



O PARADOXO DA SOBERANIA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA, DEMOCRACIA E EXCEÇÃO

João Paulo Soares e Silva¹
Karoline França Bastos Cunha²

RESUMO

O presente trabalho investiga a atuação do Supremo Tribunal Federal no julgamento das cautelares das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43 e 44 à luz do *paradoxo da soberania*, introduzido por Carl Schmitt e revisitado por Giorgio Agamben na série *Homo Sacer*. A partir de uma abordagem material dos julgamentos em questão e valendo-se de revisão bibliográfica e dedução hipotética, busca-se analisar o mencionado julgamento, que excluiu a aplicabilidade do princípio da presunção de inocência do ordenamento jurídico brasileiro. A malha argumentativa assume a hipótese de que a atuação do STF instaura um ambiente de indeterminação constitucional por meio da suspensão arbitrária da validade do texto normativo.

Palavras-chave: Democracia. Presunção de inocência. Interpretação constitucional. Paradoxo da soberania. Estado de exceção.

¹Mestre em Direito pela UniFG. Especialista em Direito Público. Professor do curso de Direito da UniFG. Membro associado da Rede Brasileira de Direito e Literatura (RDL). Membro do CAJU – Centro de Estudos sobre Acesso à Justiça. Advogado – OAB/BA. Centro Universitário UniFG. Guanambi. Bahia. – Brasil. E-mail: jp_soaresesilva@hotmail.com

²Mestranda em Direito pela UniFG. Especialista em Direito Público. Especialista em Direito e Processo do Trabalho Membro associado da Rede de Pesquisa Empírica do Direito. Membro do NEDEI- Núcleo de Estudos em Direito, Economia e Instituições. Advogada – OAB/BA. Centro Universitário UniFG. Vitória da Conquista. Bahia. Brasil. E-mail: karolinefranca.adv@gmail.com

THE PARADOX OF SOVEREIGNTY IN THE SUPREME FEDERAL COURT: PRESUMPTION OF INNOCENCE, DEMOCRACY AND EXCEPTION

ABSTRACT

This paper investigates the actions of the Federal Supreme Court in the judgment of the precautionary measures of Constitutional Declaratory Actions nº 43 and 44 in light of the paradox of sovereignty, introduced by Carl Schmitt and revisited by Giorgio Agamben in the series *Homo Sacer*. Based on a material approach to the judgments in question and using a bibliographical review and hypothetical deduction, it is sought to analyze the aforementioned judgment, which excluded the applicability of the presumption of innocence principle of the Brazilian legal system. The argumentative mesh assumes the hypothesis that the performance of the STF establishes an environment of constitutional indetermination through the arbitrary suspension of the validity of the normative text.

Keywords: Democracy. Presumption of innocence. Constitutional interpretation. Paradox of sovereignty. State of exception.

1 INTRODUÇÃO

É impossível se falar em democracia e Estado Democrático de Direito sem uma especial preocupação com as garantias e direitos fundamentais. Trinta anos depois de promulgada a Constituição mais garantidora da história do Brasil, o país vive um complexo contexto de crise econômica, política e jurídica, o que se evidencia pela constante relativização de direitos fundamentais, como visto na recente reforma trabalhista³, no uso deturpado do instituto da delação premiada⁴ e na mitigação do princípio da presunção de inocência pelo STF. Esse texto se propõe a analisar, de um viés filosófico, um dos capítulos dessa mitigação.

O princípio da presunção de inocência é consagrado em diversos diplomas internacionais e pode ser apontado como uma das mais relevantes faces do Estado Democrático de Direito: a Declaração Universal dos Direitos Humanos assegura à pessoa o direito de ser presumida inocente até a comprovação de sua culpabilidade de acordo com a lei, guardando a publicidade do julgamento e as garantias

³DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.467/2017*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: LTr, 2018, p. 21-60.

⁴SOARES E SILVA, João Paulo; NICOLITT, André. 30 anos da Constituição de 1988 e os desafios atuais do Processo Penal. In: SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; MALAN, Diogo Rudge; MADURO, Flávio Mirza (orgs). *Crise no processo penal contemporâneo: escritos em homenagem aos 30 anos da Constituição de 1988*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p. 23-38.

necessárias à defesa⁵; já a Convenção Americana Sobre os Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) dispõe que “toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”⁶.

Essa previsão, internacionalmente reconhecida, foi proclamada no texto original da Constituição Federal brasileira, que dispõe, no inciso LVII do seu 5º artigo, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. A previsão constitucional é, portanto, mais abrangente, uma vez que garante a não-culpabilidade até que não haja mais recurso cabível para atacar a sentença condenatória, ou seja, até o trânsito em julgado da ação penal.

No entanto, em que pese o alargamento constitucional do instituto ser claramente evidenciado da simples literalidade do dispositivo, recentes decisões do Supremo Tribunal Federal tolheram de significado o texto e suspenderam a validade da disposição constitucional.

