

# **VII ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI**

**CONSTITUIÇÃO, TEORIA CONSTITUCIONAL E  
DEMOCRACIA II**

**PAULO ROBERTO BARBOSA RAMOS**

**SAMANTHA RIBEIRO MEYER-PFLUG**

**BENJAMIN XAVIER DE PAULA**

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

**Diretoria - CONPEDI**

**Presidente** - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - FMU - São Paulo

**Diretor Executivo** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

**Vice-presidente Norte** - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

**Vice-presidente Centro-Oeste** - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

**Vice-presidente Sudeste** - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

**Vice-presidente Nordeste** - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

**Representante Discente:** Prof. Dr. Abner da Silva Jaques - UPM/UNIGRAN - Mato Grosso do Sul

**Conselho Fiscal:**

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - SKEMA/ESDHC/UFMG - Minas Gerais

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UFERSA - Rio Grande do Norte

Prof. Dr. Fernando Passos - UNIARA - São Paulo

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo

**Secretarias**

**Relações Institucionais:**

Prof. Dra. Claudia Maria Barbosa - PUCPR - Paraná

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes - UNB - Distrito Federal

**Comunicação:**

Prof. Dr. Robison Tramontina - UNOESC - Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

**Relações Internacionais para o Continente Americano:**

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto - UPM - São Paulo

**Relações Internacionais para os demais Continentes:**

Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Profa. Dra. Sandra Regina Martini - UNIRITTER / UFRGS - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Claudia da Silva Antunes de Souza - UNIVALI - Santa Catarina

**Eventos:**

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - FDF - São Paulo

Profa. Dra. Norma Sueli Padilha - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho - UNICHRISTUS - Ceará

**Membro Nato** - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

C755

Constituição, teoria constitucional e democracia II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Benjamin Xavier de Paula; Paulo Roberto Barbosa Ramos; Samantha Ribeiro Meyer-pflug – Florianópolis: CONPEDI, 2024.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-932-2

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: A pesquisa jurídica na perspectiva da transdisciplinaridade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Constituição. 3. Teoria constitucional. VII Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2024 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



## VII ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

### CONSTITUIÇÃO, TEORIA CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA II

---

#### **Apresentação**

O GT Constituição, Teoria Constitucional e Democracia II, coordenado pela Prof<sup>a</sup> Dr<sup>a</sup> Samantha Ribeiro Meyer-pflug, pelo Prof<sup>o</sup> Dr<sup>o</sup> Paulo Roberto Barbosa Ramos e pelo Prof<sup>o</sup> Dr<sup>o</sup> Benjamin Xavier de Paula, tem como foco a produção científica produzida por pesquisadores/as da área do Direito, nos diferentes níveis da carreira científica, e oriundos de diversas instituições de pesquisa jurídica, públicas e privadas, nas diferentes regiões do país e estado da federação.

Essa produção científica trata dos estudos constitucionais (constituição, teoria constitucional e constitucionalismos) por meio das mais variadas perspectivas e abordagens, e representa uma pluralidade de interpretações científicas de estudiosos pertencentes aos diferentes estratos da sociedade brasileira.

O primeiro artigo de Rafael Rogério Manjabosco Braga e Arthur Gabriel Marcon Vasques “A alteração de domicílio eleitoral do Deputado Federal como causa de perda do mandato: uma análise do caso Rosângela Moro”, trata-se de um estudo sobre o normativo constitucional-eleitoral e seus princípios norteadores, que regulam a possibilidade de alteração de circunscrição do político eleito para fora dos limites que o elegeram.

O segundo artigo de Emerson Affonso da Costa Moura, Mauricio Jorge Pereira da Mota e Marcos Alcino de Azevedo Torres “Constitucionalismo Social, Ordens Constitucionais e Direitos Fundamentais: a interpretação sistematizada da política urbana na Constituição de 1988, trata-se de um estudo sobre a ascensão do constitucionalismo social e os efeitos na teoria do Direito, com vistas a verificar como direitos fundamentais demandam uma leitura da ordenação da cidade à luz de uma interpretação sistemática da Constituição.

O terceiro artigo de Ricardo Silveira Castro “Qual Reforma? reflexões sobre as propostas de reforma da Suprema Corte Brasileira em período de crise institucional (2019-2023)”, trata-se de um estudo que analisa a reforma das normas constitucionais vigentes que tratam da autonomia e da autoridade do Supremo Tribunal Federal (STF).

O quarto artigo de Otávio Fernando de Vasconcelos, Douglas da Silva Garcia e Victória Cássia Mozaner “Constitucionalismo Latino-Americano: transformação e identidade na Bolívia e Equador” trata-se de um estudo sobre as particularidades do constitucionalismo

latino-americano, com destaque para as constituições da Bolívia e do Equador, com vistas a compreender como esses países ressignificaram o conceito de constitucionalismo, a fim de refletir suas identidades culturais singulares e enfrentar os desafios do século XXI.

O quinto artigo de Eid Badr , Beatriz da Costa Gomes e Diana Sales Pivetta “A Produção Legislativa como meio mais Democrático para a Criação de Normas Jurídicas: a garantia da não surpresa ao administrado”, trata-se de um estudo sobre o princípio da legalidade como forma de promover a segurança jurídica, limitar a atuação da discricionária da administração e de permitir a influência dos indivíduos nas decisões políticas.

O sexto artigo de José Querino Tavares Neto e Vinícius da Silva Camargo “Jurisdição Constitucional: inimiga ou defensora da democracia?” que trata-se de um estudo sobre o Poder Judiciário na prática do controle de constitucionalidade, por meio do exercício da Jurisdição Constitucional.

O sétimo artigo de Benedito Antonio da Costa “Riscos sistêmicos ao Estado de Direito em ambiente de modernidade líquida e pós-verdade” trata-se de um estudo sobre o estado de direito em contextos que desafiam a estabilidade e a previsibilidade das normas que o constituem, enfatizando a relevância de estratégias proativas de gestão de riscos que assegurem a resiliência e a eficácia do estado de direito em um cenário globalizado e dinâmico.

O oitavo artigo de Vinicius Consoli Ireno Franco, João Pedro Felipe Godoi e Matheus Conde Pires “Quando a corte fala em nome do povo: uma análise discursiva da prisão em segunda instância (HC 126.292/SP)”, trata-se de um estudo sobre os elementos articulados pelos ministros do Supremo Tribunal Federal em seus votos no HC 126.292/SP, que alterou a jurisprudência a respeito do início do cumprimento da pena após decisão colegiada em segunda instância.

O nono artigo de Régis Willyan da Silva Andrade , Hérica Rosentino de Souza Lopes “O diálogo necessário entre a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e os sistemas de proteção dos direitos humanos fundamentais”, trata-se de um estudo sobre a efetivação dos Direitos Humanos Fundamentais seja em âmbito doméstico ou internacional, discutindo-se qual a melhor teoria acerca da recepção dos referidos tratados e o posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal.

O décimo artigo trata-se do estudo de Alexander Fabiano Ribeiro Santos “A Busca por uma Solução Platônica para os Problemas da Democracia: o Tribunal Constitucional Brasileiro no

exercício da função da guardiania”, trata-se de um estudo sobre o modelo republicano federativo democrático e um modelo de república com função a ser exercida pela guardiania.

