

O PAPEL DO EXERCÍCIO INTERPRETATIVO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM TEMPOS DE INSTABILIDADE DEMOCRÁTICA***THE ROLE OF INTERPRETATIVE EXERCISE OF THE SUPREME FEDERAL COURT IN TIMES OF DEMOCRATIC INSTABILITY***

Juliana de Oliveira Sales*

Bruna Balbi Gonçalves**

Resumo: Desde o ano de 2013 o Brasil tem atravessado uma série de eventos que reconfiguraram a sua movimentação política e democrática – como grandes manifestações populares de diferentes espectros político-ideológicos, atuações investigatórias e judiciais em sede da “Operação Lava Jato” que alcançaram figuras públicas e articuladores políticos, um processo de *impeachment* presidencial altamente controverso, etc. –, e, neste contexto, o papel do Supremo Tribunal Federal (STF) foi colocado em evidência, ante as subsequentes oportunidades em que foi instado a decidir sobre temas de repercussão. Desse modo, o objetivo do trabalho é verificar, nas possibilidades deste breve espaço, em que medida a interpretação constitucional exercida pelo STF pode agravar – ou mesmo refletir – a instabilidade democrática e política do Estado. Para tanto, por intermédio de levantamento bibliográfico sobre a atuação judicial do Tribunal, bem como pela perspectiva da teoria crítica constitucional e do constitucionalismo popular, analisou-se as implicações da decisão liminar proferida pelo plenário do STF nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43 e 44, julgadas em 5/10/2016, e do Habeas Corpus nº 152.752/PR (caso Lula), julgado em 5/4/2018, acerca da possibilidade de execução provisória de pena privativa de liberdade. Como resultados, observou-se a existência de problemas pragmáticos no exercício da jurisdição constitucional, relacionados, por exemplo, às pressões populares exercidas contra a Corte ou o alargamento do alcance interpretativo dos magistrados. Além destes, a situação brasileira corresponde também a intrincados problemas teóricos, cravados na oposição de uma supremacia judicial e de um constitucionalismo de cunho popular, desvelando-se a existência de obstáculos para alcançar tanto de uma forma como de outra os ideais da democracia e de uma soberania popular.

Palavras-chave: Jurisdição constitucional. Supremo Tribunal Federal. Execução provisória da pena. Constitucionalismo popular. Democracia.

Abstract: Since 2013, Brazil has been going through a series of events that reconfigured political and democratic movement - such as major popular manifestations of different political-ideological spectra, investigative and judicial actions in the “Operation Lava Jato” that reached public figures and articulators. politicians, a highly controversial presidential impeachment process, etc. - and, in this context, the role of the Federal Supreme Court (STF) was highlighted in view of the subsequent opportunities when it was asked to rule on issues of repercussion. Thus, the objective of the paper is to verify, in the possibilities of this brief space, to what extent the constitutional interpretation exercised by the Supreme Court can aggravate - or even represent - the democratic and political instability of the state. To this end, through a bibliographic survey on the judicial performance of the Supreme Court, as well as from the perspective of constitutional critical theory and popular constitutionalism, the implications of the injunction issued by the STF plenary in Declaratory Constitutionality Actions No. 43 and 44, judged on 10/05/2016, and Habeas Corpus No. 152,752 / PR (Lula

* Doutoranda em Direito Socioambiental e Sustentabilidade na Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba-PR, Brasil. E-mail: julianadeosales@gmail.com.

** Doutoranda em Direito Socioambiental e Sustentabilidade na Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Curitiba-PR, Brasil. E-mail: bruna.balbi@gmail.com.

case), judged on 4/5/2018, on the possibility of provisional execution of custodial sentence. As a result, we observed pragmatic problems in the exercise of constitutional jurisdiction, related, for example, to popular pressures exerted against the Court or to the widening of the interpretative scope of magistrates. Besides these, the Brazilian situation also corresponds to intricate theoretical problems, embedded in the opposition of a judicial supremacy and a popular constitutionalism, revealing the existence of obstacles to reach the ideals of democracy and of a popular sovereignty.

Keywords: Constitutional Jurisdiction. Supreme Federal Court. Provisional execution of the criminal penalty. Popular Constitutionalism. Democracy.

INTRODUÇÃO

A conjuntura política atual é resultado de uma série de fatores recentes e tem se apresentado como um novo quadro de interação social e política, uma vez que recentemente houve uma drástica guinada e alteração na orientação ideológica predominante dos poderes eleitos – com acentuado número de representantes à direita do espectro político, devendo-se especial menção ao Poder Executivo Federal. Neste cenário conturbado sob o ponto de vista político e ideológico – que começou a se delinear em anos anteriores ao pleito eleitoral de 2018 –, o Poder Judiciário, ante sua natureza imparcial e resolutiva de conflitos, passou a ser constantemente demandado a fim de solucionar matérias que se encontravam no vértice das tensões populares e dos poderes instituídos.

Assim, pode-se ver que as relações havidas entre o campo judicial e o campo político encontram-se condensadas especialmente quando do exercício da jurisdição constitucional, de onde emergem as funções de contrabalanço dos poderes, de fiscalização e da dita contramajoritariedade. Não é sem porquê que no exercício da justiça constitucional são refletidos os temas que causam grande dissenso social e que ocasionam, muitas vezes, questionamentos dos cidadãos sobre a validade ou a legitimidade do posicionamento dos ministros e do próprio tribunal constitucional – o que constitui parcela do problema que se convencionou chamar de “dificuldade contramajoritária”¹.

Nada obstante, para além das possíveis e tradicionais críticas à jurisdição constitucional², convém a este trabalho realizar uma análise pragmática dos recentes acontecimentos no Brasil, operando-se o exame da interpretação constitucional em sede de controle de constitucionalidade em um tema específico (da execução provisória de pena, discutido por via concentrada e difusa), sob a perspectiva das discussões trazidas pelas

1 Termo cunhado pelo teórico norte-americano Alexander Bickel. Cf.: BICKEL, Alexander M. **The Least Dangerous Branch**. New Haven & London: Yale University Press, 1962.

2 Tanto a partir da própria “dificuldade contramajoritária”, como nas possibilidades de discussão sobre o alcance dos poderes decisórios dos magistrados, em abordagens como a do ativismo judicial e do fenômeno da “judicialização da política”.

correntes críticas e do constitucionalismo popular. Com isso, busca-se observar tanto a interação da população com o Tribunal (através da pressão social), como os reflexos da atuação do Judiciário, por seu órgão de cúpula, nas dinâmicas sociais e políticas e que interferem na estabilidade e na coesão democráticas. Para tanto, o trabalho foi seccionado em três capítulos.

Na primeira parte, perpassa-se por breve apresentação da jurisdição constitucional exercida pelo Supremo Tribunal Federal e pela análise da forma com a qual têm se posicionado os seus ministros, além de se apresentar as circunstâncias fáticas que indicam a instabilidade da democracia brasileira.

