

UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA

FACULDADE DE DIREITO

CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

GISELLE ARGOLLO VIEIRA

**ATIVISMO JUDICIAL DO STF E A FLEXIBILIZAÇÃO DA
GARANTIA CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DA
INOCÊNCIA: ANÁLISE DOS HCs 126.292/SP e 152752/PR**

Salvador, Bahia

2018

GISELLE ARGOLLO VIEIRA

**ATIVISMO JUDICIAL DO STF E A FLEXIBILIZAÇÃO DA
GARANTIA CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DA
INOCÊNCIA: ANÁLISE DOS HCs 126.292/SP e 152752/PR**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial para obtenção do Título de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Dr. Gabriel Dias Marques da Cruz.

Salvador/BA

2018

GISELLE ARGOLLO VIEIRA

**ATIVISMO JUDICIAL DO STF E A FLEXIBILIZAÇÃO DA GARANTIA
CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA: ANÁLISE DOS
HCs 126.292/SP e 152752/PR**

Monografia apresentada à Universidade Federal da
Bahia como requisito parcial para obtenção do título
de Bacharel em Direito.

Salvador, 14 de dezembro de 2018

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Gabriel Dias Marques da Cruz.
(Orientador–Universidade Federal da Bahia)

Prof. Dr. Fábio Periandro de Almeida Hirsch
(Examinador –Universidade Federal da Bahia)

Profa. Dra. Camila Magalhães Carvalho
(Examinadora –Universidade Federal da Bahia)

RESUMO

Este trabalho examina o fenômeno do ativismo judicial com ênfase no seu desenvolvimento histórico e nos motivos para a sua expansão e consolidação no Brasil com enfoque nos recentes julgados do STF que flexibilizaram o princípio da presunção da inocência pela possibilidade de execução da sentença penal condenatória, na pendência de julgamento de recursos especiais e extraordinários, antes do trânsito em julgado em definitivo. No curso do desenvolvimento da presente monografia serão analisados os votos dos ministros do Supremo nos *habeas corpus* nº 126.292/SP e nº 152.752/PR o qual figura como paciente o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, assim como o julgamento das medidas cautelares nas ações declaratórias de constitucionalidade nº 43 e 44.

Palavras-chave: Supremo Tribunal Federal, Ativismo Judicial, Princípio da Presunção da Inocência. Execução Provisória da Pena.

ABSTRACT

This work examines the phenomenon of judicial activism with an emphasis on its historical development and the reasons for its expansion and consolidation in Brazil, focusing on recent STF judgments that have made the principle of presumption of innocence more flexible by the possibility of executing the conviction pending the judgment of special and extraordinary appeals, before final res judicata. In the course of the development of this monograph, the votes of the ministers of the Supreme Court in habeas corpus nº 126.292 / SP and 152.752 / PR will be analyzed, including former president Luiz Inácio Lula da Silva's patient, as well as the judgment of the precautionary measures in the declaratory actions of constitutionality nº 43 and 44.

Keywords: Supreme Court, Judicial Activism, Principle of the Presumption of Innocence. Provisional Execution of the Penalty.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
1. ATIVISMO JUDICIAL	4
1.1 Histórico.....	4
1.1.1 Considerações sobre ativismo judicial nos sistemas “Civil Law” e “Common Law”	4
1.2 Dos limites constitucionais das atividades do Poder Judiciário	7
1.2.1 Teoria da separação dos poderes e dos “Checks and balances”	7
1.2.2 Da interpretação constitucional	10
1.3 Conceito	13
2. DO STF	16
2.1 Função institucional e competências constitucionais	16
2.2 Fatores que impulsionam o crescente ativismo judicial do STF	19
2.3 O fenômeno da “Mutação Constitucional”	24
3. DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA	28
3.1 Do HC 126.292/SP	30
3.2 Das ADCs 43 e 44	42
3.3 Do HC 152.752/PR	49
CONSIDERAÇÕES FINAIS	56
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	58

INTRODUÇÃO

O debate acerca do ativismo judicial revela-se crescente diante dos recentes posicionamentos adotados pelo Supremo Tribunal Federal em temas de grande visibilidade e projeção política e social, considerados centrais à vida do país, como assim é a garantia da presunção da inocência.

Por uma perspectiva histórica, após a promulgação da Constituição da República Federativa de 1988, houve uma significativa expansão da autoridade do Supremo e dos tribunais em geral, consequência imediata da escolha feita pelo constituinte pela edição de uma constituição programática, recheada de direitos e garantias sociais.

Assim, o tema da interpretação constitucional e seus limites, que no passado ocupava um espaço residual na doutrina brasileira, vêm ganhando um maior destaque pelos constitucionalistas e operadores do direito em geral.

Destaca-se que o fenômeno do crescimento do ativismo judicial não é estritamente brasileiro, sendo o tema discutido desde o surgimento do controle judicial de constitucionalidade das leis nos Estados Unidos em 1803.

Diante da forte influência do positivismo jurídico e do neoconstitucionalismo presente nos sistemas denominados *civil law* ou romano germânicos, o tema vem ganhando maior notoriedade no cenário brasileiro e nos demais países do mundo a partir do final da Segunda Guerra mundial, com o fortalecimento do Poder Judiciário decorrente da edição de novas Constituições de caráter fortemente democrático.

Ao judiciário, e precipuamente ao STF, foi-se entregue a função de último guardião da constituição e o dever de efetivação dos direitos e garantias nela previstos.

Nesse contexto de crescimento da judicialização de demandas políticas e sociais, os paradigmas decisórios de juízes e ministros da corte suprema orientam a interpretação e aplicação do Direito na realidade fática. Por um viés constitucional, cabe ao STF a missão de interpretar e dar efetividade as normas constitucionais.

O processo hermenêutico constitucional, contudo, deve ser observado com cautela por estar vinculado ao texto base da constituição, pela sua supremacia

hierarquia diante do ordenamento, que limita materialmente o exercício da criatividade de juízes e tribunais.

Além dos tradicionais e conhecidos processos formais de mudança da constituição, são perfeitamente admitidos pela doutrina os processos de mudanças informais da norma sem que haja alteração do texto. As chamadas mutações constitucionais orientam o aplicador da norma a interpretá-la de maneira a adequar-se a realidade fática, visto os avanços e transformações aos quais as relações sociais estão sujeitas a todo o momento.

Deste modo, é imperiosa a exigência de que toda e qualquer interpretação seja compatível com os sentidos projetados pelo texto da norma, sob pena de ser considerada inconstitucional.

Após tais considerações, realiza-se um recorte ao ativismo judicial do STF no presente trabalho pela análise da recente flexibilização da garantia da presunção da inocência, diante do renovado entendimento adotado em 2016 quanto à possibilidade de execução da pena após a segunda instância.

O princípio da presunção da inocência surge como garantia processual ao acusado, figurando como direito humano elencado em diversos tratados e convenções internacionais como o Pacto San José da Costa Rica ou Convenção Interamericana de Direitos Humanos, o qual o Brasil é signatário desde 1992.

A própria Constituição em si eleva o princípio da presunção da inocência como garantia fundamental em seu art. 5º inciso LVII, indo além das convenções internacionais ao condicionar o marco final da presunção da inocência com o trânsito em julgado da sentença condenatória.

As discussões doutrinárias acerca da constitucionalidade ou não da adoção dos paradigmas decisórios presentes no julgamento dos HCs 126.292/SP e 152.752/PR estão pautadas na literalidade e taxatividade do preceito constitucional acima indicado, e de demais normas infraconstitucionais derivadas desse dispositivo, como o art. 283 do Código de Processo Penal, por exemplo.

Isto porque, mesmo diante das significativas divergências entre os ministros, a decisão foi pela denegação da ordem dos referidos *habeas corpus* pelo entendimento de que seria possível a execução da pena após a segunda instância,

considerando como marco final da presunção da inocência a condenação do réu pelas instâncias ordinárias.

Assim, será feita uma análise dos julgamentos em comento de modo a levantar uma crítica fundamentada aos principais argumentos adotados pelos ministros em seus votos, visto que o decisório passou a ter consequências de ordem prática pela imediata aplicabilidade da jurisprudência firmada pelos tribunais de todo o país, por mais que não esteja observado o efeito *erga omnes* nestas decisões.

A linha metodológica a ser adotada neste trabalho está subdividida em duas partes: Na primeira é feita uma revisão bibliográfica relativa ao ativismo judicial, seu surgimento e desenvolvimento histórico, abordando os limites constitucionais da atividade do Poder Judiciário, assim como a teoria da separação dos poderes e a sua integração pelos “*checks and balances*”, seguido por uma análise das técnicas de interpretação constitucional e do fenômeno da mutação constitucional.

Seguindo o mesmo método, será feita a análise do Supremo Tribunal Federal, das suas funções institucionais e o seu âmbito de atuação, assim como a avaliação dos fatores que impulsionam o crescimento do ativismo judicial em matérias decididas pelo órgão de alta cúpula do Poder Judiciário.

A segunda parte do trabalho traz considerações sobre o princípio da presunção da inocência seguidas de uma análise minuciosa dos votos proferidos pelos ministros nos recentes julgamentos que abordam a possibilidade da execução da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, dos HCs 126.292/SP e 152.752/PR o qual figura como paciente o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva.

1. ATIVISMO JUDICIAL

1.1 Histórico

1.1.1 Considerações sobre ativismo judicial nos sistemas “Civil Law” e “Common Law”

De modo a adequar-se a problemática suscitada para esta monografia, imprescindível trazer à baila o desenvolvimento histórico do ativismo judicial no cenário internacional, e ao fim, no ordenamento brasileiro, visto as recentes decisões tomadas pela Corte Suprema em matéria constitucional.

Isto porque, para que haja uma determinação do que seria uma atitude ativista advinda do Poder Judiciário de um determinado país, é necessário ao mínimo conhecer da sua organização, estruturação e operação ao longo dos anos.

Segundo os ensinamentos de Elival da Silva Ramos¹ em sua obra *Ativismo Judicial, parâmetros dogmáticos* (2014, p. 104.) é fundamental uma visão comparatista entre as famílias dos sistemas “*Common Law*” e “*Civil Law*”, para perceber a diferença do fenômeno ativista de acordo com “o papel institucional que se atribua em cada sistema ao Poder Judiciário”.

Em 1803, nos Estados Unidos da América, houve o surgimento das discussões acerca das limitações da atividade jurisdicional no famoso caso *Marbury vs. Madison* que inaugurou o controle difuso de constitucionalidade. Este julgamento, feito pela Suprema Corte, marcou a história do Direito Constitucional por declarar a nulidade de uma lei federal frente a sua evidente inconstitucionalidade.

O próprio sistema adotado pelo ordenamento jurídico americano - o *common law*, que eleva os costumes e a jurisprudência como principais fontes do direito – flerta com o ativismo judicial pela intrínseca natureza dos precedentes² judiciais

¹ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: Parâmetros dogmáticos**. 4ª tiragem. São Paulo: Saraiva. 2014

² Utiliza-se aqui o conceito de precedentes judiciais em sentido lato de acordo com a doutrina de Fredie Didier Jr. em *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela* 11ª ed. - Salvador. Ed. Juspodivm. 2016. p. 455 “Em sentido lato, o precedente é a decisão judicial tomada à luz de um

como balizadores da legislação.

Nos sistemas de *civil law*, existe uma forte influência do positivismo jurídico de Norberto Bobbio³ enquanto modelo de compreensão do fenômeno jurídico. Segundo próprio autor, o positivismo tem como objeto da sua dogmática jurídica as normas vigentes em determinado Estado, em uma determinada época, derivando-se em uma particular teoria da validade do direito repleta de formalismos jurídicos.

O direito positivo traz as normas jurídicas provenientes do processo legislativo formal em posição hierárquica superior às normas produzidas por outras fontes do direito como a jurisprudência e os costumes.

Os estados modernos europeus dos sécs. XIX e XX estabeleceram o controle do processo legislativo formal por um Poder Legislativo dotado de autonomia e soberania em sua atividade legiferante, o que fortaleceu o positivismo jurídico como corrente dogmática preponderante nos sistemas *civil law* ou romano germânicos.

Por este viés é possível compreender porque o ativismo judicial, nos sistemas de *common law*, é elogiado e bem visto como fonte fidedigna de direito, ao contrário da visão pejorativa sobre o instituto adotada por diversos doutrinadores pertencentes aos sistemas *civil law* ou romano-germânicos, que consideram a “jurisprudência como limitada aos quadros estabelecidos pelo legislador”, segundo a doutrina do professor francês René David⁴ especialista em direito comparado.

Após os trágicos eventos da Segunda Guerra mundial, surgiram intensas transformações políticas e sociais que culminaram com a edição de novas constituições programáticas e garantistas, rígidas, e titulares de uma nova concepção de Estado, o Democrático e de Direito.

O reconhecimento da supremacia da constituição e o avanço do neoconstitucionalismo⁵ foram fundamentais para a expansão da atuação dos órgãos

caso concreto, cujo elemento normativo pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos”

³ BOBBIO, Norberto. O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito, comp. Nello Morra, trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E Rodrigues, Ícone: São Paulo, 1995 p. 135.

⁴ DAVID, René. Os grandes sistemas do direito contemporâneo. Ed. Martins Fontes São Paulo p. 120, 1993

⁵ Sobre o neoconstitucionalismo Cap. 2.2

de alta cúpula do poder judiciário como principal método de proteção e garantia dos direitos elencados pelo texto constitucional.

Essa tendência foi observada mesmo nos países considerados como parte do tradicional sistema “*Civil Law*”, como a França, Espanha, Portugal e os países fortemente afetados pelos sistemas totalitários Itália e Alemanha, que reformaram as suas constituições segundo a onda de democratização e ascensão dos direitos fundamentais e humanos. Na América Latina, o Brasil foi expoente com edição da Constituição da República Federativa de 1988, apelidada de “Constituição Cidadã”⁶.

Todo este processo contribuiu para que houvesse uma valorização significativa das cortes constitucionais e de sua representatividade por todo o mundo.

Obviamente que, ao concebermos o mundo do século XXI, onde as relações sociais se alteram a cada minuto inclusive por fortes influências da globalização, de certo que ambos os sistemas jurídicos do *common law* e do *civil law* tendem a se aproximar pela própria dinâmica das relações jurídicas que quase sempre levantam controvérsias que vão além da letra fria da lei.

Mauro Capelletti⁷ em sua obra “Juízes Legisladores?” finaliza e conclui o seu estudo com uma importante consideração sobre a emergente tendência evolutiva de convergência entre ambos os sistemas.

