



Constituição e Garantismo Penal: o papel do Supremo Tribunal Federal e a natureza contramajoritária da jurisdição constitucional

Linha de Pesquisa:

Função Política do Direito

Bruno Bortolucci Baghim

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Ciência Jurídica (Área de Concentração: Teorias da Justiça: Justiça e Exclusão), do Centro de Ciências Sociais Aplicadas da UENP/Campus de Jacarezinho, para fim de obtenção do título de mestre.

Orientador: Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado

Jacarezinho – 2019

Baghim, Bruno Bortolucci
B144 Constituição e Garantismo Penal: o papel do
Supremo Tribunal Federal e a natureza contramajoritária
da jurisdição constitucional / Bruno Bortolucci Baghim;
orientador Edinilson Donisete Machado.
Jacarezinho, 2019.
120 p.

Direito) -- Universidade Estadual do Norte do Paraná,
Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Programa de Pós-
Graduação em Direito, 2019.

1. Direito Constitucional. 2. Jurisdição
Constitucional. 3. Direito Penal. 4. Garantismo Penal. 5.
Direito Processual Penal. I. Donisete Machado, Edinilson,
orient. II. Título



CAMPUS DE JACAREZINHO
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA

BRUNO BORTOLUCCI BAGHIM

**CONSTITUIÇÃO E GARANTISMO PENAL: O PAPEL DO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL E A NATUREZA CONTRAMAJORITÁRIA DA
JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL**

Este documento foi julgado adequado para a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica e aprovado pela Coordenação do Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná – PPGCJ-UENP

Banca Examinadora

Presidente: Professor Doutor Edinilson Donisete Machado

Membro: Professor Doutor José Eduardo Lourenço dos Santos

Membro: Professora Doutora Andrea Flores

Coordenador da PPGD: Professor Doutor Fernando de Brito Alves

Jacarezinho/PR, 07 de março de 2019.

O medo nos governa. Essa é uma das ferramentas de que se valem os poderosos, a outra é a ignorância.

(Eduardo Galeano)

Dedico este trabalho à Fernanda, amor de uma vida, companheira de todas horas, e que tanto me apoiou ao longo do mestrado. Dedico também a todos meus amigos e familiares, em especial a meus pais, Ruis e Jessica, a meu irmão, Ciro, e à minha avó, Bia. Também dedico aos meus avós Renato, Luiz e Alda, que já não se encontram neste plano.

Agradecimentos

Agradeço primeiramente a meu orientador, Professor Dr. Edinilson Donisete Machado, pelas preciosas conversas e orientações, essenciais para que o presente trabalho adquirisse um norte. Também agradeço ao Professor Dr. Luiz Fernando Kazmierczak, pelas fundamentais indicações bibliográficas. Agradeço à Maria Natalina da Costa, secretária da Pós-graduação, por todo o suporte que nos deu ao longo do curso. Agradeço à Tia Isô, que com carinho maternal nos acolheu nos dias de aula. Agradeço também aos grandes amigos e colegas Lucas Pampana Basoli e César Augusto Luiz Leonardo, que me substituíram na Defensoria Pública quando precisei me ausentar para acompanhar as aulas. Por fim, agradeço aos queridos amigos que fiz na 14ª Turma da PPGD, pessoas maravilhosas e que tornaram leve esta longa e difícil caminhada.

RESUMO

A presente pesquisa analisa o papel contramajoritário do Supremo Tribunal Federal e da jurisdição constitucional na tutela de direitos fundamentais ligados ao Direito Penal e ao Direito Processual Penal. Para tanto, parte do estudo da jurisdição constitucional e de sua importância para a tutela de direitos humanos, passando pela análise da questão contramajoritária e do papel das cortes constitucionais. A seguir, a pesquisa avança para o estudo da Constituição enquanto diretriz do Direito Penal, bem como por uma análise do garantismo penal. No terceiro capítulo são analisados tanto o histórico do Supremo Tribunal Federal na tutela de direitos e garantias ligados à área criminal, como julgados emblemáticos, em que se buscará aferir se os Ministros atuaram, caso a caso, em prol dos direitos e garantias fundamentais, exercendo, se necessário, a força contramajoritária da jurisdição constitucional. No quarto capítulo, a pesquisa se debruça sobre a atuação da Suprema Corte dos Estados Unidos da América nos julgamentos relativos à questão racial, buscando comparar a postura daquele Tribunal em caso de grande repercussão com a adotada pelo Supremo Tribunal Federal em seus processos. Ao final, espera-se identificar se o Supremo Tribunal Federal vem cumprindo ou contrariando o seu papel contramajoritário, decidindo com base no senso comum e em argumentos utilitaristas, ao invés de exercer a sua função constitucional de protetor dos direitos e garantias individuais.

Palavras-chave: Jurisdição constitucional. Natureza Contramajoritária. Garantismo penal.

ABSTRACT

The present research analyzes the countermajoritarian role of the Federal Supreme Court and the constitutional jurisdiction in the protection of fundamental rights related to Criminal Law and Criminal Procedural Law. Therefore, part of the study of the constitutional jurisdiction and its importance for the protection of human rights, through the analysis of the countermajoritarian issue and the role of the constitutional courts. Next, the research advances to the study of the Constitution as a guideline of Criminal Law, as well as by an analysis of criminal garantism. The third chapter analyzes the history of the Federal Supreme Court in the protection of rights and guarantees related to the criminal area, and judged emblematic, in which it will be sought to determine if the Ministers have acted on a case-by-case basis for fundamental rights and guarantees, exercising , if necessary, the countermajoritarian force of the constitutional jurisdiction. In the fourth chapter, the research focuses on the actions of the United States Supreme Court in racial issues judgments, seeking to compare the position of that Court in controversial cases with that adopted by the Brasil Supreme Court. In the end, it is hoped to identify whether the Federal Supreme Court has been fulfilling or contradicting its countermajoritarian role, deciding on the basis of common sense and utilitarian arguments, instead of exercising its constitutional function as protector of individual rights and guarantees.

Keywords: Constitutional jurisdiction. Countermajoritarian role. Criminal garantism.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
CAPÍTULO 1 - JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E DIREITOS HUMANOS.....	13
1.1 – Introdução.....	13
1.2 – Controle de constitucionalidade e Direitos Humanos.....	16
1.3 – Cortes constitucionais: atuação contramajoritária na garantia de Direitos Fundamentais.....	20
CAPÍTULO 2 – CONSTITUIÇÃO COMO DIRETRIZ DO SISTEMA PENAL.....	31
2.1. Introdução.....	31
2.2. Direito Penal e a tutela de bens jurídicos constitucionalmente consagrados.....	31
2.3. O papel do Garantismo Penal.....	46
CAPÍTULO 3 – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A DEFESA DE DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS NO PROCESSO PENAL.....	57
3.1. O Supremo Tribunal Federal durante a ditadura militar (1964-1945).....	57
3.2. O STF pós-redemocratização: resquícios autoritários e direitos fundamentais.....	72
CAPÍTULO 4 - A SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS E A QUESTÃO RACIAL.....	96
4.1. Introdução.....	96
4.2. Escravidão, segregação racial e racismo nos Estados Unidos.....	98
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	111
REFERÊNCIAS.....	115

INTRODUÇÃO

Cortes Constitucionais são muito mais do que órgãos judiciários. Responsáveis pela guarda da Carta Magna, elas acabam se revelando como entes de fundamental importância não só à proteção e consolidação dos Direitos Humanos, como também ao seu avanço.

Com o crescente protagonismo do Poder Judiciário, as Cortes Supremas assumiram papel fundamental na construção das sociedades modernas, decidindo questões com reflexos muito além da mera relação *inter partes*, mesmo que em sede de controle difuso de constitucionalidade.

No Brasil, especialmente a partir dos anos 2000, o Supremo Tribunal Federal passou a se debruçar cada vez mais sobre questões fundamentais ao próprio funcionamento do Estado e ao dia-a-dia de cada cidadão.

Mas como o Supremo Tribunal Federal tem se posicionado, especialmente em momentos de crise, em relação à tutela dos direitos e garantias ligados aos direitos penal e processual penal? Como se postou ao longo de sua existência, ora em tempos de exceção, ora em tempos ao menos formalmente democráticos? O que se esperar do Supremo nos dias que virão, considerando o momento de grave crise político-institucional vivenciado pelo país?

Ponto importante da presente pesquisa consistirá na aferição da capacidade de o Supremo exercer a defesa dos direitos e garantias fundamentais ligados ao Direito Penal e ao Processo Penal nesse ambiente instável, caracterizado pela disputa de poder e pelo acirramento dos ânimos na sociedade.

Para que se possa avançar ao longo do objeto da pesquisa, parte-se da premissa de que os Direitos Humanos são dotados de caráter contramajoritário, sendo a última linha de defesa do cidadão contra o arbítrio e a opressão, com a certeza de que a inexistência de um *standard* mínimo e intangível de direitos deixaria grupos vulneráveis completamente à mercê dos ataques de outros setores da sociedade, em regra majoritários, ou mesmo do Estado.

A própria evolução dos Direitos Humanos ao longo da História atesta a sua natureza contramajoritária: desde as Declarações iluministas, com os direitos da chamada *primeira dimensão*, de matriz liberal, a conquista, implementação e aperfeiçoamento dos Direitos Humanos decorreram de lutas e de resistência contra a opressão e o autoritarismo. E dentro das sociedades modernas, as Cortes Supremas surgem como protagonistas na tutela dos Direitos Humanos, sendo a última trincheira do indivíduo na defesa contra o arbítrio.

Muito embora os Direitos Humanos tenham se fortalecido nos últimos duzentos anos, especialmente após a Segunda Guerra Mundial, quando ganharam reconhecimento

internacional, também é certo que sua efetivação tem sido lenta e enfrentado inúmeras dificuldades, com a proliferação de violações. Em locais como o Brasil, com seu território de dimensões continentais, os ataques aos Direitos Humanos são de praticamente todos os tipos: sistema prisional medieval, criminalidade elevada, violência policial, homofobia, transfobia, racismo, violência contra a mulher, extermínio de populações indígenas, saúde e educação públicas precárias - somente para exemplificar.

Neste contexto, é fundamental que o Judiciário, em especial o Supremo Tribunal Federal, esteja devidamente preparado para sua principal missão, que é a manutenção da ordem democrática, com a defesa intransigente dos direitos e garantias fundamentais, tendo sempre como norte prioritário a Constituição Federal, independentemente dos interesses em jogo.

Afinal, ainda que o Brasil viva seu mais longo período de democracia formal, é fato que muito do que se previu na Constituição de 1988 ainda está longe de ser concretizado, ao mesmo tempo em que se convive com o fantasma da supressão de direitos já consolidados.

E a situação torna-se ainda mais complexa quando o objeto de discussão são direitos e garantias ligados ao *ius libertatis*, ou seja, os que guardam relação com a limitação ao direito de punir do Estado.

Existe um cenário fértil para ataques a direitos e garantias individuais, tanto por parte de órgãos do Estado, como por particulares, em que na maioria das vezes estará o Supremo Tribunal Federal em situação em que a proteção a estes direitos e garantias significará contrariar o senso comum, a vontade da maioria da população. A grande questão que se levanta é se o Supremo, tanto hoje como ao longo de sua existência, tem e teve a força necessária para, postando-se de forma contramajoritária, exercer a sua função de guardião máximo dos direitos e garantias individuais, especialmente nas searas penal e processual penal.

Para responder a esta e a outras questões, o presente trabalho buscará demonstrar o papel do Supremo Tribunal Federal na sociedade brasileira, especialmente na tutela e na implementação dos Direitos Humanos, reforçando a tese de que por sua própria missão, a Excelsa Corte, a exemplo de suas congêneres nas democracias mundo afora, precisa assumir a sua função contramajoritária. A título de demonstração da importância desta função, estuda-se, no quarto capítulo, o papel da Suprema Corte dos Estados Unidos no enfrentamento de temas ligados à escravidão e à segregação racial.

O método utilizado será a pesquisa bibliográfica, com a consulta a livros e artigos específicos relacionados aos temas abordados, tanto em fontes impressas como na rede mundial

de computadores, através do acesso a portais eletrônicos especializados. Coletados e compilados os dados, e mediante análise crítica do material, será buscada uma conclusão fundamentada, que se apresente como uma resposta às hipóteses formuladas ao longo do texto.

Deste modo, o presente trabalho espera contribuir para o debate acerca da importância dos Direitos Humanos, justamente num dos momentos mais incertos do Brasil pós-ditadura militar, ressaltando o peso político das decisões judiciais, notadamente do Supremo Tribunal Federal, demonstrando a imensa responsabilidade de seus membros e a necessidade de que exista um compromisso da Corte para com os valores do Estado Democrático e Social de Direito, independentemente dos anseios da maioria da sociedade e de determinados interesses econômicos e políticos.

CAPÍTULO 1 - JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E DIREITOS HUMANOS

1.1 – Introdução

A jurisdição constitucional como hoje se conhece passou a se estruturar e se expandir no planeta após a Segunda Guerra Mundial (1939-1945). Em razão dos horrores daquele conflito, especialmente os perpetrados pelo regime nazista de Adolf Hitler na Alemanha, com o extermínio de milhões de judeus em campos de concentração, ganhou força um novo parâmetro para o Direito, com a atribuição de força normativa aos textos constitucionais. É o que ensina Georges Abboud:

[...] o pós-guerra foi período de instituição de novo paradigma para o próprio direito, definindo novos papéis para os textos constitucionais, estabelecendo normatividade aos direitos fundamentais juntamente com a estruturação de uma jurisdição constitucional que poderia agir de forma contramajoritária.¹

Sobre os horrores da Segunda Guerra, o mesmo autor pontua:

[...] os horrores caracterizados pela Segunda Guerra Mundial impuseram um alerta aos juristas, principalmente aos Tribunais Constitucionais, que não podiam mais examinar o nível de legitimidade de uma lei, tendo em vista tão somente a regularidade de seu processo legislativo. Ou seja, nem todo conteúdo, ainda que em consonância com o regular trâmite do processo legislativo, poderia ser considerado direito.²

E não se mostrava exagerada a preocupação dos juristas do Pós-Segunda Guerra Mundial: além da necessária adoção de um novo modelo para o Direito, mostrava-se imperiosa uma total reconstrução dos Direitos Humanos, tão severamente violados durante aquele grave conflito. Entre 1939 e 1945, o mundo enfrentara a “barbárie do totalitarismo”, que, nos dizeres de Flávia Piovesan, romperia o paradigma dos direitos humanos:

No momento em que os seres humanos se tornam supérfluos e descartáveis, no momento em que vige a lógica da destruição, em que cruelmente se abole o valor da pessoa humana, torna-se necessária a reconstrução dos direitos humanos, como paradigma ético capaz de restaurar a lógica do razoável. A barbárie do totalitarismo significou a ruptura do paradigma dos direitos humanos, por meio da negação do valor da pessoa humana como valor fonte do direito. Diante dessa ruptura, emerge a necessidade de reconstruir os direitos humanos, como referencial e paradigma ético que aproxime o direito da moral. Nesse cenário, o maior direito passa a ser, adotando a terminologia de Hannah Arendt, o direito a ter direitos, ou seja, o direito a ser sujeito de direitos.³

¹ ABOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.103

² Ibidem, p. 104.

³ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 10 Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 120.

Assim, diante da adoção de um novo modelo para o próprio Direito, surge também a necessidade de se conceder efetividade e coerção a esta nova face do ordenamento jurídico, para que ela não se limite a enunciados vazios e meramente simbólicos.

Durante os julgamentos dos oficiais nazistas em Nuremberg ficou evidenciado que a justificativa para os horrores perpetrados era a obediência às leis aprovadas pelo regime, e que se encontravam formalmente regulares, já que produzidas em conformidade com o processo legislativo vigente na Alemanha. Assim, a alegação era de que os oficiais não poderiam ser punidos, já que agiram conforme o *direito* positivo alemão. Constatou-se, a partir daí, que a validade das leis não poderia estar condicionada unicamente à questão formal, mas também à sua validade material, a ser aferida em cotejo com as normas contidas na Constituição.

E para que este controle da validade das leis e outros atos normativos infraconstitucionais seja viável, imprescindível a existência de um órgão competente para tanto – aí surgindo a figura das Cortes Constitucionais.

A ideia de um órgão que efetivasse o controle de constitucionalidade de atos e normas surge nos Estados Unidos da América com o controle difuso de constitucionalidade (*judicial review*), tendo como marco o caso *Madison vs Marbury*, julgado em 1803, na Suprema Corte norte-americana, à época presidida pelo *Chief Justice* John Marshall. Entretanto, o antecedente histórico que traria as bases do *judicial review* norte-americano é inglês, conforme nos ensina Georges Abboud:

Constitui antecedente crucial do controle de constitucionalidade a doutrina inaugurada por Edward Coke, *chief of justice* da *Court of common pleas* inglesa, quem, quando do julgamento do célebre *Bonham's case*, imputou aos juízes a defesa da supremacia da *common law* em face dos atos arbitrários do rei e do parlamento. Trata-se de doutrina que, após o triunfo da Revolução Gloriosa, perdeu força na Inglaterra em razão da ascensão do Parlamento. Não obstante, foi bem recepcionada nas Treze Colônias, onde, após a aprovação da Constituição de 1787, os juízes, outrora incumbidos da proteção das Cartas Coloniais, passaram, enfim, à defesa da primazia constitucional.⁴

Naquele julgamento, a Suprema Corte dos Estados Unidos “afirmou seu poder de revisar os atos dos poderes Executivo e Legislativo para a garantia da supremacia da Constituição”⁵, sendo que o caso se iniciou com ação proposta por William Marbury contra o

⁴ ABOUD, 2016, p. 105.

⁵ TRINDADE, André Karam; MORAIS, Fausto Santos de. ATIVISMO JUDICIAL: AS EXPERIÊNCIAS NORTE-AMERICANA, ALEMÃ E BRASILEIRA. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, PR, Brasil, v. 53, jun. 2011. ISSN 2236-7284. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/30764/19872>>. Acesso em: 12 mar. 2017.

Secretário de Estado James Madison, buscando que a União fosse condenada a empossá-lo como juiz de paz do Distrito de Columbia.

Para fim de contextualização, importante lembrar que Marbury “foi um dos agraciados pela legislação que criou quase meia centena de cargos de juiz de paz no Distrito de Columbia”⁶, legislação promulgada “em fevereiro de 1801, poucos dias antes do fim do mandato do Presidente Adams”⁷, que era federalista, e estava prestes a transmitir o cargo para o republicano Thomas Jefferson.

Assim que assumiu o poder, Jefferson determinou que seu Secretário de Estado, James Madison, suspendesse a posse dos juizes ainda não empossados, estando dentre eles a pessoa de William Marbury. Esclarece João Carlos Souto que os prejudicados já tinham obtido a aprovação junto ao Senado, bem como já havia decreto de nomeação assinado pelo Presidente Adams, faltando apenas a formalidade da posse, que deveria ser efetivada pelo Secretário de Estado⁸ – o que não ocorreu, por determinação do novo Presidente, Thomas Jefferson. Prejudicado, Marbury ajuizou ação perante a própria Suprema Corte, com base no *Judiciary Act of 1789*, que alargava a competência originária daquele tribunal.⁹

João Carlos Souto descreve as alternativas que se espalhavam diante de John Marshall, juiz designado para apreciar o caso:

A primeira residia em a Suprema Corte negar seguimento à ação, sob o argumento de que não possuía jurisdição sobre ato de um outro poder. A segunda, acolhê-la, o que poderia resultar numa decisão inócua porque corria-se o risco de o Executivo simplesmente ignorá-la. A primeira alternativa representaria um duro golpe para a própria Suprema Corte, que estaria abdicando de prerrogativas que – no dizer de alguns – foram-lhe conferidas diretamente pela Constituição. Se Marshall tivesse optado por indeferir o *mandamus*, por reconhecer incompetente a Corte que presidia, a história constitucional norte-americana seria outra; menor, muito menor da que ele ajudou a construir. [...] Tivesse optado pela alternativa de número dois, Marshall, muito provavelmente, poderia ter assistido a desmoralização de sua decisão, da Corte, e, por conseguinte, dele próprio.¹⁰

Diante de tal impasse, John Marshall seguiu por uma terceira via, consistente na declaração de inconstitucionalidade parcial do *Judiciary Act of 1789*, e afastando a competência originária da Corte para análise do pedido de Marbury:

A alternativa escolhida e implementada consistiu em declarar, parcialmente, a inconstitucionalidade do *Judiciary Act of 1789*, que proporcionara aos cidadãos a possibilidade de ingressar com *writ of mandamus* diretamente perante a Suprema

⁶ SOUTO, João Carlos. **Suprema Corte dos Estados Unidos: principais decisões**. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 13.

⁷ Ibidem, p. 13.

⁸ Ibidem, p. 14.

⁹ Ibidem, p. 18.

¹⁰ Ibidem, p. 18-19.

Corte quando no polo passivo constassem autoridades do governo dos Estados Unidos (*persons holding office, under the authority of the United States*). Marshall entendeu que o §13 dessa lei de 1789 não se harmonizava com a Constituição na medida em que ampliava a competência original da Corte, contrariando a vontade dos constituintes de 1787.¹¹

Ao assim agir, Marshall inaugurou o *judicial review*, declarando a invalidade de uma lei oriunda do Legislativo por ofensa à Constituição, ao mesmo tempo em que evitou um conflito com o Executivo, que poderia, na hipótese de acolhimento da pretensão de Marbury, simplesmente ignorar a decisão da Suprema Corte.

1.2 – Controle de constitucionalidade e Direitos Humanos

1.2.1 Direitos Humanos: caráter contramajoritário

Antes de se ingressar na análise do controle de constitucionalidade enquanto instrumento indispensável de garantia dos Direitos Humanos, necessário se faz uma breve incursão através da natureza e da importância destes Direitos. Flávia Piovesan, citando a concepção contemporânea de Direitos Humanos, os classifica como uma “unidade indivisível, interdependente e inter-relacionada, na qual os valores da igualdade e liberdade se conjugam e se completam.”¹²

Tratando dos *direitos fundamentais* (que nada mais são do que *direitos humanos* positivados pelo ordenamento jurídico de determinado Estado), Oscar Vilhena Vieira faz importante análise:

Fala-se em direitos de primeira, segunda, terceira e quarta geração, buscando repercutir a evolução dos direitos na história europeia. Em primeiro lugar teriam surgido os *direitos civis*, de não sermos molestados pelo Estado, direito de termos nossa integridade, nossa propriedade, além de nossa liberdade, a salvo das investidas arbitrárias do Poder Público. Esse grupo de direitos demarcaria os limites da ação do Estado Liberal. Uma segunda geração de direitos estaria vinculada à participação política, ou *direitos políticos*. Partindo do pressuposto de que as pessoas são dotadas de igual valor, a todos deve ser dado o direito de participar em igual medida do processo político. Esses direitos são constitutivos dos regimes democráticos. Uma terceira geração de direitos, decorrente da implementação dos regimes democráticos e da incorporação do povo ao processo de decisão política, seria o reconhecimento pelo Estado de responsabilidades em relação ao bem-estar das pessoas – logo, de deveres correlatos aos *direitos sociais* estabelecidos pela ordem legal. São esses os direitos que caracterizam as democracias sociais. Por fim, fala-se num quarto conjunto de direitos relativos ao bem-estar da comunidade como um todo, como o meio ambiente, ou de comunidades específicas, como o direito à cultura.¹³

¹¹ SOUTO, 2015, p. 25

¹² PIOVESAN, 2009, p.13.

¹³ VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos fundamentais** – uma leitura da jurisprudência do STF. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p.31-32

Ainda sobre as classificações dos direitos, Oscar Vilhena afirma que não as vislumbra como problemas em si, sendo úteis do ponto de vista pedagógico. Entretanto, alerta para o perigo da utilização das classificações para hierarquizar direitos:

A classificação dos direitos em si não é algo negativo. Do ponto de vista pedagógico essas classificações são quase indispensáveis para que o iniciante possa compreender que tipo de dever ou de ação está sendo demandado quando se reivindica um direito específico. Ocorre, no entanto, que essas classificações são constantemente utilizadas para hierarquizar direitos, ou seja, para reivindicar que determinado grupo de direitos é mais relevante que outro e, quando confrontados, uns devem prevalecer sobre os outros. Também se empregam essas classificações para buscar demonstrar que alguns direitos são mais “perfeitos” que outros, no sentido de que a realização desses direitos não gera custos à sociedade; portanto, deve ter prevalência sobre os direitos que para sua realização impõem aos demais que arquem com pesado ônus.¹⁴

Importante salientar que são várias as classificações dadas pelos doutrinadores aos Direitos Humanos, sendo a divisão em *gerações* (conforme citado por Oscar Vilhena acima) uma das mais tradicionais. Ao mesmo tempo, esta classificação é alvo de severas críticas, especialmente por induzir à ideia de que os Direitos Humanos se *sucedem*, superando-se, evoluindo, quando na realidade eles se *sobrepõem*, convivendo entre si. Assim, no entender de muitos doutrinadores mais correta se mostra a divisão dos Direitos Humanos em *dimensões*, classificação que se adota neste trabalho.

Afinal, há estreita relação entre as diversas espécies de Direitos Humanos, sendo certo que *coexistem* – o que a classificação *geracional* coloca em xeque – e que na maioria das vezes são interdependentes entre si. Por exemplo, não há como se dissociar o direito à vida (um direito civil, que se enquadra na primeira dimensão) do direito à saúde (direito social, constante da segunda dimensão dos Direitos Humanos), já que uma vida sem saúde não é uma vida *digna*, ao passo que se mostraria pouco útil a previsão do direito à saúde sem que haja proteção do direito à vida. O mesmo raciocínio pode se fazer com relação ao direito à moradia (novamente um direito social, que integra a segunda dimensão dos Direitos Humanos), que se mostra como indispensável ao gozo do *direito à vida*, já que a existência de uma adequada habitação propicia, além de abrigo e proteção, uma existência minimamente *digna*.

Tratando dos *direitos fundamentais*, Oscar Vilhena Vieira os conceitua como “conjunto de direitos da pessoa humana expressa ou implicitamente reconhecidos por determinada ordem constitucional.”¹⁵ Segundo o mesmo autor, tais direitos se constituem como parte fundamental da reserva de justiça do Sistema Jurídico, o fazendo em três sentidos:

¹⁴ VIEIRA, 2017, p. 32.

¹⁵ Ibidem, p. 30.

Em primeiro lugar, pela abertura dos direitos fundamentais à moralidade – o que se pode verificar pela incorporação pelos direitos fundamentais de valores morais, como a dignidade humana, a igualdade ou a liberdade; por outro lado, a gramática dos direitos fundamentais impõe que o mesmo padrão de respeito e consideração exigido no tratamento de uma pessoa seja dispensado em relação a todas as outras pessoas, ou, ao menos, para que todas as pessoas que se encontrem numa mesma situação, tratando-se, assim, de meio voltado a distribuir de forma imparcial os interesses e valores que são protegidos como direitos; por fim, os direitos fundamentais organizam procedimentos, como o devido processo legal e a própria democracia, que favorecem que as decisões coletivas sejam tomadas de forma racional.¹⁶

Manoel Gonçalves Ferreira Filho, também sobre os direitos fundamentais, afirma que eles definem “a fronteira entre o que é lícito e o que não o é para o Estado. E, limitando o poder, deixam de fora de seu alcance um núcleo irreduzível de liberdade”¹⁷.

Independentemente da classificação ou conceito adotados, pode-se afirmar, de forma estreme de dúvidas, que os Direitos Humanos são, em essência, contramajoritários. Afinal, não teriam razão de ser caso priorizassem os anseios e sentimentos de grupos dominantes, ignorando a diversidade de uma sociedade e a exigência de que as minorias sejam protegidas pelo ordenamento jurídico.

A título de exemplo, pode-se invocar duas questões que despertam acaloradas discussões sempre que apresentadas para debate: pena de morte e redução da maioria penal.

No Brasil, pesquisas recentes indicam que cerca de 46% da população é favorável à implementação da pena capital¹⁸, independentemente da sua vedação em tempos de paz, contida no art. 5º, XLVII, alínea *a*, da Constituição Federal¹⁹ (que configura cláusula pétrea), ao passo que 87% defende a redução da maioria penal, hoje fixada em dezoito anos pelo artigo 228 da Constituição, também considerado cláusula pétrea.²⁰

São duas garantias de natureza constitucional, altamente delicadas, e que se dependessem da vontade da população, estariam seriamente ameaçadas (no caso da pena de

¹⁶ VIEIRA, 2017, p. 30.

¹⁷ FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Direitos Humanos Fundamentais**. 11ªEd. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 06.

¹⁸ ISTO É. **CNI/Ibope: 46% da população é a favor da pena de morte**. 2016. Disponível em: <http://istoe.com.br/169547_CNI+IBOPE+46+DA+POPULACAO+E+A+FAVOR+DA+PENA+DE+MORTE/> Acesso em: 02 mai. 2017

¹⁹ CF, Art. 5º [...] XLVII - não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;

²⁰ DATAFOLHA. **87% aprovam redução da maioria**. 2015. Disponível em <<http://datafolha.folha.uol.com.br/opiniaopublica/2015/06/1646200-87-aprovam-reducao-da-maioridade.shtml>> Acesso em: 02 mai. 2017

morte, com 46% a ela favoráveis), ou seriam efetivamente suprimidas, como no caso da maioria penal, com ampla maioria favorável à redução. Entretanto, a despeito da vontade da população, tanto a vedação à pena de morte em tempos de paz como a maioria penal em dezoito anos, consistem em cláusulas pétreas²¹, funcionando **contramajoritariamente** na tutela de direitos.

Utilizando-se do mesmo exemplo relativo à pena de morte, Georges Abboud traz em sua obra interessante explanação:

Nossa Constituição Federal, em seu art. 5º, XLVII, *a*, assegura a inexistência de pena de morte, salvo em caso de guerra declarada. Desse modo, é possível afirmar que em nosso sistema jurídico a vida é direito fundamental, sendo vedada, em todas as hipóteses, a instituição da pena de morte, exceto no caso de guerra declarada. Assim, mesmo que grande parte da sociedade e a maioria parlamentar entendam que a pena de morte consiste em alternativa viável para a diminuição da criminalidade, essa vontade, apesar de ser da maioria política, não poderá prevalecer, porque os direitos fundamentais (no caso a vida) a impedem de se concretizar. Qualquer lei ou emenda constitucional que pretenda instituir a pena de morte diante de nosso sistema constitucional será considerada inconstitucional e não poderá gerar efeitos. Esse exemplo ilustra adequadamente a função contramajoritária dos direitos fundamentais.²²

Conforme bem explicitado pelo autor, no caso da pena de morte, ainda que haja movimentos de maioria política da sociedade brasileira no sentido de buscar o restabelecimento desta sanção em tempos de paz, alterando ou revogando o art. 5º, XLVII, *a*, da Constituição de 1988, o caráter de *fundamentalidade* do direito à vida impediria esta modificação, funcionando de forma *contramajoritária*.

E esmiuçando esta questão, Abboud aborda a forma com que se constrói a ideia dos direitos fundamentais como instrumento de resistência contra eventuais maiorias políticas:

De forma geral, podemos afirmar que os direitos fundamentais possuem duas funções principais: limitação do Poder Público e proteção contra formação de eventuais maiorias dispostas a suprimir ou mitigar algum direito fundamental. Sendo assim, é facilmente perceptível que os direitos fundamentais constituem primordialmente uma reserva de direitos que não pode ser atingida pelo Estado (Poder Público) ou pelos próprios particulares. Na realidade, os direitos fundamentais asseguram ao cidadão um feixe de direitos e garantias que não poderão ser violados por nenhuma das esferas do Poder Público. Os referidos direitos apresentam dupla função: constituem prerrogativas que asseguram diversas posições jurídicas ao cidadão, ao mesmo tempo em que constituem limites/restrições à

²¹ CF, Art. 60. [...]

§4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais

²² ABBOUD, 2016, p. 116.

atuação do Estado. Hodiernamente, a existência e a preservação dos direitos fundamentais são requisitos fundamentais para se estruturar o Estado Constitucional, tanto no âmbito formal quanto material. Além de sua importância como instrumentos de limitação do Poder Público, os direitos fundamentais exercem **forte função contramajoritária**. Assim, ter direitos fundamentais assegura a existência de posição juridicamente garantida contra as decisões políticas de eventuais maiorias políticas.²³

Portanto, a existência de Direitos Fundamentais, para além de proporcionar ao cidadão um escudo limitador, oponível em face do Estado, que não pode avançar sobre determinadas esferas, também assegura que certas situações jurídicas serão mantidas e protegidas, a despeito de terem contra si maiorias numéricas ou políticas dentro de uma sociedade. A rigor, se não fosse assim, tais direitos não teriam sequer razão de existir.

Entretanto, não basta que haja a previsão de extenso rol de Direitos Fundamentais sem que exista um órgão politicamente forte para assegurar o respeito a tais direitos, atuando de forma igualmente *contramajoritária* se necessário.

Passa-se, então, ao estudo do papel da Cortes Constitucionais na tutela dos Direitos Fundamentais.

1.3 – Cortes constitucionais: atuação contramajoritária na garantia de Direitos Fundamentais

1.3.1. Da importância das Cortes Constitucionais na tutela de Direitos Fundamentais

Ao mesmo tempo em que os Direitos Fundamentais se apresentam como força contramajoritária em uma sociedade, funcionando como escudo protetor das minorias contra ações de eventuais maiorias, há também outra figura essencial em um Estado Democrático para a efetividade desta proteção. Trata-se das Cortes Constitucionais, órgãos voltados à garantia da supremacia da Constituição sobre o restante do ordenamento jurídico, e também responsáveis por dar a última palavra no que tange às questões envolvendo direitos fundamentais.

Não se olvida que controle de constitucionalidade das leis não é missão apenas das Cortes Constitucionais, sendo, na realidade, a principal competência da própria função jurisdicional do Estado, conforme se verifica nos estudos de Fernando de Brito Alves e Edinilson Donisete Machado:

Enquanto Instituição política, a principal competência da Função Jurisdicional é controlar a constitucionalidade das leis e demais atos normativos produzidos pelo Legislativo ou pelo Executivo. Como guardião da Constituição espera-se que

²³ ABBOUD, 2016, p. 115.

controle o exercício do poder pelas demais instâncias do Estado de forma a assegurar a vontade do Poder Constituinte.²⁴

Entretanto, considerando o objeto da presente pesquisa, os estudos terão como principal foco a atuação das Cortes Constitucionais, as quais exercem papel central no Estado Democrático de Direito.

Afinal, em última instância são elas as responsáveis por restabelecer o respeito aos Direitos Fundamentais caso haja ofensa a um ou mais destes direitos, seja pelo Estado, seja por particulares, atuação que se mostra ainda mais importante em momentos de instabilidade política e econômica, ou em outras situações de crise, em que movimentos oportunistas tendem a surgir para suprimir direitos e garantias. Nas palavras de Gilmar Ferreira Mendes, “não há como sustentar respeito à Constituição e aos Direitos Fundamentais sem oferecer as condições mínimas para que sejam concretizados e/ou reparados.”²⁵

E para que possa garantir que Direitos Fundamentais fiquem a salvo dos ataques de eventuais maiorias, **imprescindível** que a Corte Constitucional também assuma o seu papel **contramajoritário** no ordenamento jurídico, sob pena de os direitos e garantias positivados pela Constituição se tornarem letra morta.

Para sedimentar esta conclusão, recorre-se novamente às lições de Georges Abboud, que trata do papel contramajoritário do Supremo Tribunal Federal:

No Brasil, as leis são feitas por pessoas eleitas pela maioria da população, logo, seria verdadeiro contrassenso admitir que o STF pudesse anular leis do congresso, se ele tivesse que pautar sua conduta pela vontade da maioria. Seria irracional e ilógica tal hipótese! Na realidade, não poderia nem mesmo existir o controle de constitucionalidade.[...] **Em outros termos, é possível afirmar que o direito fundamental somente será considerado trunfo contra a maioria se o Judiciário e, principalmente, o STF, assumirem sua função contramajoritária.** Frise-se que ser contramajoritário não é, necessariamente, ir sempre contra a vontade da maioria, mas, sim, ter poder para contrariá-la quando for necessário em prol do texto constitucional, para assegurar a preservação dos direitos fundamentais dos cidadãos e das minorias.²⁶ (grifo nosso)

²⁴ ALVES, Fernando de Brito. MACHADO, Edinilson Donisete. **Democracia e judicialização da política** – problematizando as decisões judiciais sobre direitos sociais. Revista do Direito Público, Londrina, v. 11, n. 3, p.13-46, dez. 2016. DOI: 10.5433/1980-511X.2016v11n3p13. ISSN: 1980-511X.

²⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. **Proteção judicial efetiva dos direitos fundamentais**. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.) *Direitos Fundamentais e Estado Constitucional – Estudos em Homenagem a J. J. Canotilho*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p.400.

²⁶ ABBOUD, 2016. p.118-119.

O raciocínio do autor é bastante esclarecedor, e também traz um dos fundamentos da existência do *judicial review*. Ora, se as leis são aprovadas por representantes eleitos pela maioria da população, ao menos em tese representam a vontade *majoritária* de um país. Assim, ao exercer o controle de constitucionalidade, declarando que determinada norma é inconstitucional, o Supremo necessariamente estará atuando de forma *contramajoritária*. Trata-se de condição para a própria atuação do STF, já que se devesse observância à vontade das maiorias, sequer seria necessário o controle de constitucionalidade. Muito pelo contrário, a atuação contramajoritária do Supremo – quando e se necessário – é o que permite o enfrentamento da vontade das maiorias, caso estas ameacem algum Direito Fundamental.

Outro aspecto que pode ser observado em relação às Cortes Constitucionais diz respeito à relação de simbiose que possuem com a ideia de **força normativa** da Constituição.

Thadeu Augimeri de Goes Lima esclarece que após a Segunda Guerra Mundial, e dentro do movimento do Neoconstitucionalismo, a Constituição deixa de ser vista como mera carta de intenções políticas, dependente de fatores reais de poder, e passa a ser identificada como fonte de força normativa, preponderante sobre todo o Direito Infraconstitucional, sendo que citando Konrad Hesse, o autor esclarece que a Constituição é, além de uma expressão do ser, um dever ser, imprimindo ordem e conformação à realidade política e social.²⁷

Tratando desta relação entre a Jurisdição Constitucional e a força normativa da Constituição, importante a conclusão de Leonardo Peixoto:

Em verdadeira relação simbiótica, da mesma forma que a força normativa da Constituição contribuiu para o êxito do direito processual constitucional, este contribui diariamente para a preservação daquela, ao disponibilizar os instrumentos processuais de controle de constitucionalidade e promoção dos direitos humanos e fundamentais.²⁸

Assim, para que a Constituição não seja a mera folha de papel idealizada por Lassale²⁹, imprescindível que ela disponha de instrumentos que a protejam, dando efetividade

²⁷ AUGIMERI DE GOES LIMA, Thadeu. NEOCONSTITUCIONALISMO: UM BREVE PANORAMA. *Argumenta Journal Law*, Jacarezinho - PR, n. 22, p. 145-182, ago. 2015. ISSN 2317-3882. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/406>>. Acesso em: 07 jul. 2018.

²⁸ PEIXOTO, Leonardo Scofano Damasceno. **O direito processual constitucional e a efetividade dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 76.

