



**DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE NO HC N°
111.840/ES A PARTIR DA APLICAÇÃO DA TEORIA DO PROCESSO COMO
PROCEDIMENTO EM CONTRADITÓRIO E DA CRÍTICA DOS PRINCÍPIOS COMO
ÁLIBI RETÓRICO DA DISCRICIONARIEDADE**

Rafael Alem Mello Ferreira*
Leandra Chaves Tiago†

RESUMO

A pesquisa analisou se a declaração de inconstitucionalidade *incidenter tantum* do § 1º do artigo 2º da Lei nº 8.072/90, no julgamento pelo Supremo Tribunal Federal do *Habeas Corpus* nº 111.840/ES, assegurou aos jurisdicionados o direito fundamental ao contraditório paritário, como também se houve a aplicação de princípio retórico ao caso como alibi da discricionariedade judicial. Assim, o estudo fez inferência indutiva, descritiva, adotou a revisão bibliográfica e documental, por meio do exame crítico aos votos proferidos, objetivando reconstruí-los a partir da aplicação da teoria do processo como procedimento em contraditório e da busca de uma Teoria da Decisão.

Palavras-chave: Declaração de Inconstitucionalidade *IncidenterTantum*; Contraditório Paritário; Supremo Tribunal Federal; Dever de Fundamentação das Decisões; Princípios como Alibi Retórico da Discricionariedade.

**STATEMENT ON INCIDENTAL UNCONSTITUTIONALITY IN HC 111840/ES FROM
THE APPLICATION THE PROCESS THEORY AS A PROCEDURE IN A
CONTRADICTORY AND CRITICAL PRINCIPLES ALIBI THE DISCRETION
RHETORICAL**

ABSTRACT

Research analyzed whether the declaration of unconstitutionality *incidenter tantum* of §1º, art. 2 of Law nº 8072/90, in the judgment by the Supreme Federal Court of HC nº111840/ES, guaranteed to the litigants fundamental right to symmetrical adversarial proceedings, as also if there was the application of a rhetorical principle to the case as an alibi of judicial discretion. Study made an inductive, descriptive inference, adopted the bibliographic and documentary review, through a critical examination of the votes cast, aiming to reconstruct them from the application of the process theory as a contradictory procedure and the search for a Decision Theory.

Keywords: Declaration of Unconstitutionality *Incidenter Tantum*; Symmetrical Adversarial Proceedings; Federal Supreme Court; Duty to State Reasons; Principles such as Rhetorical Alibi of Discretion.

*Doutor em Direito pela UNESA -RJ. Orientador do Grupo de Pesquisa Direito e Democracia da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. E-mail: ramfmg@hotmail.com

† Mestre em Direito pela Universidade de Itaúna. Participante do Grupo de Pesquisa Direito e Democracia da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. E-mail: leandratiagoadv@gmail.com



INTRODUÇÃO

A jurisdição constitucional se legitimou historicamente por ser uma via concretizadora do Estado Democrático de Direito. O constitucionalismo impõe a limitação do poder, o respeito aos direitos fundamentais e à democracia, sendo o papel da Corte Constitucional o de assegurar que todos esses elementos convivam em harmonia, “cabendo-lhe, ademais, a atribuição delicada de estancar a vontade da maioria quando atrepele o procedimento democrático ou vulnere direitos fundamentais da minoria” (BARROSO, 2018, p. 343). Incumbe ao poder Judiciário negar a validade de uma lei inconstitucional e isso será feito mediante o sistema de controle de constitucionalidade das leis, que no Brasil é feito de forma híbrida ou mista, aplicando-se tanto o controle concentrado como o difuso. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro tem dois pressupostos básicos: a supremacia do texto da Constituição e a rigidez constitucional (BARROSO, 2016, p. 24).

Sendo o sistema de controle de constitucionalidade expressão do Estado Democrático de Direito, a presente pesquisa propõe problematizar se a declaração de inconstitucionalidade *incidenter tantum* do § 1º, do artigo 2º da Lei nº 8.072/90, no julgamento pelo Supremo Tribunal Federal do *Habeas Corpus* de nº 111.840/ES, assegurou aos jurisdicionados o direito do contraditório paritário, bem como se houve a aplicação de princípio retórico ao caso como álibi da discricionariedade judicial.

A hipótese científica levantada *a priori*, que deverá ser testificada ao longo da pesquisa a ser desenvolvida, é que a decisão objeto do presente estudo, proferida pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso de constitucionalidade das leis, seguiu um modelo mais autocrático ao invés de ser uma construção de provimento judicial dialogada.

Nesse sentido, a reconstrução dos votos proferidos pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal no julgamento do *Habeas Corpus* nº 111.840/ES, terá como marco teórico a teoria do processo como procedimento em contraditório, desenvolvida por Elio Fazzalari, na perspectiva de que “processo é um procedimento do qual participam (são habilitados a participar) aqueles cuja esfera jurídica o ato final é destinado a desenvolver efeitos: em contraditório, e de modo que o autor do ato não possa obliterar as suas atividades.” (FAZZALARI, 2006, p.119). Com base no referido referencial, a pesquisa analisará se fundamentação dos votos que resultaram na decisão que declarou a inconstitucionalidade *incidenter tantum* do § 1º do artigo 2º da Lei nº 8.090/72, observou o devido processo legal, que



não será qualificado como devido se não for consubstanciado na garantia do paritário contraditório travado pelos interessados e contra interessados no provimento final.

Igualmente, o estudo terá como referencial teórico as associações da hermenêutica filosófica de Lenio Streck acerca da necessidade de caminhos para uma Teoria da Decisão Judicial inserida num novo paradigma jurídico que não estaria vinculado ao paradigma da consciência, mas ao paradigma da linguagem, aproveitando os avanços da filosofia e impedindo um agir egoísta solipsista* do julgador.

A presente pesquisa é de significativa relevância teórica e social, vez que a Constituição da República de 1988 em seu Preâmbulo e *caput* do artigo 1º, aponta como fundamento estruturante da República Federativa do Brasil, o Estado Democrático de Direito.

A Carta Magna consagrou várias garantias processuais elevando-as à condição de fundamentais e por consequência foram içadas à condição de Cláusulas Pétreas (art.60, § 4º, IV, CF/88), dentre elas, o postulado do contraditório (art.5º, LIV, LV, CF/88). De tal modo, é imprescindível à validade de qualquer provimento estatal que tem a Constituição como norma suprema que se observe o contraditório substancial, que é corolário da democracia. Isso também reflete na fundamentação da decisão judicial, a partir da concepção de que o contraditório possui estreita relação com a garantia da não surpresa, impondo ao magistrado o dever de provocação ao debate paritário e simétrico das questões postas em juízo, inclusive nos novos parâmetros, àquelas cognoscíveis de ofício.

Logo, tal análise é primordial para uma reflexão crítica quanto à capacidade fática das respostas jurisdicionais, especialmente às proferidas pela Suprema Corte se encontrarem alinhavadas com o princípio estruturante do Estado Democrático de Direito, vez que é evidente a tensão entre a soberania popular e a função contramajoritária dos tribunais.