Depois do reconhecimento de tantas e tais diferenças entre os sistemas de “Civil Law” e “Common Law”, poder-se-ia, no entanto, ser tentado a indagar se o próprio fenômeno da criação judiciária do direito não é de tal forma diferente, em uma e outra das duas maiores famílias jurídicas, que torne sem sentido a tentativa de análise unitária, buscada realizar nos parágrafos precedentes deste estudo.

A minha resposta a essa dúvida é, contudo, decididamente negativa. Se é verdade que, mesmo hoje, profundas diferenças manifestam-se nas duas famílias jurídicas, igualmente é verdade que até nos sistemas de “Civil Law” verifica-se o aparecimento do moderno fenômeno do aumento da criatividade da jurisprudência

⁶ O termo “Constituição Cidadã” foi adotado por Ulysses Guimarães, à época presidente da Câmara dos Deputados, em seu discurso pela promulgação da Constituição, em 5 de outubro de 1988. Disponível em: < <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/plenario/discursos/escrivendohistoria/25-anos-da-constituicao-de-1988/constituente-1987-1988/pdf/Ulysses%20Guimaraes%20-%20DISCURSO%20%20REVISADO.pdf>> Acesso em 29 de novembro de 2018.

⁷ CAPPELLETTI, Mauro; DE OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. **Juízes legisladores?**. SA Fabris Editor, 1999.

Francisco Segado⁸ em sua obra reafirma a tendência de convergência entre ambos os sistemas, *common law* ou *judicial review* americano, com os sistemas de raízes romano-germânicas ou *civil law* por uma certa transposição no *modus operandi* dos tribunais constitucionais europeus que se inspiram cada vez mais na Suprema Corte americana pela adoção de técnicas jurídicas menos vinculadas a legislação posta e mais criativas.

Portanto, mesmo com todas as pontuais divergências apontadas entre ambos os sistemas, e pela sua constituição filosófica própria em relação a criação de normas jurídicas, em cada um deles, é possível notar o aumento da criatividade judiciária na tomada de decisões.

Diante deste breve arcabouço histórico em relação ao Direito Comparado, fácil perceber as influências externas para o surgimento do ativismo judicial no Brasil e como a maioria dos doutrinadores classificam o instituto.

1.2 Dos limites constitucionais das atividades do Poder Judiciário

1.2.1 Teoria da separação dos poderes e dos “Checks and balances”

Para compreender o que significa uma atividade ativista tomada pelo Poder Judiciário, imperioso o estudo dos limites constitucionais para o exercício deste poder.

Como é de cediço conhecimento, a Constituição Federal de 1988 elenca as funções e atividades inerentes aos três poderes que compõem o Estado Brasileiro sendo estes o Executivo, o Legislativo e o Judiciário.

Isso porque, desde as revoluções liberais do séc XVIII o Estado Democrático de Direito está pautado na institucionalização dos poderes por órgãos indicados na constituição e pela forma nela prescrita de acordo com a formulação proposta por Montesquieu⁹ em “*O espírito das leis*”, que estabelece a teoria da separação dos

⁸ FERNANDEZ SEGADO, Francisco - La Obsolescencia de la Bipolaridad Tradicional (Modelo Americano - Modelo Europeo-Kelseniano) de los Sistemas de Justicia Constitucional). Porto Alegre: Revista Direito Público. Ano I - nº 2 – Out-Nov-Dez/2003, p. 23-24.

⁹ MONTESQUIEU, Charles de Secondat. Baron de. **O espírito das leis**, v. 3, 2000.

poderes.

Tal teoria se origina da identificação das funções que devem ser desempenhadas pelo Estado, atribuindo-as a órgãos individualizados, dotados de prerrogativas institucionais próprias e limitações dadas pelo ordenamento jurídico. Isso porque o autor admite em sua obra que a concentração de poderes em um único órgão ou indivíduo facilitaria a ocorrência de abusos.

Deste modo então, cada um dos chamados “poderes” exerce predominantemente uma das atividades estatais (executiva, legislativa e judiciária), sendo admitido um compartilhamento dessas funções para a consecução das suas finalidades sem que haja um engessamento das atividades.

A ideia de que haja um ténue compartilhamento entre as funções pelos órgãos é trazida por Montesquieu para garantir “o controle do poder pelo próprio poder” e evitar a emergência de contradições.

Por este viés, surge a concepção do “*checks and balances*” ou freios e contrapesos, onde cada um dos poderes (executivo, legislativo e judiciário), passou a exercer funções típicas e atípicas, em que cada um iria cumprir a sua função essencial e fiscalizar a função do outro, impedindo abusos, a fim de evitar a concentração do exercício do poder.

De certo, apesar da constatação de que nesta época do constitucionalismo clássico o Poder Legislativo ocupava certa posição de destaque, com o passar dos anos, o pós-guerra, o surgimento do Estado Democrático de Direito e, mais precisamente no Brasil, da Constituição da República Federativa de 1988, este quadro vem se revertendo cada vez mais.

Portanto, conforme o ilustre doutrinador Uadi Lammêgo Bulos¹⁰ em sua obra. (2010, p. 1041), a organização dos Poderes na Constituição de 1988 nem sempre segue à risca a tipologia clássica de Montesquieu. Acrescenta ainda:

A doutrina clássica de separação de Poderes, que distingue a *legislação*, a *administração* e a *jurisdição*, atribuídas a órgãos distintos e independentes entre si, e que impregnou a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 (art. 16) e a nossa Carta de 1988 (art. 2º), deve ser vista, no Brasil, na ótica da relatividade. Assim, o delicado equacionamento de

¹⁰ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

forças entre Poderes, no Brasil, não poderá seguir, à risca a proposta de autores clássicos, notadamente Montesquieu. Já passou a hora de reavaliar o critério tradicional que propõe separar, in extremis, as atividades legislativa, executiva e jurisdicional. Hoje em dia, cada uma dessas funções não é, em absoluto, estanque uma da outra. (grifos do autor)

Diante desta fluidez nas atribuições dos poderes, que exercem funções típicas e atípicas, depreende-se que desde a sua concepção, a teoria da separação dos poderes conta com certo grau de flexibilidade e compartilhamento que é essencial para que haja um controle efetivo dos abusos que podem se originar por indevida concentração de poderes.

A Constituição Federal de 1988 prevê, expressamente, o princípio da separação dos poderes em seu art. 2^o¹¹ “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”, protegendo tal princípio como cláusula pétrea. O fato dos poderes serem independentes e harmônicos entre si, de acordo com o texto constitucional, não afasta o mútuo controle, como bem pontua José Afonso da Silva (p. 110):

De outro lado, cabe assinalar que nem a divisão de funções entre os órgãos do poder nem sua independência são absolutas. Há interferências, que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro e especialmente dos governados.

O princípio da separação dos poderes ainda se mostra como grande balizador do Estado Democrático de Direito, porém a lei e a posição de supremacia do Poder Legislativo, característicos do Estado Liberal, passam a ser substituídos pela supremacia da Constituição, visando cada um dos Poderes a realização dos preceitos fundamentais nela contidos.

Em relação ao Poder Judiciário, o Supremo Tribunal Federal passa a ser, visto a supremacia da Constituição, o principal garantidor das promessas constitucionais, assumindo o papel de guardião e intérprete do seu texto.

¹¹BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 24 de novembro de 2018.

Não nos surpreende que diante de tal incumbência este órgão tenha atuado de forma mais ativa e interventiva em nome da manutenção do Estado Democrático, e isto é o que leva adiante as recentes discussões acerca da falta de legitimidade e invasão de competência do STF no âmbito dos outros poderes.

1.2.2 Da interpretação constitucional

Outro ponto fundamental e limitador da atuação do Poder Judiciário são as técnicas admitidas para a interpretação do texto constitucional sem que haja clara e evidente violação à sua materialidade.

Temos que, o próprio texto constitucional, limita a atribuição do judiciário como intérprete e aplicador da norma previamente editada pelo legislativo, de modo que a principal função da jurisdição é a de dirimir conflitos utilizando a norma escrita como base.

O texto normativo em si carece de interpretação, nem que seja apenas gramatical ou literal, para se adequar a realidade fática. Por isto, aplica-se à interpretação constitucional os elementos tradicionais de interpretação do Direito, de longa data definidos por Savigny¹² como o gramatical, o histórico, o sistemático e o teleológico.

Apesar do exposto, as peculiaridades da interpretação da norma constitucional são inerentes à própria natureza hierárquica destas frente ao restante do ordenamento jurídico. Admitida a supremacia da Constituição, a doutrina e a jurisprudência elencam métodos próprios de interpretação constitucional.

Diante deste cenário, temos que hermenêutica constitucional é uma seara muito delicada, pois a própria Constituição é o agente limitador de seu texto. Há, segundo pontua Elival da Silva Ramos (2014, p. 168), uma “exigência de que toda e qualquer interpretação constitucional seja compatível com a amplitude de sentidos projetada pelo texto da norma”. Quanto ao assunto, elucida Capelletti em “Juízes Legisladores?” (1999, p. 23):

¹² VON SAVIGNY, Friedrich Karl. **Metodologia jurídica**. Valletta, 2004.

Basta considerar que as palavras, como as notas de música, outra coisa não representam senão símbolos convencionais, cujo significado encontra-se inevitavelmente sujeito a mudanças e aberto a questões e incertezas. [...] Tais questões e incertezas devem ser resolvidas pelo intérprete. Deve ele preencher as lacunas, precisar as nuances, estabelecer as ambiguidades.

Deste ponto, depreendemos que a própria atividade dos julgadores em si, para dar voz ativa a uma norma, é intrinsecamente criativa. Porém, importa ressaltar que tal criatividade deve observar certos limites para impedir a total liberdade do intérprete.

De forma a obter uma explicação mais didática sobre esses “limites à liberdade judicial”, Capelletti, em sua obra, os subdivide em limites processuais e substanciais.

As características essenciais dos “limites processuais” estão relacionadas a inércia da jurisdição, assim como a relação contraditória das partes desenvolvida no curso do processo, que cessa com a prolação de decisão com eficácia *inter partes*, em regra. O processo legislativo de edição de uma lei em sentido formal prescinde de partes, e representa uma manifestação política, no sentido de regular matérias que são de interesse público.

Tais limites processuais se mostram mitigados na seara constitucional pela possibilidade de edição de decisões tidas com eficácia *erga omnes*, que vinculam o ordenamento jurídico como um todo “com vistas a garantir o *fairness* do processo legislativo e administrativo” (1999, p. 77)

Quanto aos limites substanciais, estes são de essencial compreensão para o desenvolvimento do presente trabalho, de modo que são os mais evidentes no processo interpretativo constitucional.

A atividade interpretativa dos julgadores, principalmente a dos tribunais constitucionais, como o STF, apesar de evidentemente utilizar-se de certo grau de criatividade, está sempre vinculada a preceitos anteriores aos conflitos elencados.

Além disto, a interpretação também está vinculada a própria semântica do conjunto de frases que compõem a norma a ser interpretada. No caso do art. 5º inciso LVII da CF/88, “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, evidente se mostra a intenção do constituinte de

que não haja exceções a esta regra com o vocábulo “ninguém”. Assim ocorre com o vocábulo “até” que dá uma idéia de limite, relacionando a condenação com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Quanto ao assunto, pertinente a pontuação feita por Mauro Capelletti em sua obra “Juízes Legisladores?” (1999, p. 25)

Mas também é verdade que existe, pelo menos um baluarte extremo, digamos uma fronteira do bom senso, que se impõe tanto no caso da interpretação do case law quanto no do direito legislativo, ao menos porque também as palavras têm frequentemente um significado tão geralmente aceito que até o juiz mais criativo e sem preconceitos teria dificuldade de ignorá-lo

No mesmo sentido, afirma Canotilho em sua obra “Direito Constitucional” (2003, p. 1208) ¹³:

Sob o ponto de vista da linguística, e da filosofia da linguagem, o ponto de partida da interpretação de normas constitucionais é o postulado de constitucionalidade (= postulado de vinculação a lei constitucional). Os aplicadores da Constituição não podem atribuir um significado (= sentido, conteúdo) arbitrário aos enunciados linguísticos das disposições constitucionais, antes devem investigar (determinar, densificar) o conteúdo semântico, tendo em conta o dito pelo legislador constitucional.

A atividade interpretativa constitucional é, segundo professor Elival da Silva Ramos vinculada ao texto normativo base, sendo os enunciados dos dispositivos constitucionais os marcos do espaço de interpretação. Qualquer inovação neste sentido representa evidente inconstitucionalidade.

Fácil compreender esta lógica quando trazemos a tona os princípios constitucionais considerados como cláusulas pétreas.

O Poder Constituinte Originário, ao elaborar o texto constitucional atuou para que certas normas fossem dotadas de uma maior rigidez, impossibilitando a sua modificação via Emendas Constitucionais, de modo a proteger garantias fundamentais.

A intenção do Constituinte nesses casos, é claramente voltada a preservação desses postulados, estando todos os intérpretes e aplicadores dessas normas

¹³CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra. Almedina, 2003.

restringidos a se posicionarem de acordo com o texto base.

Isso porque a Constituição Cidadã de 1988 é o grande marco do processo de redemocratização pós ditadura militar, de modo que está voltada à consecução dos direitos e garantias fundamentais que por muito tempo foram usurpados pelo regime ditatorial.

Neste viés encontra-se o princípio da presunção da inocência que é objeto de estudo do presente trabalho e será analisado em capítulo próprio.

1.3 Conceito

A conceituação do que seria o fenômeno do ativismo judicial para a doutrina permeia uma zona muito nebulosa. Isso porque, apesar de não se tratar de nenhum novo instituto, o ativismo vem ganhando um maior destaque na atualidade, após a constituição de 1988.

O tema é rico e complexo pelo ativismo judicial adquirir diversas nuances a depender da realidade política do ordenamento examinado, manifestando-se de forma e intensidade diferente a depender do caso concreto.

Além do mais, devido a forte herança do sistema Civil Law ou romano germânico, o ativismo judicial é um instituto que sofre diversos estigmas pela organização estatal baseada na teoria da separação dos poderes. Segundo a classificação de Elival da Silva Ramos (2014, p. 129)

Por ativismo judicial deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao poder judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos)

Observa-se um posicionamento do autor de modo a simplificar o conceito de ativismo judicial, adotando as atividades ativistas como uma superação da atividade jurisdicional aos limites impostos pelo ordenamento jurídico.

Não há de se negar que a visão apresentada pelo autor denota uma “sinalização claramente negativa as práticas ativistas” por criticar a atuação

exacerbada do Poder Judiciário frente as limitações impostas pelo Constituinte.