²⁹ Para Lassale “o que usualmente chamamos de constituição, a constituição jurídica (constituição formal), não passaria de um ‘pedaço de papel’. Sua capacidade reguladora e determinante não teria forças o bastante para alcançar senão o limite em que coincidiria com a chamada constituição real. Na medida em que não se configurasse essa coincidência, a constituição escrita sucumbiria ante as efetivas relações de poder existentes no Estado – ante, portanto, à constituição real”. (LIMA, Iara Menezes; LANÇA, João André Alves. A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO E OS LIMITES À MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL EM KONRAD HESSE. *Revista da Faculdade de Direito UFMG*, Belo Horizonte - MG, n. 62, p. 275-303, jan/jun. 2013. ISSN 1984-1841.

aos direitos e garantias nela previstos. Luís Roberto Barroso identifica o Poder Judiciário como órgão essencial nesta concretização das normas constitucionais:

“[...] todas as normas constitucionais são normas jurídicas dotadas de eficácia e veiculadoras de comandos imperativos. Nas hipóteses em que tenham criado direitos subjetivos – políticos, individuais, sociais ou difusos – são elas, como regra, direta e imediatamente exigíveis, do Poder Público ou do particular, por via das ações constitucionais e infraconstitucionais contempladas no ordenamento jurídico. O Poder Judiciário, como consequência, passa a ter papel ativo e decisivo na concretização da Constituição.”³⁰

Neste ponto, esclarece-se que embora a efetividade dos Direitos Fundamentais dependa da atuação de todos os órgãos do Poder Judiciário, eventualmente de forma contramajoritária, a presente pesquisa, como já afirmado, tratará especificamente do Supremo Tribunal Federal e de outras Cortes Constitucionais como entes responsáveis pela tutela de direitos e garantias individuais. Assim, se Barroso menciona que o Judiciário tem papel ativo e decisivo na concretização da Constituição, tal papel ganha ainda mais peso e relevância quando se trata do Supremo, o guardião máximo da ordem constitucional e dos direitos e garantias fundamentais.

Em síntese, pode-se afirmar que se mostra fundamental que as Cortes Constitucionais não deixem de lado sua principal missão, que é a defesa do pacto civilizatório, materializado na Carta Fundamental e em todas as normas nacionais ou internacionais que compõem o chamado “bloco de constitucionalidade. E para tanto, imprescindível que assumam o seu caráter contramajoritário, muito embora tal missão não se mostre simples, conforme se estudará no próximo tópico.

1.3.2. A questão contramajoritária

Antes de se avançar ao próximo capítulo, em que será abordado o Garantismo Penal, importante tecer alguns comentários sobre a questão contramajoritária no âmbito da Jurisdição Constitucional.

Naturalmente, a presente pesquisa buscará explicitar que a adequada tutela de direitos e garantias fundamentais depende da assunção, pelo Supremo Tribunal Federal, de sua natureza *contramajoritária* quando no exercício da jurisdição constitucional. Conforme se

Disponível em: < <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/P.0304-2340.2013v62p275>>. Acesso em: 07 jul. 2018.)

³⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 245

demonstrará, não basta que os direitos fundamentais tenham caráter contramajoritário se não existir um órgão jurisdicional que exerça sua função com esta mesma característica, assegurando a efetividade daqueles direitos.

Entretanto, não se trata de tarefa simples.

Neste sentido, é importante tratar daquilo que a doutrina convencionou chamar de *dificuldade contramajoritária*. Pedro José de Almeida Ribeiro, citando Alexander M. Bickel, indica um dos principais aspectos desta dificuldade, consistente no aparente caráter antidemocrático do controle de constitucionalidade:

Segundo Bickel, quando a Suprema Corte declara um ato do legislativo ou do executivo inconstitucional, ela estaria frustrando a vontade dos representantes eleitos pelo povo, exercendo esse controle não em nome da maioria, mas contra ela, o que tornaria o controle de constitucionalidade, invariavelmente, uma força contrária à democracia.³¹

Este raciocínio é comum, e é semelhante ao utilizado por quem questiona a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário na promoção e execução de políticas públicas pelo Poder Executivo. Invoca-se o aparente déficit democrático do Poder Judiciário, já que diversamente dos membros dos outros poderes, os seus integrantes não se submeteram ao crivo do voto popular. Entretanto, tal posicionamento vem se mostrando minoritário, sendo predominante na doutrina e na jurisprudência o entendimento de que é possível e necessária a atuação do Poder Judiciário no que tange às políticas públicas de competência do Poder Executivo, especialmente para a concretização de direitos. Ao tratar do tema, Flávia Piovesan ressalta que o Supremo Tribunal Federal já reconheceu esta legitimidade ao Poder Judiciário, mas desde que limitado ao controle da eficácia da concretização de direitos:

A vertente jurisprudencial mais contemporânea sustenta a possibilidade do *judicial review* com relação às políticas públicas sociais. Já a vertente jurisprudencial mais antiga rechaça tal possibilidade com base em uma visão clássica do princípio da separação dos poderes. [...] no caso paradigmático da ADPF .45, decidida em 2004, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a legitimidade constitucional do controle e da intervenção do poder Judiciário em tema de implementação de políticas públicas. Observou que não cabe ao Judiciário formular ou implementar políticas públicas, mas, sim, controlar a eficácia da concretização de direitos.³²

³¹ BICKEL, Alexander M. **The last dangerous branch. The Supreme Court at ther Bar of Politics**. Second Edition. New Haven: Yale University Press. 1986, p. 16-17 apud RIBEIRO, Pedro José de Almeida. **A construção do Judiciário, o capital institucional e a quota de decisões contramajoritárias do STF**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 2.

³² PIOVESAN, Flávia. **Proteção dos direitos sociais no Brasil: desafios e perspectivas**. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre (org.) *Direitos fundamentais e jurisdição constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

Conforme salientado por Pedro José de Almeida Ribeiro, logo após a redemocratização e a Constituição de 1988, ganhou corpo a doutrina brasileira da efetividade, realizando-se “nos anos 90 o que os americanos tinham feito no início do século XIX: a construção do constitucionalismo e da revisão judicial”.³³ Segundo este mesmo autor

[...] a tônica era enfatizar que a Constituição Federal de 1988 era norma, precisava ser concretizada, e que diversos de seus artigos conferiam esta missão concretizadora ao judiciário. Afinal, pelo menos desde *Marbury v. Madison* a Constituição teria sido a província do judiciário nos Estados Unidos, onde ele reinaria supremo, fenômeno que também teria ocorrido na Europa com o final da 2ª Guerra Mundial, faltando apenas ao Brasil acompanhar o pensamento jurídico das nações do primeiro mundo.³⁴

Dentro deste contexto, após a redemocratização ganhou espaço no Brasil a ideia de que ao Poder Judiciário caberia a concretização dos direitos fundamentais, inclusive avançando sobre as competências dos outros Poderes, especialmente do Executivo. Entretanto, ao mesmo tempo é possível se afirmar que se intensifica a chamada *dificuldade contramajoritária*, visto que, a despeito de o controle de constitucionalidade se voltar, em última análise, à proteção das minorias contra os excessos de eventuais maiorias, o déficit democrático permaneceria.

Novamente recorrendo aos estudos de Pedro José de Almeida Ribeiro, verifica-se que o autor apresenta as seguintes justificativas trazidas pelos doutrinadores acerca do *déficit* democrático no controle de constitucionalidade:

o controle de constitucionalidade serviria para a proteção das minorias – juízes independentes do povo e dos demais poderes protegeriam a democracia dos excessos das maiorias ocasionais -, e a democracia conteria em si um paradoxo de autodestruição freado apenas pelo constitucionalismo e pela existência do controle de constitucionalidade, dois pré-compromissos voltados para nos amarrar ao barco e evitar a tentação das sereias.³⁵

Entretanto, o mesmo autor é crítico quanto a tais construções, afirmando de forma irônica que foram elaboradas de forma abstrata, “no plano teórico normativo cujo pressuposto base é de que o juiz decida constrangido apenas pela lei e pelo isolamento da política. Tudo resolvido no Olimpo, acessível apenas por Hércules [...]”³⁶.

A crítica trazida por Ribeiro é pertinente, pois se de um ponto de vista teórico a ideia de um juiz ou tribunal julgando unicamente “constrangido” pela lei praticamente “soluciona” a questão contramajoritária, a prática e a realidade demonstram que a situação não

³³ RIBEIRO, Pedro José de Almeida. **A construção do Judiciário, o capital institucional e a quota de decisões contramajoritárias do STF**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 08.

³⁴ Ibidem, p. 09.

³⁵ Ibidem, p. 11.

³⁶ Ibidem, p. 11.

é tão simples, e que não necessariamente os órgãos jurisdicionais – mesmo as Cortes Constitucionais – julgarão livres da influência externa, inclusive das maiorias, o que pode colocar em xeque a própria efetividade dos direitos fundamentais, que possuem essência contramajoritária.

Outro ponto relevante dentro do estudo da questão contramajoritária diz respeito à diferenciação entre **função** e **resultado** contramajoritários. Isso porque muito embora determinado órgão – como uma Corte Constitucional – exerça a função contramajoritária, **não necessariamente** o resultado de suas deliberações será contramajoritário. “Quanto à performance contramajoritária, ela se distingue da função contramajoritária na medida em que se admite que nem toda decisão de inconstitucionalidade é necessariamente contramajoritária.”³⁷

Acerca desta questão, importante também a ressalva trazida por Marcelo Novelino, no sentido de que nem sempre uma decisão favorável às minorias será, necessariamente, contramajoritária, visto que muitas vezes haverá o apoio da maioria da população a determinadas pautas. Em outras palavras, o caráter *contramajoritário* da atuação jurisdicional só se revelará quando os direitos da minoria a ser defendida estiverem sob ameaça ou ataque das maiorias políticas:

[...] Vale lembrar que nem toda decisão favorável à proteção de minorias é necessariamente uma decisão contramajoritária. Em muitas questões, pode haver apoio efetivo ou tendencial aos direitos de minorias pela maioria da população. Em casos com tais características, um tribunal pode decidir em favor dos direitos de minorias e, ainda assim, contar com o apoio majoritário.³⁸

Por outro lado, mesmo em um contexto de atuação contramajoritária, Ribeiro afirma que não seria desejável um judiciário completamente independente

Nem mesmo do ponto de vista teórico, é desejável um judiciário completamente independente. A outra face da independência é a responsividade, ou “accountability”. O judiciário precisa permanecer, ainda que de forma menos direta que os outros poderes, ciente das demandas das maiorias. Mais independência equivale a menos preocupação em prestar contas à sociedade. A independência judicial para ser contramajoritário promove o *rule of law*, enquanto a submissão do judiciário aos poderes eleitos promove a democracia. Há que se encontrar a justa medida entre o Estado de Direito (Constitucional) e a democracia. O equilíbrio é tênue e está sempre sendo testado, mas era justamente essa a intenção dos arquitetos do constitucionalismo moderno, que desejavam conceder ao judiciário algum poder, mas que permaneceria dependente dos demais, verdadeiros detentores da força e dos recursos.³⁹

³⁷ RIBEIRO, 2017, p. 25-26.

³⁸ NOVELINO, Marcelo. **O STF e a opinião pública**. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). **Jurisdição constitucional e política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p.249

³⁹ Op cit, p. 84-85.

Como obstáculos para o exercício da função contramajoritária pelo Judiciário – aí incluído o Supremo Tribunal Federal – são apontadas a sua **incapacidade institucional** para tanto, bem como a falta de **vontade** deste poder em ser contramajoritário em muitas oportunidades.

Quanto à incapacidade institucional, ressalta-se que o Judiciário seria o mais fraco dos três Poderes, estando à mercê dos outros dois sob diversos aspectos. Afinal, ele depende do Executivo e do Legislativo para sua política orçamentária, para criação de cargos, aumentos salariais, e outras demandas, o que eleva a tensão política quando é necessário que decisões *contramajoritárias* sejam tomadas, como por exemplo, a declaração de inconstitucionalidade de uma lei.

Pedro José de Almeida Ribeiro ressalta que o simples fato de existirem meios de controle das Cortes não significa que eles sejam efetivamente utilizados. Eles estão lá, mas como em regra a atuação do Judiciário acaba sendo benéfica aos outros dois poderes, o controle não é exercido:

O fundamental é perceber que a existência dessa multiplicidade de formas de disciplinar as cortes deveria ser suficiente para evidenciar os limites do poder judicial. [...] o fato de muitos desses mecanismos não serem utilizados cotidianamente decorre menos de o Judiciário estar acima deles e mais do fato de que sua atuação, em regra, é benéfica aos interesses dos atores políticos e constitucionais. A realidade institucional é, portanto, um judiciário dependente do executivo, do legislativo, dos grupos de interesse e da opinião pública, ou seja, as cortes enquanto instituições são inteiramente dependentes da política, ainda que os juízes, singularmente considerados, gozem de mais independência.⁴⁰

Mas além de ser um Poder tido como fraco, ou *menos perigoso*, nos dizeres de Alexander Hamilton em sua obra “O Federalista”⁴¹, o judiciário também não teria *vontade* de ser contramajoritário. Afinal, como qualquer Poder, é composto por seres humanos, e é aí que, segundo a doutrina, reside a falta de *vontade* contramajoritária. Sobre a questão, novamente os estudos de Pedro José de Almeida Ribeiro:

⁴⁰ RIBEIRO, 2017, p. 31.

⁴¹ “Quem considerar com atenção os diferentes poderes, deve reconhecer que nos governos, em que eles estão bem separados, o poder judiciário, pela mesma natureza das suas funções, é o menos temível para a constituição, porque é o que menos meios tem de atacá-la. O poder executivo é o dispensador das dignidades e o depositário da força pública; o legislativo dispõe da bolsa de todos e decide dos direitos e dos deveres dos cidadãos; porém o judiciário não dispõe da bolsa nem da espada, e não pode tomar nenhuma resolução ativa. Sem *força* e sem *vontade*, apenas lhe compete *juízo*; e este só deve a sua eficácia ao socorro do poder executivo. Já esta simples observação nos habilita a estabelecer os princípios seguintes: 1º, que o poder judiciário é sem questão alguma o mais fraco dos três; 2º, que por isso mesmo não pode atacar nenhum dos dois outros com boa esperança de resultado; 3º, que é preciso dar-lhe todos os meios possíveis para poder defender-se dos outros dois.” (HAMILTON, Alexander. **O federalista** - tomo terceiro. Villeneuve: Rio de Janeiro, 1840, p. 155-156. Disponível em: <<http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/17661>>. Acesso em 11 jul. 2018)

Ainda que o Judiciário fosse institucionalmente provido de mecanismos para efetivamente atuar contramajoritariamente, ou seja, ainda que pudesse atuar dessa forma, há diversos estudos que duvidam dessa capacidade por questões relacionadas à própria natureza humana. Juízes são pessoas, e como ressalta Baum, “*People are complicated*”. Nesse sentido, há que se compreender os juízes de um tribunal constitucional como seres sociais, que existem em uma comunidade, e que, como qualquer outro indivíduo, precisam se sentir queridos e aceitos nos círculos sociais que frequentam. Imaginar que o juiz, ao se deparar com um caso, irá se despir de suas pré-compreensões, de seus anseios, de seus medos e de sua vaidade é esperar demais de um ser humano.⁴²

Ribeiro ressalta com precisão a *humanidade* dos juízes, a qual inevitavelmente acaba por influenciar suas decisões. São todos membros de uma comunidade, buscando aceitação e acolhimento, o que por óbvio torna ainda mais difícil a atuação *contramajoritária*.

O mesmo autor traz interessante exemplo desta *difículdade*, citando situação narrada pelo juiz da Suprema Corte dos Estados Unidos, Hugo Black, quando do julgamento do célebre caso *Brown v. Board of Education*, em 1954, marco do fim da segregação racial naquele país:

Ainda no contexto de Brown, o juiz da Suprema Corte Hugo Black apresentou um exemplo curioso da hostilidade que enfrentou. Original do Alabama, um estado cujas elites eram visceralmente contrárias ao fim da segregação, Black relatou ter sofrido um certo grau de isolamento de amigos e conhecidos em seu estado natal depois que a corte decidiu Brown. Segundo ele, uma sobrinha teria ficado quinze anos sem lhe dirigir a palavra. Por outro lado, no norte, em que ao apoio a desagregação era maior, os juízes tiveram menos dificuldades em implementar a decisão da Suprema Corte e, quando aos juízes da Suprema Corte originários desses estados, pode-se imaginar que tenham recebido as devidas congratulações por ela.⁴³

A situação vivida pelo *Justice* Hugo Black não é incomum. Muitas vezes juízes que destoam do discurso predominante, ou seja, que sem qualquer radicalismo libertário limitam-se a aplicar a *lei* e, principalmente, a *Constituição*, especialmente na seara penal, acabam se tornando alvos, pois, nos dizeres de Zaffaroni, são um *obstáculo* na luta contra *eles*, ou seja, aqueles que integram a clientela preferencial do Direito Penal – negros, pobres e outros grupos marginalizados – situação que torna ainda mais desafiadora uma atuação *contramajoritária*:

A *guerra* contra *eles* se depara em um obstáculo, que são os juízes, alvo preferido da criminologia midiática, que faz uma festa quando um ex-presidiário em liberdade provisória comete um delito, em especial se o delito for grave, o que provoca uma alegria particular e maligna nos comunicadores. Os juízes *brandos* são o obstáculo para uma luta eficaz contra *eles*; as garantias penais e processuais são para *nós*, mas não para *eles*, pois *eles* não respeitam os

⁴² RIBEIRO, 2017, p. 35.

⁴³ Ibidem, p. 36.

direitos de ninguém. *Eles* – os estereotipados – não têm direitos, porque matam, não são pessoas, são a *escória social*, as *fezes* da sociedade.⁴⁴

Portanto, percebe-se a existência de um claro conflito: de um lado, dotados de natureza contramajoritária, estão tanto os direitos fundamentais como a jurisdição constitucional. De outro, se encontra o Judiciário, poder que tem como missão a defesa dos Direitos Fundamentais, mas cuja capacidade de efetivamente *ser* contramajoritário é questionável.

É neste contexto que se avançará pela presente pesquisa, analisando-se a capacidade do Supremo Tribunal Federal de ser *contramajoritário* quando em jogo direitos fundamentais, principalmente os ligados a temas de Direito Penal e Direito Processual Penal.

Afinal, a questão ganha especial corpo quando em jogo questões relativas ao que se espera do Supremo em julgamentos de natureza criminal. Sendo o Direito Penal o ramo que mais retrata – e reproduz – as condições de desigualdade existentes no Brasil, mostra-se extremamente relevante, sob um aspecto social, a ideia de um garantismo penal efetivo.

Como bem salienta Luigi Ferrajoli, o garantismo clássico remonta ao século XVIII, seguindo os ideários iluministas e liberais da época:

O direito penal dos ordenamentos desenvolvidos é produto predominantemente moderno. Os princípios sobre os quais se funda seu modelo de garantias clássico – a legalidade estrita, a materialidade e a lesividade dos delitos, a responsabilidade pessoal, o contraditório entre as partes, a presunção de inocência – são, em grande parte, como se sabe, fruto da tradição jurídica do iluminismo e do liberalismo.⁴⁵

E conceituando o que seria o *garantismo*, Ferrajoli traz três significados diversos:

Segundo um primeiro significado, “garantismo” designa um *modelo normativo de direito*: precisamente, no que diz respeito ao direito penal, o modelo de “estrita legalidade”, *SG*, próprio do *Estado de Direito*, que sob o plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, sob o plano político se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e a maximizar a liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos. É, conseqüentemente, “garantista” todo sistema penal que se conforma normativamente com tal modelo e que o satisfaz efetivamente.⁴⁶

Em síntese, em uma sociedade em que os Direitos Humanos ainda se encontram distantes de sua plena concretização, além de conviverem com ameaças diárias de supressão,

⁴⁴ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **A palavra dos mortos: conferências de criminologia cautelar**. São Paulo: Saraiva, 2012, p.315.

⁴⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p.37

⁴⁶ Ibidem. p. 785-786

apresenta-se como fundamental que a jurisdição constitucional assuma o seu papel de instrumento de proteção e promoção dos direitos e garantias individuais, especialmente em uma temática tão delicada como aquela ligada às áreas penal e processual penal.

CAPÍTULO 2 – CONSTITUIÇÃO COMO DIRETRIZ DO SISTEMA PENAL

2.1. Introdução

O presente trabalho tem por escopo verificar se o Supremo Tribunal Federal exerceu e vem exercendo a sua missão contramajoritária de tutela dos direitos fundamentais, especialmente aqueles ligados às questões penais. Assim, com o fim de robustecer a conclusão desta pesquisa, o presente capítulo será destinado ao estudo da (i) teoria constitucional do bem jurídico, (ii) da Constituição como limite e fundamento do Sistema Penal e (iii) Preceitos Garantistas expressos ou implícitos no texto constitucional.

Buscar-se-á demonstrar que o Direito Penal, ao mesmo tempo em que encontra fundamento na Constituição Federal, também encontra nela limites intransponíveis. Entretanto, muito embora no campo do *dever ser* isso seja evidente, no campo do *ser* surgem complicações, como a incapacidade – ou mesmo a falta de vontade – de os tribunais, aí incluído o Supremo Tribunal Federal, atuarem contramajoritariamente na tutela de Direitos Fundamentais. Tal questão foi abordada no capítulo anterior, e atinge em cheio a mais alta Corte brasileira, conforme se mostrará no próximo capítulo.

Passa-se então a discorrer sobre a matriz constitucional do Direito Penal em um Estado Democrático Constitucional.

2.2. Direito Penal e a tutela de bens jurídicos constitucionalmente consagrados

2.2.1. Direito Penal e a proteção de bens jurídicos

Segundo Juarez Cirino dos Santos, o “Direito Penal é o setor do ordenamento jurídico que define crimes e prevê medidas de segurança aplicáveis aos autores das condutas incriminadas.”⁴⁷

Já Eugênio Raúl Zaffaroni, Nilo Batista, Alejandro Alagia e Alejandro Slokar conceituam o Direito Penal como um “ramo do saber jurídico que, mediante a interpretação das leis penais, propõe aos juízes um sistema orientador de decisões que contém e reduz o poder punitivo, para impulsionar o progresso do estado constitucional de direito”.⁴⁸

Indubitavelmente, está-se diante do ramo do Direito que regulamenta as mais severas formas de intervenção estatal na esfera individual, visto que pode incidir diretamente

⁴⁷ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal:** parte geral. 4.ed. Conceito Editorial: Florianópolis, 2010, p.3.

⁴⁸ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro – I.** 4.ed. Revan: Rio de Janeiro, 2011, p.40

sobre a liberdade do indivíduo. A pena cominada como retribuição a uma conduta proibida pode ser classificada como violenta reação estatal, e que por sua natureza extrema deve ser reservada para aqueles casos mais graves, ou seja, para as condutas que sejam mais nocivas à coletividade e ao ordenamento jurídico.

Francisco de Assis Toledo afirma que a tarefa imediata do Direito Penal se resume à proteção de bens jurídicos, algo em que estaria empenhado, na verdade, todo o ordenamento jurídico. Segundo o autor, restaria ao Direito Penal um papel subsidiário: na falha, ausência ou insuficiência de proteção por outros ramos do Direito, e em havendo determinada gravidade na lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico, é que deve agir o Direito Penal, como *ultima ratio regum*.⁴⁹

Juarez Cirino dos Santos trata como objetivo *declarado* do discurso jurídico-oficial essa proteção de bens jurídicos pelo Direito Penal, frisando que os critérios para a seleção de quais bens serão alvo desta tutela são político-criminais, e fundados na Constituição, como por exemplo a vida, a integridade e a saúde corporais, a honra, e outros. Cirino também ressalta a natureza *subsidiária e fragmentária* do Direito Penal, protegendo bens jurídicos apenas em *ultima ratio*.⁵⁰

Entretanto, o mesmo autor traz pesada crítica ao tratar do que seriam os objetivos *não-declarados* do discurso jurídico-oficial no que tange ao Direito Penal, entendendo este setor do ordenamento jurídico como centro da estratégia de controle social nas sociedades contemporâneas, sendo instrumento para a instituição e manutenção do domínio de uma classe sobre a outra.⁵¹

Cirino dos Santos ainda denuncia a aparência de neutralidade do Sistema Penal produzida pelos seus *objetivos declarados*, mas que cai por terra quando se analisam as *fontes materiais* do ordenamento jurídico:

Os *objetivos declarados* do Direito Penal produzem uma aparência de *neutralidade* do Sistema de Justiça Criminal, promovida pela limitação da pesquisa jurídica ao nível da lei penal, única *fonte formal* do Direito Penal. Essa aparência de *neutralidade* do Direito Penal é dissolvida pelo estudo das fontes *materiais* do ordenamento jurídico, enraizadas no *modo de produção* da vida material, que fundamentam os interesses, necessidades e valores das *classes sociais* dominantes das relações de produção e hegemônicas do poder político do Estado, como indicam as teorias conflituais da Sociologia do Direito.⁵²

⁴⁹ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5.ed. Saraiva: São Paulo, 2008, p. 13-14

⁵⁰ SANTOS, 2010, p. 5.

⁵¹ Ibidem, p.7.

⁵² Ibidem, p. 7-8

Assim, nota-se que se está diante de um ramo do Direito voltado à proteção de bens jurídicos, mas que também é alvo de críticas por aqueles que, não sem razão, o vislumbram como instrumento de controle social, o que só reforça a importância de que uma Corte Constitucional, como é o caso do Supremo Tribunal Federal, funcione plenamente como órgão protetor de direitos fundamentais quando instada a fazê-lo. Tais questões serão detidamente abordadas no próximo capítulo deste trabalho.

Outro questionamento importante que deve ser feito pelo estudioso do Direito Penal se encontra na obra de Santiago Mir Puig: qual a função correspondente à *pena* no Direito Penal de determinado modelo de Estado? Isso porque, muito embora possa se atribuir a ela uma ou outra finalidade, é certo que o fator determinante é o *modelo* de Estado em que está inserido aquele Direito Penal. O autor traz o exemplo de um Estado de concepção teocrática, vinculado a determinada religião, e que pode ver na função retributiva do Direito Penal coerência com a ideia de *castigo* para os pecados. Ao mesmo tempo, um Estado totalitário utilizaria a pena como forma de autoproteção e de manutenção da ordem:

Não se trata, pois de perguntar apenas pela função da “pena”, em abstrato, mas sim de averiguar que função corresponde à pena no Direito penal próprio de um determinado modelo de Estado: no nosso caso, no modelo de Estado acolhido pela Constituição. Acima, parti da ideia de que, como confirma a evolução histórica, cada modelo político é coerente com uma determinada concepção do Direito penal e de sua função. Assim, temos observado que uma concepção teocrática do Estado vinculada a uma religião que postula a punição dos pecados resulta coerente com a atribuição de uma função retributiva à pena, enquanto que um regime político totalitário tende a utilizar o Direito penal como meio de autoproteção e de asseguramento da ordem pública baseado em uma prevenção penal sem limites. Quando o Estado teocrático é ao mesmo tempo totalitário, ambos os fins se misturam, exasperando a dureza da retribuição e a colocando a serviço da eficácia preventiva.⁵³ (Tradução nossa)

Já quanto ao Direito Penal em um Estado Democrático de Direito, fundado na Constituição, o mesmo autor observa que ele deverá justificar o uso das penas na capacidade de proteger os cidadãos, ao mesmo tempo em que respeita certos limites:

Por outro lado, um Estado não confessional e democrático não pode assumir o dever de exercer a justiça divina sobre a terra (pura retribuição), mas deverá justificar o uso das penas por sua capacidade de proteger os cidadãos (prevenção), ainda que em

⁵³ No se trata, pues, de preguntar sólo por la función de “la pena”, en abstracto, sino de averiguar qué función corresponde a la pena *en* el Derecho penal propio de un determinado modelo de Estado: en nuestro caso, en el modelo de Estado acogido en la Constitución. Más arriba he partido de que, como confirma la evolución histórica, cada modelo político es coherente con una determinada concepción del Derecho penal y de su función. Así, hemos observado que una concepción teocrática del Estado vinculada a una religión que postula el castigo de los pecados resulta coherente con la atribución a la pena de una función retributiva, mientras que un régimen político totalitario tiende a utilizar el Derecho penal como medio de autoprotección y de aseguramiento de un orden público basado en una prevención penal sin límites. Cuando el Estado teocrático es a la vez totalitario, ambos fines se mezclan, exasperando la dureza de la retribución y poniéndola al servicio de la eficacia preventiva (MIR PUIG, Santiago. **Bases constitucionales del derecho penal**. 1.ed. Iustel: Madri, 2011, p.58-59.)

um Estado de Direito a prevenção deva respeitar certos limites. Assim há de ser em um estado social e democrático [...] ⁵⁴ (Tradução nossa)

Mir Puig ressalta que no Estado Social e Democrático de Direito espanhol, fruto da Constituição de 1978, e que busca reunir as vantagens de um Estado Liberal com as de um Estado Social, é necessário que se conciliem a limitação do poder punitivo em face do cidadão, poder este que se submete ao império da lei e que deve respeito aos direitos fundamentais, com a proteção *eficaz* frente ao crime, que ele descreve como sendo o ataque a direitos e interesses individuais ou coletivos dos cidadãos. Para o autor, trata-se de uma prevenção limitada, ou seja, que efetivamente proteja os cidadãos, mas respeitando limites que garantam direitos destes frente ao Estado. ⁵⁵

Mas e quanto ao *bem jurídico*? Duas definições se mostram importantes neste momento da pesquisa: (i) trazer o conceito de *bem jurídico* e (ii) definir quais bens jurídicos possuem *dignidade penal*, ou seja, são passíveis de proteção por intermédio do Direito Penal.

Sobre o conceito de *bem jurídico*, recorre-se às lições de Francisco de Assis Toledo:

Bem, em um sentido muito amplo, é tudo o que se nos apresenta como digno, útil, necessário, valioso. [...] Os bens são, pois, coisas reais ou objetos ideais dotados de ‘valor’, isto é, coisas materiais e objetos imateriais que, além de serem o que são, ‘valem’. Por isso são, em geral, apetecidos, procurados, disputados, defendidos, e, pela mesma razão, expostos a certos perigos de ataques ou sujeitos a determinadas lesões. ⁵⁶

Também trazendo o conceito de *bem jurídico*, Francisco Muñoz Conde contextualiza a questão, vislumbrando os bens jurídicos como pressupostos existenciais para a autorrealização humana:

A necessidade da convivência - condensada na ideia freudiana de que a sociedade frustra, mas satisfaz ao mesmo tempo as necessidades humanas individuais - supõe a proteção dessa convivência, pois só com ela pode o indivíduo autorrealizar-se. A autorrealização humana necessita de alguns pressupostos existenciais que, enquanto

⁵⁴En cambio, un Estado no confesional y democrático no podrá asumir el deber de realizar la justicia divina sobre la tierra (pura retribución), sino que deberá justificar el uso de las penas por su capacidad de proteger a los ciudadanos (prevención), aunque en un Estado de Derecho la prevención deberá además respetar ciertos límites. Así ha de ser en un Estado social y democrático (MIR PUIG, 2011, p. 59).

⁵⁵ Así ha de ser en un Estado social y democrático como el acogido por el artículo 1.1 de la Constitución española de 1978, que pretende aunar las ventajas de los dos modelos políticos históricamente anteriores: el del Estado de Derecho liberal clásico, caracterizado por el sometimiento del poder a límites jurídicos que restringen su acción frente al ciudadano, y el del Estado social intervencionista, que asume la necesidad de que el poder intervenga activamente en la solución de problemas sociales. Ello ha de reflejarse en el Derecho penal, que también ha de conciliar aquellos dos principios contrapuestos: la necesidad de *limitar* la potestad punitiva estatal frente al ciudadano, sometiéndola al imperio de la ley y al respeto de los derechos fundamentales, y la de protección *eficaz* frente al delito, entendido como ataque a derechos e intereses personales o colectivos de los ciudadanos. Se trata, pues, de una *prevención limitada*: de una prevención que efectivamente proteja a los ciudadanos, pero que a la vez respete límites que garantizan derechos frente al Estado. (MIR PUIG, 2011, p. 59)

⁵⁶ TOLEDO, 2008, p. 15.

são de utilidade ao homem, são chamados de "bens" e, concretamente, enquanto são objeto de proteção pelo direito, são "bens jurídicos". Assim, pois, os bens jurídicos são aqueles pressupostos de que a pessoa necessita para a autorrealização na vida social. Entre estes pressupostos se encontram, em primeiro lugar, a vida e a saúde - negados pela morte e pelo sofrimento. A eles se somam outros pressupostos materiais que servem para conservar a vida e aliviar o sofrimento: meios de subsistência, alimentos, vestuário, habitação, etc., e outros ideais que permitem a afirmação da personalidade e seu livre desenvolvimento: honra, liberdade, etc.⁵⁷ (Tradução nossa)

Entretanto, considerando o caráter de *ultima ratio* do Direito Penal, não são todos os bens jurídicos que serão objeto de sua proteção, mas somente os mais importantes, e nos casos das agressões mais intoleráveis. Nas palavras de Assis Toledo, "protegem-se, em suma, penalmente, certos bens jurídicos e, ainda assim, contra determinadas formas de agressão; não todos os bens jurídicos contra todos os possíveis modos de agressão".⁵⁸

Como já ressaltado anteriormente, os critérios que selecionam os bens jurídicos a serem protegidos pelo Direito Penal encontram fundamento na Constituição Federal, que é a "fonte exclusiva de bens jurídicos selecionados para proteção penal".⁵⁹ Afinal, é a Carta Magna o documento que define quais são os valores mínimos essenciais à determinada sociedade e aos indivíduos que dela fazem parte.

Segundo Luciano Feldens, não desfruta o Direito Penal de uma existência autônoma em relação à Constituição, a qual funciona, efetivamente, como limite e como fundamento de estruturação daquele ramo das ciências jurídicas:

O Direito Penal não desfruta de existência autônoma em face da Constituição, senão que tem por ela definidos tanto os limites quanto os fundamentos de sua estruturação. É-nos oportuno reconhecer, nesse diapasão, que são por demais conhecidos os limites restritivos à atividade legislativa incriminadora. Dentre outros, formam exemplos eloquentes dessas categorias: o caráter fragmentário e subsidiário de que deve revestir-se o Direito Penal; sua aplicação como a *ultima ratio* do sistema normativo; a invariável exigência de sua manipulação mediante prévia e elucidativa definição legal da conduta ilícita e da correlata sanção, e, ainda, no plano processual, a necessária observância de critérios probatórios que partam da inocência do acusado em direção à sua responsabilidade, sendo constitucionalmente vedado o raciocínio inverso. De acentuada inspiração iluminista, e forjados no seio de um modelo de

⁵⁷ La necesidad de la convivencia – condensada en la idea freudiana de que la sociedad frustra, pero satisface al mismo tiempo las necesidades humanas individuales – supone la protección de esa convivencia, pues sólo en ella puede la persona individual autorrealizarse. La autorrealización humana necesita de unos presupuestos existenciales que, en tanto son de utilidad para el hombre, se denominan "bienes" y, concretamente, en tanto son objeto de protección por el derecho, "bienes jurídicos". Así, pues, bienes jurídicos son aquellos presupuestos que la persona necesita para la autorrealización en la vida social. Entre estos presupuestos se encuentran, en primer lugar, la vida y la salud – negados por la muerte y el sufrimiento. A ellos se añaden otros presupuestos materiales que sirven para conservar la vida y aliviar el sufrimiento: medios de subsistencia, alimentos, vestidos, vivienda, etc., y otros ideales que permiten la afirmación de la personalidad y su libre desarrollo: honor, libertad, etcétera. (MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción al derecho penal**. Editorial B de F: Buenos Aires, 2001, p.90-91.)

⁵⁸ TOLEDO, 2008, p.17.

⁵⁹ SANTOS, 2010, p. 16.

Estado liberal, tais limites incorporaram-se paulatinamente aos textos constitucionais modernos.⁶⁰

Especificando a função da Constituição como limite e fundamento do Direito Penal, Feldens, ainda acrescenta a função de *fonte valorativa*, ou seja, a Constituição como paradigma no momento de se indicar qual bem jurídico será alvo de proteção penal:

A Constituição funciona como: (i) limite material do Direito Penal, erigindo barreiras ao processo criminalizador (limite normativo superior); (ii) fonte valorativa do Direito Penal, funcionando como legítimo paradigma na escolha de bens jurídicos suscetíveis de proteção jurídico-penal (fundamento axiológico); (iii) fundamento normativo do Direito Penal, apontando zonas de obrigatória intervenção do legislador penal (limite normativo inferior).⁶¹

Enquanto limite material, a Constituição funciona como “um sinal vermelho ao legislador”, assegurando que espaços de liberdade constitucionalmente garantidos não sejam invadidos, que ordem valorativa constitucional não seja subvertida, ou que o Direito Penal não seja empregado em situações desprovidas de relevância social.⁶²

Por seu turno, enquanto *fonte valorativa* do Direito Penal, a Constituição se apresenta exercendo função orientadora no processo de escolha das “objetividades jurídicas tuteladas pelo legislador penal”⁶³, ou seja, funciona como parâmetro para o legislador, que deve observar os valores constitucionais – portanto, reinantes em determinada sociedade – quando da tipificação de condutas puníveis.⁶⁴

Por fim, em certos casos a Constituição exige a intervenção penal “por meio de normas que designamos mandados constitucionais de tutela penal (criminalização). A Constituição funciona, aqui, como fundamento normativo do Direito Penal”⁶⁵. É o caso, por exemplo, da criminalização do racismo e do trato gravoso destinado ao tráfico de drogas, ambos previstos na Constituição Federal, no artigo 5º, respectivamente nos incisos XLII e XLIII.

Entretanto, uma questão é levantada pelo próprio Luciano Feldens em sua obra, a qual reproduzimos neste trabalho: seria a Constituição um parâmetro *exclusivo* para o Direito Penal na seleção dos bens jurídicos a serem tutelados? Segundo o autor, tal ideia é sedutora:

É indiscutível a tendência, tanto quanto sedutora a ideia, de visualizar a Constituição como fonte exclusiva de validade das normas penais incriminadoras. Importante parcela da doutrina vem aderindo a essa concepção para sustentar que a incidência

⁶⁰ FELDENS, Luciano. **Direitos Fundamentais E Direito Penal**: A Constituição Penal (Locais do Kindle 1259-1266). Livraria do Advogado Editora. Edição do Kindle.

⁶¹ Ibidem, (Locais do Kindle 1386-1390). Livraria do Advogado Editora. Edição do Kindle.

⁶² Ibidem, ((Locais do Kindle 1397-1398). Livraria do Advogado Editora. Edição do Kindle.

⁶³ Ibidem, (Locais do Kindle 1444-1445). Livraria do Advogado Editora. Edição do Kindle.

⁶⁴ Ibidem, (Locais do Kindle 1456-1460). Livraria do Advogado Editora. Edição do Kindle.

