



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

MANUELLE RIBEIRO MARTINS DOS SANTOS

**A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA E A VIOLAÇÃO DO
PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE
INOCÊNCIA: UMA ANÁLISE À LUZ DO ATIVISMO
JUDICIAL.**

Salvador

2019

MANUELLE RIBEIRO MARTINS DOS SANTOS

**A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA E A VIOLAÇÃO DO
PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE
INOCÊNCIA: UMA ANÁLISE À LUZ DO ATIVISMO
JUDICIAL.**

Monografia apresentada ao curso de graduação
em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como
requisito parcial para obtenção do grau de
bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Gabriel Dias Marques da Cruz.

Salvador

2019

TERMO DE APROVAÇÃO

MANUELLE RIBEIRO MARTINS DOS SANTOS

**A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA E A VIOLAÇÃO DO
PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE
INOCÊNCIA: UMA ANÁLISE À LUZ DO ATIVISMO
JUDICIAL.**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito,
Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/2019.

RESUMO

Este trabalho acadêmico tem o intuito de tecer reflexões acerca da violação do princípio fundamental da presunção de inocência, expresso no art. 5º, LVII da Constituição Federal devido ao julgamento do HC 126.292 pelo STF, que trouxe a discussão referente a legitimidade da execução da pena após a confirmação da decisão condenatória em segunda instância. Nesta senda, surge a necessidade de discutir a constitucionalidade desta decisão, a inobservância do art. 283, do Código de Processo Penal na ocasião do julgamento, o ativismo judicial que tem sido frequente em algumas das decisões do Supremo, suas origens, causas e consequências dentro da comunidade brasileira. Ademais, chega-se à conclusão de que a postura que vem sendo adotada pelo Judiciário brasileiro não encontra compatibilidade com os ideais democráticos positivados na Carta Maior.

Palavras-chave: Execução provisória, Presunção de inocência, Direitos Fundamentais, Inconstitucionalidade, Ativismo Judicial, Segurança Jurídica.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
Art.	Artigo
CF	Constituição Federal da República
CPP	Código de Processo Penal
HC	<i>Habeas Corpus</i>
MP	Ministério Público
ONU	Organização das Nações Unidas
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJ	Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	8
2	PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA	10
2.1	DEFINIÇÃO.....	10
2.2	ASPECTOS HISTÓRICOS.....	12
2.2.1	A presunção de inocência no âmbito internacional.....	12
2.2.2	O processo de consolidação da presunção de inocência no ordenamento jurídico brasileiro.....	15
2.3	OS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO O CENTRO DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	17
2.4	IMPORTÂNCIA DO PRINCÍPIO COMO GARANTIA PROCESSUAL.....	19
2.5	DOS TRATADOS INTERNACIONAIS QUE VERSAM SOBRE AS GARANTIAS PROCESSUAIS PENAS.....	21
3	A VIOLAÇÃO DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA FACE À EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA: UMA ANÁLISE À LUZ DO HC 126.292.....	23
3.1	POSIÇÃO ANTIGA DO STF.....	24
3.2	ANÁLISE DA CULPA.....	26
3.3	DETERMINAÇÃO DO MOMENTO DO TRÂNSITO EM JULGADO	31
3.4	PROLIFERAÇÃO DOS RECURSOS NOS TRIBUNAIS SUPERIORES E A DIMINUIÇÃO DA SELETIVIDADE PENAL.....	35
4	CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DA DECISÃO PARA O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	42
4.1	MUDANÇA JURISPRUDENCIAL, CRISE NA SEGURANÇA JURÍDICA E ATIVISMO JUDICIAL.....	42

4.1.1	Contornos teóricos acerca do Constitucionalismo brasileiro.....	42
4.1.2	Da constitucionalidade do art. 283, do CPP.....	50
4.1.3	Da atuação política do Judiciário brasileiro.....	55
4.1.4	Do atentado à segurança jurídica e a vedação ao retrocesso.....	66
5	CONCLUSÃO.....	71
	REFERÊNCIAS.....	73

1. INTRODUÇÃO

Julgamento histórico e de grande repercussão, o HC 126.292, levanta nos dias de hoje, uma acirrada discussão no âmbito da comunidade jurídica acerca do alcance do princípio constitucional da presunção de inocência, uma vez que, trazendo consigo a ideia de que o ônus da culpa não poderá recair sobre o acusado até que se alcance o trânsito em julgado da condenação, garante um processo adequado e congruente com as disposições Constitucionais.

O problema reside no fato de que esta decisão resultou em uma mudança no entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal Federal que atualmente passa a admitir a execução da pena após a confirmação da decisão condenatória em segunda instância.

Contudo, para que se alcance o trânsito em julgado, de acordo com o sistema recursal brasileiro, ainda restaria a possibilidade do reexame do processo nas instâncias superiores – através dos Recursos Especial e Extraordinário, o que pode trazer um resultado diverso ao processo e à situação do acusado.

Um outro ponto bastante controverso, diz respeito a postura omissa da Corte acerca da necessidade da declaração da constitucionalidade do art. 283, do Código de Processo Penal, fato que deu origem às Ações Declaratórias de Constitucionalidade de números 43, 44 e 54, que *a priori*, tiveram seus pedidos de liminar indeferidos e até o momento da conclusão desta pesquisa não foram julgadas.

Além da objeção quanto a constitucionalidade desse novo entendimento, outros temas ganharam relevo a partir do julgamento do HC 126.292, entre os quais merece destaque a intensificação do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal e a sua ilegitimidade para o exercício de atividades típicas do Poder Legislativo, por vezes, incorrendo em arbitrariedades e usurpação de poder, sem respaldo legal e sem qualquer controle sobre os seus atos.

Questiona-se ainda a compatibilidade deste ativismo judicial com os ideais democráticos que constituem a base do próprio Estado de Direito, com ênfase para o princípio da separação dos poderes, oriundo da teoria desenvolvida por Montesquieu, o axioma da segurança jurídica e o declínio da confiança da sociedade no próprio ordenamento jurídico.

Desta forma, no segundo capítulo será apresentada uma visão geral do princípio da presunção de inocência, como a definição, a sua finalidade, o processo de consolidação no ordenamento jurídico brasileiro bem como a sua importância como garantia processual para o indivíduo processado.

No terceiro capítulo, a abordagem será voltada para a análise do julgamento do HC 126. 292, expondo o entendimento antigo e a nova jurisprudência da Corte, bem como serão apresentados os argumentos mais relevantes utilizados pelos magistrados para dar fundamento à mudança jurisprudencial bem como a manifestação da doutrina em sentido contrário.

No quarto capítulo, por fim, será realizada um estudo teórico sobre os temas fulcrais que giram em torno da controvérsia instalada com a nova decisão jurisprudencial como: as bases e o desenvolvimento do constitucionalismo brasileiro, os ideais da democracia, a teoria da separação dos poderes, bem como os impactos decorrentes da relativização do princípio para o país enquanto Estado Democrático de Direito.

O propósito desta pesquisa é explicar as razões jurídicas pelas quais se sustenta a alegação da inconstitucionalidade do novo entendimento do STF, trazendo as críticas doutrinárias pertinentes à intensificação do ativismo judicial, de modo a apontar os limites legais e constitucionais impostos ao Judiciário que foram descumpridos na ocasião deste julgamento.

2. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

No bojo da sociedade contemporânea, percebe-se que o grande avanço atinente a seara constitucional se deve a afirmação histórica dos direitos fundamentais como o centro de proteção da dignidade da pessoa humana e do reconhecimento da Constituição como sendo o local ideal para a positivação de tais preceitos, em razão de ser o documento político e jurídico supremo, dotado de força vinculativa máxima¹.

De acordo com George Marmelstein², direitos fundamentais são normas jurídicas - associadas à ideia de efetivação dos direitos humanos e limitação do poder estatal -, positivadas nas Constituições dos Estados Democráticos de Direito, e que por sua relevância valorativa orientam e legitimam todo o sistema jurídico interno.

Com o fim de delimitar o objeto de estudo e desenvolver o tema principal deste trabalho, o presente capítulo tem o objetivo de descrever os aspectos gerais relevantes referentes a força jurídica dos direitos fundamentais no sistema jurídico brasileiro, tendo como base a garantia constitucional da presunção de inocência e a sua aplicabilidade no âmbito do processo penal.

2.1 DEFINIÇÃO

A garantia do estado ou presunção de inocência tem a sua definição prevista expressamente na Constituição Federal de 1988 no art. 5º, inciso LVII, nos seguintes termos: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Para fins de interpretação deste dispositivo, *a priori* é relevante destacar que este princípio ostenta a posição de garantia fundamental de primeira dimensão na medida em que representa uma limitação ao poder de punir do Estado.

¹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 135.

² MARMELESTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 17.

Sobre este tema, é de suma importância trazer os preceitos dos constitucionalistas Leonardo Martins e Dimitri Dimoulis³ que definem os direitos de primeira dimensão⁴ ou subjetivo como sendo direito de *status* negativo que são aqueles relativos a “pretensão de resistência à intervenção estatal”, em suma, trata-se de uma obrigação negativa direcionada ao Estado de se abster de intervir de forma arbitrária na esfera individual do sujeito.

Trazendo este conceito para o plano prático da seara processual penal, significa dizer que esta norma confere ao acusado um lapso temporal importante no qual será “imune” à condição de culpado para que possa utilizar de todos os instrumentos legais disponíveis (contraditório, ampla defesa, duplo grau de jurisdição, entre outros) para a consecução da sua defesa, sendo garantido para ele, portanto, o devido processo legal, ou seja, o processo justo e pautado no respeito à dignidade da pessoa humana.⁵

Observe que, ao tratar deste princípio, o próprio legislador originário, além de estabelecer o tratamento que deve ser dado ao acusado durante todo o processo em que se pretende aferir a sua culpa, prevê também o marco final ou o limite a esta “imunidade” processual, ou seja, o momento em que ocorrer o trânsito em julgado⁶.

Sobre o conceito de coisa julgada, tradicionalmente o entendimento doutrinário brasileiro, desde sempre acolhido pelos tribunais superiores, em linhas gerais, é no sentido de que trata-se da sentença ou acórdão do qual não se pode mais recorrer.

Neste ponto, ensina o autor Dirley da Cunha Jr⁷ que:

Coisa julgada é a garantia que torna inquestionável, imutável ou irreversível uma decisão judicial contra a qual não caiba mais recurso. Ora, se a finalidade do processo é a composição dos conflitos de interesses, é mais do que recomendável que exista um momento em que a pacificação desses conflitos se torne definitiva. Assim, a coisa julgada é garantia que evita a eternização dos litígios e, em consequência, a rediscussão das controvérsias.

O instituto da coisa julgada possui respaldo constitucional no art. 5º, XXXVI em razão da necessidade de se garantir a imutabilidade e indiscutibilidade das decisões,

³ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 51.

⁴ Essa classificação dos Direitos Humanos em gerações foi proposta inicialmente pelo jurista Karel Vasak.

⁵ LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo. Editora Saraiva, 2014, p. 142-145

⁶ *Ibide*, loc. cit.

⁷ CUNHA JR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. Salvador: Juspodvim, 2014, p. 569.

concretizando a segurança jurídica e conseqüentemente promovendo a confiança o próprio direito.⁸

De acordo com a jurisprudência⁹ consolidada pelo STF, a formação da coisa julgada no âmbito do processo penal ocorre quando finda o prazo do último recurso admissível, ou seja, o recurso extraordinário. Isto porque, o recurso interposto só poderá obstar a formação da coisa julgada se o mérito da decisão judicial puder ser alterado.

Por fim, conforme Aury Lopes Júnior¹⁰, a presunção de inocência é o princípio decorrente da longa e complexa evolução civilizatória do processo penal, de modo que pode-se afirmar com propriedade que este ostenta a condição de princípio regente de todo o processo penal de sorte que a qualidade deste pode ser verificada de acordo com o grau de eficácia deste princípio na prática.

2.2 ASPECTOS HISTÓRICOS

2.2.1 A presunção de inocência no âmbito internacional

Para a melhor compreensão da temática que será discutida neste trabalho acadêmico, faz-se necessário explanar de forma breve, o contexto histórico que marcou o surgimento do princípio da presunção de inocência e como se deu o seu desenvolvimento e recepção pelo ordenamento jurídico das nações.

Neste sentido, a doutrina aponta como marco inicial do surgimento das primeiras noções acerca da presunção de inocência o final do século XVIII, período em que se

⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães Gomes; FERNANDES, Antônio Scarance. **Recursos no processo penal**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 305.

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 895.416. Relator: Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno. Julgado em 27/10/2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28895416%2E+OU+895416%2EACMS%2E%29+%28%28DIAS+TOFFOLI%29%2ENORL%2E+OU+%28DIAS+TOFFOLI%29%2ENORV%2E+OU+%28DIAS+TOFFOLI%29%2ENORA%2E+OU+%28DIAS+TOFFOLI%29%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/yap4mea6>>. Acesso em: 31 out. 2018.

¹⁰ LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 579.

desenvolveu o movimento filosófico iluminista na Europa, sendo pensado na sua origem com lastro nos ideais libertários aclamados pela burguesia.¹¹

Nesta época, vigia o sistema processual penal inquisitório que teve suas bases no direito romano-canônico, tendo como principais características: (I) a atribuição de poderes à autoridade para o início da ação penal, ou seja, não necessitava de denúncias, (II) a perseguição e instrução do processo conforme a conveniência do julgador, (III) sigilo total do procedimento, e (IV) a confissão do réu, que era o maior e mais importante meio de prova obtido muitas vezes por meio da tortura que era legitimada na época.¹² Nesse ponto, cabe transcrever as palavras de João Bernardino Garcia Gonzaga:

Firmou-se dessa maneira nova orientação na Justiça Criminal secular, em que se mesclaram influências do Direito Canônico e do Direito romano. Teve início então o tenebroso período depois designado como "da vingança pública", calcado num sistema inquisitório, tal como existia na Igreja, mas com estes acréscimos: processo secreto e escrito, defesa inexistente ou fortemente cerceada, largo emprego da tortura.

De acordo com os ensinamentos de Maurício Zanoide de Moraes¹³, a Igreja Católica, detentora do poder central e responsável pelos processos e julgamentos da época, utilizava-se das premissas do cristianismo e da defesa da fé Católica para justificar o sistema inquisitorial, cuja finalidade era pura e simplesmente defender o domínio político e religioso do território contra os inimigos do governo e da Igreja Católica, ou seja, os invasores e hereges.

Diante desta análise, é possível afirmar que o Poder Central já tinha a sua população carcerária previamente delineada de modo que o sistema processual penal era moldado com a finalidade de perseguir e extirpar todos aqueles indivíduos que eram considerados inimigos sob alegação destes serem portadores do "pecado original", termo utilizado pela doutrina cristã para se referir a teoria que defende que o pecado

¹¹ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 35.

¹² GONZAGA, João Bernadino Garcia. **A inquisição em seu mundo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 24-25.

¹³ MORAES. Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no Processo Penal Brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 52-53.

é inerente a todo o ser humano e que por esse motivo ao se descuidar dos desígnios de Deus estão fadados a praticar o mal.¹⁴

Logo, como a Igreja pregava que todo o ser humano era portador do pecado original resta claro que o sistema inquisitorial como um todo era fundado da lógica da presunção da culpa que se confirmava através da materialização do ato delituoso e através da confissão por meio da tortura, considerada a rainha das provas, condenava-se o indivíduo.¹⁵

Por todo o exposto, pode-se concluir que este sistema não fornecia qualquer tipo de garantia ao acusado, presumindo-o, em regra, como culpado. Diante deste quadro de profunda insegurança e revolta por parte do povo europeu, surgiu uma necessidade emergente de se repensar e reagir ao sistema prisional bem como outros desmandos governamentais e da Igreja que imperavam na época.

É nesse contexto que eclode a Revolução Francesa e como resultado nasce a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1789, primeiro documento formal considerado como o marco inicial da evolução referente a positivação dos direitos e garantias fundamentais do homem¹⁶. Neste, fica exarado em seu art. 9º a primeira menção ao princípio da presunção de inocência:

Art. 9º Todo homem é considerado inocente, até ao momento em que, reconhecido como culpado, se julgar indispensável a sua prisão: todo o rigor desnecessário, empregado para a efetuar, deve ser severamente reprimido pela lei.

No século XX, em razão das consequências trágicas causadas pela Segunda Guerra Mundial a comunidade internacional foi levada a repensar seus próprios conceitos sobre humanidade e promover uma conscientização a ponto de gerar mudanças profundas nas relações internacionais, isso tendo como base a proteção à dignidade da pessoa humana que passou a ser o tema central das principais discussões no plano internacional.¹⁷

¹⁴ MORAES. Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no Processo Penal Brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 55.

¹⁵ *Ibidem*, p. 56.

¹⁶ RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 23-24.

¹⁷ COMPARATO. Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 225.

É nesse contexto que surge a Organização das Nações Unidas (ONU), em 1945 com o propósito de promover a paz e a segurança internacional mediante atuação preventiva, desenvolvimento de relações pacíficas, cooperação internacional e a promoção de direitos humanos.¹⁸

Desta forma, tornou-se imprescindível a celebração de uma série de tratados e acordos internacionais que vinculassem as nações integrantes, no sentido de impedir o retorno dos anos cruéis que marcaram a história da humanidade.

E assim o princípio da presunção de inocência ganha relevo no cenário mundial, sendo previsto expressamente em um dos mais importantes diplomas normativos na seara internacional: a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

Art. 11 - Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provocada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.¹⁹

O surgimento desse diploma inaugura uma nova fase no plano internacional conhecida como a “fase da positivação dos direitos humanos”, na qual as nações não estão mais integralmente livres para dispor sobre a sua legislação interna, já que, sem influir sobre a sua soberania, devem observância aos princípios referentes à proteção humana, isso se almejem fazer parte das relações políticas e econômicas com as demais nações²⁰.