O décimo primeiro artigo trata-se do estudo de Gerson Augusto Bizestre Orlato e Gustavo Callegari Peraro “Democracia Deliberativa e Justiça Social: desafios políticos e a busca por estabilidade no Brasil” trata-se de um estudo sobre o diálogo deliberativo, inspirado em Habermas como um meio potencial para alcançar a legitimidade necessária, promovendo a inclusão e a justiça social.

O décimo segundo artigo trata-se do estudo de Edith Maria Barbosa Ramos , Maria Célia Delduque N. P. Sa e Amailton Rocha Santos “Aproximações entre Brasil e Portugal: uma análise sobre a judicialização da política e o ativismo judicial”, trata-se de um estudo com vistas a realização de uma análise comparativa entre decisões judiciais de cortes constitucionais do Brasil e de Portugal sobre políticas públicas que tenham evidenciado algum ativismo judicial.

O décimo terceiro artigo de Eduardo Lopes Machado “8 de Janeiro de 2023: a tentativa da marcha sobre Brasília”, trata-se de um estudo sobre a tentativa de golpe de estado, quando radicais bolsonaristas invadiram e depredaram o Congresso Nacional, o Palácio do Planalto e o Supremo Tribunal Federal (STF), em Brasília, no dia 8 de janeiro de 2023.

O décimo quarto artigo trata-se do estudo de Adijovani Silva Santos “O Ativismo Judicial como forma de Preenchimento das Lacunas da Legislação Brasileira: legislativo ineficiente e omissivo ou poder judiciário legislador?”, trata-se de um estudo sobre até que ponto o ativismo judicial afronta a Constituição Federal Brasileira, a segurança jurídica e a democracia.

O décimo quinto primeiro artigo trata-se do estudo de Caroline Leal Ribas , Renata Apolinário de Castro Lima e Roberto Apolinário de Castro “Estado Democrático de Direito, Dignidade da Pessoa Humana e Estado de Coisas Inconstitucional: uma análise da ADPF 347 do STF” trata-se de um estudo que analisa como o estado de coisas inconstitucional representa um desafio significativo para a efetivação de princípios constitucionais, exigindo uma abordagem multidisciplinar e o engajamento de todos os atores sociais na defesa e promoção dos direitos fundamentais.

O décimo sexto artigo trata-se do estudo de Luziane De Figueiredo Simão Leal , Brychtn Ribeiro de Vasconcelos , Sérgio Tibiriçá Amaral, “Internet: uma zona livre sem fronteira versus a desajeitada burocracia legal”, trata-se de um estudo sobre a atuação das empresas gigantes do mercado tecnológico, às vésperas da aprovação do Projeto de Lei n. 2630,

denominado das Fake News, que dispõe sobre a regulação das plataformas digitais em face da decisão do Supremo Tribunal Federal, que analisa pesquisas cujo teor indicam a existência de algoritmos, robôs e tuítes automatizados, utilizados com o intuito de influenciar a opinião pública em processos democráticos.

Esses artigos revelam que a área temática de Constituição, Teoria Constitucional e Democracia é uma área consolidada no âmbito dos eventos do CONPEDI e traz contribuições significativas e relevantes para a pesquisa jurídica no Brasil.

Prof<sup>a</sup> Dr<sup>a</sup> Samantha Ribeiro Meyer-pflug; Prof<sup>o</sup> Dr<sup>o</sup> Benjamin Xavier de Paula; Prof<sup>o</sup> Paulo Roberto Barbosa Ramos (Coordenadores)

## **QUANDO A CORTE FALA EM NOME DO POVO: UMA ANÁLISE DISCURSIVA DA PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA (HC 126.292/SP)**

### **WHEN THE COURT SPEAKS IN THE NAME OF THE PEOPLE: A DISCURSIVE ANALYSIS OF ARREST IN THE SECOND INSTANCE (HC 126.292/SP)**

**Vinicius Consoli Ireno Franco  
João Pedro Felipe Godoi  
Matheus Conde Pires**

#### **Resumo**

O presente artigo desenvolve uma análise discursiva, a partir da perspectiva da Escola de Essex, dos elementos articulados pelos ministros do Supremo Tribunal Federal em seus votos no HC 126.292/SP, o qual alterou a jurisprudência até então sedimentada a respeito do início do cumprimento da pena após decisão colegiada em segunda instância. Com isso, o artigo se propõe a responder a seguinte pergunta: como o STF mobilizou a ideia de povo no HC 126.292/SP e qual foi a função discursiva desta articulação? A partir desta questão, identificou-se que a mudança jurisprudencial deste momento foi fundamentada não apenas sob argumentos estritamente jurídicos, mas também buscou canalizar demandas presentes na sociedade. A investigação está estruturada em três capítulos da seguinte forma: i) apresentação da metodologia utilizada; ii) descrição dos votos dos ministros no 126.292/SP; iii) e, organização e análise dos dados levantados. Conclui-se que os votos dos ministros que alteraram a jurisprudência articulam não apenas justificativas de ordem estritamente jurídicas, mas também buscam apresentar elementos sociais para fundamentar a alteração. Assim, o Supremo Tribunal Federal, apresenta-se como instituição capaz de identificar as vontades sociais e agir em nome do povo. Tal consideração explicita o caráter eminentemente político de se falar dos sentidos e significados de um texto constitucional, tradicionalmente escamoteado dos estudos a respeito da atuação do STF.

**Palavras-chave:** Habeas corpus, Legitimidade, Soberania popular, Análise discursiva, Prisão em segunda instância

#### **Abstract/Resumen/Résumé**

This article develops a discursive analysis, from the perspective of the Essex School, of the elements articulated by the ministers of the Federal Supreme Court in their votes on HC 126.292/SP, which changed the jurisprudence hitherto established regarding the beginning of compliance with the sentence after collegial decision in the second instance. With this, the article aims to answer the following question: how did the STF mobilize the idea of people in HC 126.292/SP and what was the discursive function of this articulation? From this question, it was identified that the jurisprudential change of this moment was based not only on strictly legal arguments, but also sought to channel demands present in society. The investigation is structured into three chapters as follows: i) presentation of the methodology used; ii)

description of the ministers' votes in 126.292/SP; iii) and, organization and analysis of the data collected. It is concluded that the votes of the ministers who changed the jurisprudence articulate not only strictly legal justifications, but also seek to present social elements to justify the change. Thus, the Federal Supreme Court presents itself as an institution capable of identifying social wishes and acting on behalf of the people. This consideration explains the eminently political nature of talking about the meanings and meanings of a constitutional text, traditionally hidden from studies regarding the actions of the STF.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Habeas corpus, Legitimacy, Popular sovereignty, Discursive analysis, Second instance arrest



## INTRODUÇÃO

Tradicionalmente quando se pensa em agentes que buscam falar em nome do povo, associa-se a personalidades tipicamente políticas. Presidentes, parlamentares ou candidatos a representar a sociedade passam a canalizar demandas presentes na sociedade para serem alçados a cargos eleitorais e manter sua autoridade no cenário estabelecido. Porém, tal percepção dominante nas análises contemporâneas acaba por ignorar a presença deste elemento na atuação de órgãos jurisdicionais, tipicamente atrelados a uma atuação neutra, imparcial e apartada do mundo político. Assim, a presente pesquisa nasce da seguinte questão: como o STF mobilizou a ideia de povo no HC 126.292/SP e qual foi a função discursiva desta articulação?