⁶⁵ Ibidem, (Locais do Kindle 1567-1569). Livraria do Advogado Editora. Edição do Kindle.

do Direito Penal haveria de verificar-se ali, e tão somente ali, onde se pudesse vislumbrar a ofensa a um bem jurídico de referência constitucional.⁶⁶

Segundo Feldens, é de se reconhecer que se presume mais legítima a criminalização de conduta ofensiva a bem jurídico expressamente abrigado pela Constituição, o que, todavia, não impede que outros bens sejam penalmente tutelados, como por exemplo os *transindividuais*, e cuja ofensa pode, ainda que indiretamente, atingir os interesses dos indivíduos:

Parece-nos adequado reconhecer que a penalização de determinada conduta – sob a perspectiva do bem jurídico tutelado – agregará tanto mais em seu favor a presunção de legitimidade constitucional quanto mais referente mostrar-se instituída à proteção de um bem ou valor de residência constitucional. Essa nos parece uma razão suficiente para não se duvidar, pelo menos em gênero (no que se refere ao objeto de tutela), da legitimidade da penalização de condutas atentatórias a bens jurídicos transindividuais que receberam incorporação constitucional, circunstância a já denotar sua idoneidade, como, por exemplo, ordem econômica, tributária e sistema financeiro. O argumento prevalece na medida em que – e apenas nas situações em que – estruturas político-normativas desse quilate enfeixam uma relação de significados na qual se contém, para além do interesse público consistente na funcionalização do sistema, o interesse do indivíduo, e que, em razão disso, poderia se ver indiretamente afetado.⁶⁷

Ao assim agir, o legislador não estaria se utilizando de manobras para a criação de bens jurídicos vazios. Pelo contrário, bens coletivos podem por vezes se mostrar tão relacionados à pessoa quanto os bens individuais. Isso, todavia, não desobriga o legislador de observar a dogmática penal quando da criminalização de condutas de tal jaez, devendo haver demonstração da relação entre a atividade incriminada e o dano – ou perigo de dano – ao bem jurídico a ser tutelado:

Sob essa perspectiva, o legislador, ao erigir determinados bens jurídicos coletivos à categoria de objetividades jurídico-penais, não estaria procedendo a uma artificiosa criação de bens jurídicos “sem conteúdo”; esses bens podem se demonstrar tão reais e referíveis à pessoa como os tradicionais bens jurídicos individuais. Bem compreendido que isso não significa que o legislador esteja dispensado de encontrar, em cada passo da atividade criminalizadora (tipo penal), a necessária referência entre a conduta incriminada e a hipótese de dano (real ou potencial) ao bem jurídico que pretende tutelar. Decerto, não é a simples rubrica da lei, alegadamente instituída à proteção de determinada objetividade jurídica constitucionalmente admitida, que garante sua legitimidade.⁶⁸

⁶⁶ FELDENS, (Locais do Kindle 1491-1494). Livraria do Advogado Editora. Edição do Kindle.

⁶⁷ Ibidem, (Locais do Kindle 1545-1553). Livraria do Advogado Editora. Edição do Kindle.

⁶⁸ Ibidem, (Locais do Kindle 1553-1559). Livraria do Advogado Editora. Edição do Kindle.

O mesmo autor ressalta que ainda que o princípio da legalidade possa ser considerado uma delegação de poder do Constituinte ao legislador ordinário na seara penal, isso não constitui um *cheque em branco*, visto que a Constituição segue figurando como limite ao Direito Penal:

Ao estabelecer no art. 5º, inc. XXXIX, que não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal, a Constituição transfere ao legislador ordinário tanto a decisão sobre o que deva ser considerado infração penal, quanto a definição sobre a medida da consequência jurídica (sanção) atribuível à espécie. A despeito dessa ampla delegação de poder, o denominado princípio da legalidade penal não se constitui como um cheque em branco endossado ao legislador. [...] Em termos ainda gerais, podemos sustentar que a Constituição figura como um quadro referencial obrigatório da atividade punitiva, contendo as decisões valorativas fundamentais para a elaboração de um conceito de bem jurídico prévio à legislação penal e ao mesmo tempo obrigatório para ela. Nesse contexto, a atividade do legislador penal encontra seu objeto premeditado por uma ordem de valores ditada pela Constituição, que se faz, por essa razão mesma, pré-constituída ao legislador.⁶⁹

Entretanto, alerta-se que a despeito da vinculação do Direito Penal às diretrizes fixadas pela Constituição, não se espera que o Código Penal e as leis penais sejam precisas cópias da Lei Fundamental, mas sim que haja coerência entre os bens jurídicos constitucionais e aqueles penalmente tutelados:

Logicamente, dessa vinculação da política criminal às diretrizes constitucionais não se pretende estabelecer que seja o Código Penal um espelho, um retrato fiel da Constituição. Se assim fosse, estaríamos dirigindo, sem fronteiras, a atividade do legislador democrático, cuja liberdade de configuração seria, ao invés de regra, exceção. A relação entre bens jurídicos constitucionais e penais não haverá de ser necessariamente de coincidência, ou de recíproca cobertura, mas de coerência, interação ou efeito recíproco, o que conduz a uma necessária interpretação (teorização) do Direito Penal conforme a Constituição.⁷⁰

Assim, em que pese ser a Constituição Federal uma baliza a ser observada pelo legislador quando da criminalização de condutas, dispõe ele de certa liberdade, algo imprescindível em um Estado Democrático de Direito, sendo apenas obrigatória uma leitura constitucional do Direito Penal para que haja a citada *coerência* entre os bens jurídicos penalmente tutelados e aqueles dotados de dignidade constitucional.

Segundo Luciano Feldens, o que a Constituição ordena é *constitucionalmente necessário*, ao passo que aquilo que ela proíbe é *constitucionalmente impossível*. Por fim, no que tange ao que ela confia ao legislador, pode-se dizer que é *possível* unicamente porque para

⁶⁹ FELDENS, (Locais do Kindle 1283-1301). Livraria do Advogado Editora. Edição do Kindle.

⁷⁰ Ibidem, (Locais do Kindle 1307-1313). Livraria do Advogado Editora. Edição do Kindle

a Constituição *não é necessário e nem impossível*. Trazendo tais premissas para o Direito Penal, o autor vislumbra três níveis de interação entre Direito Penal e Constituição: 1) Intervenção penal constitucionalmente *proibida*; 2) Intervenção penal constitucionalmente *possível*; e 3) Intervenção penal constitucionalmente *obrigatória* (mandados de criminalização).⁷¹

Também deve ser ressaltado o caráter *fragmentário* do Direito Penal, do qual decorre que este “não protege todos os bens jurídicos definidos pela Constituição da República e protege apenas parcialmente os bens jurídicos selecionados para proteção penal.”⁷²

Assim, serão protegidos bens jurídicos essenciais, como a *vida, integridade física, saúde, liberdade individual, patrimônio, sexualidade, honra, administração pública* dentre outros, e somente em casos de grave lesão ou perigo de lesão, em que se mostre efetivamente necessária a intervenção penal.

Importante frisar que a utilização de bens jurídicos constitucionais como critério de criminalização é fundamental como limite ao exercício do poder punitivo pelo Estado. Tratando da legitimação das proibições penais, Claus Roxin ressalta a necessidade de se definir quais comportamentos o Estado pode criminalizar, tipificando penalmente tais condutas, afirmando que a “importância desta pergunta reside no fato de que de nada adiantam uma teoria do delito cuidadosamente desenvolvida e um processo penal bastante garantista se o cidadão é punido por um comportamento que a rigor não deveria ser punível.”⁷³

O mesmo Roxin trata da importância da teoria do bem jurídico na Alemanha, mencionando também a existência de grande interesse por ela no Brasil:

Na Alemanha, a finalidade do direito penal aqui exposta, da qual já derivam na maior parte dos casos os seus limites, é caracterizada como “proteção subsidiária de bens jurídicos”. São chamados bens jurídicos todos os dados que são pressupostos de um convívio pacífico entre os homens, fundado na liberdade e na igualdade; e subsidiariedade significa a preferência a medidas sócio-políticas menos gravosas. De maneira substancialmente análoga diz-se também que o direito penal tem a finalidade de impedir danos sociais, que não podem ser evitados com outros meios, menos gravosos. Proteção de bens jurídicos significa, assim, impedir danos sociais. Tenho notícia de que também no Brasil há grande interesse em torno da teoria do bem jurídico. Juarez Tavares tenta trabalhar com o bem jurídico como critério delimitador, mas não fundamentador, do poder de punir, e César Bitencourt releva o caráter liberal da concepção de bem jurídico.⁷⁴

Avançando pela teoria do bem jurídico no Direito Penal, é possível concluir que ela se mostra essencial como elemento limitador do *ius puniendi*, pois norteia a atividade

⁷¹ FELDENS, (Locais do Kindle 1379-1385). Livraria do Advogado Editora. Edição do Kindle

⁷² SANTOS, 2010, p. 5-6.

⁷³ ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. 2.ed. Renovar: Rio de Janeiro, 2008, p.31.

⁷⁴ Ibidem, p.35-36.

legislativa, que deve se abster de criminalizar condutas (i) que não ofendam bens jurídicos, (ii) que ofendam bens jurídicos de menor importância.

Tratando da limitação do poder de punir, e do que pode ou não ser proibido penalmente, Roxin ressalta que a mera imoralidade ou a reprovabilidade ética de uma conduta não podem legitimar uma proibição penal, sendo que ele traz como exemplo a tentativa de criminalização da homossexualidade:

[...] a imoralidade ou a reprovabilidade ética de um comportamento não podem legitimar uma proibição penal, se os pressupostos de uma convivência pacífica não forem lesionados. Não se pode fundamentar a punibilidade do homossexualismo, alegando tratar-se de uma ação imoral, pois um comportamento que se desenrola na esfera privada, com o consentimento dos envolvidos, não tem quaisquer consequências sociais e não pode ser objeto de proibições penais. [...] O exposto tem importância não só para os delitos sexuais, mas para o direito penal como um todo. Porque, também no caso de atualíssimos problemas de transplantes medicinais ou de tecnologia genética, o recurso a princípios éticos não é argumento suficiente para justificar uma penalização.⁷⁵

Muñoz Conde explica que a definição de quais bens jurídicos serão protegidos penalmente depende de uma valoração historicamente condicionada, ou seja, de quais valores de determinada época são escolhidos pelo legislador para serem alvo da tutela penal:

A determinação dos bens jurídicos a serem protegidos supõe uma valoração que, como tal, é historicamente condicionada: "quais são os valores que em cada época determinada o legislador submete à proteção penal, depende não apenas das necessidades sociais concretas, mas também, e talvez em primeiro lugar, das concepções morais dominantes na sociedade."⁷⁶ (Tradução nossa)

Ao mesmo tempo, para além do alerta trazido por Roxin quanto à possibilidade de criminalização de condutas meramente imorais, Muñoz Conde trata daquilo que chama de “perversão” do conceito de bem jurídico, o que decorreria do fato de serem considerados “bens jurídicos” certos interesses de um grupo ou classe dominante, mas que não são essenciais para o restante da sociedade. Por meio deste expediente, os detentores do poder político ou econômico conseguem manter o *status quo*, beneficiando-se desta “perversão” do conceito de bem jurídico em prejuízo da maioria da população. Ocorre um abuso da utilização do Direito Penal, que funciona como mecanismo de proteção das minorias dominantes, reprimindo as classes menos favorecidas e opositores políticos:

Contudo, essa realidade indiscutível leva a considerar também como "bens jurídicos" os interesses do grupo ou classe dominante que não têm valor fundamental para os demais membros da comunidade. Se trata aqui de uma "perversão" do conceito de

⁷⁵ ROXIN, 2008, p. 37-39.

⁷⁶ La determinación de los bienes jurídicos a proteger supone una valoración que, como tal, está condicionada históricamente: “cuáles sean los valores que en cada época determinada el legislador somete a tutela penal, depende no solamente de las necesidades sociales concretas, sino también, y quizás en primera línea, de las concepciones morales dominantes en la sociedad (MUÑOZ CONDE, 2001, p. 92.)

bem jurídico. A história mostra exemplos claros disso. A elevação à categoria de bem jurídico, ou seja, de bem de valor respeitável e que há de ser respeitado, de certas vantagens e interesses em benefício de poucos e em detrimento da maioria é uma forma evidente de manutenção do status, de reagir a tudo o que signifique progresso e conservar a todo custo a situação atual. Deste modo, se abusa do direito penal como sistema de repressão em defesa de algumas minorias dominantes, colocando, por exemplo, a oposição política à margem da lei, punindo os ataques a bens jurídicos instrumentais - à propriedade privada, por exemplo - com a mesma seriedade ou ainda mais gravemente que os ataques à vida, saúde ou à liberdade, ou considerando como "direitos naturais", imutáveis e permanentes, o que não é mais do que o interesse pessoal e egoísta daqueles que detêm o poder.⁷⁷ (Tradução nossa)

Da leitura da citação acima pode-se concluir que a adequada utilização do conceito de bem jurídico é fundamental, não só para um Direito Penal mais racional, mas também para se evitar, ou ao menos reduzir, manipulações – “perversões”, como dito por Muñoz Conde – que beneficiem as classes dominantes em detrimento das subalternas.

Mir Puig entende que a colocação dos interesses dos cidadãos no centro dos objetivos do Direito Penal, que deve prevenir ataques a bens jurídicos, atesta a subordinação do poder punitivo estatal aos interesses das pessoas:

Colocar os interesses dos cidadãos no centro dos objetivos do Direito penal, concedendo a este a função de prevenção de ataques à bens jurídico-penais como forma de protegê-los, proporcional ao sacrifício dos direitos fundamentais do acusado, é enfatizar a subordinação do poder punitivo do Estado a serviço das pessoas. Os bens jurídico-penais mais indiscutíveis têm sido reconhecidos como direitos humanos pelas declarações internacionais e como direitos fundamentais pelas Constituições democráticas e, de qualquer modo, representam os interesses do indivíduo frente ao Estado. Por outro lado, prescindir desta referência individual, e colocar em seu lugar normas jurídicas, como objeto central da proteção do Direito penal, ressalta a sujeição dos indivíduos ao poder do Estado.⁷⁸ (Tradução nossa)

⁷⁷ Ahora bien, esta realidad indiscutible lleva a considerar también como “bien jurídico” los intereses del grupo o clase dominante que no tienen un valor fundamental para los restantes miembros de la comunidad. Se trata aquí de una “perversión” del concepto de bien jurídico. La historia muestra claros ejemplos de esto. La elevación a la categoría de bien jurídico, es decir, de valor respetable y que hay que respetar, de determinadas ventajas e intereses en beneficio de unos pocos y en perjuicio de la mayoría es una forma evidente de mantener el *status*, de reaccionar frente a todo lo que signifique progreso y de conservar a toda costa la actual situación. De este modo se abusa del derecho penal como sistema de represión en defensa de algunas minorías dominantes, poniendo, por ejemplo, la oposición política al margen de la ley, castigando los ataques a los bienes jurídicos instrumentales – a la propiedad privada, por ejemplo – con la misma gravedad o incluso más gravemente que los ataques a la vida, a la salud o a la libertad, o considerando como “derechos naturales”, inmutables y permanentes, lo que no es más que el interés personal y egoísta de los que detentan el poder (MUÑOZ CONDE, 2001, p.92-93.)

⁷⁸ Situar los intereses de los ciudadanos en el centro de los objetivos del Derecho penal, concediendo a éste la función de prevención de ataques a bienes jurídico-penales como forma de protegerlos proporcionada al sacrificio de derechos fundamentales del reo, es enfatizar la subordinación del poder punitivo del Estado al servicio de las personas. Los bienes jurídico-penales más indiscutibles han sido reconocidos como derechos humanos por las declaraciones internacionales y como derechos fundamentales por las Constituciones democráticas, y en todo caso representan intereses del individuo frente al Estado. Por el contrario, prescindir de esta referencia individual y poner en su lugar las normas jurídicas, como objeto central de protección del Derecho penal, subraya la sujeción de los individuos al poder estatal. (MIR PUIG, 2011, p. 113.)

Conforme se verifica no trecho citado, o mesmo autor alerta para o caso de as *normas jurídicas* serem colocadas como objetivo principal de proteção pelo Direito Penal, situação que reforça a sujeição dos indivíduos ao poder estatal – o que não se mostra adequado, especialmente em um Estado Constitucional Democrático e Social de Direito.

Na senda do alerta trazido por Mir Puig, Juarez Cirino dos Santos defende que o conceito de bem jurídico, tanto como critério de criminalização e como objeto de proteção, é **garantia política irrenunciável** do Direito Penal do Estado Democrático, sendo que o conceito de bem jurídico deveria ser reservado para direitos e garantias individuais do ser-humano, excluindo-se a criminalização “(a) da vontade do poder, (b) de papéis sistêmicos, (c) do risco abstrato, (d) ou dos interesses difusos característicos de complexos funcionais como a economia, a ecologia, o sistema tributário, etc.”⁷⁹ Ainda segundo Cirino dos Santos, esta posição “reafirma os princípios do Direito Penal do **fato**, como lesão do bem jurídico, e da **culpabilidade**, como limitação do poder de punir, excluindo a *estabilização das expectativas normativas*⁸⁰ das concepções autoritárias do funcionalismo de Jakobs, por exemplo”.⁸¹

Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli compartilham do entendimento de que o conceito de bem jurídico é **imprescindível**, servindo como limite que mantém o Direito Penal dentro da racionalidade:

Toda manifestação irracionalista no campo do direito penal tem tentado arrasar com o conceito de bem jurídico. Não é raro que, de uma maneira geral, todas as manifestações do direito penal autoritário tenham desacreditado este conceito. O tipo implica o dever de abster-se da realização da conduta que a norma proíbe. Quanto não se pergunta para que a norma proíbe essa conduta, só nos resta dizer que o dever se impõe por si mesmo, porque é o capricho, o preconceito, o empenho arbitrário de um legislador irracional. Resultará violado o princípio republicano de governo (art. 1º, da CF), que impõe a racionalidade de seus atos. *O direito imporá um dever pelo próprio dever.* O bem jurídico cumpre duas funções, que são duas razões fundamentais pelas quais não podemos dele prescindir: a) uma função *garantidora*, que emerge do princípio republicano; b) uma função *teleológico-sistemática*, que dá sentido à proibição manifestada do tipo e a limita. Ambas funções são necessárias para que o direito penal se mantenha dentro dos limites da racionalidade dos atos de governos, impostos pelo princípio republicano (art. 1º da CF).⁸²

Em síntese, dentro do contexto de um Direito Penal subsidiário, conclui-se pela fundamental importância de um critério que traga um norte ao legislador, sendo que a teoria do

⁷⁹ SANTOS, 2010, p. 17-18.

⁸⁰ Mir Puig, em citação constante de página anterior, alerta para o fato de a colocação das normas jurídicas como objeto central de proteção do Direito Penal favorecer a sujeição dos indivíduos ao poder estatal. (vide MIR PUIG, 2011, p.113).

⁸¹ SANTOS, 2010, p. 18.

⁸² ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro v.1 – Parte geral**. 9.Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.406.

bem jurídico acaba se mostrando adequada, servindo como limite à criminalização, ao mesmo tempo em que possibilita que o Direito Penal seja direcionado à proteção dos bens considerados mais importantes dentro de uma sociedade, inclusive mediante os chamados *mandados de criminalização*, como ocorre, por exemplo, com o art. 5º, XLIII, da Constituição Federal, que dispõe serem “inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos”.

2.2.2. Bens jurídicos e princípios constitucionais penais

Como tem sido demonstrado até aqui, o Direito Penal no Brasil encontra assento Constitucional no sentido de se direcionar à tutela dos bens jurídicos mais importantes, os quais devem ser selecionados dentre aqueles que possuem dignidade constitucional, ou seja, previstos como essenciais pelo constituinte, e que justamente por isso são passíveis de proteção pelo Direito Penal.

Tratando dos princípios constitucionais de Direito Penal, assim escreve Juarez Cirino dos Santos:

O Direito Penal das sociedades contemporâneas é regido por *princípios constitucionais* sobre crimes, penas e medidas de segurança, nos níveis de *criminalização primária* e de *criminalização secundária*, indispensáveis para garantir o indivíduo em face do poder punitivo do Estado.⁸³

Dentre os principais princípios constitucionais penais estão o da legalidade, da culpabilidade, da proporcionalidade, da alteridade, da responsabilidade pessoal e da individualização da pena. Entretanto, guardando estreita relação a ideia de um Direito Penal voltado à exclusiva proteção de bens jurídicos, podem ser destacados dois: o da **intervenção mínima** e o da **ofensividade**.

Sobre o princípio da **intervenção mínima**, Nilo Batista ensina que foi produzido “por ocasião do grande movimento político de ascensão da burguesia, reagindo contra o sistema penal do absolutismo, que manejava um poder punitivo minuciosamente abrangente e ilimitado”.⁸⁴

O mesmo autor alerta que o citado princípio não se encontra positivado no texto constitucional e nem no Código Penal, fazendo parte da política criminal, mas ainda assim impondo-se tanto ao legislador como ao intérprete da lei “por sua compatibilidade e conexões

⁸³ SANTOS, 2010, p. 19.

⁸⁴ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 12.ed. Revan: Rio de Janeiro, 2011, p.82

lógicas com outros princípios jurídico-penais, dotados de positividade, e com pressupostos políticos do Estado de direito democrático.”⁸⁵

A ideia de intervenção mínima tem estreita relação com o caráter *violento* do Direito Penal. Afinal, a pena é uma violência que pode legitimamente ser imposta pelo Estado ao indivíduo, atingindo de forma severa a sua liberdade ou seu patrimônio. Conceituando o princípio da *intervenção mínima*, Jesús-María Silva Sánchez frisa ser ele aceito de forma unânime pela doutrina, afirmando ser o Direito Penal um mal, e que em razão disso sua intervenção somente se admite em casos em que isso se mostre imprescindível:

Este princípio, admitido unanimemente pela doutrina, expressa a ideia – que vimos comentando – de que o Direito Penal deve reduzir sua intervenção àquilo que seja estritamente necessário em termos de utilidade social geral. Se, como é óbvio, o Direito Penal é um mal, não se admite sua intervenção a não ser naqueles casos em que isso seja imprescindível para cumprir os fins de proteção social através da prevenção de fatos lesivos.⁸⁶

O princípio da intervenção mínima desdobra-se em dois subprincípios, quais sejam, o da **fragmentariedade** e da **subsidiariedade**.

Para tratar da **fragmentariedade**, Francisco de Assis Toledo utiliza a seguinte construção: “dentre a multidão de fatos ilícitos possíveis, somente alguns – os mais graves – são selecionados para serem alcançados pelas malhas do ordenamento penal”⁸⁷. Assim, diante de uma infinidade de ilícitos existentes na sociedade, deve a intervenção penal recair unicamente sobre os mais graves, agindo de forma fragmentária.

Subsidiariedade pode ser entendida como o fato de o Direito Penal ser a *ultima ratio*, ou seja, de só agir quando outros ramos do Direito, menos agressivos, não surtirem efeito. Assim, deve-se sempre priorizar a aplicação de sanções civis ou administrativas, somente se invocando o Direito Penal para os casos em que os meios mais amenos não surtirem efeito.

Segundo Nilo Batista, a “subsidiariedade do direito penal, que pressupõe sua fragmentariedade, deriva de sua consideração como ‘remédio sancionador extremo’, que deve portanto ser ministrado apenas quando qualquer outro se revele ineficiente”.⁸⁸

Muñoz Conde leciona que, a despeito de o Direito Penal possuir uma função eminentemente protetora de bens jurídicos, ele é o último dos mecanismos a atuar, somente agindo quando fracassam outras esferas de proteção:

⁸⁵BATISTA, 2011, p. 83.

⁸⁶SILVA SANCHEZ, Jesús-María. **Aproximação ao direito penal contemporâneo**. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2011, p.379

⁸⁷TOLEDO, 2008, p. 14-15.

⁸⁸Op cit, p. 84.

O direito penal, como todo o ordenamento jurídico, tem uma função eminentemente protetora de bens jurídicos; mas nesta função de proteção lhe corresponde apenas uma parte, e certamente a última, intervindo apenas quando fracassam as outras barreiras protetoras do bem jurídico, encontradas em outros ramos do direito.⁸⁹ (Tradução nossa)

Sobre estas demais “barreiras protetoras” mencionadas por Muñoz Conde, interessante citar as alternativas vislumbradas por Claus Roxin para a pena criminal:

Existem, principalmente, três alternativas para a pena criminal. A primeira consiste em pretensões de indenização de direito civil, que, especialmente em violações de contrato, bastam para regular prejuízos. A segunda alternativa são medidas de direito público, que podem comumente garantir mais segurança que o direito penal em casos, p. ex., de eventos e atividades perigosas: controles, determinações de segurança, revogações de autorizações e permissões, proibições e mesmo fechamento de empresas. A terceira possibilidade de descriminalização está em atribuir ações de lesividade social relativamente reduzida a um direito de contravenções especial, que preveja sanções pecuniárias ao invés da pena.⁹⁰

Interessante observar que Roxin traz exemplos concretos da incidência de outros ramos do Direito (ou de um ramo menos agressivo do Direito Penal) para a solução de questões que não demandam intervenção penal, evidenciando a subsidiariedade do Direito Penal.

Outro princípio estreitamente relacionado à tutela penal de bens jurídicos é o da **lesividade**, que se expressa pela ideia de que “nenhum direito pode legitimar uma intervenção punitiva quando não medie, pelo menos, um conflito jurídico, entendido como a afetação de um bem jurídico total ou parcialmente alheio, individual ou coletivo”.⁹¹

Isso significa que o Direito Penal não deve ser destinado à educação moral dos indivíduos, apenando condutas consideradas imorais ou pecaminosas, mas sim as que efetivamente lesem ou exponham a perigo de lesão bens jurídicos alheios.⁹² Como bem ressaltado por Nilo Batista, “à conduta puramente interna ou puramente individual – seja pecaminosa, imoral, escandalosa ou diferente – falta a *lesividade* que pode legitimar a intervenção penal”.⁹³

Sobre uma possível sentença ou lei que busque impor uma norma moral, aplicando pena por fato que não cause lesão ou perigo de lesão a bem jurídico alheio, Zaffaroni, Batista, Alagia e Slokar são duros, falando em ilicitude deste posicionamento:

⁸⁹ El derecho penal, como todo el ordenamento jurídico, tiene una función eminentemente protectora de bienes jurídicos; pero en esta función de protección le corresponde tan sólo una parte, y ciertamente la última, interviniendo únicamente en cuanto fracasan las demás barreras protectoras del bien jurídico que deparan otras ramas del derecho. (MUÑOZ CONDE, 2001, p.108.)

⁹⁰ ROXIN, 2008, p. 52.

⁹¹ ZAFFARONI, BATISTA, ALAGIA, e SLOKAR, 2011, p.226.

⁹² BATISTA, 2011, p.89.

⁹³ Ibidem, p. 89

Uma lei ou uma sentença que pretenda impor normas morais, cominando ou aplicando pena por um fato que não lesione ou exponha a perigo o direito alheio, é ilícita e sua ilicitude atinge a todos que se beneficiam ou podem beneficiar-se do respeito ao âmbito da autonomia moral que a Constituição estabelece. Tratar-se-ia de um ato em confronto com o modelo de estado de direito pelo qual optou a Constituição. O respeito à integridade moral dos presos, assegurado pela Constituição (art. 5º, inc. XLIX), fundado nas mesmas garantias constitucionais de autonomia moral mencionadas ao início do presente tópico, das quais o condenado não está despojado (art. 3º LEP), não podendo, por exemplo, ver-se obrigado a participar de atividade religiosa (art. 24, §2º LEP), exclui todo e qualquer caráter expiatório da prisonização. A expiação constitui um ato moral íntimo da pessoa, cuja imposição externa é impossível; por mais brutal que seja o sofrimento externamente infligido, depende exclusivamente da consciência do condenado assumi-lo ou não com a expiação.⁹⁴

Pode-se concluir que o princípio da lesividade impõe que somente serão alvo do *ius puniendi* condutas que ofendam bens jurídicos ou os exponham a perigo, tratando-se de mais um elemento limitador imposto ao Estado, uma vez que a exigência da lesividade impede a tipificação de condutas por motivos meramente morais, religiosos, etc.

Assim, após este breve estudo acerca dos princípios constitucionais penais relacionados ao conceito de bem jurídico, resta mais do que demonstrada a sua imprescindibilidade enquanto instrumento limitador do poder punitivo e de manutenção do pacto civilizatório e do próprio regime democrático.

2.3. O papel do Garantismo Penal

2.3.1. Introdução

A Teoria do Garantismo Penal é obra do jurista italiano Luigi Ferrajoli, e representa um marco na definição de um Direito Penal mínimo, voltado à proteção do indivíduo contra o arbítrio. Norberto Bobbio no prefácio à 1ª edição italiana da obra “Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal” afirma que Ferrajoli progressivamente expõe, ao longo do livro, a sua orientação na política penal: “direito penal mínimo contra direito penal máximo, o direito do mais fraco contra o direito do mais forte; e em última instância, certeza contra o arbítrio”.⁹⁵

Na introdução de sua obra “Direito e Razão”, Ferrajoli afirma que o Direito Penal conserva sempre uma “intrínseca brutalidade que torna problemática e incerta sua legitimidade moral e política”, enxergando a pena como uma “segunda violência que se acrescenta ao delito”, sendo “programada e executada por uma coletividade organizada contra um solitário

⁹⁴ ZAFFARONI, BATISTA, ALAGIA, e SLOKAR, 2011, p. 226.

⁹⁵ BOBBIO, Norberto. **Prefácio a 1ª edição italiana**, in FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.8.

indivíduo”, e classificando o poder de punir e julgar como o “mais ‘terrível’ e ‘odioso’ dos poderes”.⁹⁶

Ferrajoli ressalta que o modelo penal garantista, fundado nos princípios da estrita legalidade e estrita jurisdicionalidade, foi “concebido e justificado pela filosofia jurídica iluminista como a técnica punitiva racionalmente mais idônea – como alternativa a modelos penais decisionistas e substancialistas, orientados pela cultura política autoritária – a maximizar a liberdade a minimizar o arbítrio”. Mais adiante, ele afirma que o modelo garantista foi recebido, “ainda que de maneira sumária e lacunosa” pelo ordenamento constitucional italiano e por outros ordenamentos jurídicos avançados, representando o fundamento interno ou jurídico da “legitimidade da legislação e da jurisdição penal”, sendo tanto um modelo “racional de justificação” como um “modelo constitucional de legalidade”⁹⁷:

É, portanto, além de um modelo racional de justificação, também um modelo constitucional de legalidade: idôneo a limitar e ao mesmo tempo convalidar ou invalidar a potestade punitiva com razões de direito, isto é, de legitimação interna, tanto quanto condiciona juridicamente seu válido exercício somente à prova dos comportamentos validamente proibidos pela lei sobre a base de critérios ético-políticos de legitimação externa produzidos pelas próprias normas constitucionais.⁹⁸

Portanto, um modelo penal garantista de Direito Penal fundar-se-á, primordialmente, no princípio da legalidade, contrapondo-se a modelos autoritários, e visando à maximização da liberdade e à minimização do arbítrio.

Entrevistado por Fauzi Hassan Choukr em 1997, na cidade de Roma, Luigi Ferrajoli assim sintetizou o conceito de garantismo:

Garantismo é antes de tudo um modelo de Direito. Neste sentido, significa submissão à lei constitucional, à qual todos deverão ser sujeitados, sendo incorreto vinculá-lo a qualquer soberania interna de poderes institucionalizados, pois esta noção de soberania foi dissolvida pelo constitucionalismo. Como decorrência, todos os poderes estão submetidos à vontade da lei que transformará os direitos fundamentais em direito constitucional interno. Dito isto, o grande problema que o garantismo enfrenta é também o de submeter à lei os poderes privados, além dos poderes estatais.⁹⁹

Sabe-se que há no Brasil grupo minoritário de doutrinadores e profissionais do Direito que defendem a existência de um suposto *garantismo integral*, baseados na ideia de que no país haveria uma errônea ou incompleta leitura da teoria de Ferrajoli. Seus defensores

⁹⁶ FERRAJOLI, 2010, p. 15.

⁹⁷ Ibidem, p. 16.

⁹⁸ Ibidem, p. 17.

⁹⁹ CHOUKR, Fauzi Hassan. **A teoria do garantismo e seus reflexos no direito e no processo penal**. Boletim do IBCCRIM n° 77, de abril de 1999. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/3807-A-Teoria-do-Garantismo-e-seus-Reflexos-no-Direito-e-no-Processo-Penal> . Acesso em 22 jul. 2018

entendem que, da mesma forma que o réu, deve a sociedade – representada pelo órgão acusador – ter iguais garantias, argumentando-se também que outros bens jurídicos, para além dos individuais, deveriam ter igual proteção, o que promoveria a defesa também da sociedade.

Entretanto, da simples leitura dos excertos acima citados, nota-se que tal teoria, embora deva ser considerada, já que existente, não guarda qualquer relação com o *garantismo* de Ferrajoli.

Afinal, como já visto, o Garantismo Penal materializa-se na existência garantias destinadas a proteger o cidadão em face do arbítrio estatal, superando uma cultura política autoritária e tendo como pilar a ideia de maximização da liberdade e de minimização do arbítrio.¹⁰⁰ Diante disto, pergunta-se: como a liberdade será maximizada e o arbítrio minimizado se o órgão acusador for beneficiado com um *garantismo integral*, mesmo já tendo à sua disposição todo o aparato repressor do Estado para processar, em nome da sociedade, um solitário indivíduo?

Como já dito por Bobbio no prefácio à obra de Ferrajoli, o garantismo penal representa o direito do mais fraco contra o direito do mais forte,¹⁰¹ sendo certo que, no processo penal, a força – esmagadora – está com sociedade, que atua por meio do órgão acusador, o que evidencia que a única e lógica conclusão é a de que o garantismo de Luigi Ferrajoli é voltado à proteção de direitos dos acusados, que integram a parte débil da relação processual penal.

Sobre a crítica de que o garantismo penal aplicado no Brasil representaria uma apenas parcial recepção da teoria de Ferrajoli no país, mostra-se extremamente pertinente a réplica de Salah H. Khaled Jr., que deixa claro que, considerando as disparidades entre as realidades europeia e latino-americana, especialmente no que diz respeito à questão prisional e à proteção de direitos humanos, outro caminho não restaria que não a adoção parcial da teoria do Garantismo:

Os adeptos do garantismo "integral" sustentam que os defensores do que chamam de garantismo penal são responsáveis por uma recepção parcial e inadequada da teoria de Ferrajoli e, curiosamente, reivindicam para si mesmos a condição de intérpretes privilegiados do garantismo. [...] A primeira questão que me parece pertinente é bastante óbvia: pode existir uma recepção não parcial do garantismo, considerando que estamos na América Latina e a nossa realidade concreta em nada se assemelha ao contexto no qual foi produzida a teoria? De imediato eu digo que não. [...] A distância que separa nossos jardins devastados dos jardins floridos da Europa é incomensurável: afinal, nós convivemos diariamente como um sistema penal predador de direitos humanos. Eles não conhecem nada remotamente semelhante a isso. Consagramos um aparato penitenciário catastrófico e sedento por corpos

¹⁰⁰ FERRAJOLI, 2010, p.16

¹⁰¹ BOBBIO, 2010, p.8.

objetificados e submetidos a um poder punitivo executivo, que não se deixa controlar por mecanismos jurídicos que lá não penetram.¹⁰²

Em artigo crítico ao garantismo penal aplicado no Brasil, Vlamir Costa Magalhães defende a adoção do garantismo integral, no sentido de se obter a superação do modelo de garantismo negativo (de defesa exclusivamente do indivíduo) para um mais amplo, focado no viés positivo do garantismo, em defesa de toda a sociedade:

Nota-se que, no cotidiano da jurisdição criminal brasileira, tem ocorrido frequentemente uma cega e mecanizada importação da tese garantista. [...] O tradicional garantismo negativo sustenta-se na função clássica do Direito Penal, denominada função liberal-iluminista, ao passo que a visão mais atual preconiza a existência de um duplo viés (negativo e positivo) na teoria garantista. Este último aspecto é sustentado no neoconstitucionalismo – *locus* da própria teoria do bem jurídico-penal – e numa nova visão sobre o princípio da proporcionalidade. Nesse diapasão, o princípio da proporcionalidade, que orienta a avaliação da compatibilidade constitucional dos atos do Poder Público (sobretudo os normativos), possui duas interfaces: de um lado, a vedação do excesso; e de outro, a proibição da proteção deficiente. É exatamente o mandamento proibitivo de proteção deficiente que impede que o legislador penal renuncie arbitrariamente ao emprego do Direito Penal e aos efeitos protetores que dele derivam quando diante de bens jurídicos de inquestionável magnitude. [...] O novo paradigma normativo aqui defendido decorre da assunção definitiva de que os direitos fundamentais não mais se resumem a escudos frente ao poder estatal, mas estendem-se à demanda pela proteção do Estado em face de ataques a bens jurídicos fundamentais oriundos de quaisquer pessoas.¹⁰³

Em resposta à alegação de que o Garantismo comportaria um aspecto positivo, o qual seria ignorado no Brasil, novamente se recorre aos estudos de Salah H. Khaled Jr., que entende que quando da adoção do garantismo de Ferrajoli em terras brasileiras no começo do século XXI, a vertente positiva não representava significativa contribuição, arrematando com uma crítica aos adeptos do Garantismo Integral, que estariam utilizando a citada teoria para legitimar um recrudescimento penal descabido, quando na verdade qualquer restrição a direitos e liberdades individuais não encontra guarida no Garantismo de Ferrajoli:

De fato, a teoria de Ferrajoli comporta um aspecto positivo. E nenhum dos autores que receberam o garantismo no Brasil no início do milênio negou isso. Salvo melhor juízo, não me recordo de que tenham dito que o Direito Penal não tutela bens jurídicos – ou direitos fundamentais – no sentido de que os protege (algo que eu particularmente não admitiria: mas isso é conversa para outro dia). Apenas não deram ênfase a tal aspecto, e não devem ser condenados por isso: não é na dimensão positiva que naquele momento a obra de Ferrajoli representava uma significativa contribuição. Diferentemente, o que os adeptos do garantismo "integral" estão

¹⁰² KHALED JR, Salah H. **Garantismo à la carte: integral, desnatado ou semi-desnatado?** 2015. Disponível em: <<http://www.justificando.com/2015/09/26/garantismo-a-la-carte-integral-desnatado-ou-semi-desnatado/>>. Acesso em: 29 jan. 2019.