Carlos Alexandre de Azevedo Campos, aborda de forma exímia em sua obra *Dimensões do Ativismo Judicial do STF*¹⁴ que o problema de indefinição conceitual do ativismo está relacionado ao frequente uso pejorativo do termo. (2014, p. 150)

O ativismo judicial é criticado, mas raramente são fixados critérios adequados para a identificação e avaliação. Não há realmente consenso sobre o que é ativismo judicial e ele acaba significando coisas distintas para pessoas distintas. É possível haver tantas concepções de ativismo judicial quantos autores sobre o tema. Diante desta falta de rigor na definição, parece até que “quanto mais o termo se torna comum, mais obscuro fica seu significado

Apesar do pontuado, mesmo rodeado por críticos, é evidente que o ativismo judicial tem se tornado cada vez mais presente nos julgamentos atuais, principalmente aqueles que são conduzidos pelo Supremo Tribunal Federal, dado a sua função de guardião da Constituição.

Diante da evidente necessidade de conceituação do instituto, de forma a dirimir as diversas controvérsias sobre o tema, o autor em sua tese de mestrado admite que existe uma dimensão multifacetada do ativismo judicial. Assim, adota a seguinte definição (2014, p. 164):

defino o ativismo judicial como o exercício expansivo, não necessariamente ilegítimo, de poderes político-normativos por parte de juízes e cortes em face dos demais atores políticos, que: **(a)** deve ser identificado e avaliado segundo os desenhos institucionais estabelecidos pelas constituições e leis locais; **(b)** responde aos mais variados fatores institucionais, políticos, sociais e jurídico-culturais presentes em contextos particulares e em momentos históricos distintos; **(c) se manifesta por meio de múltiplas dimensões de práticas decisórias. (grifos do autor)**

Estabelecendo este conceito, Carlos Alexandre de Azevedo Campos propõe que o ativismo judicial se desenvolve a partir de diversas dimensões.

A primeira está pautada na postura expansiva de poderes político-normativo de juízes de corte quanto as suas decisões. A segunda estaria relacionada ao desenvolvimento do ordenamento jurídico e a normatividade da lei e das constituições locais.

¹⁴CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

A terceira e a quarta identificam que há uma pluralidade nos contextos em que o ativismo se desenvolve, a depender dos fatores institucionais, políticos, sociais e jurídicos presentes, além dos evidentes aspectos históricos relacionados aos sistemas jurídicos.

O quinto e último, evidencia que existe um caráter multidimensional do ativismo judicial já que as decisões consideradas ativistas variam em intensidade e grau, a depender da norma que é confrontada.

Ao estabelecer essa tese, o autor finaliza trazendo os aspectos ativistas na atuação do Supremo, devido a expansão da sua atividade normativa em diferentes dimensões decisórias que estabelecem uma interpretação criativa e inovadora do texto Constitucional, culminando com a amplificação, por conta própria, de seu espaço de jurisdição e de seus poderes de decisão. (2014, p. 338)

2. DO STF

2.1 Função institucional e competências constitucionais

O Supremo Tribunal Federal é o mais alto órgão de cúpula do poder judiciário, com sede em Brasília/DF e jurisdição em todo o território nacional. Composto por onze ministros brasileiros natos, de idade entre 35 anos e 65 anos, de reputação ilibada e notório saber jurídico, nomeados pelo presidente da república mediante aprovação da maioria absoluta do Senado Federal.

Uma de suas principais missões, segundo a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, é a de tribunal constitucional, ou seja, de “guardião da constituição”, sendo o órgão originariamente competente para o julgamento das ações constitucionais assim como disposto no art. 102 caput e I, a)

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

I - processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993\)](#)

Além das ações declaratórias de constitucionalidade e inconstitucionalidade,, o STF também detém a competência de julgar as omissões inconstitucionais do legislador e do executivo, por meio de Ação Direta de inconstitucionalidade por Omissão (em abstrato) e por Mandado de Injunção (em concreto), de modo a garantir a manutenção dos preceitos constitucionalmente elencados como fundamentais, incluindo a garantia de sua aplicação e efetividade nos casos concretos, pela sua atuação como corte competente no julgamento das ações de controle de constitucionalidade.

Além de seu papel como guardião da constituição, o supremo detém diversas competências adicionais elencadas pela carta magna no art. 102 e incisos seguintes.

Dentre elas, destacam-se a sua atuação como tribunal recursal capaz de julgar recurso ordinário, o *habeas corpus*, o mandado de segurança, o *habeas data* e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão (art. 102 inciso II), e, em recurso extraordinário, as causas

decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida contrariar dispositivo da Constituição. (art. 102, inciso III a).

A atuação do Supremo como tribunal recursal de última instância judicial, por via de Recurso Extraordinário, concretiza a sua missão de guardião da constituição pela sua competência para resolução de causas nas quais as decisões tomadas em instância superior que contrariem enunciado constitucional, em controle difuso de constitucionalidade.

O Supremo também é competente para julgamento dos remédios constitucionais, caso denegatória a sua decisão por Tribunais Superiores. Isso porque, tais remédios foram elevados em sua importância pela constituição de 1988, que devido ao processo histórico de redemocratização do país ampliou diversos direitos e garantias fundamentais aos cidadãos.

Na seara penal, o STF tem competência para julgar crimes comuns cometidos por agentes políticos com prerrogativa de função, como o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República (art. 102, inciso I b).

A partir da análise da letra fria da norma constitucional, é possível destacar que o Supremo Tribunal Federal, desde 1988, acumula as competências de tribunal constitucional, órgão de cúpula do poder judiciário e foro especializado. De plano é perceptível a sua posição de autoridade em relação aos demais órgãos do poder judiciário.

Além de todas estas atribuições, desde a edição da Emenda Constitucional 45/2004, o Supremo tem a possibilidade de editar súmulas de caráter vinculante sobre os demais órgãos do Poder Judiciário, com conteúdo relativo a matéria constitucional, após reiteradas decisões no mesmo sentido

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos

judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

Do texto normativo incluído pela emenda 45/2004 podemos destacar que a expedição de súmula vinculante do STF está condicionada a certos pressupostos.

Segundo a classificação adotada por Elival da Silva Ramos (2014, p. 295) primeira parte do dispositivo versa sobre os pressupostos formais (atuação de ofício ou por provocação e aprovação mediante $\frac{2}{3}$ dos seus membros). A segunda, juntamente com o § 1º traz os pressupostos materiais (reiteração de decisões sobre matéria constitucional e existência de controvérsia atual do Judiciário ou entre estes e a Administração Pública).

A prerrogativa de edição de súmula de caráter vinculante pelo Supremo, garante a uniformização de entendimento jurisprudencial em matéria constitucional para questões repetitivas, fornecendo uma maior segurança jurídica nas decisões que devem necessariamente estar de acordo com o entendimento sumulado.

O poder da súmula vinculante se revela pelo reconhecimento da sua natureza normativa por diversos doutrinadores. Segundo Elival Ramos da Silva (2014, p. 296):

Na verdade, a súmula vinculante apresenta-se antes como um ato de criação de normas do que de aplicação normativa, muito mais pela liberdade de escolha que se reconhece ao Supremo Tribunal Federal de editá-la (e também de modificá-la e cancelá-la) ou não, muito embora, quanto ao conteúdo do comando emitido, em contraposição a ampla discricionariedade do legislador, esteja o tribunal adstrito a orientação jurisprudencial que veio a consolidar, após a prolação de reiterados veredictos, sobre a matéria sumulada

Em contraponto as demais súmulas que apenas servem como orientações elucidativas ao julgador, as súmulas vinculantes são dotadas de eficácia obrigatória, assim como o texto legal e constitucional, o que aproxima de forma perigosa o Supremo da atividade legiferante.

De certo modo, levando em consideração os recentes posicionamentos ativistas da Corte Suprema, com destaque aos julgamentos dos *habeas corpus* 126.292/SP e o mais recente 152.752 (que serão analisados no presente trabalho), evidente se mostra a expansão de sua autoridade diante do cenário atual.

2.2 Fatores que impulsionam o crescente ativismo judicial do STF

A expansão da autoridade das Cortes Supremas em geral não é apenas um fenômeno estritamente brasileiro.

Como devidamente explicitado no capítulo anterior, a Constituição Federal de 1988 elencou diversas competências ao Supremo Tribunal Federal, consagrado pelo próprio texto normativo como guardião da constituição.

Não apenas pelo desempenho das suas inúmeras competências que o STF ganhou espaço no cenário político atual, e sim pelo impacto cada vez mais próximo das suas decisões na vida dos cidadãos brasileiros.

Isto porque, a partir do séc. XX houve uma tendência mundial ao crescimento do *welfare state* por decorrência das grandes guerras, com a promoção de direitos sociais devido a uma mudança radical na perspectiva do direito diante do Estado e da sociedade moderna, antigamente regida pelas constituições de caráter liberais clássicas que valorizavam o papel do legislador como criador do direito posto. (Capelletti, 1999, p. 35). Segundo José Afonso da Silva¹⁵ (2005 p. 120):

Os regimes constitucionais ocidentais prometem, explícita ou implicitamente, realizar o Estado Social de Direito, quando definem um capítulo de direitos econômicos e sociais. Expressas são as Constituições da República Federal Alemã e da Espanha, definindo os respectivos Estados como sociais e democráticos de Direito

De certo que as constituições liberais estabeleciam direitos e garantias, mas atribuíam aos demais agentes políticos (Executivo e Legislativo) o papel fundamental na sua executoriedade, por meio da lei e da criação de políticas públicas.

De acordo com Elival da Silva Ramos (2014, p. 270) “O estado social democrático, em contraposição ao Estado absenteísta do liberalismo é um estado atuante, que a tudo provê e a tudo intervém

O surgimento desta nova concepção de Estado Democrático de Direito, baseada no *welfare state* e suas tendências, tem suas bases teóricas pautadas

¹⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

numa nova corrente filosófica conhecida como *neoconstitucionalismo*. Segundo Barroso¹⁶ (2006, p. 42)

O novo direito constitucional ou neoconstitucionalismo desenvolveu-se na Europa, ao longo da segunda metade do século XX, e, no Brasil, após a Constituição de 1988. O ambiente filosófico em que floresceu foi o do pós-positivismo, tendo como principais mudanças de paradigma, no plano teórico, o reconhecimento de força normativa à Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e a elaboração das diferentes categorias da nova interpretação constitucional.

O autor estabelece que o reconhecimento da força normativa da constituição e a expansão da jurisdição constitucional são marcos teóricos importantíssimos para a percepção do rompimento de paradigmas que a Carta de 1988 representou em nosso país.

Isto porque, com o reconhecimento da supremacia da constituição e da elevação dos direitos fundamentais como imperativos e coatores a todo o restante do ordenamento, houve um evidente crescimento do papel institucional das cortes constitucionais em todo o mundo pelo entendimento de que a estas instituições está destinado o controle de constitucionalidade.

O STF então, vem assumindo um grande contingente de ações de controle concentrado e abstrato, além de ser o último a declarar-se sobre o controle difuso em julgamento de Recursos Extraordinários.

Atualmente, com a vasta gama de direitos que a constituição prevê, justamente pela forte influência das tendências do neoconstitucionalismo, o STF decide basicamente sobre quase todas as matérias de direito, com a última palavra.

Embora as competências do legislador infraconstitucional e da administração pelo executivo estejam devidamente conservadas pela carta magna de 1988, o texto constitucional elenca diversas diretrizes para a atuação mais ativa do judiciário de modo a impulsionar a consolidação destes direitos.

¹⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito**: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. Revista da Procuradoria Geral do Estado. São Paulo: Centro de estudos da PGE. 2006.

Prova cabal deste entendimento foi o surgimento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) (art. 103 §2º CF/88) e do Mandado de Injunção.

A ADO, por sua vez, como ação de controle abstrato de constitucionalidade, visa a preservação dos direitos e garantias elencados pela constituição que não foram devidamente implementados pelo legislador. Foi regulamentada pela Lei 12.063/2009, que inclui no seu art. 12-B, I a omissão de agentes administrativos em adoção de políticas públicas pela consolidação desses direitos.

Essa ação é julgada pelo Supremo Tribunal Federal, que objetiva a supressão da omissão parcial ou total dos demais agentes políticos para a consecução destes direitos. Como trata-se de uma ação de controle abstrato o seu efeito é *erga omnes*.

Já o Mandado de Injunção é a ação que apura a inconstitucionalidade por omissão em casos concretos, onde a inconstitucionalidade afeta diretamente os indivíduos. Também é julgada pelo Supremo Tribunal Federal, podendo assumir caráter individual ou coletivo. Foi um dos últimos remédios constitucionais a ser regulamentados pelo legislador infraconstitucional com a edição da Lei 13.300 de 2016.

A grande polêmica que envolve o Mandado de Injunção é relativa a recente mudança de posicionamento do Supremo pela atribuição de efeitos diretos a declaração de inconstitucionalidade por omissão. No caso da ADO, como trata-se de uma ação de controle abstrato, o seu julgamento apenas declara a mora dos demais agentes políticos para a devida execução de medidas efetivas de modo a consolidar os direitos preteridos que foram constitucionalmente previstos.

O Mandado de Injunção, por sua vez, é um remédio constitucional que visa suprimir a inconstitucionalidade por omissão em casos concretos. Diante do cenário onde há uma garantia constitucional expressamente prevista, a um indivíduo ou a um grupo de indivíduos, que não pode ser aplicada por mera omissão legislativa ou dos administradores, a simples declaração da omissão traz pouco ou nenhum efeito palpável.

Acertadamente o STF em recente jurisprudência posicionou-se de modo concretista para suprimir a omissão legislativa com a finalidade de dar efetividade às

normas constitucionais de eficácia limitada¹⁷ em sede de julgamento de Mandado de Injunção, de modo gerar efeitos em todos os casos análogos.

Um exemplo é o julgamento do MI 721-7/DF, de relatoria do Ministro Eros Grau onde se discutiu o direito de greve dos servidores públicos, presente no art. 37, VII CF/88, que pioneiramente admitiu a atribuição de efeitos *erga omnes* em sede de julgamento de Mandado de Injunção coletivo. Sobre o tema, brilhante o posicionamento do prof. Elival Ramos da Silva (p.303-4):

Muito embora, pessoalmente, entenda que a melhor interpretação do inciso LXXI, do art. 5º da Constituição Federal, seja aquela que prevaleceu no julgamento do MI n. 721-7, reconheço que a variante exegética que vem de ser assumida pelo STF, na apreciação das três injunções sobre o direito de greve dos servidores públicos, não se descola da textualidade do dispositivo e encontra amparo no elemento sistemático. [...] Não há de se negar, contudo, que essa nova fonte de poderes normativos atípicos do STF constitui um reforço aos fatores de impulsão do ativismo

Conclui-se nesta análise, portanto, que apesar do novo entendimento concretista adotado pelo STF em sede de julgamento de mandado de injunção - onde não mais se declara a apenas a omissão legislativa ou administrativa mas também atribuem-se efeitos concretos para a consecução dos fins das normas constitucionais de eficácia limitada - não há neste caso atuação ativista dos julgadores, por estes apenas estarem cumprindo com o seu dever constitucional de concretização de direitos e garantias previstos pela própria carta magna.