2.2.2 O processo de consolidação da presunção de inocência no ordenamento jurídico brasileiro

Quanto ao ordenamento jurídico brasileiro, nesse contexto, cabe uma regressão histórica à Era Vargas, a qual vigorava o regime político denominado de Estado Novo,

¹⁸ ONU. Carta das Nações Unidas, 1945. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2017/11/A-Carta-das-Na%C3%A7%C3%B5es-Unidas.pdf>. Acesso em: 1 nov. 2018.

¹⁹ De acordo com a leitura deste dispositivo, percebe-se que o princípio ganha uma nova conotação, pois além de exercer o papel de garantidor do estado de inocência do indivíduo até que se prove a sua culpa, exige que a parte acusatória levante todas as provas referentes a autoria e materialidade do delito em conformidade com o devido processo, sendo asseguradas todas as garantias fundamentais para a defesa processual do réu.

²⁰ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003, p. 38.

para tratar do Decreto-Lei 88/1937²¹, que em seu art. 20, § 5º previa expressamente a presunção da culpa sempre que o réu tivesse sido preso com arma na mão ou encontrado com qualquer instrumento ou documento do crime, cabendo ao próprio acusado a prova em contrário.

Diante disso, pode-se concluir que antes mesmo do início do processo penal o sujeito já era considerado e tratado como culpado, tal postura além de prevista no decreto supracitado, era validado por toda a estrutura normativa punitivista da própria Constituição de 1937 e do Código de Processo Penal de 1941, ambos inspirados em ideais fascistas²².

Os anos que se seguiram, após a deposição de Getúlio Vargas, em um período compreendido entre 1945 e 1964 uma nova constituinte foi instalada no Brasil fazendo surgir a Constituição de 1946, entretanto, em nada avançou quanto a posição arbitrária do regime anterior, mantendo-se, portanto, a ideia da presunção da culpa do acusado. Isto porque, a estrutura do sistema processual brasileiro ficou cristalizada com a edição do Código de Processo Penal de 1941, visto que, não havia norma hierárquica superior ou reforma legislativa que revogasse este diploma²³.

Em 1964, com a instauração do Regime Militar no Brasil houve a edição da nova Carta Constitucional de 1967, com vistas a legitimar o governo de exceção e a definir os novos princípios que seriam impostos à população brasileira e mais cinco Atos Institucionais, dotados de caráter estritamente político, cuja finalidade era a manutenção do poder²⁴.

Este período além de ser uma extensão do período Varguista no que tange à rejeição do princípio da presunção de inocência outras arbitrariedades maiores foram cometidas contra o povo brasileiro, como cassação de mandatos, suspensão de direitos políticos, censura à publicidade e liberdade de imprensa, tortura entre outros desmandos governamentais²⁵.

²¹ BRASIL. **Decreto-Lei nº 88**. Brasília, DF: Senado, 1937, p. 5.

²² MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no Processo Penal Brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 188.

²³ *Ibidem*, p. 189.

²⁴ LOPES, Paulo Guilherme de Mendonça. **Justiça no Brasil: 200 anos de história**. São Paulo: Conjur Editorial, 2009. p. 185-186.

²⁵ *Ibidem*, *loc. cit.*

No final da ditadura militar, sob a égide do governo de João Figueiredo, foi editada a Lei de Anistia em 1979, cuja finalidade era possibilitar que todas as pessoas que foram exiladas pudessem retornar ao país. Considera-se este momento, como o marco do retorno à democracia e valorização do sujeito perante o Estado²⁶.

O Judiciário, desta forma, começa a aplicar o princípio da presunção de inocência ainda que de modo implícito como decorrência do devido processo legal, de modo que a liberdade passou a ser vista como regra a ser seguida enquanto a prisão só deveria ser decretada em casos excepcionais²⁷.

Mas foi em 1988 que este entendimento foi incorporado e consolidado de forma explícita e efetiva no sistema processual penal do país através da instituição da atual Constituição Federal do Brasil e de outras normas infralegais que dela sucederam a fim de promover a materialização deste princípio.

2.3 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO CENTRO DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Os princípios constitucionais em geral representam os valores mais importantes selecionados pelo constituinte para a consagração da dignidade da pessoa humana e que, portanto, devem ser alvo de uma proteção distinta das demais espécies normativas existentes no ordenamento pátrio.

É por essa razão que o legislador originário impôs um constitucionalismo rígido, de modo que Constituição encontra-se acima de todas as outras normas jurídicas exigindo um processo legislativo mais severo para alteração do seu conteúdo normativo.²⁸

Entretanto, de acordo com o pensamento do mesmo autor²⁹, a rigidez constitucional adotada, por si só, é incapaz de conter os abusos por parte do legislador, que no

²⁶ LOPES, Daniella Duarte. **O princípio da presunção de inocência e a execução antecipada da pena**. 2017. Dissertação. (Mestrado em Direito). – Faculdade de Direito, Universidade Católica de Petrópolis – UCP, Petrópolis. Orientador: Prof. Dr. Antônio Eduardo Ramires Santoro. Disponível em: <<http://www.ucp.br/web/index.php/consultar/periodicos/periodicos-livre>>. Acesso em 5 nov. 2018, p. 60.

²⁷ *Ibidem*, p. 61.

²⁸ MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 251.

²⁹ *Ibidem*, p. 252.

ímpeto da defesa dos seus interesses particulares pode adotar medidas capazes de aniquilar os direitos mais substanciais para a sobrevivência e a convivência humana em sociedade.

E é nesse sentido que a Constituição Federal de 1988 no seu art. 60, §4º, instituiu as chamadas cláusulas pétreas, que como bem leciona Ingo Wolfgang Sarlet³⁰ representa o núcleo fundamental selecionado pelo legislador originário para ser imune à ação restritiva ou supressiva do poder reformador de modo que a proteção não é o direito fundamental em si, mas sim o seu conteúdo em dignidade da pessoa humana.

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

I - a forma federativa de Estado;

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

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais (Grifo nosso)

Desta forma, uma vez inserida no rol de garantias fundamentais, consoante mencionado anteriormente, o princípio da presunção de inocência, objeto da matéria a ser tratada nessa pesquisa acadêmica, teoricamente encontra-se protegido de qualquer reforma constitucional que de algum modo ameace aboli-lo.

Sendo assim, a interpretação desse artigo deve ser realizada de modo extensivo, inclusive pelo próprio STF, que no papel de guardião da nossa Carta Política deveria adotar medidas no sentido de dar eficácia a estes direitos.

No entanto, não é o que vem se observando nas suas últimas decisões que se mostram totalmente contrárias ao espírito Constituição a exemplo do julgamento do HC 126.292 que restringiu a garantia da presunção de inocência.

Nesta senda, de acordo com as palavras de J.J Gomes Canotilho³¹, é flagrantemente inconstitucional qualquer medida adotada pelo Estado que tenha como finalidade restringir direitos já consagrados para efetivar o princípio que é a base fundante de todo o ordenamento jurídico a “dignidade da pessoa humana”, sem que haja medidas alternativas que compensem a mitigação dessas garantias. Trata-se do princípio da vedação ao retrocesso.

³⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 438.

³¹ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 336.

2.4 IMPORTÂNCIA DO PRINCÍPIO COMO GARANTIA PROCESSUAL

Quanto a sua importância prática no âmbito processual, segundo Aury Lopes Júnior³², ao recepcionar este princípio, houve uma preocupação por parte do constituinte com o respeito da dignidade do acusado no sentido de se garantir que não lhe seja atribuído a condição de culpado sem que antes se esgote todo o tipo de defesa possível, em outras palavras, há uma verdadeira proibição do tratamento similar ao de um indivíduo que já tenha tido a sua culpa judicialmente comprovada.

Nesse sentido, aponta que esta garantia se apresenta em duas dimensões: uma interna e outra externa. A dimensão interna refere-se às regras de tratamento e de julgamento direcionadas ao juiz na medida em que estabelece que o ônus da prova da culpa do indivíduo seja do acusador, pois já que se afirma que o réu é inocente este não precisa provar nada e que havendo dúvidas quanto a sua culpabilidade deverá haver a absolvição do acusado, em virtude do *in dubio pro reo*. Além disso, nesta mesma dimensão deve-se observar ainda a existência de restrições no que se refere ao excesso, melhor dizendo, o abuso das prisões cautelares.³³

Já a dimensão externa se relaciona a uma proteção contra a publicidade abusiva e estigmatizante do acusado de forma antecipada. Significa dizer, em outras palavras, que este princípio, bem como as garantias da imagem e privacidade, têm a função de servir como uma barreira democrática contra a exploração imoderada da mídia em torno do réu, do delito e do processo judicial.³⁴

Para dar efetividade a estas regras de tratamento, o sistema processual penal prevê os institutos da “prisão preventiva” e da chamada “liberdade provisória” que são medidas de natureza cautelar, que devem ser utilizadas em casos excepcionais e estão intrinsecamente ligadas à proteção da efetividade do processo e da própria jurisdição.³⁵

Estas hipóteses encontram respaldo legal, constitucional e impõem obrigatoriamente uma excepcionalidade da situação requerendo a devida motivação para surtir seus

³² LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 14. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 96.

³³ *Ibidem*, p. 97.

³⁴ *Ibidem*, *loc.cit.*

³⁵ PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 51.

efeitos.³⁶ É o que estabelece o art. 5º, LXVI da Magna Carta: “Ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”.

Nesse sentido, ao tratar desta matéria o Código de Processo Penal Brasileiro dispõe em seus artigos 283, 311 e 312, respectivamente:

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011). (Vide ADIN nº 5.526)

Ademais, o mesmo autor³⁷ indica ainda que por força deste princípio não somente a prisão, mas toda e qualquer medida restritiva de direitos individuais só podem ser decretadas excepcionalmente.

Outro corolário importante, decorrente do princípio da presunção de inocência é o chamado direito ao silêncio ou proteção à autoincriminação com previsão no art. 5º, LXIII, CF que concede a permissão ao réu de permanecer calado ante qualquer acusação, bem como a impossibilidade de utilizar o silêncio do acusado em seu desfavor durante o julgamento em que se pretende comprovar a sua culpa para fins de aplicação das medidas de efeito sancionatório³⁸.

Ressalte-se que, de acordo Nucci³⁹ tanto a regra de tratamento quanto a responsabilidade probatória de aferição da culpa deve se prolongar até o trânsito em julgado da sentença condenatória, - onde não cabe mais qualquer tipo de recurso, salvo situações excepcionais - que foi o momento escolhido pelo próprio legislador

³⁶ PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 51.

³⁷ *Ibidem*, p. 52.

³⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 35.

³⁹ *Ibidem*, *loc. cit.*

originário para a finalização do processo e início da execução da pena, sendo inconstitucional qualquer disposição em contrário.

Como se percebe, houve no ordenamento brasileiro uma grande evolução histórica na seara legislativa no sentido de estabelecer limites ao Estado no exercício do seu poder de julgar e punir o indivíduo, quando alguns obstáculos à decretação da prisão são colocadas antes que se ateste através do devido processo a real culpa do réu, evitando, assim, a antecipação dos efeitos da pena decorrentes do resultado final do processo, tudo isso, vale repisar, para dar efetividade à dignidade da pessoa humana.

2.5 DOS TRATADOS INTERNACIONAIS QUE VERSAM SOBRE AS GARANTIAS PROCESSUAIS PENAIS

No que se refere ao plano internacional, a partir da Revolução Francesa ocorrida no final do século XVIII, que decretou o fim do sistema inquisitivo houve uma significativa reforma legislativa no âmbito do processo penal, conforme mencionado no tópico anterior, que foi o marco importante para a consolidação do princípio da presunção de inocência na comunidade internacional.

Entretanto, foi a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos, como já visto, que vários tratados foram ratificados pelas principais nações, prevendo a presunção de inocência como direito fundamental à proteção do acusado e conseqüentemente sendo este princípio inserido nos respectivos textos constitucionais, conforme veremos a seguir.

Nesse sentido, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos⁴⁰, cuja função precípua era dar concretude à Declaração Universal dos Direitos Humanos, foi deliberado no âmbito da Assembleia Geral das Nações Unidas em 16 de dezembro de 1966, tendo como referência a própria Carta das Nações Unidas, prevê em seu art. 14, §2º a referida garantia processual, bem como a excepcionalidade da prisão antecipada no art. 9º, § 3º.

⁴⁰ BRASIL. **Decreto nº 592**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 7 jun. 2019.

2. Toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa.

3. Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença.

No mesmo sentido a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais de 10 de Dezembro de 1948, no seu art. 6, §2º dispõe que: *Qualquer pessoa acusada de uma infração presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada.*

Outro documento importante é a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, promulgada no Brasil através Decreto nº 678, em 6 de novembro de 1992, que dispõe em seu art. 8º, § 2º que: *“Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”.*

Embora estes tratados sejam relativamente recentes, de acordo com Maurício Zanoide de Moraes⁴¹, é notório que configuram uma força vinculativa e coercitiva importante para que os Estados signatários assumam uma postura proativa frente as questões relacionadas a proteção dos direitos humanos, sob pena de serem postos à margem do desenvolvimento humanitário pela estagnação do seu sistema processual penal.

Sobre o Pacto supracitado, destaque-se que o diploma normativo foi recepcionado pelo ordenamento jurídico brasileiro, apresentando natureza supralegal e com eficácia paralisante. Tal posicionamento é fruto do julgamento do RE 466.343 que pacificou a discussão vigente à época sobre a hierarquia constitucional dos Tratados de Direitos Humanos no âmbito nacional⁴².

⁴¹ MORAES. Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no Processo Penal Brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 187.

⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no RE 466.343/SP. Relator: Min. Cesar Peluso, Tribunal Pleno. Julgado em 03/12/2008. Disponível em: <

3 A VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA FACE À EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA: UMA ANÁLISE À LUZ DO HC 126.292

Antes de adentrar no mérito da discussão que se propõe este trabalho acadêmico, faz-se necessário tecer algumas reflexões críticas referente ao contexto atual em que se insere a matéria a ser analisada, cuja finalidade é obter uma compreensão básica acerca da função dos nossos princípios e garantias fundamentais no ordenamento jurídico tendo como foco a sua aplicabilidade prática dentro da realidade social.

Nesse sentido, conforme a interpretação de Marcelo Negri Soares e Izabella Freschi Rorato⁴³ o grande desafio enfrentado pelos aplicadores do direito, na atualidade, é a efetivação das garantias previstas nos textos constitucionais na realidade prática, vez que, embora sejam positivadas nos principais documentos normativos - nacionais e internacionais - nem sempre conseguem ser observados no plano da realidade.

Afim de alcançar a efetiva concessão dos direitos consagrados na Constituição Federal aos cidadãos, o Poder Judiciário exercendo a sua função típica que é dirimir os conflitos através da aplicação do direito, se utiliza da interpretação desses direitos, princípios e garantias.⁴⁴

No que se refere aos princípios, George Marmelstein⁴⁵ entende-se que estes possuem um perfil genérico em sua materialidade, dotados de um alto grau de abstração e uma intensa carga ideológica, o que compromete substancialmente a objetividade da sua aplicabilidade prática.

Isto porque, esta peculiaridade possibilita a existência de concepções diferentes a depender do momento histórico e de quem os interpreta. Nesse sentido, no que tange a reflexão de certos princípios como direitos fundamentais, – para esta pesquisa destaque-se o princípio da presunção da inocência – torna-se relevante discutir como

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>>. Acesso em: 15 abr. 2019.

⁴³ SOARES, Marcelo Negri; RORATO, Izabella Freschi. **Garantia constitucional da presunção de inocência e a condenação penal em segundo grau**. São Paulo: Revista de Direito Brasileira, 2018, p. 371.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 371-372.

⁴⁵ MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 355-356.

funciona a sua mitigação no plano da jurisprudência brasileira quanto a execução provisória da pena.⁴⁶

3.1 POSIÇÃO ANTIGA DO STF

A primeira manifestação do STF sobre o assunto ocorreu em 2009 no julgamento do HC 84.078⁴⁷, que foi iniciado no estado de Minas Gerais, no qual o Tribunal do Júri ao julgar o delito de homicídio qualificado condenou o acusado a uma pena de 7 anos e 7 meses de reclusão em regime inicialmente fechado, no ano seguinte a condenação foi corroborada pelo Tribunal de Justiça do estado de Minas Gerais em grau de recurso e a partir desta decisão, o colegiado autorizou o início do cumprimento da pena. O caso seguiu para o STJ que, por sua vez, manteve a decisão.

O acusado recorreu à Suprema Corte, que por maioria dos votos, entendeu que, com fundamento na própria Constituição e na Declaração Universal dos Direitos Humanos, a qual o Brasil é signatário, existindo pendência de qualquer recurso por parte da defesa presumia-se a inocência do réu, sendo inconstitucional a execução provisória da pena⁴⁸.

Desta forma, o recurso interposto contra sentença condenatória que resultasse na privação de liberdade do réu, produzia efeitos suspensivos e devolutivos, de modo que, a decisão de 2º grau não gerava efeitos. A prisão antecipada era permitida somente de forma cautelar, desde que preenchidos os requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal, conforme pode-se observar a ementa⁴⁹:

HABEAS CORPUS. PENAL. ACÓRDÃO CONFIRMATÓRIO DE CONDENAÇÃO DE PRIMEIRO GRAU. EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE PRISÃO. LEGITIMIDADE. INOCORRÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA, DADA A INEXISTÊNCIA EM REGRA, DE EFEITO SUSPENSIVO AOS RECURSOS DE NATUREZA EXTRAORDINÁRIA. É assente a diretriz pretoriana no sentido de que o princípio constitucional da não culpabilidade não inibe a constrição do *status*

⁴⁶ SOARES, Marcelo Negri; RORATO, Izabella Freschi. **Garantia constitucional da presunção de inocência e a condenação penal em segundo grau**. São Paulo: Revista de Direito Brasileira, 2018, p. 372.

⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no Habeas Corpus nº 84.078/MG. Relator: Min. Eros Grau, Tribunal Pleno. Julgado em 05/02/2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ementa84078.pdf>>. Acesso em: 17 set. 2018.

⁴⁸ *Ibidem*, loc. cit.

⁴⁹ *Ibidem*, loc. cit.

libertatis do réu com condenação confirmada em segundo grau, porquanto os recursos especial e extraordinário são, em regra, desprovidos de efeito suspensivo. Precedentes do STF e do STJ. Ordem denegada.

Até 2016, este era o entendimento do STF. A partir de fevereiro deste mesmo ano, após o julgamento do HC 126.292⁵⁰, que teve origem no estado de São Paulo, no qual o juiz singular ao julgar uma ação que teve por objeto o delito de roubo majorado sentenciou o acusado aplicando uma pena de 5 anos e 4 meses de reclusão em regime inicialmente fechado, a condenação foi confirmada pelo Tribunal de Justiça do estado de São Paulo em sede de recurso e a partir desta decisão, o colegiado autorizou o início do cumprimento da pena.

O réu, com o fim de rever a sua sentença e efetivando o seu direito ao duplo grau de jurisdição, impetrou *Habeas Corpus* perante o STJ, que julgou pelo indeferimento do pedido de liminar. Como consequência do resultado obtido com o pleito ao Superior Tribunal de Justiça levou a matéria ao STF, que se posicionou de modo contrário à própria jurisprudência vigente até então, resultando na seguinte ementa⁵¹:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado.

Diante deste quadro, surgiram inúmeras cautelares com vistas a reverter a decisão do Supremo, sendo as mais conhecidas as Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC) nº 43 e 44, em 5 de outubro de 2016, as quais resultaram na ratificação da tese em que declara a constitucionalidade da execução provisória da pena após condenação em segunda instância⁵².

⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no Habeas Corpus nº 126.292/SP. Relator: Min. Teori Zavascki. Publicado no DJe de 17/02/2016 Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 17 set. 2018.

⁵¹ *Ibidem*, loc. cit.

⁵² SANTOS, Tiago Ferreira. **Constituição, presunção de inocência e segurança jurídica**. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/Ods65m46/48xcmljs/621xtZ8tPGjmck9Z.pdf>>. Acesso em 17 set. 2018, p. 323.

É diante deste cenário de retrocesso e absoluta insegurança jurídica que se pretende levantar neste trabalho as principais discussões suscitadas pela comunidade jurídica e acadêmica que corroboram o entendimento de que o referido princípio fundamental foi substancialmente suprimido em nome de uma onda punitivista que reflete a insatisfação da sociedade, principalmente no que tange ao sistema penal, que vem depositando no Judiciário todas expectativas de se obter uma sociedade melhor.

3.2 ANÁLISE DA CULPA

O primeiro argumento utilizado pela Corte, para fundamentar a polêmica decisão é o de que conforme uma leitura sistemática do art. 5º, incisos LVII e LXI a Constituição condiciona a **culpabilidade** ao trânsito em julgado, o que não significa que o sujeito não poderá cumprir a pena com antecedência.

Preliminarmente é mister ressaltar a distinção entre “culpabilidade normativa” e “culpabilidade fática”, conceitos delineados por Aury Lopes Júnior e Gustavo Henrique Badaró. Como explicam, o sistema processual brasileiro não se confunde com o modelo norte-americano, que foi construído segundo a noção de controle social do delito sobre qual se apoiam na concepção operacional de culpabilidade fática, pelo contrário, o nosso sistema encontra-se totalmente estruturado no conceito jurídico de culpabilidade intimamente associado à presunção de inocência⁵³.

Assim, no que tange ao conceito de culpabilidade fática, esta encontra-se relacionada ao fim da análise fática e probatória no caso em concreto, podendo-se concluir sobre a autoria e materialidade delituosa⁵⁴.

Por outro lado, a culpabilidade normativa estabelece que apenas é possível começar a falar e tratar o indivíduo como culpado após o transcurso de todo o processo e sua finalização com a indiscutibilidade da condenação. Assim, é errado dizer que a culpa está provada após a decisão de segundo grau, visto que o nosso sistema vinculou o

⁵³ LOPES JÚNIOR, Aury; BADARÓ, Gustavo. **Presunção de inocência: Do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória.** Disponível em: <https://emporiododireito.com.br/wp-content/uploads/2016/06/Parecer_Presuncao_de_Inocencia_Do_concei.pdf>. Acesso em: 11 mar. 2019, p.19.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 20.

conceito de presunção de inocência ao conceito de trânsito em julgado, é nesse momento que deve ser considerada provada a culpa⁵⁵.

Não é outro o entendimento de Daniel Wunder Hachem⁵⁶ quando afirma que o STF, equivocadamente busca fundamentar a sua decisão, induzindo ao entendimento de que a execução da sentença e a declaração da culpa estariam completamente desvinculadas, o que por um lado pode estar correto, já que o réu pode ser considerado culpado e ainda não ter sido preso, no entanto, a afirmação contrária não é verdadeira já que a execução da pena só poderá ser iniciada após o momento da formação da coisa julgada material.

Além disso, Maurício Zanoide de Moraes⁵⁷, indica ainda um grande problema de caráter valorativo na decisão do Supremo, uma vez que estabelece, em suas palavras, uma visão "gradualista" da presunção de inocência, deixando vestígios de posição técnico-positivista da presunção da culpa, assunto já abordado em momento oportuno.

Isto porque, de acordo com o autor⁵⁸, no primeiro momento, conforme o entendimento dos Ministros favoráveis à esta tese, após a análise fática e probatória, percebe-se que estes tratam como quase uma certeza de que inevitavelmente haverá a condenação do indivíduo. E no segundo momento, que o que foi decidido em segunda instância prevalecerá até o trânsito em julgado.

Ainda nesse contexto, cumpre ressaltar o entendimento de Nestor Távora e Rosnar Rodrigues Alencar⁵⁹ que definem o princípio do duplo grau de jurisdição como sendo a possibilidade do reexame das decisões judiciais proferidas em primeiro grau

⁵⁵ LOPES JÚNIOR, Aury; BADARÓ, Gustavo. **Presunção de inocência: Do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória**. Disponível em: <https://emporiododireito.com.br/wp-content/uploads/2016/06/Parecer_Presuncao_de_Inocencia_Do_concei.pdf>. Acesso em: 11 mar. 2019, p. 20.

⁵⁶ HACHEM, Daniel Wunder. **Sepultamento da presunção de inocência pelo STF (e os funerais do Estado Democrático de Direito)**. Empório do Direito. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/daniel-wunder-hachem/sepultamento-da-presuncao-de-inocencia-pelo-stf-e-os-funerais-do-estado-democratico-de-direito>>. Acesso em: 29 out. 2018, p. 2.

⁵⁷ MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no Processo Penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 483.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 483.

⁵⁹ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosnar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 58.

mediante o sistema recursal e que essa revisão seja realizada por um órgão diverso e hierarquicamente superior, ou seja, os tribunais.

Quanto aos fundamentos jurídicos do duplo grau de jurisdição, a doutrina aponta que para além de atender a natural incoformidade da parte vencida em relação a decisão proferida pelo juiz *a quo*, esta de fato pode conter algum vício de legalidade ou mesmo uma injustiça, de modo que torna imprescindível a revisão pelos órgãos superiores em determinadas circunstâncias.⁶⁰

Ademais, no que tange aos fundamentos políticos, a possibilidade de reapreciação das decisões garante o controle interno dos atos estatais exercido por órgãos de jurisdições diferentes daquele que julgou em primeiro grau. A importância está no fato de que uma decisão judicial se configura em um ato de autoridade estatal que requer observância obrigatória das partes envolvidas, tendo eficácia também em relação a terceiros, logo, o conteúdo destas precisam estar de acordo com a legalidade e a justiça.⁶¹

Dentre os tipos recursos possíveis na seara processual penal, para a compreensão da temática proposta é importante destacar que os recursos ordinários possuem o condão de tutelar o direito subjetivo das partes envolvidas contra os equívocos oriundos da decisão de primeiro grau, enquanto os recursos Especial e Extraordinário, de competência do STJ e STF, respectivamente, são de caráter extraordinário e são cabíveis apenas para a reapreciação das questões de direito e nas hipóteses taxativas previstas nos arts. 102, III e 105, III da Constituição Federal⁶².

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

(...)

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar dispositivo desta Constituição;
- b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
- c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.
- d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

(...)

⁶⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães Gomes; FERNANDES, Antônio Scarance. **Recursos no processo penal**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 21-22.

⁶¹ *Ibidem*, p. 22.

⁶² *Ibidem*, *loc. cit.*

- III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:
- a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;
 - b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)
 - c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

Embora não haja controvérsia acerca da impossibilidade da discussão referente a matéria fática e probatória em sede de Recursos Especial e Extraordinário, esse fato por si só não garante a imutabilidade de uma decisão condenatória. Isto porque, existem uma série questões relacionadas a matéria de direito, que podem ser discutidas na seara recursal, que são capazes de alterar ou reformar uma decisão condenatória, conforme será demonstrado a seguir.

Assim, de acordo com o Aury Lopes e Gustavo Badaró⁶³, um dos temas aptos a serem alvos de interposição dos recursos mencionados são os critérios de apreciação da prova, a exemplo do equívoco relacionado a aplicação das regras de experiência, o questionamento de provas ilícitas eventualmente utilizadas, a nulidade da prova, bem como o seu valor legal, presunções legais e distribuição de ônus da prova, isto porque, tais questões levantadas são discussões referentes a matéria de direito e não de fato.

Pode-se ainda discutir em sede de recurso, questões relacionadas a qualificação jurídica de um fato. Em outras palavras, significa dizer que, mesmo se admitindo como verídicos determinados fatos presentes na denúncia, isto não elimina completamente a possibilidade de ainda persistirem dúvidas quanto a subsunção do fato à norma⁶⁴.

Neste ponto, é importante fazer a ressalva de que a hipótese acima cogitada não poderá ser levada às instâncias superiores se a dúvida quanto a qualificação jurídica depreender de elementos que compõe o tipo penal⁶⁵.

Além destes, ainda é admissível em sede de recurso especial e extraordinário, o questionamento referente a valoração da interpretação dada ao conteúdo decorrente

⁶³ LOPES JÚNIOR, Aury; BADARÓ, Gustavo. **Presunção de inocência: Do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória.** Disponível em: < https://emporiiododireito.com.br/wp-content/uploads/2016/06/Parecer_Presuncao_de_Inocencia_Do_concei.pdf>. Acesso em: 11 abr. 2019, p. 25.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 26.

⁶⁵ *Ibidem loc cit.*

de conceitos jurídicos indeterminados, a exemplo da “injúria grave”, “justa causa”, “interesse público”, “boa-fé”, entre vários outros presentes na legislação⁶⁶.

Ademais, os autores⁶⁷ ainda citam o "controle da motivação" das decisões proferidas como uma hipótese absolutamente possível de ser discutida nas Cortes Superiores. Isto porque, a incompletude sobre o juízo de valor realizada sobre as a matéria de fato seja pelo juiz de piso ou pelo Tribunal de Justiça correspondente, representa grave violação ao art. 381, III, Código de Processo Penal e ao art. 93, IX, da Constituição Federal que dispõem:

Art. 381. A sentença conterá:

[...]

III - a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão;

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

[...]

IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; **(Grifos nossos)**

À título de exemplo de maculação do conteúdo destes dispositivos, tem-se a situação em que o juízo ao proferir a sentença ou acórdão incorrem em obscuridade quanto à análise das "alternativas razoáveis" nas hipóteses em que se fazem presentes uma multiplicidade de narrativas no caso em concreto⁶⁸.

Repise-se que, ainda que haja a impossibilidade de se rediscutir controvérsias referentes a matéria de fato, todos os temas acima elencados possuem aptidão para a reforma do acórdão condenatório proferido pelo juízo de 2º grau, seja para a redução da pena aplicada - por vezes até sendo possível a substituição da espécie da pena posta -, seja para absolver o acusado da condenação ou ainda, a possibilidade da extinção de punibilidade em virtude da prescrição.

⁶⁶ LOPES JÚNIOR, Aury; BADARÓ, Gustavo. **Presunção de inocência: Do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória**. Disponível em: < https://emporiadodireito.com.br/wp-content/uploads/2016/06/Parecer_Presuncao_de_Inocencia_Do_concei.pdf>. Acesso em: 11 abr. 2019, p. 26-27.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 25.

⁶⁸ *Ibidem*, *loc. cit.*

Desta forma, em virtude das circunstâncias acima ventiladas não há como se admitir que no curso do julgamento dos recursos em análise, que ao acusado seja aplicado um tratamento semelhante a de um sujeito efetivamente condenado, através da antecipação do cumprimento de uma pena privativa de liberdade.

Isto porque, para além de haver uma norma constitucional que veda esse procedimento, vale ressaltar que, a partir do julgamento de tais recursos pode decorrer um resultado absolutório, resguardando a condição de inocência do indivíduo processado.

3.3 DETERMINAÇÃO DO MOMENTO DO TRÂNSITO EM JULGADO

O segundo argumento utilizado como justificativa foi no sentido de que, como um princípio em sua natureza é dotado de um elevado grau de abertura semântica, passível de ponderação, no caso específico em análise, havendo a demonstração da responsabilidade penal do sujeito e ocorrendo a finalização da apreciação da matéria fática e probatória, o princípio perde força ante a necessidade da efetividade do *jus puniendi*.

Nesse contexto, Daniel Wunder Hachem⁶⁹ afirma que toda a legislação ao fazer referência a expressão “trânsito em julgado” adota-a como sinônimo de irrecorribilidade. Portanto, é mister reconhecer a existência de barreiras hermenêuticas para a interpretação de uma norma que nem mesmo o Supremo pode ultrapassá-las.⁷⁰

Assim, a alteração de forma discricionária do sentido da expressão pelo Supremo, pode ser definida como: infundada - devido à falta de amparo legal; irrelevante - pois, ainda que houvesse essa distinção e a impossibilidade de rediscussão acerca de fatos e provas, é possível a reversão da decisão de segunda instância em favor do réu; e

⁶⁹ HACHEM, Daniel Wunder. **Sepultamento da presunção de inocência pelo STF (e os funerais do Estado Democrático de Direito)**. Empório do Direito. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/daniel-wunder-hachem/sepultamento-da-presuncao-de-inocencia-pelo-stf-e-os-funerais-do-estado-democratico-de-direito>>. Acesso em: 29 out. 2018, p.3.

⁷⁰ LOPES JÚNIOR, Aury; BADARÓ, Gustavo. **Presunção de inocência: Do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória**. Disponível em: < https://emporiiododireito.com.br/wp-content/uploads/2016/06/Parecer_Presuncao_de_Inocencia_Do_concei.pdf>. Acesso em: 11 abr. 2019, p. 16-17.

inaceitável - na medida em que a relativização restringe a esfera jurídica do direito sendo que, se analisada de modo contrário, em casos de perda do prazo para interpor recursos certamente não seria observado⁷¹.

Jacob Fortes de Carvalho Filho⁷² entende que o deslocamento do momento da confirmação da culpabilidade para a segunda instância pode representar uma afronta a dignidade do indivíduo, pois, de acordo com as próprias estatísticas existe uma margem de possibilidade considerável de absolvição nas instâncias superiores e do réu estar cumprindo pena injustamente, o que pode causar danos incalculáveis a imagem e a honra do indivíduo.

A doutrina indica ainda que, para que a jurisprudência pudesse eventualmente adequar o princípio, o correto seria se a Constituição apenas fizesse uma previsão genérica, não estabelecendo um marco processual final, conforme feito pela Convenção Americana de Direitos Humanos⁷³ que definiu a garantia da presunção de inocência até a comprovação da culpabilidade, autorizando que regras infraconstitucionais regulassem o seu alcance.⁷⁴

Ainda nessa linha de raciocínio, o ex-ministro Teori Zavascki em seu voto, reiterou a defesa da tese referente à alteração do “momento” do trânsito em julgado fazendo uma comparação do ordenamento brasileiro com o de outros países que adotam o sistema de cortes constitucionais, nesse sentido, a tendência é que se reconheça o trânsito em julgado após decisão de segundo grau e os recursos, por sua vez, não teriam caráter de revisão e sim rescisório.

Nesse ponto, Aury Lopes Júnior⁷⁵ chama atenção para o fato de que a utilização do direito comparado como justificativa é totalmente destituída de plausibilidade se for

⁷¹ HACHEM, Daniel Wunder. **Sepultamento da presunção de inocência pelo STF (e os funerais do Estado Democrático de Direito)**. Empório do Direito. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/daniel-wunder-hachem/sepultamento-da-presuncao-de-inocencia-pelo-stf-e-os-funerais-do-estado-democratico-de-direito>. Acesso em: 29 out. 2018, p. 3.

⁷² CARVALHO FILHO, Jacob Fortes de Carvalho. **A execução da pena em face do princípio da presunção de inocência**. Disponível em: <http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/handle/123456789/2374>. Acesso em: 17 set. 2018, p. 94.

⁷³ Assunto abordado no tópico 2.5, momento em que foi enfatizado o art. 8º, §2º.

⁷⁴ CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de. **Processo Penal e Constituição: princípios constitucionais do processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 191.

⁷⁵ LOPES JÚNIOR, Aury. **Fim da presunção de inocência pelo STF é o nosso 7 a 1 jurídico**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-mar-04/limite-penal-fim-presuncao-inocencia-stf-nosso-juridico>. Acesso em: 9 nov. 2016.

considerar a estrutura da organização do sistema jurídico de cada país, a começar pelo modelo de investigação preliminar.