¹⁰³ MAGALHÃES, Vlamir Costa. **O garantismo penal integral:** enfim, uma proposta de revisão do fetiche individualista. Revista SJRJ, Rio de Janeiro-RJ, v.17, n.29, p.185-199, dez. 2010. Disponível em: <<https://www.jfrj.jus.br/sites/default/files/revista-sjrj/arquivo/205-747-7-pb.pdf>> . Acesso em: 28 jan. 2019

defendendo é um garantismo travestido de Defesa Social: estão usando a expressão como artifício apto a legitimar até a prisão preventiva e quiçá a prisão para condenados em 2ª instância por crimes graves. Se querem Defesa Social, a matriz é Marc Ancel e não Ferrajoli.[...] Nenhuma leitura que restrinja drasticamente as liberdades individuais – e com isso o próprio Estado Democrático de Direito – pode reivindicar amparo no garantismo de Ferrajoli, sob o pretexto de desempenho mais eficaz de supostas funções positivas.¹⁰⁴

Segundo Alfredo Copetti Neto e Ana Cláudia Pinho, o garantismo é a outra face do constitucionalismo. Afinal, se este pode ser compreendido como limite aos poderes, a sua outra face seria a obrigação de normatização de tais limites por meio de *garantias*:

Devemos levar em consideração a máxima do Garantismo Jurídico como a outra face do constitucionalismo, e não como um modelo integral, às vezes chamados de ideal. Se o constitucionalismo é compreendido como limites jurídicos a poderes, a sua outra face é a obrigação de tais limites serem estipulados normativamente por meio das chamadas garantias, que não tutelam nem poderes, nem interesses abstratos, mas única e exclusivamente direitos fundamentais dos indivíduos em carne e osso: aí estão as garantias do garantismo, jamais plenamente realizáveis, por conta das lacunas e antinomias que não deveriam, mas fazem parte do direito.¹⁰⁵

Os mesmos autores reforçam sua conclusão afirmando que o contexto deve ser considerado, e que a história do direito moderno se confunde com a história da luta contra o poder, em situação em que não há falar em garantismo que não seja ligado a garantias e direitos exclusivamente individuais – ou seja, um garantismo penal como quis Ferrajoli, voltado à defesa do indivíduo em face do arbítrio estatal:

Não há conceito sem coisa, como não há coisa sem história, sem contexto; e devemos lembrar que a história do direito moderno, no fim das contas, é a história da luta contra o poder, seja ele público ou privado, em que as garantias, pois não há garantismo sem garantias jurídicas a direitos **exclusivamente** individuais, nos últimos trinta anos, muito em virtude da vasta construção analítica e conceitual de Luigi Ferrajoli, feita a partir do paradigma atual do Estado Constitucional de Direito, assumem um papel crucial.¹⁰⁶

Não se olvida a importância de teorias como a do *garantismo integral*, posto que, independentemente de sua adequação, trazem a possibilidade de debates que enriquecem o Direito, muitas vezes servindo para reforçar o acerto das teorias a que eventualmente se oponham. No caso do *Garantismo Integral*, muito embora louvável a aparente intenção de se assegurar a proteção de todos direitos fundamentais, é preciso cautela para que isso não deságue em um maior punitivismo. Se de um lado a vertente *positiva* do Garantismo de Ferrajoli indica

¹⁰⁴ KHALED JR., 2015.

¹⁰⁵ NETO, Alfredo Copetti; PINHO, Ana Cláudia. **Garantismo Integral: a “teoria” que só existe no Brasil**. 2017. Disponível em: <<http://www.justificando.com/2017/07/19/garantismo-integral-teoria-que-so-existe-no-brasil/>> Acesso em: 27 jan. 2019.

¹⁰⁶ Ibidem, 2017.

um caminho para proteção de outros direitos fundamentais, distintos dos clássicos direitos individuais de matriz liberal, de outro ele tem, como princípio basilar, a proteção ao mais débil, mediante maximização de liberdades e minimização do arbítrio, algo que se mostra incompatível com o que pregam os defensores do Garantismo Integral, e evidencia que tal teoria não guarda relação com o pensamento de Luigi Ferrajoli.

Uma vez superadas as noções conceituais introdutórias, passa-se ao estudo dos axiomas do Garantismo Penal.

2.3.2. Os dez axiomas do Garantismo Penal

O sistema garantista pode ser sintetizado por dez axiomas vislumbrados por Ferrajoli. Para o autor, este sistema é “garantista, cognitivo, ou de legalidade estrita”, sendo que ele alerta para o fato de se tratar de um “modelo-limite, apenas tendencialmente e jamais perfeitamente satisfável”.¹⁰⁷

Seguem os dez axiomas, que Ferrajoli também chama de “princípios axiológicos fundamentais”¹⁰⁸:

- A1 *Nulla poena sine crimine*
- A2 *Nulla crimen sine lege*
- A3 *Nulla lex (poenalis) sine necessitate*
- A4 *Nulla necessitas sine injuria*
- A5 *Nulla injuria sine actione*
- A6 *Nulla actio sine culpa*
- A7 *Nulla culpa sine judicio*
- A8 *Nullum judicium sine accusatione*
- A9 *Nulla accusatio sine probatione*
- A10 *Nulla probatio sine defensione*

Ferrajoli optou por trazer os axiomas em expressões latinas “seguindo uma tradição escolástica”.¹⁰⁹ De toda forma, eles expressam nada mais nada menos do que princípios e garantias penais e processuais penais básicas:

Denomino estes princípios, ademais das garantias penais e processuais por eles expressas, respectivamente: 1) princípio da *retributividade* ou da consequencialidade da pena em relação ao delito; 2) princípio da *legalidade*, no sentido lato ou no sentido estrito; 3) princípio da *necessidade* ou da economia do

¹⁰⁷ FERRAJOLI, 2010, p. 91.

¹⁰⁸ Ibidem, p.91.

¹⁰⁹ Ibidem, p. 91

direito penal; 4) princípio da *lesividade* ou da ofensividade do evento; 5) princípio da *materialidade* ou da exterioridade da ação; 6) princípio da *culpabilidade* ou da responsabilidade pessoal; 7) princípio da *jurisdicionalidade*, também no sentido lato ou no sentido estrito; 8) princípio *acusatório* ou da separação entre juiz e acusação; 9) princípio do *ônus da prova* ou da verificação; 10) princípio do *contraditório* ou da defesa, ou da falseabilidade. Estes dez princípios, ordenados e aqui conectados sistematicamente, definem – com certa força de expressão linguística – o modelo *garantista* de direito ou de responsabilidade penal, isto é, as regras do jogo fundamental do direito penal. Foram elaborados, sobretudo, pelo pensamento jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII, que os concebera como princípios políticos, morais e naturais de limitação do poder penal “absoluto”. Já foram posteriormente incorporados, mais ou menos íntegra e rigorosamente, às constituições e codificações dos ordenamentos desenvolvidos, convertendo-se, assim, em princípios jurídicos do moderno *Estado de direito*.¹¹⁰

Percebe-se que a matriz do Garantismo Penal é a imposição de *limites* que levam a uma aplicação minimamente *racional* do Direito Penal, tendo como principal mote o combate ao arbítrio. O modelo garantista, baseado nos dez axiomas de Ferrajoli, é o modelo vigente no Brasil e na maioria dos Estados civilizados, e deve ser o norte dos operadores do Direito.

O primeiro dos axiomas, *nulla poena sine crimine*, implica em dizer que a pena só será aplicada como consequência da prática de uma conduta tipificada como crime (princípio da retributividade).

O segundo deles, e talvez mais importante, é o *nulla crimen sine lege*, e expressa o princípio da legalidade, **verdadeiro pilar do Garantismo Penal**. Afinal, quando o art. 5º, inciso XXXIX, primeira parte, da Constituição de 1988 diz que “não há crime sem lei anterior que o defina”, está a impedir que o arbítrio colha os cidadãos de surpresa. Sem tipificação prévia da conduta, não há como o indivíduo conhecer a sua proibição, sendo que qualquer punição em casos assim se mostrará arbitrária.

O princípio da legalidade desdobra-se em quatro subprincípios¹¹¹: (1) *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia* (a lei precisa ser anterior à conduta, com vedação à retroatividade de leis mais gravosas); (2) *nullum crimen, nulla poena sine lege scripta* (exige-se que a norma incriminadora seja escrita); (3) *nullum crimen, nulla poena sine lege stricta* (a norma incriminadora possui alcance restrito, com vedação à analogia prejudicial ao réu (analogia *in malam partem*), mas admitindo-se a analogia *in bonam partem*, ou seja, benéfica ao acusado; e por fim, (4) *nullum crimen, nulla poena sine lege certa* (que representa o princípio da taxatividade, pelo qual os tipos penais precisam ser claros, precisos, delimitáveis,

¹¹⁰ FERRAJOLI, 2010, p. 91-92

¹¹¹ TOLEDO, 2008, p. 23-29

não devendo “*deixar margens a dúvidas e nem abusar do emprego de normas muito gerais ou tipos incriminadores genéricos, vazios.*”¹¹²)

O brocardo *nulla lex (poenalis) sine necessitate* aparece como terceiro axioma da teoria do Garantismo Penal, e tem estreita ligação com o princípio da intervenção mínima e seus desdobramentos (fragmentariedade e subsidiariedade). Afinal, quando se diz que não haverá lei penal sem necessidade, está-se a reproduzir a ideia de intervenção mínima, ou seja, de que o Direito Penal só deve agir para proteger os bens jurídicos mais importantes, nos casos de lesões mais graves, e quando outros ramos do Direito não se mostrarem suficientes.

O quarto axioma surge por meio da expressão *nulla necessitas sine injuria*, que nada mais é do que o princípio da lesividade, segundo o qual o direito penal somente deve agir em casos em que exista lesão ou perigo de lesão a bem jurídico.

Logo a seguir, o quinto axioma - *nulla injuria sine actione* – implica na necessidade de uma **conduta** exterior, omissiva ou comissiva, para que se possa atribuir ao agente a ofensa ao bem jurídico penalmente tutelado. A conduta se mostra como elemento essencial para a responsabilização penal, visto que, em regra, a cogitação e os atos meramente preparatórios não são puníveis (estes últimos podem eventualmente configurar delito autônomo, ou estarem expressamente tipificados, como no art. 5º da Lei 13.260/2.016, que pune *atos preparatórios* de terrorismo¹¹³).

O sexto axioma é o *nulla actio sine culpa*, e expressa o princípio da culpabilidade, no sentido de que uma conduta somente poderá ser punível se praticada com dolo ou culpa, sob pena de responsabilização penal objetiva, o que não é admissível.

O sétimo axioma (*nulla culpa sine judicio*) determina que não haverá reconhecimento de culpa sem atuação jurisdicional (princípio da jurisdicionalidade), o que se dará mediante devido processo legal, garantia basilar do processo penal.

Já o oitavo axioma, quando dispõe que *nullum judicium sine accusatione*, consagra o **princípio acusatório**, que consiste na distinção entre juiz e acusador. Ou seja: o processo criminal depende de que a ação penal seja proposta por uma figura distinta da do julgador, que será unicamente o destinatário da prova, devendo julgar com imparcialidade a causa.

¹¹² TOLEDO, 2008, p.29.

¹¹³ Lei 13.260/2.016 - Art. 5º Realizar atos preparatórios de terrorismo com o propósito inequívoco de consumir tal delito: Pena - a correspondente ao delito consumado, diminuída de um quarto até a metade.

Por *nulla accusatio sine probatione* (nono axioma) entende-se que compete à acusação o ônus probatório no processo penal, o que decorre do princípio da presunção de inocência.

Por fim, o décimo axioma (*nulla probatio sine defensione*) consagra os princípios do contraditório e da ampla defesa, sendo imprescindível que às partes se assegure o direito de se manifestar acerca do que for dito ou produzido pela outra, tendo o réu também a seu favor a *ampla defesa*.

Como se vê, os dez axiomas que formam a espinha dorsal da Teoria do Garantismo guiam o exercício do *ius puniendi* desde a atividade legislativa de tipificação de condutas e cominação de penas, até a sua concreta aplicação por meio do Processo Penal.

2.3.3. O Garantismo Penal e a tutela de direitos fundamentais

A Teoria do Garantismo Penal é essencial para que haja respeito aos direitos fundamentais durante o exercício do *ius puniendi* pelo Estado, tratando-se, ao menos, de um modelo a ser seguido. O próprio Luigi Ferrajoli é claro ao afirmar que os dez axiomas garantistas não descrevem o que efetivamente ocorre, mas o que deve ocorrer:

Os axiomas garantistas – formulados pelas implicações entre cada termo da série aqui convencionada e os termos posteriores – não expressam proposições assertivas, mas proposições prescritivas; não descrevem o que ocorre, mas prescrevem o que deva ocorrer; não enunciam as condições que um sistema penal efetivamente satisfaz, mas as que deva satisfazer em adesão aos seus princípios normativos internos e/ou a parâmetros de justificação externa.¹¹⁴

Ou seja: o modelo Garantista de Direito Penal pode ser visto como algo ideal, um norte a ser observado pelos operadores do Direito, desde a atividade legislativa até a execução das penas. E no caso brasileiro, trata-se de um objetivo a ser efetivamente perseguido, visto que o modelo garantista foi o escolhido pelo Constituinte de 1988 para o Direito Penal e também para o Processual Penal.

Afinal, no Brasil não há previsão de penas para fatos que não sejam crime ou contravenção penal, logo, penalmente tipificados (primeiro axioma – *nulla poena sine crimine*), ao mesmo tempo em que vigora o princípio da legalidade, positivado tanto no art. 5º, XXXIX, da Constituição da República¹¹⁵, como no art. 1º do Código Penal¹¹⁶, sendo representado pelo segundo axioma do Garantismo Penal (*nullo crimen sine lege*).

¹¹⁴ FERRAJOLI, 2010, p. 90.

¹¹⁵ Constituição Federal – Art. 5º [...] Inciso XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;

¹¹⁶ Código Penal – Art. 1º Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.

O Direito Penal brasileiro rege-se pelos princípios (estudados no tópico 2.2. do presente trabalho) da **intervenção mínima**, conforme o terceiro axioma do Garantismo (*nulla lex poenalis sine necessitate*), e da **lesividade**, em respeito ao quarto axioma (*nulla necessitas sine injuria*). Da mesma forma, ele somente pode atuar caso o agente pratique alguma conduta, omissiva ou comissiva (quinto axioma – *nulla injuria sine actione*), atuando com dolo ou culpa (sexto axioma – *nulla actio sine culpa*), o que deverá ser reconhecido em âmbito judicial, com respeito ao devido processo legal, nos termos do art. 5º, incisos LIII e LIV, da Constituição Federal¹¹⁷ (sétimo axioma – *nulla culpa judicio*), em ação penal movida pelo Ministério Público¹¹⁸ ou pelo ofendido¹¹⁹ (oitavo axioma – *nullum judicium sine accusatione*).

No processo penal, tanto na fase judicial como extrajudicial, o ônus probatório compete à acusação (nono axioma – *nulla accusatio sine probatione*), em respeito à garantia constitucional da presunção de inocência¹²⁰, sendo que às partes é assegurado o contraditório, e ao acusado, a ampla defesa (décimo axioma – *nulla probatio sine defensione*).¹²¹

Portanto, estando os dez axiomas do Garantismo Penal presentes no ordenamento jurídico brasileiro, imprescindível sua observância pelos operadores do Direito, numa incessante busca pela maximização da liberdade, aliada à minimização do arbítrio.

Afinal, o respeito aos direitos e garantias expressos pelos dez axiomas de Ferrajoli é o caminho para a aplicação racional do Direito Penal, possibilitando o respeito à dignidade da pessoa humana, ao direito de defesa, à individualização de pena, ao mesmo tempo em que desempenha sua função de proteção de bens jurídicos.

Até aqui, estudou-se que a jurisdição constitucional possui papel de protagonista na tutela de direitos fundamentais; da mesma forma, demonstrou-se que estes direitos são dotados

¹¹⁷ Constituição Federal – Art. 5º [...] LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;
LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

¹¹⁸ Constituição Federal - Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:
I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

¹¹⁹ Código Penal - Art. 100 - A ação penal é pública, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido.
[...]
§ 2º - A ação de iniciativa privada é promovida mediante queixa do ofendido ou de quem tenha qualidade para representá-lo.

¹²⁰ Constituição Federal – Art. 5º [...] LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

¹²¹ Constituição Federal – Art. 5º [...] LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

de caráter contramajoritário, servindo como trunfo contra eventuais maiorias, ao passo que a jurisdição constitucional também deve assumir a sua missão contramajoritária, pois somente isso viabilizaria a adequada proteção dos direitos fundamentais. Entretanto, demonstrou-se que existe a chamada *difficuldade contramajoritária*, retratada em questões concretas que, na prática, inibem ou limitam a atuação contramajoritária de juízes e tribunais.

Assim, o próximo capítulo será dedicado à análise da atuação do Supremo Tribunal Federal no âmbito criminal, em casos de grande repercussão nacional.

Também será dedicado um capítulo ao estudo da atuação da Suprema Corte dos Estados Unidos da América em relação à questão racial, um tema extremamente delicado naquele país. O objetivo é demonstrar se há diferenças entre a atuação daquela Corte e a do Supremo Tribunal Federal em questões de grande repercussão, especialmente no que tange à tutela de direitos fundamentais.

CAPÍTULO 3 – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A DEFESA DE DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS NO PROCESSO PENAL

3.1. O Supremo Tribunal Federal durante a ditadura militar (1964-1985)

Antes de se avançar ao estudo do tema proposto para o presente tópico, mostra-se importante um breve esclarecimento acerca do recorte temporal que se realizou com o intuito de se delimitar a presente pesquisa.

O objetivo central deste trabalho é a análise da atuação do Supremo Tribunal Federal na defesa de direitos e garantias individuais ligados à área penal, partindo-se da premissa de que a jurisdição constitucional possui natureza contramajoritária. Assim, optou-se por se iniciar os estudos a partir do período da Ditadura Militar (1964-1985), em que foram adotadas medidas de exceção, com supressão de direitos e garantias, para só então se chegar ao atual período democrático, inaugurado a partir da Constituição de 1988. O objetivo é que seja possível uma comparação entre as atuações do STF naquele período autoritário e nos dias atuais.

Mas antes de se ingressar no estudo do papel desempenhado pelo Poder Judiciário, e em especial pelo Supremo Tribunal Federal, durante aqueles anos de ausência de democracia, se mostra importante compreender quais ideais e princípios serviriam para legitimação, tanto do golpe de 1964, como do posterior governo autoritário.

Uma das ideias que serviria de impulso à forma não só da ditadura militar brasileira, mas de várias outras ao longo do século XX, era a de que o Legislativo era um poder *incapaz*.

Sintetizando o pensamento das correntes políticas autoritárias da época em que se deu o golpe de 1964, assim escreve o pesquisador Leonardo Augusto de Andrade Barbosa:

Ainda que seja necessário estabelecer as devidas diferenças entre as manifestações políticas reunidas sob o signo do autoritarismo, há características que as aproximam, tais como a concentração do poder político, a redução dos limites impostos ao governo (não raro em prejuízo dos direitos fundamentais) e a desvalorização da democracia representativa. Todas essas tendências se opõem diretamente ao projeto do constitucionalismo.¹²²

O mesmo autor esclarece que o pensamento de Francisco Campos, jurista que atuou tanto no Estado Novo como durante a ditadura militar, sintetizava de forma precisa as premissas autoritárias acima descritas¹²³, o que pode ser identificado no trecho da obra “O Estado

¹²² BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. **História Constitucional Brasileira: mudança constitucional, autoritarismo e democracia no Brasil pós-1964**. Biblioteca digital da Câmara dos Deputados: Brasília, 2012, p. 22-23.

¹²³ Ibidem, p. 23.

Nacional”, de autoria daquele jurista e também citada por Barbosa, em que Campos assim justifica algumas das opções institucionais da Constituição de 1937:

A incapacidade do Poder Legislativo para legislar é hoje um dado definitivamente adquirido não só pela ciência política como pela experiência das instituições representativas, em quase todos os países do mundo, inclusive nos de tradição parlamentar. A impopularidade das câmaras legislativas resultava, pois, da inadequação do órgão à função que lhe era conferida. Quando a máquina parlamentar trabalhava segundo as regras da sua construção e do seu funcionamento, do trabalho realizado sob a alta pressão que costuma reinar em todas as assembleias, onde o interesse só se mantém a poder de emoção ou de sensação, o resultado produzido não correspondia ao esforço e ao tempo empregados.¹²⁴

Na mesma obra, Francisco Campos também critica os *privilégios* do Poder Legislativo, e o fato de ele, ao invés de colaborar, tornar-se um entrave às iniciativas do Executivo:

A nação, a nação que trabalha e produz, não podia, evidentemente, ter como seu espelho ou sua imagem, para usar de expressão peculiar a uma forma de regime representativo já definitivamente superada, uma assembleia cuja vocação para as férias, à medida que se acentuava, mais se revelava exigente em relação aos privilégios e às vantagens que a nação lhe tinha larga e generosamente liberalizado. Ao invés de colaborador do governo, o Parlamento tendia, cada vez mais, a transformar-se em órgão de inibição, das iniciativas realmente úteis ou proveitosas aos interesses nacionais.¹²⁵

Estas ideias de Francisco Campos, embora dissessem respeito à Constituição de 1937, seguiram vivas, e viriam a legitimar o regime militar após 1964, inclusive com participação direta do mesmo jurista, conforme se verá adiante, reforçando-se a tese de que o Poder Legislativo se mostrava como algo a ser superado, sendo um entrave ao governo, que deveria ser centralizado no Executivo.

Após o golpe de 1964, seus artífices hesitavam. A Constituição de 1946 permanecia em vigor, mesmo tendo sido violentamente desrespeitada com a deposição de João Goulart, o que ocorria para que fosse mantida uma aura de legitimidade ao movimento autoproclamado “revolucionário”:

Para a ditadura militar, o problema constitucional se inicia cedo. A emergência de um novo regime sugere o advento de uma nova Constituição. Porém, da mesma forma que em 1930 Vargas manteve em vigor a Constituição de 1891, em 1964 optou-se por manter em vigor a Constituição de 1946, que já havia sido, contudo, abertamente desrespeitada: João Goulart ainda se encontrava em solo brasileiro quando foi declarada vaga a Presidência da República, na madrugada do dia 2 de abril de 1964, pelo senador Auro de Moura Andrade, então presidente do Congresso

¹²⁴ CAMPOS, Francisco. **O Estado Nacional: sua estrutura; seu conteúdo ideológico**. Brasília: Senado Federal, 2001, p. 47. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/1056/601099.pdf?sequence=4>> Acesso em: 23 jul. 2018.

¹²⁵ Ibidem, p. 48.

Nacional. [...] Seria difícil tornar plausível a ideia de que o movimento civil e militar que depusera Goulart era uma genuína “revolução” se as regras do jogo fossem mantidas tais como eram, e, caso a caso, excepcionadas. O novo regime precisava de um estatuto jurídico.¹²⁶

Este novo estatuto jurídico teria o papel de tentar corrigir o evidente déficit de legitimidade do novo governo, ocasião em que vem à tona o primeiro Ato Institucional, de 9 de abril de 1964, redigido por ninguém menos do que Francisco Campos, o jurista dos tempos de Getúlio Vargas, e que, como já dito, teria papel fundamental também no regime militar, ainda que apenas em seu início.

O Comando Militar hesitou. É surpreendente, mas bastante significativo, que tenha sido Francisco Campos, o artífice da Constituição de 1937, em parceria com Carlos Medeiros Silva, quem convenceu os militares a avançar, elaborando o primeiro ato institucional, o qual, é importante destacar, não era numerado.¹²⁷

Interessante a passagem constante da obra de Élio Gaspari, em que ele narra os bastidores da atuação de Francisco Campos quando da redação do primeiro ato institucional do regime militar:

Reunido com Costa e Silva e um grupo de generais, Francisco Campos captou neles uma vontade de praticar a violência política, inibida pelo escrúpulo de atropelar a Constituição. Agitado, andando de um general para outro, atirou: ‘Os senhores estão perplexos diante do nada!’. E deu uma aula sobre a legalidade do poder revolucionário. Era o que eles precisavam ouvir. Perguntaram-lhe do que precisava para redigir uma proclamação: “Papel e máquina de escrever”, respondeu.¹²⁸

Um detalhe por muitos desconhecido é que o primeiro Ato Institucional tinha vigência por prazo determinado, dispondo que ela cessaria em 31 de janeiro de 1966, quando então voltaria a vigorar *normalmente* a Constituição de 1946¹²⁹, algo que acabaria não ocorrendo.

Além disso, diversos fatores acabaram levando os militares a aprofundarem a repressão, a começar pelo Ato Institucional nº 02, vindo após derrotas do regime nas eleições para governador em 1965¹³⁰, e que dentre outras coisas, debilitava ainda mais o já combalido

¹²⁶ BARBOSA, 2012, p. 52.

¹²⁷ Ibidem, p.53.

¹²⁸ GASPARI, Elio. **A ditadura envergonhada**. São Paulo: Cia. das Letras, 2002a, p.123, apud BARBOSA, 2012, p. 53.

¹²⁹ Op cit,59.

¹³⁰ “Porém, conforme aponta David Fleischer, a eleição solteira para governador em 1965, sem qualquer outro cargo em disputa, atraiu toda a atenção da cena política, o que acabou por atribuir-lhe um caráter plebiscitário: “sem nenhum outro cargo estadual ou municipal em jogo para ajudar a mobilizar o eleitorado, [as eleições] se tornaram um teste direto para o governo militar”. E, diferentemente do que pensaram as lideranças governistas, tanto Minas Gerais quanto a Guanabara elegeram os candidatos de oposição. A vitória de Negrão de Lima e Israel Pinheiro, dois políticos da “pura cepa do conservadorismo nacional”, que nunca haviam feito oposição, salvo no curto período do governo Jango, significou, de acordo com Elio Gaspari, uma só coisa: “em eleição

Poder Legislativo, trazendo a possibilidade de o Executivo editar atos complementares, regulamentando os atos institucionais.¹³¹

Mas não é só. A ofensiva também viria a se voltar contra o Poder Judiciário, especialmente contra o Supremo Tribunal Federal.

No início do regime foram várias e significativas as derrotas impostas pelo Judiciário ao regime militar, mediante a concessão de *habeas corpus* que eram vistos pelos setores mais radicais do governo como uma “condenação da revolução”. É o que ressalta Leonardo Augusto de Andrade Barbosa:

Com o Judiciário, o quadro não era mais animador. Durante o início do regime militar o STF impôs derrotas significativas ao governo. A cada novo *habeas corpus* concedido, os radicais da linha dura viam uma condenação da revolução. Nos dias que precederam a edição do Ato Institucional nº 2, quando minutas do novo documento já eram produzidos a todo vapor pelos juristas ligados ao regime, o então presidente do STF, ministro Ribeiro da Costa – que era filho de um general de divisão –, mandou seu recado: “já é tempo de que os militares se compenbrem de que num regime democrático não lhes cabe papel de mentores da nação”. Costa e Silva respondeu: “o Exército tem chefe, não precisa de lições do Supremo”. Em tréplica, no dia 25 de outubro de 1965, o STF decidiu alterar seu regimento interno para estender o mandato de Ribeiro da Costa na presidência da Corte até o término de sua judicatura.¹³²

Portanto, durante os primeiros anos de gestão, o governo golpista tinha no Poder Judiciário um obstáculo, o qual, constantemente, confrontava o regime por meio de suas decisões. Tal situação acabaria culminando na já citada ofensiva do governo militar:

Todos os contratempos experimentados pelo regime em sua relação com o Judiciário devem ter convencido os militares de que a mera outorga de atos institucionais e complementares não seria suficiente para manter em segurança a “obra revolucionária”, questionada pontualmente por meio de manifestações públicas de magistrados (como o presidente do STF, ministro Ribeiro da Costa) e pela própria atuação das Cortes Superiores (em especial o STF e o STM). Era necessário interferir de maneira mais profunda sobre as instituições judiciais, que insistiam – ainda que de forma errática e episódica – em negar a chancela exigida pelas forças revolucionárias para suas decisões.¹³³

direta, o regime não elegeria seu candidato à Presidência da República”. A vitória da oposição em Minas e na Guanabara é normalmente identificada como a causa imediata da edição do Ato Institucional nº 2, um momento decisivo do período autoritário”. (BARBOSA, 2012, p.70).

¹³¹ “Seguindo a tendência prefigurada desde o início do regime militar, o Ato Institucional nº 2 debilitava maciçamente o Congresso Nacional. Ao presidente da República era agora permitido editar “atos complementares”, destinados a regulamentar o disposto no ato institucional, introduzindo no ordenamento normas de estatuta legal por ato monocrático do chefe do Executivo, completamente à margem da apreciação do Congresso. Foi o caso, por exemplo, do Ato Complementar nº 1, baixado concomitantemente ao ato institucional”. (BARBOSA, 2012, p.82).

¹³² Ibidem, p.78

¹³³ Ibidem, p. 85-86

Mas como se deu esta ofensiva? O que os militares fizeram em relação ao Poder Judiciário?

Uma das principais medidas constantes do Ato Institucional de nº 02 foi o aumento do número de ministros do Supremo Tribunal Federal, passando dos onze previstos na Constituição de 1946 para dezesseis, sendo que também houve mudanças na composição de outros tribunais superiores.

Em primeiro lugar, o Ato Institucional nº 2 aumentava o número de ministros do STF, do STM e do TFR. O STF passava a ser composto por dezesseis ministros, contra os onze previstos na Constituição de 1946. O STM passava de onze para quinze ministros e o TFR, de nove para treze juízes. Com a oposição no Congresso fragilizada, os nomes escalados para compor o STF não deixavam dúvidas de que o *court-packing* militar tinha como propósito impedir qualquer resistência institucional significativa às medidas julgadas necessárias pelo regime para a estabilização e reforma das instituições nacionais.¹³⁴

Além dessas modificações nas Cortes Superiores, que na prática implicaram, ao menos em tese, na indicação de ministros alinhados com o regime ditatorial, o Governo aprovou junto ao Congresso outras medidas, instituindo “exceções às garantias básicas de independência da magistratura, consagrando a possibilidade de remover ou colocar em disponibilidade magistrados por razões de ‘interesse público’”.¹³⁵

Mesmo após a ofensiva contra o Poder Judiciário, ainda havia resistência, com decisões contrárias ao regime proferidas inclusive por ministros indicados pelos militares, conforme se verifica em mais um trecho da obra de Barbosa:

O Judiciário, por sua vez, ainda tinha condições para um embate mais incisivo. Mesmo em casos delicados, autoridades indicadas pelos militares manifestaram-se contrariamente aos interesses governamentais. Adaucto Lúcio Cardoso, por exemplo, havia sido uma liderança proeminente da UDN e um dos articuladores do golpe em 1964. Como ministro do STF, durante o julgamento do Caso João Goulart¹³⁶, alinhou-se com aqueles que defendiam que era o próprio Supremo a autoridade competente para julgar o presidente deposto por crimes supostamente cometidos contra a União no curso de seu mandato.¹³⁷

¹³⁴ BARBOSA, 2012, p.86.

¹³⁵ Ibidem, p.88.

¹³⁶ Segundo Barbosa, “no Inquérito 2-GB, discutia-se se Jango, alvo de um Inquérito Policial Militar, deveria ser julgado pelo STF ou pela Justiça Federal. À época, vigia a Súmula 394, a qual determinava que “cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício”. Além disso, em março de 1968, quando o caso foi ao Plenário do STF, a Carta de 1967 já estava em vigor. Nela, a competência para julgar o presidente da República por crime comum permanecia com o Supremo (art. 114, I, *a*). Entretanto, Jango havia sido submetido à sanção de suspensão de direitos políticos pelo prazo de 10 anos, prevista no art. 10 do Ato Institucional nº 1, sanção essa que acarretaria simultaneamente a cessação da prerrogativa de foro por função (segundo o Ato Institucional nº 2, art. 16, I). Como a Constituição de 1967, em seu art. 173, I, aprovou e *excluiu de apreciação judicial* os atos praticados pelo Comando Supremo da Revolução e os atos do governo federal baseados no AI-1 e no AI-2, apresentou-se a dúvida acerca de qual seria a autoridade competente para o julgamento” (BARBOSA, 2012, p. 91)

¹³⁷ Ibidem, p. 91.

Entretanto, o golpe mais severo contra o Judiciário viria com o Ato Institucional de nº 5, de 1968, instrumento pelo qual as garantias de “vitaliciedade, inamovibilidade e estabilidade para a Magistratura e o Ministério Público foram suspensas. Os seus titulares em qualquer nível federativo poderiam ser demitidos, removidos, aposentados ou postos em disponibilidade por decreto presidencial”.¹³⁸

A partir do AI-5, o regime aplicou uma série de “punições” a seus opositores, com suspensões, cassações de mandatos e demissões. E quatro destas punições se mostraram emblemáticas, tendo atingido diretamente o Judiciário e o Supremo Tribunal Federal, com a aposentadoria compulsória de três de seus ministros, além de outro do Superior Tribunal Militar:

Entre essas punições quatro atingiram diretamente o Judiciário: a aposentadoria compulsória dos ministros Hermes Lima, Evandro Lins e Silva e Victor Nunes Leal, do STF, e a do general Peri Constant Bevilaqua, ministro do STM. Bevilaqua estava a três meses da aposentadoria por idade. Ele foi o único ministro do STM a sofrer uma punição baseada em ato institucional. No Supremo, em solidariedade à aposentadoria de Lima, Lins e Silva e Leal, demitiram-se o presidente e o vice-presidente do tribunal, ministros Gonçalves de Oliveira e Lafayette de Andrada.¹³⁹

Sobre estes dois últimos ministros, que agiram em solidariedade aos três colegas compulsoriamente aposentados, interessante a opinião de Elio Gaspari, ressaltando que foram os únicos membros dos altos poderes da república que renunciaram naquele momento histórico, cessando a confusão entre suas biografias e os desdobramentos do regime ditatorial:

Ambos mineiros, um deles descendente de José Bonifácio, foram os únicos funcionários de alto nível dos poderes republicanos a se valerem do espírito de renúncia para impedir o prosseguimento da confusão entre a história do regime e suas biografias.¹⁴⁰

Do que se estudou até aqui, pode-se notar que, logo que houve o golpe em 1964, ainda persistia um arremedo de resistência por parte do Judiciário, que, como visto, proferia decisões muitas vezes contrárias aos interesses do regime, especialmente por meio de *habeas corpus*. Isso indica que ao menos a função garantidora de direitos pelo Poder Judiciário continuava a ser exercida.

¹³⁸ BARBOSA, 2012, p.132.

¹³⁹ Ibidem, p.133.

¹⁴⁰ GASPARI, Elio. **A ditadura escancarada**. São Paulo: Cia. das Letras, 2002b, p. 228, apud BARBOSA, 2012, p.133-134.

Posteriormente, os golpistas buscariam obter o controle do Poder Judiciário, ampliando o número de ministros dos tribunais superiores e suspendendo garantias dos magistrados, atingindo o ápice com a aposentadoria compulsória dos ministros do STF e STM.

Mas havia outra ferramenta que a ditadura utilizaria para se colocar a salvo de intervenções judiciais, ou ao menos para reduzi-las: as cláusulas de exclusão de apreciação judicial, previstas na maioria dos atos institucionais. Ou seja: o regime editava os atos institucionais, neles prevendo cláusulas que os deixavam imunes à apreciação judicial:

Um exemplo de como o Judiciário foi capaz de opor alguma resistência à ditadura pode ser encontrado nas chamadas cláusulas de exclusão de apreciação judicial, regras que autoimunizavam os atos institucionais, bem como seus atos complementares e os demais atos baseados neles, contra eventual censura do Judiciário. Quase todos os atos institucionais previram esse dispositivo, o que tornava evidente a intenção do Executivo de cercear a ação dos demais poderes da República. A cláusula sintetiza bem a natureza *anticonstitucional* dos regimes autoritários, pois atinge, simultaneamente, os três pilares do constitucionalismo. Suprime uma garantia básica dos cidadãos (inafastabilidade da prestação jurisdicional), obscurece os limites impostos ao exercício do poder político e abala o edifício institucional baseado no princípio da divisão de poderes. Como resultado, a cláusula de exclusão de apreciação judicial guarda em si a contradição à qual nenhuma tentativa de instrumentalizar a Constituição pode escapar.¹⁴¹

Portanto, além dos ataques à estrutura dos Tribunais superiores e às garantias da magistratura, buscou-se restringir o próprio acesso à Justiça, afastando a possibilidade de questionamento judicial de medidas fundadas nos Atos Institucionais, o que aprofundava o caráter antidemocrático do regime.

Na verdade, seja em razão do nítido enfraquecimento decorrente dos ataques do regime, seja por opção política, o Poder Judiciário acabou deixando a desejar no que diz respeito à tutela de direitos fundamentais, especialmente os ligados ao Direito Penal, entre 1964-1985. Tanto é assim que os próprios Tribunais, ao tratarem de suas respectivas histórias, em regra limitam-se a menções elogiosas direcionadas a ex-membros de suas fileiras, juristas que teriam honrado aquelas Cortes nas décadas de outrora. Como bem salienta a pesquisadora Vanessa Schinke:

Essa dinamicidade demandada pelo sujeito constitucional – que, em última instância, é pressuposto do próprio constitucionalismo, na medida em que possibilita que os equívocos sejam revistos e corrigidos –, contrasta com as louvações históricas e com o tom laudatório que a narrativa oficial do judiciário registra sua atuação pelos vinte e um anos do regime autoritário brasileiro, instalado em 1964¹⁴²

¹⁴¹ BARBOSA, 2012, p.91-92.

¹⁴² SCHINKE, Vanessa Dorneles. **Judiciário e autoritarismo:** regime autoritário (1964-1985), democracia e permanências. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2016. p. 02.

A mesma autora ainda levanta a seguinte – e incômoda – questão:

Considerando que o poder judiciário perpassou um regime autoritário (com expurgos quantitativamente irrisórios e sem maiores indisposições com o regime), uma Assembleia Nacional Constituinte e tem papel fundamental no Estado Constitucional, há uma dúvida razoável sobre os motivos que viabilizaram que essa instituição atravessasse regimes de governo tão díspares, sem alterações substanciais na sua estrutura e na sua composição, após a retoma do regime democrático.¹⁴³

À época de repressão, não era incomum o Poder Judiciário apegar-se ao princípio da estrita legalidade para decidir, ainda que se tratasse de uma legalidade autoritária, o que muitas vezes significava o mesmo que “lavar as mãos”. Exemplo disso se verifica na decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no Mandado de Segurança nº 20194-DF¹⁴⁴, de 1979, em que, aplicando a já citada cláusula de exclusão da apreciação judicial (prevista em praticamente todos os atos institucionais do regime¹⁴⁵), chancelou o entendimento de que os Atos Institucionais do regime militar não poderiam ser submetidos ao crivo do Judiciário. Ou seja: os Atos Institucionais excluía determinadas questões da possibilidade de apreciação judicial, e o próprio Judiciário, por sua Suprema Corte, não se opunha a tal regramento.

O regime político, então vigente, estava marcado pela repressão, a tortura e a corrupção, que eram sublimadas por uma legislação discricionária. Desse corpo legal, o conjunto mais representativo do Estado autoritário era composto pelos “atos institucionais” (ou “AI’s”): ao todo 17 normas de natureza constitucional. Promulgada entre os anos de 1964 e 1969 e regulamentada por 104 atos complementares, tal legislação deu à administração e à política brasileiras alto grau de centralização e autoritarismo. Dentre estes, o mais significativo foi o AI-5, que simbolizou o fechamento do regime ao permitir a intervenção sem limites em estados e municípios, a cassação de mandatos eletivos e a suspensão da garantia do *habeas corpus* – cuja concessão retardava as punições e facilitava fugas, na opinião dos militares.¹⁴⁶

¹⁴³ SCHINKE, 2016. p. 10

¹⁴⁴ MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO DE CONFISCO FUNDADO NO ATO COMPLEMENTAR N. 42, RATIFICADO PELOS AI NS.6 E 14. A IDENTIDADE EXCLUI DE APRECIÇÃO OS ATOS PRATICADOS COM FUNDAMENTO NOS ATOS INSTITUCIONAIS OU COMPLEMENTARES, QUER SEJAM ELES CONFORMES, QUER SEJAM DESCONFORMES A ESSES MESMOS ATOS, POIS, EM QUALQUER DAS HIPÓTESES, HAVERIA APRECIÇÃO JUDICIAL VEDADA PELA NORMA CONSTITUCIONAL. MS NÃO CONHECIDO DE CONFORMIDADE COM O ART. 3 DA EC N.11/78. (STF - MS 20194, Relator(a): Min. CORDEIRO GUERRA, Tribunal Pleno, julgado em 14/11/1979, DJ 08-02-1980)

¹⁴⁵ BARBOSA, 2012. p.91-92

¹⁴⁶ ROCHA, Jorge Luís. **Heleno Cláudio Fragoso: um mestre nos tribunais de exceção**. In: SÁ, Fernando; MUNTEAL, Oswaldo; MARTINS, Paulo Emílio. (Org.) *Os advogados e a ditadura de 1964*. Petrópolis: Vozes, 2010, p.92.