Porém, é necessário entender que este novo posicionamento contribui, e muito, para a expansão do ativismo judicial do STF, pois admite que o órgão preencha lacunas normativas em sede de julgamento de casos concretos que reverberam para todo o ordenamento.

¹⁷ As normas de eficácia limitada definidoras de princípio institutivo ou organizador, nas palavras do professor José Afonso da Silva são: “*Normas constitucionais de princípio institutivo aquelas através das quais o legislador constituinte traça esquemas gerais de estruturação e atribuições de órgãos, entidades ou institutos, para que o legislador ordinário os estruture em definitivo, mediante lei*” SILVA José Afonso; **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. Ed. Malheiros. 2005.

Aliada às funções típicas atribuídas ao STF pela própria Constituição visando a preservação das suas garantias, está a crise do sistema político que o país enfrenta, efeito da descrença da população no sistema político representativo.

Reconhecidos diversos esquemas de corrupção e crimes envolvendo a administração pública, culminando com o julgamento de dois processos de *impeachment* a presidentes da república durante a história da constituição de 1988, de certo que houve um crescimento do papel do judiciário como um todo para resolução de conflitos que antes eram atribuições do sistema político.

Este fenômeno, caracterizado como a judicialização da política, se mostra presente em diversos julgamentos além da seara constitucional, atuando o judiciário não mais como a “boca da lei” mas sim como instituição que é parte integrante do processo de criação e efetivação de políticas públicas no Estado Democrático de Direito.

Ao STF como órgão de cúpula do poder judiciário, são atribuídas as incumbências de consolidar as promessas constitucionais diante da inércia do Executivo e do Legislativo na consolidação de diversos direitos e garantias previstos na “Constituição Cidadã”.

A inefetividade das instituições majoritárias do Estado é tratada por Neal Tate¹⁸ e em *The Global Expansion of Judicial Power* (1995) como fator preponderante a judicialização da política.

Vallinder ¹⁹(1995) considera que existem dois tipos de judicialização: 1) “*from without*”, que é a reação do Judiciário à provocação de terceiro e que tem por finalidade revisar a decisão de um poder político tomando como base a Constituição. Ao fazer a revisão, o Judiciário ampliaria seu poder frente aos demais poderes; 2) “*from within*”: é a utilização do aparato judicial na administração pública; portanto, juntamente com os juízes vão os métodos e procedimentos judiciais que são incorporados pelas instituições administrativas que eles ocupam. A forma mais

¹⁸ TATE, C. N. 1995. Why the Expansion of Judicial Power? In **The Global Expansion of Judicial Power**. New York : New York University

¹⁹ VALLINDER, T. 1995. When the Courts Go Marching In. In : VALLINDER, T. & TATE,

difundida de judicialização da política, que pode ser generalizada a todos os casos, é a *from without*, ou seja, o controle jurisdicional de constitucionalidade

Ernani Rodrigues de Carvalho²⁰ defende que o papel de julgador do STF nas ações de controle de constitucionalidade é o fator preponderante a consideração de uma judicialização da política no cenário brasileiro. (p. 18)

No Brasil, a explosão de processos, bem caracterizada no mundo político pelas ADINs, tem sido o mais forte argumento daqueles que defendem a existência de um processo de judicialização da política. Isso não quer dizer que a judicialização ocorra apenas nesse nível, mas é nele que as decisões tomadas pela justiça assumem sua maior dramaticidade no mundo político.

Após a Constituição de 1988 houve uma explosão no número de ações de controle de constitucionalidade propostas ao STF com o fito de declarar nulidade a leis que contrariem dispositivo constitucional. São tantas as ações propostas que diversas ainda aguardam sua pauta de julgamento no Supremo, citando como exemplo as ADCs nº 43 e 44 que serão analisadas em capítulo próprio.

2.3 O fenômeno da “Mutação Constitucional”

A Constituição de 1988, embora esteja classificada pela maioria dos doutrinadores como um arcabouço normativo dotado de expressiva rigidez, admite modificações para adaptar-se melhor a realidade fática e permanecer atualizada.

O processo de modificação do texto constitucional mais tradicionalmente difundido é a reforma constitucional, compreendida como um “processo formal de mudança constitucional, pois que revestido de forma, requisitos e limites próprios, expressos, previstos no texto da Lei Fundamental.”²¹

Essas revisões formais da constituição são possíveis por meio da atuação do Poder Constituinte Derivado Reformador, mediante a propositura de emendas

²⁰ DE CARVALHO, Ernani Rodrigues. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. Revista de sociologia e política, n. 23, 2004.

²¹ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais. Osasco: EdiFIEO, 2015

constitucional, que não são de grande dificuldade de compreensão e nem alvo de significativas divergências doutrinárias.

Isto porque o próprio texto constitucional traz a norma que orienta o procedimento de propostas de emendas à Constituição em seu art. 60 e incisos seguintes, com destaque ao §4º do mesmo artigo, que limita materialmente o conteúdo das emendas de modo a salvaguardar as chamadas cláusulas pétreas.

Há outro tipo de modificação do texto constitucional que vem chamado a atenção dos juristas e doutrinadores. Trata-se do fenômeno da mutação constitucional, conceituado por Anna Cândida da Cunha Ferraz como (2015, p.9) “alteração, não da letra ou do texto expresso, mas do significado, do sentido e do alcance das disposições constitucionais”. A autora complementa ainda, que estas alterações feitas por meio de mutação

Se processam lentamente, e só se tornam claramente perceptíveis quando se compara o entendimento atribuído às cláusulas constitucionais em momentos diferentes, cronologicamente afastados um do outro, ou em épocas distintas e diante de circunstâncias diversas.

Imperiosa a percepção de que a mutação constitucional é um fenômeno que necessita de tempo para se concretizar. Para que haja tal mudança de sentido no texto de uma norma, sem a modificação gramatical desta, é imprescindível que existam definitivas mudanças nos costumes e na conjuntura social.

Nenhuma relação social é estática, sendo palpáveis as mudanças que o país se submeteu nas últimas décadas. A Constituição, por este viés, para manter-se válida e eficaz deve ser interpretada de modo mais coerente com a realidade fática a ser analisada. Segundo o doutrinador Uadi Lammego Bulos²² (1997 p. 57):

Os estudiosos constatam, pois, o fenômeno das mutações constitucionais como uma constante na vida dos Estados, e as constituições, como organismos vivos que são, acompanham a evolução das circunstâncias sociais, políticas, econômicas, que, se não alteram o texto na letra e na forma, modificam-no em sua substância, significado, alcance e sentido de seus dispositivos.

²² BULOS, Uadi Lamêgo. **Mutação constitucional**. Editora Saraiva, 1997.

Deste modo, o autor conceitua o fenômeno da mutação constitucional como um processo informal de mudança da constituição, no qual são atribuídos novos sentidos por conteúdos que até então não estavam ressaltados à letra da norma, pela adoção de uma interpretação diversa ou por intermédio de uma construção diferenciada de usos e costumes constitucionais. (1997 p. 57)

A forma mais conhecida e eficaz do fenômeno da mutação constitucional ocorre a partir do processo interpretativo, quando este implicar mudança de sentido, alteração de significado e maior ou menor abrangência da norma constitucional. Este processo é válido quando “visam o aprimoramento da constituição sem desvirtuarem a sua juridicidade” (BULOS, 1997 p. 118).

Um expressivo exemplo do fenômeno da mutação constitucional sobre a égide da Constituição de 1988 é a mudança de entendimento do termo casa concebido pelo art. 5º inciso XI que considera a “casa como asilo inviolável do indivíduo”.

Como Uadi Lammego Bulos bem explica em sua obra, o signo casa adquiriu uma interpretação mais ampla compreendendo não apenas a residência do indivíduo, mas também o seu local de trabalho, assim como seus complementos que não estejam materialmente unidos como o jardim, o quintal e etc. Deste modo “casa é o lugar onde alguém vive ou trabalha, exercendo ou não a sua atividade a qualquer título.” (1997 p. 119). O ato interpretativo, neste caso, promoveu uma alteração informal do sentido da norma sem qualquer violação a sua letra.

Nada impede que o texto constitucional seja alterado via procedimento formal. Porém, o número reduzido de legitimados para a propositura de emenda e a mora do legislativo na apreciação das propostas são fatores determinantes para que a mutação seja feita por interpretação diversa dada pelo Supremo, quando não houver necessidade de alteração do texto literal para que seja modificado o sentido da norma.

A grande crítica à mutação constitucional feita por diversos doutrinadores está relacionada à possibilidade de que exacerbadas mudanças possam ferir a materialidade do texto constitucional.

Anna Cândida da Cunha Ferraz traz em sua obra o conceito das “mutações inconstitucionais” como alterações feitas ao sentido da norma que tem caráter manifestamente inconstitucional, com processos de criação que “desbordam os limites de forma ou de fundo de observância obrigatória fixados pelo constituinte, além de demonstrarem imperativa ausência de controle de constitucionalidade” (2015, p. 244-245).

As mutações inconstitucionais violam a “letra e o espírito da constituição”, e segundo a autora, podem acarretar diversas consequências nefastas diante da sua produção de efeitos a depender do seu grau e da sua profundidade.

Em certos casos, é possível que a mutação inconstitucional influencie apenas um caso concreto sem que o texto constitucional seja afetado ou revogado. Por exemplo, no caso de prática de ato inconstitucional pelo Executivo, tal como uma nomeação decretada sem observância das formalidades constitucionais.

O verdadeiro problema se demonstra quando a mutação inconstitucional apresenta os seguintes efeitos: ab-roga ou derroga determinada norma constitucional; suspende, temporariamente, a eficácia das normas constitucionais; produz rupturas no ordenamento constitucional; ou até mesmo provoque uma mudança total da Constituição. (2015, p. 245)

Tais efeitos, como a própria autora pontua, variam de acordo com o caso concreto, dado a impossibilidade de registro de todas as violações possíveis a Constituição. O processo de mudança informal da constituição deve obedecer a uma limitação dada pela própria constituição de modo a preservar o seu espírito.

De certo que a mudança de acepção de certos conceitos garante uma fluidez a norma constitucional e a sua melhor adaptação à realidade, pela renovação do seu significado ampliando ou restringindo o seu alcance.

A autora propõe, acertadamente, a ponderação e absorção do processo de mutação por mecanismos de controle de constitucionalidade, que devem evoluir de modo que haja a garantia da eficácia e supremacia da Constituição (p. 63), e assim evitar que a mutação esteja eivada de vício de inconstitucionalidade, considerados os riscos da atividade interpretativa e criativa.

3. DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA

O princípio da presunção da inocência foi consagrado historicamente pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, em seu art. 9º, com a premissa de que “todo acusado se presume inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor não necessário à guarda de sua pessoa, deverá ser severamente reprimido pela lei”

Nesta época, o princípio da presunção da inocência disciplinava o tratamento do acusado durante o curso do processo, de modo que deveria ser considerado inocente até a sentença penal condenatória. Disto decorre a elevação do processo penal acusatório frente ao anterior sistema inquisitório pela imposição do ônus da prova a acusação e a vedação de produção de prova contra si, além do direito ao silêncio do acusado e a absolvição em caso de dúvida do juiz com a análise das provas (VARALDA, 2007, p. 28-29)²³.

Segundo Ferrajoli²⁴ (p. 549 e 550, 1998), a presunção da inocência decorre do princípio da jurisdicionalidade, sendo a atividade judicial necessária para a produção das provas que embasam a condenação por um processo regular, orientado por uma estrutura dialética, que deve manter o juiz numa posição de neutralidade.

Segue o autor, firmando o entendimento de que o medo das penalidades arbitrárias deve ser maior do que o medo do delito em si, por representar uma atuação autoritária e irracional do Estado de Direito, que deveria inspirar confiança nos cidadãos.

A presunção da inocência aparece como uma garantia ao arbítrio punitivo e como um princípio fundamental de civilidade, fruto de uma opção garantista a favor da tutela dos inocentes.

²³ VARALDA, Renato Barão. **Restrição ao princípio da presunção de inocência**: prisão preventiva e ordem pública. Sergio Antonio Fabris, 2007.

²⁴FERRAJOLI, Luigi; BOBBIO, Norberto. **Derecho y razón**: teoría del garantismo penal. Trotta,, 1998.

Segundo Aury Lopes Jr²⁵ (p.19, 2017) a presunção da inocência impõe um verdadeiro dever de tratamento ao réu que deve ser considerado inocente até o fim do processo, que atua em duas dimensões.

A primeira é interna ao processo, e se dirige prioritariamente ao juiz, que deve valorar a prova trazida pelo órgão acusatório e em caso de dúvida, conduzir o julgamento à absolvição.

A dimensão externa, se dirige a uma proteção contra a publicidade abusiva e estigmatização precoce do réu pela mídia, de forma que a presunção da inocência, aliada às demais garantias constitucionais de proteção a imagem, dignidade e privacidade, devem ser utilizadas como limite democrático à exploração do fato criminoso e do próprio processo judicial.

Após tais considerações dogmáticas, de volta ao cenário internacional, o Pacto San José da Costa Rica ou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969, tratado o qual o Brasil estabeleceu-se como signatário a partir do decreto nº 678 de 1992, trouxe como uma de suas garantias o princípio da presunção da inocência no seu art. 8. N°2 “toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”.

Visto a preponderância dos direitos humanos, qualificados como um conjunto básico de normas que representam um norte civilizatório produzido pela comunidade internacional mediante o progresso da humanidade, o Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário RE 466.343, definiu que o Pacto San José da Costa Rica possui status supralegal estando inferior apenas às normas constitucionais.

Anteriormente a este fato, o constituinte legislador de 1988 disciplinou o princípio da presunção da inocência como garantia fundamental no art. 5º inciso LVII da Constituição, nos seguintes termos: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, nota-se que o constituinte, além de elevar a presunção da inocência como garantia fundamental, estabelece um

²⁵ LOPES JR, Aury. **Prisões Cautelares**. Editora Saraiva 5ª edição. 2017

limite preciso para considerar a culpa especificamente pelo “trânsito em julgado da sentença penal condenatória”.

A opção clara por essa delimitação legal evita manobras discursivas que possam distorcer o sentido e a amplitude da norma, fechando-se o conceito, de modo que “as palavras e expressões não podem ser interpretadas de acordo com o gosto político, possuindo um significado obtido por consenso e que não pode ser afastado sob um manto de discricionariedade”²⁶.