Na segunda seção, optou-se pela análise descritiva da interpretação exercida pelo órgão de cúpula do Judiciário em um único tema: a possibilidade de execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória – tal escolha, não aleatória, se deu não somente pela repercussão do tema, mas também pelo material disponibilizado pelo próprio órgão jurisdicional, uma vez que a questão foi amplamente debatida em dois momentos distintos recentes e por vias diversas (no julgamento da liminar das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44 e no *Habeas Corpus* 152.752/PR). Aqui, busca-se fazer o exame das consequências e repercussão jurídicas e sociais das linhas interpretativas e argumentativas adotadas pelo Supremo Tribunal Federal.

Ao final, no terceiro capítulo, são resgatadas as discussões travadas no âmbito das correntes da teoria crítica constitucional de Ricardo Sanín Restrepo e Alejandro Médici e da perspectiva do constitucionalismo popular, para o fim de problematizar a concepção de Constituição e também da legitimidade dos tribunais para decidirem em sede de controle de constitucionalidade.

Desta forma, por intermédio de enfoque analítico-pragmático, buscou-se localizar o papel interpretativo do órgão da mais elevada instância do Poder Judiciário no cenário de mutações e tensões políticas que se desvelaram na história recente brasileira, de modo que fosse possível apontar a importância da esfera judicial na manutenção da ordem democrática, ao mesmo tempo em que se pode ver a atuação do Judiciário como passível de críticas enquanto posta como a detentora da verdade constitucional.

2. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A INSTABILIDADE DEMOCRÁTICA BRASILEIRA

Pode-se dizer que a justiça constitucional se compõe de duas condições distintas. A primeira de caráter jurídico-formal, isto é, de cunho teórico, e a segunda de caráter político-substancial, é dizer: de cunho iminentemente pragmático³.

Por fincar os pés no texto normativo constitucional, quando assume seu caráter técnico-formal, a jurisdição constitucional é fundante para a construção da legitimidade da própria lei, das instituições e, conseqüentemente, torna-se uma premissa da democracia. Enquanto, de outro lado, o caráter político-substancial, implica na análise das complicações da legitimidade da corte constitucional para o exercício de sua jurisdição, relativamente à impossibilidade de satisfazer as exigências sociais e jurídicas⁴.

Não se discute, portanto, a legitimidade de uma jurisdição constitucional, calcada nas bases do constitucionalismo moderno e hoje mundialmente hegemônico. Nada obstante, pode-se, em oposição, questionar a legitimidade das instituições para o exercício da justiça constitucional, nos casos em que o tribunal que o realiza não detém os requisitos indispensáveis ao desempenho da função ou não se volte a alcançar os fins implícitos nesta atribuição – o que se dá quando há influxos ou interferências do Poder Executivo ou desvio de interesses em sua atuação, por exemplo, comprometendo sua imagem de fiscal e fortalecendo o arbítrio dos governantes em face dos governados⁵.

No Brasil, a partir da Constituição de 1988, adotou-se de maneira definitiva o sistema misto de controle de constitucionalidade, havendo o alargamento e a consolidação das possibilidades de ações judiciais e de legitimados para questionar a constitucionalidade das normas, cujo exercício cabe ao Supremo Tribunal Federal de maneira difusa e concentrada, sendo esta última via aquela sobre a qual recai no mais das vezes as controvérsias e questionamentos sobre a sua legitimidade – seja pelas incursões de interesses e argumentos políticos em suas decisões, pela crítica do exercício antidemocrático da jurisdição com decisão *erga omnes* – plasmada na chamada “dificuldade contramajoritária”, seja pelo ativismo judicial exacerbado ou outras querelas afins.

Em análise recentemente realizada por Jeferson Mariano Silva⁶, para além da possibilidade analítica do ativismo judicial e judicialização da política, apresenta-se uma nova agenda de pesquisa, voltada para o exame das condutas individuais dos magistrados no

3 ZAGREBELSKY, Gustavo *apud* BONAVIDES, Paulo. **Jurisdição constitucional e legitimidade** (algumas observações sobre o Brasil). Estudos avançados. Vol. 18, nº. 51, maio/agosto, 2004. São Paulo: Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo: 2004, p. 127.

4 *Ibidem, loc. cit.*

5 *Ibidem*, p. 128.

6 O estudo deste autor importa ao artigo na medida em que analisa os votos e os posicionamentos dos ministros do STF em sede de controle de constitucionalidade no período que vai do ano de 2012 até 2017, correspondendo, portanto, ao período que se pretende analisar mais adiante, do início de um período que denota pouca estabilidade democrática, dado a partir de 2013.

processo decisório. Nesta perspectiva, a pesquisa apresenta inferências e pontos ideais, localizando os posicionamentos dos ministros do Supremo Tribunal Federal, operantes desde o ano de 2012 até 2017, no exercício da jurisdição constitucional (especificamente no julgamento de Ações Diretas de Inconstitucionalidade), aproximando-os ou afastando-os em seus posicionamentos e terminando por obter, dentre seus resultados, a constatação de que inexistente vinculação das posições adotadas com as origens políticas das indicações dos ministros⁷.

Três são as considerações levantadas por Silva que merecem maior destaque neste trabalho. A primeira é a demonstração de que há certa formação de blocos decisórios em uniformidade no período analisado (de 2012 a 2017)⁸, que indicam um afastamento da tese das “onze ilhas”, pela qual os ministros deteriam precária comunicação e grandes falhas para coordenar suas ações decisórias⁹.

A segunda consideração relevante é a de que o modelo atitudinal não restou demonstrado pelo levantamento de dados, especialmente porque nas decisões não houve uma evidente vinculação dos ministros à origem política das suas indicações, levando a crer que esta característica atitudinal pode se mostrar mais presente em determinadas conjunturas e com relação à determinação da agenda quanto à rotina burocrática do Supremo¹⁰. Com relação a isso, conforme se verá na seção seguinte, a pauta de julgamentos do plenário poderia ser ponto no qual vigora grande abertura às preferências e conveniências do presidente do Tribunal.

Por fim, o terceiro dado importante nesta análise – embora apareça apenas tangencialmente no estudo de Silva – é a de que o baixo grau de dissenso entre os ministros do Supremo se mostrou presente nos momentos que ele foi instado a se manifestar em matérias importantes no campo político e que deram sustentação ao golpe de deposição presidencial em 2016 (o que se verifica nas decisões – entre liminares e mérito – proferidas nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade 5316 e 5498 e nas Ações de Descumprimento de Preceito Fundamental 402, 378, 390, 391 e 397)¹¹.

7 SILVA, Jeferson Mariano. **Decifrando o Supremo**: as posições dos ministros do STF na jurisdição constitucional (2012-2017). *Novos Estudos*. Vol. 37, nº 1, janeiro/abril 2018. São Paulo: Centro Brasileiro de Análise e Planejamento, 2018, p. 41-43.