A ideia de soberania popular aloca o povo como fundamento da ordem constitucional. No ordenamento jurídico estabelecido em 1988, o poder constituinte derivado se manifesta por meio de emendas, o qual carrega tipicamente a ideia de um soberano ainda vivo capaz de alterar, dentro da própria institucionalidade, as regras estabelecidas. Contudo, quando se está diante da atuação do STF em sua função de Corte Constitucional, nota-se algo semelhante. No momento em que se altera um signo constitucional estabelecido por meio de um exercício hermenêutico, é possível observar a institucionalidade falando em nome do “povo”.

A partir disto, em um primeiro momento a presente investigação apresenta seu aporte metodológico alocado na teoria do discurso da Escola de Essex, a qual possui Ernesto Laclau como precursor. Na sequência, a pesquisa se volta para a descrição dos votos dos Ministros do STF no HC 126.292/SP. Por fim, analisa-se os votos proferidos, de forma a organizá-los em dois tipos de argumentos principais: i) estritamente jurídicos, relacionados à discussão de dispositivos, seus significados e extensões; ii) associados aos sentimentos sociais. Enquanto os primeiros se alocam na discussão do significado das normas e disposições constitucionais, os demais utilizam do que entendem ser o sentimento social para fundamentar seu respectivo posicionamento.

Diante deste julgamento singular, foi possível identificar a mobilização de uma ideia de povo para justificar uma mutação constitucional por meio da hermenêutica constitucional realizada pelo STF. Tal constatação exige repensar o ideal que norteia as abordagens tradicionais sobre o judiciário, as quais escamoteiam o aspecto eminentemente político sobre discussões sobre o “verdadeiro” significado da Constituição.

## I. POVO COMO FUNDAMENTO

O povo funciona como um elemento discursivo legitimador de uma ordem jurídico-política. Em outras palavras, o fundamento da Constituição é o povo, sob o ideal democrático de soberania popular. Assim, é comum que líderes evoquem tal nome para legitimar uma alteração na Lei Fundamental de um país. Tradicionalmente, associamos esta lógica à atuação de representantes políticos, alocando o judiciário a uma suposta posição de neutralidade. Contudo, é possível observar que o termo “povo” também funciona como elemento legitimador de uma mudança interpretativa em órgãos jurisdicionais. Nesse sentido, tal elemento aparece como fundamento de mutações constitucionais não apenas formais (emendas constitucionais), mas também informais, por meio de reinterpretações jurisdicionais.

Coloca-se como desafio, portanto, compreender o povo do ponto de vista analítico, ou seja, não como um dado prévio, mas como categoria de análise para compreender como o termo é mobilizado para viabilizar alterações jurídicas e sociais. Para tanto, utilizar-se-á como marco teórico Ernesto Laclau e Chantal Mouffe, os quais estabelecem as bases para a teoria do discurso da Escola de Essex. A teoria do discurso referida intenciona vislumbrar o social por meio do discurso (Mendonça; Rodrigues, 2008, p. 27). Assim, o discurso é concebido como toda e qualquer conduta constitutiva, ou seja, que ofereça sentidos e signos (Laclau; Mouffe, 2015b, p. 39; Laclau, 2018, p. 116). Não cabe aqui diferenciar elementos linguísticos e não-linguísticos, pois ambos possuem efeito na construção de sentidos<sup>1</sup> (Laclau; Mouffe, 2015a, p. 182).

Povo seria, portanto, decorrente de uma construção discursiva e não um dado da natureza. A menor categoria deste seria uma “demanda” social, a qual nasce como uma solicitação, tornando-se “exigência” quando negada pela institucionalidade (Laclau, 2018, p. 123). Para exemplificar, a solicitação pode nascer como um pedido por acesso à água, segurança, educação, luz e outros elementos análogos. Contudo, diante do não atendimento passam a ser exigências, tornando-se demandas. Cada uma guarda a sua particularidade, porém, possuem algo em comum, sua negação pela institucionalidade. Assim, a articulação das demandas se dá por meio de duas lógicas, da equivalência (que aproxima cada demanda

---

<sup>1</sup> Isto posto, cabe destacar a limitação da presente pesquisa, uma vez que a mesma parte do registro escrito do votos dos Ministros, deixando de lado elementos não relatados no documento objeto da análise.

diante de suas similaridades) e diferença (que resguarda suas singularidades) (Laclau, 2018, p. 129).

A partir disto, é possível identificar que o “nascimento” de um “povo” se dá por meio de uma articulação discursiva que mobiliza um antagonismo entre “nós o povo” e eles, “o poder e a institucionalidade” (Laclau, 2018, p. 124). Tradicionalmente, a ciência política observa neste antagonismo um sentido necessariamente pejorativo, como algo decorrente da intenção de manipular a sociedade contra um grupo específico. Porém, na perspectiva aqui adotada é fruto da impossibilidade de um “verdadeiro” povo universal, capaz de fundamentar de forma completa e absoluta a Democracia (Laclau, 2011, p. 66). Ou seja, a impossibilidade de um fundamento totalizante da Democracia é o que possibilita o dissenso e a disputa política em torno de seus termos. Por consequência, a impossibilidade de uma resposta transcendental é justamente o que marca a presença do antagonismo.

Significa reconhecer que qualquer articulação discursiva é incapaz de articular todas as demandas existentes, de forma que o antagonismo é constitutivo da relação estabelecida. Tal articulação se dá por meio do destaque de uma demanda que passa a representar as demais (Laclau, 2018, p. 185). Este termo é o que se chama de “significante vazio”, não por ser desprovido de significado, mas sim por apesar de sua particularidade e representar a totalidade inacessível (Laclau, 2018, p. 166-185). Contudo, tal representação não consegue encadear todas as demandas possíveis e existentes, seja por sua limitação própria, seja pela existência de demandas antagônicas. O que Ernesto Laclau e Chantal Mouffe promoveram foi o deslocamento da categoria “hegemonia” para o plano discursivo, o que permite encarar a contingência e a precariedade inerente de uma ordem estabelecida como totalizante (Biglieri, 2017, p. 24-25).

Falar em nome do povo passa a ser um processo em que se constrói discursivamente o que este deseja. Quando um agente eminentemente político fala em nome do povo, este constrói discursivamente o poder “soberano”. Na tradição constitucional brasileira, tem-se o STF como a instituição responsável pela última palavra a respeito dos signos constitucionais. Em outras palavras, pode-se identificar que a função do STF é manifestar qual foi a vontade popular impressa no texto constitucional. Sendo assim, no próximo momento, a pesquisa analisará os votos dos Ministros do STF no HC 126.292/SP, a fim de identificar as demandas articuladas em torno do “povo”. Trata-se de uma ação de relevo político, pois inviabilizou a candidatura do presidenciável até então favorito pelas pesquisas de opinião, bem como precedeu o momento do último impeachment da biografia brasileira. É neste contexto que os

votos são proferidos, em uma clara intenção de oferecer respostas aos anseios sociais que estavam em ebulição neste momento.