Afinal, numa sociedade que se quer democrática, é papel dos juristas comprometidos com essa sociedade contribuir não apenas para a formação de opinião pública especializada, mas também para a cidadania em geral, aprofundando a discussão sobre questões centrais para a realização permanente do Estado Democrático de Direito. Dialogar com as instituições, especialmente com o Supremo Tribunal Federal, e com uma esfera pública ampliada é a razão central que justifica escrever a presente contribuição. (STRECK; LIMA; OLIVEIRA, 2007, p. 46-47).

* Desta forma, podemos afirmar que Ângelo II de Sheakspeare e o Canário de Machado de Assis representam metaforicamente o solipsismo. “Do latim *solus* (sozinho) e *ipse* (mesmo), o solipsismo pode ser entendido como a concepção filosófica de que o mundo e o conhecimento estão submetidos estritamente à consciência do sujeito.” Ângelo II despreza a norma criando um direito próprio e o canário despreza a realidade e diz o que é o mundo de acordo única e exclusivamente com a sua visão. Nos dois casos literários o sujeito é o dono do sentido que assujeita o objeto, que ora é representado pelo desprezo da norma e ora pela ideia de mundo compartilhada. (FERREIRA, 2019, p.184).



A metodologia de pesquisa para a realização desse estudo utilizará o procedimento de revisão bibliográfica e análise documental. A pesquisa é descritiva, do tipo estudo de caso, de inferência indutiva, de abordagem interdisciplinar com enfoque nos institutos jurídicos do Direito Constitucional, do Direito Processual e do Direito Penal. Estruturalmente o trabalho se divide em, além de introdução e conclusão em (04) quatro seções temáticas, intituladas de *Breves apontamentos acerca do Sistema Brasileiro de Controle de Constitucionalidade com enfoque ao Incidental e Difuso; A Teoria do Processo como Procedimento em Contraditório e sua adequação ao Estado Democrático de Direito; Análise do caso julgado no Habeas Corpus nº 111.840/ES com a reconstrução dos votos proferidos a partir da Teoria de Processo como Procedimento em Contraditório. E, Votos Divergentes e o Debate Juspolítico acerca da relação entre Garantias Fundamentais e Política Criminal: Uso dos princípios como álibi retórico da discricionariedade?*

1. BREVES APONTAMENTOS ACERCA DO SISTEMA BRASILEIRO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE COM ENFOQUE NO INCIDENTAL E DIFUSO

O controle de constitucionalidade das leis é um dos principais institutos da jurisdição constitucional. Segundo Barroso (2018, p.194-195) até a segunda guerra mundial vigorava na maioria dos países europeus um modelo de Supremacia do Poder Legislativo, na concepção da Soberania do Parlamento (modelo inglês) e na vertente francesa da Lei como expressão da Vontade Geral. Sendo que a partir do final da década de 40, ocorreu um movimento de reconstitucionalização, não apenas com o surgimento de novas constituições, mas também com a adoção de um paradigma inspirado na experiência americana: o da Supremacia da Constituição. “A fórmula envolvia a constitucionalização dos direitos fundamentais, que ficavam imunizados em relação ao processo político majoritário: sua proteção passava a caber ao judiciário” (BARROSO, 2018, p.195). Então, a modalidade de *judicial review* passou a ser aceita pela maioria dos países europeus, com expansão para os demais continentes.

No Brasil, com a Constituição de 1988, a judicialização ganha relevante proporção, vez que cuida de impressionante quantidade de temas (Constituição Analítica). “Incluir uma matéria na Constituição significa, de certa forma, retirá-la da política e trazê-la para o direito, permitindo a judicialização” (BARROSO, 2018, p.39). Outro ponto é a adoção de um sistema de controle de constitucionalidade híbrido ou eclético, que combina aspectos dos sistemas diversos: americano e o europeu.



Assim, desde o início da República, utiliza-se entre nós a fórmula americana de controle incidental e difuso, pelo qual qualquer juiz ou tribunal pode deixar de aplicar uma lei, em um caso concreto que lhe tenha sido submetido, caso a considere inconstitucional. Por outro lado, trouxemos do modelo europeu o controle por ação direta, que permite que determinadas matérias sejam levadas, em tese, imediatamente ao Supremo Tribunal Federal. A tudo isso se soma o direito de propositura amplo, previsto no art. 103 da CF/88, pelo qual, inúmeros órgãos, bem como entidades públicas e privadas — as sociedades de classe de âmbito nacional e as confederações sindicais — podem ajuizar ações diretas. Nesse cenário, quase qualquer questão política ou moralmente relevante pode ser alçada ao STF. (BARROSO, 2009, p.20).

Segundo Barroso (2018, p.343) “Ao juiz constitucional cabe assegurar determinados valores substantivos e a observância dos procedimentos adequados de participação e deliberação”. Nessa perspectiva, cabe ao poder Judiciário negar a validade de uma lei inconstitucional e isso será feito, conforme já dito, mediante o sistema de controle de constitucionalidade das leis híbrido, aplicando-se tanto o controle concentrado como o difuso.

Para a temática proposta será dado ênfase ao controle incidental e difuso das leis que conforme Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (2014, p. 1059), “o regime republicano inaugura uma nova concepção. A influência do direito norte-americano sobre as personalidades marcantes, como Rui Barbosa, parece ter sido decisiva para a consolidação do modelo difuso, consagrado já na chamada Constituição Provisória de 1890 (art. 58, § 1^a, a e b)”. O controle difuso e incidental outorga aos juízes e tribunais o poder de afastar a aplicação da lei inconstitucional no caso em concreto (art. 97, 102, III, a a d, e 105, II , a e b da CF/88), a decisão proferida não é feita sobre o objeto principal da lide, mas sobre questão prévia, imprescindível ao julgamento do mérito, tendo o escopo de, apenas, afastar a incidência da norma viciada. Sendo necessário o socorro ao Senado Federal para realizar a suspensão de execução de leis ou decretos declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal (Art. 52, X da CF/88).

Nesse sistema de controle de constitucionalidade das leis a análise da constitucionalidade deve ser suscitada pelas partes ou pelo Ministério Público, podendo ser reconhecida *ex officio* pelo juiz ou tribunal, sendo que perante este último, a declaração de inconstitucionalidade somente poderá ser pronunciada pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do órgão especial (art. 97 da CF/88), a chamada “cláusula de reserva de plenário”.Partindo desse viés, é importante analisar o controle de constitucionalidade difuso e



incidental feito pelo Supremo Tribunal Federal no julgado do HC n° 111.840/ES, objeto do presente estudo, que resultou na declaração de inconstitucionalidade *incidenter tantum* do § 1º, do artigo 2º da Lei n° 8072/90.

Sobre o papel do Supremo Tribunal Federal no exercício do controle difuso de constitucionalidade das leis, tem se que:

Pacífico é o entendimento do papel das cortes constitucionais e de sua vinculação à Constituição a que devem guardar, nas distintas formas de controle da constitucionalidade. Esta vinculação, longe de decorrer de uma simples retórica da dogmática, resulta da finalidade essencial do constitucionalismo e da natureza concreta dos fatos que se descrevem perante a corte controladora da constitucionalidade. Mesmo nos casos do chamado controle concentrado, qualquer tribunal constitucional somente agirá quando se comprove que a eventual violação da constituição é atual e efetiva, e não uma simples projeção intelectual. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal em sede de Recurso Extraordinário (art. 103, III, a, b, c, d, da Constituição da República) julga “as causas decididas em única ou última instância”, ou seja, julga a aplicação dada à Constituição em situações jurídicas concretas, e não meras teses sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de leis e de atos normativos. O Supremo Tribunal, aqui, não funciona nem mesmo como mera corte de cassação, mas como corte de apelação, cabendo-lhe julgar tanto o *error in procedendo* quanto o *error in iudicando*. Assim, o resultado da atuação do Supremo Tribunal Federal no controle difuso de constitucionalidade nunca é o julgamento de uma tese, e dessa atuação não resulta uma teoria, mas uma decisão; e essa decisão trata da inconstitucionalidade como preliminar de mérito para tratar do caso concreto, devolvido a ele por meio de recurso, sob pena de se estar negando jurisdição (art. 5.º, XXXV e LV, da Constituição da República) (STRECK; LIMA; OLIVEIRA, 2007, p. 47-48).