8 Conforme indica o estudo, trata-se de bloco formado pelos ministros Celso de Mello, Rosa Weber, Barroso, Fux, Cármen Lúcia e Lewandowski, enquanto os ministros Marco Aurélio, Edson Fachin e Alexandre de Moraes apresentaram posições mais isoladas e Gilmar Mendes, Dias Toffoli e Teori Zavascki formaram outro bloco de decisões mais próximas.

9 *Ibidem*, p. 50.

10 *Ibidem*, p. 52.

11 *Ibidem*, p. 50.

O período abrangido pela pesquisa de Silva, entre os anos de 2012 e 2017, é conveniente a este trabalho por representar interregno que abrange importantes movimentações políticas e sociais, como o processo de *impeachment* contra Dilma Rousseff, as ações persecutórias que levaram à prisão uma série de importantes articuladores políticos no âmbito da “Operação Lava Jato” e as diversas manifestações populares de diferentes espectros políticos.

Quanto a isso, especificamente, o ano de 2013 é indicado como aquele que apresentou uma conjuntura política e econômica próprias e que marcariam o início da marcha rumo a um golpe parlamentar, efetivado no ano de 2016. Neste sentido, em 2013 é possível perceber a atuação de uma ofensiva política restauradora que, aproveitando-se dos sinais de fragilidade da economia política brasileira, buscou resgatar um programa neoliberal ortodoxo, visando a restaurar a hegemonia de uma direita liberal, com pressões partindo do capital estrangeiro e de parte da burguesia interna, as quais a presidente Dilma Rousseff teria errado ao respondê-las apenas com um recuo passivo, de pouca resistência e com diversas concessões¹².

Mais que isso, somada à ofensiva liberal das classes vinculadas ao mercado, Jessé Souza apresenta ter ocorrido uma performance conjunta e complexa entre a imprensa e o aparelho jurídico-policial estatal, no sentido de dismantelar o projeto de governo petista¹³.

Este autor se devota a expor o processo de transmissão na mídia das imensas manifestações populares iniciadas no mês de junho de 2013, demonstrando que os protestos inicialmente vinculados a demandas locais e tratados como “baderna”, “tumulto” e “vandalismo” pela imprensa foram progressivamente alienados e “federalizados” (como se fosse uma reivindicação esparsa e generalizada), buscando, assim, atingir a popularidade da presidente da república, uma vez que, em determinado momento, a mesma imprensa que cobria de forma pejorativa as manifestações passou a tratá-las como sendo uma “explosão democrática do povo brasileiro”, atrelando-as a problemas como a inflação e custo de vista crescente e olvidando-se do mote inicial que era o aumento das passagens de ônibus em cidades específicas¹⁴.

O papel do Poder Judiciário, neste momento incipiente de crise política, teria sido desempenhado por meio discurso do combate à corrupção, representado fortemente na

12 BOITO JÚNIOR, Armando. **Os atores e o enredo da crise política** in JINKINGS, Ivana; DORIA, Kim; CLETO, Murilo (org.). Por que gritamos golpe? São Paulo: Editorial Boitempo, 2016, n/p (versão digital – *e-book*).

13 SOUZA, Jessé. **A radiografia do golpe**: entenda como e por que você foi enganado. Rio de Janeiro: Ed. LeYa, 2016, p. 87 *et seq.*

14 *Ibidem*, *loc. cit.*

“Operação Lava Jato” que começou a atuar no ano de 2014. Neste passo, o combate à corrupção é tido como discurso historicamente utilizado para a deposição de governos eleitos e para atender interesses das elites econômicas. Desse modo, estaria se construindo, aos poucos, o substrato material/popular de implementação de novas estratégias de poder (mais à direita liberal), uma vez que a articulação realizada entre mídia e aparato policial e judicial contribuía para a crescente rejeição de Dilma Rousseff como chefe do Executivo Federal e buscavam atingir líderes de esquerda, como Lula¹⁵.

O Supremo Tribunal Federal, por outro lado, bancou e sustentou as investidas contra o mandato eletivo de Dilma Rousseff ao se manifestar em ações de controle concentrado de constitucionalidade que tinham por objeto, por exemplo, o próprio rito de votação do processo de *impeachment* (ADI 5498 e ADPF 378).

O que aqui se denomina por “tempos de instabilidade democrática”, que intitula o trabalho, corresponde justamente ao período em que os poderes instituídos atravessaram (e ainda atravessam) uma crise de representatividade, que se originou, em grande parte, das atuações judiciais sobre escândalos de corrupção – aos quais embora Dilma Rousseff não estivesse vinculada diretamente e não tenha resistido ao processo de destituição do cargo em 2016, seu substituto Michel Temer, acusado formalmente, obteve apoio da Câmara dos Deputados de maneira suficiente para não ter sua denúncia recebida, terminando normalmente seu mandato no ano de 2018¹⁶.

Durante o governo de Michel Temer medidas imediatas como a redução do número de ministérios (com cortes em setores importantes como as pastas ministeriais de Desenvolvimento Agrário e de Cultura, por exemplo)¹⁷, além de outras pautas de caráter liberal, como a chamada “Reforma Trabalhista”¹⁸, foram implementadas.

O mandato de Michel Temer, incluindo o ano eleitoral de 2018, foi marcado pelo acirramento dos discursos político-ideológicos e partidários. E, neste contexto, vinham emergindo já desde os governos petistas o que se pode caracterizar como três eixos de uma “nova direita” radicalizada que, para Luís Felipe Miguel, podem ser classificadas como “libertarianismo”, “fundamentalismo religioso” e, por fim, uma espécie de reciclagem do antigo “anticomunismo” – que redefiniram os termos do debate público brasileiro, destruindo

¹⁵ *Ibidem*, p. 99-105 e p. 106 et. seq.

¹⁶ Cf. a regra constitucional prevista no artigo art. 51, inciso I, da Constituição da República, pelo qual cabe à Câmara dos Deputados autorizar, por dois terços de seus membros, a instauração de processo contra o Presidente. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 02 jun. 2019.

¹⁷ Cf. Lei nº 13.341/2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/Lei/L13341.htm. Acesso em 02 jun. 2019.

¹⁸ Cf. Lei nº 13.467/2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm. Acesso em 02 jun. 2019.

consensos assentados desde o fim da ditadura militar e pondo em xeque o discurso dos direitos¹⁹.

A radicalização destas direitas e a criação de um inimigo em comum colocado por elas à esquerda política, deram margem à ascensão de representantes dos espectros polarizados, cujo representante da extrema-direita, Jair Bolsonaro, foi alçado à presidência da república por via democrática e cuja agenda política indica a posição conservadora e ultraliberal.