Trata-se aqui do julgamento do *habeas corpus* nº 126.292/SP e, mais especificamente, do julgamento dos pedidos cautelares das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44, que buscavam a confirmação da conformidade constitucional do artigo 283 do Código de Processo Penal⁷, que espelha o texto da Carta Magna e positiva infraconstitucionalmente a presunção de inocência.

A tese a ser defendida aponta que a suspensão da validade desses preceitos fere a segurança jurídica e instaura um ambiente de *anomia* e *indeterminação*, vez que, ao dar à norma o que chamou de *interpretação conforme à Constituição*, o STF esvaziou o sentido da previsão constitucional e se coloca em posição de *soberania*: dentro e fora da lei.

⁵ O artigo 11, §1º da Declaração Universal de Direitos Humanos (1948) dispõe, *in verbis*: “Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa”.

⁶ Artigo 8º §2º da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) (1969).

⁷ Não nos debruçaremos, portanto, sobre o julgamento do HC 152.752/PR, impetrado em favor do ex-Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva. Esse julgamento porta peculiaridades mais profundas, sobretudo pela atenção midiática, o apelo popular e pelas falas dos Ministros Luís Roberto Barroso e Rosa Weber, merecendo uma investigação autônoma e específica.

2 A QUESTÃO DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA NO STF

No ano de 2016, por ocasião do julgamento do HC 126.292/SP, o plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu, por maioria de votos, pela possibilidade do início da execução penal antes de verificado o trânsito em julgado da sentença condenatória. A corte considerou que o procedimento da execução imediatamente após a confirmação condenatória em segundo grau não representa afronta ao inciso LVII do art. 5º da Constituição da República.

Conforme pode ser extraído do voto do relator do caso, o ministro Teori Zavascki, esse entendimento foi baseado na premissa de que a análise factual e probatória é encerrada no momento em que a condenação penal é mantida em segunda instância, restando, a partir dali, a possibilidade de análise apenas de matéria de direito, o que bastaria para fulminar a presunção da inocência do paciente.

Vale anotar, entretanto, nossa posição no sentido de que a inexistência de análise factual a partir da confirmação condenatória em segundo grau não torna a decisão imutável, conforme fica evidente, por exemplo, no caso de reconhecimento de nulidade pelas instâncias extraordinárias e consequente determinação de nova instrução e julgamento no primeiro grau, ou mesmo absolvição do acusado⁸.

De todo modo, decidiu-se, assim, 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”⁹.

Desde 2011, quando a lei 12.403 alterou alguns dispositivos do Código de Processo Penal, o diploma legal determina, em seu artigo 283, que além das hipóteses específicas de prisão temporária e preventiva e da verificação de flagrante delito, ninguém poderá ser preso senão por ordem de autoridade judiciária competente, escrita e devidamente fundamentada, exarada em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado.

⁸ NICOLITT, André. STF: execução provisória da pena e suas razões subjacentes. *Boletim IBCCRIM*, v. 290, 2017, p. 7.

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *HC 126.292/SP*. Rel: Min. Teori Zavascki, julgado em 02/09/2016, DJ 17 maio 2016.

Assim, a virada interpretativa causou estranhamento de grande parte da comunidade jurídica¹⁰, mormente por ter desencadeado, nos Tribunais por todo o país, uma série de decisões que determinaram a execução provisória da pena, em oposição direta à previsão constitucional e infraconstitucional.

Em oposição, o Partido Ecológico Nacional e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil ingressaram com Ações Declaratórias de Constitucionalidade (enumeradas como ADC 43 e ADC 44, respectivamente) na busca do reconhecimento da constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal, e cautelarmente, pela determinação da suspensão da execução antecipada da pena de todos os casos em que os órgãos fracionários de Segunda Instância ignoraram o disposto no referido artigo com base no HC 126.292/SP.

As ações foram recebidas conjuntamente e, em que pese ainda não ter havido decisão final, o Supremo enfrentou as cautelares e, por maioria de votos, indeferiu o pedido, considerando adequada a interpretação da norma que afasta o impedimento do início da execução da pena antes do julgamento em instâncias extraordinárias¹¹.

Passaremos, pois, a uma análise mais detida de decisão das cautelares das ADCs 43 e 44, sobretudo com uma especial atenção ao voto proferido pelo ministro Edson Fachin, vez que esse foi o voto que abriu a divergência e conduziu os demais que se expressaram no mesmo sentido.

3 JULGAMENTO DAS CAUTELARES DAS ADCS 43 E 44

As Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44 foram ajuizadas, respectivamente, pelo Partido Ecológico Nacional (PEN) e pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Buscavam um objetivo comum: o reconhecimento da constitucionalidade do disposto no artigo 283 do Código de Processo Penal e a consequente concessão de medida cautelar suspensiva das

¹⁰ Vale especial menção a TRINDADE, André Karam ; STRECK, Lenio Luiz ; BREDA, Juliano . O lado oculto dos números da presunção de inocência. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 13 jun. 2016.