Nessa perspectiva, o Controle de Constitucionalidade é instrumento de efetivação do Estado Democrático de Direito consagrado no Preâmbulo e *caput* do artigo 1º da Constituição Federal. “O Estado Democrático de Direito significa a exigência de reger-se por normas democráticas, com eleições livres, periódicas e pelo povo, bem como o respeito pelas autoridades públicas aos direitos e garantias fundamentais”. (MORAES, 2007, p. 64).

Em harmonia a isso, o controle de constitucionalidade das leis, especialmente o difuso e incidental, que ora se estuda em razão da declaração de inconstitucionalidade *incidenter tantum* do § 1º do art. 2º da Lei n° 8.072/90, pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do *Habeas Corpus* n° 111.840/ES, deve ser guiado por garantias processuais a fim de que o mesmo seja realizado em consonância ao princípio do devido processo legal, especialmente o contraditório paritário. Para tanto, a hipótese será testificada por intermédio da aplicação da Teoria Estruturalista de Processo desenvolvida por Elio Fazzalari.

2. A TEORIA DO PROCESSO COMO PROCEDIMENTO EM CONTRADITÓRIO E SUA ADEQUAÇÃO AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO



O controle de constitucionalidade deve ser realizado a partir de um modelo de processo democrático, visto que a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 1º, *caput*, deixa expresso que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito, sendo este “submetido às normas do direito e estruturado por leis, sobretudo a lei constitucional (...) que estabeleça estreita conexão interna entre dois grandes princípios jurídicos, democracia e Estado de Direito”. (DIAS, p.50-51, 2012). Ademais, no artigo 5º, incisos LIV e LV do referido Diploma Legal, o processo recebe um *qualitativo* de devido processo legal, que se manifesta na observância da garantia aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e, aos acusados em geral, do contraditório e da ampla defesa, com meios e recursos a ela inerentes. No estudo presente, trabalha-se a Teoria do Processo como Procedimento em Contraditório, desenvolvida pelo processualista italiano Elio Fazzalari.

Para Fazzalari (2006), o procedimento é visto como gênero no qual o processo é espécie. Naquele se constata a sequência de normas, atos e posições subjetivas (FAZZALARI, 2006, p. 117), neste “é necessária alguma coisa a mais e diversa; uma coisa os arquétipos do processo nos permite observar: a estrutura dialética do procedimento, isto é, justamente, o contraditório”. (FAZZALARI, 2006, p.119).

A diferença específica entre o procedimento em geral, que pode ou não se desenvolver como processo, e o procedimento que é processo, é a presença neste do elemento que o especifica: o contraditório. O processo é um procedimento, mas não qualquer procedimento; é o procedimento de que participam aqueles que são interessados no ato final, de caráter imperativo, por ele preparado, mas não apenas participam; participam de uma forma especial, em contraditório entre eles, porque seus interesses em relação ao ato final são opostos. (GONÇALVES, 2001, p.68).

Pela teoria Estruturalista do Processo, “processo é um procedimento do qual participam (são habilitados a participar) aqueles cuja esfera jurídica o ato final é destinado a desenvolver efeitos: em contraditório, e de modo que o autor do ato não possa obliterar as suas atividades.” (FAZZALARI, 2006, p.118-119).

Nesse viés, Plínio Gonçalves (2011) ao analisar a teoria do processo como procedimento em contraditório, faz importante colocação no sentido de que:

[...] há processo sempre onde houver o procedimento realizando-se em contraditório entre os interessados, e a essência deste está na "simétrica paridade" da participação, nos atos que preparam o provimento, daqueles que nele são interessados porque, como seus destinatários, sofrerão seus efeitos. (GONÇALVES, 2011, p.115).

O contraditório é a estrutura dialética do procedimento que o transforma na espécie processo.



Tal estrutura consiste na participação dos destinatários dos efeitos do ato final em sua fase preparatória; na simétrica paridade das suas posições; na mútua implicação das suas atividades (destinadas, respectivamente, a promover e impedir a emanação do provimento); na relevância das mesmas para o autor do provimento; de modo que cada contraditor possa exercitar um conjunto- conspícuo ou modesto, não importa- de escolhas, de reações dos outros, e que o autor do ato deva prestar contas dos resultados. (FAZZALARI, 2006, p. 120).

Conforme a teoria Fazzalariana de processo, o contraditório deve ser paritário, ou seja, com a garantia de participação das partes em simétrica igualdade de oportunidade e tratamento, sendo que a legitimação do provimento judicial é fruto incondicionado de sua existência.

O contraditório não é o "dizer" e o "contradizer" sobre matéria controvertida, não é a discussão que se trava no processo sobre a relação de direito material, não é a polêmica que se desenvolve em torno dos interesses divergentes sobre o conteúdo do ato final. Essa será a sua matéria, o seu conteúdo possível. O contraditório é a igualdade de oportunidade no processo, é a igual oportunidade de igual tratamento, que se funda na liberdade de todos perante a lei. É essa igualdade de oportunidade que compõe a essência do contraditório enquanto garantia de simétrica paridade de participação no processo (GONÇALVES, 2001, p.127).

Com a Constituição de 1988, o contraditório elevou-se a condição de garantia fundamental e se tornou uma *conditio sine qua non* do devido processo legal. “(...) A ideia que está em sua base é a da evolução da prática da democracia e da liberdade, em que os interesses divergentes ou em oposição encontram espaço garantido para sua manifestação, na busca da decisão participada.” (GONÇALVES, 2001, p. 195). De tal modo, a prestação jurisdicional do Estado deve ser pautada em decisões proferidas sobre o crivo do contraditório paritário, conseqüentemente, há a interseção entre o Estado Democrático de Direito e o processo como procedimento em contraditório. Isso também reflete na fundamentação da decisão judicial, vez que não será pautada no devido processo legal e não fará coisa julgada, se não respeitar a garantia do paritário contraditório travado pelos interessados e contra interessados no provimento final.

O processo, libertado do conceito de relação jurídica, renova-se na renovação do conceito de procedimento. O processo é um procedimento, mas não dos ritos e das formas a se justificarem a si mesmos. Um procedimento realizado em contraditório entre as partes, que trazem seus interesses contrapostos, seus conflitos e suas oposições à discussão no âmago da atividade que se desenvolve, até o momento final, um procedimento para a emanação de uma sentença participada, da sentença que é ato do Estado, mas que não é produzida isoladamente pelo Estado e sim resulta de toda uma atividade realizada com a participação, em garantia de simétrica paridade, dos interessados, ou seja, dos que irão suportar os seus efeitos. (GONÇALVES, 2011, p.193-194).