Neste cenário, para além das intervenções diretas por parte do Judiciário no destino político brasileiro, quando provocado a se manifestar sobre questões do interesse dos poderes instituídos (processo de *impeachment*, cassação de mandatos de parlamentares, etc.), há outras decisões que dizem respeito a temas iminentemente jurídicos e que correspondem a discussões sobre os limites e o alcance dos direitos dos cidadãos em geral, mas que, quando colocadas sob o julgamento do Supremo Tribunal Federal, tiveram o condão de mobilizar discussões e acentuar os quadros de polarização político-partidária, dando ares de discussão ideológica à jurisdição constitucional e reforçando o quadro de instabilidade.

3. INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL NO CASO DE PRISÕES EM SEGUNDA INSTÂNCIA

Nesta seção, pretende-se fazer uma análise das circunstâncias de julgamento e dos reflexos sociais que o exercício da interpretação constitucional pelo Supremo Tribunal Federal pode gerar em uma sociedade desestabilizada democraticamente, uma vez que dividida em dois flancos ideológicos antagônicos. Trata-se aqui de uma análise prática e de caráter descritivo, não se pretendendo, neste momento, adentrar às possibilidades teóricas de discussão sobre a legitimidade da interpretação constitucional por juízes não investidos popularmente ou sobre o alcance interpretativo dado a estes juízes (que constitui proposta de discussão da próxima seção).

O exame, no caso, se dará sobre as Ações Declaratórias de Constitucionalidade autuadas sob os números 43 e 44 e sobre o *Habeas Corpus* nº 152.752/PR, que dizem respeito à possibilidade de execução provisória da pena, isto é: a possibilidade de prisão antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

A opção por este tema – e estas ações – não foi aleatória, mas induzida por fatores que o tornam particular e paradigmático sob a perspectiva de impactos sobre o ânimo e o

19 MIGUEL, Luís Felipe. **A reemergência da direita brasileira** in SOLANO, Esther (org). O ódio como política: a reinvenção das direitas no Brasil. São Paulo: Boitempo, 2018, n/p (versão digital – *e-book*).

acirramento democráticos. Pode-se citar como especificidades que levaram à escolha: a altíssima repercussão do tema na imprensa e perante a sociedade em geral; o farto material sobre o mérito da discussão²⁰, considerando também que o STF já analisou a questão por subsequentes oportunidades, havendo inversões jurisprudenciais recentes; as peculiaridades de caráter político que circundam seus desfechos, notadamente por atingirem de forma direta a liberdade de Luiz Inácio Lula da Silva, que ocupa papel de destaque como liderança de esquerda e que se encontra no epicentro das tensões de polaridades e instabilidades políticas atuais, potencializando a repercussão e a discussão social sobre a atuação jurisdicional constitucional.

As ADC's 43 e 44 foram ajuizadas no mês de maio do ano de 2016 pelo Partido Ecológico Nacional (PEN) e pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB) respectivamente, encontrando-se apensadas. O cerne de discussão é a pretensão de ver cancelada constitucionalmente a redação e a interpretação dada ao art. 283 do Código de Processo Penal (CPP), que infere a possibilidade de prisão-sanção apenas após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória²¹, cotejando esta norma ao chamado direito de presunção de inocência (ou de não culpabilidade), isto é, o art. 5º, inciso LVII da Constituição da República²².

Estas ações surgiram em resposta ao posicionamento exarado pelo Supremo Tribunal Federal no *Habeas Corpus* nº 126.292/SP, em fevereiro de 2016, em que o Tribunal decidiu pela possibilidade da pena de prisão ser executada após a confirmação da condenação criminal em segunda instância, eis que esta escala recursal encerraria a possibilidade de discussão fática e probatória, restando aos superiores tribunais tão somente as questões de direito.

O posicionamento do Supremo sobre o tema sofreu algumas inversões. Até o ano de 2009 a jurisprudência da Corte possibilitava a prisão logo após confirmação em segunda instância²³. No entanto, após 2009, passou a vigorar mais fortemente, no Supremo Tribunal,

20 A exemplo, o acórdão do julgamento em plenário do HC em questão detém 464 páginas, do qual consta os votos minuciosos dos ministros votantes, enquanto o acórdão do pedido liminar na ADC nº 44 (apensada ADC nº 43) alcança 250 páginas.

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

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em 02 jun. 2019.

22 Cf.: “Art. 5º (...) LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 02 jun. 2019.

23 Na realidade, apresentou-se contexto, até 2009, em que as duas turmas do STF assentavam entendimentos diversos, tornando o julgamento dos *Habeas Corpus* sobre o tema uma questão de sorte quando de sua distribuição.

entendimento diverso, de que apenas o trânsito em julgado de condenação viabilizaria infringir a pena privativa de liberdade ao sentenciado²⁴, vindo a se alterar esta posição com o *Habeas Corpus* supramencionado, julgado em 2016.

De todo modo, a redação atual do art. 283 do CPP foi dada por lei datada de 2011, quando a posição jurisprudencial predominante era no sentido de que o passado em julgado era essencial à execução da pena de prisão – e a promulgação da lei deveria, portanto, encerrar as discussões em sede jurisprudencial. Este é, inclusive, um dos argumentos das ações declaratórias que insistem no reconhecimento da dicção da norma processual penal.

Em sede de julgamento liminar das ações de controle de constitucionalidade concentrado, no mês de outubro de 2016, por maioria de votos, estando vencidos o relator Marco Aurélio e os ministros Celso de Mello, Ricardo Lewandowski, Rosa Weber e Dias Toffoli, o plenário voltou a confirmar a tese lançada em fevereiro daquele ano de que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação “*ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal*” (grifos no original)²⁵.

Esta decisão liminar gerou repercussão especialmente sobre o campo jurídico e, em específico, sobre os juristas atuantes na esfera penal. No entanto, quando o tema retornou ao Plenário para análise no bojo do *Habeas Corpus* relacionado à condenação de Lula, face à conturbada situação política do país, a questão da constitucionalidade da norma de processo penal passou a ter outra dimensão (o que se deu, naturalmente, em razão de em favor de quem era impetrado o remédio constitucional).

As circunstâncias do julgamento do *Habeas Corpus* que apesar de dizer a uma pessoa/situação específica, estava relacionado ao direito de não culpabilidade/presunção de inocência, tornou-se questão de interesse político nacional, podendo-se citar uma série de circunstâncias que denotam a crise política e democrática brasileira e que inserem a atuação do Supremo Tribunal Federal nesta sensível dinâmica.

A primeira situação de destaque se mostra quando, nas vésperas do julgamento deste *Habeas Corpus*, houve manifestação pública bastante emblemática de oficial do Exército Brasileiro, General Eduardo Villas Boas, em que questionou quais instituições estavam a

24 Neste sentido, cf. o julgamento em plenário do HC 84078/MG, que marcou a alteração jurisprudencial.

25 Cf. ementa do acórdão de julgamento de Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 44/DF, p. 2.

serviço do povo e indicou que as forças armadas compartilhavam o anseio dos “cidadãos de bem” e estavam atentas às suas “missões institucionais”²⁶.