Ao mesmo tempo, aqueles que atuassem na defesa de presos políticos, alvos de prisões ilegais e processos de exceção, pessoas muitas vezes torturadas e desaparecidas, também encontravam dificuldades, muito embora ainda houvesse relativo sucesso com o emprego do *habeas corpus*:

Até o AI-5, o *habeas corpus* permitia que os advogados conseguissem soltar seus presos com alguma rapidez. [...] O STM era composto de dez oficiais gerais e cinco civis togados, que eram os verdadeiros juízes. Como os juízes civis votavam primeiro, acabavam dando o tom da votação e muitas vezes mandavam soltar o preso sob alegação de falta de provas suficientes à condenação.¹⁴⁷

Heleno Cláudio Fragoso, célebre jurista e atuante advogado nos tempos de repressão, discorre que

com a edição do Ato Institucional n.5, entramos no segundo período, inteiramente dominado pela suspensão do *habeas corpus* para crimes políticos. Essa suspensão equivalia à virtual autorização para o constrangimento ilegal. O referido ato institucionalizou no país uma aberta e violenta ditadura militar.¹⁴⁸

O Ato Institucional nº 5 suspendeu a garantia do *habeas corpus* para crimes políticos, contra a segurança nacional, contra a ordem econômica e social, e contra a economia popular, o que, como dito Fragoso, institucionalizou no país uma “aberta e violenta ditadura militar.”

À época, e diante do novo diploma, o Supremo Tribunal Federal passou a não conhecer dos *habeas corpus* impetrados em casos dos crimes acima mencionados, o que representou uma vitória do regime e uma pesada derrota para aqueles que eram alvo de investigações e processos muitas vezes obscuros, sem respeito a garantias mínimas.

Por exemplo, no *Habeas Corpus* de nº 49976, julgado em 11/09/1972, relatado pelo Ministro Eloy da Rocha, entendeu-se pelo não conhecimento do pedido, por se tratar de crime contra a segurança nacional¹⁴⁹, ao passo que no julgamento do Recurso em *Habeas Corpus* nº 50928 a decisão foi semelhante, agora em caso de crime contra a economia popular, igualmente

¹⁴⁷ GOLDMAN, Elisa; MUAZE, Mariana. **Sobral pinto: uma memória em construção**. In: SÁ, Fernando; MUNTEAL, Oswaldo; MARTINS, Paulo Emílio. (Org.) *Os advogados e a ditadura de 1964*. Petrópolis: Vozes, 2010, p.29.

¹⁴⁸ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Advocacia da liberdade – a defesa nos processos político**. São Paulo: Forense, 1984, p.12, apud ROCHA, Jorge Luís. **Heleno Cláudio Fragoso: um mestre nos tribunais de exceção**. In: SÁ, Fernando; MUNTEAL, Oswaldo; MARTINS, Paulo Emílio. (Org.) *Os advogados e a ditadura de 1964*. Petrópolis: Vozes, 2010, p.92.

¹⁴⁹ Habeas corpus. Não conhecimento do pedido, por se tratar de crime contra a segurança nacional. (STF - HC 49976, Relator(a): Min. ELOY DA ROCHA, Segunda Turma, julgado em 11/09/1972, DJ 06-10-1972)

excluído do alcance da garantia do *habeas corpus*.¹⁵⁰ Neste último caso, o recurso foi conhecido (posto que atacava denegação do *writ* por instância inferior), mas teve seu provimento negado com fundamento no art. 10 do AI-5¹⁵¹, sendo esta a solução adotada também em diversos outros processos¹⁵². O Supremo Tribunal Federal cedia ao governo militar, e fechava as portas ao *Habeas Corpus* para determinados crimes.

A situação no país tornou-se claramente mais perigosa a partir do advento do Ato Institucional de nº 5, marco jurídico do recrudescimento da repressão pelo regime ditatorial. Em seu trabalho acerca do famoso advogado Sobral Pinto, Elisa Goldman e Mariana Muaze narram que à época ele cobrou que o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil se posicionasse de forma contrária aos abusos praticados com base no AI-5, sendo que diante da demora em obter resposta, Sobral acabou por se desvincular do órgão:

Em 1969, como membro do Conselho Federal da OAB, Sobral apresenta o pedido formal para que o Conselho se manifestasse publicamente contrário às arbitrariedades cometidas pela ditadura militar apoiada no AI-5. A demora na decisão fez com que Sobral se desvinculasse do Conselho. O período do AI-5 até outubro de 1969, quando o Congresso foi reaberto, foi bastante difícil para alguns advogados. Passou a ser comum o “sequestro” ou a prática de outros tipos de pressão financeira, psicológica ou física aos advogados de presos políticos. O próprio Sobral Pinto foi preso num hotel de Goiânia, em dezembro de 1968, quando se preparava para ir a uma formatura de estudantes de Direito onde seria paraninfo.¹⁵³

A violência contra os advogados das vítimas do regime golpista era frequente, e atingiu outros grandes nomes do Direito brasileiro que, à época, de forma corajosa atuaram para que fossem respeitados direitos humanos básicos.

O próprio Heleno Fragoso, acima citado, e um dos maiores penalistas da história brasileira, foi alvo de retaliações por parte do governo golpista, como represália por sua atuação combativa:

As represálias, por sua militância profissional, aconteceram, como era de se esperar. Na defesa de seus clientes e daquilo que considerava correto, Heleno Fragoso se indispusera com o governo e seus prepostos – muitas vezes. [...] Heleno fragoso acabou preso pelos agentes da repressão – como tantos outros – no início de novembro de 1970. No mesmo dia em que também eram detidos os colegas George

¹⁵⁰ Recurso de habeas corpus não provido, visto que não cabe habeas corpus, por se tratar de crime contra a economia popular (art. 10 do ato institucional n. 5). (STF - RHC 50928, Relator(a): Min. LUIZ GALLOTTI, Primeira Turma, julgado em 03/04/1973, DJ 27-04-1973)

¹⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RHC 50928, Relator(a): Min. LUIZ GALLOTTI, Primeira Turma, julgado em 03/04/1973, DJ 27-04-1973). Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=94269>> Acesso em: 30 jan. 2019.

¹⁵² A denúncia descreve, in casu, fato que, em tese, constitui delito contra a economia popular. Inviabilidade de Habeas Corpus, ex vi do art. 10 do Ato Institucional n. 5. Recurso ordinário a que se nega provimento. (STF - RHC 48289, Relator(a): Min. DJACI FALCAO, Primeira Turma, julgado em 10/09/1970, DJ 16-10-1970)

¹⁵³ GOLDMAN; MUAZE, 2010, p. 32.

Tavares e Augusto Sussekind de Moraes Rego. Levados ao que se chamava “geladeira”, na 4ª Subseção de Vigilância, no Alto da Boa Vista, no Rio de Janeiro, sofreram diversos constrangimentos por três dias, na companhia do maestro Erlon Chaves.¹⁵⁴

Portanto, além dos entraves jurídicos impostos pelos Atos Institucionais, a defesa criminal no período de repressão era atividade arriscada, evitada por muitos, o que dificultava ainda mais a garantia de direitos fundamentais e o efetivo acesso à Justiça.

Um evento histórico ocorrido nos primeiros anos do governo ditatorial retrata bem a forma como funcionava o Sistema de Justiça, em especial o Supremo Tribunal Federal, diante de um governo autoritário. Estava em curso uma investigação contra o ex-Governador do Amazonas, Plínio Correa, que o ligava a movimentos comunistas, bem como a irregularidades no Serviço de Navegação da Amazônia e Portos do Pará. Em razão disso, foi cassado em junho de 1964, além de ter sido preso pelo governador escolhido pelos militares, o Sr. César Ferreira Reis.

Sobre o incidente, transcreve-se trecho da obra de Felipe Recondo:

Preso por ordem do novo governador do estado, Plínio Coelho recorreu ao Tribunal de Justiça para reaver sua liberdade e obteve sucesso. O TJ concedeu-lhe um habeas corpus em 11 de agosto de 1964. A decisão judicial agravou a crise política no estado. Ferreira Reis ameaçou ignorar a ordem de liberdade, mantendo o adversário político preso. Foi convencido do contrário por assessores diretos da presidência da República, mas renunciou em protesto contra a decisão judicial. O governo federal teve mais uma vez de intervir. Os militares tentaram demovê-lo da renúncia. Para isso, discutiram a manutenção da prisão de Plínio Coelho, mas em outros termos. Eles instaurariam um inquérito policial-militar, criando um artifício legal para decretar nova prisão. [...] Em Brasília, a batalha judicial teve início no Superior Tribunal Militar. Mas a defesa de Plínio Coelho não obteve a proteção necessária. O STM, no dia 4 de setembro, rejeitou o recurso. Restou então recorrer ao STF. Em 16 de setembro de 1964, Arnaldo Wald protocolou no Supremo um pedido de habeas corpus. Na época, Wald era procurador da Guanabara e tinha apenas 32 anos. Podia advogar, mas seria prudente defender causa politicamente tão sensível? Em razão disso foi chamado pelo governador Carlos Lacerda para uma conversa. Lacerda lembrou a Wald que sua função era a de representante do estado. Reconheceu que não havia impeditivo legal para que advogasse em outras causas, mas questionou: — O senhor não acha que não deve pleitear contra a revolução? O advogado respondeu que o habeas corpus não era contra a revolução. — É a favor de um cidadão — acrescentou Wald. Lacerda nada mais disse.¹⁵⁵

Percebe-se, logo de início, as pressões que recaíram sobre o ainda jovem advogado Arnaldo Wald, especialmente por parte do Governador da Guanabara, Carlos Lacerda. Afinal,

¹⁵⁴ ROCHA, 2010, p.93-94.

¹⁵⁵ RECONDO, Felipe. **Tanques e togas: O STF e a ditadura militar** (Locais do Kindle 1234-1265). Companhia das Letras. Edição do Kindle, 2018

sua atuação profissional, consistente na impetração de *habeas corpus* com o objetivo de assegurar a liberdade do ex-governador Plínio Coelho, estava sendo apontada como um ato de afronta à própria “revolução” de 1964.

E foi no Supremo Tribunal Federal que ocorreria um fato curioso, mas sintomático, e que demonstrava o receio da Corte Suprema do Brasil em face da ameaça autoritária representada pelo novo Poder Executivo:

No Supremo, quando o *habeas corpus* deu entrada, o ministro Vilas Boas foi sorteado relator do caso. E o magistrado liberou-o para ser julgado em 28 de outubro. Wald dirigiu-se então a Brasília para acompanhar a sessão. Faria a sustentação oral normalmente e esperaria que os ministros compreendessem seu pedido. Contudo, antes da sessão, uma conversa inusitada impôs a Wald um dos maiores desafios de toda a sua longa e profícua carreira jurídica. O ministro Vilas Boas chamou-o para uma rápida conversa num canto do plenário. Tinha uma consulta prévia a lhe fazer. O futuro do julgamento — e talvez do Supremo Tribunal Federal — dependia daquela resposta. — Tenho uma informação a lhe pedir. Se nós dermos esse *habeas corpus*, o senhor garante que vai ser cumprido? Uma pergunta difícil e para a qual ninguém tinha uma resposta segura. Se os ministros não sabiam se suas decisões seriam executadas, o que diria o advogado? Wald respondeu, meio atônito: — Não entendi bem a sua pergunta. Vilas Boas explicou em poucas palavras: — Se o senhor puder me garantir que a decisão será cumprida, nós vamos dar por unanimidade o *habeas corpus*. Se o senhor disser que não pode ser cumprida, nós vamos denegar também por unanimidade — disse o ministro. Os membros do tribunal já haviam conversado sobre o caso. O temor era de que uma liminar do STF fosse descumprida, comprometesse a imagem da corte e levasse o presidente do Supremo a uma decisão extrema. — Se nossa decisão não for cumprida, o presidente do STF ameaçou levar a chave lá do outro lado [da Praça dos Três Poderes]. E ele é capaz de fazer isso — concluiu Vilas Boas. Para diminuir a tensão daquele momento, estampada no rosto do advogado, Vilas Boas ironizou. Com o Supremo fechado, disse, os dois ficariam desempregados. O ministro não teria mais o que julgar e o advogado não teria causas a defender. Wald mantinha-se tenso.¹⁵⁶

Portanto, havia um fundado receio entre os Ministros do Supremo Tribunal Federal de que eventual decisão favorável ao ex-governador Plínio Coelho não fosse cumprida pelo Executivo, levando à desmoralização da Corte. Tal incidente ficaria conhecido como o “Caso das Chaves”, em razão da suposta ameaça feita pelo Presidente do STF, de que entregaria a chave do Tribunal ao Presidente da República.

O Ministro Vilas Boas havia dado dez minutos a Arnaldo Wald para que apresentasse uma resposta, a qual encontrou no regimento interno do Supremo Tribunal:

[...] foi então ao regimento interno do STF buscar uma saída. E a encontrou. Em seu artigo 125, o texto previa que o tribunal poderia chamar Plínio Coelho se os ministros tivessem dúvidas sobre os fatos relacionados ao caso. O texto do regimento estabelecia que o Supremo poderia expedir uma ordem para que o paciente do *habeas corpus* fosse levado até lá. Não era um ponto final para o caso, mas daria tempo e condições para que o tribunal e o advogado investigassem as chances de a decisão do Supremo ser cumprida. O desenlace seria natural: se Plínio Coelho pudesse deixar

¹⁵⁶ RECONDO, 2018, Locais do Kindle 1265-1283

o esconderijo, viajar a Brasília e comparecer diante dos ministros, era sinal de que os militares não se oporiam à eventual decisão favorável da corte. Porém a ausência de Plínio Coelho seria indicativo seguro de que a autoridade do STF não seria respeitada pelos militares. Traçada a estratégia naqueles dez apertados minutos, o advogado pediu para se comunicar com o ministro Vilas Boas.¹⁵⁷

Wald apresentou a solução ao Ministro Vilas Boas, que a transmitiu aos colegas antes da sessão. O pedido, fundado no regimento interno, seria acolhido por unanimidade:

A alternativa encontrada pelo advogado e sugerida ao relator do habeas corpus 41049 foi aprovada por unanimidade. O julgamento foi suspenso e convertido em diligência. Plínio Coelho deveria comparecer à sessão seguinte do Supremo para que o caso fosse analisado.¹⁵⁸

A notícia correria o país, e se mostrou como uma saída para se reduzir o risco de a decisão do STF ser descumprida pelo Executivo. Felipe Recondo relata que o ex-governador “Plínio Coelho ouvira a notícia pelo rádio. Sabia que devia deixar o esconderijo nos rios da Amazônia para dirigir-se a Brasília. Foi exatamente o que fez. No dia 4 de novembro de 1964, chegou ao STF, incólume, acompanhado do irmão Paulo”.¹⁵⁹

Eis um pequeno exemplo do poder exercido pelos autores do golpe de 1964 – que detinham a força dos tanques de guerra – sobre o Judiciário, especialmente o Supremo, e como esta Corte encontrou, no caso do ex-governador do Amazonas, uma saída para assegurar ao menos um arremedo de direito, sem desafiar abertamente o Poder Executivo.

O pesquisador Felipe Recondo alerta para o fato de que o Supremo de outrora deve ser analisado com olhos da época, e não com a visão dos dias atuais. Escreve o citado autor:

O Supremo, até 1988, era um poder que, na realidade política do país, se encontrava abaixo dos demais. Não havia equilíbrio entre os três. Executivo e Legislativo, nessa ordem, sempre preponderaram sobre o Judiciário. É com essa régua que se deve medir a atuação do Supremo nos anos de chumbo ou nos primeiros anos da República. O tribunal conviveu com a ditadura militar. Não tinha capacidade para fazer sua agenda. E não foram os casos de liberdade civil que dominaram a pauta do STF de 1964 a 1974. Esses processos esporádicos chegaram ao tribunal pela via do habeas corpus e mostraram os suspiros de uma corte apertada pelo torniquete da ditadura.¹⁶⁰

Portanto, o que havia era uma Suprema Corte constantemente acuada, e que pela via do *habeas corpus* conseguiu, ainda que de forma eventual, garantir os direitos de alguns

¹⁵⁷ RECONDO, 2018, Locais do Kindle 1375-1384.

¹⁵⁸ Ibidem, Locais do Kindle 1404-1406.

¹⁵⁹ Ibidem, Locais do Kindle 1406-1409.

¹⁶⁰ Ibidem, Locais do Kindle 245-250.

cidadãos que conseguiam chegar até ela, ao menos até o advento do Ato Institucional nº 5, que restringiria o uso do *habeas corpus*.

Alvo de ameaças e ataques do Executivo, como no episódio das aposentadorias compulsórias de ministros, já tratado no presente capítulo, o Supremo percorreu toda a ditadura, e de forma bem mais discreta do que nos dias atuais, em que é um dos principais protagonistas da República pós-1988.

Ainda segundo Felipe Recondo, há quem questione o significado do Supremo Tribunal Federal funcionando em plena ditadura: figurava como agente legitimador da ditadura ou como última trincheira do indivíduo contra um governo violento? Eis as ponderações do autor:

Há quem argumente — hoje e ontem — que o STF em pleno funcionamento no governo militar legitimava a ditadura, passando a impressão de que as instituições democráticas funcionavam perfeitamente. Outros, num esforço hipotético, questionam o que teria acontecido com presos políticos se não houvesse o Supremo para analisar as centenas de habeas corpus que concedeu.¹⁶¹

Sobre o efetivo impacto do golpe de 1964 sobre o Supremo Tribunal Federal, é interessante citar trecho de obra de Aliomar Baleeiro, intitulada “O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido”, cuja primeira edição é de 1968. Baleeiro fora um dos ministros nomeados pelo Presidente Castelo Branco logo no início do governo militar. Era deputado federal pela UDN, e um dos mais ferozes críticos do governo de João Goulart¹⁶², presidente da República deposto pelos militares. Em sua obra, Baleeiro trata – como todos os defensores do golpe – a tomada do poder pelos militares como uma “revolução”, e de forma honesta afirma que ninguém pode ser historiador de seu tempo, entendendo que as causas e consequências da “revolução” de 1964 não poderiam ser interpretadas corretamente por seus contemporâneos:

É desnecessária, para mim, a advertência de que ninguém pode ser historiador dos fatos de seu tempo, mormente quando neles, além de testemunhas, algumas vezes se desempenhou o papel de corista humilde, entre solistas e regentes da orquestra. [...] Não há probabilidade de que a interpretação das causas recônditas e não apenas aparentes, o processo e as consequências futuras da Revolução de 31 de março de 1964 possam ser escritas agora, nem por qualquer dos contemporâneos adultos. Alguns dos que tiveram papel decisivo no seu preparo e no desfecho na hora crítica são inteira e voluntariamente ignorados, permanecendo em silêncio intencional, sem que estejam distantes das deliberações atuais. [...] Em 1964, houve idílio inicial entre a Revolução e o Supremo. O em. presidente do Tribunal foi convocado para a sessão histórica, às 3h da madrugada de 2 de abril, quando o Congresso proclamou a vacância do Poder Executivo e nele investiu o presidente da Câmara dos Deputados. Assistiu à posse deste, no Palácio do Planalto, ao raiar do dia, quando o edifício ainda estava ocupado pelas Casas Civil e Militar do ex-presidente da República na posse de metralhadoras. Disso fez relato fiel no discurso com que agradeceu a visita das

¹⁶¹ RECONDO, 2018, Locais do Kindle 1362-1365.

¹⁶² BARBOSA, 2012, p. 87.

Mesas do Senado e da Câmara, em 16 de abril de 1964, em nome do Congresso, pela solidariedade a este dada pelo Supremo na madrugada de 2. O presidente H. Castelo Branco, logo após a posse, visitou o S.T.F. Só mais tarde surgiram fricções, que não devem ser apreciadas na fase atual. As fases anormais não se regem pelos critérios normais.¹⁶³

Portanto, da leitura do texto de Baleeiro, datado de 1968, pode-se notar, ainda que superficialmente, a forma como o Supremo Tribunal Federal via o Governo Militar, tido como “revolucionário”. Claro, Baleeiro fora indicado por Castelo Branco para o STF, e era natural que demonstrasse maior simpatia pelo regime, diversamente de ministros alinhados a João Goulart, o Presidente apeado do poder pelos golpistas. De todo modo, sua visão sobre a conjuntura da época mostra-se de grande valor histórico.

Mas mesmo Baleeiro, ministro indicado pelo regime, viria mais tarde a se sobressaltar com as notícias das práticas violentas dos agentes da ditadura:

Mas não era só o risco de agentes de esquerda atentarem contra o Supremo que sobressaltava os ministros. Amaral Santos mostrou-se impressionado com a prática de tortura pelo governo militar. Ficou especialmente chocado com um papel mimeografado que recebeu pelo correio. O texto descrevia algumas das sessões de tortura, mencionava mulheres despidas torturadas pelos militares em Juiz de Fora e indicava os nomes dos torturadores, datas etc. Uma dessas mulheres era Dilma Vana Rousseff, eleita presidente do Brasil em 2010. Naquele mesmo dia, chamou a atenção do ministro Aliomar Baleeiro a nota publicada pela revista Time que relatava casos de tortura no Brasil contra o filho do diretor da biblioteca do Supremo, Daniel Aarão Reis. Aarão Reis Filho, que viria a se tornar um historiador renomado, integrava o Movimento Revolucionário 8 de Outubro, conhecido como MR-8. Foi preso e depois partiu para o exílio durante o governo militar. O mesmo texto da Time mencionava mulheres que traziam no corpo as cicatrizes provocadas pela violência. “Uma delas não se podia manter em pé”, percebeu Baleeiro.¹⁶⁴

Em linhas gerais, o que se pode concluir é que o Supremo Tribunal Federal, e o Poder Judiciário como um todo, acabou por se submeter aos limites impostos pelo regime autoritário, independentemente da resistência apresentada no início da ditadura, por meio da concessão de *Habeas Corpus*, e de outras poucas decisões que asseguravam direitos individuais.

A conclusão acerca desta submissão do Judiciário em relação ao regime militar pode ser encontrada nos estudos de Vanessa Schinke, que ainda entende que tal Poder teria servido para legitimar a existência do Governo ditatorial:

O poder judiciário aceitou e, de qualquer forma, adaptou-se aos limites impostos pelo regime. Tornava-se inexecutável uma prestação jurisdicional substancialmente democrática, manifestada no controle de constitucionalidade, de legalidade, na contenção de abusos do poder público e na proteção dos direitos fundamentais. O

¹⁶³ BALEEIRO, Aliomar. **O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido**. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p.131-133.

¹⁶⁴ RECONDO, 2018, Locais do Kindle 753-761.

mínimo de atenção aos direitos e garantias decorreu da atuação de outros agentes do sistema de justiça, de esparsas decisões (sob as condições de não chamar a atenção do monitoramento pelo regime e de não prejudicar a carreira funcional do magistrado) e, sobretudo, da natureza textual e aberta do direito. [...] A permeabilidade concreta do judiciário aos princípios autoritários e a manutenção do paradoxal discurso de que a prestação jurisdicional continuava regida por princípios democráticos resultou na criação de uma arena jurídica que atuava como peneira social, em que grupos não elitizados e não identificados com o projeto autoritário sofreram abusos das mais variadas ordens, inclusive por meio da chancela judicial a atos que sequer obedeciam ao devido processo legal e à mínima concretização dos princípios da igualdade e da liberdade.¹⁶⁵

Em sua pesquisa, a mesma autora conclui que a despeito da veia democrática da Constituição ora vigente, na prática não se vislumbra uma efetiva atuação do Poder Judiciário no sentido de proteger o cidadão contra o arbítrio estatal, sendo que se mantém um padrão de atuação semelhante ao verificado durante a ditadura militar:

Os traços de independência, imparcialidade, defesa dos direitos fundamentais e controle de constitucionalidade foram talhados conforme o exigido pelo regime autoritário, sem que a historiografia oficial do poder judiciário registrasse esses movimentos. Conforme registrado na introdução deste trabalho, considerando que as mesmas estruturas do poder judiciário podem ser igualmente movimentadas em contextos políticos diametralmente diversos, a confirmação da hipótese sugere que o poder judiciário brasileiro possa manter práticas, no atual regime democrático, tão ou mais autoritárias quanto as desempenhadas durante o regime autoritário.¹⁶⁶

Na esteira da provocação lançada pela citação acima, passa-se ao próximo tópico, em que se analisará o posicionamento do Supremo Tribunal Federal pós-Constituição de 1988 em questões delicadas e especificamente relacionadas com a tutela de direitos e garantias individuais ligados ao *ius libertatis*.

3.2. O STF pós-redemocratização e a tutela de direitos fundamentais

3.2.1. Introdução

Muito embora o advento da Constituição de 1988 tenha trazido novos tempos ao Brasil, que por mais de vinte anos sofrera com a sombra do autoritarismo de um governo militar e ditatorial, a implementação dos direitos fundamentais nela encartados ainda esbarra em grandes dificuldades.

Para além das violações decorrentes de ações e omissões do Poder Público em geral, muitas delas são fruto da recusa do Supremo Tribunal Federal em assumir o seu papel

¹⁶⁵ SCHINKE, 2016, p. 160-161.

¹⁶⁶ Ibidem, p. 202.

contramajoritário, algo esperado em uma Corte cuja missão máxima é a guarida da Constituição e do respeito aos direitos humanos.

A situação é mais delicada quando estão em jogo direitos e garantias relativos a questões penais e processuais penais, em que o Supremo acaba se situando entre dois lados bastante antagônicos: o da Constituição, garantista; e o da opinião pública, de viés predominantemente punitivista.

Assim, no presente capítulo serão estudados casos emblemáticos, de natureza criminal, buscando-se aferir se o Supremo exerceu – e vem exercendo – adequadamente a sua função contramajoritária, especialmente nas questões sensíveis, como as que envolvem o *ius libertatis*.

Conforme se observará, tornou-se comum a adoção, pelos Ministros, de uma retórica de combate à criminalidade ou à corrupção, em detrimento de direitos e garantias fundamentais consolidados não só na Constituição, mas também em Tratados Internacionais de Direitos Humanos.

Outro argumento que vem sendo utilizado pelos Ministros diz respeito à vontade da sociedade, que deveria ser considerada quando das decisões, muito embora a jurisdição constitucional e os direitos fundamentais tenham o caráter essencialmente contramajoritário, o que significa dizer que, se preciso, devem contrariar justamente tal vontade.

A gravidade da questão relativa a essa *voz das ruas* pode ser demonstrada com um exemplo concreto, ocorrido na cidade do Rio de Janeiro. Em crime de abril de 2017, o juízo do 3º Tribunal do Júri do Rio de Janeiro libertou dois policiais militares que foram filmados executando a tiros dois indivíduos indefesos – supostos traficantes – em frente a uma escola. O Ministério Público, órgão responsável, ao menos em tese, pelo controle da atividade policial, opinou pela libertação dos agentes, o que foi acolhido pelo juízo. Entretanto, chamou a atenção a fundamentação utilizada na decisão, onde o magistrado disse ter considerado a “voz das ruas” ao decidir. Em reportagem sobre o caso, o jornal El País ressaltou que “um abaixo assinado na plataforma *change.org* recolheu mais de 104.000 assinaturas de apoio aos policiais sob a chamada “heróis do 41º BP”, em referência ao batalhão onde atuavam os agentes envolvidos”.¹⁶⁷

¹⁶⁷ EL PAÍS. Juiz ouve a “voz das ruas” e solta PMs acusados de execução no Rio. 2017. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2017/04/20/politica/1492707645_809059.html>. Acesso em: 14 nov. 2017.

Assim, percebe-se que a opinião pública tem grande influência sobre os membros do Poder Judiciário, o que, como já visto, dificulta uma atuação contramajoritária. Resta verificar como o Supremo Tribunal Federal tem se posicionado em relação a esta questão, o que será aferido a seguir, mediante o estudo de casos concretos. Esclarece-se que não se adotou critério cronológico para a análise dos julgamentos, sendo que o primeiro – e um dos mais recentes - diz respeito a uma das principais garantias do processo penal, que é a presunção de inocência, gravemente relativizada pelo STF a partir do julgamento do *Habeas Corpus* nº 126292, no início do ano de 2016. Também serão analisados aspectos dos julgamentos da Ação Penal nº 470 (Caso “Mensalão”) e da ADI nº 5874 (Questionando o Decreto Presidencial nº 9246/2017, que trata da concessão do indulto a pessoas presas.)

3.2.2. O Habeas Corpus nº 126292 e a presunção de inocência

Em 17 de fevereiro de 2016, ao julgar o *Habeas Corpus* nº 126292, entendeu o Supremo Tribunal Federal que a prisão do réu condenado logo após o julgamento da apelação não ofenderia a garantia da presunção da inocência, insculpida no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição da República. Este entendimento foi encampado por sete dos onze ministros, que denegaram *habeas corpus* manejado contra decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, o qual, ao negar provimento a recurso exclusivo da defesa, decretara a prisão do paciente para imediato início da execução da pena, a despeito da inexistência de trânsito em julgado.

Tal julgado tornou-se um marco no mundo jurídico, seja por representar uma mudança radical no posicionamento do Supremo, que até então adotava o entendimento de que a execução da pena somente poderia se iniciar após o trânsito em julgado da condenação (o que foi sustentado por apenas quatro ministros no julgado supracitado), seja pelos reflexos práticos de tal decisão em milhares de processos criminais Brasil afora, em que os Tribunais passaram a, invocando o citado *Habeas Corpus*, determinar a expedição de mandados de prisão logo em seguida ao julgamento das apelações.

Contra tal posicionamento levantaram-se doutrinadores, operadores do Direito, associações de classe e organizações ligadas à defesa dos Direitos Humanos, sustentando que a nova orientação do Supremo Tribunal Federal ofende tanto o artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, como o artigo 283 do Código de Processo Penal, do qual se depreende que a prisão antes do trânsito em julgado somente pode ocorrer nas modalidades **preventiva e temporária**.

Entretanto, o Supremo vem mantendo seu entendimento. Pouco tempo após o julgamento do writ, o Partido Ecológico Nacional (PEN) e o Conselho Federal da OAB

ajuizaram ações declaratórias de constitucionalidade (ADC) em face do artigo 283 do Código de Processo Penal (ADCs de nº 43 e 44, respectivamente). Em ambas ações, os autores pleitearam a concessão de medida cautelar, visando a imediata suspensão das prisões decretadas após decisão de Segundo Grau, mas sem sucesso. Julgando conjuntamente as medidas cautelares das duas demandas, o Supremo, por maioria, novamente entendeu que a prisão após o julgamento em segundo grau, e antes do trânsito em julgado, não viola a presunção de inocência¹⁶⁸. O mérito das ações declaratórias não foi julgado até a presente data, e em razão do novo posicionamento adotado a partir do *Habeas Corpus* nº 126292, uma nova – e atípica – modalidade de prisão surgiu no ordenamento jurídico.

O tema foi revisitado em sede de controle difuso, nos julgamentos de vários *habeas corpus* posteriores, em que vem sendo mantido o entendimento firmado no de nº 126292. O mais conhecido deles foi julgado recentemente, tendo como paciente o ex-Presidente da República, Luís Inácio Lula da Silva, que buscava no Supremo o direito de aguardar em liberdade pelo trânsito em julgado de ação penal movida contra ele no âmbito da Justiça Federal da 4ª Região, em que fora condenado em Primeira e Segunda Instâncias. Entretanto, o Supremo denegou a ordem de *Habeas Corpus*, mantendo o entendimento adotado no *leading case* objeto do presente estudo.¹⁶⁹

O que se busca comprovar é a hipótese de que o Supremo Tribunal Federal efetivamente se equivocou, não só por ofensa à presunção de inocência, garantia insculpida no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição da República, mas também pelo fato de a Corte ter negado a sua essência contramajoritária, justamente um dos pilares básicos de uma Corte Constitucional, e que, se inexistente, a torna um órgão desprovido de utilidade.

O caso concreto que levou o Supremo Tribunal Federal a mudar seu entendimento é originário do Estado de São Paulo, e dizia respeito a um processo para apuração de roubo circunstanciado (artigo 157, incisos I e II do Código Penal), em que houve condenação em primeiro grau à pena de 05 anos e 04 meses de reclusão em regime inicial fechado, sendo concedido o direito de recurso em liberdade.

¹⁶⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 43**. Requerente: Partido Ecológico Nacional (PEN). Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 05 de outubro de 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>>. Acesso em: 12 jul.2018

¹⁶⁹ CONSULTOR JURÍDICO. **STF nega HC a Lula e reafirma que pena de prisão dispensa trânsito em julgado**. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-abr-05/stf-nega-hc-lula-reafirma-execucao-antecipada-pena-prisao>>. Acesso em: 15 abr. 2018

Interposta apelação, os autos foram remetidos ao Tribunal de Justiça, o qual negou provimento ao recurso, determinando a imediata expedição de mandado de prisão em face do acusado, a despeito da inexistência de trânsito em julgado e de adequada fundamentação para a custódia. Não se tratou, por exemplo, de decretação de prisão preventiva, mas pura e simplesmente privação de liberdade decorrente de acórdão condenatório, independentemente da existência ou não de trânsito em julgado.

A defesa buscou o Superior Tribunal de Justiça por meio do *Habeas Corpus* nº 313021, onde foi negado o pedido de liminar. Em face de tal decisão, fez uso do remédio heroico perante o Supremo Tribunal Federal, resultando no célebre *Habeas Corpus* nº 126292, em que seria modificada bruscamente a jurisprudência do Pretório Excelso.

E mais do que uma modificação de orientação no que tange à questão da prisão e da presunção de inocência, o julgamento do *Habeas Corpus* nº 126292 trouxe à tona outra questão, relativa à forma como o Supremo interpreta a própria natureza dos direitos fundamentais.

Quando do julgamento, os ministros reiteradamente invocaram a sensação de “impunidade” decorrente do atraso no início da execução das penas, atraso este por eles atribuído a “infundáveis” recursos supostamente protelatórios manejados pela defesa.

Em seu voto, o Min, Relator Teori Zavascki ressalta que

a mudança de entendimento também auxiliará na quebra do paradigma da impunidade. Como já se afirmou, no sistema penal brasileiro, a possibilidade de aguardar o trânsito em julgado do REsp e do RE em liberdade para apenas então iniciar a execução da pena tem enfraquecido demasiadamente a tutela dos bens jurídicos resguardados pelo direito penal e a própria confiança da sociedade na Justiça criminal.¹⁷⁰

Ao assim se posicionar, o saudoso Ministro lança os olhos sobre o Direito Penal – material e processual – a partir do enfoque da sociedade, em detrimento do indivíduo. Apega-se à visão que a coletividade possui acerca da Justiça Criminal, a despeito de a quase totalidade das pessoas não possuir conhecimento jurídico ou qualquer acesso aos autos de processos criminais. Prioriza-se a visão de quem está fora dos autos, e cuja opinião é fundada no senso comum, e não em aspectos científicos.

¹⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 126292-SP. Paciente: Márcio Rodrigues Dantas. Impetrante: Maria Cláudia de Seixas. Coator: Relator do HC nº 313021, do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília, 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=126292&classe=HC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 12 jul.2018.

Teori ainda frisa que a efetividade da jurisdição penal deve atender também a valores caros à sociedade, concluindo inclusive que a condenação em Segundo Grau autorizaria a inversão, no caso concreto, do princípio da presunção de inocência:

O tema relacionado com a execução provisória de sentenças penais condenatórias envolve reflexão sobre (a) o alcance do princípio da presunção da inocência aliado à (b) busca de um necessário equilíbrio entre esse princípio e a efetividade da função jurisdicional penal, que deve atender a valores caros não apenas aos acusados, mas também à sociedade, diante da realidade de nosso intrincado e complexo sistema de justiça criminal. [...] 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 até mesmo a própria inversão, para o caso concreto, do princípio da presunção de inocência até então observado.** Faz sentido, portanto, negar efeito suspensivo aos recursos extraordinários, como o fazem o art. 637 do Código de Processo Penal e o art. 27, § 2º, da Lei 8.038/1990.(grifo nosso)¹⁷¹

Também se mostra oportuno citar a visão trazida pelo Ministro Luiz Fux acerca do papel do Supremo no julgamento de questão tão delicada, ligada diretamente ao *ius libertatis*. Em seu voto, assim se posiciona o julgador:

É preciso observar que, quando uma interpretação constitucional não encontra mais ressonância no meio social - e há estudos de Reva Siegel, Robert Post, no sentido de que a sociedade não aceita mais - e se há algo inequívoco hoje, **a sociedade não aceita** essa presunção de inocência de uma pessoa condenada que não para de recorrer. [...] E, como hoje, efetivamente, essa presunção de inocência não corresponde mais aquilo que se denomina de sentimento constitucional, eu colho da obra da professora Patrícia Perrone Campos Mello, sobre precedentes, que, às vezes, é fundamental o abandono dos precedentes em virtude da incongruência sistêmica ou social. E, aqui, cito um trecho que eu também repisei no voto da "Ficha Limpa", quando se alegava presunção de inocência irradiando-se para o campo eleitoral. Aqui, eu trago um texto muito interessante dessa eminente doutrinadora da nossa Universidade. Então afirma ela: “[...] A incongruência social alude a uma relação de incompatibilidade entre as normas jurídicas e os standards sociais; corresponde a um vínculo negativo entre as decisões judiciais e as expectativas dos cidadãos. [...] O desenvolvimento da força normativa da Constituição, nesse aspecto, está em que a presunção de inocência cessa a partir do momento em que se comprova a culpabilidade do agente, máxime, em segundo grau de jurisdição, encerrando um julgamento impassível de ser modificado pelos Tribunais Superiores.”¹⁷² (grifo nosso)

Como se nota, o Ministro Fux também concede tratamento prioritário ao que a sociedade entende acerca da presunção de inocência, justificando sua interpretação na ideia de que estaria a existir um vínculo negativo entre as decisões judiciais e as expectativas

¹⁷¹ BRASIL, 2016.

¹⁷² Ibidem.

sociais, uma incompatibilidade capaz de justificar a mudança de orientação, e a restrição ao alcance da garantia descrita no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal.