Nesse sentido, cita como exemplo o modelo adotado na França, que é o de “Juiz de Instrução”, no qual como consta na obra "Investigação Preliminar no Processo Penal" do mesmo autor em coautoria com Ricardo Jacobsen Gloekner⁷⁶, é o próprio juiz o responsável pela coleta e produção de provas e, além disso, possui poderes de decisão no que tange ao controle de legalidade dos próprios atos, não se submete a nenhum órgão e tem a polícia judiciária ao seu dispor para realizar as diligências que forem cabíveis para a efetividade das investigações.

Na Alemanha, por outro lado, desde 1974, adota-se o modelo Preliminar Ministerial, onde o membro do Ministério Público é o responsável pelas investigações preliminares. Conforme Aury Lopes e Ricardo Jacobsen⁷⁷, nesse modelo, a polícia fica encarregada de comunicar ao Ministério Público a notícia do crime, e este por sua vez, poderá iniciar as investigações ou delegar a função à polícia de modo a obter a melhor fundamentação da denúncia.

Vale ressaltar, que apesar da titularidade atribuída ao Ministério Público, não poderá o Promotor exercer função jurisdicional limitando direitos inerentes aos indivíduos investigados, devendo o órgão requerer judicialmente as medidas que julgar conveniente e só depois de deferida por um juiz competente, poderão ser aplicadas nas investigações.⁷⁸

Já no Brasil, adota-se o modelo Preliminar Policial, cuja titularidade das investigações é da autoridade policial que possui autonomia para aplicar qualquer medida que entender cabível, dentro dos limites da sua competência, para que se realize o procedimento regular das investigações e não encontra-se subordinado ao Ministério Público nem ao Poder Judiciário para a maioria dos atos.⁷⁹

Vencida a fase das investigações, segundo Aury Lopes Jr⁸⁰ uma outra diferença

⁷⁶ LOPES JR, Aury; GLOEKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação Preliminar no Processo Penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 365.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 377-382.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 246.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 125.

⁸⁰ LOPES JR, Aury. **Fim da presunção de inocência pelo STF é o nosso 7 a 1 jurídico**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-mar-04/limite-penal-fim-presuncao-inocencia-stf-nosso-juridico>>. Acesso em: 9 nov. 2016.

substancial é a que se dá no julgamento de primeiro grau: enquanto no Brasil o julgamento é monocrático os demais países já adotam o julgamento colegiado desde a primeira instância.

Ademais, pode-se concluir pela ausência de razoabilidade desta comparação por outra razão muito simples: se os países citados admitem a execução da pena antes do trânsito em julgado, indubitavelmente foi a opção política do Constituinte de cada Estado, que, repise-se, possui legitimidade para decidir da forma que julgue ser melhor para a realidade do seu país, logo, não há razões para o Judiciário brasileiro utilize essa justificativa para defender a sua tese⁸¹.

Um outro argumento de suma importância que se apresentou como um dos fundamentos principais na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 43, foi o agravamento da situação de calamidade vivenciada pelos estabelecimentos prisionais brasileiros expressamente declarado pelo Supremo como “Estado de Coisas Inconstitucional”, consoante leitura do julgamento da ADPF nº 347.

Ressalte-se, *a priori*, que o termo “Estado de Coisas Inconstitucional” refere-se a um conceito jurídico desenvolvido pela jurisprudência da Corte Constitucional colombiana utilizado para caracterizar um cenário de violação de direitos e da própria dignidade humana a partir do exame de três premissas: (I) violação massiva de direitos fundamentais; (II) a apatia ou incapacidade das autoridades governamentais em solucionar a demanda; e (III) necessidade de uma atuação conjunta das autoridades de diferentes ramos afim de que fossem vencidas as violações⁸².

Desta forma, de acordo com o voto do relator, o ministro Marco Aurélio, os estabelecimentos prisionais encontram-se em um estado de contínua violação dos indivíduos presos, circunstância ocasionada pela configuração de dois fatores principais: a apatia do Poder Público e o que ele denominou de “cultura do

⁸¹ LASCANE NETO, Felipe. **O cumprimento de pena sem decisão transitada em julgado: efetividade processual versus presunção de inocência.** Disponível em: <http://bdtd.ibict.br/vufind/Record/NOVE_e962ad35319a30f2ba110916a242f0d8>. Acesso em: 17 set. 2018, p. 86.

⁸² BRASIL. **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 43.** Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/pen-questiona-decisao-stf-prisao-antes.pdf>>. Acesso em: 15 mai. 2019, p. 37.

encarceramento” que é muito visível no Brasil⁸³.

Entre os fatores considerados como elemento principal da constante violação de direitos humanos, cabe destaque para o abarrotamento dos estabelecimentos prisionais distribuídos em todo o país. A partir da análise desta superotação, o relator apontou uma série de transgressões aos preceitos constitucionais com destaque para: dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), proibição da tortura e tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III), proibição de da aplicação de penas cruéis (art. 5º, XLVII, “e”), dever do Estado de possibilitar o cumprimento da pena consoante a natureza do crime, idade e sexo de cada indivíduo (art. 5º, XLVIII) e por fim a segurança e integridade física e moral dos presos (art. 5º XLIX)⁸⁴.

Logo, fica evidente que se o novo entendimento do STF acerca da execução provisória da pena for levado à cabo esta situação tende a intensificar, somando-se a isso o agravante de que uma parcela considerável da população carcerária ainda não tenha sido condenada definitivamente⁸⁵.

Ademais, segundo o jurista Luigi Ferrajoli⁸⁶, a função garantista do direito tem por escopo a limitação dos poderes e a preservação da liberdade. Nesta senda, salienta que esse direito pressupõe *a priori* à igualdade no sentido de garantia fundamental de todos. Isto porque, na sua visão, a liberdade em si é destinada, em essência, à convivência entre as pessoas, de modo que se o exercício de uma liberdade se sobrepõe a outra, então, essa já se converteu em poder.

3.4 PROLIFERAÇÃO DOS RECURSOS NOS TRIBUNAIS SUPERIORES E A DIMINUIÇÃO DA SELETIVIDADE PENAL

O quarto argumento sustentado pela Corte, remete a promoção da funcionalidade do sistema de justiça criminal inibindo a interposição de recursos protelatórios, os quais

⁸³ BRASIL. **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 43**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/dl/pen-questiona-decisao-stf-prisao-antes.pdf>>. Acesso em: 15 mai. 2019, p. 37.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 38-40.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 43.

⁸⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 746.

se prolongam por muito tempo na justiça, conseqüentemente adiando o início da execução da pena além de que supostamente reduzirá o incentivo aos crimes de colarinho branco, na medida em que, atingiria consideravelmente o público que mais teria condições de recorrer: a classe mais abastada da sociedade.

Preliminarmente, é importante destacar os argumentos que refutam tese do STF no que se refere ao elevado número de recursos nos tribunais superiores como justificativa para a antecipação da pena, com o fim de amenizar o problema da impunidade e a conseqüente promoção da isonomia entre ricos e pobres.

Nesse contexto, de acordo com o entendimento do Ministro Celso de Mello⁸⁷, a viabilidade da protelação dos recursos representa um defeito do próprio sistema processual penal, de modo que a culpa pela existência de brechas na legislação capazes de postergar o início da execução da pena, não deve recair sobre o réu muito menos sobre o seu defensor, que tem a inteira responsabilidade funcional de proteger os interesses dos seus clientes.

Por outro lado, este problema poderia ser solucionado mediante uma atuação mais efetiva do Poder Legislativo, através da alteração do marco interruptivo da prescrição resultando em um sistema recursal mais limitado, desde que observando o devido processo legal, ampla defesa e contraditório. Desta forma, evitaria que essa “falha” normativa fosse equivocadamente preenchida pelo Poder Judiciário.⁸⁸

Outra alternativa que já foi sugerida no passado para reparar esse equívoco existente no sistema processual vigente diz respeito ao que foi idealizado na Proposta de Emenda Constitucional nº 15, de 2011⁸⁹, mais conhecida como “PEC dos recursos” elaborada pelo ex-ministro do STF, Cezar Peluso, que tinha a finalidade precípua de dar celeridade aos processos judiciais através da execução imediata das decisões proferidas pelos tribunais de segunda instância, ou seja, os Tribunais e Justiça e Tribunais Regionais Federais.

⁸⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 83429/RJ**. Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 01/02/2005, DJE: 18/02/2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 11 mar. 2019.

⁸⁸ *Idem*.

⁸⁹ _____. Supremo Tribunal Federal. **Proposta de Emenda Constitucional nº 15, de 2011**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=174751>>. Acesso em: 04 abr. 2019, p.1.

Na prática, o objetivo da proposta era atribuir aos recursos Especial e Extraordinário o efeito do julgamento de uma ação rescisória, a partir da qual o recorrente solicitaria a reforma ou anulação da decisão de segundo grau já transitada em julgado. Em outras palavras, estariam mantidas as hipóteses de admissibilidade dos recursos em análise, entretanto, este fato não frustraria o início do trânsito em julgado da decisão a qual se recorre, aniquilando, então, o efeito suspensivo dos recursos⁹⁰.

Atualmente, esta discussão acerca do efeito suspensivo dos recursos voltou a ser realizada no âmbito doutrinário quando o ministro da Justiça, Sérgio Moro, apresentou o Projeto de Lei Anticrime⁹¹ cuja finalidade é propor alterações no Código de Processo Penal bem como a criação de novas leis no intuito de combater a corrupção.

Entre as principais medidas⁹², destaque-se a pretensão de tornar regra processual a execução provisória das penas privativas de liberdade, restritivas de direito e pecuniárias, fazendo uma ressalva quando da existência de questões legais e/ou constitucionais relevantes que sejam tendentes a modificar a condenação.

“Art. 617-A. Ao proferir acórdão condenatório, o tribunal determinará a execução provisória das penas privativas de liberdade, restritivas de direitos ou pecuniárias, sem prejuízo do conhecimento de recursos que vierem a ser interpostos.

§ 1º O tribunal poderá, excepcionalmente, deixar de autorizar a execução provisória das penas se houver uma questão constitucional ou legal relevante, cuja resolução por Tribunal Superior possa plausivelmente levar à revisão da condenação.”

Para assegurar a efetividade desta execução provisória, o ministro propôs alterações também no que diz respeito aos efeitos dos recursos especial e extraordinário, mantendo a possibilidade da suspensão dos efeitos da decisão condenatória somente

⁹⁰ Supremo Tribunal Federal. **Proposta de Emenda Constitucional nº 15, de 2011**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=174751>>. Acesso em: 04 abr. 2019, p.1.

⁹¹ BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Projeto de Lei Anticrime**. Disponível em: <<https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1549284631.06/projeto-de-lei-anticrime.pdf>>. Acesso em: 27 mar. 2019, p.1.

⁹² Mauro Magalhães Papaterra Limongi afirma que a proposta aponta para uma aderência à tese firmada no HC 126.292, optando-se pelo endurecimento da norma processual penal fato que por si só, não reduz a prática de crimes.

em casos excepcionais previstos no parágrafo 1º e seus incisos. Desta forma, vejamos o que dispõe a redação proposta⁹³:

"Art. 637. O recurso extraordinário e o recurso especial interpostos contra acórdão condenatório **não terão efeito suspensivo**.

§ 1º Excepcionalmente, poderão o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça atribuir efeito suspensivo ao recurso extraordinário e ao recurso especial, quando verificado cumulativamente que o recurso:

I - não tem propósito meramente protelatório; e

II - levanta uma questão de direito federal ou constitucional relevante, com repercussão geral e que pode resultar em absolvição, anulação da sentença, substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou alteração do regime de cumprimento da pena para o aberto."

De antemão é importante salientar que a procrastinação da lide, infelizmente, é uma prática muito comum no Brasil a partir da atuação de advogados com habilidades, entretanto, trata-se de algo refutável e que, de fato, contribui consideravelmente para os casos de impunidade. Desta forma, entendemos que esta prática deve ser combatida, mas ao implementar institutos, deve-se observar se estes se coadunam com as disposições legais, bem como a realidade social brasileira.

Nesse sentido, é imprescindível ressaltar uma peculiaridade importante no que tange à PEC dos recursos, que foi recentemente examinada, se contraposta ao "Pacote Anticrime", isto porque, a alteração proposta por Peluso pressupõe uma alteração no próprio sistema recursal brasileiro de modo a antecipar formalmente o instituto do trânsito em julgado para o momento da decisão de segundo grau, não restando margem para pendências recursais tendentes a alterar o que foi decidido em segunda instância.

Frise-se que, além da constitucionalidade estar protegida, visto que de acordo com a literalidade do art. 5º, LVII, da Constituição não desvirtuaria a exigência do trânsito em julgado para o início da condenação, a proposta referente a alteração a ser realizada no sistema recursal observaria o procedimento legislativo adequado para tratar de matéria constitucional - com exceção das cláusulas pétreas - ou seja, a elaboração de uma Proposta de Emenda Constitucional, o que se compatibilizaria também com os ideais democráticos resguardados pela Magna Carta.

⁹³ BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Projeto de Lei Anticrime**. Disponível em: <<https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1549284631.06/projeto-de-lei-anticrime.pdf>>. Acesso em: 27 mar. 2019, p.1.

Por outro lado, analisando a redação proposta por Sérgio Moro, percebe-se que embora haja aptidão para impedir a procrastinação da lide, o instituto não encontra compatibilidade com a norma constitucional que coíbe a antecipação da execução da pena, ainda que existam as ressalvas, isto porque, como leciona o jurista Lênio Streck⁹⁴ a partir da leitura de tais exceções percebe-se um alto grau de abstração, deixando para o magistrado uma margem considerável de discricionariedade um tema objetivamente resolvido pela Constituição.

Além disso, nota-se que, o ministro pretende tratar da matéria com conteúdo evidentemente constitucional em sede de discussão de lei ordinária, o que definitivamente contraria as regras do processo legislativo brasileiro bem como os ideais da democracia e da segurança jurídica. Nesse sentido Lênio Streck⁹⁵ reitera que:

É legítimo que se pense, que se discuta, que prender antes do trânsito em julgado é *moralmente* bom, *politicamente* adequado, o que for; mas quem se dispõe a participar do jogo de linguagem que é o Direito não pode perder de vista que parte das regras constitutivas do jogo é a Constituição. E não devemos esquecer que a presunção da inocência é uma questão constitucional e não uma “*questão de lei ordinária*”.

Ademais, um outro ponto de relevância fulcral é o fato de que pela lógica do nosso ordenamento jurídico, conforme já foi discutido no capítulo inicial, nem mesmo o poder legislativo derivado poderia relativizar a presunção de inocência, em virtude da proteção especial conferida pelas cláusulas pétreas que recaem sobre todos os direitos fundamentais (art. 60, §4).

Por sua vez, o jurista Carvalho⁹⁶ traz ainda o argumento de que o procedimento correto para impedir a inaplicabilidade da lei e conseqüentemente afastar a impunidade é o instituto da prisão preventiva durante o curso do processo, e por isso, o princípio constitucional em análise não deve ter a sua interpretação limitada.

⁹⁴ STRECK, Lênio. **O pacote “anticrime” de Sérgio Moro e o martelo dos feiticeiros**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-fev-07/pacote-anticrime-sergio-moro-martelo-feiticeiros>>. Acesso em: 13 mai. 2019, p. 2.

⁹⁵ *Ibidem, loc. cit.*

⁹⁶ CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de. **Processo Penal e Constituição: princípios constitucionais do processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 191.

Ademais, Felipe Lascane Neto⁹⁷ aponta uma diferença substancial entre efetividade e a celeridade processual: a celeridade seria um dos elementos da efetividade processual, no entanto, não pode ser considerado de forma isolada. Diante disso, entende que a efetividade não pode ser vista de forma abruptamente ampla a ponto de se legitimar a supressão de garantias constitucionais e da lei para conferir celeridade processual.

Para o mesmo autor⁹⁸, a celeridade processual não pode ser utilizada como fundamento para legitimar “atropelos” de direitos fundamentais. Isto porque, a efetividade e a celeridade não devem ser observadas apenas do ponto de vista da agilidade da sua tramitação, mas devem estar compatibilizadas, sobretudo, com o texto constitucional.

Neste sentido, Luigi Ferrajoli⁹⁹ infere que aos juízes penais, em particular, não deve haver liberdade para orientar-se consoante as suas convicções morais, pelo contrário, devem observar a legalidade ainda que a norma contrarie os seus princípios, sendo esta uma das premissas do garantismo.

Acrescenta ainda que, a ética formalista representa também a ética profissional do magistrado que, por sua vez, representa um impedimento da eventual sobreposição dos seus valores subjetivos ao direito, de modo que, uma vez observada no exercício do Poder de julgar esta conduta equivaleria ao abuso¹⁰⁰.

Ademais, afirma ainda que, de consoante os ideais garantistas o formalismo ético da conduta dos magistrados perante as leis deve ser orientado pelo modelo cognitivo e garantista da jurisdição, bem como, da devida distância entre direito e moral, e por isso, deve ter como base norteadora a estrita legalidade, devendo o juiz julgar apenas de forma jurídica e somente os fatos e não seus autores¹⁰¹.

Desta forma, não é razoável a ponderação a favor da efetividade, visto que, a dignidade da pessoa humana que é o que se busca assegurar no cumprimento de

⁹⁷ LASCANE NETO, Felipe. **O cumprimento de pena sem decisão transitada em julgado: efetividade processual versus presunção de inocência.** Disponível em: <http://bdtd.ibict.br/vufind/Record/NOVE_e962ad35319a30f2ba110916a242f0d8>. Acesso em: 17 set. 2018, p.16.

⁹⁸ *Ibidem*, p.17.

⁹⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal.** 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 741.

¹⁰⁰ *Ibidem*, *loc. cit.*.

¹⁰¹ *Ibidem*, *loc. cit.*

garantias, em razão de se tratar do princípio que rege o próprio ordenamento jurídico deve estar acima de todo e qualquer tipo de decisão.

Portanto, estes foram os principais argumentos trazidos pelos ministros do STF com as devidas considerações realizadas pela doutrina contrária à execução provisória da pena. Passaremos a tratar nas páginas seguintes os efeitos da mudança jurisprudencial para o país enquanto Estado Democrático de Direito.