## II. MINISTROS E SEUS VOTOS

Em seus respectivos votos, os ministros do STF passaram a articular demandas presentes na sociedade. Para além de argumentos estritamente jurídicos, apontaram para o descontentamento popular em relação ao sentimento de impunidade. Destaca-se que a síntese aqui apresentada é desenvolvida a partir do HC 126.292/SP (Brasil, 2016, *online*) O ministro relator, Teori Zavascki, começa seu voto fazendo um breve histórico da ação penal em curso e do que se trata a matéria discutida em sede de habeas corpus no Supremo Tribunal Federal. O remédio constitucional visava o indeferimento da liminar, decidida pelo ministro Francisco Falcão do Superior Tribunal de Justiça no habeas corpus 313.021/SP.

Em síntese, o paciente fora condenado à pena de 5 anos e 4 meses de reclusão, onde se daria o início do regime de maneira fechada, pela prática de roubo majorado (artigo 157, 2º, I e II do CP), com direito a recorrer em liberdade; a defesa recorreu para o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que negou provimento ao recurso e determinou a expedição do mandado de prisão; contra tal ordem foi impetrado o habeas corpus no Superior Tribunal de Justiça com pedido liminar, que viria a ser negado. A defesa alega a ocorrência de constrangimento a súmula 691<sup>2</sup> do Supremo Tribunal Federal, a inexistência da apresentação de motivos para a imediata segregação por parte do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo para a manutenção da prisão provisória, bem como a ausência de fato novo e do próprio trânsito em julgado.

O ministro relator relaciona o tema da execução provisória da sentença condenatória com o alcance do princípio da presunção da inocência com a busca de um necessário equilíbrio entre princípio e a efetividade da função jurisdição penal, que deve atender aos valores da sociedade. Na sequência, realiza um histórico da jurisprudência do próprio Supremo Tribunal Federal, onde demonstra que já admitia o cumprimento provisório da sentença condenatória. Porém, reconhece que o entendimento estava consolidado desde o julgamento em plenário do habeas corpus 84.078/MG em 2009.

---

<sup>2</sup> Não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de "habeas corpus" impetrado contra decisão do relator que, em "habeas corpus" requerido a tribunal superior, indefere a liminar.

O relator alega que a superação da jurisprudência para a execução antes do trânsito em julgado não interfere na presunção de inocência por um juízo de culpa, uma vez que os recursos pendentes em instâncias superiores não são capazes da análise de fato. Assim como os recursos de natureza extraordinária não configurariam o desdobramento da jurisdição. Os recursos pendentes, no cumprimento provisório da execução da pena, não comprometeriam o núcleo essencial do pressuposto da não-culpabilidade, na medida em que o acusado foi tratado como inocente em todo o procedimento criminal. Sendo que não seria incompatível com tal garantia autorizar a execução com recursos pendentes, uma vez que em outros diplomas, como da lei da ficha limpa, autoriza a punição ainda sem o trânsito em julgado. No decorrer do voto, o relator passa para uma análise internacional sobre o cumprimento provisório da pena, alegando que nenhum país do mundo, depois de passar pelo duplo de jurisdição, aguarda o trânsito em julgado para o início do cumprimento. Sendo assim, o relator votou por denegar a ordem de habeas corpus.

Por sua vez, Edson Fachin elabora seu voto tendo como fundamento a estrutura da jurisdição brasileira, tendo como base os artigos 102 e 105 da Constituição Federal, em que se entendeu que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça não fazem parte da estrutura recursal, servindo para revisar as injustiças do caso concreto. Assim sendo, os recursos pendentes de julgamento nas instâncias superiores não têm o condão de analisar provas fáticas. Entende que no plano infraconstitucional, em especial com a lei de execução penal e seus artigos 147<sup>3</sup> e 164<sup>4</sup>, a interpretação é no sentido de iniciar o cumprimento da pena somente após o trânsito em julgado a sentença penal condenatória. Porém, a Lei de Execução Penal, sendo anterior à Lei nº 8038/90<sup>5</sup>, bem como à CF, seria insuficiente para obstar o cumprimento da pena.

Dessa forma, o ministro conclui que aguardar o trânsito em julgado é aguardar a inércia de uma das partes, sendo a estrutura do judiciário brasileiro um fator de perpetuação do processo sem o devido deslinde, uma vez que sempre há um recurso a ser interposto, por mais estapafúrdio que seja. Devendo com isso, relativizar a regra esculpida no artigo 5º,

---

<sup>3</sup> Transitada em julgado a sentença que aplicou a pena restritiva de direitos, o Juiz da execução, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, promoverá a execução, podendo, para tanto, requisitar, quando necessário, a colaboração de entidades públicas ou solicitá-la a particulares.

<sup>4</sup> Extraída certidão da sentença condenatória com trânsito em julgado, que valerá como título executivo judicial, o Ministério Público requererá, em autos apartados, a citação do condenado para, no prazo de 10 (dez) dias, pagar o valor da multa ou nomear bens à penhora.

<sup>5</sup> Institui normas procedimentais para os processos que especifica, perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal.

LVII, da Constituição Federal<sup>6</sup>. Sendo assim, o ministro denegou a ordem do habeas corpus, acompanhando o relator.

Em consonância com o posicionamento majoritário, Luiz Roberto Barroso estrutura seu voto em três partes. O voto do ministro se estrutura em 03 (três) partes. Na primeira cuida do delineamento da controvérsia debatida em sede processual; para se dedicar em um segundo momento à possibilidade jurídica da execução da condenação após a decisão de segundo grau e; por fim, expor os fundamentos pragmáticos para o novo entendimento do Supremo Tribunal Federal. Ao descrever a controvérsia, o ministro aponta para a ocorrência da mutação constitucional, a qual está associada à plasticidade que devem ser dotadas as normas constitucionais. Assim, o novo sentido da norma constitucional pode decorrer de uma mudança na realidade fática ou de nova percepção da realidade. Tal argumento, se comporta como uma abertura para traduzir os anseios sociais em normas jurídicas. Consequente, o ministro afirma que, desde 2009, houve uma mudança na realidade fática e, com isso, a necessidade da revisão da jurisprudência consolidada pelo Supremo Tribunal Federal. O argumento central consiste na seletividade do processo penal, em que os abastados financeiramente prolongam os processos por meio do acesso à justiça por meio dos recursos, em um giro diametralmente oposto os hipossuficientes não teriam esse acesso.

Em um fundamento estritamente jurídico, o ministro afirma que o pressuposto para a decretação da prisão no direito brasileiro não é o trânsito em julgado da decisão condenatória, mas sim a ordem escrita e fundamentada da autoridade judicial competente, tendo como base normativa o artigo 5º, LXI, da Constituição Federal<sup>7</sup>. Afirma que a presunção de inocência, sendo interpretada como princípio, admite a flexibilização, por meio da técnica da ponderação. Ainda que se reconheça a legislação infraconstitucional, como o artigo 283 do CPP<sup>8</sup>, o voto vai ao encontro de uma ideia de função social da, aquela em que preza o desestímulo de atos criminosos praticados na sociedade. A partir do princípio da ponderação, o qual admite uma dimensão positiva, aponta para a vedação à proteção estatal insuficiente de direitos. Dessa forma, há violação à constituição, quando o Estado deixa de agir, ou age de maneira insuficiente.

