, o STJ uniformiza a interpretação do Código Penal. Deu como exemplo entendimentos diferentes sobre a aplicação da lei penal em vários tribunais de justiça estaduais. “Eu penso em qualquer que seja a decisão, devemos dizer qual marco do trânsito em julgado, o momento em que se atinge certeza no grau de culpa, autoria e materialidade do delito. Não há dúvida que essas análises todas estão reservadas no Superior Tribunal de Justiça, pela missão de zelar pela higidez da legislação processual penal”, disse o ministro.

O mesmo raciocínio foi expresso por Ricardo Lewandowski, que lembrou que cerca de 32,3 % dos habeas corpus que chegam ao STJ levam a mudanças na pena, ainda que para abrandar o regime de cumprimento da pena. “Isso indica que houve algum tipo de erro, ainda que seja um erro processual, um erro quanto ao regime prisional. Se se mantiver alguém em regime fechado que deve cumprir sua pena em regime aberto, isso é abominável ao meu ver. Só por isso já não se justifica a prisão após a decisão de segundo grau”, afirmou.

Por fim, Celso de Mello enfatizou a importância da presunção de inocência, como “valor fundamental e exigência básica do postulado da dignidade da pessoa humana”. “Mesmo que se trate de pessoa acusada da suposta prática de crime hediondo e até que sobrevenha sentença penal condenatória irrecorrível, não se revela possível presumir-lhe a culpabilidade”.

O relator do caso, ministro Teori Zavascki, lembrou que, até 2009, o STF entendia que a presunção da inocência não impedia a execução de pena confirmada em segunda instância. Tanto é assim que duas Súmulas da Corte, que se encontram em plena vigência – Súmulas 716 e 717 – pressupõem a possibilidade de execução provisória da pena antes do trânsito em julgado.

Zavascki entende que, até que seja prolatada a sentença penal, confirmada em segundo grau, deve-se presumir a inocência do réu. Mas, após esse momento, exaure-se o princípio da não culpabilidade, até porque os recursos cabíveis da decisão de segundo grau, ao STJ ou STF, não se prestam a discutir fatos e provas, mas apenas matéria de direito. “Ressalvada a estreita via da revisão criminal, é no âmbito das instâncias ordinárias que se exaure a possibilidade de exame dos fatos e das provas, e, sob esse aspecto, a própria fixação da responsabilidade criminal do acusado”, afirmou.

Sobre a possibilidade de se cometerem equívocos, o ministro lembrou que existem instrumentos possíveis, como medidas cautelares e mesmo o habeas corpus. Além disso, depois da entrada em vigor da Emenda Constitucional 45/2004, os recursos extraordinários só podem ser conhecidos e julgados pelo STF se, além de tratarem de matéria eminentemente constitucional, apresentarem repercussão geral, extrapolando os interesses das partes.

4.2 Fatores reais de Poder e o Controle Constitucional

Depois de tudo que foi exposto, fica claro que o ambiente jurídico não pode ser entendido fora do debate político. Inúmeros artigos, jornalísticos e acadêmicos, dão conta dessas relações. Se para alguns a política rege o julgamento, o direito rege o processo, tratando o Direito como um adorno, uma fase preliminar para atingir um objetivo já estabelecido. Outros veem no direito a ferramenta de transformação da realidade posta.

Diante da realidade crua, seria tolice descartar os ensinamentos de Lassalle, que já demonstrava os Fatores Reais de Poder, aquela força ativa, a qual faz desembocar na constituição a realidade como esta é, num perfilhamento exclusivo e imperioso do “ser”; uma força que informa a totalidade de instituições e leis jurígenas da sociedade em ação, determinando esses dois lócus como são em substância. No lugar de forças como a antiga nobreza e a realeza, hoje o Legislativo e Judiciário ocupam esses papéis.

Por mais que o Legislativo seja um poder, na maior parte do tempo, distante do povo, eles ainda são escolhidos por meio do sufrágio. O poder do povo é na maior parte do tempo desorganizado e desunido, fazendo com que seus direitos sejam violados porque não tem influência efetiva nos rumos do Estado. Mas, nos momentos críticos, o povo mostra sua força em torno de um objetivo comum e demonstra quão superior é em relação a todos os demais fatores reais de poder, ainda que estes se encontrem unidos contra o povo. As grandes

conquistas jurídicas expressam movimentos sociais, econômicos e culturais. O Direito é expressão do poder: ele espelha a dinâmica de poder em dada época e em determinado espaço.