Em um Estado Democrático de Direito os provimentos judiciais devem ser construídos dentro de uma estrutura processual dialética, em que as partes promovam um debate paritário e simétrico das questões postas em juízo, inclusive nos novos parâmetros, àquelas cognoscíveis de



ofício. Bem como o *decisum* deve enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, legitimar o provimento exaurido.

O processo, como procedimento realizado em contraditório entre as partes, cumprirá sua finalidade garantindo a emanção de uma sentença participada. Os seus destinatários já não precisam rezear pelas preferências ideológicas dos juízes, porque, participando do iter da formação do ato final, terão sua dignidade e sua liberdade reconhecidas e poderão compreender que um direito é assegurado, uma condenação é imposta, ou um pretense direito é negado não em nome de quaisquer nomes, mas apenas em nome do Direito, construído pela própria sociedade ou que tenha sua existência por ela consentida. (GONÇALVES, 2001, p.196).

De tal modo, mesmo que os operadores do sistema jurídico tenham a capacidade técnica de avaliar qual seria o melhor paradigma a ser adotado para enfrentarmos o sistema jurídico, essa decisão deveria partir de todos aqueles submetidos às consequências dessa escolha. A opção deve estar baseada em um procedimento democrático discursivo fortalecido pela crítica hermenêutica do Direito. Nessa esteira, não basta a formação de uma norma legítima, pois o jurisdicionado tem o direito a uma decisão legítima, ou seja, a decisão correta constitucionalmente. Nessa perspectiva, a estrutura dialética do processo pela teoria Fazzalariana concedeu um processo de viés democrático, vez que se estrutura sobre procedimento que franqueia a participação paritária entre as partes, sendo tal participação o elemento legitimador para emanção do ato estatal. Tal modelo processual coaduna com a noção de democracia, qual seja, a legitimação do poder de decidir, da própria decisão, em virtude da garantia participação daqueles que sofrerão os efeitos em um processo instaurado perante um juízo natural competente para tanto.

A teoria de Fazzalari é um referencial importante, pelo fato de seus estudos permitirem o estabelecimento da dessacralização mítica do processo e procedimento, deslocando o eixo de gravidade do Direito Processual, superando o tecnicismo e afastando a concepção de processo como mero instrumento a serviço da atividade jurisdicional. O processo passa a ser compreendido como conquista teórica do cidadão em dado momento histórico e instituto de direitos fundamentais disciplinadores da atividade do Estado-juiz, através da principiologia do contraditório, isonomia e ampla defesa. Iniciou-se a democratização do discurso processual. (ALMEIDA, 2005, p.63-64).

O contraditório paritário deve ser observado nos processos criminais, especialmente pelo fato do provimento judicial pautar-se na liberdade do indivíduo, um dos bens jurídicos mais preciosos ao ordenamento jurídico. “Assim, os direitos ao procedimento do devido processo têm em sua base a dignidade pessoal (ser ouvido é parte do que significa ser pessoa)”. STRECK (2003, p. 270).



A dupla atividade do Estado, como parte, através do Ministério Público e como poder, que atua pelo órgão jurisdicional, não prejudica o processo se nele há a garantia do contraditório, e é exatamente a presença do contraditório, no processo penal, que necessariamente o caracteriza como processo, que faz dele um procedimento realizado em contraditório entre as partes. (GONÇALVES, 2001, p. 130).

A paridade de armas no Processo Criminal garante uma decisão dialogada, sem provimento surpresa que denota o exercício do poder pelo poder. Ao revés, “não se podendo negar, pois sua aplicabilidade aos processos em um Estado que prima pela dignidade da pessoa humana como o seu maior fundamento”. (ROBERTO, 2011, p. 156). O processo é o instrumento encarregado de salvaguardar os interesses dos jurisdicionados, oferecendo-lhe condições para, na medida em que for ameaçado ou lesionado em seus direitos, possa se socorrer ao Estado. Por isso, o processo deve ser estruturado, interpretado e aplicado de forma suficientemente capaz de garantir os direitos fundamentais oriundos do fundamento constitucional da dignidade humana. Nessa linha, com a alteração trazida pela lei n° 13.964/2019, o Código de Processo Penal passa a dispor expressamente no Parágrafo Único do art. 3° F do CPP, a necessidade da observância da dignidade da pessoa humana na efetividade da persecução penal.

3. ANÁLISE DO CASO JULGADO NO HABEAS CORPUS N° 111.840/ES COM A RECONSTRUÇÃO DOS VOTOS PROFERIDOS A PARTIR DA TEORIA DE PROCESSO COMO PROCEDIMENTO EM CONTRADITÓRIO

O julgamento pelo STF do *Habeas Corpus* de n° 111.840/ES que culminou na declaração de inconstitucionalidade *incidenter tantum* do § 1º, do artigo 2º da Lei n° 8.072/90, teve a ação constitucional impetrada em 28/12/2011 pela Defensoria Pública do Estado do Espírito Santo, em favor do paciente Edmar Lopes Feliciano, que foi condenado pela 1ª Vara Criminal da Comarca de Cachoeiro de Itapemirim/ES, no delito previsto no art. 33 da Lei de Drogas, a uma pena de 06 (seis) anos de reclusão em regime fechado.

O paciente insatisfeito com a sentença ova interpôs recurso de apelação requerendo a fixação de regime menos gravoso, tendo em vista o quantitativo de pena aplicado.

Da leitura da sentença condenatória, bem como acórdão do TJES, não é possível perceber qualquer fundamentação idônea a justificar a fixação do regime prisional fechado. Como visto, nas duas decisões, limitou-se a “fundamentar” a opção pelo regime mais grave a partir da orientação legal prevista já debatida Lei 11.464/07. Nos termos do Enunciado n° 719, o Supremo Tribunal Federal orienta que “a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea”. Com todas as vênias que se fazem necessárias, não foi essa a postura do juízo de piso. [...] Quando da impetração de *writ* perante o Tribunal da Cidadania, este, ao analisar os pleitos da defesa do paciente, utilizou-se em mais de uma oportunidade a



quantidade de droga apreendida como fundamento negativo (1) para negar aplicação da causa de diminuição prevista na Lei de Drogas e (2) para negar o regime menos rigoroso. No entanto, como alertado anteriormente, o juízo de piso não utilizou tal fundamentação. Ao assim procederem, inovando com motivos prejudiciais ao paciente, tanto o Tribunal de Justiça do Espírito Santo quanto o Superior Tribunal de Justiça geraram constrangimentos ilegais de magnitudes superiores aos atos coatores por eles analisados. [...] O Superior Tribunal de Justiça incorreu em claro *bis in idem* ao considerar a quantidade de droga para negar a redução de pena na terceira etapa da dosimetria e, a um só tempo, utilizar o mesmo parâmetro de referência para “fundamentar” o regime fechado. (DEFENSORIA PÚBLICA, 2011).

Além dos argumentos acima mencionados, a Defensoria Pública do Espírito Santo aduziu que a Lei nº 11.464/07 não está em conformidade com o princípio constitucional da individualização da pena, bem como com o princípio da proporcionalidade. Requereu, por fim, a concessão da ordem de *habeas corpus* para que fosse fixado o regime prisional semiaberto para o cumprimento de pena. Após, publicação de indeferimento de liminar pelo Ministro Ayres Britto em 01/02/2012, houve a Manifestação do Ministério Público Federal em 19/03/2012 pela denegação da ordem ao remédio heroico.