Em uma construção infraconstitucional para o início do cumprimento da pena após a decisão em segunda instância, o ministro afirma que o que está em jogo é a própria

---

<sup>6</sup> Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

<sup>7</sup> Ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei

<sup>8</sup> Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado.

credibilidade do judiciário, uma vez que a demora para que se cumpra a decisão acabaria sendo uma afronta à ordem pública. Ademais, destaca o baixo índice de provimento em sede de Recursos Extraordinários, inferior a 1.5% (sendo que, levado o índice absolutório, inferior a 0,1%). A sociedade interpretaria tal fato de duas maneiras: i) de um lado, não há a prevenção para o cometimento de futuros delitos; ii) de outro, os que não pensam em cometer crimes tornam-se incrédulos quanto a capacidade do Estado em proteger os bens jurídicos tutelados.

Como fundamento pragmático para o novo entendimento, o voto caminha na dimensão política, sendo que é função do intérprete desempenhar uma atuação criativa – pelas cláusulas abertas e pelas escolhas das alternativas postas. A execução provisória do acórdão penal condenatório geraria uma contribuição para um maior equilíbrio e funcionalidade do sistema de justiça criminal, reduzindo a interposição de recursos aos tribunais, que detém efeito suspensivo. Com a possibilidade do início do cumprimento do acórdão condenatório, restabeleceria o prestígio e a autoridade das instâncias ordinárias. Assim, também agiria como remédio para a sensação de impunidade. Diante disso, o ministro denega a ordem, a tese de julgamento de que a execução da decisão penal condenatória proferida em segunda grau, ainda que pendente de recursos a instâncias superiores, não viola o princípio constitucional da inocência.

Em seu voto, Rosa Weber basicamente se restringe a manifestar seu voto contrário ao relator. Seu posicionamento é de que não é possível a mudança de interpretação da constituição somente pela troca de ministros do Supremo Tribunal Federal. Adiante, afirma que o plenário se debruçou profundamente sobre o tema na oportunidade de 2009, quando firmou o entendimento de que não caberia execução provisória da pena com base em acórdão penal sujeito a recurso. Concede a ordem ao *habeas corpus*, sendo a primeira ministra a abrir divergência com a relatoria.

A partir do que entende ser a realidade social, Luiz Fux afirma existir uma disparidade entre a pessoa inocente e a considerada culpada pelo ordenamento. Afirma que a sociedade não consegue entender o sujeito que tem todo o procedimento penal, desde a investigação criminal até a condenação em segunda instância, e ainda há a possibilidade de se recorrer às instâncias extraordinárias sem o início imediato do cumprimento da pena. A fim de contribuir com novo fundamento ao voto dos demais ministros, entende ser preciso observar que a interpretação constitucional da inocência não encontra mais ressonância no

meio social, invocando estudiosos do tema<sup>9</sup>, para afirmar que a sociedade não aceita mais um condenado recorrendo em liberdade. Além, a mora para aplicar a pena, poderia recair à prescrição. Em sua leitura, a presunção de inocência cessa a partir do momento em que se comprova a culpabilidade do agente, encerrando um julgamento impassível de modificação pelos tribunais superiores, de forma que denega a concessão da ordem do habeas corpus.

Com um voto breve em consonância com o relator, Cármen Lúcia destaca a relevância do tema para toda a sociedade, não sendo limitado à área jurídica. O voto se inicia fazendo uma diferença constitucional entre o que se entende por culpa e o que se entende por condenação. A ministra afirma que o texto constitucional de que ninguém deverá ser considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória manteria o sentido original, uma vez que condenação e culpa detêm sentidos diferentes.

Demonstra uma preocupação com o seguimento de julgamentos que já havia decidido em outros habeas corpus como ministra do Supremo Tribunal Federal, denegando a ordem, visto entender pela inexistência de uma ruptura, ou uma desconsideração, ao princípio da não culpabilidade penal diante do início do cumprimento da pena quando já exaurido a fase ordinárias de produção de prova. O voto ainda caminha no entendimento de que o momento para a produção de provas se exaure com o duplo grau de jurisdição, pois as vias extraordinárias não analisaram mais as provas fáticas, somente as provas de direito, reiterando o entendimento sumulado, de verbete número 279<sup>10</sup>, do Supremo Tribunal Federal para fundamentar sua decisão. Conclui, portanto, que o cumprimento da condenação não poderia ser abarcado com tal espera jurídica.

Também em consonância com a relatoria do caso, Gilmar Mendes inicia seu posicionamento com o Habeas Corpus 84.078 de Minas Gerais<sup>11</sup>, e o voto do ministro Cezar Peluso no caso, o qual já ressaltava a importância ou a possibilidade de que houvesse a prisão provisória a partes de uma decisão de primeiro ou de segundo grau, desde que houvesse os requisitos da prisão preventiva. Relembra que neste julgado, o então Ministro Cezar Peluso, imaginou introduzir no ordenamento jurídico, via emenda constitucional<sup>12</sup>, que a admissibilidade de eventual recurso especial ou extraordinário não obstaría o trânsito em

---

<sup>9</sup> Como por exemplo: Reva Siegel, Robert Post

<sup>10</sup> Súmula 279: Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário.

<sup>11</sup> Tal julgamento foi responsável pelo entendimento jurisprudencial que vigorava na corte até então, de que o início do cumprimento de uma sentença penal condenatória necessitaria da certidão de trânsito em julgado de tal decisão.

<sup>12</sup> Tal proposta de emenda constitucional ficou conhecida como 'PEC dos recursos', sendo proposta pelo Senador Ricardo Ferraço (PMDB-ES), com o número 15/2011. Iniciando no Senado, não teve seu teor apreciado e foi arquivada ao final da legislatura de acordo com o § 1º do art. 332 do Regimento Interno do Senado Federal.



julgado da ação que comporte. Sendo que a decisão somente poderia ser sustada pela maioria dos membros do Tribunal

Começa, então, a destacar algumas singularidades do processo brasileiro comparando com os demais lugares do mundo. Realça que no modelo alemão, não enseja o trânsito em julgado para início do cumprimento da sentença condenatória, sendo exigido depois para que se tome todas as providências verificadas no processo. Também salienta que no modelo espanhol não há a figura do recurso constitucional, sendo este substituído pelo recurso de amparo.

Ainda em um estudo comparado<sup>13</sup>, o ministro ressalta que na jurisdição brasileira, em âmbito ordinário, há a presença do recurso especial e extraordinário, além dos embargos de declaração, destinados fundamentalmente a eliminar a chancela burocrática do trânsito em julgado. Além, traz para análise o levantamento internacional do jornal *The Economist* sobre jurisdição criminal, o qual observou a presença generosa da figura da prisão preventiva utilizada antes do trânsito em julgado para, de fato, executar a pena. Nesse momento, o ministro Gilmar é intercedido pelo ministro Luís Roberto Barroso, que aderiu sua linha de pensamento e ainda ressaltou que o tabloide *The economist* havia realizado, naquela semana do julgamento, uma matéria referente a descriminalização da maconha.

Seguindo com o voto, o Ministro Gilmar Mendes, reflete sobre um caso que ocorreu em Unai, em que um auditor fiscal do trabalho, reconhecido como mandante e condenado a cem anos de prisão, é solto e vai para casa em seguida. Demonstra que julgamentos e decisões assim são incompreendidos pelo senso comum, bem como pelo senso técnico. Com inferências a casos emblemáticos para ilustrar a situação de impunidade, argumenta que no Supremo Tribunal Federal se vê todos os dias a interposição de múltiplos embargos de declaração a fim de impedir o trânsito em julgado e, que por vezes, acabam por ocorrer a prescrição. Sendo este o fenômeno de grande preocupação do ministro, passa para uma análise teórica da presunção de inocência.