¹¹ Acerca de inconsistências técnicas nesse julgamento, ver SOARES E SILVA, João Paulo; PEIXOTO NETO, Adwaldo Lins. A relativização da presunção de inocência e a falta de técnica no manejo da jurisdição constitucional. In: MATOS, Taysa A; SANTANA, Selma Pereira de. (Org). *Dignidade da Pessoa Humana: Estudos para Além do Direito*. 2. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

decisões que, com base no entendimento anteriormente exprimido no HC 126.292/SP, determinaram a execução antecipada da pena em acórdãos prolatados em segunda instância.

A peça exordial do Partido Ecológico Nacional – posteriormente identificada como ADC 43 – faz menção ao Pacto de San José da Costa Rica, que prevê que “ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas constituições políticas dos Estados Partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas”¹², para lembrar que a interpretação dos institutos constitucionais deve ser feita em conformidade com os direitos humanos. Noutra ponto, invoca o julgamento da medida cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (MC-ADPF) de número 347, que proclamou a existência de um estado de coisas inconstitucional¹³ no âmbito do sistema carcerário brasileiro ante a ocorrência de violação massiva de direitos fundamentais dos detentos.

Dessa maneira, postula, entre outras coisas, a declaração de constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal, para que se reconheça a legitimidade constitucional do condicionamento do início do cumprimento da pena de prisão ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória e, subsidiariamente, a declaração de que o aludido artigo de lei é *ainda constitucional*¹⁴, enquanto perdurar o atual *estado de coisas inconstitucional* no sistema carcerário brasileiro¹⁵.

¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADC: 43 DF, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 05/10/2016. Data de Publicação: DJe-30 jun. 2017.

¹³A teoria do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) o aponta como um quadro insustentável de transgressão contínua e generalizada de direitos fundamentais. Trata-se de um conceito jurídico originado na Corte Constitucional da Colômbia que tem sido aplicado em diversos ordenamentos no mundo e visa precipuamente o combate ao constitucionalismo simbólico. Segundo essa teoria, a configuração do estado de coisas inconstitucional necessita da observância de três pressupostos: situação de violação generalizada de direitos fundamentais; inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a situação e; necessidade da atuação de uma pluralidade de autoridades para que sejam superadas as transgressões. Sobre o tema, consultar: CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. 1. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

¹⁴Técnica decisória já utilizada em outros julgamentos da Corte em que a validade do preceito é comprometida progressivamente e não de maneira imediata. Utilizada, por exemplo, no RE 341717 AgR, Relator Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 05/08/2003, DJe-040 05-03-2010 e na ADI 2415, Relator Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 22/09/2011, DJe-028 09-02-2012.

¹⁵Sobre isso, ver: HARTMANN, Ivar Alberto, et. al. O impacto no sistema prisional brasileiro da mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre execução da pena antes do trânsito em julgado no HC 126.292/SP - Um estudo empírico quantitativo. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/pesquisa-fgv-presuncao-inocencia.pdf>. Acesso em 14 jun. 2017.

Pautada em outra linha argumentativa, mas com objeto coincidente, a ação promovida pela Ordem dos Advogados do Brasil –identificada como ADC 44 – apontou a existência de controvérsia constitucional sobre a validade do artigo 283 do CPP a partir do julgado do HC 126.292/SP, argumentando que apesar de não haver nenhuma orientação de repetição decisória ou qualquer espécie de efeito vinculante ou determinação, notou-se considerável repercussão da virada interpretativa no sistema judicial de maneira geral, podendo ser indicados diversos casos posteriores em que os Tribunais lançaram mão da citação do referido julgamento para superar o disposto na norma positivada, de maneira que se fazia imprescindível que o Supremo se pronunciasse sobre a validade e vigência da aludida norma.

Aqui vale ressaltar que o acórdão proferido no HC 126.292/SP silenciou acerca do dispositivo do Código de Processo Penal objeto dessas ações declaratórias, de modo que a Suprema Corte acabou por instaurar um ambiente paradoxal de insegurança jurídica, onde a sua orientação jurisprudencial atacara diretamente o texto normativo sem efetuar o crivo de constitucionalidade. Logo, na perspectiva da jurisdição constitucional, o artigo 283 do CPP permanece válido e, portanto, deve ser aplicado pelos Tribunais, inclusive em atenção ao que dispõe a Súmula Vinculante nº 10¹⁶, do próprio STF.

É digno de nota também que a ação pretende o conhecimento da ação declaratória de constitucionalidade e a concessão de medida cautelar para determinar a suspensão da execução antecipada da pena em todos os casos em que os Tribunais tenham ignorado a lei – e a Constituição, portanto – em atenção ao decidido no HC 126.292/SP.