Por sua vez, sintomática é a menção que a Ministra Cármen Lúcia faz, ao votar, sobre a repercussão do tema em meios estranhos ao Direito:

Senhor Presidente, também devo dizer que esta matéria, que já veio aqui algumas vezes, me parece da maior relevância, não apenas para a comunidade jurídica, mas, neste caso específico, para toda a sociedade. Acho que esse é um tema candente. Lembro bem que, na última decisão que tomamos no habeas corpus, parece que da relatoria do Ministro Eros Grau, chegou-se a discutir muito, nas faculdades, nas academias, **mas escutei isso em programas populares, as consequências que isso teria.**¹⁷³ (grifo nosso)

A Ministra sustenta que a matéria em discussão é da “maior relevância” para a toda a sociedade, o que conclui pelo fato de a decisão anterior ter sido discutida não só em faculdades e academias, mas também em “programas populares”.

Já o Ministro Gilmar Mendes aborda a questão da multiplicidade de recursos que levam processos à prescrição, criando quadro “constrangedor de impunidade”, o que também se deveria à falta de estrutura dos Tribunais Superiores:

Em suma, são casos emblemáticos, mas apenas para ajudar a ilustrar essa situação. E todo dia nós temos aqui essa multiplicidade de embargos de declaração como instrumento e impediendo o trânsito em julgado, que muitas vezes levam também a esse fenômeno da imposição da prescrição, porque, ainda que nós tenhamos todo o cuidado nesse tipo de matéria, e tenhamos hoje até um setor competente no Tribunal para nos advertir do risco da prescrição, o fato é que ela ocorre, e ocorre não por deliberação nossa. Todos nós rezamos para que isso não ocorra. Mas simplesmente a massa de processos não permite que sejamos oniscientes. E infelizmente isso ocorre. Essa massa de recursos faz com que tenhamos esse quadro constrangedor de impunidade.”[...] De qualquer forma, a interpretação da presunção de não culpabilidade não pode perder de vista nosso próprio ordenamento. Nosso país tem um intrincado sistema judiciário. Na base, há duas instâncias, com ampla competência para análise dos fatos e do direito. Logo acima, temos as instâncias extraordinárias – Tribunais Superiores e Supremo Tribunal. O acesso às instâncias extraordinárias é consideravelmente amplo. Não há meios eficazes para garantir adequação da força de trabalho das Cortes Superiores ao interesse do desenvolvimento da jurisprudência. A própria rejeição de recursos pela falta de repercussão geral, nas estreitas hipóteses em que cabível, demanda muito da Corte. Isso faz com que, mesmo quando desprovidos de relevância, a análise dos recursos extraordinários demore muito. Resta-nos reconhecer que as instâncias extraordinárias, da forma como são estruturadas no Brasil, não são vocacionadas a dar respostas rápidas às demandas¹⁷⁴.

¹⁷³ BRASIL, 2016.

¹⁷⁴ Ibidem.

Também é importante citar o voto do Ministro Luís Roberto Barroso, que traz o entendimento de que se operou mutação constitucional, o que levaria à necessidade da guinada jurisprudencial:

Trata-se, assim, de típico caso de mutação constitucional, em que a alteração na compreensão da realidade social altera o próprio significado do Direito. Ainda que o STF tenha se manifestado em sentido diverso no passado, e mesmo que não tenha havido alteração formal do texto da Constituição de 1988, o sentido que lhe deve ser atribuído inequivocamente se alterou. Fundado nessa premissa, entendo que a Constituição Federal e o sistema penal brasileiro admitem a execução da pena após a condenação em segundo grau de jurisdição, ainda sem o trânsito em julgado.¹⁷⁵

Mais adiante, o Ministro se manifesta no sentido de que a mudança de entendimento diminuirá a “tentação” de juízes e tribunais de prenderem ainda durante a instrução – ou seja, haveria, pelo pensamento premonitório de Barroso, uma diminuição das prisões cautelares:

Como é intuitivo, as pessoas que hoje superlotam as prisões brasileiras (muitas vezes, sem qualquer condenação de primeiro ou segundo graus) não têm condições de manter advogado para interpor um recurso atrás do outro. Boa parte desses indivíduos encontra-se presa preventivamente por força do art. 312 do Código de Processo Penal. A alteração da compreensão do STF acerca do momento de início de cumprimento da pena deverá ter impacto positivo sobre o número de pessoas presas temporariamente – a maior eficiência do sistema diminuirá a tentação de juízes e tribunais de prenderem ainda durante a instrução –, bem como produzirá um efeito republicano e igualitário sobre o sistema.¹⁷⁶

Eis a síntese do posicionamento vencedor, que fundado em aspectos ligados à impunidade, ao grande número de recursos protelatórios e à defesa da credibilidade da Justiça Penal, decidiu pela relativização da garantia da presunção de inocência.

Como era de se esperar, a decisão do Supremo Tribunal Federal gerou grande repercussão no meio jurídico, sendo severamente criticada por respeitados nomes dos Direitos Penal e Processual Penal, que vislumbraram grave violação à garantia da presunção de inocência (artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal), firmando entendimento oposto ao adotado pela maioria dos Ministros.

Sobre a questão, Gustavo Henrique Badaró assim se posicionou:

A decisão é equivocada, e restringe indevida e inadmissivelmente a garantia constitucional do art. 5º, caput, LVII, que estabelece como marco final da presunção de inocência o ‘trânsito em julgado da sentença penal condenatória’, e não ‘até a confirmação da sentença em segundo grau’! A diferença prática das duas posições é que o novo posicionamento do STF implica negar efeito suspensivo ao recurso especial e extraordinário. Logo, poderão os tribunais locais, em caso de

¹⁷⁵ BRASIL, 2016.

¹⁷⁶ Ibidem.

acórdão condenatório, determinar a expedição de mandado de prisão, como efeito da condenação a ser provisoriamente executada.¹⁷⁷

Já Paulo César Busato discorreu que

a defesa do regime democrático consiste basicamente em exigir que o Direito penal imponha seus efeitos em estrito cumprimento às normas constitucionais, que são garantias básicas dos cidadãos, inclusive dos cidadãos delinquentes. Uma delas é, sem dúvida, aquela estampada no inciso LVII do art. 5º da Constituição: *ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória*. Isto significa que a afirmação da culpa de alguém, depende do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Não cabe outra interpretação.¹⁷⁸

Por seu turno, Aury Lopes Júnior assim esmiuçou o conteúdo do princípio da presunção de inocência, o qual a maioria do STF entendeu como não violado pela nova orientação da Corte:

É a presunção de inocência um ‘dever de tratamento’ no terreno das prisões cautelares e a autorização, pelo STF, de uma famigerada execução antecipada da pena é **exatamente tratar como culpado, equiparar a situação fática e jurídica do condenado**. Não sem razão o artigo 5º, LVII determina (dever de tratamento) que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Significa uma proibição de tratar o acusado de forma igual ou análoga a de culpado, antes do trânsito em julgado. [...] É preciso compreender que os conceitos no processo penal tem fonte e história e não cabe que sejam manejados irrefletidamente (Geraldo Prado) ou distorcidos de forma autoritária e a ‘golpes de decisão’. Não pode o STF imaginar — e aqui valho-me de Lenio Streck — que pode reinventar conceitos processuais assentados em — literalmente — séculos de estudo e discussão, bem como em milhares e milhares de páginas de doutrina. O STF é o guardião da Constituição, não seu dono e tampouco o criador do Direito Processual Penal ou de suas categorias jurídicas. Há que se ter consciência disso, principalmente em tempos de decisionismo (sigo com Streck) e ampliação dos espaços impróprios da discricionariedade judicial. O STF não pode “criar” um novo conceito de trânsito em julgado, numa postura solipsista e aspirando ser o marco zero de interpretação. Esse é um exemplo claro e inequívoco do que é dizer-qualquer-coisa-sobre-qualquer-coisa, de forma autoritária e antidemocrática.¹⁷⁹ (grifo nosso)

Por fim, fundamental citar as precisas provocações de Juarez Cirino dos Santos:

Vejamos: se a presunção de inocência está restrita ao ônus da prova (conforme o voto), mas se *ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória* (conforme a Constituição), então o enunciado do

¹⁷⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 4ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 61.

¹⁷⁸ BUSATO, Paulo César. **O que não se disse sobre o STF, o HC 126292 e a antecipação da execução de pena**. 2016. Disponível em: <<http://emporiadodireito.com.br/tag/hc-126292/>>. Acesso em: 15 jul. 2018

¹⁷⁹ LOPES JR. Aury. **Fim da presunção de inocência pelo STF é nosso 7 a 1 jurídico**. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-mar-04/limite-penal-fim-presuncao-inocencia-stf-nosso-juridico>>. Acesso em: 15 jun. 2018.

princípio ultrapassa a função probatória. O voto não ignora a questão semântica, mas o ilustre Relator faz a pergunta errada: o que significa *considerar culpado*? Não é o *juízo de culpa* que importa, mas o momento de formação desse juízo – e a pergunta correta seria: o que significa *trânsito em julgado*? Por isso, enquanto admite preservar o acusado contra juízos precipitados de culpa, o discurso pretende adequar a presunção de inocência à *demonstração progressiva* da culpa – ou seja, subordinar a Constituição ao processo penal, e não o processo penal à Constituição. Agora, as razões utilitárias que sacrificaram a presunção de inocência à *efetividade* da jurisdição estão claras: seria possível um progressivo tratamento mais gravoso, conforme avança a imputação, porque a declaração de culpabilidade de 2o grau conteria *considerável força*, que tornaria a prisão (para execução da pena) não só *necessária*, mas *compatível* com a presunção de inocência – apesar de recursos pendentes.¹⁸⁰ (grifo nosso)

Em síntese, é possível se afirmar que o Supremo errou.

O inciso LVII do artigo 5º da Constituição Federal traz garantia fundamental impassível de supressão ou restrição, seja por se tratar de cláusula pétrea (artigo 60, §4º, IV, CF), seja pela aplicação do conhecido princípio da vedação do retrocesso. No caso, quando o dispositivo constitucional prevê que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, eventual prisão para execução provisória da pena, e não como medida cautelar (prisão preventiva), ofende escancaradamente a literalidade do texto, posto **que trata efetivamente como culpado** aquele que ainda não tem contra si uma sentença penal condenatória transitada em julgado. Afinal, em sendo a privação de liberdade a consequência mais gravosa de uma condenação criminal definitiva, a sua imposição sem o trânsito em julgado nada mais é do que uma antecipação inconstitucional dos efeitos do juízo condenatório.

Além das críticas relativas à ofensa ao princípio da presunção de inocência, a nova posição do STF expôs um outro problema: o fato de os próprios Ministros ignorarem o caráter contramajoritário daquela Corte Constitucional, o que foi expresso durante os debates e nos votos, conforme já demonstrado no tópico anterior. Muito se falou sobre a questão da **impunidade** e da **confiança** no Direito Penal, bem como da demanda da sociedade por uma Justiça Penal **efetiva**.

Entretanto, não se pode ignorar que essa mesma sociedade é alvo constante de uma doutrina do medo – produzida pela mídia e reproduzida pela classe política –, que acaba por desviar o foco da população de assuntos mais relevantes, além de se prestar à legitimação de

¹⁸⁰ SANTOS, Juarez Cirino. **Existe algo de errado no papel do STF?** 2016. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2016/03/01/existe-algo-de-errado-no-papel-do-stf/>>. Acesso em: 17 jul. 2018.

práticas tendentes à restrição e mesmo à abolição de direitos e garantias fundamentais. Eis o alerta trazido por Helena Cardoso:

Via de regra, o medo desvia a atenção pública de assuntos ‘mais importantes’. Mas esse sentimento de pavor não se presta apenas à distração da população. Também pode ser utilizado para justificar políticas autoritárias de controle social. Nesse contexto as forças políticas interessadas na manutenção do ‘*status quo*’ encontram nos meios de comunicação um veículo ideal para a propagação do medo social. É amplo o espaço dedicado à transmissão de informações sobre a criminalidade violenta, porque a notícia-espetáculo configura uma mercadoria altamente lucrativa para a empresa midiática[...] Tendo em vista que o sistema capitalista precisa de um ‘poder punitivo onipresente e capilarizado, para o controle penal dos contingentes humanos que ele mesmo marginaliza’, é decisiva a imagem da criminalidade e do criminoso na opinião pública para a sustentação e legitimação do Direito Penal vigente.¹⁸¹

Segundo a mesma autora, a sociedade acabada acometida de uma verdadeira síndrome, causada pela capacidade da mídia de criar fantasias “apocalípticas”:

A exploração da criminalidade por meio do serviço noticioso instala uma ‘síndrome do colapso iminente da ordem social’. Trata-se da ‘grande capacidade midiática de criar fantasias apocalípticas, que ratificam o sentimento de precariedade da existência’. [...] A repercussão social é clara: a sociedade contemporânea está assombrada pela ‘crença de que vivemos em um momento particularmente perigoso devido ao aumento da criminalidade violenta’.¹⁸²

No mesmo sentido, Francesc Barata ressalta o papel dos meios de comunicação como melhores aliados de políticas conservadoras em matéria penal:

As mensagens midiáticas acabam se convertendo nos melhores aliados das políticas conservadoras em matéria penal, uma vez que suas informações promovem entre os cidadãos a indignação sobre a qual se legitimam as ações de linha-dura. [...] As políticas de segurança cidadã estão sendo guiadas pelo compasso midiático do medo e do descontentamento dos cidadãos.¹⁸³ (tradução nossa)

Com efeito, boa parte da classe política vislumbra nos anseios punitivos da população – criados e reforçados pela mídia – uma fonte preciosa de votos, o que leva à adoção

¹⁸¹ CARDOSO, Helena Schiessl. **O retrato da “questão criminal” nos meios de comunicação: um discurso de alarme social a serviço do controle social repressivo e violento.** In: BOZZA, Fábio; ZILIO, Jacson (Org.) *Estudos críticos sobre o sistema penal. Homenagem ao Professor Doutor Juarez Cirino dos Santos por seu 70º aniversário.* Curitiba: LedZe, 2009. p.713.

¹⁸² Ibidem, p. 702-703.

¹⁸³ Los mensajes mediáticos acaban convirtiéndose en los mejores aliados de las políticas conservadoras en materia penal, ya que sus informaciones promueven entre la ciudadanía la indignación sobre la cual se consensúan y legitiman las acciones de mano dura. [...] Las políticas de seguridad ciudadana están siendo guiadas por las brújulas mediáticas del miedo y el descontento ciudadano. BARATA, Francesc. **La construcción mediática de la culpabilidad:** quando las noticias interfieren en las políticas criminales y aumentan las ansias punitivas. In: BOZZA, Fábio; ZILIO, Jacson (Org.) *Estudios críticos sobre o sistema penal. Homenagem ao Professor Doutor Juarez Cirino dos Santos por seu 70º aniversário.* Curitiba: LedZe, 2009, p.746

de discursos e atitudes afinados com tais tendências, garantindo aos seus portadores uma maior chance de ascensão a cargos eletivos ou mesmo de sua manutenção. É o que ensina Marília Budó:

A legitimação do poder político do Estado ocorre pela criação de uma aparência de *eficiência repressiva* na chamada *luta contra o crime* – definido como *inimigo comum* –, que garante a lealdade do eleitorado e, de quebra, reproduz o poder político – por exemplo o lastimável apoio de partidos populares a projetos de lei repressivas no Brasil é explicável exclusivamente por sua conversibilidade em votos, ou seja, por seus efeitos político de conservação/reprodução do poder.¹⁸⁴

Entretanto, questiona-se qual seria o sentido de o Judiciário seguir pelo mesmo caminho, cedendo ao discurso punitivista, quando seus membros não são eleitos, e não precisam, portanto, de apoio popular, muito pelo contrário, conforme já demonstrado à exaustão no presente trabalho. O Judiciário não deve ser confundido – e nem ele deve fazer esta confusão – com o Legislativo e com o Executivo. Como corretamente afirmado por Aury Lopes Jr., “ao contrário do Poder Executivo ou o Legislativo, que são poderes da maioria, o juiz julga em nome do povo – mas não da maioria – para a tutela da liberdade das minorias”.¹⁸⁵

Assim, mostra-se questionável a validade dos argumentos adotados pela maioria dos ministros do Supremo no julgamento ora em estudo em um debate acerca de uma das garantias individuais mais emblemáticas, e levando-se em conta a premissa de que os direitos fundamentais existem justamente para, quando necessário, resistir ao posicionamento majoritário em uma sociedade.

3.2.3. A Ação Penal 470: *dogmática jurídica x expectativas sociais*

A Ação Penal 470 ficou conhecida como caso do *Mensalão*, e foi o primeiro processo criminal em que figuraram como réus membros do primeiro escalão do Governo Federal e do empresariado nacional. Em resumo, a ação penal contou com quarenta acusados, tendo tramitado perante o Supremo Tribunal Federal, no exercício de sua competência originária, visto que havia vários acusados que possuíam foro por prerrogativa de função naquela Corte em razão de seu cargo, o que arrastou para o tribunal os casos de corréus sem qualquer espécie de foro, e que em regra teriam sido processados perante a Primeira Instância.

Da obra de Lenio Streck se extrai a síntese da Ação Penal 470:

¹⁸⁴ BUDÓ, Marília De Nardin. **Crítica à função de prevenção geral positiva da pena na interação entre mídia e sistema penal.** In: BOZZA, Fábio; ZILIO, Jacson (Org.) *Estudos críticos sobre o sistema penal. Homenagem ao Professor Doutor Juarez Cirino dos Santos por seu 70º aniversário.* Curitiba: LedZe, 2009. p.767

¹⁸⁵ LOPES JR. Aury. **Direito processual penal.** 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p.61.

A AP470 tratou de um esquema de corrupção que se deu por meio da compra de votos de parlamentares, mediante o pagamento de, aproximadamente, 30 mil reais mensais, desviados dos recursos do Banco do Brasil, aos deputados da base aliada do Partido dos Trabalhadores (PT), para votarem de forma favorável às orientações do atual governo no Congresso Nacional. [...] O julgamento durou cerca de cinco anos, tendo iniciado em agosto de 2012. Foi o primeiro grande julgamento no Plenário do STF. O PGR, em face da quantidade de acusados, teve o tempo de cinco horas para a sustentação oral – momento em que houve menção à teoria do domínio do fato, no sentido de que não haveria provas concretas da participação de José Dirceu, justamente por ter sido a pessoa que efetuou o planejamento e a organização do esquema de corrupção, mantendo o controle da prática delitiva. Já os defensores dos acusados tiveram o tempo de uma hora para sustentar suas teses. A divisão do tempo e a organização do julgamento foram estabelecidos pelo Ministro Ayres Britto, que presidiu a sessão. O Relator do caso foi o Ministro Joaquim Barbosa, ficando o Ministro Ricardo Lewandowski responsável pela revisão. No entanto, os embargos infringentes – interpostos após a decisão condenatória – foram presididos pelo Ministro Joaquim Barbosa, sendo o Relator o Ministro Luiz Fux. O julgamento terminou somente após um ano e meio, com 69 sessões e com o trânsito em julgado dos embargos infringentes, último recurso possível.¹⁸⁶

O mesmo autor ainda alerta para uma importante questão de ordem resolvida durante o julgamento, relativa ao fato de haver diversos réus sem foro por prerrogativa de função sendo julgados perante o STF, o que foi indeferido pela Corte:

Houve uma questão importante a ser levada em consideração durante o julgamento da Ação Penal. Uma das frentes de defesa arguiu, pela Ordem, o fato de haver réus sem prerrogativa de função sendo julgados originariamente pelo STF – os dos núcleos financeiro e publicitário –, o que feriria a garantia fundamental desses réus ao duplo grau de jurisdição, requerendo, dessa forma, que fosse desmembrado o julgamento. No entanto, a Suprema Corte indeferiu a questão de Ordem, argumentando que a natureza dos delitos aferidos aos réus impossibilitaria um desmembramento, uma vez que se cogitaria a possibilidade de dois réus, acusados pelos mesmos delitos, nas mesmas circunstâncias, fossem julgados de maneira contraditória, por se tratarem de diferentes Tribunais.¹⁸⁷

Ainda em seu estudo sobre o caso *Mensalão*, Lenio Streck traz dura crítica ao teor das discussões e votos proferidos ao longo do julgamento em razão da evidente confusão entre argumentos *morais* e *jurídicos*. Segundo Streck, julgou-se *por política* e não *por princípios*:

Não é desarrazoado afirmar que o “Mensalão” deixou nítida, como nunca antes acontecera, a enorme confusão entre argumentos morais e argumentos jurídicos. A comunidade jurídica, desde o início, não soube resistir à avalanche de argumentos teleológicos. Não soube fazer a distinção entre julgar por política e julgar por princípio. Com efeito, quando decide conforme princípios, o Judiciário reconhece a existência de um direito que as partes possuem e que está inscrito no contexto mais amplo da moralidade da comunidade política; já quando decide por políticas, o Judiciário assenta sua decisão, não no reconhecimento de um direito preexistente,

¹⁸⁶ STRECK, Lenio Luiz. **30 anos da CF em 30 julgamentos**: uma radiografia do STF. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p.175-177.

¹⁸⁷ Ibidem, p.177.

mas, sim, em algum tipo de argumento que anuncia uma avaliação de resultados que podem trazer maior benefício para o bem-estar social.¹⁸⁸

E sobre o que seriam decisões políticas, o mesmo autor aponta aquelas “tomadas com base em uma pseudo-vontade da maioria, clamor popular ou até mesmo – e no limite – interesse partidário”.¹⁸⁹

De fato, no caso *Mensalão*, para além da confusão entre moral e direito, a dogmática jurídica foi distorcida pelo Supremo Tribunal Federal, relativizando direitos básicos não só dos acusados, mas de qualquer cidadão. Indubitavelmente, os Ministros estiveram expostos ao longo de todo o julgamento, com pressões vindas dos diversos setores da sociedade (da população e da mídia, por exemplo), sendo certo que se esperava – e mesmo se exigia – uma resposta aos fatos apresentados, com a condenação daquele grupo que, do alto dos principais cargos da República, estava aparentemente a praticar crimes graves.

Sobre o papel decisivo da mídia no julgamento do *Mensalão*, mostra-se importantíssima a análise de Joaquim Falcão, que relembra, inclusive, que não há como se escrever a história da democracia constitucional americana e de praticamente todo o constitucionalismo brasileiro sem compreender o papel dos órgãos de imprensa neste processo:

Não se pode escrever a história da democracia constitucional americana, de nossa primeira Constituição, do abolicionismo ou da recente redemocratização brasileira sem entender o papel da imprensa, da mídia, dos meios de comunicação e da influência da opinião pública no processo de elaboração e de aplicação da Constituição. Nem se pode, também, entender o julgamento do *Mensalão* como interpretação da Constituição sem entender o papel da mídia.¹⁹⁰

Falcão então traz três episódios que sintetizam o papel da mídia e da opinião pública no julgamento do *Mensalão*, começando pela matéria apresentada pela Rede Globo de Televisão em que se noticiava, para milhões de brasileiros, a existência do esquema criminoso:

O primeiro ocorre quando a TV Globo transmite para mais de 25 milhões de telespectadores – eleitores –, o recebimento de três mil reais por um agente público como propina para fraudar uma licitação da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. Com isto, instaura-se no Congresso a Comissão Parlamentar Mista de Inquérito (CPMI) dos Correios. E o deputado Roberto Jefferson (PTB) utiliza os meios de comunicação, com ousadia politicamente suicida, para especificação e ampliação de suas denúncias. Surge o *Mensalão*.¹⁹¹

¹⁸⁸ STRECK, 2018, p. 177.

¹⁸⁹ Ibidem, p. 178.

¹⁹⁰ FALCÃO, Joaquim de Arruda. **Mensalão - Diário de um Julgamento** (Locais do Kindle 245-248). Editora Método. Edição do Kindle.

¹⁹¹ Ibidem, (Locais do Kindle 249-253). Editora Método. Edição do Kindle.

Percebe-se que o primeiro dos episódios consiste na revelação, para milhões de brasileiros – eleitores, como bem frisado pelo autor – da existência de um esquema de corrupção, que viria a ser detalhado durante as sessões da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito, especialmente por meio das palavras do deputado federal Roberto Jefferson, que implicou diversos membros do governo de então. Independentemente das garantias constitucionais básicas do processo penal – em especial a *presunção de inocência* – a divulgação de um suposto esquema de tamanha monta, noticiado diariamente nos telejornais, gerou na população – majoritariamente leiga - a certeza da responsabilidade dos citados, com um consequente clamor pela condenação de todos.

Eis que então vem o segundo episódio citado por Falcão, consistente na divulgação de fotografias tiradas dos computadores dos ministros durante a sessão em que se decidia se a denúncia da Procuradoria-Geral da República seria ou não recebida, em que eles trocavam mensagens de e-mail. A inicial acusatória estava prestes a ser recusada, mas também estava em xeque a legitimidade do Supremo perante a opinião pública, que estava com os olhos voltados para a Corte:

O segundo episódio ocorre quando o repórter Roberto Stuckert Filho fotografa a troca de e-mails nos laptops dos ministros do Supremo no meio da sessão em que se decidia o destino da denúncia contra os réus do Mensalão. Ministros teciam comentários sobre tendências, desfechos, votos dos outros. O jornal O Globo publica as fotos na primeira página, imediatamente reproduzida em todo o Brasil. Alguns dias depois, a Folha de S.Paulo confirma o que os laptops revelavam. Publica comentários no mesmo sentido daqueles feitos pelo Ministro Ricardo Lewandowski, em restaurante em Brasília. A denúncia estava prestes a ser recusada. Se fosse, não teria havido nem réus, nem Mensalão. A difusão da conversa dos laptops, e os comentários no restaurante, colocaram a legitimidade e a independência do Supremo em risco diante da opinião pública. Leitores e telespectadores começaram a querer se informar e bem saber como o Supremo devia funcionar em uma democracia. E como estaria funcionando de fato. Prevaleceria o ideal da imparcialidade ou a contingência da politização? Que riscos se enfrentavam? Para que serviria um Supremo que tenderia a minimizar ou desconhecer o que fora revelado pela televisão e pela imprensa? Por que motivos? As imagens e falas divulgadas deixaram pouco espaço para o Supremo rejeitar a denúncia feita pelo Procurador-Geral da República Antonio Fernando de Souza e relatada pelo Ministro Joaquim Barbosa. A moralidade administrativa exigida pela Constituição, o eficaz funcionamento do Supremo, a liberdade da mídia e a influência da opinião pública entrelaçavam-se e concretizavam o Estado Democrático de Direito. Juntos, impediriam o julgamento do Mensalão de morrer antes de ser julgado. Tudo o que fora visto sairia da vida judicial, antes de ter entrado.¹⁹²

¹⁹² FALCÃO, (Locais do Kindle 253-268). Editora Método. Edição do Kindle.

Nota-se que Joaquim Falcão trata a opinião pública como algo que, entrelaçado com a liberdade da mídia e o princípio constitucional da moralidade administrativa, concretizaria o Estado Democrático de Direito. No entender dele, tais fatores impediram a rejeição da denúncia.

Por fim, chega-se ao terceiro episódio que Falcão vislumbra como essencial para a compreensão da influência da mídia e de outros atores sociais no caso *Mensalão*: a pressão existente sobre a Corte para o célere julgamento da causa, diante do risco concreto de prescrição, revelado publicamente pelo Ministro Ricardo Lewandowski em entrevista datada de dezembro de 2011. Novamente, o STF viu-se exposto ao julgamento da opinião pública, visto que a prescrição e a consequente extinção de punibilidade certamente seria atribuída à demora – independentemente de ser ela justificável ou não – da Corte Suprema em finalizar os seus trabalhos:

Finalmente, o terceiro episódio, indicador da influência da mídia e da opinião pública sobre o funcionamento do Supremo, foi revelado pelo Ministro Ayres Britto, depois que se aposentou. “Qual a decisão mais difícil do julgamento?”, perguntou-se ao Ministro. Ele não hesitou: “Foi a decisão de colocar o processo em pauta. Julgá-lo”. “Uma decisão”, acrescentou, “que teria de ser tomada por quem quer que fosse presidente do Supremo depois da entrevista do Ministro Ricardo Lewandowski à Folha de S.Paulo, em 14 de dezembro de 2011. Eu ou qualquer outro que ali estivesse”. Nesta entrevista, o ministro revisor admite publicamente que havia sim o risco de prescrição de muitos dos crimes apontados pela denúncia. Disse: “Com relação a alguns crimes, não há dúvida nenhuma que poderá ocorrer a prescrição”. A demora de julgar do próprio Supremo absolveria réus sem julgamento. “Mas como?”, começou a se perguntar a opinião pública. Para que existe o Supremo se ele não julga a tempo? O risco da perda de credibilidade ficou iminente. A legitimidade do Supremo foi posta em jogo. Para a opinião pública, por meio da mídia, seria o Supremo a primeira e principal vítima de si mesmo? Condenar-se a si próprio por sua própria lentidão? A necessidade de o Supremo colocar em pauta o julgamento se confundia, para muitos, com o próprio destino da instituição.¹⁹³

Um importante questionamento surge neste momento, tendo direta relação com o objeto da presente pesquisa: ainda que houvesse o risco de prescrição – como há em muitos processos criminais –, bem como considerando ser ela uma causa de extinção de punibilidade, ou seja, algo em regra benéfico aos acusados (salvo para os que desejam obter sua *absolvição* em juízo, visando impedir eventual ação civil indenizatória), poderia o Supremo acelerar o andamento processual para que ele fosse julgado antes disso? Ao assim agir, o fez por pressão popular, ainda que em prejuízo dos acusados?

¹⁹³ FALCÃO, (Locais do Kindle 268-279). Editora Método. Edição do Kindle.

Ressalte-se que o próprio episódio do recebimento da denúncia do *Mensalão*, algo que, pelo que informa o autor Joaquim Falcão, pode ter ocorrido por pressão de diversos seguimentos da sociedade (em especial da mídia) gera reflexões sobre a natureza de uma Corte Constitucional em um Estado Democrático de Direito: ora, os membros do Poder Judiciário possuem garantias como a vitaliciedade, inamovibilidade, irredutibilidade de vencimentos e independência funcional para que possam, com segurança, atuar com a imparcialidade que se espera no exercício da jurisdição. Assim, até que ponto podem julgar movidos por pressões externas? Especialmente na seara penal, em que está em jogo o *ius libertatis*, devem os juízes atuar com ainda mais independência, preservando os direitos e garantias dos acusados – privilegiando a natureza contramajoritária dos direitos fundamentais.

A despeito disso, Joaquim Falcão expõe entendimento de que a legitimidade do Supremo Tribunal Federal e a eficácia de suas decisões dependeriam da convergência entre a Corte e a opinião pública:

O encontro do Supremo com a opinião pública veio para ficar. Não se sabe ainda como vai se desdobrar e se institucionalizar. Sabe-se, no entanto, que é preciso superar a aversão de ministros de serem avaliados e a opinião pública impulsiva, às vezes opressiva. A opinião pública inevitavelmente informa, mas necessariamente não forma ou deforma uma decisão do Supremo. O fato é que, na democracia, a legitimidade do Supremo e a eficácia de suas decisões muito dependem desse encontro. Convergência, aliás, que começou quando a pauta do Supremo foi sintonizada com a pauta da opinião pública e privilegiou menos as teses jurídicas e mais a resolução dos conflitos que atingem o cotidiano de todos. [...] Mas o que a opinião pública espera do Supremo? Que faça seu serviço como está fazendo. O STF tem a honra de ser o supremo servidor público. Que produza decisões finais e não infundáveis decisões. Decisões que contribuam para a paz social. De resto, não custa lembrar o Ministro Cezar Peluso: que os ministros sejam graves. Pois grave é sua responsabilidade perante a opinião pública, a nação e a história.¹⁹⁴

Em que pese a respeitabilidade de tal posicionamento, exposto pelo citado autor à época do julgamento do *Mensalão*, a presente pesquisa demonstrou que, em se tratando de Direitos Fundamentais – ainda mais na seara penal – a lógica acaba sendo justamente a inversa: a convergência entre opinião pública e STF (ou Poder Judiciário, como um todo) na maioria das vezes pode levar à violação de direitos dos acusados. Como já sustentado no início deste trabalho, com base nos ensinamentos do constitucionalista Georges Abboud, um direito fundamental só pode ser considerado trunfo contra a maioria caso o Judiciário assuma sua função contramajoritária, atuando contrariamente aos anseios de grupos majoritários – e consequentemente, da opinião pública – se isso for necessário para preservar direitos

¹⁹⁴ FALCÃO, (Locais do Kindle 981-998). Editora Método. Edição do Kindle.

fundamentais e a própria Constituição, raciocínio que se aplica com ainda maior razão quando se trata do Supremo Tribunal Federal.¹⁹⁵

Comentando o papel da opinião pública no caso *Mensalão*, Marcelo Novelino destaca que houve críticas ao fato de o Supremo ter, aparentemente, endurecido a sua postura em razão da influência da mídia:

Na percepção de alguns analistas, a forte pressão exercida pela mídia e pela opinião pública teria influenciado o comportamento de voto de alguns dos ministros. [...] Parte da comunidade jurídica criticou a mudança de tom em relação à jurisprudência até então adotada pelo tribunal, sob o argumento de que teria se distanciado da tradição garantista, flexibilizando a interpretação e os critérios de admissibilidade de determinadas provas.¹⁹⁶

Assim, quando Falcão menciona que a “pauta do Supremo foi sintonizada com a pauta da opinião pública e privilegiou menos as teses jurídicas e mais a resolução dos conflitos que atingem o cotidiano de todos”¹⁹⁷, exaltando tal fato, deveria, ao revés, adotar maior cautela, pois a lógica de *resolução de conflitos* deve ser analisada com extremo cuidado numa seara em que está em jogo um direito indisponível como a liberdade.

A dogmática jurídica, mais do que em qualquer outro ramo do Direito, deve ser fielmente observada no âmbito do Processo Penal, algo que acabou atropelado durante o julgamento do *Mensalão*, no entendimento do jurista Lenio Streck, e segundo o próprio Falcão, ao falar que o Supremo “privilegiou menos as teses jurídicas”. A título de exemplo, destacam-se dois aspectos apresentados por Streck e que demonstram a *derrota* da dogmática na Ação Penal 470: a distorção da teoria alemã do *Domínio do Fato*¹⁹⁸, e o emprego do *livre convencimento* como meio para se admitir a incriminação dos acusados com base em elementos de informação colhidos sem observância do contraditório.

Sobre a questão do *domínio do fato*, assim se posiciona Streck:

Essa tese foi trazida para o julgamento como modo de contornar a ausência ou fragilidade probatória no tocante à coautoria. Trata-se de uma tese complexa. O que

¹⁹⁵ ABOUD, 2016. p.118-119.

¹⁹⁶ NOVELINO, 2015, p.251-252.

¹⁹⁷ FALCÃO, (Locais do Kindle 985-986). Editora Método. Edição do Kindle.

¹⁹⁸ Sintetizando a *teoria do domínio do fato*, assim escreve Lenio Streck: “Para registro, a origem da teoria está em Welzel, mas foi Claus Roxin quem deu a ela uma efetiva direção/especificidade. A *Tatherrchaftstheorie* tem como pressuposto determinar a possibilidade de ‘pegar’ o *Hintermann*, ou seja, o homem que está por trás do crime ou da organização criminosa. É o sujeito que não está presente diretamente na cena do crime, mas dele partiu a ordem para a consecução do delito. Sem ele, o crime não se configura(ria). Ele “domina a vontade da ação”. Algo como “os autores sempre têm o domínio do fato; já os partícipes não, porque sua ação é acessória”. Sendo mais claro: segundo Roxin, em uma organização delitiva, os homens de trás, que ordenam fatos puníveis com poder de mando autônomo, também podem ser responsabilizados como autores mediatos, se os executores diretos igualmente forem punidos como autores plenamente responsáveis. Destes, dos homens que estão por trás, diz-se que são *Schreibtschtäter* (os que ficam nas suas mesas escrevendo)” (STRECK, 2018, p.179-180)

aconteceu é que ela foi transformada em uma nova “ponderação” ou em uma espécie de “argumento de proporcionalidade ou de razoabilidade”, como se fosse uma cláusula aberta, volátil, dúctil. Não havia qualquer tradição acerca da aplicação da tese do domínio do fato. Não havia, até então, muitas decisões nos Tribunais adotando a tese. E as que adota(ra)m, não aprofunda(ra)m.¹⁹⁹

Streck alerta para o fato de a Teoria do Domínio do Fato ter sido elaborada por Roxin no distante ano de 1963, segundo ele próprio em razão do conhecido caso *Eichmann* (oficial nazista julgado por crimes praticados durante a II Guerra Mundial), o que faz com que Lenio Streck qualifique o *domínio do fato* como uma *tese de exceção*, dotada de forte especificidade política. Ele ainda alerta para o fato de ela aparentar uma excessiva abertura, e que diante disso existiria o risco de a dogmática jurídica transformá-la em uma “tese indeterminada”, concluindo que no âmbito da Ação Penal 470 a Teoria do *Domínio do Fato* foi aplicada de forma negligente, utilizada “*ao modo de seu nascimento*” para atender a anseios finalísticos.²⁰⁰ Ou seja: para se obter a condenação (eis a finalidade), buscou-se uma teoria que a legitimasse, invertendo-se a lógica do processo penal. Segundo Marcelo Novelino, diversos penalistas compartilham deste entendimento, ou seja, o de que o emprego da citada teoria se deu para justificar escolhas prévias do tribunal, feitas sob influência de agentes externos:

Não faltaram penalistas a destacar que a “teoria do domínio do fato”, invocada como fundamento para algumas das condenações, teria sido aplicada de modo equivocado e que, a rigor, não fora utilizada para a descoberta do resultado, mas apenas para justificar escolhas feitas sob a influência da mídia e da opinião pública.²⁰¹

Sobre a questão do *livre convencimento*, também é severa a crítica de Lenio Streck:

O jargão “livre convencimento motivado” ocupou lugar de destaque na fala de alguns ministros do Supremo (aliás, esse enunciado performativo é comumente utilizado pela maioria dos tribunais pátrios). Em verdade, o enunciado representa retrocesso inqualificável, além de demonstrar nossa precária compreensão constitucional e uma espécie de ‘ode ao sincretismo teorético’. [...] De fato, fica muito difícil o réu se defender se o juiz tem livre convencimento. Observa-se o modo como os resquícios de inquisitivismo se misturam com a ‘formação da livre convicção do juiz’. Na verdade, inquisitivismo e livre convicção são irmãos siameses.²⁰²

Lenio alerta para o fato de o contraditório ser um princípio, dotado de normatividade e natureza vinculante, e que justamente em razão disso não há como se admitir que uma prova produzida sem sua observância possa de algum modo estar apta a embasar uma condenação, arrematando que não haveria compatibilidade entre o dever de fundamentação das

¹⁹⁹ Ibidem, p. 179.

²⁰⁰ STRECK, 2018, p.180-181.

²⁰¹ NOVELINO, 2015, p. 252.