Em que pese o argumento da impetrante no sentido de que a autoridade coatora incorreu em *bis in idem* ao considerar a quantidade de droga apreendida para a manutenção do regime fechado como inicial para cumprimento da reprimenda, a imposição do regime mais severo aos delitos de tráfico ilícito de entorpecentes decorre de expressa previsão legal. Isto porque, o crime de tráfico, em quaisquer de suas formas, é equiparado aos crimes hediondos e, como tal, deve observar as disposições da Lei nº 8.072/90, cujo art. 2º, com redação conferida pela Lei nº 11.464/07, determinou o regime inicial fechado para os crimes de tal espécie, pouco importando o quantitativo da reprimenda indicar a adoção de regime menos severo (art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, com redação da Lei nº 11.464/07). O tráfico de drogas, equiparado aos crimes hediondos por expressa disposição legal (Lei 8.072/90), sujeita-se ao mesmo tratamento dispensado a tais crimes, de modo que, nesse contexto, o benefício previsto no § 4º do artigo 33 da Lei de Tóxicos não afasta a sua hediondez, limitando-se apenas a abrandar a pena dos que infringem o seu caput e § 1º - em se tratando de réus primários, possuidores de bons antecedentes, que não dediquem às atividades criminosas, nem integrem organização criminosa. Não há margem para qualquer interpretação diversa do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, bem como violação aos princípios da proporcionalidade e individualização da pena, conforme afirmado na exordial. (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, 2012).

Inicia-se então, a análise dos votos proferidos pelos Ministros do STF, o Relator do *habeas corpus* em voga, Ministro Dias Toffoli, após relatório, manifesta seu voto enfrentando os argumentos trazidos pelo paciente no sentido da ausência de fundamentação à fixação do regime mais severo tanto pelo Juiz de piso quanto pelo Tribunal de Justiça, e, na crítica ao Superior Tribunal de Justiça por adoção de reforço de motivação baseado em fundamentos novos.

[...] Estabeleceu, por seu turno, o regime inicial fechado exclusivamente com fundamento no disposto na Lei de Tóxico em vigor. Não referiu aquele Juízo requisitos subjetivos desfavoráveis ao paciente, a quem considerou tecnicamente primário [...] O Tribunal Capixaba, ao analisar o apelo interposto pela defesa, manteve intocado o decisum de primeiro grau[...] como se vê, nada disse quanto as condições desfavoráveis ao paciente que pudessem ensejar a fixação inicial de regime prisional mais gravoso.

[...] O Superior Tribunal de Justiça, embora tenha reconhecido, em tese, a possibilidade de fixação de regime mais abrandado na hipótese de tráfico de entorpecentes- penso eu, de forma indevida, em sede de habeas corpus-, trouxe nova fundamentação para a manutenção, no caso específico, de regime mais severo. (TOFFOLI, 2012, HC n° 111.840/ES).

Ressalta-se que o reforço de motivação pautado em fundamentos novos pelo STJ também vai de encontro com o princípio da decisão não surpresa, vez que não foi dada as partes a oportunidade de se manifestar, ainda que se tratasse de matéria sobre a qual deveria decidir de ofício. Também, *de ofício*, o ministro relator declara a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º da Lei 8.072/90, sob a justificativa de que a Constituição em seu artigo 5º, inciso XLIII, afasta tão somente a fiança, a graça e a anistia, assegurando em inciso posterior, sem distinção de prática delituosa, a individualização da pena. “Tal como indagado no julgamento do HC n° 82.959/SP, tinha e tem o legislador ordinário poder para isso estabelecer? Minha resposta é negativa.” (TOFFOLI, 2012, HC n° 111.840/ES). Destaca-se que o Ministro Relator encarou os argumentos trazidos pelo Ministério Público Federal, ao fundamentar que a aplicação literal do dispositivo inserido na Lei dos Crimes Hediondos ou a eles equiparados, alijada das peculiaridades do caso em concreto, fere os princípios constitucionais da individualização da pena, da proporcionalidade e da efetivação do justo. (TOFFOLI, 2012, HC n° 111.840/ES).

Além disso, o ministro Relator ressaltou que na vigência de um Estado Democrático de Direito “a produção das normas deve se mostrar ajustada com o processo constitucional, matriz e bússola de navegação do devido processo legislativo.” (TOFFOLI, 2012, HC n° 111.840/ES). Portanto, finaliza seu voto com a declaração incidental de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n° 8.90/72, na parte em que impõe a obrigatoriedade de fixação do regime fechado para início do cumprimento da pena aos condenados pela prática de crimes hediondos ou equiparados e concede a ordem para alterar o regime inicial de cumprimento das reprimendas impostas ao paciente para o semiaberto.

Em sequência, votou a Ministra Rosa Weber acompanhando o Relator na declaração incidental de inconstitucionalidade, enfrentando apenas os argumentos de que o dispositivo previsto no § 1º do art. 2º da Lei n° 8.90/72, “está eivado de inconstitucionalidade, enquanto obriga, determina a fixação do regime fechado para o cumprimento da pena sem permitir que o magistrado, sopesando as circunstâncias do caso em concreto, possa decidir ou impor regime diverso.” (WEBER, 2012, HC n° 111.840/ES). Asseverou que a aplicação da pena padrão fere o princípio fundamental da individualização da pena, argumento trazido pelo paciente, porém, não esmiúça a argumentação da defesa quanto falta de fundamentação das decisões pretéritas, e, seu



voto foi omissivo quanto ao argumento da dupla valorização da quantidade de drogas que culminou em reforço de motivação baseado em fatos novos, constituindo para o paciente em “*Bis in idem*”, e atuação temerária pelo STJ em sede de instância extraordinária. Como também, não rebate expressamente o argumento trazido pelo *Parquet* quanto à questão de Política Criminal, vez que para este, o regime mais severo aos delitos de tráfico de drogas decorre de expressa previsão legal.

Já o Ministro Luiz Fux votou pela denegação da ordem, asseverou que não há inconstitucionalidade no referido dispositivo legal, vez que por política criminal o legislador optou por punir com mais severidade os crimes previstos na Lei de drogas. Aliou-se aos argumentos trazidos pelo Ministério Público Federal, especialmente na justificativa de que no Estado Democrático de Direito a supremacia é do poder legislativo.

[...] E entendo que assiste integral razão ao Ministério Público, quando adverte que na lacuna da lei, aplicava-se o Código Penal, permitindo esse regime diferenciado, mas veio a lei, como opção do legislador ordinário e, em regra, o Judiciário, nesse campo, tem que ter uma postura minimalista de respeitar a opção do legislador ordinário, porque num Estado Democrático de Direito a supremacia é do Parlamento, não é a supremacia judicial. A supremacia judicial só se instaura nos vácuos legislativos”. (FUX, 2012, HC nº 111.840/ES).