Aury, em sua reflexão sobre o tema, estabelece que a presunção de inocência em nossa constituição em um ponto supera os diplomas internacionais de direitos humanos e outros textos constitucionais sobre a matéria por apresentar um “marco temporal final de aplicabilidade da presunção da inocência”

Por este viés, imperativo perceber que tratando-se do princípio da presunção da inocência não poderá haver decisão do Supremo Tribunal Federal que contrarie, restrinja, ou diminua a eficácia deste direito humano já determinado de forma satisfatória por convenções internacionais e pelo próprio texto constitucional vigente.

3.1 Do HC 126.292/SP

O julgamento do HC 126.292/SP trouxe uma importante inovação no entendimento do STF em relação a execução da pena após a segunda instância, instaurando um novo paradigma de entendimento. Isso porque, o paradigma anterior da corte suprema estava pautado na decisão do HC 84.078-7/2009 da relatoria do Ministro Eros Grau, que apesar de não ser dotada de efeito vinculante, produzia reflexos em todos os julgamentos feitos em tribunais do país quanto a executoriedade da pena.

O caso tratava de um habeas corpus negado pelo Superior Tribunal de

²⁶ INCOTT JR., Paulo Roberto; TAPOROSKY FILHO, Paulo Silas. Relativização da presunção de inocência: a decisão do STF no HC 126.292/S. In: COELHO, Luiz Fernando (coord.); KRIEGER, Olga Maria (org.); TAPOROSKY FILHO, Paulo Silas (org.). **Hard Cases: argumentação jurídica em casos difíceis**. Curitiba: Instituto Memória, 2018.

Justiça, em decorrência de um apontado constrangimento ilegal pela denegação da ordem pleiteada, diante da autorização de expedição de um mandado de prisão após a confirmação de uma sentença condenatória de segundo grau.

O STJ fundamentou a sua decisão pelo entendimento de que não haveria óbice ao cumprimento da sentença, dado que a condenação havia sido confirmada pela segunda instância e que os recursos especial e extraordinário não são, em regra, dotados de efeito suspensivo.

O STF posicionou-se contra esse entendimento, acatando o constrangimento ilegal visto que tal prisão violaria princípio acolhido pela Constituição Federal. Segundo o relator²⁷ (p. 10)

“Aliás a nada se prestaria a Constituição se esta Corte admitisse que alguém viesse a ser considerado culpado --- e ser culpado equivale a suportar execução imediata de pena --- anteriormente ao trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Quem lê o texto constitucional em juízo perfeito sabe que a Constituição assegura que nem a lei, nem qualquer decisão judicial imponham ao réu alguma sanção antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Não me parece possível, salvo se for negado préstimo à Constituição, qualquer conclusão adversa ao que dispõe o inciso LVII do seu artigo 5o.”

Nesse sentido, foi concedida a ordem, pois afastados os fundamentos da prisão preventiva, o encarceramento do paciente após o julgamento de recurso de apelação ganharia contornos de execução antecipada da pena aspecto que reserva antipatia pelos doutrinadores por ser considerada uma aberração no processo penal, segundo o relator. Destaca-se trecho do voto: (p. 15)

E isso porque na hipótese não se manifesta somente antipatia da doutrina em relação à antecipação de execução penal; mais, muito mais do que isso, aqui há oposição, confronto, contraste bem vincado entre o texto expresso da Constituição do Brasil e regras infraconstitucionais que a justificariam, a execução antecipada da pena

²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 84.078/MG. Paciente: Omar Coelho Vitor. Impetrante: Omar Coelho Vitor. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, 05 fev. 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ementa84078.pdf>>. Acesso em 14 de novembro de 2018.

Válido ressaltar que apesar da ordem ter sido concedida, o julgamento não foi por unanimidade, tendo como resultado sete votos a quatro pelo plenário, posicionando-se a favor da concessão da ordem os ministros Eros Grau (relator) Celso de Mello, Cezar Peluso, Carlos Ayres Britto, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Marco Aurélio, sendo contra a concessão os ministros Menezes Direito, Cármen Lúcia Antunes Rocha, Joaquim Barbosa e Ellen Gracie.

A principal argumentação utilizada por aqueles que votaram contra a concessão da ordem estaria relacionada ao esgotamento da matéria penal de fato nas vias ordinárias, sendo os recursos especial e extraordinário não dotados de efeito suspensivo.

Válido o destaque que nenhum dos ministros se opôs à prisão cautelar²⁸ - caso estejam observados os requisitos²⁹ essenciais para a sua aplicação -. A decisão versou sobre a execução da pena após a condenação em segunda instância, pelo fato de ainda subsistirem recursos a serem julgados, fato que evidencia a não consecução do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Entre o supracitado julgamento ocorrido em 2009, e o do HC 126.292/SP em 2016, o STF passou por significativas mudanças incluindo a substituição dos ministros Ellen Gracie, Cezar Peluso, Ayres Britto, Joaquim Barbosa, Eros Grau e Menezes Direito, pelos ministros Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber, Teori Zavascki, Roberto Barroso e Edson Fachin fato preponderante para a mudança de posicionamento da corte suprema em relação a matéria.

O julgamento do HC 126.292/SP, apesar de também não ser dotado de efeito *erga omnes*, nem ter se dado sob a sistemática da repercussão geral, acabou por redefinir os conceitos da privação da liberdade ao legitimar a execução da pena após condenação em segunda instância.

²⁸ Aqui utiliza-se o conceito de “prisão cautelar” como sinônimo de “prisão preventiva”

²⁹ Figuras como requisitos para a prisão cautelar segundo Aury Lopes Jr. (p. 91) “O *fumus comissi delicti* é o requisito da prisão preventiva exigindo-se para sua decretação que haja prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria” também deverá obedecer o fundamento do *periculum libertatis* (p. 98) “que é o perigo que decorre do estado de liberdade do sujeito passivo, previsto no CPP (art. 312) como risco para a ordem pública, ordem econômica, conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal”

O caso trata-se de paciente que foi condenado à pena de 5 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial fechado, pelo crime de roubo majorado (art. 157, 2º, I e II do CP). Após improcedência do recurso de apelação, e determinação de expedição de mandado de prisão, a defesa impetrou *habeas corpus* ao STJ, no qual o Ministro Presidente indeferiu o pedido de liminar.

O HC 126.292/SP³⁰ foi impetrado perante o STF com a relatoria do ministro Teori Zavascki. O relator em seu voto, aponta que “a execução da pena na pendência de recursos de natureza extraordinária não compromete o núcleo essencial do pressuposto da não-culpabilidade” adotando o entendimento de que tal conduta não atenta contra a presunção da inocência.

Para isso, o ministro relator traz em sua explanação que o princípio da presunção da inocência - ou não-culpabilidade - está efetivado no curso do processo penal, na fase de instrução processual. Na interposição do recurso de apelação há ampla devolutividade da matéria com reexame de fatos e provas, com a transferência do conhecimento de matérias que já tenham sido objeto de decisão do juízo *a quo*.

O julgamento do recurso de apelação traz em si a confirmação da condenação em segunda instância, cabendo aos recursos extraordinário e especial apenas a revisão de matéria específica de direito, não sendo dotados de “ampla devolutividade”, portanto, justificando a relativização da presunção da inocência ou não-culpabilidade. Quanto ao explicitado, destaca-se trecho do voto do relator (p. 11):

Realmente, a execução da pena na pendência de recursos de natureza extraordinária não compromete o núcleo essencial do pressuposto da não-culpabilidade, na medida em que o acusado foi tratado como inocente no curso de todo o processo ordinário criminal, observados os direitos e as garantias a ele inerentes, bem como respeitadas as regras probatórias e o modelo acusatório atual. Não é incompatível com a garantia constitucional autorizar, a partir daí, ainda que cabíveis ou pendentes de julgamento de recursos extraordinários, a produção dos efeitos próprios da responsabilização criminal reconhecida pelas instâncias ordinárias

³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 126.292/SP. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Impetrante: Maria Claudia de Seixas. Relator: Min. Teori Zavascki. Brasília, 17 fev. 2016, p. 18. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 19 de novembro de 2018

Após fazer uma análise sobre o direito comparado, citando-se a ministra Ellen Gracie em julgamento do HC 85.886 (DJ 28/10/2005), o relator aponta a inexistência da supressão da execução da pena, em nenhum país do mundo, por pendências de referendos da Corte Suprema. Exemplifica com estudo trazido em relação ao tema nos seguintes países: Inglaterra, Estados Unidos, Canadá, Espanha, Portugal, Alemanha, França e Argentina, onde o cumprimento da pena não está condicionado necessariamente ao trânsito em julgado da ação.

Finaliza com a explanação da função dos recursos extraordinários e especiais, os quais, “não têm por finalidade específica examinar a justiça ou injustiça de sentenças em casos concretos” destinando-se a preservação da higidez do sistema normativo. Fundamenta sua tese com a inclusão pela Emenda 45 da repercussão geral dos casos analisados via recurso extraordinário, como requisito de admissibilidade, de modo que o recorrente deve demonstrar a relevância jurídica, política, social ou econômica da questão controvertida.

O ministro Edson Fachin, após saudar o relator pelo voto, inicia o seu voto demonstrando qual seria o papel do STF de acordo com a missão dada pela Constituição, de modo a tutelar a Carta Magna pelo desenvolvimento de teses jurídicas, orientando e conferindo a segurança constitucional e sua devida aplicação nas instâncias inferiores.

Desta forma, defende que a regra do art. 5º inciso LVII não necessita ser interpretada de acordo com a sua literalidade, devendo ser aplicada de acordo a harmonizar-se com outras regras e princípios constitucionais.

Assim, constata que a nenhuma regra deve ser dada caráter absoluto, incluindo-se nesta senda a presunção da inocência, alinhado ao pensamento de que esgotadas as instâncias ordinárias, seria possível iniciar o cumprimento da pena. Para fundamentar o seu posicionamento, refere-se ao arcabouço recursal delimitado pela constituição, desconsiderando o STJ e STF como terceiras ou quartas instâncias, impossibilitando a sua atuação pela revisão de “injustiças do caso concreto”.

Finaliza com o destaque da precariedade dos mecanismos legais destinados a repelir recursos meramente protelatórios, e que o trânsito em julgado da sentença penal condenatória necessita de uma inércia da parte sucumbente, já que sempre

há um recurso oponível a decisões proferidas. Concorda com o relator na medida de que se houver necessidade, é possível a expedição de medidas cautelares para embargar a execução da pena, dotando os recursos extraordinários de efeito suspensivo.

O ministro Luís Roberto Barroso, após trazer uma visão geral do caso a ser julgado e uma retrospectiva das decisões do STF sobre a matéria (inclusive o julgamento do HC 84.078), realiza digressões sobre o fenômeno da mutação constitucional, conceituando-a como um (p, 31) “mecanismo informal que permite a transformação do sentido e do alcance de normas da Constituição, sem que se opere qualquer modificação do seu texto”, que opera-se de acordo com “uma mudança na realidade fática ou de uma nova percepção do Direito, uma releitura do que deve ser considerado ético ou justo”.

A partir deste arcabouço teórico e desta definição, o ministro segue em seu voto adequando a decisão proferida no julgamento do HC 84.078 ocorrido em 2009 como uma mutação constitucional. Essa mutação, segundo o ministro, representou um grande impacto no sistema penal pela impossibilidade de execução da pena após a segunda instância, o que resultou em três consequências negativas para a justiça criminal.

A primeira consiste no incentivo a interposição de recursos meramente protelatórios, movimentando o maquinário do judiciário de forma dispendiosa, sem real proveito para a efetivação da justiça e manutenção das garantias processuais penais dos réus. A segunda seria o reforço da seletividade no processo penal, pelo fato de que os réus mais abastados teriam condições de contratar os melhores advogados a fim de procrastinar o momento do trânsito em julgado pela proposição de recursos. Já a terceira e última consequência está relacionada ao descrédito da sociedade diante do sistema penal, decorrente das massivas ocorrências de prescrição da pretensão punitiva e do lapso temporal entre a ocorrência do fato delitivo e a execução da pena.

Após estas considerações, estabelece a premissa de que há uma necessidade iminente de nova mutação constitucional no sentido de modificar o entendimento anteriormente adotado, pela admissão da execução da pena após a

confirmação da condenação em segundo grau de jurisdição, enumerando múltiplos fundamentos que legitimam essa compreensão.

O primeiro fundamento trazido é que não é pressuposto para a decretação de prisão o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, e sim a ordem escrita e fundamentada da autoridade competente, exigência inscrita no inciso LXI³¹ do art. 5º da CF/88. Destaca, neste viés, que o princípio da presunção da inocência não está vinculado ao encarceramento do agente e sim à sua culpabilidade. (p. 37)

Assim, considerando-se ambos os incisos, é evidente que a Constituição diferencia o regime da culpabilidade e o da prisão. Tanto isso é verdade que a própria Constituição, em seu art. 5º, LXVI, ao assentar que “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”, admite a prisão antes do trânsito em julgado, a ser excepcionada pela concessão de um benefício processual (a liberdade provisória). 16. Para fins de privação de liberdade, portanto, exige-se determinação escrita e fundamentada expedida por autoridade judiciária.

A seguir, em seu segundo fundamento, destaca que a norma do inciso LVII do art. 5º da CF/88 tem caráter de princípio e não de regra, sendo aplicável em maior e menor grau de intensidade sem que isto afete a sua validade. Cita como exemplo a admissibilidade de prisão cautelar (art. 312 CPP) e outras formas de prisão sem que haja o trânsito em julgado da sentença condenatória. Desde que não seja atingido o seu núcleo essencial, é possível sopesar os princípios com base na ponderação.

O terceiro e último fundamento aponta pela execução da decisão em segunda instância como garantia da ordem pública, materializada na eficiência e pela credibilidade no Poder Judiciário como um todo.

Por fim, trata dos fundamentos pragmáticos para um novo entendimento em relação a execução da pena após a segunda instância, como a promoção do equilíbrio e da funcionalidade do sistema penal, a diminuição da seletividade do

³¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 5º. LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 19 de novembro de 2018.

processo penal e a quebra do paradigma da impunidade, como consequências positivas da mutação constitucional que propõe.

A ministra Rosa Weber votou pela concessão do *habeas corpus*, por considerar-se a favor da manutenção da jurisprudência dominante da casa, pela primazia da segurança jurídica, já que a questão fora exaustivamente fundamentada em sede de julgamento do HC nº 84.078.