Iniciado o julgamento conjunto das cautelares, o Ministro Relator Marco Aurélio Mello proferiu voto pela concessão dos pedidos. Entretanto, o Ministro Edson Fachin abriu divergência e proferiu o voto condutor da tese vencedora, no qual inicia citando casos em que o Brasil foi condenado por organismos internacionais em razão de ineficiência do seu sistema penal na proteção de direitos humanos (casos Maria da Penha, Sétimo Garibaldi, Ximenes Lopes) e analisa os efeitos do artigo 283 do Código de Processo Penal à luz dos artigos 995 e 1.029, §5º do novo Código de

¹⁶A Súmula Vinculante nº 10 do STF prevê: “Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte”.

Processo Civil dos quais, argumenta, se extrai a atribuição legal de efeito meramente devolutivo aos recursos extraordinários e especial, o que, para o relator, permitiria o início da execução quando o provimento condenatório for proferido pelo Tribunal de Apelação.

Tal análise, entretanto, se revela despicienda, uma vez que a tarefa deveria ser a de analisar a conformidade constitucional da previsão do artigo 283 do CPP – que se manifesta pelo evidente espelhamento dos textos – e não a sua modulação de efeitos ou revogação tácita por outros dispositivos infraconstitucionais.

Em seu voto (vencido), o Ministro Marco Aurélio Mello chama atenção à organicidade do Direito e à literalidade da previsão constitucional: ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. “A literalidade do preceito não deixa margem para dúvidas: a culpa é pressuposto da reprimenda, e a constatação ocorre apenas com a preclusão maior. O dispositivo não abre campo a controvérsias semânticas”¹⁷.

A Carta Federal consagrou a excepcionalidade da custódia no sistema penal brasileiro, sobretudo no tocante à supressão da liberdade anterior ao trânsito em julgado da decisão condenatória. A regra é apurar para, em execução de título judicial condenatório precluso na via da recorribilidade, prender.¹⁸

Em sentido contrário, entretanto, a maioria decidiu no sentido de indeferir a cautelar e atribuir ao artigo de lei a interpretação que afasta a ideia de que a norma impede o início da execução da pena antes do julgamento em instâncias extraordinárias. Tal posicionamento pode ser resumido em um trecho da fala do Ministro Fachin, em que vota:

por declarar a constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, com interpretação conforme a Constituição, que afasta aquela conferida pelos autores nas iniciais dos presentes feitos segundo a qual referida norma impediria o início da execução da pena tão logo esgotadas as instâncias ordinárias, assentando que é coerente com a Constituição o principiar de execução criminal quando houver condenação confirmada em

¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADC: 43 e 44 DF, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 05/10/2016. Data de Publicação: DJe-30 jun. 2017

¹⁸Min. Rel. Marco Aurélio em: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADC: 43 e 44 DF, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 05/10/2016. Data de Publicação: DJe-30 jun. 2017.

segundo grau, salvo atribuição expressa de efeito suspensivo ao recurso cabível. De consequência, indefiro a cautelar requerida.¹⁹

Dessa forma, mesmo sem uma clara fundamentação, o STF mantém a virada interpretativa e indica que reconhecerá a constitucionalidade para manter a validade do dispositivo, mas sem a interpretação que o seu texto sugere, de forma que o dispositivo continuará válido, mas sem significar o que diz.

Tal esforço de significação além (ou aquém) do texto, aliado à ausência de uma adequada fundamentação²⁰ do *overruling* – já que não há justificação efetiva acerca da nova atribuição de sentidos dada ao texto – instaura uma forma de exceção e esvazia o sentido de um dispositivo constitucional basilar à concretização dos fundamentos e objetivos consagrados pela própria Constituição²¹, trazendo à tona a figuração da Suprema Corte brasileira em um paradoxo de soberania, conforme desenvolvido por Carl Schmitt e revisitado pelo filósofo italiano Giorgio Agamben em sua série *Homo Sacer*.

Agamben aponta que, diante do desmoronamento das democracias europeias, a teoria do estado de exceção – que, até então, ganhava voz apenas pelo trabalho de Carl Schmitt²² – ganhou uma especial atenção entre os anos de 1934 e 1948, sendo retomado por Frederick M. Watkins, Carl J. Friedrich, Clinton L. Rossiter e Herbert Tingsten²³. Essas obras registram a transformação dos regimes

¹⁹Min. Edson Fachin em: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADC: 43 e 44 DF*, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 05/10/2016. Data de Publicação: DJe-30 jun. 2017.

²⁰Sobre o tema da adequada fundamentação das decisões judiciais, ver: BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. A Fundamentação Substancial das Decisões Judiciais no Marco do Novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, v. 256, p. 35-64, 2016 e CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; PEDRON, Flávio Barbosa Quinaud. O que é uma decisão judicial fundamentada? Reflexões para uma perspectiva democrática do exercício da jurisdição no contexto da reforma do processo civil. In: BARROS, Flaviane de Magalhães; BOLZAN DE MORAIS, José Luis (orgs.). *Reforma do processo civil: perspectivas constitucionais*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

²¹CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes; BACHA E SILVA, Diogo. O princípio constitucional processual da presunção de inocência e o papel do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito: uma contribuição crítica a partir da controvérsia em torno do julgamento do Habeas Corpus 126.292 pelo Supremo Tribunal Federal. In: LEITE, George Salomão; STRECK, Lenio Luiz; NERY JÚNIOR, Nelson. (Org.). *Crise dos Poderes da República: Judiciário, Legislativo e Executivo*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1, 2017. p. 139-167.