Todavia, embora tenha o ministro fundamentado seu voto como sendo a opção legislativa legítima e calcada em medida de política criminal, deixou de enfrentar os argumentos da defesa quanto à ausência de fundamentação nas instâncias inferiores, como também não objetou a postura de reforço de motivação adotada pelo STJ. Como consequência, não observou o enunciado de nº 719, do STF de que “a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea”. Sendo que tal posicionamento se fosse atualmente adotado, com base no artigo 489, § 1º, inciso VI do CPC, seria considerado um voto não fundamentado, vez que deixou de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte (Defensoria Pública), sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

A ministra Cármen Lúcia, em voto sucinto acompanhou o Relator no sentido da declaração de inconstitucionalidade do dispositivo em referência. Porém, limitou a justificar seu voto no sentido de que a imposição do cumprimento de pena no regime inicialmente fechado violaria o princípio da individualização da pena, “porque não deixa ao juiz condições de, em cada caso, verificar como e em que condições deveria ser cumprida a pena”. (CARMEN LÚCIA, HC nº 111.840/ES). Contudo, não enfrentou os argumentos de política criminal apresentados



pelo Ministério Público, como também a questão do *Bis in idem* praticado pelo STJ, trazida à baila pela defesa do paciente.

O voto do Ministro Ricardo Lewandowski, acompanhou o do Relator, concedendo a ordem e declarando incidentalmente a inconstitucionalidade do dispositivo em questão. Fundamentou o seu *decisum* no sentido de que o início do cumprimento da pena obrigatoriamente no regime fechado para aqueles que foram condenados na Lei de Tóxicos fere os princípios da individualização da pena e da proporcionalidade. Entretanto, limitou-se à justificativa principiológica, ficando silente quanto aos demais questionamentos controversos trazidos pelas partes em sede de *Habeas Corpus*. Sucintos e carecedores de maiores fundamentações foram os votos dos Ministros Cezar Peluso e Gilmar Mendes que em breves linhas apenas manifestaram em acompanhar o voto do Relator.

O Ministro Marco Aurélio votou pela denegação da ordem e pela constitucionalidade do §1º do art.2º da Lei 8.90/72, fundamentando seu voto em argumentos de política criminal, ainda pontuou o porquê estariam sendo respeitados os princípios da individualização da pena e da proporcionalidade.

Podemos dizer que essa previsão vulnera o princípio da individualização da pena? A meu ver não, Presidente. Porque se leva em conta a imputação, a prática delituosa implementada pelo agente. Se entendermos que o início do cumprimento da pena no regime fechado é inconstitucional, vamos ter que assentar que também é inconstitucional o fato de, no tocante a crimes de graduação maior- que são os hediondos – ter-se a prisão provisória por trinta dias, enquanto na Lei nº 7.960/89 dispõe que a citada prisão vigorará por cinco dias, prorrogável por idêntico período. [...] Proporcionalidade? Penso que está atendida, porque os desiguais devem ser tratados de forma desigual.[...] E digo, mais uma vez que, passo a passo, a Lei de Tóxicos está sendo esvaziada, no que se vem afastando, tratamento mais rigoroso no tocante àqueles que a transgridem, e que, portanto, cometem o tráfico de entorpecentes. (MARCO AURÉLIO, 2012, HC nº 111.840/ES).

Igualmente, apartou de enfrentar o questionamento da defesa quanto à fundamentação das decisões proferidas nas instâncias anteriores. Bem como não analisou a súmula de nº 719 do STF, trazida aos autos pela Defensoria Pública.

O ministro Joaquim Barbosa em seu voto manifestou pela denegação da ordem e pela constitucionalidade do dispositivo da lei de crimes hediondos em voga. Pautou sua decisão em argumentos de política criminal e no princípio da separação dos poderes. “Considero que questões de política criminal devem permanecer sob a esfera exclusiva de decisão dos poderes politicamente constituídos”. (JOAQUIM BARBOSA, 2012, HC nº 111.840/ES). Justificou também que a previsão constitucional de individualização da pena é de natureza de eficácia



contida ou contível e que, “portanto, o legislador estabelece os *standards* para a individualização da pena, cuja observância é em princípio, obrigatória pelo órgão jurisdicional”. (JOAQUIM BARBOSA, 2012, HC nº 111.840/ES). Porém, seu voto foi omissivo quanto aos questionamentos feitos pela Defensoria Pública no que tange a ausência de fundamentação no juízo primevo e na segunda instância, bem como no que cerne à inovação de motivos trazidos pelo julgador do STJ. De igual forma, foi um voto que não faceu o enunciado sumular de nº 719 do STF, suscitado pela defesa do paciente.

Nota-se que o STF, por maioria e nos termos do voto do relator, deferiu a ordem e declarou *incidenter tantum* a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.90/72 com a redação dada pela Lei nº 11.464/2007, vencidos os ministros Luiz Fux, Marco Aurélio e Joaquim Barbosa. Ocorre que após detida análise dos votos, percebe-se que as fundamentações dos ministros em vários momentos não observaram o contraditório paritário, vez que na redação dos votos, embora existissem questões bem fundamentadas, outras foram deixadas de lado, não enfrentando todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador. De igual sorte, os votos dissidentes deixaram de seguir enunciado de súmula invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. Na reconstrução dos votos registra-se um déficit na estrutura dialética do procedimento, a ausência de enfrentamento das questões travadas pelos interessados e contra interessados no provimento final, retira o predicado “devido” do processo legal em vertente. Ora, a ausência de um contraditório paritário ou deficiente obsta a confecção de uma decisão dialogada, refletindo em um provimento autocrático, que denota o exercício do poder pelo poder, até porquê em vários trechos dos votos, percebe-se vocábulos que remetem a concepção de livre convencimento motivado do juiz, tais como “ a meu ver, penso eu, reafirmo meu voto , pelo menos é minha óptica, etc.”.

Com as novas conquistas do Direito, o problema da justiça no processo foi deslocado do "papel- missão" do juiz para a garantia das partes. O grande problema da época contemporânea já não é o da convicção ideológica, das preferências pessoais, das convicções íntimas do juiz. É o de que os destinatários do provimento, do ato imperativo do Estado que, no processo jurisdicional, é manifestado pela sentença, possam participar de sua formação, com as mesmas garantias, em simétrica igualdade, podendo compreender por que, como, por que forma, em que limites o Estado atua para resguardar e tutelar direitos, para negar pretensões direitos e para impor condenações. (GONÇALVES, 2011, p.115).



Assim, “O conhecimento fundamentado permite, ao menos, que seja afastado o argumento autoritário que não se explica senão pela força que o sustenta”. (GONÇALVES, 2011, p.197). Todavia, ainda que parcialmente, no presente julgado, o contraditório, elemento primordial da teoria estruturalista do processo como legitimador do provimento final, não foi devidamente observado, o que demonstra em sede de controle de constitucionalidade das leis, que a decisão ora analisada padece de um ganho democrático real.

Não é por outro motivo que Jeremy Waldron afirma que “sempre há uma perda para a democracia quando o ponto de vista a respeito das condições democráticas é imposto por uma instituição não democrática, mesmo que este ponto de vista esteja correto e apresente melhorias à democracia”. (WALDRON, 2010, p.243). O acoplamento entre a possibilidade da revisão judicial e o exercício do princípio democrático é um tema tão delicado que apresenta posições teóricas e práticas em vértices opostos. Em um dos extremos, existem juristas que tratam com normalidade a possibilidade da revisão jurisdicional, ao passo que, no outro, há os que entendem que essa prática é sinônimo de aniquilação da legitimidade democrática. Caso não levássemos em consideração essas críticas, estaríamos determinando que uma visão de mundo é melhor que outra e que um grupo de indivíduos poderia impor sua visão à coletividade, e, com isso, aniquilar a ideia de racionalidade e esvaziar o elemento ‘validade’ do Direito.