O ministro Luiz Fux coaduna com os três primeiros ministros e vota a favor da denegação da ordem por considerar que princípio da presunção da inocência (ou não-culpabilidade) está calcado na (p. 58) “regra mater que a pessoa será inocente até que seja considerada culpada” não necessitando do trânsito em julgado da condenação para a declaração de culpabilidade. Afirma que a coisa julgada pode se operar em capítulos, e tendo sido a parte fático-probatória esgotada nas searas ordinárias, o tribunal superior não pode questioná-las, tornando-se “indiscutível e imutável” a decisão posta.

Evoca que “essa presunção de inocência não corresponde mais aquilo que se denomina de sentimento constitucional” por não encontrar mais ressonância no meio social, gerando uma incongruência sistêmica, sendo necessário o abandono do precedente posto em questão.

A ministra Carmen Lúcia, em seu voto, separa os conceitos de culpa de condenação, sendo favorável a não concessão da ordem por acreditar que não seria uma ruptura ou afronta ao princípio da não-culpabilidade o cumprimento da pena quando exaurida a fase probatória que extingue-se no duplo grau de jurisdição, citando como fundamento a súmula 279³² que não permite a revisão de provas em sede de tribunais superiores.

O ministro Gilmar Mendes inicia sua explanação lembrando o julgamento do HC nº 84.078 no qual foi favorável a maioria quanto a necessidade do trânsito em julgado para cumprimento de sentença condenatória. Destaca a singularidade do

³² Súmula 279. STF: Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário (BRASIL, 1993).

sistema penal brasileiro, que ao contrário do modelo alemão não enseja o trânsito em julgado até facultadas as últimas providências verificadas no processo.

Nesse sentido, aponta que o sistema atual abusa das prisões preventivas ao mesmo tempo que invoca o trânsito em julgado como condição de execução da pena. A isso se soma a análise de alguns casos emblemáticos que houve a decretação de prescrição da pretensão punitiva, gerando um clima de impunidade, destacando-se os crimes de competência de Tribunal do Júri que são mais gravosos.

Todos esses fatores levaram o ministro a uma reflexão sobre o paradigma anteriormente adotado, ao qual foi favorável, partindo por uma análise da presunção da inocência que tem como núcleo essencial a imposição do ônus da prova do crime e de sua autoria à acusação. Aborda que trata-se de um princípio, e que como princípio, (p. 68) “deve evoluir de acordo com o estágio do procedimento” desde que não seja atingido o seu núcleo fundamental.

Assim, segue favorável a não concessão da ordem pelos fundamentos apontados pelos outros ministros, exemplificando seu posicionamento com a declaração de constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa que considera inelegíveis aqueles condenados por crimes graves (art. 1º, I, “e”, da Lei Complementar 64/90, introduzido pela Lei Complementar 135/10), declarada constitucional pelas Ações Declaratórias de Constitucionalidade 29 e 30.

Finaliza citando postulados de direito comparado que convergem no sentido de que (p. 69) “a inocência é presumida até o momento em que a culpa é provada de acordo com o direito” .

O ministro Marco Aurélio inicia seu voto, revelando uma singela preocupação pela manutenção do modelo garantista decorrente da Carta de 1988. Pontua que mesmo admitindo que há um crescimento da delinquência aliado ao próprio crescimento populacional, e que a morosidade da justiça criminal leva muitas vezes a prescrição da pretensão punitiva, devem ser preservados os princípios e valores de modo a garantir a estabilidade e a segurança jurídica.

Afirma que o caso em questão não deveria ser parâmetro de mudança de entendimento pois a própria sentença condenatória reservou o direito ao acusado de

recorrer em liberdade. O julgamento em segundo grau determinou, de forma precipitada, a execução da pena, apreciando apenas o pedido do Ministério Público.

Refere-se ao dispositivo constitucional do art. 5º inciso LVII como uma garantia constitucional escrita em bom vernáculo “ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença condenatória” que não permite interpretações, sob pena de (p. 78) “se reescrever a norma jurídica, e, no caso, o preceito constitucional” ultrapassando-se aos limites impostos ao Judiciário.

Aponta pela possibilidade de que seja reformada a decisão, e que a execução provisória da pena não conta com a garantia da provisoriedade, já que seria impossível retornar-se ao estado anterior de liberdade após o seu cerceamento. Critica o posicionamento da corte, por em sua visão estar caminhando para verdadeira promulgação de emenda constitucional, em afronta ao art. 60 da Constituição que garante a imutabilidade das cláusulas pétreas.

O ministro Celso de Mello inicia seu voto tecendo digressões históricas sobre o princípio da presunção da inocência, afirmando ser um direito-garantia consagrado, legitimado pela idéia democrática e tido como valor fundamental e exigência básica de respeito a dignidade da pessoa humana.

Em sua fundamentação cita diversos postulados internacionais, além de importantes cartas de direitos humanos, que garantem a proteção do indivíduo frente ao Estado, como a já supracitada , a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (São José da Costa Rica, 1969, Artigo 8º, § 2º) ao qual o Brasil é signatário desde 1992.

Aduz que a Constituição de 1988, como representante do marco histórico democrático do Brasil, eleva a garantia da presunção da inocência como direito fundamental e que qualquer intervenção hermenêutica em sentido contrário a esse postulado demonstra uma verdadeira esterilização desta conquista histórica. Destaca-se trecho do voto (p.83)

Mostra-se evidente, Senhor Presidente, que a Constituição brasileira promulgada em 1988 e destinada a reger uma sociedade fundada em bases genuinamente democráticas é bem o símbolo representativo da antítese ao absolutismo do Estado e à força opressiva do poder, considerado o contexto histórico que justificou, em nosso processo político, a ruptura com paradigmas autocráticos do passado e o banimento , por isso mesmo, no

plano das liberdades públicas, de qualquer ensaio autoritário de uma inaceitável hermenêutica de submissão, somente justificável numa perspectiva “ex parte principis”, cujo efeito mais conspícuo, em face daqueles que presumem a culpabilidade do réu, será a virtual (e gravíssima) esterilização de uma das mais expressivas conquistas históricas da cidadania: o direito do indivíduo de jamais ser tratado, pelo Poder Público, como se culpado fosse.

Como o próprio texto constitucional tece, segundo o ministro, ninguém poderá ser considerado culpado sem que se sobrevenha condenação transitada em julgado, limite que não poderá ser transposto pelo Estado através da atividade de persecução penal.

Em sua crítica, aborda o evidente equívoco em invocar a equiparação do sistema brasileiro a sistemas estrangeiros que não adotam a necessária observância do trânsito em julgado da sentença penal condenatória para a execução da pena, competindo a corte suprema de fazer prevalecer o primado da própria Constituição. (p. 89)

O ministro reforça a sua idéia pelo fundamento legal dado pelos artigos 104 e 147 da lei de execução penal³³ que impõe como inafastável pressuposto de execução de sentença o seu trânsito em julgado.

Finaliza reafirmando que a tese de “ que a execução prematura (ou provisória) da sentença penal condenatória antes de consumado o seu trânsito em julgado revela-se frontalmente incompatível com o direito fundamental do réu, assegurado pela própria Constituição da República (CF, art. 5º, LVII), de ser presumido inocente”. (p. 96)

O último voto foi dado pelo ministro Ricardo Lewandowski, à época Presidente do Supremo, que afirma considerar o princípio da presunção da

³³ BRASIL. Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984. Planalto. Art. 105. Transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução.

Art. 147. Transitada em julgado a sentença que aplicou a pena restritiva de direitos, o Juiz da execução, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, promoverá a execução, podendo, para tanto, requisitar, quando necessário, a colaboração de entidades públicas ou solicitá-la a particulares.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm>. Acesso em: 20 de novembro de 2018.

inocência do art. 5º inciso LVII em sua literalidade, sendo categórico ao considerar o marco final desta garantia o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Afirma que nenhum argumento que seja considerado importante, como a efetividade da Justiça e outras questões de ordem prática podem afastar esse postulado constitucional.

Evidencia a sua perplexidade em testemunhar que esta Corte, a mesma que decidiu na ADPF 347 e no RE 592.581 que o sistema penitenciário estava falido, está majoritariamente a favor da mudança de paradigma quanto à presunção da inocência, abrandando este princípio de modo a facilitar a entrada de indivíduos no sistema carcerário.

O resultado foi a denegação da ordem por maioria (7 contra 4), sendo vencidos os votos dos ministros Rosa Weber, Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski (Presidente)

Este julgado evidencia que mesmo com a mudança do paradigma anteriormente definido, a decisão não foi por unanimidade, existindo divergências entre os ministros quanto a relativização do princípio da presunção da inocência visto a execução da pena após a condenação em segunda instância.

O argumento trazido pelo relator, ministro Teori Zavascki, está pautado na extraordinariedade dos recursos analisados pelas instâncias superiores, que não analisam matérias fático-probatórias, sendo suficiente a condenação em segunda instância para o ensejo da execução da pena.

Tal argumentação, aliada ao fato de que os recursos extraordinários e especiais não são em regra dotados de efeito suspensivo, embasou o entendimento dos demais ministros, em especial o do ministro Barroso, que em seu voto digavou sobre as consequências trazidas pelo paradigma anterior as quais seriam: o incentivo a propositura de recursos com efeitos meramente protelatórios, a seletividade do processo penal e o descrédito da população no sistema penal.

Em contraponto, brilhante o posicionamento do ministro Celso de Mello que traz diversas considerações históricas acerca do presunção da inocência e da sua elevação no cenário internacional, e posteriormente no Brasil, como garantia consagrada pelo processo de democratização e valorização dos direitos humanos.

O respeito à literalidade da norma, que delineia perfeitamente como marco final da presunção da inocência o trânsito em julgado da sentença condenatória, foi trazido à baila pelo ministro Ricardo Lewandowski, que afirma ter o dispositivo constitucional analisado caráter taxativo, não cabendo interpretação restritiva pela legitimação da execução antecipada da pena após a segunda instância.

3.2 Das ADCs 43 e 44

Após o emblemático julgamento do HC 126.292/SP, analisado no capítulo anterior, o Partido Ecológico Nacional (PEN) e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil ajuizaram as Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44³⁴ relativas ao art. 283 do Código de Processo Penal com nova redação inserida pela Lei n. 12.403/2011, que traz o seguinte texto:

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.

O PEN, em sua inicial, sustenta que tal mudança de entendimento foi adotada pelo Supremo sem que antes fosse examinada a constitucionalidade do novo teor do art. 283 do CPP, introduzido em 2011, o qual estabeleceu a necessidade do trânsito em julgado da condenação como condição para que tenha lugar o início do cumprimento da pena de prisão³⁵

A incompatibilidade da decisão com a normatividade do artigo em questão traz a eminente necessidade da declaração de constitucionalidade ou não da norma

³⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) 43 e 44. Relator Min. Marco Aurélio, Pleno, julgado em: 05/10/2016. 2016-B. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754&caixaBusca=N>> Acesso em: 20 de novembro de 2018.

³⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) nº 43. Petição inicial. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=549829633&prclID=4986065>> Acesso em: 20 de novembro de 2018.

referida, de forma a uniformizar o entendimento da Corte sobre a questão com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante nos termos do artigo 102, §2º, da CF/88.

Subsidiariamente, o partido requisitou a aplicação de interpretação conforme a constituição, ao art. 283 CPP, de modo que sejam utilizadas as medidas cautelares previstas no art. 319 CPP em substituição à pena de prisão, até o julgamento final da ação. Requisitou também que fossem evitadas novas deflagrações de prisões em execução antecipada, e a suspensão daquelas que já tivessem sido declaradas sem o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Ao fim, pediu que a eventual pronúncia de inconstitucionalidade da norma produza efeitos *ex tunc*, a partir do definitivo julgamento do STF da ação de controle concentrado, abrangendo apenas decisões condenatórias produzidas após este fato. Solicitou também que seja reabilitada a incidência do art. 637 CPP aos recursos que sirvam de impugnação de decisões que impõem pena de prisão, sendo conferido efeito suspensivo aos recursos especiais analisados pelo STJ, negando-se tal efeito aos recursos extraordinários a serem apreciados pelo STF.

A ADC nº 44³⁶ foi proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados sob a alegação de que o art. 283 CPP encontra-se umbilicalmente ligado ao art. 5º inciso LVII da CF/88, e que a decisão questionada teria levantado controvérsias jurisprudenciais quanto a execução antecipada da pena, ameaçando a segurança jurídica.

Aliado a este discurso, o CFOAB aduz em sua exordial que apesar da decisão vergastada não ter eficácia vinculante os Tribunais do país poderiam passar a ter o mesmo entendimento, gerando decisões em desrespeito ao art. 238 CPP em violação a cláusula de reserva do plenário (art. 97 CF/88³⁷) e a súmula vinculante nº 10³⁸.

³⁶BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) nº 44. Petição inicial. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=550426029&prcID=4986729#>> Acesso em 20 de novembro de 2018.

³⁷ “Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público” (BRASIL, 1988).

³⁸ “Súmula Vinculante n. 10 – Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei

Ao final, requereu cautelarmente a suspensão da execução antecipada da pena de todos os casos julgados por órgãos fracionários de Segunda Instância, com base no HC 126.292/SP, por ignorarem o disposto no artigo 283 do Código de Processo Penal, ao qual se presume a sua constitucionalidade. No mérito, requisitou a declaração de constitucionalidade do art. 283 CPP por estar perfeitamente em conforme com a redação do art. 5º inciso LVII da CF/88, atribuindo-lhe eficácia *erga omnes* e efeito vinculante.

O ministro Marco Aurélio, relator de ambas as ADCs 43 e 44, determinou o apensamento das ações por entender que haveria uma identidade entre os pedidos³⁹, visto que objetivam a declaração da constitucionalidade de um mesmo artigo por fundamentos semelhantes. Deste modo, ambas as ações aguardam a sua inclusão na pauta de julgamento em conjunto.

Em sede de julgamento das medidas cautelares pleiteadas, para uma melhor abordagem metodológica, irá ser feita uma análise dos três votos preponderantes. O do relator Ministro Marco Aurélio, que foi a favor da concessão da liminar, o do Ministro Edson Fachin, que abriu a divergência pela denegação da concessão e o do Ministro Dias Toffoli que concorda em partes com a denegação da liminar e representa um voto intermediário.

O relator proferiu voto com argumentação semelhante à que utilizou no julgamento do *habeas corpus*: a literalidade do preceito constitucional não deixa margem de dúvidas para que a constatação de culpa só ocorra em última instância. Destaca-se seguinte trecho do voto:

O dispositivo não abre campo a controvérsias semânticas. A Carta Federal consagrou a excepcionalidade da custódia no sistema penal brasileiro, sobretudo no tocante à supressão da liberdade anterior ao trânsito em julgado da decisão condenatória. A regra é apurar para, em execução de título judicial condenatório precluso na via da recorribilidade, prender⁴⁰

ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte” (BRASIL, 2008).