²²SCHMITT, Carl. Teología Política I. In: AGUILAR, Héctor Orestes (org.). *Carl Schmitt: teólogo de la política*. México: Fondo de Cultura Económica, 2001.

²³c.f. WATKINS, Frederick M. The Problem of Constitutional Dictatorship. In: *Public Policy*, 1940; FRIEDRICH, Carl J. *Constitutional Government and Democracy*. 2. ed. rev. Boston: Ginn, 1950; ROSSITER, Clinton L. *Constitutional Dictatorship: Crisis Government in the Modern Democracies*. New York: Harcourt Brace, 1948; TINGSTEN, Herbert. *Les pleins pouvoirs: l'expansion des pouvoirs gouvernementaux pendant et après la Grande Guerre*. Paris: Stock, 1934.

democráticos e, de forma geral, anunciam o estado de exceção assumindo um caráter mais próximo de uma técnica de governo do que de uma medida excepcional²⁴. Esse é o direcionamento para onde Agamben aponta a sua teoria e é, também, a visão a partir da qual problematizamos a atuação do STF nos julgamentos ora estudados²⁵.

4 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O *PARADOXO DA SOBERANIA EM AGAMBEN*

Em *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I*, Giorgio Agamben parte da biopolítica de Michel Foucault²⁶ e da *Teología Política*²⁷ de Carl Schmitt para tecer uma profunda reflexão acerca da real natureza do poder soberano, abordando questões políticas, ontológicas e fundamentais do Direito, bem como a formação social, filosófica e econômica das culturas Ocidentais.

Enquanto traça os pilares fundamentais da sua teoria, Agamben desenvolve um estudo acerca do conceito de *poder soberano* e do próprio paradoxo que coloca o soberano, ao mesmo tempo, dentro e fora do ordenamento jurídico²⁸, uma vez que, por ter o poder de suspender a validade da lei, encontra-se legalmente alheio a ela.

Já o soberano é conceituado – com base na Teología Política de Schmitt – como “aquele que decide sobre o estado de exceção”²⁹. A exceção aqui, note-se, é tratada como a situação de anormalidade resultante da suspensão da ordem. Antes do estabelecimento da ordem, há o caos. No caos, nenhuma norma é aplicável, não existe e nem faz sentido existir um ordenamento jurídico. É preciso, pois, criar-se

²⁴AGAMBEN, *Estado de Exceção*. op.cit., p. 18.

²⁵Já o fizemos também em estudo mais amplo. Ver: SOARES E SILVA, João Paulo. *O Que resta do direito: a instituição do estado de exceção agambeniano por meio da aplicação da mutação constitucional pelo STF*. 2018. Dissertação (Mestrado) – Centro Universitário UniFG, Bahia.

²⁶MORMENTE FOUCAULT, Michel. *História da Sexualidade 1: A vontade de Saber*. Tradução de Maria Theresa da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. São Paulo: Paz e Terra, 2014.

²⁷SCHMITT, Carl. *Teología Política I*. In: AGUILAR, Héctor Orestes (org.). *Carl Schmitt: teólogo de la política*. México: Fondo de Cultura Económica, 2001.

²⁸AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I*. Trad. Henrique Burigo. – 2. ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010, p. 22; SCHMITT, Carl. *Teología Política I*. In: AGUILAR, Héctor Orestes (org.). *Carl Schmitt: teólogo de la política*. México: Fondo de Cultura Económica, 2001, p. 24.

²⁹AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. Trad. de Iraci D. Poletti. São Paulo: Boitempo. 2004, p. 11. SCHMITT, Carl. *Teología Política I*. In: AGUILAR, Héctor Orestes (org.). *Carl Schmitt: teólogo de la política*. México: Fondo de Cultura Económica, 2001, p. 23.

uma situação de ordem e normalidade, a qual terá a sua integridade garantida pelo soberano.

Dessa maneira, a exceção é uma espécie de exclusão onde aquilo que é excluído mantém uma relação com a norma na forma de suspensão. Isso explica a afirmação de Agamben segundo a qual “a norma aplica-se à exceção desaplicando-se, retirando-se desta”³⁰.

Uma das teses defendidas por Agamben é a de que a exceção soberana tende a alcançar o primeiro plano enquanto estrutura política e, assim, tornar-se regra. Sobre isso, dirá que:

se o soberano é, de fato, aquele no qual o ordenamento jurídico reconhece o poder de proclamar o estado de exceção e de suspender, deste modo, a validade do ordenamento, então ‘ele permanece fora do ordenamento jurídico e, todavia, pertence a este, porque cabe a ele decidir se a constituição *in toto* possa ser suspensa’³¹.