4. VOTOS DIVERGENTES E O DEBATE JUSPOLÍTICO ACERCA DA RELAÇÃO ENTRE GARANTIAS FUNDAMENTAIS E POLÍTICA CRIMINAL: USO DOS PRINCÍPIOS COMO ÁLIBI RETÓRICO DA DISCRICIONARIEDADE?

Na reconstrução dos votos que culminaram na decisão de declaração de inconstitucionalidade *incidenter tantum* do § 1º do art. 2º da Lei 8.090/72, reacendeu a discussão sobre a relação entre direito e política, mormente no que se refere ao elo entre políticas criminais e garantias fundamentais. Constata-se pela análise dos votos a instalação de uma aporia, especificamente em suas fundamentações. Tem-se um confronto aparente entre defesa social (*policy*) tendo nos votos dissidentes a justificativa da adoção do regime inicial de pena mais severo baseado em medida de política criminal e de outro lado os argumentos de princípios (*principle*) adotados pelos ministros favoráveis a declaração de inconstitucionalidade, em razão da defesa do direito à individualização e da proporcionalidade da pena ao acusado de crime de tráfico ilícito de drogas.



Nos votos dissidentes percebe-se uma clara interligação entre política criminal e a separação dos poderes. Para o ministro Luiz Fux (2012, HC nº 111.840/ES) “o judiciário, nesse campo, tem que ter uma postura minimalista de respeitar a opção do legislador ordinário, porque em um Estado Democrático de Direito a supremacia é do Parlamento, não é a supremacia judicial.” Igualmente, o ministro Marco Aurélio (2012, HC nº 111.840/ES) em seu voto critica a atuação do juízes como legisladores positivos, frisando que ao poder judiciário somente caberia a legislação negativa em caso de lacunas legislativas. Já o ministro Joaquim Barbosa foi enfático:

Com efeito, a Constituição atribuiu aos parlamentares eleitos democraticamente a tarefa de estabelecer as leis reitoras da política criminal. Analisar se essa política é boa ou ruim não é função do Poder Judiciário, que deve se reservar à análise da sua constitucionalidade, sob pena de violação do princípio da separação de poderes e da democracia representativa, estabelecendo, sem legitimidade constitucional e democrática para tanto, sua própria visão política sobre a matéria. (JOAQUIM BARBOSA, 2012, HC nº 111.840/ES).

É perigoso que os casos julgados por base principiológica no STF passem a representar em um uso retórico dos princípios, uma vez que permite o magistrado “decidir conforme sua consciência” e após este fato fabrique um princípio para dar cientificidade jurídica a sua escolha. Deste modo, corre-se o risco de trocar a democracia por uma moral individual, pois este é confeccionado sob medida pelo julgador solipsista.

A questão é: porque livrar o direito da lei e da constituição? A constituição não é boa? Não é ela que estabelece, inclusive, o poder judiciário? Mas não é ela que obriga o judiciário a fundamentar? E não é nela que está escrito que o legislativo legisla e o judiciário julga, aplicando a lei feita pelo legislativo? Aliás, como disse dia desses o ministro Marco Aurélio: A CF coloca o legislativo e o executivo antes do judiciário. Bingo! Corretíssimo ministro. (STRECK,2015).

Segundo Ronald Dworkin, os argumentos de política são os que “[...] justificam uma decisão política mostrando que a decisão fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo”. (DWORKIN, 2002, p.129).

Nesse viés, os argumentos de política como nos votos em voga buscam alcançar uma meta coletiva (combate ao tráfico ilícito de drogas), sobrepondo-se aos interesses individuais (individualização e proporcionalidade da pena). “[...] Ou seja, a uma escolha daquele interesse que atende ao maior número de pessoas possível, mesmo que isso signifique desrespeitar o direito de um único cidadão ou de uma minoria deles”. (MACHADO, 2011, p. 57).



Já os argumentos de princípios que embasam decisões como a de declaração de inconstitucionalidade em comento, para Ronald Dworkin:

[...] justificam uma decisão política, mostrando que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo. O argumento em favor das leis contra a discriminação, aquele segundo o qual uma minoria tem direito à igualdade de consideração e respeito, é um argumento de princípio [...]. (DWORKIN, 2002, p. 130).

A lei é criada e sancionada a partir de decisões políticas tomadas pelos atores do discurso político, de forma que o direito se preza a ser um instrumento do poder político, contudo, não se olvida que o exercício do poder político é limitado pelo próprio direito (MACHADO, 2011, p. 55). Logo, tais decisões na visão dworkiniana (2005, p.534) sofrem limitações formal e materialmente pela Constituição. No confronto entre argumentos de *policy* e *principle*, aqueles sobressaem a estes. Assim, para Dworkin (2002) os direitos fundamentais estão acima da soberania popular, devendo serem protegidos frente às influências supressivas advindas de processos majoritários de deliberação, sendo o controle de constitucionalidade importante sistema de conformação do ordenamento jurídico e de higidez constitucional. Essa concepção é trabalhada de forma sofisticada por Ronald Dworkin, uma vez que o norte-americano afirma a ideia de que é necessário um conteúdo ético-moral “que preceda ao decisionismo majoritário, atribuindo ao judiciário essa função de anteparo da justiça política” (SILVA; MENDES, 2008, p.202). Dessa forma, o importante para Dworkin é a proteção dessa substância indispensável para a concretização democrática, independentemente de qual organismo ou instituto realize a sua tutela. Por esse prisma, a atuação da corte não é apenas aceitável, mas vista como salutar à democracia.

A argumentação pautada em princípios assegura uma coerência decisória entre casos semelhantes, pois a fundamentação se dá a partir do direito. Já aquela fundada em argumento de política pode sofrer alterações diante da alternância dos grupos políticos no poder, possibilitando soluções controversas para casos semelhantes. (MACHADO, 2011, p. 64).

Pelo elucidado, os votos dissidentes apesar de serem fundamentados em argumentos de política criminal, por si só não sustentam uma fundamentação segura do *hard case* posto, vez que adotando a vertente dworkiniana, a aporia entre segurança social *versus* direitos fundamentais é aparente, pois a relação entre ambos deve ser vista como complementar, sendo que a política tem como escopo resguardar os direitos fundamentais do cidadão, ao largo que estes direitos legitimam a criação de tais políticas. No caso em voga, a medida de política criminal de cumprimento inicial de pena no regime mais severo ao que comete crime de tráfico



ilícito de drogas não se firma nos princípios da individualização e da proporcionalidade da pena, sendo o *judicial review* fonte de resolução da celeuma instada.

Todavia, não se pode olvidar que em nome da aplicação de princípios diante dos chamados *hard cases* pode haver um exacerbado ativismo judicial que se notabiliza pelo exercício solipsista do julgador que encontra no pamprincipiologismo² um verdadeiro arsenal, pois basta decidir conforme a sua consciência e se esta decisão não coincidir com as normas jurídicas, basta criar um princípio que teria o condão de superar o Direito. É a prevalência da moral individual sob o Direito, ou seja, sob a democracia. Essa situação vai se tornando robusta na prática brasileira por uma confusão em relação ao positivismo jurídico, ou seja, que em nome de superar o positivismo exegético (metafísica clássica) associado ao juiz ‘boca da lei’, liberamos o sujeito da modernidade para escolher os sentidos, inclusive da lei (metafísica moderna) e ele pode ser denominado de ‘juiz dos princípios’.