O ministro examina que o próprio ordenamento já flexibiliza alguns *standards* probatórios, bastando que se demonstre meros indícios, como é o caso da figura da busca e apreensão. Verifica, ainda, que a definição do que se entende por culpado, ou que ponto do processo há o tratamento como culpado, depende do legislador. Argumenta que com o passar do tempo e das instâncias processuais o conceito de culpado se amolda. Desta forma, exige-se

---

<sup>13</sup> O Ministro, no decorrer do voto, cita vários diplomas internacionais que o Brasil aderiu que não exigem o trânsito em julgado para o início do cumprimento da sentença penal condenatória, entre eles: A Convenção Americana de Direitos Humanos e a A Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

um tratamento progressivo mais gravoso de acordo com a ordem constitucional vigente. Traz o exemplo da lei da ficha limpa, onde se considera inelegíveis os condenados a partir do julgamento do Tribunal<sup>14</sup>, não impedindo o efeito da condenação penal sem o trânsito em julgado.

Há a insistência argumentativa de que com o andar dos procedimentos o tratamento da presunção de inocência tem que ser flexibilizado. Conforme se avança e a culpa vai sendo sedimentada, o que justifica a imposição de lei com tratamento diferenciado. O ministro ainda admite que pode haver erro no julgamento, mas que o ordenamento prevê o remédio adequado caso isso ocorra, que seria em sede de Habeas Corpus. Justifica, por fim, que em crimes graves, sem a presença dos justificadores da prisão preventiva, haveria a sensação de impunidade. Com isso, o ministro Gilmar Mendes denega a ordem, acompanhando o voto trazido pelo relator Teori Zavascki.

Em voto dissidente, Marco Aurélio inicia seu voto demonstrando insatisfação com o rumo que a alteração jurisprudencial ocasionaria. Relembra que os membros em um julgamento próximo, afirmaram pela necessidade da estabilidade da jurisprudência na Corte e que agora estaria tomando um giro diametralmente oposto em um período de tempo menor. Explicita que a execução precoce diante da culpa não formada ofende o modelo garantista previsto na Constituição de 1988. Questiona que, diante da alteração jurisprudencial vislumbrada, poderá a Constituição de 1988 continuar sendo chamada de Constituição cidadã. Reconhece a morosidade do Estado em punir e que o tempo em que se vivia à época do julgamento eram tempos de crise. Porém, argumenta que é justamente em tempos de crise que devem ser guardados os parâmetros, princípios e valores, não os relativizando e gerando mais insegurança.

Alerta para a possibilidade de Backlash, de forma a retornar a questão ao STF por meio do parlamento. Argumenta que o pressuposto de uma execução provisória é a possibilidade de retornar ao estado de origem, não havendo essa possibilidade de retorno em uma sentença penal que leva o sujeito à prisão e depois é revertida para a liberdade. Cita a ideia de emenda constitucional proposta pelo Ministro Cezar Peluso, advertindo que não caminhou no legislativo. Em conclusão, reitera princípio da não culpabilidade como inviabilidade da execução da pena, direcionando ao Estado a responsabilidade de apurar a culpa, de forma que diante de um cumprimento indevido há a impossibilidade de volta ao

---

<sup>14</sup> Art. 1º, I, “e”, da lei complementar 64/90, introduzido pela lei complementar 135/10

estado original. Acompanha o voto divergente da Ministra Rosa Weber. Implementando a ordem pleiteada na inicial do Habeas Corpus discutido.

O então decano da corte, Celso de Mello, começa seu voto alertando que a presunção de inocência representa uma conquista histórica em uma permanente luta contra a opressão do Estado e com isso faz o seu desenvolvimento histórico, desde a sua gênese no direito romano e que viria desaguar na Declaração do Homem e do Cidadão, de 1789, em seu artigo 9º<sup>15</sup>. Em sua visão, a constituição de 1988 foi fundada em bases democráticas, destinada a reger toda a sociedade, sendo a liberdade sinal de democracia e a prisão o reflexo da autocracia. Seu argumento aponta para a necessidade de ler a Constituição com o viés da liberdade, em uma hermenêutica emancipatória, em que todos devem ser considerados inocentes pelo poder público, devendo prevalecer tal regra de tratamento até a chancela do trânsito em julgado..

Em análise do direito comparado, diferente do ministro Gilmar Mendes, o decano recordou que a presunção de inocência está consagrada nas contribuições de inúmeros países democráticos, além de outros diplomas internacionais. Em sentido contrário, em um regime autoritário como o Estado Novo, se impunha ao acusado, em sede penal, a responsabilidade provar sua inocência<sup>16</sup>. Assim, a presunção de inocência não se esvazia progressivamente, pois significa que os processos penais, desde os inquéritos policiais em curso até à condenação sujeita a recurso, não podem ser considerados enquanto episódios processuais suscetíveis de pronunciamento absolutório.

Reitera os preceitos da Lei de Execução Penal, a qual impõe como inafastável pressuposto de legitimação para início da pena o trânsito em julgado<sup>17</sup>. Concluiu o voto acompanhando integralmente na divergência os ministros Rosa Weber e Marco Aurélio, deferindo o pedido que consta no habeas corpus. Assim, sustenta a manutenção da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que até então vigorava, reafirmando que a tese de execução sem o trânsito em julgado afronta a Constituição Federal de 1988.

Por fim, em mais um voto divergente, Ricardo Lewandowski começa seu voto pedindo vênias ao relator por manter a sua posição de julgamento de longa data. Em sua fundamentação, afirma que não consegue ultrapassar a taxatividade do texto constitucional,

---

<sup>15</sup> Art. 9.º - Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, caso seja considerado indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei.

<sup>16</sup> Art. 20. No processo dos crimes de competência do Tribunal serão observadas as seguintes disposições: 5) Presume-se provada a acusação, cabendo ao réu prova em contrário, sempre que tenha sido preso com arma na mão, por ocasião de insurreição armada, ou encontrado com instrumento ou documento do crime;

<sup>17</sup> Art. 105. Transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução

pois a previsão de inocência até o trânsito em julgado se coloca como um verbete objetivo e categórico. Diante da situação carcerária brasileira, utiliza-se da ADPF nº 347 para reiterar a situação de vulnerabilidade dos presos, uma vez reconhecido o estado de coisas inconstitucionais. Argumenta, portanto, que o sistema penal brasileiro sempre deu maior tutela jurisdicional à propriedade.

A partir de dados estatísticos, argumenta que 1/4 das decisões penais recorridas são revertidas, sendo impossível indenizar o sujeito que passou anos preso por uma decisão que se mostraria incompatível com o ordenamento jurídico. Finaliza elogiando o voto do relator, ministro Teori Zavascki, no sentido de que o mesmo está atento à realidade brasileira. Porém, vota acompanhando a divergência, seguindo Rosa Weber, Marco Aurélio e do Decano Celso de Mello, concedendo a ordem.