É possível se notar, de logo, algo familiar na atuação do Supremo Tribunal Federal que esvazia – no HC 126.292/SP e, posteriormente, nas cautelares das ADCs 43 e 44 – a previsão constitucional do princípio da presunção de inocência. Ao suspender a previsão normativa, a Corte instaura uma situação de anormalidade e determina que o Direito seja dito desaplicando a norma, de forma que se coloca no paradoxo: o STF está dentro do ordenamento jurídico e, ao mesmo tempo, está fora dele, já que passa a decidir quando o ordenamento deve ou não ser cumprido em sua integridade³².

Não se nega, e é preciso que fique claro, a atividade interpretativa e a atribuição da Corte em realizar a jurisdição constitucional. Entretanto, também não se pode ignorar a verificação, *in casu*, da constitucionalidade espelhada da norma infraconstitucional e da veemente e consolidada rejeição da tese de existência de *normas constitucionais inconstitucionais* pela Corte e pela doutrina constitucionalista brasileira.

³⁰Id. Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I. Op. cit., p. 24.

³¹AGAMBEN, Giorgio. Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I. Op. cit., p. 22.

³²SOARES E SILVA, João Paulo; NICOLITT, André. 30 anos da Constituição de 1988 e os desafios atuais do Processo Penal. In: SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; MALAN, Diogo Rudge; MADURO, Flávio Mirza (orgs). *Crise no processo penal contemporâneo: escritos em homenagem aos 30 anos da Constituição de 1988*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2018, p. 23-38.

Não há, portanto, substrato lógico, fático, teórico ou normativo que justifique a desconsideração e o descumprimento da literalidade do texto constitucional repetido pelo Código de Processo Penal.

Sobre isso, vale lembrar a lição de Lênio Streck³³ acerca das hipóteses em que o Poder Judiciário pode deixar de aplicar um dispositivo legal. O doutrinador enumera seis. Resumidamente, a) quando o ato normativo for inconstitucional, caso em que deixará de aplicá-lo mediante controle difuso *stricto sensu* ou o declarará inconstitucional mediante controle concentrado; b) quando for o caso de aplicação dos critérios de resolução de antinomias; c) quando aplicar a interpretação conforme a Constituição, operando uma adição de sentido ao artigo de lei; d) quando aplicar a nulidade parcial sem redução de texto, excluindo expressamente a incidência de determinadas hipóteses de aplicação sem alteração textual; e) no caso de declaração de inconstitucionalidade com redução de texto e; f) quando for o caso de deixar de aplicar uma regra em face de um princípio.

Mais especificamente sobre o tema tratado, conforme foi exposto acima, vale colacionar *in verbis* a lição de Streck no que se refere à aplicação de critérios de resolução de antinomias e à interpretação conforme a Constituição:

b) quando for o caso de aplicação dos critérios de resolução de antinomias. Nesse caso, há que se ter cuidado com a questão constitucional, pois, v.g., a *lex posterioris*, que derroga a *lex anterioris*, pode ser inconstitucional, com o que as antinomias deixam de ser relevantes;

c) quando aplicar a interpretação conforme a Constituição (*verfassungskonforme Auslegung*), ocasião em que se torna necessária uma adição de sentido ao artigo de lei para que haja plena conformidade da norma à Constituição. Nesse caso, o texto de lei (entendido na sua “literalidade”) permanecerá intacto. O que muda é o seu sentido, alterado por intermédio de interpretação que o torne adequado à constituição. Trabalha-se, nesse ponto, com a relação “texto-norma”. Como poderá ser visto amiúde mais adiante, a interpretação conforme, a nulidade parcial sem redução de texto e as demais sentenças interpretativas são importantes elementos para confirmar a força normativa da Constituição. São sentenças interpretativas e perfeitamente legítimas, quando proferidas sob o império de uma adequada teoria da decisão;³⁴

Dessa forma, revela-se indiferente e desimportante a exaustiva apreciação acerca da possível revogação do artigo 283 do Código de Processo Penal pelos

³³STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 348.

³⁴ *Id.* *Ibid.*, p. 348.

artigos 995 e 1.029, §5º do Código de Processo Civil, já que a resolução da antinomia deveria, necessariamente, levar em consideração o crivo constitucional e nenhuma lei infraconstitucional poderia revogar previsão normativa que espelhe a Constituição, por lógica e flagrante inconstitucionalidade, o que torna a antinomia absolutamente irrelevante.

Note-se, ainda, que a decisão pela declaração de constitucionalidade com interpretação conforme a constituição que assenta a coerência com a Constituição do início da execução criminal tão logo confirmada a condenação em segundo grau não realiza nenhuma adição de sentido á norma. Pelo contrário, retira da norma todo o sentido estabelecido pelo limite do texto.