²⁰² Op cit, p.185.

decisões judiciais e o livre convencimento.²⁰³ Segundo ele, não há qualquer sentido, do ponto de vista filosófico, em entender que o livre convencimento torna-se constitucional unicamente por ser “motivado”:

Desde quando a motivação-fundamentação supre algo que lhe é condição de possibilidade? Explico. Se tenho “livre convencimento”, então não tenho compromisso com a efetiva prova dos autos (sou “o sujeito” que “assujeita” o objeto, a coisa, o processo. Isso na filosofia tem nome!). Afinal, “minha convicção é livre”. Então, o que estaria por trás disso? Simples: o fato de que “primeiro eu decido e, só depois, vou buscar o fundamento”. Só que isso transforma a sentença em um ato teleológico e não deontológico. [...] Se alguém decide e depois fundamenta, faz, na verdade, uma teleologia, colocando-se fora do paradigma da intersubjetividade. Portanto, fora da Democracia.²⁰⁴

Para arrematar, o autor traz trecho do julgamento – especificamente, de manifestação do Ministro Celso de Mello – para demonstrar a inviabilidade de se utilizar a ideia do *livre convencimento* no Processo Penal:

[...] para resumir, não é possível concordar com a seguinte enunciação ocorrida durante a discussão do *Mensalão*, *verbis*: “O ministro Celso de Mello sustentou que o voto do relator, Joaquim Barbosa, demonstrou com clareza a existência de provas que revelam a presença dos elementos e das circunstâncias que constituem os tipos penais. Mas fez uma ressalva quanto à natureza das provas colhidas em fase pré-processual, que, na sua posição, não podem ser usadas, unicamente, para basear condenações penais. Contudo, afirmou, nada impede que esses elementos – quer sejam colhidos no inquérito policial ou em uma Comissão Parlamentar de Inquérito – possam influir no livre convencimento do juiz, desde que não exclusivamente”. Indaga-se: se as provas (colhidas na fase pré-processual) não podem ser usadas, unicamente, para basear condenações penais, de que modo é possível que essas mesmas “provas” possam influir no livre convencimento do juiz, mesmo que a frase venha acompanhada com a expressão “desde que não exclusivamente”? O que é que se quer dizer com “desde que não exclusivamente”? Ou elas influem ou não influem. Não é possível X e não X.²⁰⁵

Diante das críticas de Lenio Streck e dos textos retirados da obra de Joaquim Falcão, chega-se à conclusão de que a opinião pública exerceu relevante influência sobre os Ministros do Supremo quando do julgamento do *Mensalão*, não sendo de se descartar a hipótese de que a *derrota* da dogmática tenha ocorrido em razão da necessidade de a Corte dar uma resposta aos anseios da sociedade, na linha do raciocínio “primeiro decido e, só depois, vou buscar o fundamento”, mencionado por Streck, e que não deveria ter lugar na democracia.

Sobre esta questão, Marcelo Novelino relata a existência de dois posicionamentos opostos no Supremo: de um lado, os que desejavam um julgamento célere, para que fosse dada

²⁰³ Ibidem, p.186.

²⁰⁴ STRECK, 2018, p.187.

²⁰⁵ Ibidem, p.188.

uma pronta resposta à sociedade e à seu ímpeto punitivo; e de outro, os ministros que entendiam que os direitos e garantias dos réus deveriam ser observados, e por isso se opunham à célere tramitação do processo. Veja-se:

A pressão externa gerou reações em sentidos opostos dentro da corte. De um lado, ministros mais afinados com o discurso da imprensa e com o ímpeto punitivo da maioria da população sustentavam que deveria ser oferecida uma pronta resposta à sociedade e consideravam que a celeridade do julgamento seria algo desejável. De outro, aqueles que acolhiam pontos de vista divergentes ressaltavam a necessidade de assegurar aos réus o direito à ampla defesa e demonstravam visível desconforto com as medidas voltadas a tornar mais célere a tramitação do processo.²⁰⁶

Claro que não se está a, temerária e peremptoriamente, afirmar que o STF proferiu acórdão injusto, aplicando condenações descabidas, até porque vários acusados foram absolvidos, e não consta da presente pesquisa a íntegra dos autos da Ação Penal 470. Entretanto, não se pode descartar a hipótese de que a influência da mídia e da opinião pública tenham conduzido os votos de alguns ministros, o que não poderia ocorrer, especialmente quando considerado o caráter contramajoritário não só dos Direitos Fundamentais, como também da atuação de uma Corte Constitucional.

3.2.4. ADI nº 5874: O Supremo Tribunal Federal e o Decreto Presidencial nº 9246/2017

Ao final de 2017 o então Presidente da República Michel Temer editou o Decreto nº 9246/2017, regulamentando as hipóteses em que se concederia indulto ou comutação de penas aos presos em todo o território nacional.

Inconformada, a Procuradoria-Geral da República ajuizou ação direta de inconstitucionalidade (ADI nº 5874) contra o decreto, arguindo que ele teria abrandado irregularmente as regras para concessão dos benefícios, o que contemplaria condenados por corrupção, atrapalhando investigações em andamento. Em dezembro de 2017 foi concedida medida cautelar na ação direta pela então presidente do STF, Ministra Cármen Lúcia, suspendendo integralmente o decreto presidencial, sendo que posteriormente, em março de 2018, o Ministro Luís Roberto Barroso liberou a concessão dos benefícios em algumas hipóteses em que não verificou desvirtuamento do instituto. Ao final de 2018 foi retomado o julgamento, formando-se maioria no sentido da improcedência da ação, ou seja, reconhecendo

²⁰⁶ NOVELINO, 2015, p.252-253.

a validade do decreto emitido pelo Presidente Temer, sendo que pedido de vista do Ministro Luiz Fux suspendeu novamente a análise do caso.²⁰⁷

Dentre os votos, interessante citar aquele proferido pelo relator do caso, Ministro Barroso, e que foi acompanhado por Edson Fachin. Em resumo, Barroso ataca o mérito do decreto presidencial, excluindo de sua incidência os chamados crimes de colarinho branco, fundado no seu entendimento acerca da gravidade de tais infrações e no suposto esvaziamento que a concessão dos benefícios geraria no esforço da sociedade e de instituições públicas no enfrentamento do crime organizado:

O ato presidencial pretendeu dar indulto a corruptos recém-condenados e liberá-los do pagamento da multa.[...] No momento em que as instituições e a sociedade brasileira travam uma batalha ingente contra a corrupção e crimes correlatos, este decreto presidencial esvazia o esforço da sociedade e das instituições, onde delegados, procuradores, juízes corajosos enfrentam essas diferentes modalidades do crime organizado, inclusive a do colarinho branco. O decreto cria um facilitário sem precedentes para os condenados a esses crimes com direito a indulto, com direito ao cumprimento de apenas um quinto da pena e sem limite máximo de condenação. [...] A corrupção é um crime violento, praticado por gente perigosa, é um equívoco supor que não seja assim. [...] Corrupção mata, mata na fila do SUS, mata na falta de leitos, mata na falta de medicamentos, mata nas estradas que não tem manutenção adequada.²⁰⁸

Há uma série de equívocos no voto proferido pelo Ministro Barroso, e que refletem uma negação ao exercício da função contramajoritária. Afinal, olvidando que o Supremo Tribunal Federal é guardião máximo da Constituição e dos Direitos Fundamentais, e logo, essencialmente contramajoritário, Barroso opta por argumentos utilitaristas, seguindo pela perigosa senda dos que vislumbram o Poder Judiciário como responsável pelo *combate* à corrupção e ao crime em geral, ou seja, como mero órgão de segurança pública ao invés de guardião de Direitos.

Ele é expresso neste sentido quando menciona que “juízes corajosos enfrentam essas diferentes modalidades do crime organizado, inclusive a do colarinho branco”. A pergunta a ser feita: se os juízes estão a enfrentar o crime organizado, quem o está julgando? Afinal, quem *enfrenta* a criminalidade são a polícia e o Ministério Público, sendo este o titular da ação penal pública (não se trata aqui da ação penal privada, movida pelo próprio ofendido).

²⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Pedido de vista suspende julgamento de ADI contra decreto presidencial sobre indulto natalino**. 2018. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=397194>> . Acesso em: 29 jan. 2019.

²⁰⁸ UOL. **Relator no STF diz que indulto de Temer "esvazia" combate à corrupção**. 2018. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2018/11/28/stf-barroso-veto-indulto-natal-temer-corrupcao.htm>> . Acesso em: 29 jan. 2019.

Inaugurado o processo criminal por denúncia do *Parquet*, cita-se o acusado para dela se defender, sendo a demanda submetida ao Poder Judiciário para análise e julgamento imparcial. Partindo-se da lógica de *enfrentamento* de Barroso, a partir do momento em que o *corajoso* juiz passa para o lado de combatente (junto ao Ministério Público e à polícia), o que resta para o acusado? Qual a chance de um julgamento como determina a Constituição Federal, ou seja, imparcial, após devido processo legal, e com respeito ao contraditório e à ampla defesa?

Sobre essa figura do *juiz combatente*, aparentemente admirada por Barroso, escreve Ney Bello, professor universitário e desembargador federal. Segundo o autor, um Judiciário que atua de braços dados com a acusação, em busca de aplausos, combatendo e julgando ao mesmo tempo, não é imparcial, e representa um retorno do processo penal à Idade Média:

O Judiciário combatente – de braços dados com a acusação, em uma cruzada pelo clamor público e pelos valores morais e absorvendo todo o discurso moralista do senso comum – com livre troca de apoios e informações com as forças e com os tarefeiros das acusações é uma realidade. E é um erro! Erro maior ainda quando Deus invade o Estado laico e conclama a todos para a cruzada metafísica contra um inimigo etéreo. Esta postura não mantém a nossa devida distância de movimentos teocráticos de outras plagas. A ideia de Judiciário da idade moderna não se confunde com magistrado que implementa políticas públicas, que combate seja lá que ilícito for, ou que é protagonista de alguma parcela da moralidade. O ato de conclamar o senso comum e a mídia para o combate que o próprio juiz trava e também julga não é próprio da modernidade. Não é função do Judiciário moderno. É negar a função do juiz! [...] O gosto pelo aplauso e pelo reconhecimento, tão naturais aos imperadores romanos – estes, sim, combatentes – agora invade o Judiciário e turva a sua imparcialidade, na medida em que evoca a atitude aceita e desejada pelo senso comum. Fácil explicar o desejo de palmas de um jogador; difícil ver no papel do magistrado sua necessidade. A ideia de um Judiciário de combate é uma grande falácia! Um equívoco histórico na medida em que nos afasta do papel do juiz e nos confunde com a acusação. Um erro que nos aproxima de um dos contendores, rompe nossa imparcialidade e nos leva de volta para a idade média.²⁰⁹

Mas então, o que se deve esperar de um juiz criminal? Tratando do assunto, Aury Lopes Jr. frisa que para que o Judiciário possa atuar como garantidor de direitos, imprescindível que esteja acima de pressões externas, podendo decidir conforme a Constituição, e independentemente da vontade da maioria:

Dentro das garantias orgânicas, nos centraremos, agora, na independência, pois para termos um juiz natural, imparcial e que verdadeiramente desempenhe sua função (de garantidor) no processo penal deve estar acima de quaisquer espécies de pressão. [...] Essa liberdade é em relação a fatores externos, ou seja, não está obrigado a decidir conforme queira a maioria ou tampouco deve ceder a pressões políticas. [...] Ao contrário do Poder Executivo ou do Legislativo, que são poderes de maioria, o juiz julga em nome do povo – mas não da maioria – para a tutela da liberdade das minorias. [...] O fundamento da legitimidade da jurisdição e da independência do

²⁰⁹ BELLO, Ney. **O juiz combatente: a falácia da pós-modernidade**. 2018. Disponível em: <<http://www.justificando.com/2018/08/24/o-juiz-combatente-a-falacia-da-pos-modernidade/>> Acesso em: 29 jan. 2019.

Poder Judiciário está no reconhecimento da sua função de garantidor dos direitos fundamentais inseridos ou resultantes da Constituição. Nesse contexto, a função do juiz é atuar como *garantidor* da eficácia do sistema de direitos e garantias fundamentais do acusado no processo penal.²¹⁰

Assim, ao invés de se postar em situação de *enfrentamento* do crime organizado, deve o Judiciário, e principalmente o Supremo, assumir sua função de garantidor de direitos, de forma equidistante das partes, visto ser esta a única saída em um Estado Democrático de Direito.

Além disso, no caso específico estudado no presente tópico, deve ser salientado que não compete ao Poder Judiciário, mesmo ao Supremo Tribunal Federal, imiscuir-se no teor do Decreto Presidencial de Indulto, que é de competência exclusiva do Presidente da República, que pode editá-lo de forma discricionária, desde que respeitados os limites constitucionais. É ato político, exclusivo do Presidente da República, e impassível de controle pelo Poder Judiciário.

Contrariamente ao voto de Barroso, posicionaram-se os Ministros Alexandre de Moraes (que abriu a divergência durante o julgamento), Rosa Weber, Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio, Gilmar Mendes e Celso de Mello, que corretamente entenderam não caber ao Poder Judiciário alterar o teor do decreto, que é de competência privativa do Presidente da República (art. 84, XII, da Constituição Federal), o qual somente estaria limitado pelas hipóteses constitucionais de vedação ao indulto, quais sejam, casos de condenação por tortura, tráfico de drogas, terrorismo e crimes hediondos (art. 5º, XLIII, da Constituição Federal). Como bem salientado pela Ministra Rosa Weber, “o que se está aqui a discutir é a própria validade constitucional do instituto do indulto, gostemos dele ou não. Trata-se de mecanismo de controle do próprio sistema de freios e contrapesos consagrado na Constituição Federal”.²¹¹

O processo não havia sido definitivamente julgado até o fim da presente pesquisa, mas já se formara maioria (seis ministros) no sentido da constitucionalidade do Decreto Presidencial de indulto. De toda forma, o estudo do caso mostrou-se relevante para se demonstrar a importância de que os juízes assumam sua função contramajoritária, atuando enquanto garantidores de Direitos, e não como agentes de segurança pública.

²¹⁰ LOPES JR, 2015, p.61-62.

²¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Pedido de vista suspende julgamento de ADI contra decreto presidencial sobre indulto natalino.** 2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=397194>> . Acesso em: 29 jan. 2019.

CAPÍTULO 4 - A SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS E A QUESTÃO RACIAL

4.1. Introdução

Um dos Tribunais Constitucionais mais importantes do mundo, a Suprema Corte dos Estados Unidos é responsável direta pela construção do atual modelo de controle de constitucionalidade vigente não só naquele país, como também no Brasil e em outros Estados.

Como bem salientado por João Carlos Souto,

As Cortes Supremas não se reduzem a simples órgãos judiciários. São muito mais que isso, são instituições políticas, que, com suas decisões, concorrem para moldar a estrutura administrativa, política e econômica de um país. A decisão de um magistrado tem efetividade *inter partes* e nos limites de sua competência. A Suprema Corte, de regra, decide para o país, é chamada para julgar, com foros de definitividade, os grandes temas de interesse nacional.²¹²

Segundo o mesmo autor, foi justamente o que houve nos Estados Unidos, em que a “os valores e padrões de comportamento da sociedade estadunidense foram em grande parte ditados ou influenciados por sua Suprema Corte, que tem determinado o formato da civilização americana”, ressaltando que, a despeito de eventuais equívocos “o que importa é não perder de vista o conjunto dos julgados e a relevância da Corte Suprema à Democracia, à manutenção do Estado de Direito e sua condição de porto seguro na garantia dos Direitos Fundamentais”.²¹³

Mas a criação daquela que seria uma das grandes referências mundiais em jurisdição constitucional deve ser analisada com maior cautela, com especial atenção ao momento histórico e político dos Estados Unidos recém-independentes. E para tanto, recorre-se aos estudos de Alonso Freire, que inicia sua obra ressaltando a desconfiança dos Estados então federados acerca de eventual jurisdição federal, que poderia lhes ameaçar a autonomia:

Nos artigos da Confederação ratificados pelos novos Estados Unidos em 1781 não havia a previsão de um sistema judicial nacional. Estava prevista apenas uma Corte de Apelações em Casos de Captura, com jurisdição limitada a disputas envolvendo navios capturados. Cada Estado tinha seu próprio sistema judicial e suas cortes, como ainda hoje os têm. Os cidadãos da nova nação temiam que um sistema de tribunais federais com jurisdição geral ameaçasse a soberania dos Estados federados. Todavia, para os delegados que se reuniram na Filadélfia, em 1787, para revisar os artigos da Confederação, a ausência de um sistema judicial nacional foi um dos pontos mais evidentes sobre os quais eles acreditavam ter falhado ao aprovarem os artigos de 1781. [...] Durante a Convenção da Filadélfia, em 1787, não estava claro se o governo que iria surgir incluiria uma Suprema Corte nacional. Havia aqueles que manifestavam receio de que uma Suprema Corte pudesse limitar a autonomia dos Estados. Por outro lado, alguns importantes nacionalistas, tais como James

²¹² SOUTO, 2015, p. 01

²¹³ Ibidem, p.01-02.

Madison, julgavam importante a criação não apenas de um judiciário nacional, mas também de uma Corte Suprema com autoridade para fazer cumprir o direito nacional e para supervisionar os judiciários estaduais. A segunda visão saiu vitoriosa e se expressou no artigo III da Constituição dos Estados Unidos, o qual estabelece que “[o] Poder Judiciário dos Estados Unidos será investido de uma Suprema Corte”. Com essas palavras, os constituintes norte-americanos anunciaram o nascimento de uma instituição até então desconhecida para o mundo: uma corte nacional com autoridade para decidir casos envolvendo a Constituição nacional e as leis do país.

214

Entretanto, a despeito da previsão de uma Suprema Corte no artigo III da Constituição norte-americana, o seu papel frente aos demais Poderes não restou claramente definido, não havendo sequer a previsão do número de juízes que a comporiam.

E não apenas o papel da Corte ficou sem definição: o próprio número de juízes para ela não foi definido no artigo III. Uma das justificativas oferecidas para essa imprecisão é a de que os dois primeiros artigos, que tratam respectivamente do Executivo e do Legislativo, tomaram muito tempo e consumiram a energia dos delegados em debates longos e acirrados. De qualquer modo, o artigo III especificou que a Corte possuiria jurisdições recursal e originária.²¹⁵

O número de juízes e demais atribuições da Suprema Corte seriam regulamentados logo após a aprovação da Constituição, pelo *Judiciary Act*:

Após a aprovação da Constituição Federal, o Congresso rapidamente tratou de regulamentar o art. III. Em 1789, o Congresso aprovou o *Judiciary Act* (também chamado de *First Judiciary Act*), estabelecendo dois níveis de tribunais inferiores e fixando em seis o número de juízes para a Suprema Corte. A Corte iniciou seus trabalhos em 02 de fevereiro de 1790, em Nova York com apenas cinco juízes. O sexto juntou-se à Corte em 12 de março do mesmo ano.²¹⁶

O que se observou em um primeiro momento é que a Suprema Corte norte-americana, hoje considerada uma das mais importantes e influentes do mundo, não teria muita relevância no novo país que surgira. Como bem salientado por Freire, “durante o ano de 1790, ela quase não fez nada. Apenas após um ano do início de seu funcionamento é que a Corte finalmente recebeu seu primeiro processo”, sendo que somente “a partir de 1792 a Corte começou a emitir decisões de mérito”.²¹⁷

Entretanto, sabe-se que a História reservaria papel de destaque à Suprema Corte dos Estados Unidos, especialmente a partir do paradigmático julgamento do caso *Madison vs Marbury*, que inaugurou o *judicial review*, e trabalhado na presente pesquisa em seu primeiro

²¹⁴ FREIRE, Alonso. **Suprema corte dos Estados Unidos**. In: BRANDÃO, Rodrigo (Org.) *Cortes constitucionais e supremas cortes*. Salvador: Juspodivm, 2017. p.305-306.

²¹⁵ Ibidem, p. 306.

²¹⁶ Ibidem, p. 306.

²¹⁷ Ibidem, p. 307.

capítulo. A partir de então, seria a Suprema Corte instada a se manifestar sobre questões de extrema importância e que influiriam não só na política como também na própria forma da sociedade norte-americana.

Dentre tantos casos de fundamental importância, selecionou-se um tema para análise na presente pesquisa, com o escopo de aferir a força *contramajoritária* daquela Corte. Passa-se, assim, ao estudo do papel da Suprema Corte dos Estados Unidos no enfrentamento da questão racial, desde o período da escravidão até o fim da segregação na metade do Século XX.

4.2. Escravidão, segregação racial e racismo nos Estados Unidos

4.2.1. Introdução

Primeiramente, uma explicação se mostra necessária quanto à questão racial e ao seu enfrentamento pela Suprema Corte norte-americana.

Conforme se notará, houve uma evolução da jurisprudência daquele tribunal, certamente influenciada pelo avanço da sociedade dos Estados Unidos e mesmo de todo o mundo. Afinal, trata-se de discussões e debates que se iniciaram na metade do XIX, com o julgamento do caso *Dred Scott v. Sandford*, em 1857, sendo que a segregação racial somente viria a ser formalmente derrubada pela Suprema Corte na metade do século XX, no célebre caso *Brown v. Board of Education of Topeka*, em 1954. Portanto, foram quase cem anos de debates, cuja síntese será buscada nas próximas linhas.

Sobre a importância deste tópico para a presente pesquisa, imperioso ressaltar que a questão racial dividiu e ainda divide os Estados Unidos, sendo certo que quando do julgamento do caso *Brown* os juízes da Suprema Corte posicionaram-se contrariamente à parcela considerável da população norte-americana, favorável à segregação, expondo-se às consequências de sua decisão²¹⁸. Assim, e conforme se demonstrará, tratou-se de julgamento importante não só pelo conteúdo da decisão, mas pelo fato de ela expressar a importância da assunção, pelas Supremas Cortes, de seu papel de garantidoras dos direitos constitucionais, inclusive e principalmente de forma *contramajoritária*.

²¹⁸ A título de exemplo, cita-se novamente o caso do juiz da Suprema Corte, Hugo Black, oriundo do Alabama, onde os grupos dominantes eram absolutamente contrários ao fim da segregação, tendo Black afirmado que sofreu certo grau de isolamento por parte de amigos e conhecidos após a decisão no caso Brown. (RIBEIRO, 2017, p. 36.)

4.2.2. O caso *Dred Scott*: a pior decisão já proferida pela Suprema Corte dos Estados Unidos

Dred Scott era um escravo e pertencia a um cirurgião militar de nome John Emerson. Ambos eram do Estado do Missouri, o qual ainda admitia a escravidão. Em 1850 o Congresso Nacional aprovava projeto de lei que bania aquela prática de novos territórios, dentre os quais se encontravam os Estados de Illinois e Wisconsin, para os quais Emerson foi designado para atuar enquanto cirurgião militar, levando consigo Dred Scott, então seu escravo.²¹⁹

João Carlos Souto traz uma interessante síntese do caso Dred Scott:

Em ambos os lugares a escravidão havia sido banida e neles o cirurgião residiu com um de seus escravos, Dred Scott. Após retornar ao Estado do Missouri, o escravo pleiteou sua liberdade, fundamentando no período em que permaneceu em território onde a escravidão havia sido banida e, ainda, na doutrina que então era aceita pelo Judiciário do Missouri de que uma vez livre, sempre livre (*once free, always free*). Ao encontrar resistência ao seu pedido de alforria, Dred Scott ajuíza ação em 1846 e que somente foi julgada pela Suprema Corte, em grau de recurso, 11 anos depois, em 1857. Ao analisar o caso, a Corte, por maioria, decide pela inconstitucionalidade do ato legislativo federal que assegurava a liberdade dos negros nos novos territórios. Pelo voto de 7 dos seus 9 membros, a Corte entendeu que o Congresso não tinha poderes para banir a escravidão, mesmo em território federal, e, por outro lado, Dred Scott não poderia ser considerado cidadão, pois aos negros era vedado esse privilégio, na medida que não fazia parte do povo dos Estados Unidos. Desse modo, se de cidadão não se tratava, falecia-lhe legitimidade ativa para pleitear em juízo sua própria liberdade.²²⁰

Para se chegar a tal decisão, a Corte, então presidida pelo *Chief Justice* Roger Taney, fez uso de uma teoria interpretativa conhecida como *original intention*, que consiste em se tentar preservar o sentido buscado pelos *founding fathers* quando da redação da Constituição, o que significa interpretar restritivamente a Carta Magna:

Por essa modalidade de hermenêutica constitucional ao intérprete não é dado inovar, porquanto o sentido das palavras da Constituição é fixo e imutável. Esse sentido pode e deve ser buscado do próprio texto da Lei Fundamental, bem como dos debates, artigos, cartas e diários escritos pelos *framers*. [...] A Corte Taney se valeu da hermenêutica do *original intent* para imprimir interpretação restritiva da Constituição Federal ao julgar o caso *Dred Scott v. Sandford*. Afirmou [...] que à época da promulgação do Texto Constitucional, em fins do século XVIII, os negros não eram considerados cidadãos e, portanto, não gozavam dos direitos deferidos aos brancos. Para além de restritiva, a decisão era de todo equivocada, considerando seu flagrante divórcio com o texto da Lei Fundamental de 1787, conforme de longa data tem demonstrado a doutrina constitucional norte-americana. Inexiste qualquer evidência que aponte para a intenção dos *founding fathers*, ou pelo menos da maioria deles, no sentido de não contemplar os negros com idênticos direitos deferidos aos brancos.²²¹

²¹⁹ SOUTO, 2015, p. 55.

²²⁰ Ibidem, p. 56.

²²¹ Ibidem, p. 56.

Em síntese, o voto do *Chief Justice* Taney mantinha a condição de escravo de Dred Scott por diversas razões: os negros não eram cidadãos, e portanto, não tinham legitimidade ativa para postular em juízo; Scott jamais chegou a ser livre (afastando a doutrina do *once free, always free*), posto que o Congresso não teria autoridade para abolir a escravidão, ainda que em territórios federais; escravos eram propriedades protegidas pela Constituição; e um escravo que estivesse em território livre, e que voluntariamente retornasse a um estado escravocrata, estaria sujeito à interpretação das leis deste Estado por suas próprias Cortes:

O voto de Taney para a Corte declarou que Scott ainda era escravo por várias razões. Em primeiro lugar, embora os negros possam ser cidadãos de um determinado estado, eles não eram cidadãos dos Estados Unidos, com o concomitante direito de propor ações perante tribunais federais. O processo de Scott foi, portanto, indeferido porque o Tribunal não tinha competência. Em segundo lugar, além de não ter o direito de acionar uma corte federal, Scott ainda era um escravo porque ele nunca tinha sido livre, em primeiro lugar. O Congresso excedeu sua autoridade quando proibiu ou aboliu a escravidão em territórios porque tal poder não poderia ser inferido da Constituição. Além disso, os escravos eram propriedades protegidas pela Constituição. O *Missouri Compromise* foi declarado inválido. Finalmente, qualquer que fosse o status de escravo que estivesse em um estado ou território livre, se este escravo, voluntariamente, retornasse a um estado escravista, seu status dependeria da lei do Estado, conforme interpretação de seus próprios tribunais. Como a Alta Corte de Missouri havia declarado Scott como um escravo, essa era a lei que a Suprema Corte dos EUA reconheceria.²²² (tradução nossa)

Em razão de seu teor claramente escravocrata, a decisão da Corte no caso Dred Scott serviria para ampliar os debates pelo fim da escravidão nos Estados Unidos (o que viria a ocorrer com a Emenda Constitucional nº XIII, em 1865), além de acirrar os ânimos entre o sul, agrário e escravocrata, e o norte, industrializado e antiescravagista, culminando na Guerra de Secessão.²²³

Conforme já afirmado no título do presente tópico, a decisão da Suprema Corte no caso Dred Scott é considerada por estudiosos como a pior já proferida por aquele tribunal:

²²² Taney's opinion for the Court declared Scott to be still a slave for several reasons. First, although blacks could be citizens of a given state they were not citizens of United States having the concomitant right to sue in federal courts. Scott's suit was therefore dismissed because the Court lacked jurisdiction. Second, aside from not having the right to sue, Scott was still a slave because he had never been free in the first place. Congress exceeded its authority when it forbade or abolished slavery in territories because no such power could be inferred from the Constitution. Furthermore, slaves were property protected by the Constitution. The Missouri Compromise was accordingly declared invalid. Finally, whatever the status of an erstwhile slave might have been in a free state or territory, if the slave voluntarily returned to a slave state, his or her status there depended upon the law of state as interpreted by its own courts. Since Missouri's high court had declared Scott to be a slave, that was the law that the U.S. Supreme Court would recognize (EHRlich, Walter. **Scott v. Sandford**. In: HALL, Kermit L. **The Oxford Companion to the Supreme Court of The United States**. Oxford: Oxford University Press, 1992, p.760-761)

²²³ SOUTO, 2015, p. 58-59.

Juristas e constitucionalistas americanos consideram que a decisão de Dred Scott é a pior já proferida pela Suprema Corte. Historiadores documentaram abundantemente seu papel na cristalização de atitudes que levaram à guerra. O voto de Taney é um modelo de ofício judicial censurável e de fracassada política judicial. Ela levou à guerra civil, e depois às emendas da guerra civil para derrubar a decisão Dred Scott. A Décima Terceira Emenda aboliu a escravidão, e todas as pessoas nascidas nos Estados Unidos, independentemente de cor ou condição prévia de servidão, foram declaradas cidadãs dos Estados Unidos pela Décima Quarta Emenda. Infelizmente, o próprio Dred Scott morreu em 1858, cedo demais para colher os benefícios dessas mudanças.²²⁴ (tradução nossa)

Tal posicionamento possivelmente derivou do fato de Taney ser um escravocrata, o qual julgava que eventual decisão da Corte no sentido da inconstitucionalidade de leis que abolissem a escravatura – como a *Missouri Compromise Act* – serviria para cessar as inquietações relativas ao tema. Essa é a conclusão a que chega João Carlos Souto:

Taney havia se convencido de que era possível para a Corte cessar toda aquela inquietação a respeito da escravidão nos territórios afirmando que o Congresso não tinha poder constitucional para proibir sua introdução. [...] Bastaria a ele, para atingir seu intento de ver prevalecer seus ideais, insistir somente na declaração de ausência de cidadania. Entretanto, quis assegurar, por (sic) “antecipação”, a inconstitucionalidade de eventual legislação futura do Congresso Nacional semelhante àquela que ele acabar de assentar a desconformidade com a Lei Fundamental da República.²²⁵

Como já mencionado, muito pelo contrário, a decisão serviria para intensificar os debates sobre o fim da escravidão no âmbito do Congresso, além de colaborar para a eclosão da guerra civil entre os estados do Sul e os do Norte.

4.2.3. A Lei de Direitos Civis de 1875 e um novo equívoco da Suprema Corte

Após a abolição da escravatura pela XIII Emenda à Constituição e o fim da Guerra Civil (1861-1865), o Congresso norte-americano aprovaria a Lei de Direitos Civis (*Civil Rights Act*) em 1875, que basicamente assegurava a todas as pessoas, independentemente de raça e cor, igualdade de tratamento em estabelecimentos comerciais, teatros, etc., medida que se mostrava salutar para se combater a discriminação contra os negros, que acabavam de se ver livres.²²⁶

²²⁴ American legal and constitutional scholars consider the *Dred Scott* decision to be the worst ever rendered by the Supreme Court. Historians have abundantly documented its role in crystalizing attitudes that led to war. Taney’s opinion stands as a model of censurable judicial craft and failed judicial statesmanship. It took the Civil War and the Civil War Amendments to overturn the *Dred Scott* decision. The Thirteenth Amendment abolished slavery, and all persons born in the United States, regardless of color or previous condition of servitude, were declared citizens of the United States by the Fourteenth Amendment. Unfortunately, Dred Scott himself died in 1858, too soon to reap the benefits of those changes. (EHRlich, 1992, p.761)

²²⁵ SOUTO, 2015, p. 58

²²⁶ Ibidem, p.60

Entretanto, em 1883, oito anos após a promulgação da citada lei, ela chegaria à Suprema Corte, tendo sua constitucionalidade impugnada em vários recursos que foram simultaneamente julgados, ocasião em que o Tribunal declararia a sua inconstitucionalidade. Sobre o caso, assim escreve João Carlos Souto:

O Relator, *Justice Bradley J.*, afastou a fundamentação utilizada pelo legislativo federal para aprovar o *Civil Rights Act of 1875*. Ele não identificou relação alguma da Lei com a XIII Emenda, que segundo seu entendimento somente se referia à escravidão e seus incidentes (*has only to do with slavery and its incidents*). Ele reduziu a questão da aplicabilidade ou não da XIII Emenda a uma indagação: “A recusa de um proprietário de um hotel ou de um local de diversão em atender um negro inflige sobre essa pessoa uma forma de escravidão, tal qual a expressão é entendida neste país?”. E ele próprio responde: “A Décima Terceira emenda não diz respeito a distinções entre raça, classe ou cor, mas a escravidão”. [...] O relatório, de autoria do *Justice Bradley*, afastou a constitucionalidade do *Civil Rights Act* de 1875, por múltiplas razões, seja porque ele entendia ausente fundamentação na XIII e na XIV Emendas, seja porque ele entendia que houve invasão de competência estadual e, ainda, porque somente o Estado-membro poderia impor restrições ao comportamento individual de cada um dos seus “cidadãos”, de modo que a questão da autonomia federativa igualmente estava presente. O voto vencedor aderiu ao entendimento que não se tratava de uma *state action*, que ocorre sempre que há violação de direito fundamental praticado pelo Estado e que resulta na possibilidade de ação com a finalidade de obter do Estado indenização por danos causados àquele que teve seu direito violado. A Suprema Corte entendeu de forma diametralmente oposta, apontando ausência de *state action*, porque o ato supostamente lesivo era praticado por indivíduos, por entidades privadas, inalcançáveis pela XIV Emenda. Passado mais de um século, o argumento é de todo absurdo, contudo, foi nesse sentido que a Suprema Corte se inclinou.²²⁷

A decisão pela inconstitucionalidade formal do *Civil Rights Act* foi acolhida por oito dos nove ministros da Corte, que, resumidamente, entenderam que a Constituição não autorizaria a adoção, em âmbito federal, daquela lei de 1875, entendendo ainda que competiria aos Estados regular a matéria. Em sentido contrário, houve o voto de apenas um juiz, *Justice John Marshall Harlan*, que em sua manifestação ressaltou a *malícia* e a *engenhosidade* do voto vencedor, no sentido de tentar extrair das emendas constitucionais um sentido que elas não possuíam, entendendo que o legislador federal buscara justamente o contrário, ou seja, combater a discriminação.²²⁸

Um dos reflexos mais graves da decisão da Suprema Corte ao julgar inconstitucional o *Civil Rights Act* foi o afastamento do Governo Federal das questões relativas à proteção e promoção de direitos civis, o que somente seria revertido após a II Guerra Mundial. É o que conclui Robert J. Cottrol, ao afirmar que “a decisão da Suprema Corte nos casos de direitos civis determinou de forma mais ampla a retirada do governo federal da execução de

²²⁷ SOUTO, 2015, p. 61.

²²⁸ Ibidem, p. 62.

direitos civis. A retirada não seria revertida até depois da Segunda Guerra Mundial”.²²⁹ (tradução nossa)

Além disso, a “decisão acerca da inconstitucionalidade da primeira lei de direitos civis pavimentou o surgimento das leis de segregação”²³⁰, as chamadas *Jim Crow laws*²³¹, o que será estudado no próximo tópico.

4.2.4. Caso *Plessy v. Ferguson* e o caminho aberto à segregação racial

Após a declaração de inconstitucionalidade da Lei de Direitos Civis de 1875, abriu-se espaço para o surgimento de leis estaduais que tornavam oficial a segregação racial. Afinal, e com o beneplácito da Suprema Corte, o que estava banido dos Estados Unidos era a escravidão, sendo que a segregação com ela não se confundiria, além de não haver qualquer obstáculo constitucional à sua prática – ao menos no entendimento da maioria dos *Justices*.

Tais leis eram fundadas na doutrina do *separate but equal* (separados mais iguais), e tinham como princípio a igualdade de tratamento, muito embora, na prática, os negros fossem prejudicados:

Em tese, o princípio era (sic) de igualdade de tratamento, de modo que as acomodações, as escolas, os banheiros deveriam ter idêntica estrutura para brancos e negros, contudo, separados. A igualdade, porém, era meramente formal, pois escolas destinadas a negros comumente recebiam menos investimentos dos governos, assim como os serviços sociais a eles prestados eram de qualidade inferior.²³²

Homer Adolph Plessy era descendente de negros, e em 1892 comprou uma passagem de primeira classe para a viagem de trem entre as cidades de New Orleans e Covington, ambas no Estado da Louisiana. Uma vez acomodado em seu assento, foi abordado pelo condutor, que determinou que ele saísse e utilizasse o vagão destinado aos negros. Diante

²²⁹ The supreme court's decision in the civil rights cases largely mandated the withdrawal of the federal government from civil rights enforcement. The withdrawal would not be reversed until after World War II. (COTTRILL, Robert. J. **Civil Rights Cases**. In: HALL, 1992, p. 149.)

²³⁰ SOUTO, 2015, p. 64.

²³¹ “Muito antes de a Suprema Corte adotar a *Plessy doctrine*, a sociedade norte-americana, ou melhor, a parcela de cor branca, já conhecia e se divertia com o personagem *Jim Crow*, criação de Thomas Dartmouth Rice, comediante branco que em suas performances pintava o rosto e as mãos com tinta preta e imitava o jeito de falar, de se vestir e de agir dos negros, uma caricatura exagerada, de evidente conotação pejorativa.[...] Esse sucesso entre os brancos foi de tal monta que a naquela época tornou-se comum referir-se aos afrodescendentes como *Jim Crow*, embora a expressão não tivesse idêntica conotação ofensiva como *nigger*, por exemplo. Ao final do século XIX, o termo caiu em desuso, até mesmo porque os *shows* já não conquistavam tanta audiência e o seu criador já havia falecido. Contudo, a expressão *Jim Crow* continuou sendo usada para designar toda e qualquer lei que fomentasse a segregação racial. Aliás, até os dias atuais são comuns artigos científicos ou jornalísticos se referirem a *Jim Crow* como sinônimo de segregação racial vivenciada pelos negros a partir de fins do século XIX até os anos 1960 do século XX, ou mais especificamente como as leis dessa época.” (SOUTO, 2015, p.67-68).

²³² Ibidem, p.65,

de sua recusa, o condutor, com a ajuda de um policial, o retirou à força do trem, e ele foi preso, vindo posteriormente a responder criminalmente por tal desobediência, sendo considerado culpado por violação a uma lei segregacionista (uma *Jim Crow law*) do Estado da Lousiana.²³³

João Carlos Souto esclarece que a defesa de Plessy arguiu, já perante a primeira instância, a inconstitucionalidade da lei estadual que promovia a segregação, o que foi refutado pelo juiz do caso:

A ação contra Homer Plessy foi originalmente proposta em julho de 1892, pelo Promotor Público de New Orleans, por violação a *Jim Crow Law*. A audiência ocorreu em outubro e seus advogados apresentaram uma longa petição arguindo a inconstitucionalidade da lei estadual por contrariedade às XIII e XIV Emendas. O juiz do caso, John H. Ferguson, prolatou sentença desfavorável a Plessy em novembro de 1892, tomando como precedente o acórdão da Suprema Corte no *Civil Rights Case*.²³⁴ Os advogados de Plessy apelaram para a Suprema Corte do Estado da Lousiana, que igualmente decidiu contrariamente ao interesse do autor, em janeiro de 1893. A ação, portanto, foi julgada em oito meses, prazo relativamente curto. A Suprema Corte dos Estados Unidos recebeu o recurso no mês seguinte, em fevereiro de 1893. Entretanto, somente o julgou mais de três anos depois, em abril de 1896.²³⁵

E o julgamento proferido pela Suprema Corte novamente serviria para que fossem aprofundadas as práticas segregacionistas. O relator do caso foi o *Justice* Henry Billings Brown, o qual rejeitou os argumentos apresentados por Plessy, mantendo o entendimento da Suprema Corte de que a XIII Emenda se restringia a vedar a reintrodução da escravidão, silenciando quanto às práticas de segregação:

Relatando para o tribunal, o juiz Henry Billings Brown rejeitou os dois argumentos de Plessy. Ele deu continuidade à prática da Corte de interpretar a Décima Terceira Emenda para aplicar somente a ações cujo propósito fosse reintroduzir a escravidão em si. Ela não, raciocinou ele, alcançou todas as distinções baseadas na cor. ²³⁶ (Tradução nossa)

Em seu voto, o *Justice* Brown decidiu que a XIV Emenda tinha como escopo fazer valer, perante a lei, a igualdade absoluta entre as duas raças, mas que não seria possível, em razão da natureza das coisas, abolir distinções baseadas na cor.²³⁷

²³³ SOUTO, 2015, p. 68.