³⁹ Art. 77-B. Na ação direta de inconstitucionalidade, na ação direta de inconstitucionalidade por omissão, na ação declaratória de constitucionalidade e na arguição de descumprimento de preceito fundamental, aplica-se a regra de distribuição por prevenção quando haja coincidência total ou parcial de objetos. (Atualizado com a introdução da Emenda Regimental 34/2009).

⁴⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Relator vota pela concessão de liminar para afastar execução da pena antes do trânsito em julgado Relator Min. Marco Aurelio, Pleno, julgado em: 05/10/2016.

O ministro admite que a prisão antes do trânsito em julgado é caso de exceção, e só poderá ocorrer de acordo com os requisitos previstos no art. 312 CPP os quais são: a 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.

Afirma o descabimento de argumentações metajurídicas para servirem de subversão a garantia constitucional cujos contornos não poderiam ser ponderados, mas sim assegurados pelo Supremo.

Fundamenta que a disposição constitucional não foi escrita por acaso, de modo que é necessária para salvaguardar a liberdade em tempos de inversão da ordem natural do processo, onde a prisão vem antes da investigação, sem considerar a possibilidade de reversão ou atenuação da condenação em instâncias superiores.

Diante do perigo da demora e da probabilidade do direito, vota pela concessão da liminar, reconhecendo a constitucionalidade do art. 283 CPP, autoriza a suspensão da execução provisória da pena cuja a decisão não tenha transitado em julgado, com a liberação dos encarcerados, salvo se aplicáveis os requisitos do art. 312 do CPP.

Abrange o pedido sucessivo, formulado na ADC nº 43, no sentido de aplicar analogicamente medidas alternativas a custódia dispostas no art. 319 CPP quanto a acusado cuja decisão condenatória não tenha alcançado a preclusão maior.

Ao fim, destaca o alto grau de reversão de sentenças penais condenatórias no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, citando que a “taxa média de sucesso dos recursos especiais em matéria criminal variou, no período de 2008 a 2015, entre 29,30% e 49,31%”. Com isso destaca a função do STJ como intérprete definitivo da legislação penal, atuando como agente uniformizador da legislação

infraconstitucional afetando os juízos de culpabilidade mesmo sem revolver fatos e provas.

A divergência é aberta pelo ministro Edson Fachin, que vota pelo indeferimento da cautelar, iniciando sua argumentação pela referência do princípio da proteção estatal deficiente, que fora invocado diversas vezes pela Corte para salvaguardar direitos fundamentais mediante declaração de inconstitucionalidade de normas que impeçam a sua proteção penal.

Cita a crítica feita por organismos internacionais sobre a falta de efetividade na proteção de direitos humanos prestada pelo sistema básico da justiça brasileira, invocando o caso de Maria da Penha que sofreu diversos abusos e tentativas de homicídio pelo seu cônjuge, e após 17 anos da data dos fatos, mesmo com a denúncia oferecida pelo Ministério Público, não sobreveio sentença condenatória. A aproximação da prescrição do feito mobilizou a Comissão Interamericana de Direitos Humanos a condenar o Brasil em uma série de medidas que culminaram com a edição da Lei nº 11.340/2006.

Pretende o ministro, com esta argumentação, rechaçar as afirmações que o STF tenha sucumbido aos anseios de uma sociedade punitivista, negando que o entendimento firmado no HC 126.292/SP esteja relacionado a um endurecimento da punitividade dos crimes de “colarinho branco”, referindo que as mudanças foram uma retomada de entendimento pautado antes de 2009 desde a promulgação da CF/88.

Reafirma seu voto, não considerando o contraste direto do seu posicionamento com o art. 283 do CPP, pelo entendimento de que pelo conflito entre normas “prevaleceria a regra do efeito meramente devolutivo dos recursos especial e extraordinário, dada a vigência posterior dos arts. 995 e 1.029, § 5o, ambos do CPC/15”

Afirma que os limites do “trânsito em julgado” trazidos pelo art. 5º inciso LVII da CF/88 não estão sendo transpostos pela própria função que a Carta atribuiu aos Tribunais Superiores de estabilizadores da interpretação de normas infraconstitucionais e constitucionais.

No tocante a irretroatividade do entendimento jurisprudencial prejudicial, entende que tais regras apenas se aplicam a leis penais em abstrato, e não a jurisprudência, que aplica-se de forma excepcional, quanto a ilicitude do fato.

O ministro Dias Toffoli foi o único votante a assumir uma posição intermediária sobre a questão.⁴¹ Afirma que na decisão do HC 126.292 votou com a maioria, porém em sede de ação de controle de constitucionalidade terá a oportunidade de tecer maiores reflexões sobre a questão.

Inicia seu voto invocando a doutrina de Rodrigo Capez⁴², que conclui da combinação das garantias do art. 5º da Constituição aplicadas à prisão (LIV, LVII, LXI, LXV)⁴³ que a liberdade constitui-se como regra. A partir dessa premissa, o ministro aduz que “o princípio constitucional da presunção de inocência se concretiza como norma probatória, norma de juízo e norma de tratamento”.

Adota a sua posição de acordo com a projeção da presunção da inocência como norma de tratamento, reconhecendo a proibição de que o imputado seja tratado no curso do processo penal como culpado.

⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade 43/DF. Requerente: Partido Ecológico Nacional. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 05 out. 2016, Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/VotoADCs43e44MinDiasToffoli.pdf>>. Acesso em: 24 de novembro de 2018

⁴² CAPEZ, Rodrigo. A individualização da medida cautelar pessoal no processo penal brasileiro. São Paulo, 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) Universidade de São Paulo apud BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade 43/DF. Requerente: Partido Ecológico Nacional. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 05 out. 2016, p. 5. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/VotoADCs43e44MinDiasToffoli.pdf>>. Acesso em: 24 de novembro de 2018.

⁴³ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988; Art. 5. LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;

LXV - a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária;

LXVI - ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança;. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 24 de novembro de 2018.

Afirma que o art. 283 do CPP limita-se a densificar os dispositivos constitucionais que classificam a liberdade como regra e a prisão, como exceção, afirmando que a sua compatibilidade com o disposto na Carta Magna é inequívoca.

Ademais, observa que a prisão-pena, imposta pelo Estado após a persecução penal é sanção imposta pelo Estado, que tem como requisito essencial o trânsito em julgado da condenação com a formação da coisa julgada penal (p. 9):

Trânsito em julgado, portanto, significa que se tornaram imutáveis os efeitos da sentença condenatória, pela preclusão ou pelo exaurimento do legítimo exercício do direito à interposição dos recursos cabíveis – sublinhe-se “legítimo”, para bem estremá-lo do ilegítimo, enquanto abusivo ou procrastinatório

Logo, conclui que a execução antecipada da pena, por tratar o imputado como culpado antes da condenação definitiva, violaria o princípio da presunção da inocência como norma de tratamento, pouco importando se o efeito dos recursos extraordinários supervenientes seja meramente devolutivo ou suspensivo.

Por outro viés, questionando-se sobre a busca de uma solução mais adequada concebe que há a possibilidade de se interpretar o trânsito em julgado “como exigência de certeza na formação da culpa”, o que ocorreria a partir do momento em que corrigidas “as ilegalidades de cunho meramente individual”. Atribui o exame da justiça ou da injustiça das decisões como atributo de entendimento do STJ, que, após realizar juízos sobre a tipicidade, a antijuridicidade da conduta e a culpabilidade do agente, dará a certeza da formação da culpa.

Sobre a efetividade da jurisdição penal, acredita que não seriam cabíveis as supressões de direitos fundamentais, e que existem outros métodos para coibir o abuso do direito de recorrer.

Finaliza com voto pela parcial concessão da medida, de forma a suspender todas as ordens de prisão com pendência de recurso especial (REsp) e agravo em recurso especial (AREsp) que tenham os mesmos fundamentos do recurso posto no HC 126.292/SP e se obstando a deflagração de novas execuções provisórias em que pendentes os mesmos recursos.

A decisão do pleno foi pela não concessão das medidas cautelares pleiteadas, por 6 votos a 4, ressalvado o voto do ministro Dias Toffoli que votou pelo parcial acolhimento dos pedidos.

Observa-se que o posicionamento adotado pelos ministros foi semelhante ao do julgamento do HC 126.292/SP, considerado atualmente como o novo paradigma jurisprudencial a favor da flexibilização da presunção da inocência, pela admissão da possibilidade de execução antecipada da pena.

3.3 Do HC 152.752/PR

A discussão sobre os limites impostos pelo princípio da presunção da inocência, em relação ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória e da execução após condenação em segunda instância, foi retomada devido a intensa repercussão gerada na decisão do HC 152.752 do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva.

Apesar da decisão pela denegação da ordem ter se alinhado com o posicionamento majoritário firmado pelos ministros no HC 126.292/SP e no julgamento das medidas cautelares das ADCs nº 43 e 44, restam diversas controvérsias levantadas pela doutrina sobre o caso.

Lênio Streck⁴⁴ tece uma fervorosa crítica a respeito da pauta deste habeas corpus ter sido anterior à do julgamento das ações declaratórias de constitucionalidade 43 e 44. Isto porque, a decisão tomada em controle concentrado de constitucionalidade traria maior segurança jurídica ao mérito da possibilidade ou não de execução da pena após a segunda instância.

O posicionamento da Ministra Carmen Lúcia, Presidente do STF, pela pauta no Plenário do HC 152.752 antes das ações de controle concentrado teria causado certa perplexidade ao Ministro Marco Aurélio, que apontou o fato de que a maioria do tribunal sinalizava pela inconstitucionalidade da execução provisória da pena *in abstracto*, apesar do resultado pela denegação da ordem pleiteada no caso concreto.

⁴⁴ STRECK, Lênio. **O STF, sete erros... e um destino! E meu prognóstico, do qual discordo!**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-abr-09/streck-stf-erros-destino-meu-prognostico-qual-discordo>>. Acesso em: 28 de novembro de 2018.

José Afonso da Silva⁴⁵ em parecer formulado a favor do paciente, sustenta posicionamento contrário a execução da pena em segundo grau. Quanto a presunção da inocência afirma que trata-se de princípio, não de regra, e que portanto, quanto objeto de ponderação em confronto com a efetividade da norma penal e outros bens jurídicos diversos alegados pelos ministros, a prevalência seria evidentemente do princípio constitucional.

Ainda afirma que tal princípio é postulado diretamente pela Constituição Federal por meio do art. 5º inciso LVII, como garantia constitucional, que deve ser aplicada em seu inteiro teor pelo fato que admitir a prisão do condenado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, significaria a decretação de sua culpabilidade de forma antecipada.

O julgamento do HC 152.752 ocorreu no dia 04 de abril de 2018⁴⁶, pelo Plenário do STF, com o resultado final pela denegação da ordem por 6 votos a 5. De modo a facilitar a abordagem metodológica, novamente, serão analisados apenas os votos preponderantes em relação ao acórdão.

O relator, ministro Edson Fachin (p. 84), posicionou-se de forma semelhante ao entendimento adotado no julgamento do HC 126.292/SP, desconsiderando a ocorrência de ato coator pelo STJ ao denegar a ordem em decisão monocrática, por esta coadunar com o posicionamento sedimentado pela Suprema Corte em relação a possibilidade de prisão após acórdão que confirma a condenação e encerra as instâncias ordinárias.

O ministro Gilmar Mendes (p. 107), abriu divergência parcial ao relator, modificando o seu entendimento em relação a questão exarada no habeas corpus paradigma. Explica que diversos tribunais vêm adotando a execução antecipada da pena, resultando em encarceramentos precoces e indevidos, que muitas vezes são suplantados pela absolvição ou extinção de punibilidade pelo STJ.”

⁴⁵ SILVA, José Afonso da. **Parecer sobre a prisão após condenação em segundo grau**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/afonsa-silva-defende-transito-julgado.pdf>> Acesso em 28 de novembro de 2018.

⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 152.752/PR. Paciente: Luiz Inácio Lula da Silva. Impetrante: Cristiano Zanin Martins e Outros. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília, 04 abril 2018. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=314692762&ext=.pdf>>. Acesso em 27/11/2018.

Portanto, manifesta-se a favor da concessão da ordem para que o eventual cumprimento da pena seja concretizado após o julgamento pelo STJ, adotando posicionamento semelhante ao do ministro Dias Toffoli em sede do julgamento das medidas cautelares às ADCs nº 43 e 44.

Considera que desta forma seria possível demarcar uma maior segurança jurídica, pelo fato de haver remota possibilidade de reforma da decisão destes recursos por decorrência de reanálises fáticas ou de aspectos relativos à qualidade e quantidade da pena.

O ministro Luís Roberto Barroso inicia o seu voto (p. 161) proclamando ser indiferente ao fato do paciente do habeas corpus ser ou não um ex-presidente da república, afirmando que a discussão está limitada ao reconhecimento da aplicação da jurisprudência fixada pelo STF em 2016 no caso em questão, ou não.

Com isso, tece o seu entendimento favorável a execução da pena após condenação em segunda instância, pautado na tese de que haveria ocorrido uma mutação constitucional do entendimento do Supremo em relação à norma constitucional do art. 5º LVII nos últimos julgados.

Sustenta que esta mudança de orientação foi motivada por diversos impactos negativos trazidos pela antiga interpretação adotada pelo Supremo desde 2009, como o reforço a seletividade do sistema punitivo culminando com o descrédito do sistema de justiça penal pela sociedade, pelas frequentes prescrições e pela demora nas punições.

Ao final, vota pela denegação da ordem por não observar nenhum ato coator na decisão monocrática proferida pelo STJ, que estaria de acordo com a jurisprudência atual do Supremo sobre a questão.

Considerado um dos mais emblemáticos dos votos, a ministra Rosa Weber (p. 187), expressa significativa mudança de entendimento ao pronunciar-se pela denegação do habeas corpus.

Invoca em sua fundamentação o princípio da colegialidade, que impõe aos julgadores uma uniformização de entendimento, em procedimento decisório distinto daquele adotado pelo juiz singular. Destaca-se trecho do voto (p. 198-199):

Em resumo, compartilho da visão de que os juízes, individualmente considerados, de uma Corte Constitucional estão a serviço de um propósito institucional. O incremento da cultura constitucional e da legitimidade da jurisdição constitucional no corpo social e dos demais atores institucionais da democracia deve ser fomentado, precipuamente, por este Supremo Tribunal Federal

Portanto, apesar do claro reconhecimento de que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmada em 2016 sobre a questão não estaria dotada de efeito vinculante, como em julgamento de ações de controle concentrado, afirma que o requisito da repercussão geral para a jurisdição constitucional eleva esse entendimento a um precedente da Corte que deve orientar as demais interpretações sobre a matéria.