### **III. QUANDO A CORTE FALA EM NOME DO POVO**

Como visto, o *habeas corpus* 126.292/SP foi denegado pela maioria dos ministros do Supremo Tribunal Federal. O voto do relator, Ministro Teori Zavascki, no sentido de denegar a ordem e mudar a jurisprudência do Tribunal, para permitir a execução da sentença penal condenatória antes do trânsito em julgado, foi seguida por outros seis ministros; os outros quatro julgadores divergiram do relator, entendendo pela manutenção do entendimento jurisprudencial e, conseqüentemente, pela concessão da ordem. Formado o resultado de sete ministros pela denegação da ordem e mudança jurisprudencial contra quatro ministros favoráveis à concessão da ordem, o STF julgou pela possibilidade da execução de sentença penal condenatória antes do trânsito em julgado depois de uma decisão condenatória colegiada.

A partir do levantamento dos fundamentos adotados pelos ministros do Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC 126292/SP, apresenta-se uma análise dos discursos dos julgadores, com base nos pressupostos teóricos e metodológicos apresentados no primeiro capítulo. A intenção é identificar como os ministros se utilizaram de argumentos evocando o povo - ou a sociedade - enquanto categoria analítica, para fundamentar e legitimar suas decisões. Ainda, observa-se como foi realizada a mobilização do conceito de povo nesses discursos, de modo a compreender a função e o impacto da utilização deste recurso retórico em uma decisão judicial que promoveu uma mudança de entendimento com repercussões constitucionais e políticas. Além de recortar os fundamentos utilizados no

juízo com base em elementos “sociais” e “populares”, busca-se questionar a utilização desse tipo de discurso no âmbito da jurisdição constitucional.

Diante da variedade de argumentos apresentados nos votos dos ministros no julgamento do HC 126292/SP, serão adotadas categorias de análise dos fundamentos dos julgadores, de modo a sistematizar e viabilizar a investigação proposta. Dentre os fundamentos utilizados, foi possível notar a existência de dois grupos temáticos que abrangem e classificam os argumentos dos ministros: (i) fundamentos alusivos aos sentimentos sociais e (ii) fundamentos estritamente jurídicos (ou seja, que se debruçam em aspectos jurídicos e constitucionais, sem fazer referência direta a questões sociais). Por exemplo, enquadram-se nesta segunda categoria discussões sobre a extensão do princípio da presunção de inocência, sobre a efetividade da jurisdição penal, bem como os paralelos feitos por alguns ministros com relação a outros ordenamentos jurídicos.

Entre os ministros que votaram pela concessão da ordem, ou seja, pela reiteração da jurisprudência do STF, identificam-se argumentos enquadrados na segunda categoria, sem relação aos “apelos sociais”. Os principais fundamentos adotados por esses ministros foram: i) a estabilização a jurisprudência do STF (necessitando a manutenção do entendimento firmado em 2009); ii) o entendimento de que a tese de execução penal provisória afronta a Constituição Federal; iii) o reconhecimento da disposição constitucional e leis penais com indicação expressa de que a execução da pena só poderá ocorrer após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Já os argumentos jurídicos utilizados pelos ministros que votaram pela mudança jurisprudencial circundam as seguintes questões: i) falta de efetividade da jurisdição penal; ii) necessidade de flexibilização do princípio da presunção de inocência; iii) impossibilidade de rediscussão da matéria fática nas instâncias superiores, o que poderia indicar uma comprovação da culpabilidade do agente antes do trânsito em julgado da sentença condenatória; iv) analogia com condenações em outros ramos do direito que autorizam a penalização antes do trânsito em julgado.

Organizado os principais argumentos jurídicos utilizados pelos ministros, pode-se visualizar a tendência da argumentação dos ministros contrários à execução de pena antes do trânsito em julgado em torno da manutenção da jurisprudência do próprio Supremo Tribunal Federal, bem como no fato de que não apenas a Constituição Federal impedia o cumprimento de pena após a segunda instância, mas, sim, que as legislações penais seguiam a mesma diretriz. Isso indica que a defesa de uma posição contrária ao da execução da pena após o trânsito em julgado demandava a superação destes fundamentos.

Para ultrapassar a barreira argumentativa da literalidade do dispositivo constitucional analisado e a estabilização do próprio entendimento consolidado pelo STF em 2009, os ministros favoráveis à execução provisória da pena partiram para um raciocínio que buscava fragilizar e fragmentar o conteúdo do princípio da presunção da inocência. Além disso, também se utilizaram de analogias de outros ramos do direito. O movimento hermenêutico realizado pelos julgadores favoráveis à mudança da jurisprudência demonstra a dificuldade de se sustentar juridicamente essa posição: tiveram que utilizar uma interpretação extensiva sobre o conteúdo de um princípio aparentemente já delimitado pela Constituição (o da presunção de inocência) e recorreram a institutos de outros ramos do direito para justificar tal prática no âmbito da jurisdição penal, cuja respectiva legislação vedava expressamente a execução provisória da pena.

Além dos argumentos jurídicos, os ministros que votaram pela mudança da jurisprudência do Tribunal mobilizaram argumentos alusivos ao “povo” e às suas demandas. Dos sete ministros que votaram pela denegação da ordem (e a favor do cumprimento de pena antes do trânsito em julgado), seis apresentaram argumentos com referências ao “povo” e à “sociedade”. Apenas a Ministra Cármen Lúcia não trouxe uma articulação explícita nesse sentido, embora tenha destacado, em seu voto, que a matéria discutida transcendia a arena jurídica, impactando a esfera social, o que até pode sugerir que a reação social tivesse influenciado a sua decisão. Nota-se, portanto, que para alterar um entendimento sobre a Constituição neste caso, evocou-se o fundamento básico da ordem jurídico-política, o povo soberano.

Este tipo de fundamentação pode ser problematizado sob o ponto de vista da atuação contramajoritária que se espera na jurisdição constitucional. Decidir questões constitucionais com base no que se entende ser a “vontade popular” revela uma disfunção ou uma incompatibilidade entre a expectativa sobre atuação do Supremo Tribunal Federal, do qual se espera o respeito e o fortalecimento das disposições contidas na Constituição Federal, e a sua prática. Aliás, uma atuação contramajoritária do STF é o que se espera principalmente em demandas que envolvem direitos fundamentais, como foi o caso do processo em análise, visto que a jurisdição constitucional deve operar como instrumento de contenção da maioria contra a minoria (Abboud, 2012, p. 192-193).

Sensação de impunidade, descrédito do Judiciário e do Estado frente à opinião pública e a incompreensão da sociedade acerca da sistemática de recursos do processo penal, foram alguns dos argumentos mais utilizados pelos ministros que seguiram a linha de mudança jurisprudencial. Estes argumentos revelam uma tentativa dos julgadores de

justificarem suas decisões para além dessa discussão jurídica. Se a questão debatida transpassa o debate jurídico, como apontado pela Ministra Cármen Lúcia, os ministros favoráveis ao cumprimento de pena após a segunda instância se dedicaram a sustentar suas posições com base em argumentos que diziam respeito ao “sentimento da sociedade”. Nesses fundamentos, os ministros se empenharam a realizar uma função de intérpretes e canalizadores de uma suposta vontade popular, agindo como se fossem o seu representante. Ao se referirem ao “povo” ou à “sociedade”, os ministros colocam essas demandas como generalizadas, como se todo o povo desejasse a execução de pena antes do trânsito em julgado após acórdão condenatório.

Em suma, o STF acaba por articular em sua prática uma tentativa de mobilizar um “povo” totalizante, o qual teria por meio da institucionalidade da Corte, a possibilidade de se manifestar. Ocorre que tal prática ignora a impossibilidade de um sujeito universal capaz de apontar para uma vontade geral e fundamentar o desejo do povo. Isto pois, o social, não se constitui como um elemento fechado e definido, existindo uma série de significações sociais contingentes, difusas e precárias (Mendonça, 2009, p. 156).