4 CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DA DECISÃO PARA O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Um dos pontos mais polêmicos decorrentes desta mudança jurisprudencial corresponde às implicações da postura ativista do Supremo Tribunal Federal para o país, que expressamente adota um sistema de governo pautado na democracia, onde o povo deve ser soberano.

Assim, como já vem foi apresentado de forma reiterada no decorrer desta pesquisa, o Judiciário brasileiro vem atuando de forma proativa, excedendo os limites que lhe são impostos, por vezes, decidindo de forma inconstitucional ou ainda invadindo os espaços de competência do Poder Legislativo.

Nesse sentido, o propósito deste capítulo é tecer as informações necessárias para a compreensão do próprio sentido da democracia, o contexto histórico que conduziu a sociedade brasileira a este sistema de governo, a sua importância para o alcance dos objetivos firmados pela Constituição, e como o ativismo judicial pode desconstruir este modelo ideal de democracia.

4.1 MUDANÇA JURISPRUDENCIAL, CRISE NA SEGURANÇA JURÍDICA E ATIVISMO JUDICIAL

4.1.1 Contornos teóricos acerca do Constitucionalismo brasileiro

A fim de possibilitar um melhor entendimento para as questões controversas que permeiam esta pesquisa acadêmica, é mister tecer algumas considerações basilares acerca de temas chaves como o desenvolvimento do Constitucionalismo brasileiro, das suas relações com as premissas do Estado Democrático de Direito, o Poder Constituinte, separação dos poderes bem como a essência de todo o pensamento político que culminou no surgimento das Constituições.

Desta forma, de acordo com jurista Dalmo de Abreu Dallari¹⁰², o constitucionalismo moderno deriva dos embates contra o absolutismo Medieval, sendo caracterizado como um movimento de cunho político e ideológico que nasceu formalmente com a assinatura da Magna Carta de 1215, pelo rei João Sem Terra, que impôs a esta autoridade a ideia de limitação dos seus poderes.

Outro marco histórico que apontou para o desenvolvimento do constitucionalismo, segundo o autor¹⁰³, ocorreu no século XVII, com a Revolução Inglesa, ocasião em que se consagrou a ideia de que um Estado deve ter um governo lastreado em leis e não na vontade de homens, através da designação da supremacia do Parlamento como órgão legislativo.

Entretanto, foi no século XVII, que foram conjugados vários fatores que foram determinantes para o desenvolvimento e consolidação do constitucionalismo, o surgimento das teorias contratualistas, que teve como grande expoente o filósofo Thomas Hobbes, inspiradas por ideais jusnaturalistas, sobre as quais defendem a valorização do indivíduo como sendo portador de direitos naturais inalienáveis e que devem ser tutelados pelo Estado¹⁰⁴.

Concorrentemente à difusão dos ideais contratualistas, ressalte-se o enfrentamento do absolutismo dos monarcas, ganhando força os movimentos que brigavam pela limitação dos poderes dos monarcas, principalmente pela ascensão das novas classes que surgiam com destaque evidente para a burguesia. Ressalte-se ainda, como de suma importância a forte influência do movimento iluminista que pregava a crença na razão, trazendo para o âmbito político a ideia de racionalização do poder¹⁰⁵.

Ante o exposto, conclui-se que, em um primeiro momento, o surgimento do constitucionalismo girou em torno de três grandes objetivos: a supremacia do indivíduo, a limitação do poder dos governantes e a busca pela racionalização do poder¹⁰⁶.

¹⁰² DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 33 ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 196.

¹⁰³ *Ibidem*, p. 197.

¹⁰⁴ *Ibidem*, *loc.cit.*

¹⁰⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 33 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 197.

¹⁰⁶ *Ibidem*, *loc.cit.*

Assim, no que tange a noção de supremacia do indivíduo, entende-se que a titularidade do poder constituinte será sempre do povo, visto que, é a partir deste que serão selecionados os valores e os ideais a serem perseguidos, de modo que padecerá de ilegitimidade aquelas constituições que representam os valores de um único indivíduo ou de uma pequena parcela da população¹⁰⁷.

Quanto a limitação do poder dos governantes, reitere-se que o surgimento das Constituições simbolizaram a afirmação da liberdade de povos e indivíduos. Isto porque, no que se refere aos direitos individuais, foram positivados princípios cuja função precípua era impor limites à atuação dos poderes e a garantia contra violação de direitos tutelados pelo texto constitucional.¹⁰⁸

Dallari¹⁰⁹ infere que, a partir da aprovação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, pode-se falar em uma nova fase do Constitucionalismo, cabendo destaque para a positivação de direitos econômicos, sociais e culturais, com idêntico valor e eficácia jurídica dos direitos já proclamados.

O reflexo dessa expansão da tutela de direitos se deu no âmbito das atuações políticas e sociais do Estado, visto que, migrou de um papel de “protetor” das liberdades e dos direitos individuais para uma atuação mais ativa na criação de mecanismos de efetivação destes direitos¹¹⁰. Entretanto, este é assunto será abordado com mais detalhes nas páginas seguintes.

No Brasil, de acordo com José Afonso da Silva¹¹¹, o Constitucionalismo brasileiro se desenvolveu em duas fases: uma monárquica e outra republicana. Afirma que este movimento se iniciou ainda no ano de 1808, quando a Corte Portuguesa se instalou no Brasil, ocasião em que trouxe todas as suas repartições administrativas.

Entretanto, foi apenas após a independência do país, em 1824, que foi outorgada a primeira Constituição brasileira, que instituiu o Império no país, declarando a liberdade e independência do Brasil, inadmitindo qualquer outro laço de união ou federação que contrariasse a sua autonomia.¹¹²

¹⁰⁷ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 33 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 200.

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 201.

¹⁰⁹ *Ibidem*, loc. cit.

¹¹⁰ *Ibidem*, loc cit.

¹¹¹ SILVA, Afonso da. **O constitucionalismo brasileiro**. São Paulo: Editora Malheiros, 2011, p 25.

¹¹² *Ibidem*, p. 26.

Durante esta fase, Paulo Bonavides¹¹³ aponta para a inexistência de um controle de constitucionalidade, de modo que, a Constituição Imperial ficou caracterizada somente por ser uma Carta programática de direitos fundamentais de primeira dimensão e que estabeleceu originariamente a separação dos poderes.

Entretanto, a chave para toda a estrutura política e administrativa do país estava no Poder Moderador, que foi um quarto Poder previsto pela Constituição Imperial, cuja função precípua, teoricamente, era servir como uma espécie de corregedoria dos demais poderes que dividem entre si o exercício da soberania nacional, ou seja, o executivo, legislativo e judiciário¹¹⁴.

A ideia central do Poder Moderador, formulada pelo autor Benjamin Constant, era torná-lo, uma espécie de “Poder Judiciário” dos três Poderes, cuja função era impor limites às suas exorbitâncias e aos abusos propensos a romper com a unidade política recém conquistada do sistema¹¹⁵.

Ocorre que, essa ideia teve o seu sentido completamente desvirtuado na Constituição Imperial na medida em que autorizou a concentração de Poderes nas mãos do Imperador e também no âmbito da sua aplicação quando este o exercitou as prerrogativas previstas em termos de absoluta exceção, o que autor¹¹⁶ chamou de “*ditadura constitucional*”, uma vez, que violava todas as regras de limitações de Poderes ensinadas por Montesquieu.

Este sistema se manteve até 1889 com a vitória dos republicanos, configurando, portanto, a queda do Império e o fim da fase monárquica.

A fase republicana se iniciou com a destituição do Imperador, sendo a Constituição de 1891, a responsável por consolidar o governo republicano; a instituição do presidencialismo; a instalação do federalismo – como princípio constitucional de organização do Estado; e, da democracia – como regime político ideal para garantir direitos fundamentais, apesar de ser um marco importante na história do Constitucionalismo brasileiro, esta Carta Política não logrou êxito no que tange à

¹¹³ BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa**: por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade. São Paulo: Editora Malheiros, 2001, p. 196.

¹¹⁴ *Ibidem, loc. cit.*

¹¹⁵ *Ibidem, loc. cit.*

¹¹⁶ *Ibidem, loc. cit.*

eficácia social, visto que, o Coronelismo na prática foi o Poder que imperou nesta época ¹¹⁷.

Ao longo desta fase republicana, é possível verificar o surgimento de diversas constituições, entretanto para fins de compreensão deste trabalho acadêmico, destacaremos apenas a Constituição de 1967 e a posterior Emenda Constitucional nº 1, para entendermos o contexto histórico em que surgiu a Carta Política de 1988.

Desta forma, destaque-se que a Constituição de 1967 foi um documento político que se caracterizou por ser evidentemente autoritário e opressor, concentrando o Poder nas mãos do Presidente da República, reduzindo a autonomia individual e autorizando a suspensão de direitos e garantias individuais¹¹⁸.

Além disso, não há como deixar de mencionar o Ato Institucional nº 5, que de acordo com o autor¹¹⁹, rompeu completamente com a ordem constitucional, prevendo situações altamente antidemocráticas a exemplo do fechamento do Congresso Nacional, a decretação da intervenção federal nos estados e municípios sem respeito às limitações constitucionais e a exclusão da apreciação do Poder Judiciário de todos os atos praticados que estejam previstos nos Atos Institucionais, bem como os seus efeitos correspondentes.¹²⁰

Após a edição do Ato Instituição nº 5, uma série de outros Atos foram editados, até que em 1969 entrou em vigor a Emenda Constitucional nº 1 à Constituição de 1967, elaborada pela Junta Militar que assumiu o governo na época. Na prática, esta Emenda se tratou de uma nova Constituição muito mais despótica e centralizadora, que praticamente retirou as prerrogativas do Legislativo dando ensejo a um Estado de exceção permanente, cuja finalidade era afastar os adversários políticos e a manutenção do poder das classes dominantes.¹²¹

Assim, diante deste cenário caótico em que estava imersa a sociedade brasileira, houve a necessidade desta se unir em prol de um objetivo comum: o

¹¹⁷ BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa**: por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade. São Paulo: Editora Malheiros, 2001, p.27.

¹¹⁸ SILVA, Afonso da. **O constitucionalismo brasileiro**. São Paulo: Editora Malheiros, 2011, p 25.

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 32.

¹²⁰ BRASIL. **Ato Institucional nº 5**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-05-68.htm>. Acesso em: 16 mai. 2019, p. 1.

¹²¹ SILVA, Afonso da. *Op.cit.* 2011, p. 80.

reestabelecimento da ordem nacional que só poderia ser atingida a partir de uma nova estrutura constitucional que restaurasse o pacto-social.¹²²

É nesse contexto que surge a Constituição de 1988, sendo considerada pelos juristas como um documento político moderno e avançado que trouxe inovações importantes para o Constitucionalismo brasileiro e mundial, restaurando as bases democráticas, impondo limites materiais e formais à atuação dos três poderes, prevendo uma gama de direitos fundamentais que foram alçados ao *status* de cláusulas pétreas, entre outras disposições.¹²³

Nesta senda, para esta pesquisa acadêmica importa analisar como o Constituinte de 1988 configurou esses institutos no Estado brasileiro, assim é imprescindível destacar o art. 1º, parágrafo único da Constituição:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

A partir da análise deste dispositivo percebe-se que o Brasil adota expressamente o regime democrático, que, por sua vez, implica na premissa de que o povo é o detentor de todo o poder para deliberar de forma direta ou indireta sobre a conjuntura política e social do país¹²⁴.

De acordo com Paulo Bonavides¹²⁵, esta democracia representativa está assentada em quatro lastros que compõem a sua estrutura constitucional: o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da soberania popular, o princípio da soberania nacional e o princípio da unidade da Constituição.

¹²² SILVA, Afonso da. **O constitucionalismo brasileiro**. São Paulo: Editora Malheiros, 2011, p. 32.

¹²³ *Ibidem, loc.cit.*

¹²⁴ BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 19. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 288.

¹²⁵ *Idem*. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa**: por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade. São Paulo: Editora Malheiros, 2001, p. 10.

A dignidade da pessoa humana é o princípio que fundamenta a totalidade dos fundamentais positivados no texto constitucional. Representa o guia, o espírito de todas as Constituições modernas¹²⁶.

A soberania popular, que é de onde emana todo o poder que legitima a autoridade que se exerce dentro dos limites compactuados no contrato social. O autor ressalta que atualmente este é o que vem sendo mais ameaçado em virtude da crise de representatividade em que se encontra imerso o Estado brasileiro¹²⁷.

A soberania nacional, que possui uma dupla perspectiva: a interna - de modo que se apresenta como a mais alta instância dentro dos limites territoriais; e a externa - quando se afirma a independência do Estado brasileiro perante as demais organizações estatais na comunidade jurídica internacional¹²⁸.

E por fim, o princípio da unidade da Constituição, que deve ser visto sob uma perspectiva hermenêutica com ênfase nas cláusulas constitucionais. Engloba tanto a unidade lógica - pressupondo a hierarquia de normas tendo como ápice a Constituição Federal; e a unidade axiológica - com vistas à ponderação de valores, cuja função é concretizar princípios constitucionais¹²⁹.

O Estado brasileiro adota o sistema representativo como modelo de democracia, de modo que a soberania popular é exercida através dos seus representantes, eleitos para um mandato fixo com a possibilidade de reeleição, podendo em alguns casos, ser exercido através do referendo, plebiscito e iniciativa popular, que são hipóteses do exercício direto da soberania popular¹³⁰.

Além disso, cabe destaque também para o art. 2º, da Constituição, que dispõe que “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”, por sua vez, prevendo o princípio da separação do poderes com o fim de obstar a concentração de poder em apenas um órgão de modo a prevenir os abusos que poderiam advir dessa centralização.

¹²⁶ BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa**: por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade. São Paulo: Editora Malheiros, 2001, p. 11.

¹²⁷ *Ibidem, loc. cit.*

¹²⁸ *Ibidem, loc. cit.*

¹²⁹ *Ibidem, loc. cit.*

¹³⁰ CUNHA JR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. Salvador: Juspodvim, 2014, p. 195.

Neste ponto, cumpre ressaltar as contribuições teóricas de James Madison¹³¹ em “*O Federalista*”, que dispõe que este princípio representa um mecanismo imprescindível para a manutenção da liberdade de atuação dos três poderes, bem como a garantia para o bom funcionamento de um governo, de modo que se alguma Constituição propor a acumulação de poderes ou se a margem de interferência de um poder sobre o outro resulte nesta acumulação, esta Constituição deverá ser rejeitada de imediato. Isto porque, no momento em que dois poderes distintos em sua plenitude se concentram nas mãos de um só governante, todos os princípios de um governo livre ficarão corrompidos.¹³²

Ressalte-se que tal entendimento encontra-se assentado na teoria da separação dos poderes desenvolvida por Montesquieu¹³³, em *Espírito das Leis*, que no mesmo sentido assevera que:

Quando na mesma pessoa, ou no mesmo corpo de magistratura, o Poder legislativo está reunido ao Poder Executivo, não existe liberdade; porque se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado crie leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se tivesse unido ao Poder Executivo, o juiz poderia ter força de um opressor.

Entretanto, apesar de reconhecer este princípio como fundamental para a organização dos poderes, Madison destaca que, as limitações previstas pelo texto constitucional para a atuação dos diferentes poderes são insuficientes para precaver a usurpação de qualquer um deles, de modo que a falta de controle externo pode ocasionar na centralização dos poderes nas mãos de uma só pessoa.¹³⁴

Logo, essa liberdade não deve ser irrestrita, de modo que é indispensável a existência de uma margem de flexibilização da separação dos poderes para que haja uma fiscalização mútua entre estes, pois em suas palavras, como todo o poder tende a expandir-se, torna-se necessário impor barreiras para que não ultrapassem os limites que foram constitucionalmente postos.¹³⁵

¹³¹ MADISON, James. **O federalista**. Disponível em: <
<http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/17661>. Acesso em: 13 mai. 2019, p. 187.

¹³² *Ibidem*, p. 188.

¹³³ MONTESQUIEU. **Espírito das leis**. 2. ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1996, p. 425.

¹³⁴ MADISON, James. *Op. Cit.* p. 203.

¹³⁵ *Ibidem*, p. 196.

Nesse sentido, para a materialização deste princípio, recorre-se ao chamado sistema de freios e contrapesos, que nada mais é do que o controle recíproco entre os poderes através de mecanismos previstos em lei que autorizam a intervenção de um Poder nas atribuições do outro, em alguns aspectos.¹³⁶

No Brasil, esse sistema de interferência mútua pode ser evidenciado através: (I) da prerrogativa do Poder Judiciário em declarar a inconstitucionalidade de leis e demais atos normativos cujo conteúdo conflite com disposições constitucionais; (II) do poder concedido ao Poder Executivo de vetar projetos de leis de iniciativa do Legislativo quando forem contrários aos mandamentos constitucionais ou com o interesse público; e, (III) do poder outorgado ao Legislativo de fiscalizar mediante mecanismos próprios de controle, os atos de outros poderes, principalmente no que tange aos aspectos orçamentários, bem como de emendar os projetos de lei de iniciativa do Poder Executivo, entre várias outras prerrogativas.¹³⁷

Desta forma, conclui-se que os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário devem exercer suas funções de forma independente e insubordinada, operando em uma espécie de controle mútuo entre si, a fim de manter um equilíbrio de atuação entre os poderes.¹³⁸

4.1.2 Da constitucionalidade do art. 283, do CPP

Vencidas as explanações referentes a organização dos Poderes no Estado brasileiro bem como do cenário atual das atuações, é de suma importância a análise da constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, dispositivo legal que foi questionado nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade de nº 43, 44 e 54, propostas pelo: Partido Ecológico Nacional – PEN, pela Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, e pelo Partido Comunista do Brasil – PCdoB, respectivamente, em face da decisão do Supremo no HC 126.292.