Considerada uma intromissão em tons de ameaça, a manifestação do oficial do Exército recebeu resposta na oportunidade do voto de Celso de Mello:

Alguns pronunciamentos manifestados no dia de ontem (03/04/2018), especialmente declarações impregnadas de insólito conteúdo admonitório claramente infringentes do princípio da separação de poderes, impõem que se façam breves considerações a respeito desse fato, até mesmo em função da altíssima e digníssima fonte de que emanaram. [...].

Em um contexto de grave crise que afeta e compromete, de um lado, os próprios fundamentos ético-jurídicos que dão sustentação ao exercício legítimo do poder político e que expõe, de outro, o comportamento anômalo de protagonistas relevantes situados nos diversos escalões do aparelho de Estado, torna-se perceptível a justa, intensa e profunda indignação da sociedade civil perante esse quadro deplorável de desoladora e aviltante perversão da ética do poder e do direito! [...].

Em situações tão graves assim, costumam insinuar-se pronunciamentos ou registrar-se movimentos que parecem prenunciar a retomada, de todo inadmissível, de práticas estranhas (e lesivas) à ortodoxia constitucional, típicas de um pretorianismo que cumpre repelir, qualquer que seja a modalidade que assuma: pretorianismo oligárquico, pretorianismo radical ou pretorianismo de massa (SAMUEL P. HUNTINGTON, “Pretorianismo e Decadência Política”, 1969, Yale University Press). [...].

Já se distanciam no tempo histórico os dias sombrios que recaíram sobre o processo democrático em nosso País, em momento declinante das liberdades fundamentais, quando a vontade hegemônica dos curadores do regime político então instaurado sufocou, de modo irresistível, o exercício do poder civil.

Tudo isso é inaceitável, Senhora Presidente, porque o respeito indeclinável à Constituição e às leis da República representa limite inultrapassável a que se devem submeter os agentes do Estado. [...]. (suprimidos os grifos do original)²⁷.

As palavras do ministro Celso de Mello evidenciam o temor de estremecimento e ruptura democrática e reforçam a importância deste julgamento – como de tantos outros em que a opinião pública acompanhou atenta – para assegurar a autoridade e a legitimidade do STF e dos poderes instituídos.

Uma segunda circunstância que marcou este julgamento foi o desfecho pouco previsível, ante a alteração de posicionamento (tornada público desde muito) do ministro Gilmar Mendes aliado ao teor do voto da ministra Rosa Weber, isto porque Mendes, antes

26 Nas palavras do General Villas Boas, em rede social *Twitter*: “Nessa situação que vive o Brasil, resta perguntar às instituições e ao povo quem realmente está pensando no bem do País e das gerações futuras e quem está preocupado apenas com interesses pessoais?”, complementando na sequência: “Asseguro à Nação que o Exército Brasileiro julga compartilhar o anseio de todos os cidadãos de bem de repúdio à impunidade e de respeito à Constituição, à paz social e à Democracia, bem como se mantém atento às suas missões institucionais”.

27 Cf. inteiro teor do acórdão de julgamento do *Habeas Corpus* nº 152.752/PR, p. 361-364.

favorável à possibilidade de execução provisória da pena – tendo assim se posicionado na decisão liminar das ADC's, alterou seu entendimento no *writ*, o que indicava a possibilidade de alcance de maioria para a concessão da ordem no sentido de garantir o direito de liberdade do paciente Lula enquanto não houvesse trânsito em julgado da condenação.

Contudo, Rosa Weber, apesar de ser manifestamente contrária à execução provisória da pena de prisão quando do julgamento liminar das ações concentradas de constitucionalidade, invocou o princípio segurança jurídica e o princípio da colegialidade e terminou por seguir a orientação dada nas ADC's, quando foi vencida, fazendo ressalva de seu posicionamento pessoal, resguardando suas razões para quando da decisão do mérito das ADC's²⁸.

O posicionamento de Rosa Weber leva à uma terceira circunstância sobre o exercício da justiça constitucional pelo STF: o controle da pauta de julgamentos pela presidência do Tribunal. No caso, houve uma aparente resistência da então presidente, Cármen Lúcia, de pautar o julgamento de mérito das ações declaratórias de constitucionalidade, que foram liberadas pelo relator Marco Aurélio para julgamento ainda no mês de dezembro de 2017 e evidentemente poderiam preceder ao julgamento *Habeas Corpus*, mas que ela não o fez sob justificativa de que este teria prioridade atribuída constitucionalmente²⁹.

Dessa maneira, as preferências e posições particulares do presidente da Corte se revelam quando da formulação das pautas. E, no caso sob exame, ressalta-se a pouca congruência lógica em pautar um processo individual (de constitucionalidade por via difusa) previamente às ações que discutiam a constitucionalidade da mesma norma, de maneira concentrada, gerando efeitos *erga omnes* e que estavam aptas a julgamento plenário desde muito.

Novamente, as manifestações públicas do ministro Marco Aurélio, na sessão de julgamento do *writ*, evidenciam o período de instabilidade, eis que ele se pronunciou sobre a opção de Cármen Lúcia em não pautar as ações declaratórias inferindo que “em termos de desgaste, a estratégia não poderia ser pior”³⁰.

De fato, este julgamento guardava uma infinidade de complicações de ordem política e exigia o exercício da jurisdição constitucional de forma que reafirmasse a legitimidade da Corte – independente de qual fosse o posicionamento consolidado na decisão. Todavia, a partir das circunstâncias fáticas que circundam o exercício interpretativo do Supremo Tribunal

28 *Ibidem*, p. 187 *et. seq.*

29 Além da discordância de ministros como Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski manifestadas na sessão plenária, há discussão sobre a afetação do HC ao plenário, uma vez que distribuída à 2ª turma.

30 Cf. inteiro teor do acórdão de julgamento do *Habeas Corpus* nº 152.752/PR, p. 103.

Federal em tempos de instabilidade, algumas questões podem ser colocadas a se pensar: *a)* como uma questão iminentemente jurídica, do direito à presunção de inocência, por exemplo, pode assumir caracteres discursivos ideológicos quando postos sob o julgo popular; *b)* como o Tribunal se posiciona face às pressões populares (no campo do chamado “populismo judicial”) e como suas oscilações interpretativas e embates internos tornados públicos podem comprometer a imagem da instituição; *c)* como há margem para a condução atitudinal das direções da Corte, por meio da elaboração de suas pautas, ao alvedrio do presidente do tribunal.

Estabelecida a conjuntura política e dadas as coordenadas do comportamento do Supremo Tribunal Federal em casos de repercussão como o que ora se descreveu, na próxima seção a relação entre crise política, institucional e democrática, interpretação constitucional e constitucionalismo popular deve ser levada a cabo, realizando-se abordagem teórica do tema, para que seja possível localizar o cenário brasileiro atual nas sob a perspectiva da teoria crítica constitucional.