Uma saída para esse problema seria a busca de sistemas que buscam evitar os excessos dos outros dois modelos mencionados. A doutrina dos diálogos constitucionais fomenta uma participação e desempenho deliberativo efetivo entre o Legislativo e o Judiciário sobre a interpretação e aplicação das normas constitucionais. Desse modo, afirma Brandão (2012) que:

[...] a possibilidade de reversão legislativa de decisão constitucional da Suprema Corte permite que se vislumbre o controle de constitucionalidade não como uma barreira intransponível às instituições democráticas, mas como instrumento catalisador de um diálogo entre as instituições políticas sobre a melhor forma de harmonizar as liberdades individuais e os interesses da coletividade.

Os diálogos constitucionais, desse modo, assumem a interdependência, o respeito e a igualdade, a fim de denotar uma “relação horizontal e não hierárquica” (MENDES, 2011). Parte-se da premissa básica de que a política necessariamente exige o diálogo, seja formal ou informal, destinado ao funcionamento satisfatório das instituições.

Este modelo prevê novas perspectivas normativas, todavia não garante que as instituições, no enleio da separação de poderes, estejam dialogando de modo cordial e respeitoso, apenas traça novos caminhos para um diálogo sem última palavra, com preocupação central acerca da noção de interação e deliberação entre parlamentos e cortes constitucionais.

As principais experiências constitucionais internacionais que foram produzidas com fundamento no diálogo desenvolvido entre a Corte Constitucional e os demais atores constitucionais são as realizadas no Canadá e na Nova Zelândia (LACOMBE, VIEIRA; BACHA E SILVA, 2017) que, a título exemplificativo, merecem análise mais acurada. Além destas, em menor medida para fins de caracterização neste trabalho, há as fórmulas britânica e israelense de diálogo interorgânico (LINARES, 2008).

A Carta de Direitos e Liberdades do Canadá de 1982 trouxe a primeira experiência dialógica, denominada cláusula notwithstanding. Segundo esta cláusula, expressa, em especial, nos itens 1 e 33 da Carta, só a lei pode restringir os direitos e liberdades, dentro dos

limites que sejam razoáveis e cuja justificação possa ser demonstrada no contexto de uma sociedade livre e democrática. Assim, compete ao legislador a restrição de direitos e liberdades, mas desde que respeitados os limites razoáveis e, justificadamente, pelo legislador.

Além disso, o item 33, parágrafo 1, é expresso ao dispor que o Parlamento ou a legislatura de uma província poderá promulgar uma lei onde se declare expressamente que a lei ou uma das suas disposições terá vigor independentemente de qualquer disposição incluída nos artigos 2 ou nos artigos 7 a 15 da Carta. Esta declaração cessará de ter validade cinco anos após ter entrado em vigor ou em uma data anterior especificada na declaração. O parágrafo 3 do item 33 complementa que o Parlamento poderá promulgar novamente a declaração feita ao abrigo do parágrafo 1 (LINARES, 2008, p. 493-498).

Portanto, em outras palavras, prevê a faculdade do legislador (nacional ou provincial) de reeditar um ato tipicamente legislativo (legislação) restritiva de direitos e liberdades que já foi reprovada pelo Poder Judiciário, desde que o faça expressamente. A esta sobreposição, com prazo de validade de cinco anos, a doutrina canadense denomina *overriding* (LINARES, 2008). Afirma Camargo, Vieira e Bacha e Silva (2017) que embora não tivesse tido “aplicação prática da cláusula notwithstanding, tal previsão reconfigurou as relações institucionais”.

A Carta de Direitos da Nova Zelândia proíbe o Poder Judiciário de recusar-se em aplicar ou invalidar qualquer disposição da lei feita com justificativa e razoabilidade pelo parlamento. Estabelece, ainda, que a interpretação consistente com a Declaração de Direitos deve ser preferida em relação a qualquer outra. Deste modo, sempre que uma interpretação possa ter um significado consistente com os direitos e liberdades do *New Zealand Bill of Rights Act*, esse significado coerente do legislador deve ser preferido sobre qualquer outro (LINARES, 2008).