Portanto, os ministros não se referiram ao povo “de fato” (se é que fosse possível empreitada), mas, sim, a uma projeção recortada do que entendem ser “o povo”, sobretudo se considerar que o discurso representa demandas e projetos necessariamente particulares (Ferreira, 2011, p. 14). Ou seja, os apelos populares atendidos por esses ministros diziam respeito a demandas e projetos de alguns segmentos da sociedade, e não de todo o povo (mesmo sendo mobilizado de forma universal). Nesta perspectiva, pode-se considerar que os ministros representaram esses grupos da sociedade por meio das pautas levantadas em seus votos, o que não os tornam representantes do povo, mas sim, de um povo.

A utilização de argumentos referentes ao “povo” nos votos dos ministros favoráveis à prisão após a segunda instância pode ser interpretada sob dois aspectos principais: (i) as demandas apresentadas como “apelos sociais” significam pautas de grupos sociais canalizadas por alguns ministros; (ii) o uso de fundamentos atrelados à vontade popular implicam uma tentativa de suprir o *déficit* jurídico da posição interpretativa sustentada pelos ministros favoráveis à mudança da jurisprudência do STF na matéria. Em outras palavras, se no raciocínio interpretativo e hermenêutico havia uma dificuldade para desconstituir um entendimento baseado na literalidade do dispositivo constitucional, o argumento representativo do “povo” poderia funcionar como recurso para legitimar a decisão tomada. De todo modo, quando a Corte falou em nome do povo, no julgamento do HC 126.292/SP, não houve a superação da contingência e precariedade da articulação de um povo de fato,

sendo este termo foi utilizado como forma de canalizar demandas advindas de segmentos do tecido social e legitimar a decisão do STF.

## CONCLUSÃO

O presente artigo buscou investigar como “o povo” foi articulado nos fundamentos dos votos dos ministros do Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC 126.292/SP. Para atingir este objetivo, recorreu-se à análise discursiva dos votos a partir da Teoria do Discurso de Essex, a fim de identificar quais argumentos dos ministros tiveram a conotação de mobilizar as demandas, para, após delinear tais fundamentos, identificar o papel do “povo” desempenhado em seus respectivos votos.

O marco teórico adotado foram Ernesto Laclau e Chantal Mouffe, partindo de suas contribuições para a construção da teoria do discurso. Tal teoria forneceu, também, as bases metodológicas para o desenvolvimento da pesquisa proposta. Assim, partiu-se da compreensão de que povo não consiste em um dado, algo constituído e compreensível por completo, mas, sim, em uma construção discursiva, contingente e precária. Tal fato explicita o aspecto político em torno deste elemento, bem como realça a disputa política do fundamento da própria Constituição.

Pontuando os pressupostos teóricos e metodológicos adotados, o trabalho passou a debruçar sobre os votos dos ministros no julgamento analisado. Transcreveu-se os argumentos apresentados pelos julgadores, de modo a explicitar quais pontos foram discutidos para se chegar na decisão tomada. Ao final, o Tribunal formou maioria para denegar a ordem do habeas corpus, alterando a sua jurisprudência, a fim de entender pela possibilidade do cumprimento de pena antes do trânsito em julgado.

Sequencialmente, passou-se para a análise dos fundamentos elencados pelos ministros no julgamento em questão. Constatou-se a presença de dois tipos de argumentos: fundamentos jurídicos e fundamentos alusivos ao povo. Estes dois grupos serviram como categorias de classificação dos discursos dos ministros, viabilizando a análise proposta. Foi possível observar que os ministros que votaram pela concessão da ordem e consequente manutenção do entendimento jurisprudencial do STF utilizaram apenas fundamentos jurídicos, baseados principalmente na estabilização da jurisprudência do Tribunal e na literalidade do dispositivo constitucional e das leis penais. Os argumentos alusivos às demandas presentes na sociedade foram adotados pelos ministros que formaram maioria e se



referiam, principalmente, ao descrédito do Judiciário e do Estado frente à opinião pública, à incompreensão das pessoas sobre o sistema de recursos do processo penal.

Concluiu-se que a utilização desses argumento por parte dos ministros que votaram pela possibilidade de execução da pena antes do trânsito em julgado indica duas pretensões desses julgadores: a primeira, de canalizar demandas de uma parcela da sociedade brasileira, recorrendo a uma categoria totalizante, como se o anseio fosse de todo o povo, e não de apenas um segmento; a segunda, de legitimar um posicionamento frágil juridicamente, vez que ia de encontro à literalidade da disposição constitucional, bem como pretendia alterar um entendimento jurisprudencial consolidado pelo mesmo Tribunal. Assim, o recurso discursivo de supostamente atender a um clamor popular serviu para motivar e legitimar uma mudança na interpretação constitucional em sentido contrário ao próprio texto da Constituição.

## REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. STF vs. vontade da maioria: as razões pelas quais a existência do STF somente se justifica se ele for contramajoritário. **Revista dos Tribunais, São Paulo**, v. 921, p. 191-214, 2012.

BIGLIERI, Paula. Populismo e emancipações: a política radical hoje, uma aproximação (com variações) ao pensamento de Ernesto Laclau. In: MENDONÇA, Daniel de; RODRIGUES, Leo Peixoto; LINHARES, Bianca. p. 19-38. **Ernesto Laclau e seu legado transdisciplinar**. São Paulo: Intermeios, 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 126.292**. Constitucional. Habeas Corpus. Princípio Constitucional Da Presunção De Inocência (Cf, Art. 5º, Lvii). Sentença Penal Condenatória Confirmada Por Tribunal De Segundo Grau De Jurisdição. Execução Provisória. Possibilidade. Relator: Teori Zavascki. Brasília, 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em 29 de abril de 2024.

FERREIRA, Fabio Alves. Para entender a teoria do discurso de Ernesto Laclau. **Revista Espaço Acadêmico**, v. 11, n. 127, p. 12-18, 2011.

LACLAU, Ernesto. **Emancipação e diferença**. Rio de Janeiro: EdUERJ, 2011.

LACLAU, Ernesto. **Razão Populista**. São Paulo: Três Estrelas, 2018.

LACLAU, Ernesto; MOUFFE, Chantal. **Hegemonia e Estratégia Socialista**: por uma política democrática radical. São Paulo: Intermeios, 2015a.

LACLAU, Ernesto; MOUFFE, Chantal. Pós-marxismo sem pedido de desculpas. In: LOPES, Alice Casimiro; MENDONÇA, Daniel de. **A teoria do discurso de Ernesto Laclau**: ensaios críticos e entrevistas. p. 35-72. São Paulo: Annablume, 2015b.

MENDONÇA, Daniel de. Como olhar “o político” a partir da teoria do discurso. **Revista Brasileira de Ciência Política**, n. 1, p. 153-169, 2009.

MENDONÇA, Daniel de; RODRIGUES, Léo Peixoto. Em torno de Ernesto Laclau. In.: RODRIGUES, Léo Peixoto; MENDONÇA, Daniel de. **Pós-estruturalismo e teoria do discurso**: em torno de Ernesto Laclau. p. 25-34. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008.