¹³⁶ CUNHA JR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. Salvador: Juspodvim, 2015, p. 807-808.

¹³⁷ *Ibidem*, p. 809.

¹³⁸ *Ibidem*, p. 809-810.

Isto porque, ao analisar o julgado percebe-se que a Corte em momento nenhum mencionou o art. 283 do Código de Processo Penal, que em decorrência do próprio princípio em questão, proíbe expressamente a prisão antecipada, salvo nas hipóteses de flagrante delito ou para resguardar a efetividade do processo.

O dispositivo mencionado foi inserido no Código de Processo Penal pela Lei Federal nº 12.403, de 2011 com a seguinte redação:

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

O novo texto de lei, trouxe uma maior estabilidade para a matéria, uma vez que, ao ser submetido ao processo legislativo formal realizado pelas duas Casas do Congresso Nacional, garantiu a legitimidade do entendimento que estabelece como condição ao início do cumprimento da pena, o trânsito julgado da condenação.

Isto porque, em primeiro lugar, a norma foi produzida pelos representantes eleitos pelo povo, ou seja, por quem tinha competência para a produção de leis no país. Segundo, porque o texto normativo apresenta compatibilidade com o mandamento constitucional.¹³⁹

Sobre este assunto, cumpre mencionar as lições de Hans Kelsen¹⁴⁰ que afirma que a Constituição apenas prescreve de uma forma generalizada os direitos e deveres que irão orientar todos os indivíduos de um Estado tendo como base os valores que emergem do seio da própria sociedade.

No mesmo sentido, reitera Norberto Bobbio¹⁴¹, que, cada ordenamento jurídico deve haver como ponto de referência superior a todas as normas, que são as disposições elaboradas pelo legislador originário, pois este é o detentor do poder além do qual não existe outro capaz de fundar e justificar um sistema jurídico.

¹³⁹ BRASIL. **Ação Direta de Constitucionalidade nº 43**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em:< <https://www.conjur.com.br/dl/pen-questiona-decisao-stf-prisao-antes.pdf>>. Acesso em: 15 mai. 2019, p. 30.

¹⁴⁰ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8. Ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p.390.

¹⁴¹ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999. p. 41.

A existência dessa norma suprema, conhecida por norma fundamental, se justifica pela necessidade de conferir unidade a um ordenamento jurídico complexo, onde as normas não se concentram em um mesmo plano, devendo portanto haver a formação de uma estrutura hierárquica de modo que todas as normas provenientes das demais fontes do direito, se coadunem com a referida norma fundamental¹⁴².

Desta forma, a Constituição irá estabelecer uma moldura, nas palavras de Kelsen¹⁴³, que comporta múltiplas interpretações e que ficarão a cargo do legislador e do intérprete, valendo a ressalva de que esta liberdade hermenêutica será demarcada através dos limites de cunho formal e material que serão designadas pelo Constituinte.

Bobbio¹⁴⁴ ressalta a importância de se observar esses limites pois, uma norma inferior que ultrapasse os limites materiais, ou seja, trate de matéria diferente da que lhe foi designada ou de modo diferente ao que lhe foi prescrita, ou que ultrapasse os limites formais, ou seja, que seja utilizado um procedimento diverso do que foi previsto, incorrerá em ilegitimidade e estará fadada a ser expulsa do ordenamento jurídico.

Assim, ao legislador é conferido uma ampla liberdade de atuação desde que observe os procedimentos democráticos previstos no próprio texto constitucional, assim, todas as suas decisões serão consideradas legítimas, resultando, inclusive, na noção de presunção de constitucionalidade das leis¹⁴⁵.

Por outro lado, caberá ao Judiciário, no âmbito das suas funções institucionais examinar se as normas criadas pelo legislador se coadunam com as diretrizes constitucionais. Não sendo permitido a substituição dos preceitos legítimos oriundos de decisão legislativa por outra que entenda ser mais oportuna, conveniente e adequada¹⁴⁶.

¹⁴² BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999. p. 49.

¹⁴³ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8. Ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 390.

¹⁴⁴ BOBBIO, Norberto. *Op. Cit*, p. 54.

¹⁴⁵ BRASIL. **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 43**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em:< <https://www.conjur.com.br/dl/pen-questiona-decisao-stf-prisao-antes.pdf>>. Acesso em: 15 mai. 2019, p. 25.

¹⁴⁶ *Ibidem*, p. 24.

Com efeito, invocando as lições de Humberto Ávila¹⁴⁷, as regras como se sabe, possuem a pretensão de especificar uma determinada conduta que deve ser adotada com a finalidade de tutelar um direito e também de delinear os meios através dos quais essa tutela será realizada pelo poder público, inclusive, impondo limites às suas condutas de modo que não fiquem livres para escolher a forma que julgar conveniente.

Essas peculiaridades inerentes às regras possuem uma relevância fulcral também no que tange à interpretação constitucional, isto porque, ao elaborar uma regra o legislador opta por afastar o surgimento de qualquer conflito de ordem moral bem como a incerteza sobre a solução desse mesmo conflito, além de frustrar a prática de arbitrariedades que possam eventualmente surgir no momento da aplicação direta de tais valores¹⁴⁸.

Destarte, pode-se inferir que a positivação de regras quem tenham o intuito de efetivar os princípios constitucionais são também ferramentas de garantia da segurança jurídica, seja no seu aspecto formal – na medida em que deve haver previsibilidade dos atos estatais; seja no aspecto material – visto que, estes atos devem ter um mínimo de tangibilidade, nitidez e confiabilidade para os seus destinatários¹⁴⁹.

Sublinhe-se, portanto, que essa limitação não é absoluta, isto porque esse obstáculo imposto através da positivação da regra a fim de se evitar a rediscussão de valores pode ser relativizado em casos extraordinários também definidos por lei, como por exemplo a decretação de inconstitucionalidade de uma lei que não se coadune com os preceitos constitucionais.

Logo, por força do regime democrático e do princípio da separação dos poderes, adotados como regra no Brasil, o Judiciário deve respeito ao que foi decidido no processo legislativo, salvo se houvesse alguma inconstitucionalidade no artigo de lei, o que não foi o caso.¹⁵⁰

Ante o exposto, não faz sentido algum e nem há respaldo legal para que o Supremo através da via hermenêutica modifique a opção legislativa, ainda que entenda que o

¹⁴⁷ ÁVILA, Humberto. **Princípios e regras e a segurança jurídica**. Revista de Direito do Estado. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 322.

¹⁴⁸ *Ibidem*, p. 323.

¹⁴⁹ *Ibidem*, loc cit. p. 324.

¹⁵⁰ BRASIL. **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 43**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/dl/pen-questiona-decisao-stf-prisao-antes.pdf>>. Acesso em: 15 mai. 2019, p. 24.

sistema penal necessite de reforma na sua estrutura básica para que se alcance a finalidade que se propõe.

Nesse contexto, note-se que, a partir da análise do caso em comento, o lapso temporal que compreende o julgamento do HC 84.078 e a edição da Lei 12.403/11, a Corte manteve o entendimento de que seria necessário o aguardo de todos os recursos até o momento do trânsito em julgado para que se pudesse falar em início da execução da pena.

No entanto, percebe-se que a mudança do posicionamento do Supremo através do julgamento do HC 126.292 veio anos após consolidação da Lei 12.403/11 que ratifica o entendimento constitucional, praticamente reproduzindo o seu conteúdo no art. 283 do Código de Processo Penal.

Logo, essa decisão demonstra uma omissão da Suprema Corte, uma vez que, para que o referido dispositivo deixe de ser aplicado deveria ser declarado a sua inconstitucionalidade, de forma prévia e fundamentada, fato que não foi observado e nem teria como ser, já que não há como falar em inconstitucionalidade do artigo em comento, se este se encontra em harmonia com a Constituição.¹⁵¹

Com efeito, ao modificar o sentido da expressão “trânsito em julgado” para além de romper com os limites constitucionais, esvaziou completamente o seu sentido original, decisão que foi interpretada por alguns autores como “*mutação constitucional*”¹⁵².

Além disso, ainda dentro da discussão referente a competência para legislar, ressalte-se que a decisão da Corte importa em criação e regulamentação de nova hipótese de prisão, algo que também é reservado à edição de lei em sentido estrito, restando óbvio que a conduta do STF configura uma grave violação ao princípio da legalidade.¹⁵³

¹⁵¹ HACHEM, Daniel Wunder. **Sepultamento da presunção de inocência pelo STF (e os funerais do Estado Democrático de Direito)**. Empório do Direito. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/daniel-wunder-hachem/sepultamento-da-presuncao-de-inocencia-pelo-stf-e-os-funerais-do-estado-democratico-de-direito>. Acesso em: 29 out. 2018, p. 2.

¹⁵² BRASIL. **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 44**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/dl/oab-stf-declare-constitucional-prisao.pdf>. Acesso em: 19 mai. 2019, p. 16.

¹⁵³ BRASIL. **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 43**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/dl/pen-questiona-decisao-stf-prisao-antes.pdf>>. Acesso em: 15 mai. 2019, p. 30.

Ressalte-se que este entendimento encontra-se fundamentado, inclusive, no Pacto de São José da Costa Rica¹⁵⁴ no seu art. 7º, § 2º que dispõe 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.

Neste ponto, mais uma vez, ganha relevo o princípio da legalidade, previsto no art. 5º, II, da Constituição, que dispõe que “*ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*”, que ganha contornos no processo penal ao prever no art. 22, II, da Constituição a competência privativa da União para a produção de normas referentes ao direito penal e processual penal, estabelecendo um limite ao poder de punir do Estado.

Ademais, no entendimento de Aury Lopes Júnior e Gustavo Henrique Badaró¹⁵⁵ todas as definições que compõem o processo penal brasileiro possuem origem histórica e são lastreadas em anos de estudo, experimento e debates, não sendo cabível a reformulação dos seus conceitos de modo autoritário e leviano.

Esta verdadeira usurpação de poder, que vem sendo observada não só nesta, mas como em várias decisões do Supremo, tem gerado uma crise na segurança jurídica do país configurando, segundo alguns autores, a prática de um ativismo judicial, e este é o tema que será tratado nas páginas seguintes.

4.1.3 Do ativismo judicial brasileiro

Vencida a explanação dos pontos relevantes acerca da constitucionalidade do art. 283, do CPP, para uma elucidação satisfatória da temática objeto desta pesquisa acadêmica, trataremos nas próximas páginas das circunstâncias políticas e sociais no âmbito dos estados modernos que ensejaram a intensificação da atividade judiciária.

¹⁵⁴ OEA. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos, 1969.** Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 5 nov. 2018, p.1.

¹⁵⁵ LOPES JÚNIOR, Aury; BADARÓ, Gustavo. **Presunção de inocência: Do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória.** Disponível em: < https://emporiododireito.com.br/wp-content/uploads/2016/06/Parecer_Presuncao_de_Inocencia_Do_concei.pdf>. Acesso em: 11 abr. 2019, p. 17.

Neste sentido, Mauro Cappelletti¹⁵⁶ a princípio, dispõe que toda essa discussão em torno do impulsionamento da “criatividade judiciária”, representa um fenômeno característico do século XX que emergiu do surgimento do Estado Social, bem como das transformações ocorridas no papel do direito, tendo em vista a vigência de uma nova legislação de cunho eminentemente transformador.

O Estado de bem-estar social, como se sabe, é o modelo de organização política e econômica cujo objetivo é a promoção e defesa dos direitos sociais relacionados, principalmente, a saúde, educação, assistência social, trabalho, previdência, entre outros¹⁵⁷.

A efetivação desses direitos exigem uma atuação permanente do Estado a fim de que sejam financiados os subsídios, a remoção de barreiras sociais e econômicas para que se chegue o mais próximo possível de uma situação de igualdade social¹⁵⁸.

Nesse contexto, para que se possa começar a falar na existência de um novo modelo de Estado, é necessário que haja a precedência de uma ordem normativa constitucional vinculante que estabeleça os valores que irão orientar todo comportamento daquela sociedade, tais diretrizes irão, em regra, refletir os objetivos que aquele novo modelo de Estado se propõe¹⁵⁹.

Partindo desta premissa básica, frise-se que, como o Estado de bem-estar social decorreu de dois grandes eventos que marcaram toda a história mundial – a segunda grande guerra e a crise de 1929, que foi o deslinde de um liberalismo econômico inconsequente – toda a comunidade internacional nesta época se viu diante da necessidade de rever as suas bases principiológicas, que se transformaram ao elevar a dignidade da pessoa humana como valor supremo e o posicionamento do Estado como interventor da ordem econômica e social¹⁶⁰.

No Brasil, a doutrina indica a Constituição de 1934 e de forma mais ampla, a de 1946, ambas inspiradas nos textos das Constituições do México (1917) e de Weimar (1919),

¹⁵⁶ CAPPELLETTI, Mauro. **Juizes Legisladores?**. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Editora Sergio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 41-42.

¹⁵⁷ HERRERA, Carlos Miguel. **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 20.

¹⁵⁸ CUNHA JR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. Salvador: Juspodvim, 2015, p.34.

¹⁵⁹ *Ibidem, loc. cit.*

¹⁶⁰ MARMELESTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 46-47.

respectivamente, como precursoras do desenvolvimento do Estado de bem-estar social, positivando alguns dos direitos sociais, principalmente aqueles relacionados à proteção dos trabalhadores¹⁶¹.

Assim, os documentos normativos que surgiram na época, a fim de se adequar ao momento histórico vivido, atribuíram ao Estado a função de protagonista na prestação de direitos sociais, do que se pode inferir que tais circunstâncias exigiram do Poder estatal uma postura mais ativa e constante no tempo frente aos novos anseios da sociedade¹⁶².

Esse cenário se refletiu principalmente no âmbito de atuação do Poder Judiciário, que foi naturalmente compelido a migrar de uma postura tipicamente conservadora, cognoscitiva e mecânica, em outras palavras, como mero “boca da lei”, para um comportamento mais criativo, tendo em vista, a vigência de uma legislação com uma vasta previsão de princípios gerais, que como se sabe, possuem alto grau de abstração, bem como de normas programáticas que exigem uma interpretação suscetível de maior discricionariedade. Este, portanto, foi o fenômeno histórico que acentuou a prática do ativismo judicial.¹⁶³

Neste ponto, é fundamental salientar que discricionariedade não se confunde com arbítrio. Isto porque, toda interpretação em alguma medida padece de criatividade e uma margem de discricionariedade que irá variar de acordo com o grau de subjetividade da própria lei.¹⁶⁴

Ainda sobre o momento histórico referente à origem do ativismo judicial, ressalte-se que no Brasil, consoante Luís Roberto Barroso¹⁶⁵, esse protagonismo do Judiciário sem dúvidas foi significativamente intensificado a partir da redemocratização do país e a promulgação da Constituição Federal de 1988, com a retomada das garantias da magistratura, o Judiciário parte de uma instituição técnico-especializada para se

¹⁶¹ MARCELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 47.

¹⁶² CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?**. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Editora Sergio Antonio Fabris Editor, 1993, p.42.

¹⁶³ *Ibidem*, p. 32.

¹⁶⁴ *Ibidem*, p.42.

¹⁶⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. (Syn)thesis. Rio de Janeiro, v.5, 2012, p.24.

transformar em um poder político dando efetividade à Constituição e as leis, inclusive, em face dos demais poderes.

Nesse contexto, no que tange à criação da Defensoria Pública cumpre ressaltar que esta foi inserida no ordenamento jurídico pátrio através da Emenda Constitucional nº 80¹⁶⁶, que entre outras providências, estabeleceu as bases do seu funcionamento, seus princípios norteadores bem como foi previsto um prazo para que União, Estados e Distrito Federal contem com defensores públicos em todas as unidades jurisdicionais a fim de que possam efetivar a garantia da assistência judiciária gratuita.

Ademais, percebe-se ainda uma ampliação e fortalecimento do Ministério Público, a partir da Carta Política de 1988, que passou a prever também a competência deste órgão para atuar na área cível com destaque para a tutela de direitos difusos e coletivos.¹⁶⁷ Por todo o exposto, fica evidente a expansão das atribuições do Poder Judiciário no Brasil bem como a demanda crescente pela justiça¹⁶⁸.

Um outro ponto de grande relevância, também fruto da redemocratização, foi a constitucionalização de matérias essencialmente políticas, que dada a relevância e abrangência social, devem ser debatidas primordialmente em âmbito político majoritário e de lei ordinária¹⁶⁹.

Nesse sentido, o autor¹⁷⁰ é conclusivo ao reiterar que:

Na medida em que uma questão – seja um direito individual, uma prestação estatal ou um fim público – é disciplinada em uma norma constitucional, ela se transforma, potencialmente, em uma pretensão jurídica, que pode ser formulada sob a forma de ação judicial.

Ademais, Barroso¹⁷¹ ainda cita como um dos fatores da crescente judicialização a previsão do sistema de controle de constitucionalidade, caracterizado por ser um sistema híbrido que conjuga dois sistemas diferentes: o americano – que aplica o

¹⁶⁶ BRASIL. **Emenda Constitucional nº 80**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc80.htm>. Acesso em: 15 mai. 2019. p. 1.

¹⁶⁷ MPU. **Histórico do Ministério Público no Brasil**. Disponível em: <http://www.mpu.mp.br/navegacao/institucional/historico>. Acesso em: 15 mai. 2019, p. 1.

¹⁶⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. (Syn)thesis**. Rio de Janeiro, v.5, 2012, p.24.

¹⁶⁹ *Ibidem, loc. cit.*

¹⁷⁰ *Ibidem, loc. cit.*

¹⁷¹ *Ibidem, loc. cit.*

método do controle difuso e incidental, no qual autoriza qualquer juiz ou tribunal a se abster de aplicar uma lei que considere constitucional; e o europeu – ao prever o controle por ação direta, na medida em que viabiliza que determinadas matérias sejam levadas de imediato ao STF.