Não é a presença de disposições expressas nas Cartas de Direitos dos citados países que determinam um arranjo voltado à valorização das relações institucionais. Antes de mais, essas experiências são resultado do “esgotamento do *judicial review*” e da “disposição política para novos modelos de proteção dos direitos fundamentais” (CAMARGO, VIEIRA, BACHA E SILVA, 2017, s. p.), razão pela qual a aplicação das teorias dos diálogos é admissível no Brasil ainda que não contemplada diretamente pelos documentos normativos nacionais.

Em geral, os diálogos institucionais permitem uma configuração de intercâmbio argumentativo entre corte e parlamento em pelo menos três fases possíveis: “argumento, resposta e réplica” (LINARES, 2008, p. 200). Esse modelo de comunicação entre instituições permite que as decisões de juízes constitucionais admitam uma réplica pelos legisladores. Isso daria margem para que os juízes pudessem mudar suas opiniões sobre a questão em debate.

Em vista disso, Sunstein (2001) desenvolveu sua teoria da revisão judicial, denominada de minimalismo, que veio acompanhada de outros refinamentos, sobretudo, no tocante às relativizações feitas em favor do maximalismo. Sunstein descreve o minimalismo como “a prática de dizer não mais do que o necessário para justificar o resultado, e deixar o máximo possível não decidido” (SUNSTEIN, 2001, p. 3). Ao amenizar o ponto frágil em Bickel, a acepção é de que a corte deve decidir o mínimo possível, no enleio da escolha binária entre invalidar ou validar, legitimar ou deslegitimar com base em discussão de princípio.

Conforme Sunstein (2005), a corte deve preocupar-se com uma fundamentação comedida, porém sem que a decisão não solucione o caso. Isso equivale a deixar questões em aberto, sem esgotá-las. No seio da preocupação com a democracia deliberativa, a decisão minimalista visa reduzir os riscos da decisão judicial errada e os custos da ambição de se encontrar a decisão certa. O minimalismo preocupa-se em produzir acordos teóricos incompletos e, mesmo tempo, deixar coisas sem decisão valendo-se do “uso construtivo do silêncio” (SUNSTEIN, 2005, p. 5). Sob essa perspectiva, Silva (2008) leciona que:

O minimalismo defende um “uso construtivo do silêncio”, pois os juízes, não raramente, utilizam-no motivados por razões pragmáticas, estratégicas ou democráticas. Além disso, certas formas de minimalismo podem promover o debate democrático, assim como a mobilização e participação dos atores políticos eleitos democraticamente, ao deixarem questões controversas e complexas abertas ao experimentalismo democrático e à participação dos atores políticos no parlamento e na sociedade civil.

Em face do minimalismo, os juízes decidem pouco e escolhem o que deveria permanecer não dito. É uma forma de autocontenção que deixa questões relevantes não decididas. Sunstein afirma que os minimalistas preocupam-se em analisar o caso concreto, com a convicção de suas limitações e dos efeitos das decisões. Com isso, o minimalismo

deixa à posteridade discussões e debates próprios da democracia deliberativa e do diálogo, com vistas a reduzir o ônus da decisão, cujos erros tornam-se menos frequentes e danosos.

5 CONCLUSÃO

Numa conjuntura de incremento dos processos de ativismo e judicialização da política, o Supremo Tribunal Federal, encampando o desenho institucional brasileiro consagrado na Constituição Federal de 1988, assumiu a conduta de protagonista institucional estratégico. O protagonismo dos tribunais e a interdependência irrefragável entre direito e política promoverão profundas mudanças no arranjo institucional, com modificações patentes nas regras do jogo democrático, em especial, quanto à determinação do poder ou instituição que, em face dos outros atores político-institucionais, pode dar a última palavra provisória sobre direitos.