Mais simplificadaamente, na proposta de interpretar e modificar o sentido do texto do artigo 283 do CPP para um que o torne adequado à Constituição, o STF esvazia de sentidos não só a norma infraconstitucional, mas também o dispositivo constitucional. Ou, para que a *presunção-de-inocência-infraconstitucional* seja compatível com a *presunção-de-inocência-constitucional* (e com a Constituição), interpreta-se de maneira que ela se torne uma *não-presunção-de-inocência*, ou, se se preferir, uma *meia-presunção-de-inocência*.

O direito é norma porque cria referências e normaliza a vida real. Não se pode considerar, portanto, que esteja dentro da normalidade que a Suprema Corte, responsável e munida dos poderes e das prerrogativas para defender e assegurar o cumprimento da Constituição, em uma modificação interpretativa debilmente fundamentada e alheia ao próprio texto que se comprometeu a defender, esvazie um princípio constitucional, deturpe a natureza, o objeto e a finalidade de previsão legal democraticamente aprovada e extirpe a Convenção Americana de Direitos Humanos.

Agamben sustenta que, cada vez mais, as formas ocidentais de condução da política têm se aproximado da teoria do estado de exceção por meio de uma prática gerencial que se adapta constantemente à natureza da situação concreta com a qual deve medir forças³⁵. Nesse sentido, o *estado de exceção* deixa de ser considerado como um fim em si mesmo e passa a ser analisado em um contexto mais abrangente, sobretudo no contexto das técnicas de governo e expressões da

³⁵AGAMBEN, Giorgio. *O Reino e a glória: uma genealogia teológica do governo e da economia*. Tradução de Selvino J. Assmann. São Paulo: Boitempo, 2011. p. 37.

soberania – o que inclui, no nosso paradigma constitucional, a atuação do Supremo Tribunal Federal.

A forma arquetípica do *estado de exceção* é caracterizada por uma suspensão temporária do ordenamento jurídico por força de uma decisão soberana³⁶. O soberano, por sua vez, figura como aquele que guarda o poder de decidir sobre a estruturação das relações normais da vida de que a lei necessita para ter referência real na vida dos indivíduos³⁷.

Nesse sentido, ao determinar a desaplicação da previsão constitucional, o STF investe-se na função de soberano e efetua uma reestruturação das garantias de liberdade individual, suspendendo o ordenamento normal e usurpando o poder constituinte.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na exceção soberana, o que está em questão são as condições de possibilidade de validade da norma jurídica e o sentido da autoridade estatal. Isso porque, através do estado de exceção, o soberano cria uma situação da qual a própria vigência do Direito se torna refém. É por esse motivo que a exceção é entendida como um patamar de indeterminação entre a democracia e o absolutismo.

Em Estado de Exceção, Agamben trabalha o conceito de *ditadura constitucional*, um termo utilizado pelos alemães para indicar a situação resultada da extensão de um dos poderes sobre o âmbito dos demais. No caso específico da Alemanha, os poderes excepcionais do presidente do Reich. Essa extensão de poderes, verificada no Brasil pela atuação ativista do STF, embora possa ter um pontual e acrítico apoio popular, pode representar a liquidação da República e da própria Constituição.

Isso porque a inserção do Supremo Tribunal no *paradoxo da soberania* nos conduz ao estabelecimento de um *estado de exceção*, onde uma das mais

³⁶MARTINS, Lucas Moraes. Estado de Exceção Permanente: o campo e a experiência biopolítica. Sequência (Florianópolis) [online], n. 71, 2015. p. 178. Em uma abordagem diferente, Gilberto Bercovici demonstra que o estado de exceção permanente tem sido amplamente usado como paradigma gerencial no âmbito econômico como medida diante de situações urgentes em favor do poder financeiro. Sobre o tema, conferir BERCOVICI, *Constituição e Estado de Exceção Permanente: a atualidade de Weimar*. *op.cit.* e BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e constituição: para uma crítica do constitucionalismo*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

³⁷ Id. *Ibid.*, p. 183.

essenciais características é a abolição – ainda que provisória – da distinção entre os poderes legislativo e judiciário. Essa indistinção de poderes, por sua vez, leva à ruína da democracia.

A posição tomada por Agamben parte da compreensão de que a suspensão total ou parcial do ordenamento jurídico é própria do estado de exceção, restando desarrazoado argumentar que a suspensão da ordem pode ser inserida na ordem. Entretanto, duvida que a anomia produzida pela exceção seja uma mera situação de fato, de modo que entende que a discussão de interioridade e exterioridade em relação ao ordenamento jurídico não cabe ao estado de exceção, uma vez que este, compreendido como um patamar de indiferença, põe em xeque a oposição topográfica e indetermina as noções de dentro e fora da ordem³⁸.