Junto a essa transformação do papel do Judiciário, um outro aspecto importante apontado por Cappelletti¹⁷², que também pode ser amplamente observado em âmbito nacional, que contribuiu para o fortalecimento desse Poder foi o declínio da confiança da sociedade nos poderes políticos e a conseqüente transferência de responsabilidades para o “Terceiro Poder”, frente a necessidade de dar efetividade a nova ordem jurídica.

Neste ponto, é imprescindível ressaltar as considerações realizadas por Ingeborg Maus¹⁷³, visto que, acrescenta que a ascensão dos magistrados estaria lastreada na justificativa de que a concepção racional sustentada pelo movimento iluminista estaria superada para que houvesse uma contribuição significativa na interpretação dos direitos e garantias fundamentais.

Ingeborg Maus¹⁷⁴ acrescenta ainda que, o aspecto fulcral para o protagonismo dos magistrados foi o método exegético realizado por estes com relação ao novo direito que surge com o Estado de bem-estar social que ultrapassou as fronteiras do direito posto trazendo ao lume também interpretações de cunho moral.

A autora¹⁷⁵ cita que a Justiça exigida pelos novos valores que se firmavam na sociedade deveria ser realizada por quem detinha uma personalidade proba e justa, qualidades estas que eram compatíveis com a formação ética dos juízes, reconhecendo-se o chamado “modelo de transferência do superego¹⁷⁶”, em outras palavras, entende-se que, com o declínio do absolutismo - que até aquele momento exercia o papel de referência moral impondo valores e direcionando a vida das

¹⁷² CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?**. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Editora Sergio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 43.

¹⁷³ MAUS, Ingeborg. **Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”**. Trad. Martonio Lima e Paulo Albuquerque. Disponível em: <<http://www.direitocontemporaneo.com/wp-content/uploads/2014/02/JUDICI%C3%81RIO-COMO-SUPEREGO-DA-SOCIEDADE.pdf>>. Acesso em: 02 mai. 2019, p. 186.

¹⁷⁴ *Ibidem*, p. 185.

¹⁷⁵ *Ibidem*, *loc. cit.*

¹⁷⁶ Trata-se de um conceito decorrente da psicanálise, desenvolvida por Sigmund Freud, que consiste nos valores morais e culturais do ser humano.

pessoas, a sociedade por não possuir uma autonomia moral, se tornou “órfã”, carecendo de um “pai” para a construção do superego, tal responsabilidade foi atribuída ao Poder Judiciário.

Assim, tem-se um reconhecimento excessivo da figura do magistrado, que é alçado à condição de modelo ideal de moralidade pela própria sociedade, a qual acaba por depositar todas as suas expectativas e confiança em um ser humano munido de poderes relevantes e naturalmente sujeito a equívocos, de tal modo que mesmo diante de atos eivados de vícios, parcialidade ou do próprio ativismo não são sequer questionados pela sociedade, no Brasil, dois grandes exemplos desta notoriedade pode ser verificado na figura do ex-juiz Sérgio Moro, do ex-ministro Joaquim Barbosa ou ainda do próprio STF.

Perceba, portanto, que este é o cenário vivenciado pela sociedade brasileira no momento atual, que aponta para uma crise no sistema representativo. Entre os diversos fatores responsáveis por esta realidade estão: (I) a delegabilidade de poderes sem intervenção direta considerável do eleitor; (II) a alienação política; (III) a corrupção; e, (IV) a inefetividade dos poderes Legislativo e Executivo quanto às questões relativas às políticas públicas e de grande relevância social.¹⁷⁷

Assim, em virtude da apatia dos poderes Executivo e Legislativo em face das políticas públicas, estas não são realizadas como projetado, havendo uma dificuldade na efetivação de direitos e garantias fundamentais ou da tutela devida, restando, portanto, a busca do Judiciário como solução para impedir as violações a estes direitos básicos¹⁷⁸.

Entretanto, além de diluir litígios oriundo das relações entre particulares, e destes com a administração pública, compete ao Judiciário também a solução das controvérsias existentes entre os próprios Poderes¹⁷⁹, acentuando a sua responsabilidade quanto à justiça constitucional, no que diz respeito ao controle judiciário sob a legitimidade das leis criadas pelos poderes políticos¹⁸⁰.

¹⁷⁷ SABOIA, Jessica Ramos. A atuação política do Supremo Tribunal Federal e a (in) compatibilidade com a democracia brasileira. **Revista de Direito Brasileira**. São Paulo: v.19, 2018, p. 338.

¹⁷⁸ *Ibidem*, *loc. cit*

¹⁷⁹ SABOIA, Jessica Ramos. *Op. Cit*, p. 339

¹⁸⁰ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?**. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Editora Sergio Antonio Fabris Editor, 1993, p.46.

Entretanto, essa crise política em que o Brasil encontra-se imersa, vai muito além das discussões acerca da efetividade ou não de políticas públicas, na medida em que tem-se percebido uma verdadeira guerra ideológica e partidária que cada vez mais vem intensificando a “*judicialização da política*”. Nesse sentido vale mencionar dois trechos de uma entrevista do ministro Ricardo Lewandowski, para o Jornal O Globo¹⁸¹:

De um modo geral, está havendo uma judicialização da política, a meu ver indevida e excessiva. Muitas coisas que poderiam e até deveriam ser resolvidas pelo Congresso acabam desaguando no Judiciário.

[...]

Parece-me que há um certo gigantismo do Congresso. Há uma pulverização excessiva da opinião pública, que se reflete num grande número de partidos, o que impede a formação de consensos. Com isso, as manifestações do Congresso ou não vêm ou tardam a vir.

Um acontecimento emblemático ainda inserido na temática da execução provisória da pena que ilustra as palavras de Lewandowski com fidelidade, foi o pleito do Partido Ecológico Nacional de desistência da reiteração do pedido da liminar na ADC nº 43, visto que, a eventual concessão desta cautelar poderia beneficiar o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, condenado na Operação Lava Jato¹⁸².

Em nota, a legenda se manifestou na mídia através do seu presidente, Adilson Barroso, declarando que o PEN é um partido de direita, e que a reiteração do pedido de liminar estava sendo interpretada pela comunidade como um apoio explícito ao ex-presidente que iniciou o cumprimento da sua pena em segunda instância¹⁸³.

O presidente do Partido Ecológico Nacional relatou ainda sobre o arrependimento de ter ajuizado a referida ADC e que, inclusive, tentou a retirada do Partido do processo,

¹⁸¹ LEWANDOWSKI, Ricardo. **Novo presidente do TSE diz que não vai tolerar abuso da campanha antecipada**. O Globo. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/politica/novo-presidente-do-tse-diz-que-nao-vai-tolerar-abuso-da-campanha-antecipada-3021721>>. Acesso em: 17 mai. 2019, p. 1.

¹⁸² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Petição/STF nº 24.111/2018**. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=314221822&ext=.pdf>>. Acesso em: 17 mai. 2019, p. 2.

¹⁸³ POMPEU, Ana. **Marco Aurélio homologa desistência do PEN em ação de execução antecipada da pena**. Disponível em:< <https://www.conjur.com.br/2018-abr-25/marco-aurelio-homologa-desistencia-acao-execucao-antecipada>>. Acesso em: 17 mai. 2019, p.1.

entretanto, não logrou êxito em virtude do impedimento previsto no art. 5º da Lei nº 9.868/99, que diz: *Proposta a ação direta, não se admitirá desistência.*¹⁸⁴

Essa previsão do art. 5º da Lei supracitada, apesar de estar inserida no capítulo que trata da Ação Direta de Inconstitucionalidade, em virtude do rol de legitimados ser o mesmo, entende-se pela inadmissibilidade da desistência também na Ação Declaratória de Constitucionalidade.

Entretanto, esta lei é omissa quanto a possibilidade da desistência do julgamento do pedido liminar, desta forma, suscitando uma outra situação controversa que na prática acaba ficando a cargo da interpretação do julgador.

Por esta razão, ou seja, da expansão do controle do Poder Judiciário no sentido de ultrapassar a esfera dos tradicionais conflitos de natureza privada, é que Mauro Cappelletti¹⁸⁵ fala no “emergir do terceiro gigante” no âmbito do Estado Moderno. Ainda de acordo com o autor, o surgimento deste “terceiro gigante”, apesar de ter a sua importância ressaltada para a dinâmica dos poderes, não encontra-se isento de cometer abusos.

Isto porque, conforme já foi abordado nas páginas anteriores, de acordo com Paulo Bonavides¹⁸⁶, a conjugação dos poderes Legislativo e Judiciário na figura de uma só pessoa ou órgão, acaba por representar um perigo à própria liberdade política, uma vez que, essa junção de poderes torna o juiz legislador, de modo que este passa a definir arbitrariamente a vida e a liberdade das pessoas, conferindo-lhe a força de um ditador.

Nesta senda, conclui-se, portanto, que o problema se instala quando o magistrado se excede nesta função e acaba por se equiparar à atividade legislativa, ultrapassando os limites estabelecidos pela lei, julgando de acordo com a conveniência e oportunidade e, desta forma, criando o Direito.

Além disso, um outro fator de suma importância, que vem gerando um grande desconforto na doutrina, que é consequência do cenário acima esboçado, diz respeito ao caráter contra majoritário, visto que não são eleitos pelo povo, de algumas decisões

¹⁸⁴ BRASIL. **Lei nº 9.898 de 10 de novembro de 1999.** Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm>. Acesso em: 17 de mai. 2019, p. 1.

¹⁸⁵ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?**. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Editora Sergio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 49.

¹⁸⁶ BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 19. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 150.

dos magistrados, logo, antidemocrático, principalmente no que concerne ao controle imoderado do Judiciário sobre as leis.

Isto porque, conforme salienta Cappelletti¹⁸⁷, em um Estado Democrático de Direito, é garantida a independência funcional dos juízes e quanto mais autônomos, menos obrigados estão a “prestar contas” das suas decisões à sociedade bem como ao seus representantes.

Neste ponto, acrescente-se as lições de Lênio Streck¹⁸⁸ que entende que isso não deve comprometer as bases da democracia representativa, de modo que, deve-se começar a pensar em mecanismos para impedir que a discricionariedade dos juízes se imponha ao próprio direito, constituindo desta forma, o grande dilema da contemporaneidade.

Neste sentido, o autor¹⁸⁹ ressalta que o constitucionalismo em essência não conflita com os ideais democráticos, entretanto, se reiteradamente alguém tenha que dar a palavra final no que se refere ao sentido do direito e de que forma deve se dar a sua aplicação no cotidiano e se este fato por si só ganha proporções significativas no que tange ao conteúdo principiológico positivado pela Carta Política, torna-se imprescindível repensar a teoria jurídica, de modo a desenvolver mecanismos que sejam aptos ao enfrentamento das barreiras trazidas pelos novos paradigmas constitucionais.

O jurista¹⁹⁰ reitera que, a democracia se estabiliza na medida em que todos os Poderes entendem que a Constituição é a comprovação do contrato social bem como o regime jurídico que deve guiar as autoridades políticas. Entretanto, em meio a uma crise de representatividade política em que vivencia o país na atualidade, existe um corpo de magistrados que se julgam mais virtuosos que os demais, pela análise das posturas adotadas, dão a entender que parte da responsabilidade para tal crise é da Constituição.

¹⁸⁷ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?**. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Editora Sergio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 93.

¹⁸⁸ STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do direito. 8. ed. Porto Alegre: Editora livraria do advogado, 2009, p. 339.

¹⁸⁹ *Ibidem*, p. 340.

¹⁹⁰ *Ibidem*, p. 328.

Nesta senda, percebe-se um atuação intensa desse corpo de magistrados no sentido de alterar as disposições Constitucionais da forma que lhe parecem mais adequado. Entretanto, o que é preciso (re)afirmar é que para que se possa promover estas alterações é necessária a convocação de uma Constituinte, e mais, na circunstância de uma ruptura institucional motivada por razões relevantes.¹⁹¹

Em outras palavras, Lênio afirma que não se pode romper com um regime democrático porque determinada parcela das autoridades que compõem o Poder Público acha conveniente fazer outro. Isto porque, a Constituição de 1988, como ficou demonstrado, é fruto da reestruturação da ordem Estatal¹⁹².

Logo, trata-se de um documento importante em que foram positivados valores supremos e formas especiais para que se possa elaborar qualquer tipo de reforma, além de conter um núcleo de princípios em que tamanha é a sua relevância que foi protegido por cláusulas pétreas, justamente pela intenção de ser inalteráveis¹⁹³.

Assim, Lênio¹⁹⁴ afirma que a supremacia da Constituição pressupõe impedimentos para qualquer reforma que sejam incompatíveis com as determinações do Constituinte. Sendo portanto, inconstitucional e antidemocrática, repise-se, qualquer tentativa de alteração através de interpretações arbitrárias das normas realizadas pelo Judiciário, de forma não prevista, sob pena de se configurar o “estado de exceção hermenêutico”.¹⁹⁵

Nesta senda, vale ressaltar ainda, a advertência pontual trazida pelo autor¹⁹⁶ no que diz respeito à necessidade do controle das decisões judiciais como sendo uma questão de democracia e que isto em nada se relaciona com a proibição de interpretar.

¹⁹¹ STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do direito. 8. ed. Porto Alegre: Editora livraria do advogado, 2009, p. 328-329.

¹⁹² *Ibidem*, loc. cit.

¹⁹³ *Ibidem*, loc. cit.

¹⁹⁴ *Ibidem*, p. 328.

¹⁹⁵ Ressalte-se que esta noção de “estado de exceção hermenêutico” deriva da influência que Lênio recebe da obra “Estado de exceção: homo sacer II, I,” elaborada pelo jurista Giorgio Agamben, que por sua vez, se propõe a explicar que mesmo nos Estados que se intitulam como democráticos, existirá no centro do Poder o estado de exceção que deve ser comumente acionado em situações excepcionais, e a crítica realizada pelo autor é no sentido de que as sociedades contemporâneas vem adotando medidas de exceção com uma certa permanência que pode ser visualizada principalmente na indistinção da atuação dos poderes executivo, legislativo e judiciário.

¹⁹⁶ STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto:** decido conforme a minha consciência?. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 81.

Isto porque, no seu entendimento, interpretar significa dar sentido a uma norma, tratando-se de atividade imprescindível para dar concretude ao próprio direito. Uma vez que, o ordenamento jurídico é composto por regras e princípios comandados por uma Constituição sendo que, como já foi demonstrado neste trabalho, muitos textos que integram estas normas contém vaguezas e ambiguidades, com destaque para os princípios que possuem uma abertura maior com relação a possibilidade de significados.¹⁹⁷

Entretanto, aduz que esta realização da atividade integrativa não deve depender e nem se sujeitar à vontade do intérprete, o que ele batizou de “*solipsismo judicial*” uma vez que a interpretação a ser feita pelos juízes deve considerar a vontade do próprio Constituinte, no contexto em que foi elaborada a Carta Maior.¹⁹⁸

Ressalta ainda que o problema da discricionariedade é que, essa acaba por tornar os juízes em legisladores, e além disso, esse poder conferido aos juízes possibilita a criação do próprio objeto do conhecimento. Em outras palavras, a razão humana passa a conferir o significado de tudo que pode ser questionado na realidade.¹⁹⁹

Além disto, acrescenta que diante desse cenário houve uma acentuada fragilização do papel da doutrina o que é facilmente vislumbrado, no crescimento de uma cultura jurídica voltada para a repetição de teses produzidas pelos tribunais. O autor fala numa sobreposição dos enunciados produzidos pelas Cortes às reflexões doutrinárias, de modo que hoje são as decisões que produzem os conceitos jurídicos.²⁰⁰

Desta forma, o autor indica a necessidade de se estabelecer uma teoria efetivamente pós-positivista a fim de se elaborar um arcabouço teórico direcionada à decisão judicial, de modo que essa se adeque as padrões normativos e filosóficos atuais.²⁰¹

Assim, ao impugnar os limites da interpretação, Lênio²⁰² defende a ideia de rejeição da “*negligência do positivismo legalista*” no que tange ao fortalecimento do

¹⁹⁷ STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto:** decido conforme a minha consciência?. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 81.

¹⁹⁸ *Ibidem, loc.cit.*

¹⁹⁹ *Ibidem, loc.cit.*

²⁰⁰ *Ibidem, p. 88.*

²⁰¹ STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto:** decido conforme a minha consciência?. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 88.

²⁰² *Ibidem, loc. cit.*

protagonismo dos juízes. Por conseguinte, para que uma teoria seja de fato pós-positivista é necessário que haja o confronto dessa discricionariedade judicial.

Em síntese, significa dizer que as teorias do direito e da Constituição, a fim de resguardar os valores da democracia e a concretização de direitos fundamentais, devem formular princípios cujo o intuito seja instituir um padrão hermenêutico que: (I) preservem a autonomia do direito; (II) previsão de critérios hermenêuticos com o fito de realizar um controle da interpretação constitucional; (III) garantir a integridade e a coerência do direito; (IV) estatuir como dever fundamental a fundamentação das decisões²⁰³.

Em conclusão às ideias expostas, a decisão judicial não deve ser fruto de uma escolha pelo julgador entre as diversas possibilidades que se apresentam para a resolução de uma demanda ou mesmo com base em valores próprios, pelo contrário, o julgador deve em, caso a caso, construir a sua interpretação fundamentando-a em observância ao direito que foi posto pelos Poderes Políticos, a fim de que tenhamos decisões que sejam proferidas de forma correta e coerente com a Constituição, que é o documento responsável por conferir sentido a todo o ordenamento jurídico.