4. A TEORIA CRÍTICA CONSTITUCIONAL E O CONSTITUCIONALISMO POPULAR

Nas duas seções antecedentes buscou-se articular o atual cenário político e democrático com a atuação da justiça constitucional, enfocando a atuação do Supremo Tribunal Federal e de seus ministros. Agora, neste capítulo de encerramento, acrescenta-se um novo fator de discussão, de ordem teórica, trazendo o tema desenvolvido para as lentes de uma teoria crítica constitucional e o problematizando a partir das correntes do constitucionalismo popular.

A partir da teoria crítica constitucional latino-americana, pode-se observar que há uma imagem simbólica atribuída ao discurso constitucional a fim de torná-lo parâmetro de validade para as normas infraconstitucionais – uma construção de hierarquia de normas, em sistema piramidal, cujo ponto mais alto ocupa a Constituição³¹.

Alejandro Médici critica esse sistema hierarquizado, coerente e fechado, ao passo que só é adequado em um contexto de sociedade culturalmente homogênea, em que o direito seja apenas um, criado e manejado exclusivamente pelo Estado, com validade, em última instância, na violência pública. Para este autor, é cada vez mais inadequado essa imagem da

31 MÉDICI, Alejandro. **La constitución horizontal**: teoría constitucional y giro decolonial. San Luis de Potosí: Universidad Autónoma de San Luis Potosí, 2012, p. 119.

Constituição – dada a crescente globalização política e econômica, com a suavização das fronteiras culturais e geopolíticas³².

Neste sentido, Médici se utiliza analogicamente dos padrões utilizados por Enrique Dussel na análise principiológica das teorias da ética da libertação e da política da libertação, trazendo para o Direito a possibilidade de observar os axiomas e normas jurídicas a partir da seguinte divisão: aqueles que são voltados para a manutenção e reprodução da vida; os que se encarregam de construir a legitimidade democrática e consensual; e aqueles que se voltam para tornar factíveis a convivência em comunidade³³.

Ademais, a Constituição, segundo seu sentido político (de Carl Schmitt) é fruto de uma decisão política e pressupõe a observância das peculiaridades da comunidade que representa. No entanto, essa margem de escolha política, enquanto poder constituinte, se dá com um processo de diferenciação institucional, consistente na prerrogativa de alguém (*potestas*) que detém o poder (*potentia*) de o exercê-lo em nome e em detrimento dos demais³⁴.

A aproximação do discurso constitucional com a política da libertação ocorre na medida em que esta pressupõe a vontade dos sujeitos e o consenso comunitário como origem e legitimação das tomadas de decisões – fazendo com que o sistema jurídico perca legitimidade com relação aos excluídos dessa soma, aqueles que são vítimas e oprimidos, que não participam no todo que origina o sistema³⁵.

Desse contingente não representado pelo sistema surgem as críticas contra-hegemônicas, uma vez que os oprimidos e as vítimas retiram a legitimidade do sistema de justiça e forçam um movimento novo de interpretação constitucional, bem como questionam o sentido de constituição e constroem novos direitos. Por isso que, a constituição não gozaria de soberania, em que pese represente historicamente os processos dialéticos de construção social – a par dos excluídos³⁶.

Para além disso, Médici apresenta a análise crítica de Luiz Fernando Coelho, pelo qual a hierarquia piramidal em que a Constituição ocupa lugar de destaque é uma abstração mitológica para justificar uma ordem jurídica injusta em uma sociedade desigual. Neste raciocínio, a constituição não é um componente de lógica interpretativa jurídica, mas o centro

32 *Ibidem, loc. cit.*

33 *Ibidem, p. 120.*

34 *Ibidem, p. 121.*

35 *Ibidem, loc. cit.*

36 *Ibidem, loc. cit.*

de uma questão política de disputa pelo poder, onde prevalece os interesses daqueles que detêm mais força³⁷.

Essa crítica inverte a perspectiva da interpretação constitucional, pois ela parte da sociedade para explicar a constituição e não ao contrário, como é típico da dogmática jurídica. Para que haja a transformação social, deve-se mais do que garantir direitos, deve-se torná-los entes presentes na constituição visando um projeto político de transformação. Assim, a Constituição teria que ocupar o centro de coordenação das interpretações e não o vértice superior. Por essa análise, não há dicotomia entre sujeito/objeto, já que o sujeito que analisa é também parte do objeto de análise (do movimento sociedade-direito), consistindo em uma proposta dialética participativa³⁸.

De modo mais ou menos assemelhado, este processo de construção simbólica é retratada na obra de Ricardo Sanín Restrepo, que apresenta um dito processo de “sutura”, pelo qual esta visão particular de mundo (a visão liberal moderna) consegue, por meio da elaboração de um símbolo de identidade e unidade de todo um sistema, se passar por visão universal, o que se plasma na Constituição³⁹.

Nada obstante, por outro lado, Sanín Restrepo é autor de uma teoria crítica constitucional latino-americana que tem caráter político radical e na qual se coloca como categoria chave a ser desvelada a definição do povo e sua relação com a democracia no contexto da modernidade. Uma das teses deste autor se constitui em trazer um paradoxo da democracia, ao ver que ao mesmo tempo em que o povo é o fundamento ontológico da legitimidade da modernidade ocidental, do próprio Direito e do Estado, ele é ocultado/substituído/reduzido à impotência absoluta por essas categorias a partir do momento em que elas são instituídas. É dizer: o Direito e o Estado só existem a partir do povo e só podem funcionar – se manter – a partir de sua impotência absoluta, de seu ocultamento⁴⁰.

Não é sem porque que Sanín Restrepo trabalha sob a perspectiva da violência instauradora e mantenedora do Direito, chamada por Walter Benjamin de “violência mítica”, que só pode ser aniquilada pelo exercício de uma outra violência, que vem de fora dela e coloca todas as estruturas postas abaixo, a chamada “violência divina”⁴¹. Na teoria de Benjamin, a “violência divina” é aquela que está fora da violência do Direito (da “violência

37 *Ibidem*, p. 126-127.

38 *Ibidem*, *loc. cit.*

39 SANÍN RESTREPO, Ricardo. **Teoría crítica constitucional**: rescatando la democracia del liberalismo. 1ª ed. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2011, p. 48.

40 SANÍN RESTREPO, Ricardo. **5 tesis desde el pueblo oculto**. 2012. Revista Oxímora, nº 1/2012. Disponível em: <http://revistes.ub.edu/index.php/oximora/article/view/5245/7039>. Acesso em: 01 jun. 2019, p. 11-12.

41 BENJAMIN, Walter. **Para uma crítica da violência** in BENJAMIN, Walter. Escritos sobre mito e linguagem. São Paulo: editora 34, 2013.

mítica”) e representa um risco permanente e iminente a ela apenas por existir⁴² – o povo e seu potencial de violência seria, então, o risco maior do Direito.