²³⁴ O mesmo João Carlos Souto alerta que o “fundamento da decisão no *Civil Rights Case* era de que a discriminação era ‘privada’ e, por isso, admitida. Ora, no caso *Plessy*, não se tratava de ‘*private discrimination*’, mas de ‘*state action*’, de modo que jamais o *Civil Rights Cases* poderia servir como precedente, isso sem mencionar o fato que precedente em si já acolhia flagrante equívoco hermenêutico”. (Ibidem, p. 69).

²³⁵ Ibidem, p. 68-69.

²³⁶ Writing for the Court, Justice Henry Billings Brown rejected both os Plessy’s arguments. He continued the Court’s practice of construing the Thirteenth Amendment to apply only to actions whose purpose was to reintroduce slavery itself. It did not, he reasoned, reach all distinctions based on color. (PRATT JR, Walter F. **Plessy v. Ferguson**. In: HALL, 1992, p. 638).

²³⁷ SOUTO, 2015, p. 69.

Segundo Brown, as leis que permitem ou exigem a separação não significariam necessariamente inferioridade de uma raça em relação à outra, também entendendo que a legislação não tinha força ou condições para abolir “instintos raciais”, arrematando que se uma raça é socialmente inferior a outra, não há como a Constituição colocá-las no mesmo plano.²³⁸

João Carlos Souto vislumbra tal argumento como totalmente equivocado, visto que a Constituição não prevê igualdade social, mas igualdade de tratamento e condições, algo que foi negado aos negros durante décadas justamente em razão de decisões como a proferida por Brown:

O raciocínio é de todo equivocado, porquanto a Constituição não reclama igualdade social, mas igualdade de tratamento e de condições, a exemplo de saúde e educação, itens que foram negados aos negros durante largo espaço de tempo, um processo histórico que tem início justamente após essas decisões que declaram a constitucionalidade das *Jim Crow Laws*.²³⁹

Em sentido contrário, em voto dissidente isolado, novamente se posicionou o Justice John Marshall Harlan, a exemplo do que ocorrera no julgamento relativo ao *Civil Rights Act*, de 1875. Em seu voto, Harlan frisou que a Constituição era daltônica, “cega” quanto às cores das pessoas (*constitution is color-blind*), reforçando que, no que tange aos direitos civis, todos os cidadãos eram iguais:

A dissidência isolada do juiz John Marshall Harlan mais tarde embasaria rejeições eloquentes da doutrina *separados mais iguais*, especialmente quando aplicada à educação. Harlan se recusou a restringir a Décima Terceira Emenda à escravidão, preferindo vê-la como proibindo todos os "distintivos de servidão". Em uma das frases mais conhecidas, Harlan argumentou que “a Constituição é daltônica e nem sabe nem tolera classes entre os cidadãos”.²⁴⁰ (tradução nossa)

Interessante ressaltar que ao fim de seu voto divergente, John Marshall Harlan alertou que a decisão tomada pela Suprema Corte naquele caso, com o tempo, se mostraria tão perniciosa quanto aquela proferida no caso Dred Scott²⁴¹, o que efetivamente viria a se concretizar.

Afinal, a partir daquele julgamento, “os Estados, especialmente os do Sul, passaram a ampliar o espectro das *Jim Crow Laws* e consequentemente da doutrina *Separate but equal*”²⁴²

²³⁸ SOUTO, 2015, p. 69-70.

²³⁹ Ibidem, p.70.

²⁴⁰ Justice John Marshall Harlan’s isolated dissent would later support eloquent rejections of the separate but equal doctrine, especially as applied to education. Harlan refused to restrict the Thirteenth Amendment to slavery itself, preferring to see the amendment as barring all “badge(s) of servitude”. In one of the ringing phrases for which is best known, Harlan argued that the “Constitution is color-blind, and neither knows nor tolerates classes among citizens”.. (PRATT JR, 1992, p. 638).

²⁴¹ Op cit, p. 71.

²⁴² Ibidem, p. 71

demonstrando as graves consequências dos erros da Suprema Corte desde o caso *Dred Scott*, os quais só começariam a ser corrigidos quando do julgamento do caso *Brown v. Board of Education*, em 1954, ou seja, cinquenta e oito anos após o caso *Plessy v. Ferguson*.

4.2.5. *Brown v. Board Of Education: o começo das mudanças*

Segundo Alexander M. Bickel, “Brown foi o começo [...], o começo não apenas de mudanças substantivas na estrutura social americana, mas também na natureza e nas expectativas de como a Suprema Corte interpretava a Constituição”²⁴³ (tradução nossa).

E de fato, o caso Brown representou o início de importantes mudanças, tanto no que tange à Suprema Corte, que após decisões tristes como as proferidas nos casos *Dred Scott* e *Plessy*, de algum modo viria a se redimir, bem como em relação à sociedade americana, que veria cair por terra as leis de segregação (*Jim Crow Laws*), em meio a debates acalorados sobre direitos civis e a questão racial.

Entretanto, ainda que cruciais, tais mudanças foram tardias, já que mais de cinco décadas se passaram desde o julgamento de *Plessy v. Ferguson*, período em que se acentuaram as práticas discriminatórias, especialmente nos estados do Sul, derrotados na Guerra Civil, e avessos à abolição da escravidão, que ocorrera com XIII Emenda.

É evidente que a aprovação da XIII Emenda e a Liberdade dos escravos constituem-se em uma vitória – dos Estados do Norte – com um significado imensamente superior à derrota sofrida no caso *Plessy v. Ferguson*, contudo, essa derrota se perpetuou por várias décadas, responsável por impingir um tratamento desumano e degradante a mais de uma geração de negros, pardos, descendentes diretos ou indiretos de escravos. Somente mais de meio século depois a própria Suprema Corte se encarregou de literalmente consertar o equívoco que havia cometido em fins do século XIX ao julgar o caso *Plessy v. Ferguson*. Até que essa correção de rumo fosse adotada, os negros foram submetidos a inúmeras humilhações, maiores, mais profundas e duradoras nos Estados do Sul, aqueles que pretenderam quebrar o vínculo federativo em nome da manutenção da escravidão.²⁴⁴

Linda Brown era uma menina que, com oito anos de idade, precisava cruzar a cidade de Topeka, no estado do Arkansas, para estudar em uma escola pública para negros, ao passo que próximo à sua residência havia várias outras escolas que não podia frequentar por serem destinadas a crianças brancas. Linda pleiteou junto à autoridade de ensino a sua matrícula nestas escolas mais próximas, mas teve seu pedido negado, o que, por mais absurdo que possa parecer,

²⁴³ Brown was the beginning [...], the beginning not only of substantive changes in the American social structure but also in the nature and expectations of how the Supreme Court interpreted the Constitution. (HUTCHINSON, Dennis J. **Brown v. Board of Education**. In: HALL, 1992, p.93.)

²⁴⁴ SOUTO, 2015, p. 73.

encontrava amparo na longínqua decisão da Suprema Corte no caso *Plessy v. Ferguson*, de 1896, já estudada no tópico anterior.²⁴⁵

A questão chegaria em grau de recurso à Suprema Corte, e a história começaria a ser reescrita. Presidida pelo *Chief Justice* Earl Warren, a Corte enfrentaria novamente a questão da segregação racial, e viria finalmente a assegurar o respeito à Constituição, reconhecendo a incompatibilidade das lamentáveis *Jim Crow Laws* com a Lei Fundamental.

Ao analisar o caso, a Corte Warren decidiu que a doutrina do *separate but equal* feria a XIV Emenda, entendendo que a segregação praticada nas escolas públicas, além de não propiciar iguais oportunidades educacionais às crianças negras, também lhes trazia uma sensação de inferioridade que prejudicava a motivação para aprender.²⁴⁶

A decisão proferida – por unanimidade - pela Suprema Corte foi crucial, e como já dito, promoveu profundas mudanças nos Estados Unidos. João Carlos Souto afirma que ela “causou enorme impacto na sociedade norte-americana, contribuindo para modificar, com profundidade poucas vezes vista, o comportamento de uma nação no presente e futuro”.²⁴⁷

Segundo Hutchinson, “com um rápido, não-técnico e inesperadamente unânime voto de apenas dez páginas, o presidente da Suprema Corte Earl Warren iniciou uma revolução legal e social nas relações raciais e no constitucionalismo”²⁴⁸ (tradução nossa), o que apenas reforça a importância daquela decisão, especialmente considerando as décadas de segregação propiciadas pelo triste desfecho do caso *Plessy v. Ferguson*.

Comentando os reflexos do caso *Brown*, João Carlos Souto ressalta a importância do controle de constitucionalidade em se opor a leis – e a um pensamento – que afetavam a maioria da população dos Estados Unidos, tratando esta mudança de posicionamento da Corte como um nítido exemplo de *mutação constitucional* – afinal, a Lei Fundamental nos casos *Plessy* (1896) e *Brown* (1954) era a mesma:

O caso *Brown v. Board of Education*, entre outros significados, acolhe o de demonstrar a autoridade da Suprema Corte dos Estados Unidos em alterar, via controle de constitucionalidade, leis e costume que se encontravam em prática por mais de meio século. A segregação, de um modo ou de outro, afetava a imensa maioria da população dos Estados Unidos. Dezenas de milhões de pessoas. Aquelas que sofriam e aquelas que praticavam. As *Jim Crow Laws* eram entusiasticamente defendidas pela maioria da população do “Sul profundo” e contavam com a indiferença de muitos outros em todo o país. Esse costume, esse “estilo de vida” enraizado por mais de 50 anos, foi defenestrado pela decisão da Suprema Corte.

²⁴⁵ SOUTO, 2015, p.74.

²⁴⁶ Ibidem, p.75.

²⁴⁷ Ibidem, p.76.

²⁴⁸ “With a brisk, nontechnical and unexpectedly unanimous opinion running only ten pages, Chief Justice Earl Warren ignited a legal and social revolution in race relations and constitutionalism”. (HUTCHINSON, 1992, p. 93.)

Tudo isso sob a égide da mesma Constituição, que não sofreu alterações, nesse particular, de 1896 a 1954. Trata-se de um exemplo contundente de mutação constitucional, alteração informal da Constituição. O controle de constitucionalidade significou o pesadelo em fins do século XIX e a construção de uma caminhada a partir da metade do século XX. Ambos os casos representam milhões de negros em busca da igualdade real, efetiva e integrada. A Corte Warren, ao julgar o caso *Linda Brown*, deu um grande salto nesse sentido.²⁴⁹

Portanto, a despeito de a maioria da população do Estados do Sul defender a segregação, e da indiferença de grande parte do restante das pessoas, a Suprema Corte rompeu com um modelo segregacionista consolidado, em atuação que pode ser considerada *contramajoritária*.

4.2.6. A natureza *contramajoritária* da decisão proferida em *Brown v. Board of Education*

No início do presente trabalho, citando o pensamento de Bickel, foi estudado o fenômeno da *dificuldade contramajoritária*. Segundo o referido autor, a atuação de uma Corte Constitucional ao declarar a inconstitucionalidade de um ato do legislativo ou do executivo representaria a frustração da vontade de representantes eleitos pelo povo, sendo que tal controle estaria em descompasso com a vontade da maioria, sendo, em última análise, uma força contrária à democracia.²⁵⁰

Ainda dentro do estudo da *dificuldade contramajoritária*, constatou-se que juízes são seres sociais, integrantes de uma comunidade, e que imaginar que suas decisões serão despidas de anseios, medos ou vaidades seria esperar demais de um ser humano.²⁵¹ Como exemplo disso, trouxe-se à baila situação relatada pelo *Justice* Hugo Black, oriundo do Alabama, no sul dos Estados Unidos, e que se viu isolado por amigos e conhecidos após a decisão no caso *Brown*, em que a Suprema Corte declarou a inconstitucionalidade das *Jim Crow Laws*.²⁵²

A partir destas observações e considerando o que se estudou sobre os julgados da Suprema Corte norte-americana na temática ligada à questão racial, pode-se afirmar, sem risco de equívoco, que a sua função *contramajoritária* enquanto Tribunal Constitucional somente viria a ser exercida no caso *Brown v. Board of Education*, em 1954. Se nos casos anteriores os *Justices* deixaram de contrariar a vontade de grande parte da população dos Estados Unidos, negando direitos básicos à população negra e a deixando à mercê de toda sorte de humilhações,

²⁴⁹ SOUTO, 2015, p. 81-82.

²⁵⁰ BICKEL, apud RIBEIRO, 2017, p. 2.

²⁵¹ RIBEIRO, 2017, p. 35.

²⁵² Ibidem, p. 36

violações e atos de violência, no caso *Brown* o caminho foi o inverso: contrariando interesses majoritários, a Suprema Corte corrigiu seu próprio rumo, reparando, ainda que de forma tardia, as injustiças causadas pelas decisões do século anterior, e colocando fim às leis segregacionistas (*Jim Crow Laws*). É o que concluem Irapuã Santana do Nascimento da Silva e Aline Nóbile:

Em 1954 a Suprema Corte de Justiça dos Estados Unidos realizou o julgamento do caso *Brown v. Board of Education of Topeka*, decidindo pela inconstitucionalidade da segregação racial entre estudantes brancos e negros nas escolas públicas do país. Este julgamento foi anterior à edição de leis anti-discriminatórias e encontrou resistência social, porém foi uma decisão inegavelmente necessária dentro do contexto norte-americano, em que a discriminação racial encontrava proteção legal para existir. Este caso é paradigmático quando se fala da importância da função contramajoritária de Tribunais Superiores. Na teoria constitucional, afirma-se que os Tribunais Constitucionais são órgãos contramajoritários: formado por agentes públicos não eleitos, mas nomeados, com atribuição de guardar a Constituição, podendo, assim, decidir de forma contrária a interesses majoritários (do povo, representado no legislativo), por exemplo, ao retirar do ordenamento lei inconstitucional (haja vista as leis, em tese, refletirem os anseios do cidadão).²⁵³

Portanto, considerando o momento vivido pelos Estados Unidos na metade do século XX, após quase cem anos da libertação dos escravos, e de quase sessenta anos de proliferação das *Jim Crow Laws* graças à decisão do caso *Plessy v. Ferguson* em 1896, indubitável que a decisão no caso *Brown*, que julgava – finalmente – inconstitucionais as leis que impunham segregação racial, é um dos maiores exemplos da importância da assunção, por uma Corte Constitucional, de sua função contramajoritária, especialmente quando em jogo a defesa de direitos fundamentais, os quais igualmente são dotados de caráter contramajoritário.

Sem dúvidas, e a despeito de ter sido proferida em unanimidade, não se tratou de uma decisão fácil. A segregação racial havia se instalado de maneira firme, especialmente nos estados do Sul, onde os rancores pelo fim da escravidão e pela derrota na Guerra de Secessão geravam – e ainda geram – reflexos. Além disso, havia os precedentes da própria Suprema Corte a serem superados, especialmente o do caso *Plessy v. Ferguson*. Os *Justices*, conquanto membros da mais alta Corte dos Estados Unidos, eram humanos, e como tais, dotados de seus medos e convicções, sendo vulneráveis às pressões externas.

Em um contexto tão complexo, a declaração unânime de inconstitucionalidade da segregação racial no caso *Brown* surgiu como uma surpreendente luz em meio à escuridão, e representa claramente o exercício do caráter *contramajoritário* da jurisdição constitucional,

²⁵³ SILVA, Irapuã Santana do Nascimento da Silva; NÓBILE, Aline. **STF e STJ: tribunais de teses ou de casos concretos? O STF e a essência do julgamento contramajoritário das cortes constitucionais**. In: LEITE, George Salomão; STRECK, Lênio; NERY JR., Nelson. (Coordenadores). **Crise dos poderes da república: judiciário, legislativo e executivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 203.

tratando-se de uma decisão paradigmática, a ser observada por outras Cortes – e por todos os órgãos do Judiciário, de todas as Instâncias – no que diz respeito à primazia dos Direitos Fundamentais, e ao verdadeiro papel a ser exercido pelo Poder Judiciário.

Afinal, ao enfrentar questão tão polêmica e espinhosa nos Estados Unidos da metade do século XX, os juízes mantiveram o foco em sua missão primordial: a garantia de direitos constitucionais.

Como já demonstrado no capítulo precedente, no Brasil o Supremo Tribunal Federal ainda vacila quanto a seu papel de garantidor *contramajoritário* da Constituição e dos Direitos Fundamentais. Não raras vezes, os Ministros invocam o senso comum em seus votos, priorizando uma suposta vontade da *sociedade* em detrimento da técnica jurídica e dos direitos fundamentais²⁵⁴, que, sendo *contramajoritários*, existem justamente para proteger os seus titulares, se necessário, da vontade da própria *sociedade*. Afinal, “em um Estado de Direito, ainda que o material jurídico nem sempre seja suficiente para determinar, com exclusividade, o comportamento judicial, sem dúvida, ele é o principal protagonista no processo decisório”.²⁵⁵

Quanto à decisão no caso *Brown*, não se ignora que o racismo e a segregação ainda se fazem sentir na sociedade norte-americana, inclusive de maneira muito intensa em determinadas regiões. Entretanto, a segregação enquanto prática oficial, promovida ou legalmente aceita pelo Estado, foi reconhecida como inconstitucional a partir daquele julgamento, sendo que a superação total da desigualdade entre brancos e negros depende de medidas na área da educação e de políticas públicas que possam apagar de vez a chaga do racismo.²⁵⁶

²⁵⁴ O que pode ser constatado no voto do Ministro Fux no julgamento do HC 126292 pelo STF, que tratava da possibilidade de prisão imediata logo após o esgotamento dos recursos ordinários em segundo grau, em que ele entende que estaria a existir um vínculo negativo entre as decisões judiciais e as expectativas sociais no que diz respeito à presunção de inocência, uma incompatibilidade capaz de justificar a mudança de orientação da jurisprudência, e a restrição ao alcance da garantia descrita no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal. (BRASIL, 2016)

²⁵⁵ NOVELINO, 2015, p.266.

²⁵⁶ SOUTO, 2015, p.83.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Brasil e o mundo vivem uma onda de intolerância e violência. O racismo, o nacionalismo e a xenofobia grassam em locais tidos como democráticos. Há ódio contra refugiados, imigrantes, negros, mulheres e homossexuais.

Os brasileiros também convivem com o caos prisional, consistente em mais de 700.000 pessoas confinadas em masmorras medievais, expostas a doenças e à cooptação por facções criminosas. Não à toa, o próprio Supremo Tribunal Federal reconheceu que há um “estado de coisas inconstitucional” no Sistema Penitenciário.

A criminalidade é elevada, sendo o Brasil um dos países em que mais morrem pessoas por armas de fogo. A violência policial também é um problema grave, tendo como alvos prioritários jovens negros e de regiões periféricas.

Concomitantemente, avança o recrudescimento penal no plano legislativo: propostas de redução da maioria penal, de aumento de penas, de supressão de garantias como a do *habeas corpus* e de benefícios no âmbito da execução criminal, pautas que, conforme se expôs, encontram forte apoio popular.

E neste ambiente complexo e conturbado, ganha ainda mais relevo a função jurisdicional, especialmente no que tange à sua missão de proteção de direitos fundamentais. Afinal, o crescimento da violência e da intolerância inevitavelmente conduzem a situações propícias para ataques a direitos e garantias consolidados, promovidos por adeptos de discursos populistas, desde cidadãos comuns, passando por parlamentares, chefes do Executivo, e chegando até mesmo a membros do Poder Judiciário e do Ministério Público.

Assim, mostra-se essencial que as Cortes Superiores, em especial o Supremo Tribunal Federal, assumam a sua função contramajoritária, zelando pelo respeito aos direitos e garantias fundamentais, sem se deixar influenciar pela ânsia punitiva das massas.

Por tal razão é que se entende que os motivos que levaram o Supremo a restringir o alcance da presunção de inocência não são válidos, sendo emblemática a manifestação da Ministra Cármen Lúcia, no sentido de que escutou em “programas populares” quais seriam as consequências da decisão da Excelsa Corte.

Ora, os citados “programas populares” – certamente aqueles voltados à exibição de operações policiais e à exposição de suspeitos – são a antítese daquilo que se espera de uma imprensa respeitadora da dignidade da pessoa humana, valor máximo do Estado Democrático brasileiro. E justamente tais programas, violadores de Direitos Humanos, foram invocados pela Ministra Cármen Lúcia quando do julgamento que versou sobre a

possibilidade de prisão logo após o julgamento em segunda instância, relativizando a presunção de inocência.

Também deve-se refutar o posicionamento trazido por Luís Roberto Barroso no mesmo julgamento, no sentido de que teria ocorrido mutação constitucional, com “alteração na compreensão da realidade social” que altera o próprio significado do Direito, o que legitimaria a guinada jurisprudencial. Naturalmente, não se olvida a importância do citado fenômeno, mas também deve ser ressaltado que ele esbara em uma limitação: o respeito aos direitos e garantias individuais. Ora, se estes são impassíveis de supressão até mesmo por emenda constitucional, sendo cláusulas pétreas (art. 60, §4º, IV, da Constituição Federal), obviamente não podem ser atacados por decisão judicial, ainda que emanada da Corte máxima do país.

E mesmo que ocorra “alteração da compreensão da realidade social” acerca do Direito Penal; que cresçam movimentos contrários às garantias penais e processuais penais; ou ainda que a totalidade da população brasileira manifeste opinião favorável à pena de morte e à abolição do devido processo legal e do contraditório; é justamente nestas situações que o Supremo precisa assumir a sua função contramajoritária, e não aderir ao discurso coletivo, ao senso comum – pois do contrário, ele sequer precisaria existir.

Como bem frisado pelo Ministro Marco Aurélio, também vencido no *Habeas Corpus* nº 126292, “a época é de crise. Crise maior. Mas justamente, em quadra de crise maior, é que devem ser guardados parâmetros, princípios e valores, não se gerando instabilidade, porque a sociedade não pode viver aos sobressaltos, sendo surpreendida.”

Ao mesmo tempo, estudou-se o enfrentamento da questão racial pela Suprema Corte dos Estados Unidos, desde o período da escravidão, na metade do século XIX, até o famoso julgamento do caso *Brown v. Board of Education*, de 1954, que colocaria um fim à segregação racial, ao menos pelas vias oficiais. Foi possível verificar a série de erros iniciais da Suprema Corte, seja ao entender que escravos não eram cidadãos (Caso Dred Scott - 1857), seja por julgar constitucionais as leis de segregação racial após o fim da escravidão (Caso Homer Plessy - 1896), abrindo caminho para décadas de *Jim Crow Laws*, que somente seriam derrubadas a partir do julgamento do caso Brown, quando a Suprema Corte teve a chance de corrigir os rumos de sua história e também da história dos Estados Unidos, proferindo decisão que, como se viu, se apresentou como exemplo a ser seguido no que tange ao exercício da função contramajoritária pelas Cortes.

Afinal, em um contexto explosivo, com grande parte da população americana favorável à doutrina do *separate but equal*, a Suprema Corte, liderada pelo *Chief Justice*

Warren e de forma unânime, julgou inconstitucionais as leis que promoviam a segregação entre negros e brancos.

Pode-se traçar um paralelo entre a decisão do caso Brown e aquela proferida pelo Supremo Tribunal Federal no caso da relativização da presunção da inocência, concluindo-se que, nos idos de 1954, foram os *Justices* muito mais corajosos do que os ministros brasileiros que permitiram, em 2016, à revelia do texto expreso da Constituição de 1988, a execução antecipada da pena após o esgotamento dos recursos em Segunda Instância. Afinal, a decisão tomada no país da América do Norte, por mais acertada e necessária que fosse, significou o enfrentamento de toda uma realidade arraigada no seio da sociedade americana, vinda de séculos de escravidão, e passando por décadas de segregação legalmente institucionalizada. Os *Justices* não proferiram uma mera decisão, mas precisaram superar o anterior precedente da Corte, criado com o caso *Dred Scott v. Ferguson*, finalmente rompendo com uma prática vista como natural por grande parte da população dos Estados Unidos. Tratou-se de algo extraordinário, e, repise-se, exemplo de atuação contramajoritária.

No caso brasileiro, quando do julgamento do *Habeas Corpus* nº 126292, pode-se afirmar que a maioria dos ministros adotou conduta oposta à observada no julgamento do caso Brown. Afinal, a presunção de inocência é princípio consolidado e expressamente previsto na Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso LVII, ao passo que a prisão automática após esgotamento dos recursos em Segundo Grau, sem trânsito em julgado, não encontra guarida entre as hipóteses de prisão previstas no art. 283 do Código de Processo Penal. Ou seja: para atender aos anseios de uma população cansada de “impunidade”, a maioria do Supremo fez letra morta tanto da Constituição Federal como da lei, violando uma garantia fundamental, o que é extremamente grave.

Conforme já adiantado, a situação é exatamente oposta à do caso Brown: neste, os *Justices* precisaram implodir o *status quo* então vigente – regime de segregação racial legalmente estabelecido – para, agindo contramajoritariamente, assegurar direitos fundamentais de cunho constitucional. Já no caso brasileiro, o *status quo* vigente quando do julgamento era representativo de uma situação de maior proteção a direitos individuais - respeito à presunção constitucional de inocência e às hipóteses legais de prisão -, mas ao invés de ser protegido pela força contramajoritária do STF, foi por ele destruído, ao sabor da vontade *majoritária* da sociedade.

Por questão de justiça, é importante lembrar que o Supremo também tem seus acertos, como por exemplo quando da concessão da ordem no *Habeas Corpus* Coletivo que assegurou prisão domiciliar a presas gestantes ou mães de crianças ou pessoas com

deficiência. No entanto, o que deve deixar em alerta os estudiosos e profissionais do Direito é a tendência de afastamento desta função contramajoritária que vem sendo demonstrada por vários dos Ministros que compõem a Corte, como se pode constatar nos julgados analisados na presente pesquisa.

À guisa de arremate, pode-se concluir que a efetiva manutenção de um Estado Democrático de Direito, com respeito aos direitos e garantias fundamentais, e proteção às minorias, somente se mostra possível quando as Cortes Constitucionais assumem sua função contramajoritária, guiando-se pela Constituição e pelos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, independentemente de pressões externas e da opinião pública.

E que não se olvide que é justamente nos momentos de crise, onde as maiorias clamam por medidas que atingem grupos minoritários, que os direitos e garantias devem ser ainda mais protegidos, e não relativizados. Entender o contrário é negar não só a essência de tais direitos, mas a própria razão de existir de uma Corte Constitucional.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

ALVES, Fernando de Brito. MACHADO, Edinilson Donisete. **Democracia e judicialização da política** – problematizando as decisões judiciais sobre direitos sociais. Revista do Direito Público, Londrina, v. 11, n. 3, p.13-46, dez. 2016. DOI: 10.5433/1980-511X.2016v11n3p13. ISSN: 1980-511X.

AUGIMERI DE GOES LIMA, Thadeu. NEOCONSTITUCIONALISMO: UM BREVE PANORAMA. **Argumenta Journal Law**, Jacarezinho - PR, n. 22, p. 145-182, ago. 2015. ISSN 2317-3882. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/406>>. Acesso em: 07 jul. 2018

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 4ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BALEEIRO, Aliomar. **O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido**. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

BARATA, Francesc. **La construcción mediática de la culpabilidad**: quando las noticias interfieren en las políticas criminales y aumentan las ansias punitivas. In: BOZZA, Fábio; ZILIO, Jacson (Org.) *Estudios críticos sobre o sistema penal. Homenagem ao Professor Doutor Juarez Cirino dos Santos por seu 70º aniversário*. Curitiba: LedZe, 2009. p.717-746.

BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. **História Constitucional Brasileira**: mudança constitucional, autoritarismo e democracia no Brasil pós-1964. Biblioteca digital da Câmara dos Deputados: Brasília, 2012,

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 12ª Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BELLO, Ney. **O juiz combatente: a falácia da pós-modernidade**. 2018. Disponível em: <<http://www.justificando.com/2018/08/24/o-juiz-combatente-a-falacia-da-pos-modernidade/>> Acesso em: 29 jan. 2019.

BOBBIO, Norberto. **Prefácio a 1ª edição italiana**, in FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 43**. Requerente: Partido Ecológico Nacional (PEN). Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 05 de outubro de 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>>. Acesso em: 12 jul.2018

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 126292-SP**. Paciente: Márcio Rodrigues Dantas. Impetrante: Maria Cláudia de Seixas. Coator: Relator do HC nº 313021, do

Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília, 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=126292&classe=HC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 12 jul.2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Pedido de vista suspende julgamento de ADI contra decreto presidencial sobre indulto natalino**. 2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=397194>> . Acesso em: 29 jan. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RHC 50928**, Relator(a): Min. LUIZ GALLOTTI, Primeira Turma, julgado em 03/04/1973, DJ 27-04-1973). Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=94269>> Acesso em: 30 jan. 2019

BUDÓ, Marília De Nardin. **Crítica à função de prevenção geral positiva da pena na interação entre mídia e sistema penal**. In: BOZZA, Fábio; ZILIO, Jacson (Org.) *Estudos críticos sobre o sistema penal. Homenagem ao Professor Doutor Juarez Cirino dos Santos por seu 70º aniversário*. Curitiba: LedZe, 2009. p.746-775

BUSATO, Paulo César. **O que não se disse sobre o STF, o HC 126292 e a antecipação da execução de pena**. 2016. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/tag/hc-126292/>>. Acesso em: 15 jul. 2018.

CAMPOS, Francisco. **O Estado Nacional: sua estrutura; seu conteúdo ideológico**. Brasília: Senado Federal, 2001, p. 47. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/1056/601099.pdf?sequence=4>> Acesso em: 23 jul. 2018.

CARDOSO, Helena Schiessl. **O retrato da “questão criminal” nos meios de comunicação: um discurso de alarme social a serviço do controle social repressivo e violento**. In: BOZZA, Fábio; ZILIO, Jacson (Org.) *Estudos críticos sobre o sistema penal. Homenagem ao Professor Doutor Juarez Cirino dos Santos por seu 70º aniversário*. Curitiba: LedZe, 2009. p.699-716.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **A teoria do garantismo e seus reflexos no direito e no processo penal**. Boletim do IBCCRIM nº 77, de abril de 1999. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/3807-A-Teoria-do-Garantismo-e-seus-Reflexos-no-Direito-e-no-Processo-Penal> . Acesso em 22 jul. 2018

CONSULTOR JURÍDICO. **STF nega HC a Lula e reafirma que pena de prisão dispensa trânsito em julgado**. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-abr-05/stf-nega-hc-lula-reafirma-execucao-antecipada-pena-prisao>>. Acesso em: 15 abr. 2018

COTTRILL, Robert. J. **Civil Rights Cases**. In: HALL, Kermit L. **The Oxford Companion to the Supreme Court of The United States**. Oxford: Oxford University Press, 1992.

DATAFOLHA. **87% aprovam redução da maioria**. 2015. Disponível em <<http://datafolha.folha.uol.com.br/opiniaopublica/2015/06/1646200-87-aprovam-reducao-da-maioridade.shtml>> Acesso em: 02 mai. 2017

EL PAÍS. **Juiz ouve a “voz das ruas” e solta PMs acusados de execução no Rio**. 2017. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2017/04/20/politica/1492707645_809059.html>. Acesso em: 14 nov. 2017.

EHRlich, Walter. **Scott v. Sandford**. In: HALL, Kermit L. **The Oxford Companion to the Supreme Court of The United States**. Oxford: Oxford University Press, 1992.

FALCÃO, Joaquim de Arruda. **Mensalão - Diário de um Julgamento** (Locais do Kindle 245-248). Editora Método. Edição do Kindle

FELDENS, Luciano. **Direitos Fundamentais E Direito Penal: A Constituição Penal**. Livraria do Advogado Editora. Edição do Kindle.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Direitos Humanos Fundamentais**. 11ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FREIRE, Alonso. **Suprema corte dos Estados Unidos**. In: BRANDÃO, Rodrigo (Org.) *Cortes constitucionais e supremas cortes*. Salvador: Juspodivm, 2017.

GOLDMAN, Elisa; MUAZE, Mariana. **Sobral pinto: uma memória em construção**. In: SÁ, Fernando; MUNTEAL, Oswaldo; MARTINS, Paulo Emílio. (Org.) *Os advogados e a ditadura de 1964*. Petrópolis: Vozes, 2010.

HAMILTON, Alexander. **O federalista - tomo terceiro**. Villeneuve: Rio de Janeiro, 1840. Disponível em: <<http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/17661>>. Acesso em 11 jul. 2018.

HUTCHINSON, Dennis J. **Brown v. Board of Education**. In: HALL, Kermit L. **The Oxford Companion to the Supreme Court of The United States**. Oxford: Oxford University Press, 1992.

ISTO É. **CNI/Ibope: 46% da população é a favor da pena de morte**. 2016. Disponível em: <http://istoe.com.br/169547_CNI+IBOPE+46+DA+POPULACAO+E+A+FAVOR+DA+PENADE+MORTE/> Acesso em: 02 mai. 2017.

KHALED JR, Salah H. **Garantismo à la carte: integral, desnatoado ou semi-desnatoado?** 2015. Disponível em: <<http://www.justificando.com/2015/09/26/garantismo-a-la-carte-integral-desnatoado-ou-semi-desnatoado/>>. Acesso em 29 jan. 2019

LIMA, Iara Menezes; LANÇA, João André Alves. A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO E OS LIMITES À MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL EM KONRAD HESSE. **Revista da Faculdade de Direito UFMG**, Belo Horizonte - MG, n. 62, p. 275-303, jan/jun. 2013. ISSN 1984-1841. Disponível em: <

<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/P.0304-2340.2013v62p275>>. Acesso em: 07 jul. 2018

LOPES JR., Aury. **Fim da presunção de inocência pelo STF é nosso 7 a 1 jurídico**. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-mar-04/limite-penal-fim-presuncao-inocencia-stf-nosso-juridico>>. Acesso em: 15 jun. 2018.

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

MAGALHÃES, Vlamir Costa. **O garantismo penal integral**: enfim, uma proposta de revisão do fetiche individualista. Revista SJRJ, Rio de Janeiro-RJ, v.17, n.29, p.185-199, dez. 2010. Disponível em: <<https://www.jfrj.jus.br/sites/default/files/revista-sjrj/arquivo/205-747-7-pb.pdf>> . Acesso em: 28 jan. 2019

MENDES, Gilmar Ferreira. **Proteção judicial efetiva dos direitos fundamentais**. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.) *Direitos Fundamentais e Estado Constitucional – Estudos em Homenagem a J. J. Canotilho*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MIR PUIG, Santiago. **Bases constitucionales del derecho penal**. 1.ed. Iustel: Madri, 2011.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción al derecho penal**. Editorial B de F: Buenos Aires, 2001.

NETO, Alfredo Copetti; PINHO, Ana Cláudia. **Garantismo Integral: a “teoria” que só existe no Brasil** Disponível em: <<http://www.justificando.com/2017/07/19/garantismo-integral-teoria-que-so-existe-no-brasil/>> Acesso em: 27 jan. 2019

NOVELINO, Marcelo. **O STF e a opinião pública**. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). **Jurisdição constitucional e política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p.243-271.

PEIXOTO, Leonardo Scofano Damasceno. **O direito processual constitucional e a efetividade dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 10 Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PIOVESAN, Flávia. **Proteção dos direitos sociais no Brasil: desafios e perspectivas**. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre (org.) *Direitos fundamentais e jurisdição constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014

PRATT JR, Walter F. **Plessy v. Ferguson**. In: HALL, Kermit L. **The Oxford Companion to the Supreme Court of The United States**. Oxford: Oxford University Press, 1992.

RECONDO, Felipe. **Tanques e togas: O STF e a ditadura militar**. Companhia das Letras. Edição do Kindle, 2018.

RIBEIRO, Pedro José de Almeida. **A construção do Judiciário, o capital institucional e a quota de decisões contramajoritárias do STF**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

ROCHA, Jorge Luís. **Heleno Cláudio Fragoso: um mestre nos tribunais de exceção**. In: SÁ, Fernando; MUNTEAL, Oswaldo; MARTINS, Paulo Emílio. (Org.) *Os advogados e a ditadura de 1964*. Petrópolis: Vozes, 2010.

ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SÁ, Fernando; MUNTEAL, Oswaldo; e MARTINS, Paulo Emílio (organizadores). **Os advogados e a ditadura de 1964: a defesa dos perseguidos políticos no Brasil**. Rio de Janeiro: Vozes, 2010.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. 4.ed. Conceito Editorial: Florianópolis, 2010

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Existe algo de errado no papel do STF?** 2016. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2016/03/01/existe-algo-de-errado-no-papel-do-stf/>>. Acesso em: 17 jul. 2018.

SCHINKE, Vanessa Dorneles. **Judiciário e autoritarismo: regime autoritário (1964-1985), democracia e permanências**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

SILVA, Irapuã Santana do Nascimento da Silva; NÓBILE, Aline. **STF e STJ: tribunais de teses ou de casos concretos? O STF e a essência do julgamento contramajoritário das cortes constitucionais**. In: LEITE, George Salomão; STRECK, Lênio; NERY JR., Nelson. (Coordenadores). **Crise dos poderes da república: judiciário, legislativo e executivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 203.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Aproximação ao direito penal contemporâneo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SOUTO, João Carlos. **Suprema Corte dos Estados Unidos: principais decisões**. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2015.

STRECK, Lenio Luiz. **30 anos da CF em 30 julgamentos: uma radiografia do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

TRINDADE, André Karam; MORAIS, Fausto Santos de. **ATIVISMO JUDICIAL: AS EXPERIÊNCIAS NORTE-AMERICANA, ALEMÃ E BRASILEIRA**. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, PR, Brasil, v. 53, jun. 2011. ISSN 2236-7284. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/30764/19872>>. Acesso em: 12 mar. 2017.

UOL. **Relator no STF diz que indulto de Temer "esvazia" combate à corrupção**. 2018. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2018/11/28/stf-barroso-veto-indulto-natal-temer-corruptao.htm>> . Acesso em: 29 jan. 2019

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos fundamentais – uma leitura da jurisprudência do STF**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **A palavra dos mortos: conferências de criminologia cautelar**. São Paulo: Saraiva, 2012.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro – I**. 4.ed. Revan: Rio de Janeiro.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro v.1 – Parte geral**. 9ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.