4.1.4 Do atentado à segurança jurídica e a vedação ao retrocesso

A segurança é uma premissa imprescindível para que se possa estabelecer a vida em sociedade, sem a qual não há que se falar em ordem e desenvolvimento das relações sociais - em virtude do seu extenso campo de complexidade e incertezas. É necessário que os indivíduos tenham a consciência das consequências dos seus atos comissivos e omissivos bem como dos seus direitos perante ao Estado e a própria sociedade em que encontra-se inserido e é nesse contexto que o direito surge como o ponto de partida em busca da regulação destas relações sociais.²⁰⁴

²⁰³ STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto: decido conforme a minha consciência?**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 88.

²⁰⁴ PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. Salvador: Editora Juspodivm, 2015, p. 31.

Nesse sentido, de acordo com André Ramos Tavares²⁰⁵, o princípio da segurança jurídica é fruto do Estado Constitucional de Direito e se fundamenta na ideia de proteção da confiança do cidadão através da garantia de uma estabilidade mínima da ordem jurídica.

Humberto Ávila²⁰⁶, por sua vez, avalia a segurança jurídica com base em dois aspectos: um estático, a qual se refere à noção de cognoscibilidade; e outro dinâmico, sob a égide dos elementos da confiabilidade e calculabilidade.

A cognoscibilidade tem relação com o conhecimento e a compreensão do direito pelos indivíduos que a eles estão submetidos, ganhando relevância aqui a exigência da publicidade dos textos normativos, bem como da sua linguagem clara e inteligível para que seja acessível a todos²⁰⁷.

Ainda no que tange a cognoscibilidade, Ravi Peixoto²⁰⁸, destaca a preocupação com a conformação das competências normativas e a regulação da sua produção, de modo que é imprescindível prévia estruturação dos procedimentos para que os indivíduos que estejam submetidos àquela ordem jurídica possam ter segurança no próprio direito.

No que tange ao elemento da confiabilidade, Humberto Ávila²⁰⁹ afirma que este aspecto está estritamente voltado para a preservação do passado que se materializa através de institutos jurídicos tendentes a estabilização de todas as relações jurídicas ocorridas no momento pretérito, impondo obstáculos às propostas que porventura surjam no sentido modificá-las.

Nesse sentido a doutrina²¹⁰ indica a observância de alguns critérios básicos, dos quais vale destacar a observância das normas constitucionais, de modo que sejam criados mecanismos legais a fim de dificultar a alteração do seu texto e que sejam estabelecidos limites ao legislador no exercício da sua atividade típica e às demais fontes do direito.

²⁰⁵ TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 622.

²⁰⁶ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica no Direito Tributário: entre permanência, mudança e realização**. São Paulo: USP, 2005, p. 321/366.

²⁰⁷ *Ibidem, loc. cit.*

²⁰⁸ PEIXOTO, Ravi. *Op. Cit.* 2015, p. 55-56.

²⁰⁹ ÁVILA, Humberto. *Op. Cit.*, 2005, p. 366.

²¹⁰ *Ibidem*, p. 623.

Ratificando este entendimento, Ravi Peixoto²¹¹ cita como exemplo a existência das cláusulas pétreas, previstas no art. 60, § 4º, da Constituição, que possui o intuito de obstar qualquer proposta tendente a abolir ou alterar certas matérias de importância fundamental para a manutenção do funcionamento do Estado assim como idealizado pelo Constituinte de 88.

Quanto à calculabilidade, Ávila²¹², possui o entendimento no sentido de que este elemento da segurança jurídica tem a sua perspectiva voltada para o futuro na medida em que as mudanças não devem ser efetuadas de forma tão radical a ponto de romper com toda a previsibilidade do direito.

Esta premissa pode ser aplicada tanto na elaboração de novos textos de lei, bem como a alteração de posicionamentos jurisprudenciais de modo que não resultem em modificações sem fundamento nos parâmetros estabelecidos pelo próprio direito²¹³.

Ocorre que, atualmente essas premissas não vem sendo observadas pelos Poderes, principalmente o Judiciário que ultimamente tem sido alvo de críticas ante a sua postura contraditória nos seus posicionamentos como se percebe no acurado exame da decisão que alterou a posição do STF quanto a possibilidade da execução provisória da pena. Nesta ocasião o Tribunal incorreu no que Jéssica Ramos Saboia²¹⁴ chamou de “*vícios por decisionismo político*” uma vez que desconsiderou o próprio precedente, a Lei e a Constituição de uma só vez, criando direito novo com base em concepções de cunho político, pessoal e social.

Ou seja, tem-se um caos jurisprudencial! E é por esta razão que a doutrina vem cada dia a mais se preocupando com o tema da segurança jurídica, pois além do contrassenso nítido quanto as suas próprias convicções, ainda há a questão da ilegitimidade democrática para praticar este tipo de manobra.

Neste sentido, é imperioso ressaltar a lúcida conclusão do ministro Marco Aurélio na ocasião do julgamento do HC 126. 292 que esboça lealmente o sentimento gerado na comunidade jurídica em face desta decisão:

²¹¹ PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. Salvador: Editora Juspodivm, 2015, p. 58.

²¹² ÁVILA, Humberto. *Op. Cit*, 2005, p. 644-645.

²¹³ PEIXOTO, Ravi. *Op. Cit*. 2015, p. 59.

²¹⁴ SABOIA, Jessica Ramos. A atuação política do Supremo Tribunal Federal e a (in) compatibilidade com a democracia brasileira. **Revista de Direito Brasileira**. São Paulo: v.19, 2018, p. 344.

Reconheço que a época é de crise. Crise maior. Mas justamente, em quadra de crise maior, é que devem ser guardados parâmetros, princípios e valores, não se gerando instabilidade, porque a sociedade não pode viver aos sobressaltos, sendo surpreendida. Ontem, o Supremo disse que não poderia haver a execução provisória, quando em jogo a liberdade de ir e vir. Considerado o mesmo texto constitucional, hoje, conclui de forma diametralmente oposta.

É por essa razão que se entende que a segurança jurídica pode restar comprometida quando o grau de discricionariedade dos juízes for tão acentuado a ponto de chegar um estágio de não se saber o que se esperar de uma decisão jurídica, ainda que a matéria esteja regularmente ajustada no ordenamento jurídico, conforme assinala Marcus Vinicius Furtado Coêlho²¹⁵, como pode-se perceber do julgamento do HC 126.292.

Ademais, um outro preceito fundamental importante que foi ignorado pelo STF ao analisar o julgamento do *Habeas Corpus* em questão, foi o princípio da vedação ao retrocesso, na medida em que arbitrariamente alterou o texto constitucional para suprimir uma garantia fundamental, fato que, de acordo com a doutrina seria inadequado, pois, embora não exista uma vedação absoluta quanto a possibilidade de modificação da Carta Maior, apenas se admite essa opção se for para ampliar direitos e jamais para reduzi-los.

Neste sentido, cumpre ressaltar as lições de Felipe Derbli²¹⁶ que afirma o caráter relativo do princípio da proibição do retrocesso, de modo que a alteração da matéria referente a direitos fundamentais pode ocorrer, entretanto, com a condição de que se preserve o nível de concretização legislativa já alcançado.

Em outras palavras, significa dizer que, antes de ser um estado de coisas a ser alcançado, deve-se ter a proibição de que se retorne a um estado de coisas mais afastado do ideal²¹⁷.

²¹⁵ COÊLHO, Marcus Vinicius Furtado. **Garantias Constitucionais e Segurança Jurídica**. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 140.

²¹⁶ DERBLI, Felipe. **O princípio da proibição do retrocesso social na Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 283.

²¹⁷ DERBLI, Felipe. **O princípio da proibição do retrocesso social na Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 295.

Ademais, Ingo Wolfgang Sarlet²¹⁸ no mesmo sentido, afirma que negar o reconhecimento ao princípio da proibição do retrocesso, implica em autorizar aos órgãos do Poder Público em geral – que encontram-se vinculados a todas as disposições referentes a direitos fundamentais, a fixar suas decisões ainda que sejam incompatíveis com a vontade do constituinte.

Por todo o exposto, é inquestionável que a antecipação da execução da pena representa uma violação deste princípio por reduzir a eficácia da garantia da presunção de inocência.

²¹⁸ SARLET. Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no Direito Constitucional brasileiro. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. Revista dos Tribunais, ano 14, nº 57, p. 35.

5. CONCLUSÃO

Ante tudo quanto foi exposto neste trabalho, é mister tecer algumas considerações finais acerca do tema apresentado, de modo a pontuar aqueles que são de relevância fundamental para o entendimento do propósito deste estudo.

Sendo assim, no segundo capítulo buscou-se trazer os elementos iniciais concernentes à importância do princípio fundamental da presunção de inocência, previsto na Constituição Federal de 1988, que dispõe que: *“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”*, bem como a sua afirmação histórica e previsão na comunidade jurídica internacional e a sua importância como garantia processual penal do indivíduo acusado.

No terceiro capítulo, o intuito foi examinar a mudança do entendimento jurisprudencial do Supremo, que passou a permitir a execução da pena após a confirmação da condenação pelo juízo de segundo grau.

No HC 84.078/MG, ficou decidido que a execução provisória da pena seria incompatível com as disposições constitucionais referentes à presunção de inocência, a dignidade da pessoa humana e a proporcionalidade, enfatizando a impossibilidade da reparação dos prejuízos decorrentes de uma prisão indevida.

Este foi o entendimento ratificado pela Lei nº 12.403, de 2011, ao inserir o art. 283, no Código Processo Penal. Contudo, este entendimento perdurou até 2016, quando o Supremo alterou sua posição através do julgamento do HC 126.292, de forma diametralmente oposta passando a admitir a prisão após a confirmação da condenação em segunda instância, sob argumentos frágeis e antijurídicos que foram alvos de grandes debates na comunidade jurídica.

No quarto capítulo, por fim, o propósito foi apresentar os impactos desta decisão para o país enquanto Estado Democrático de Direito, pois como se percebe desta e de outras decisões, o Tribunal há algum tempo vem adotando posturas ativistas, diga-se ilegítimas e antidemocráticas, comprometendo a separação dos três poderes, uma vez que, este vem atuando em muitas ocasiões como legislador.

Neste sentido, foram analisadas as origens do ativismo judicial, seus impactos, os institutos constitucionais e legais que acabam por ensejar uma margem ampla de

discricionariedade do julgador, as circunstâncias políticas e sociais que “legitimam” esta atuação do Judiciário, bem como os perigos de se admitir um juiz-legislador dentro de um Estado soberano.

Ademais, conclui-se que, a mudança do entendimento do Supremo foi equivocada, isto porque, além de incorrer em inconstitucionalidade, vivemos em um Estado Democrático de Direito, onde todas as leis contidas na legislação vigente, principalmente no que tange a direitos fundamentais. Isto porque, além de remeterem a uma conquista histórica no campo dos Direitos Humanos obedeceram a processos legislativos realizados por quem a lei conferiu competência para tanto, logo, não cabe ao Supremo fazer alterações no texto constitucional conforme a sua conveniência.

Portanto, a mudança da jurisprudência além de representar um verdadeiro retrocesso histórico no que tange as nossas conquistas constitucionais, corresponde também um grande alerta sobre os riscos de um ativismo judicial ilimitado, que deve ser combatido dentro do nosso ordenamento jurídico, de modo a resguardar o equilíbrio entre os três poderes sob pena de ver argumentos irresponsáveis, como empregados para mitigar a presunção de inocência, sendo utilizados para a derrocada de outras garantias fundamentais.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. **Princípios e regras e a segurança jurídica**. Revista de Direito do Estado. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

_____. **Segurança jurídica no Direito Tributário: entre permanência, mudança e realização**. São Paulo: USP, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. (Syn)thesis. Rio de Janeiro, v.5, 2012.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 19. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012.

_____. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa: por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade**. São Paulo: Editora Malheiros, 2001.

BRASIL. **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 43**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/dl/pen-questiona-decisao-stf-prisao-antes.pdf>>. Acesso em: 15 mai. 2019.

_____. **Ato Institucional nº 5**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-05-68.htm>. Acesso em: 16 mai. 2019.

_____. **Código Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 5 nov. 2018.

_____. **Código de Processo Penal**. Brasília, DF: Senado, 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 5 nov. 2018.

_____. **Decreto-Lei nº 88**, de 12 de dezembro de 1937. Brasília, DF: Senado, 1937. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-88-20-dezembro-1937-350832-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 5 nov. 2018.

_____. **Decreto nº 592**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 7 jun. 2019.

_____. **Emenda Constitucional nº 80**, de 4 de junho de 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc80.htm>. Acesso em: 15 mai. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no Habeas Corpus nº 84.078/MG. Relator: Min. Eros Grau, Tribunal Pleno. Julgado em 05/02/2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ementa84078.pdf>>. Acesso em: 17 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no Habeas Corpus nº 126.292/SP. Relator: Min. Teori Zavascki. Publicado no DJe de 17/02/2016 Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 17 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Proposta de Emenda Constitucional nº 15, de 2011. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=174751>>. Acesso em: 04 abr. 2019.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Em dia de terror, Supremo rasga a Constituição no julgamento de um HC**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-fev-18/cezar-bittencourt-dia-terror-stf-rasga-constituicao>>. Acesso em: 17 set. 2018.

CARVALHO FILHO, Jacob Fortes de. **A execução da pena em face do princípio da presunção de inocência**. Disponível em:
<<http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/handle/123456789/2374>>. Acesso em 17 set. 2018.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?**. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Editora Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

CEDH. **Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, 1948**. Disponível em:
<https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. Acesso em: 5 nov. 2018.

COÊLHO, Marcus Vinicius Furtado. **Garantias Constitucionais e Segurança Jurídica**. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CUNHA JR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. Salvador: Juspodvim, 2014.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 33 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GONZAGA, João Bernadino Garcia. **A inquisição em seu mundo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães Gomes; FERNANDES, Antônio Scarance. **Recursos no processo penal**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

HACHEM, Daniel Wunder. **Sepultamento da presunção de inocência pelo STF (e os funerais do Estado Democrático de Direito)**. Empório do Direito. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/daniel-wunder-hachem/sepultamento-da-presuncao-de-inocencia-pelo-stf-e-os-funerais-do-estado-democratico-de-direito>>. Acesso em: 5 nov. 2018.

HERRERA, Carlos Miguel. **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. 1 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8. Ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

LASCANE NETO, Felipe. **O cumprimento de pena sem decisão transitada em julgado: efetividade processual versus presunção de inocência**. Disponível em: <http://bdt.d.ibict.br/vufind/Record/NOVE_e962ad35319a30f2ba110916a242f0d8>. Acesso em: 17 set. 2018.

LEWANDOWSKI, Ricardo. **Novo presidente do TSE diz que não vai tolerar abuso da campanha antecipada.** O Globo. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/politica/novo-presidente-do-tse-diz-que-nao-vai-tolerar-abuso-da-campanha-antecipada-3021721>>. Acesso em: 17 mai. 2019

LOPES, Daniella Duarte. **O princípio da presunção de inocência e a execução antecipada da pena.** 2017. Tese. (Mestrado em Direito). – Faculdade de Direito, Universidade Católica de Petrópolis – UCP, Petrópolis. Orientador: Prof. Dr. Antônio Eduardo Ramires Santoro. Disponível em: <<http://www.ucp.br/web/index.php/consultar/periodicos/periodicos-livre>>. Acesso em 5 nov. 2018

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal.** 14. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. **Fim da presunção de inocência pelo STF é o nosso 7 a 1 jurídico.** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-mar-04/limite-penal-fim-presuncao-inocencia-stf-nosso-juridico>>. Acesso em: 9 nov. 2016.

LOPES, Paulo Guilherme de Mendonça. **Justiça no Brasil: 200 anos de história.** São Paulo: Conjur Editorial, 2009.

MADISON, James. **O federalista.** Disponível em: <<http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/17661>>. Acesso em: 13 mai. 2019.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais.** 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MAUS, Ingeborg. **Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”.** Trad. Martonio Lima e Paulo Albuquerque. Disponível em: <<http://www.direitocontemporaneo.com/wpcontent/uploads/2014/02/JUDICI%C3%81RIO-COMO-SUPEREGO-DA-SOCIEDADE.pdf>>. Acesso em: 02 mai. 2019.

MONTESQUIEU. **Espírito das leis.** 2. ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1996.

MORAES. Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no Processo Penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MPU. **Histórico do Ministério Público no Brasil.** Disponível em: <<http://www.mpu.mp.br/navegacao/institucional/historico>>. Acesso em: 15 mai. 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

OEA. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos, 1969**. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 5 nov. 2018.

ONU. **Carta das Nações Unidas, 1945**. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2017/11/A-Carta-das-Na%C3%A7%C3%B5es-Unidas.pdf>>. Acesso em: 1 nov. 2018.

_____. **Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948**. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2018.

_____. **Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos**. Disponível em: <http://www.cne.pt/sites/default/files/dl/2_pacto_direitos_civis_politicos.pdf>. Acesso em: 5 ago. 2018.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017

PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. Salvador: Editora Juspodivm, 2015.

POMPEU, Ana. **Marco Aurélio homologa desistência do PEN em ação de execução antecipada da pena**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-abr-25/marco-aurelio-homologa-desistencia-acao-execucao-antecipada>>. Acesso em: 17 mai. 2019.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SABOIA, Jessica Ramos. **A atuação política do Supremo Tribunal Federal e a (in) compatibilidade com a democracia brasileira**. Revista de Direito Brasileira. São Paulo: v.19, 2018.

SANTOS, Thiago Ferreira. **Constituição, presunção de inocência e segurança jurídica**. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/0ds65m46/48xcmljs/621xtZ8tPGjmck9Z.pdf>>. Acesso em: 28 out. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SILVA, Afonso da. **O constitucionalismo brasileiro**. São Paulo: Editora Malheiros, 2011.

SOARES, Marcelo Negri; RORATO, Izabella Freschi. **Garantia constitucional da presunção de inocência e a condenação penal em segundo grau**. São Paulo: Revista de Direito Brasileira, 2018.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 8. ed. Porto Alegre: Editora livraria do advogado, 2009.

_____. **O que é isto: decido conforme a minha consciência?**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosnar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.