Assim, finaliza o seu voto reafirmando que o tema da possibilidade ou não de execução da sentença condenatória após condenação em segundo grau deve ser revisitado em sede de ação de controle concentrado, de modo a garantir a segurança jurídica sobre a correta interpretação do art. 5º LVII da CF/88.

O ministro Ricardo Lewandowski (p. 319), inicia o seu voto afirmando que as constituições modernas, fruto das revoluções liberais do séc. XVIII, nasceram dotadas de uma expressiva rigidez para conter os comandos absolutos dos governantes, mas que logo se percebeu que tais constituições não poderiam permanecer estáticas, pela eminente necessidade de adaptação à realidade social que está sujeita a diversas transformações.

Com isto, adentra a conceituação do fenômeno da mutação constitucional, em suas modalidades formal e informal, ressaltando que tal incidente jamais poderá vulnerar os valores fundamentais que são sustentação a própria constituição.

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu proteção especial a estes valores por meio das chamadas cláusulas pétreas (art. 60 §4º) salvaguardando as garantias individuais fundamentais no inciso IV, onde encaixa-se o princípio da presunção da inocência concebido pelo art. 5º inciso LVII.

Por este viés, constrói a sua linha de argumentação no sentido da impossibilidade de minimizar o princípio da presunção da inocência, sendo vedado até mesmo aos legisladores tal alteração por meio do poder constituinte derivado através da edição de emendas constitucionais.

Assim, afirma que os juízes estão limitados a atividade de interpretação e aplicação dos dispositivos constitucionais, sendo perigoso a flexibilização de garantias fundamentais em nome do combate à corrupção e a impunidade.

Dispõe sobre a clareza e a literalidade do disposto pela norma constitucional e pelos art. 283 do CPP e 105 c/c 107 da LEP que trazem termos relativos ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória como condição inerente ao início do cumprimento da pena privativa de liberdade, de acordo com a vontade do constituinte originário. Destaca-se trecho (p. 331):

Ademais, foi opção do constituinte originário de 1998 exigir o trânsito em julgado da decisão condenatória, ao invés do esgotamento do duplo grau de jurisdição, para considerar o acusado “culpado” pelo cometimento de um crime. Nesse sentido, ainda que o sistema do duplo grau de jurisdição seja adotado em outros países, o Estado brasileiro é soberano em suas escolhas políticas e jurídicas.

Para ele, as decisões do TRF-4 e do STJ que admitem a execução provisória da pena são eivadas de ilegalidade pela falta de fundamentação adequada e motivação. Além disso, chamou atenção para o fato de que o Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF-4) não apenas manteve a condenação de Lula, como agravou a pena imposta pelo juízo *a quo*.

O ministro traça um paralelo com o Direito Civil, afirmando que em caso de reforma da sentença condenatória, não seria possível restituir a liberdade de alguém preso ilegalmente, como ocorreria em relação aos direitos patrimoniais.

Portanto, vota pela concessão da ordem, para que o paciente aguarde até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, posicionamento semelhante ao adotado pelo ministro Marco Aurélio em seu voto.

Os ministros Alexandre de Moraes e Carmen Lúcia seguem o relator de forma a denegar a ordem pleiteada. Já o ministro Dias Toffoli adota posição intermediária e vota pela concessão da ordem até o julgamento de recursos pelo STJ, como Gilmar Mendes. Por fim, o ministro Celso de Mello adota posição semelhante a do julgamento do acórdão paradigma, e vota pela concessão da ordem até o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Mesmo diante de algumas modificações de posicionamento dos ministros - Rosa Weber e Gilmar Mendes - conclui-se que o julgamento do HC 152.752-PR se deu pelos mesmos fundamentos e moldes adotados anteriormente no acórdão do HC 126.292/SP e das ADCs 43 e 44 de modo a flexibilizar o princípio da presunção da inocência quanto a possibilidade do cumprimento antecipado da pena antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

Paulo Roberto Incott Júnior e Paulo Silas Taporosky Filho em seu trabalho já anteriormente citado⁴⁷, desenvolvem uma crítica à flexibilização do STF da garantia da presunção da inocência adotando como ponto de partida a impossibilidade de sua ocorrência pela terminologia utilizada em nossa Constituição que não deixa “lacunas” para interpretação diversa.

Assim, estudam os argumentos utilizados pelos ministros na fundamentação da mudança de paradigma, como a necessidade de constrição de recursos meramente protelatórios, a efetivação da punibilidade dos crimes de colarinho branco, a ineficácia dos recursos extraordinários em matéria penal, desconstruindo-os um a um para afirmar que (p. 71):

Parece ter ficado claro que não há via hermenêutica compatível com a Constituição da República, os tratados e convenções internacionais ratificados pelo país e as bases do Estado Democrático de Direito que permitam uma conclusão no sentido que a decisão tenha se mostrado adequada a estas estruturas elementares, condicionantes a limite a que estão sujeitos os acórdãos do Supremo Tribunal Federal

Isto porque soa cristalina a intenção do constituinte em limitar o esvaziamento da presunção da inocência com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, que representa o marco final da persecução penal no Brasil.

A confirmação do legislador infraconstitucional pela edição dos art. 283 CPP e 105 c/c 107 da Lei de Execuções Penais, como trazido pelo ministro Ricardo Lewandowski em seu voto, deixa de forma clara e objetiva o momento processual

⁴⁷ INCOTT JR., Paulo Roberto; TAPOROSKY FILHO, Paulo Silas. Relativização da presunção de inocência: a decisão do STF no HC 126.292/S. In: COELHO, Luiz Fernando (coord.); KRIEGER, Olga Maria (org.); TAPOROSKY FILHO, Paulo Silas (org.). **Hard Cases: argumentação jurídica em casos difíceis**. Curitiba: Instituto Memória, 2018.

em que se encerra este postulado, não se tratando de avaliar a possibilidade de aplicação de efeitos suspensivos ou não aos recursos posteriores à segunda instância.

Mesmo considerando a possibilidade de polissemia dos termos utilizados pelos legisladores, impossível alterar o marco da presunção da inocência por ponderações principiológicas pois a matéria está determinada de modo textualmente inequívoco.

O ministro Luis Roberto Barroso, paradoxalmente, apesar de adotar uma decisão favorável a relativização do princípio da presunção da inocência, escreveu em sua obra a respeito dos limites impostos pelo legislador aos juízes e tribunais em sua criatividade (p. 444)

O reconhecimento de que juízes e tribunais podem atuar criativamente em determinadas situações não lhes dá autorização para se sobreponem ao legislador, a menos que este tenha incorrido em inconstitucionalidade. Vale dizer: havendo lei válida a respeito, é ela que deve prevalecer. A preferência da lei concretiza os princípios da separação dos poderes, da segurança jurídica e da isonomia.⁴⁸

O amplo debate trazido pelo julgamento do presente habeas corpus se deu por uma nova hermenêutica que ultrapassa os limites do Supremo Tribunal Federal como órgão julgador, o que nos faz questionar quais os limites do ativismo judicial diante do Estado Democrático de Direito.

Ante a possibilidade teórica do ativismo judicial como balizador das transformações sociais as quais o legislador não consegue acompanhar pela natureza da sua atividade, é necessária a ponderação sobre a adequação das decisões tomadas para que não sejam feridos direitos e garantias fundamentais historicamente conquistados.

⁴⁸ BARROSO, Luis Roberto. **Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo. São Paulo. Saraiva: 2011.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O ativismo judicial ainda não encontra definição uniforme pela doutrina por tratar-se de instituto relativamente novo no Brasil, que pela sua tradição, está imerso no sistema *civil law* assim como os países germânicos.

Todavia, a delimitação dos critérios de interpretação, e da liberdade criativa dos julgadores é um tema iminente para a doutrina constitucional brasileira visto os recentes julgados do Supremo Tribunal Federal que indicam um avanço do ativismo judicial em matérias de grande repercussão.

Isto porque, como observado durante o curso deste trabalho, é possível identificar diversos fatores para a impulsão do ativismo judicial no Brasil, como a fragilidade do sistema representativo em responder às expectativas sociais a ele colocadas, o fenômeno da judicialização da política e a própria imensa gama de atribuições do Supremo, que hoje é responsável por emitir a última palavra sobre questões de natureza constitucional, assim como o fez com o princípio da presunção da inocência.

O Supremo Tribunal Federal ao proferir decisão favorável a execução antecipada da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, marco final do princípio da presunção da inocência definido pelo constituinte no art. 5º inciso LVII, objetiva atender a demanda social que clama contra a crescente taxa de criminalidade nos alto escalão da República, pelos crimes de “colarinho branco”.

A questão da impunidade, da seletividade do processo penal aliada a possibilidade de interposição de diversos recursos protelatórios a fim de impossibilitar o efetivo trânsito em julgado na sentença penal condenatória, acarretando muitas vezes na ocorrência da prescrição da ação penal, foi adotada por diversos ministros em sua fundamentação pela mudança de paradigma com destaque ao ministro Luis Roberto Barroso.

Apesar de não ser conferido efeito vinculante a tais decisões tomadas em sede de julgamento de *habeas corpus*, aqui demonstrados pelos acórdãos analisados dos HCs 126.292-SP e o recente 157.752-PR do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, verifica-se formado importante precedente jurisprudencial da

Suprema Corte em relação a matéria, ressalvadas as divergências apontadas pelos ministros Ricardo Lewandowski e Celso de Mello.

Tem-se que tais entendimentos apenas serão consolidados e pacificados, com a produção de efeitos *erga omnes* a partir do julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44, de relatoria do ministro Marco Aurélio, que ainda aguardam a sua inclusão em pauta de julgamento.

Enquanto isto, o cenário é favorável a execução antecipada da pena, apesar do surgimento de diversos embates teóricos acerca desta possibilidade jurídica e da eficácia social desta medida ainda bastante questionada pela doutrina e jurisprudência.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luis Roberto. **Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo. São Paulo. Saraiva: 2011.

_____. Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito**: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. Revista da Procuradoria Geral do Estado. São Paulo: Centro de estudos da PGE, 2006.

BOBBIO, Norberto Apud. FERRAJOLI, Luigi **Derecho y razón: teoría del garantismo penal**. Trotta,, 1998.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) 43 e 44. Relator Min. Marco Aurélio, Pleno, julgado em: 05/10/2016. 2016-B. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754&caixaBusca=N>> Acesso em: 20 de novembro de 2018

_____. Supremo Tribunal Federal. Relator vota pela concessão de liminar para afastar execução da pena antes do trânsito em julgado Relator Min. Marco Aurelio, Pleno, julgado em: 05/10/2016. 2016-B. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=324393&caixaBusca=N>> Acesso em 20 de novembro de 2018.

_____. Código de Processo Penal. Decreto Lei n. 7.210, de 3 de outubro de 1941. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 20 de novembro de 2018.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 24 de novembro de 2018.

_____. Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm>. Acesso em: 20 de novembro de 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 126.292/SP. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Impetrante: Maria Claudia de Seixas. Relator: Min. Teori

Zavascki. Brasília, 17 fev. 2016, p. 18. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>.

Acesso em: 19 de novembro de 2018

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 152.752/PR. Paciente: Luiz Inácio Lula da Silva. Impetrante: Cristiano Zanin Martins e Outros. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília, 04 abril 2018. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=314692762&ext=.pdf>>.

Acesso em 27 de novembro de 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 84.078/MG. Paciente: Omar Coelho Vitor. Impetrante: Omar Coelho Vitor. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, 05 fev. 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ementa84078.pdf>>.

Acesso em 14 de novembro de 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade 43/DF. Requerente: Partido Ecológico Nacional. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 05 out. 2016, Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/VotoADCs43e44MinDiasTofoli.pdf>>. Acesso em: 24 de novembro de 2018.

BULOS, Uadi Lamêgo. **Mutação constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 1997.

_____. Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPEZ, Rodrigo. A individualização da medida cautelar pessoal no processo penal brasileiro. São Paulo, 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) Universidade de São Paulo apud BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade 43/DF. Requerente: Partido Ecológico Nacional. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 05 out. 2016, p. 5. Disponível em: <

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/VotoADCs43e44MinDiasTofoli.pdf>>. Acesso em: 24 de novembro de 2018

CAPPELLETTI, Mauro; DE OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. **Juízes legisladores?**. SA Fabris Editor, 1999.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes. 1993

DE CARVALHO, Ernani Rodrigues. **Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem**. São Paulo: Revista de sociologia e política, n. 23, 2004.

DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método. 2006

FERNANDEZ SEGADO, Francisco - La Obsolescencia de la Bipolaridad Tradicional (Modelo Americano - Modelo Europeo-Kelseniano) de los Sistemas de Justicia Constitucional). Porto Alegre: Revista Direito Público. Ano I - nº 2 – Out-Nov-Dez/2003.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais**. Osasco: EdiFIEO, 2015

INCOTT JR., Paulo Roberto; TAPOROSKY FILHO, Paulo Silas. Relativização da presunção de inocência: a decisão do STF no HC 126.292/S. In: COELHO, Luiz Fernando (coord.); KRIEGER, Olga Maria (org.); TAPOROSKY FILHO, Paulo Silas (org.). **Hard Cases: argumentação jurídica em casos difíceis**. Curitiba: Instituto Memória, 2018.

LOPES JR, Aury. **Prisões Cautelares**. Editora Saraiva 5ª edição. 2017

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. Baron de. **O espírito das leis**, v. 3, 2000.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: Parâmetros dogmáticos**. 4ª tiragem. São Paulo: Saraiva. 2014

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. Ed. São Paulo: Malheiros. 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Parecer sobre a prisão após condenação em segundo grau**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/afonsa-silva-defende-transito-julgado.pdf>> Acesso em 28 de novembro de 2018.

STRECK, Lênio. **O STF, sete erros... e um destino! E meu prognóstico, do qual discordo!**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-abr-09/streck-stf-erros-destino-meu-prognostico-qual-discordo>>. Acesso em: 28 de novembro de 2018;

TATE, C. N; VALLINDER, T. Why the Expansion of Judicial Power? In **The Global Expansion of Judicial Power**. New York : New York University. 1995.

VARALDA, Renato Barão. **Restrição ao princípio da presunção de inocência: prisão preventiva e ordem pública**. Fabris, 2007.

VILHENA VIEIRA, Oscar. Supremocracia. **Revista Direito GV**, v. 4, n. 2, 2008.

VON SAVIGNY, Friedrich Karl. **Metodologia jurídica**. Valletta, 2004.