Assim, diante desta última abordagem teórica, o povo é cada vez mais distanciado das instâncias instituídas que só tem sentido a partir dele próprio. Emerge daí a ideia de que há um processo de “criptação” da Constituição e do Direito, ao passo que para alijar o povo, o discurso e a linguagem se tornam detentores de progressiva tecnicidade e especificidade⁴³, bem porque, já na perspectiva de autores do constitucionalismo popular, o Direito se opera por uma elite ilustrada e treinada a manejar procedimentos sofisticados, que produzem as suas decisões a partir do material político produzido que foi reduzido a regras de direito⁴⁴.

Neste sentido, é que o caso histórico e paradigmático de *Marbury vs. Marshall* encerra grande parte da crítica, por se caracterizar como “*la negación misma de la democracia, su más aguda y aberrante reducción*”, uma vez que o argumento jurídico seria uma clausura do elemento político, uma tentativa de tirar o fator político da Constituição e tirar a Constituição de seu criador, o povo⁴⁵.

Esta compreensão seria, de outra forma, uma concepção que dá ânimo às correntes do constitucionalismo popular, eis que se estas se opõem à ideia de supremacia constitucional tida como a possibilidade de os juízes serem os donos da última palavra, definindo a verdade constitucional⁴⁶.

Neste aspecto, é correto dizer que o constitucionalismo popular não tem uma definição que seja simples ou fácil, uma vez que se compõe de um espectro variado de blocos teóricos, tendo os seus defensores deixado de estabelecer uma leitura comum da história constitucional, uma metodologia ou um conjunto assemelhado de soluções – mas que, de outro lado, se aproximam por uma noção essencial, que repousa justamente sobre a ideia de que o povo e seus representantes eleitos deveriam participar e ter o poder de dizer o direito e a Constituição continuamente⁴⁷.

42 Nas palavras de Walter Benjamin: “o interesse do direito em monopolizar a violência com relação aos indivíduos não se explicaria pela intenção de garantir os fins de direito mas, isso sim, pela intenção de garantir o próprio direito; de que a violência quando não se encontra nas mãos do direito estabelecido, qualquer que seja este, o ameaça perigosamente, não em razão dos fins que ela quer alcançar, mas por sua mera existência fora do direito”. *Ibidem*, p. 127.

43 SANÍN RESTREPO, 2012, *Op. Cit.*, p. 12.

44 KRAMER, Larry *apud* SANÍN RESTREPO, Ricardo. **Teoría crítica constitucional**: rescatando la democracia del liberalismo. 1ª ed. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2011, p. 80.

45 *Ibidem*, p. 73-74.

46 *Ibidem*, p. 75.

47 DONELLY, Tom. **Making Popular Constitutionalism Work**. Wisconsin Law Review. Vol. 2012. Harvard Public Law Paper nº 11-29. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1962580>. Acesso em 01 jun. 2019.

Uma das críticas mais recorrentes ao ideal de um constitucionalismo de cunho verdadeiramente popular é a dificuldade de vê-lo se concretizar. Michael Serota, neste aspecto, empenhou esforços e buscou aferir em que medida os cidadãos estadunidenses detinham a chamada “competência interpretativa”, isto é, os atributos necessários de “conhecimento constitucional” (*knowlegde constitutional*) e raciocínio constitucional (*reasoning constitutional*) para construir e aplicar adequadamente a Constituição⁴⁸.

Em sua pesquisa, Serota obteve resultados numéricos que demonstraram o baixíssimo nível de conhecimento constitucional por parte do povo norte-americano sobre aspectos básicos da estrutura do Estado e do conteúdo da Constituição estadunidense, ao mesmo tempo que concluiu pela falta de raciocínio lógico dos cidadãos para operar o conteúdo constitucional, indicando a pouca viabilidade de ter nas pessoas comuns os intérpretes prioritários do texto constitucional⁴⁹.

De alguma forma, muito embora os resultados de Serota apresentem, de fato, a baixa aptidão do povo para manejar a Constituição, ao revés, eles também reforçam a hipótese de que haveria uma “encriptação” do material político produzido pelo povo, no sentido apresentado por Sanín Restrepo, ao indicar que o poder constituinte não corresponde ao poder constituído, pois quem produz a norma constitucional é alijado do Direito e do Estado que ele próprio institui⁵⁰.

Neste passo, o panorama apresentado no Brasil atual representaria um campo profícuo para provação empírica das correntes que evidenciam o povo como detentor do poder da Constituição, uma vez que, conforme tentou-se demonstrar na primeira seção do trabalho, aqui os cidadãos jazem em um emaranhado de interesses econômicos e ideológicos que têm determinado as diretrizes do poder governamental/de Estado, ao mesmo tempo em que o Judiciário já não sustenta sua autoridade legítima por intermédio de sua atuação interpretativa regular.

Mais que isso, como as considerações tecidas na segunda seção apontam, o caso brasileiro parece ser de difícil solução: pois, se de um lado há um povo que atravessa uma crise política e há a ascensão de um fenômeno de politização do ódio e dos radicalismos ideológicos liberais e de direita⁵¹, de outro lado o Poder Judiciário brasileiro enfrenta óbices

48 SEROTA, Michael. **Popular constitutional interpretation**. Sept., 17, 2012. Connecticut Law Review. Vol. 44. Nº 5, 2012. Disponível em: [hptt://ssrn.com/abstract=1807226](http://ssrn.com/abstract=1807226). Acesso em 01 jun. 2019.

49 *Ibidem*, p. 1656 *et. seq.*

50 SANÍN RESTREPO, 2012, *ibidem*, p. 14 *et. seq.*

51 No sentido dado às novas direitas, no livro organizado por Esther Solano: “O ódio como política: a reinvenção das direitas no Brasil”.

para obter uma legitimação popular por meio do exercício interpretativo de constitucionalidade.

A esta altura, cabe problematizar acerca da instrumentalização do Direito e da Constituição pela elite de magistrados, bem porque não se pode pensar a atuação destes e dos demais atores jurídicos fora do contexto e da tradição em que se inserem⁵². Assim, a tradição brasileira é marcada pelo colonialismo e pela escravidão, com tons de patrimonialismo desde sua origem, quando tanto o saber jurídico como os cargos do Poder Judiciário vinham ao encontro das conveniências das classes dominantes, sem controle democrático da casta, o que gerou um sistema de justiça notadamente patriarcal e patrimonialista em seu sentido mais estrito⁵³.

Diz-se que o sistema de justiça se tornou um *locus* privilegiado da luta política, porque com o distanciamento da população do Judiciário, abre-se margem à atuação ativista, cedendo um aumento de influência deste poder sobre os rumos da vida brasileira, ao mesmo tempo em que constrói-se a cultura de produzir decisões judiciais que atendam à opinião pública, no que se denomina “populismo judicial”, visando a agradar o maior número de pessoas possíveis e popularizar a Justiça, mesmo que para isso seja necessário violar direitos e garantias fundamentais⁵⁴.