Nesta posição, os princípios jurídicos representariam verdadeiros cheques em branco concedidos aos julgadores para que decidam da forma que quiserem e depois justifiquem sua decisão, alegando que a decisão não partiu do seu “*sentire*” e sim da aplicação do princípio retórico ao caso. Esta fábrica de princípios é acionada sempre que se tem necessidade de um argumento para solucionar os intitulados “casos difíceis” ou para corrigir as incertezas da linguagem, atacando a legitimidade das decisões, pois sua fonte não seria democrática e sim de uma linguagem privada do julgador.

CONCLUSÃO

Para contextualizar o objeto deste estudo, buscou-se analisar se a declaração de inconstitucionalidade *incidenter tantum* do § 1º, do artigo 2º da Lei nº 8.072/90, no julgamento pelo Supremo Tribunal Federal do *Habeas Corpus* de nº 111.840/ES, assegurou aos jurisdicionados o contraditório paritário, bem como se houve a aplicação de princípio retórico ao caso como álibi da discricionariedade judicial.

² No Brasil, a concepção de princípios como abertura interpretativa passou a representar um modo de justificar o voluntarismo judicial a partir de um critério jurídico que permitiria certa liberdade aplicativa. Ocorre que, no fundo, a mera atribuição do nome “princípio” a algo apenas serviu para garantir a aparência de juridicidade, construindo um verdadeiro álibi retórico. O grande problema é que a comunidade jurídica passou cada vez mais a lançar mão do nome princípio para justificar as decisões discricionárias. Isso provocou uma fragmentação na aplicação judiciária, o que me levou a cunhar a expressão pamprincipiologismo para designar este fenômeno, que se transformou em uma verdadeira fábrica de princípios. (STRECK, 2017, p.150).



Na reconstrução dos votos constatou-se que os ministros do Supremo Tribunal Federal não enfrentaram em sua totalidade os argumentos apresentados pelas partes, o que confirmou a hipótese científica de que na decisão em voga não foi observado o contraditório paritário, em consequência disso, o provimento judicial foi marcado por um déficit democrático participativo.

A ausência ou precária fundamentação da decisão judicial implicou em um prejuízo ao processo como “devido processo legal”, por ter carecido de dialogicidade (participação simétrica e paritária dos interessados e contra interessados). O contraditório é corolário do processo, que visa garantir legitimidade do provimento final no paradigma de Estado Democrático de Direito. O julgado fruto de um convencimento isolado e autocrático do magistrado vai na contramão da dialética necessária à legitimação do *decisum*, o que fere a garantia constitucional ao contraditório substancial, insculpido no inciso LV do artigo 5º da CF/88.

A aporia instada pelos argumentos de política criminal *versus* os de garantias e direitos fundamentais individuais no acórdão em estudo, alerta para o problema de se determinar como ocorre e dentro de quais limites deve-se elaborar a decisão judicial, sob pena do ativismo judicial, na ausência de uma Teoria da Decisão, substituir a vontade do Direito pela vontade do julgador, o que se torna perigoso e complexo, vez que a democracia e os avanços passam a depender dos posicionamentos dos juízes e dos tribunais .

A jurisdição constitucional no Estado Democrático de Direito ocasiona variações polissêmicas na concepção de Judiciário negativo, dando lugar a um Judiciário atuante, possibilitando ao juízo, principalmente em sede de controle de constitucionalidade das leis, a atividade de interpretação da norma, podendo modificar a axiologia de determinado instituto e de atuação eminentemente política. Contudo, apesar de seu papel conformador do ordenamento jurídico e de preservação da ordem constitucional, é crível que se torne muito tênue a linha de separação dos poderes, com a eventual supressão de poderes originários do legislativo, fazendo surgir a figura do juiz-legislador. Logo, os princípios³ devem ser norte da jurisdição constitucional e não um alibi retórico que transforma o “Guardião da Constituição” em “Dono da Constituição”.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Andréa Alves de. *Processualidade Jurídica e Legitimidade Normativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

³ O princípio para ser espécie normativa e não ser confundido com um mero valor tem que ser deontológico, operando dentro do código binário do Direito, ou seja, lícito-ilícito, se não for assim, não passa de mera retórica. (FERREIRA,2019, p.275).





BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, ISSN 1138-4824, n. 13, Madrid, p. 17-32, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. *O Novo Direito Constitucional Brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. 4. ed. reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

BRASIL. Código de Processo Penal. *Decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 22 mar. 2020.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Inteiro Teor Acórdão Habeas Corpus 111.840 Espírito Santo*. Declaração incidental de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90. Relator: Ministro Dias Toffoli. DJE, 17. dez. 2013. Brasília. 2013. p.1-39.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESPÍRITO SANTO. *Ação de Habeas Corpus*. Protocolo em 28. dez. 2011. Brasília. 2011. 12p.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. 2. ed., rev. ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Tradução de Elaine Nassif. 1. ed. Campinas: Bookseller, 2006.

FERREIRA, Rafael Alem Mello. *O Projeto Inacabado de uma Teoria da Decisão Judicial: De Habermas a Streck, na luta por decisões democráticas*. 1.ed. Belo Horizonte: Dialética, 2019. 395p.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2001. 224p.

MACHADO, Felipe. *Principle versus Policy: uma crítica à relação entre política criminal e direitos fundamentais a partir de Ronald Dworkin*. In: MACHADO, Felipe; CATTONI, Marcelo (Coord). *Constituição e Processo: entre o direito e a política*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p.51-68.



MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. rev.e.atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *Parecer pela denegação da ordem no Habeas Corpus nº 111.840/ES*. Protocolo em 19. mar.2012. Brasília. 2012. 6p.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

ROBERTO, Welton. *Paridade de Armas no Processo Penal*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

SILVA, Virgílio Afonso da; MENDES, **Conrado Hübner. Habermas e a jurisdição constitucional**. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo (Org.). *Direito e democracia um guia para a leitura de Habermas*. São Paulo: Malheiros, 2008.

STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. *A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional*. In: ARGUMENTA. Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da UENP. Jacarezinho, 2007, n. 7.

STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito*. Letramento: Casa do Direito, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Perspectivas e Possibilidades de Concretização dos Direitos Fundamentais-Sociais no Brasil*. Novos Estudos Jurídicos - Volume 8 - Nº 2 - p.257-301, maio/ago. 2003.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto: "decidir conforme a consciência"?: protogênese do protagonismo judicial*. In: MACHADO, Felipe; CATTONI, Marcelo (Coord). *Constituição e Processo: entre o direito e a política*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p.215-250.

STRECK, Lenio Luiz. SENSO INCOMUM. *O Brasil revive a Escola do Direito Livre! E dá-lhe pedalada na lei!* Conjur – Coluna Senso Incomum. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-jun-25/senso-incomum-brasil-revive-escola--direito-livre-lhe-pedalada-lei>>. Acesso em: 23 mar. 2020.

WALDRON, Jeremy. *A essência da oposição ao judicial review*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010 (Coleção ANPR de Direito e Democracia. Direção de Antonio Carlos Alpino Bigonha e Luiz Moreira).