O recente fenômeno de esvaziamento da política em prol da constitucionalização dos assuntos de relevância nacional originou a expansão das discussões acerca da última palavra e do diálogo. Para tanto, a literatura apresenta tanto inclinações por juízes e cortes, ou por legisladores e parlamentos, quanto dá uma solução pautada no diálogo constitucional, enquanto terceira via para superação de extremismos, hostilidades, ou de outro lado, evitar a simples postura deferente dos tribunais.

Fica claro que a opinião pública teve forte influência na decisão do STF em rever o entendimento da execução da pena após a condenação em segunda instância. Como sustentou Barroso (2012a), “a opinião pública é um fator extrajurídico relevante no processo de tomada de decisões por juízes e tribunais”.

É prudente e bom para a democracia a separação dos poderes. Em síntese, torna-se impreterível a alteração nos cálculos político-jurídicos, tradicionalmente pautados na hermenêutica constitucional com ênfase no cariz normativo, interpretativo e abstrato, para uma proposta de hermenêutica institucional, em caráter complementar àquela, que confere realismo, concretude empírica e operacionalidade ao debate sobre os diferentes modelos de interpretação constitucional em competição no âmbito da teoria do direito, da argumentação jurídica e da teoria constitucional.

REFERÊNCIAS

- ACKERMAN, Bruce. **The Storrs Lectures: Discovering the Constitution**. Yale Law Journal, v. 93, 1984.
- BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Revista Atualidades Jurídicas. vol. 4, 2009.
- BARROSO, Luís Roberto. **A ascensão política das Supremas Cortes e do Judiciário**. Revista Consultor Jurídico. São Paulo, 6 de junho de 2012.
- BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 6ª ed. rev. e atual (versão digital e-book). São Paulo: Editora Saraiva, 2012a.
- BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia** – Uma defesa das regras do jogo. 3a . ed. Trad. de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.
- BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HABEAS CORPUS 126.292. Relator: Ministro Teori Zavascki. 17/02/2016. JusBrasil, 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 29 mai. 2018.
- CAMARGO, Margarida Lacombe; VIEIRA, José Ribas; BACHA E SILVA, Diogo. A vaquejada e o incipiente diálogo institucional: O difícil diálogo em meio a um constitucionalismo de conflito instaurado pela crise política. JOTA, 2017. Disponível em: <https://www.jota.info/artigos/a-vaquejada-e-o-incipiente-dialogo-institucional_23062017>. Acesso em: 30 mai. 2018.
- DE PAULA, Jônatas Luiz Moreira. **Teoria Política do Processo Civil**. A objetivação da Justiça Social. Curitiba: J.M. Editora, 2011.
- DWORKIN, Ronald. **Freedom's Law: a Moral Reading of the American Constitution**. Cambridge: Harvard University Press, 1996.
- HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre : S.A. Fabris, 1991.
- LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 4. ed. Rio de Janeiro: Líber Juris, 1998
- LINARES, Sebastián. **La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes**. 1ª Madrid: Marcial Pons, 2008.
- MENDES, Conrado Hubner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberações**. São Paulo: Departamento de Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, 2008.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. 1ª São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de Constitucionalidade e Processo de Deliberação: Legitimidade, transparência e segurança jurídica nas decisões das cortes supremas**. http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/EUA_GM.pdf. 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SHAPIRO, Ian. **The State of Democratic Theory**. Princeton: Princeton University Press, 2006.

SILVA, Alexandre Garrido da. **Minimalismo, Democracia e Expertise: O Supremo Tribunal Federal diante de questões políticas e científicas complexas**. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, n. , p.107-142, out./dez. 2008. Trimestral. p. 108.

SUNSTEIN, Cass. **One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court**. Cambridge: Harvard University Press, 2001.

SUNSTEIN, Cass. **Radicals in robes: why extreme right-wing Courts are wrong for America**, 2005.

WALDRON, Jeremy. Precommitment and disagreement. In: L. Alexander, (org.). **Constitutionalism. Philosophical foundations**. Cambridge: Cambridge University Press, 1998.

WALDRON, Jeremy. **The core of the case against judicial review**. *Yale Law Journal*, v. 115, 2006.

WALDRON, Jeremy. Constitutionalism – a skeptical view. In: T. Christiano / J. Christman (orgs.). **Contemporary debates on political philosophy**. Malden, Massachusetts: Blackwell Publishing, 2009.