Nestes termos, é possível antever uma complicada situação. A população, enquanto poder constituinte, não integra o poder constituído e não tem aptidão para dizer e interpretar o Direito e a Constituição e, não fosse assim – se a população tivesse intervenção mais direta –, em tempos de instabilidade democrática e política, os riscos de cataclismos seriam evidentes, podendo-se cogitar a preponderância de ideologias e visões de mundo autoritárias e mesmo antidemocráticas no próprio exercício da democracia. Por outro lado, o desempenho da supremacia judicial, com a concentração de poderes de interpretação nas mãos de um Tribunal Supremo, enseja na delimitação de agentes para definir os valores constitucionais, agentes estes que, além de serem demarcados por sua tradição, classe e ideologia preponderantemente liberal⁵⁵, carecem de limites em sua atuação e denotam/reforçam dois problemas de origem: a ausência de legitimidade popular dos tribunais e o caráter não democrático da própria construção do Direito moderno.

52 CASARA, Rubens. **Precisamos falar da “direita jurídica”** in SOLANO, Esther (org.). O ódio como política: a reinvenção das direitas no Brasil. São Paulo: Boitempo, 2018.

53 *Ibidem*, n/p.

54 *Ibidem*, n/p.

55 Cf. CASARA, Rubens. **Precisamos falar da “direita jurídica”** in SOLANO, Esther (org.). O ódio como política: a reinvenção das direitas no Brasil. São Paulo: Boitempo, 2018.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste artigo buscou-se traçar uma relação entre os acontecimentos políticos e sociais contemporâneos brasileiros, o exercício da justiça constitucional pelo Supremo Tribunal Federal e a questão democrática e popular trabalhadas por determinadas correntes teóricas constitucionalistas. Para tanto, resgatou-se o histórico recente de movimentações sociais, econômicas e ideológicas postas em marcha a partir do ano de 2013, indicando, neste contexto, de que forma o Supremo Tribunal Federal vinha atuando e, tendo como caso paradigmático, examinou-se o tema da possibilidade de execução provisória da pena de prisão (ADC's 43 e 44 e HC 152.752/PR), sob a perspectiva das influências, pressões e circunstâncias relacionadas ao período de instabilidade democrática atual.

Verifica-se que de um lado há uma série de questões pragmáticas que influem no exercício da interpretação constitucional por um órgão de cúpula, dadas as estruturas postas. Neste campo de problemas empíricos, apresenta-se especialmente a polarização ideológica do povo e a tendência dos magistrados a se posicionar no sentido de ceder às pressões populares – atualmente apaixonadas, numa espécie de “populismo judicial”, bem como a existência de margens evidentes para que decisões importantes tomem caráter atitudinal (vinculado às ideologias e preferências do juiz), como ocorre com a pauta de julgamentos do Supremo Tribunal Federal.

Nada obstante, tais circunstâncias correspondem também a intrincados problemas teóricos, cravados na oposição de uma supremacia judicial e de um constitucionalismo de cunho popular. No momento final deste trabalho, buscou-se realizar uma análise crítica do próprio constitucionalismo e das alternativas interpretativas existentes em seu seio – isto é: aquela exercida mais diretamente pela população ou aquela posta nas mãos dos magistrados –, desvelando-se a existência de obstáculos para alcançar tanto de uma forma como de outra os ideais da democracia e de uma soberania popular.

No Brasil de hoje, em que a crise de legitimidade alcança em maior medida os poderes eleitos, o Judiciário termina por não fugir dos questionamentos populares, podendo ver no manuseio das normas constitucionais a possibilidade de se avalizar por si, interagindo com o povo, para bem ou mal, entre o populismo, o ativismo e o exercício efetivo de sua função contramajoritária.

REFERÊNCIAS

BENJAMIN, Walter. **Para uma crítica da violência** in BENJAMIN, Walter. Escritos sobre mito e linguagem. São Paulo: editora 34, 2013.

BICKEL, Alexander M. **The Least Dangerous Branch**. New Haven & London: Yale University Press, 1962.

BOITO JÚNIOR, Armando. **Os atores e o enredo da crise política** in JINKINGS, Ivana; DORIA, Kim; CLETO, Murilo (org.). Por que gritamos golpe? São Paulo: Editorial Boitempo, 2016.

BONAVIDES, Paulo. **Jurisdição constitucional e legitimidade** (algumas observações sobre o Brasil). Estudos avançados. Vol. 18, nº. 51, maio/agosto, 2004. São Paulo: Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo: 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade 43**. Autor: Partido Ecológico Nacional (PEN). Relator: Ministro Marco Aurélio Mello. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986065>. Acesso em: 02 jun. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade 44**. Autor: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986729>. Acesso em: 02 jun. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 152.752/PR**. Impetrante: Cristiano Zanin Martins. Paciente: Luiz Inácio Lula da Silva. Relator: Luiz Edson Fachin. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5346092>. Acesso em 02 jun. 2019.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689 de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/Del3689.htm. Acesso em: 02 jun. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 02 jun. 2019.

CASARA, Rubens. **Precisamos falar da “direita jurídica”** in SOLANO, Esther (org.). O ódio como política: a reinvenção das direitas no Brasil. São Paulo: Boitempo, 2018.

DONELLY, Tom. **Making Popular Constitutionalism Work**. Wisconsin Law Review. Vol. 2012. Harvard Public Law Paper nº 11-29. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1962580>. Acesso em 01 jun. 2019.

MÉDICI, Alejandro. **La constitución horizontal: teoría constitucional y giro decolonial**. San Luis de Potosí: Universidad Autónoma de San Luis Potosí, 2012.

MIGUEL, Luís Felipe. **A reemergência da direita brasileira** in SOLANO, Esther (org.). O ódio como política: a reinvenção das direitas no Brasil. São Paulo: Boitempo, 2018.

SANÍN RESTREPO, Ricardo. **Teoría crítica constitucional: rescatando la democracia del liberalismo**. 1ª ed. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2011.

SANÍN RESTREPO, Ricardo. **5 tesis desde el pueblo oculto**. 2012. Revista Oxímora, nº 1/2012. Disponível em: <http://revistes.ub.edu/index.php/oximora/article/view/5245/7039>. Acesso em: 01 jun. 2019.

SEROTA, Michael. **Popular constitutional interpretation**. Sept., 17, 2012. Connecticut Law Review. Vol. 44. Nº 5, 2012. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1807226>. Acesso em 01 jun. 2019.

SILVA, Jeferson Mariano. **Decifrando o Supremo**: as posições dos ministros do STF na jurisdição constitucional (2012-2017). Novos Estudos. Vol. 37, nº 1, janeiro/abril 2018. São Paulo: Centro Brasileiro de Análise e Planejamento, 2018.

SOUZA, Jessé. **A radiografia do golpe**: entenda como e por que você foi enganado. Rio de Janeiro: Ed. LeYa, 2016.

Recebimento em 04 de junho de 2019.
Aprovação em 29 de junho de 2019.