No específico caso do indeferimento das cautelares das ADCs 43 e 44 – ou da negação da presunção de inocência – a atuação do Supremo Tribunal Federal, que decidiu pela suspensão da norma constitucional merece ser acompanhada com atenção, sobretudo na forma como será exarada a decisão de mérito, afinal é imperioso ter em mente que há limites interpretativos e o Direito não pode ser o que os Tribunais – ou o STF – dizem que é.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. *O reino e a glória: uma genealogia teológica do governo e da economia*. Tradução de Selvino J. Assmann. São Paulo: Boitempo, 2011.

AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I*. Trad. Henrique Burigo. 2. ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010.

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Trad. de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo. 2004.

BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e constituição: para uma crítica do constitucionalismo*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e estado de exceção permanente: a atualidade de Weimar*. Rio de Janeiro: Azougue, 2004.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de coisas inconstitucional*. 1. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

³⁸ Id. *Ibid.*, p. 39.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. A fundamentação substancial das decisões judiciais no marco do novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, v. 256, p. 35-64, 2016. Disponível em: <<https://goo.gl/eJLrVe>>. Acesso em: 23 set. 2018.

BAPTISTA, Mauro Rocha. Soberania e estado de exceção: acerca de gigantes. *Revista Profanações*, v. 4, p. 108-126, 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADC: 43 e 44 DF, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 05 out. 2016. Data de Publicação: *Diário da Justiça eletrônico*, 30 jun. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 2415, Relator Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 22 set. 2011. *Diário da Justiça eletrônico*, n. 28, 09 fev. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 341717. Relator Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 05 ago. 2003. *Diário da Justiça eletrônico*, n. 040, 05 mar. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 126.292/SP. Rel: Min. Teori Zavascki, julgado em 02 set. 2016, *Diário da Justiça*, 17 maio 2016.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; PEDRON, Flávio Barbosa Quinaud. O que é uma decisão judicial fundamentada? Reflexões para uma perspectiva democrática do exercício da jurisdição no contexto da reforma do processo civil. In: BARROS, Flaviane de Magalhães; BOLZAN DE MORAIS, José Luis (orgs.). *Reforma do processo civil: perspectivas constitucionais*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes; BACHA E SILVA, Diogo. O princípio constitucional processual da presunção de inocência e o papel do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito: uma contribuição crítica a partir da controvérsia em torno do julgamento do Habeas Corpus 126.292 pelo Supremo Tribunal Federal. In: LEITE, George Salomão; STRECK, Lenio Luiz; NERY JÚNIOR, Nelson. (Org.). *Crise dos Poderes da República: Judiciário, Legislativo e Executivo*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. v. 1, p. 139-167.

DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.467/2017* 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: LTr, 2018.

FOUCAULT, Michel. *História da Sexualidade 1: A vontade de Saber*. Tradução de Maria Theresa da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. São Paulo: Paz e Terra, 2014.

HARTMANN, Ivar Alberto, et. al. *O impacto no sistema prisional brasileiro da mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre execução da pena antes do trânsito em julgado no HC 126.292/SP: um estudo empírico quantitativo*. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/pesquisa-fgv-presuncao-inocencia.pdf>>. Acesso em 29 jun. 2017.

MARTINS, Lucas Moraes. Estado de Exceção Permanente: o campo e a experiência biopolítica. *Sequência* (Florianópolis), n. 71, 2015. p. 178.

NICOLITT, André. STF: execução provisória da pena e suas razões subjacentes. *Boletim IBCCRIM*, v. 290, 2017.

ONU. *Declaração Universal de Direitos Humanos*. 1948. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em: 06 jul. 2017.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica)*, 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm>. Acesso em 06 jul. 2017.

SCHMITT, Carl. Teología Política I. In: AGUILAR, Héctor Orestes (org.). *Carl Schmitt: teólogo de la política*. México: Fondo de Cultura Económica, 2001

SOARES E SILVA, João Paulo. *O que resta do direito: a instituição do estado de exceção agambeniano por meio da aplicação da mutação constitucional pelo STF*. 2018. Dissertação (Mestrado) – Centro Universitário UniFG, Bahia., 2018.

SOARES E SILVA, João Paulo; NICOLITT, André. 30 anos da Constituição de 1988 e os desafios atuais do Processo Penal. In: SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; MALAN, Diogo Rudge; MADURO, Flávio Mirza (orgs). *Crise no processo penal contemporâneo: escritos em homenagem aos 30 anos da Constituição de 1988*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p. 23-38.

SOARES E SILVA, João Paulo; PEIXOTO NETO, Adwaldo Lins. A relativização da presunção de inocência e a falta de técnica no manejo da jurisdição constitucional. In: MATOS, Taysa A; SANTANA, Selma Pereira de. (Org). *Dignidade da Pessoa Humana: Estudos para Além do Direito*. 2. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

TRINDADE, André Karam; STRECK, Lenio Luiz; BREDA, Juliano. O lado oculto dos números da presunção de inocência. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 13 jun. 2016.

Artigo recebido em: 30/09/2018

Artigo aprovado em: 15/10/2019

Artigo publicado em: 24/10/2019