**UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS**

**UNIDADE ACADÊMICA DE GRADUAÇÃO**

**CURSO DE DIREITO**

**LUIS FELIPE LEÃO SACCOL**

**UMA ANÁLISE DA DECISÃO LIMINAR NA ADC N.º44: ATIVISMO JUDICIAL, EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA E A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA A PARTIR DA CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO**

**SÃO LEOPOLDO**

**2018**

LUIS FELIPE LEÃO SACCOL

UMA ANÁLISE DA DECISÃO LIMINAR NA ADC N.º44:

Ativismo judicial, execução provisória da pena e a presunção de inocência a partir da Crítica Hermenêutica do Direito

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais, pelo Curso de Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS

Orientador: Prof. Dr. Lenio Luiz Streck

São Leopoldo

2018

**AGRADECIMENTOS**

Dedico esse pequeno espaço para aqueles que, de alguma forma, acompanharam meu caminhar durante cinco anos de graduação e para aqueles que colaboraram para a existência desta monografia.

Ao meu orientador, Lenio Luiz Streck, que tanto colaborou para meu crescimento como jurista, me auxiliando no decorrer da graduação e desta monografia.

Aos meus colegas Franklin Silveira, Aquiles Maciel, Ana Voges, Amanda Feltrin, Natália Klering, Mariana Oberlander, Karen Aline Fischer, Jaqueline Graesel, Fernanda Seefeld, Bruna Carniel e Taynara Arcerno que, desde o ano de 2013, quando começamos juntos essa longa trajetória, vieram me mostrando o significado de amizade e coleguismo.

Um agradecimento em especial aos meus colegas e bolsistas do Programa de Pós-Graduação da Unisinos Giovanna Dias, Felipe Anton Philipp, Frederico Pessoa, Thiago Fontavine e Ariel Moura pelo auxílio, tanto material quanto formal, e pela amizade ao longo do ano.

Um agradecimento especial aos meus colegas, que considero como membros da família, Guilherme Augusto Devargas e Aquiles Maciel, pela enorme parceria ao longo dos anos e por serem loucos o suficiente para iniciarem comigo um grande projeto.

Ao Me. Daniel Ortiz e a Dra. Clarissa Tassinari, pela inenarrável colaboração com este trabalho e às críticas construtivas ao longo do ano de 2018. Me espelho em vocês pelos grandes professores que são!

Aos demais membros do *Dasein – Núcleo de Estudos Hermenêuticos,* por terem, de uma forma ou de outra, contribuído com este trabalho.

Ao professor Guilherme Wunsch, por todos os votos de sucesso, orientações profissionais e por confiar no meu potencial, quando a grande maioria não o fez. Desconheço um profissional do ensino acima de ti!

Por fim, ao meu professor de Direito Penal André Luis Callegari, que despertou em mim o interesse por este ramo do Direito e que, mesmo que por pouco tempo, me acolheu em seu grupo de pesquisa na Unisinos.

**RESUMO**

A história constitucional brasileira é uma história de submissão. Nosso Supremo Tribunal Federal sofreu com o autoritarismo do Executivo Federal, sendo obrigado a sucumbir diante das imposições governamentais em diversos momentos da história, fato este que a partir do processo de redemocratização instaurado pela Constituição Federal de 1988 seria completamente modificado. Com uma Constituição com um extenso rol de direitos e garantias fundamentais, insta-se destacar a maior garantia contra os arbítrios que atentam contra a liberdade individual: a presunção de inocência, princípio este insculpido no texto constitucional no artigo 5º, inciso LVII. Todavia, no decorrer da história constitucional brasileira, a presunção de inocência foi interpretada das mais diversas formas, inclusive chegando a relativizar o próprio direito dos acusados em responder aos processos em liberdade. Novamente, no ano de 2016 com a decisão proferida no Habeas Corpus 126.291/SP, a presunção de inocência sofre um novo ataque. Foi através da Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 44 que se vem buscando a defesa dessa importante garantia individual, espelhada no Código de Processo Penal no artigo 283. Com o presente trabalho de conclusão de curso, pretende-se responder, dentre outras, as seguintes perguntas: a) como a presunção de inocência foi incorporada nas declarações e pactos internacionais? b) a presunção de inocência fez parte da história constitucional brasileira desde o início ou a constituição de 1988 foi pioneira em sua previsão? c) como o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça aplicaram a presunção de inocência ao longo dos anos? d) é possível a execução provisória da pena sem que se ofenda a presunção de inocência? e) em que consiste o ativismo judicial e qual a sua relação com a presunção de inocência e execução provisória da pena? f) Como a Crítica Hermenêutica do Direito apresenta respostas para o ativismo? O método utilizado no desenvolvimento do trabalho é o fenomenológico-hermenêutico, cuja matriz teórica se encontra nas teses de Martin Heidegger e Hans-Georg Gadamer, numa imbricação com a teoria integrativa de Ronald Dworkin, na linha da Crítica Hermenêutica do Direito desenvolvida por Lenio Luiz Streck. Os resultados até então encontrados são fruto das reuniões do grupo Dasein – Núcleo de Estudos Hermenêuticos, coordenado pelo professor orientador e de pesquisas bibliográficas e jurisprudenciais.

**Palavras-chave:** Execução provisória da pena, presunção de inocência, ativismo judicial, Processo Penal e Direito Constitucional.

SUMÁRIO

[1 INTRODUÇÃO 13](#_Toc532230979)

[2 PRIMEIRA PARTE: A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA COMO PRESSUPOSTO DE ANÁLISE A PARTIR DA CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO 14](#_Toc532230980)

[2.1 A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NA ORDEM INTERNACIONAL 14](#_Toc532230981)

[2.1.1 A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 14](#_Toc532230982)

[2.1.2 A Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 15](#_Toc532230983)

[2.1.3 O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966 16](#_Toc532230984)

[2.1.4 O Pacto de San José da Costa Rica de 1969 16](#_Toc532230985)

[2.2 A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NAS CONSTITUIÇÕES DO BRASIL 17](#_Toc532230986)

[2.2.1 A Carta Imperial do Brasil de 1824 17](#_Toc532230987)

[2.2.2 A Constituição da República do Brasil de 1891 19](#_Toc532230988)

[2.2.3 A Constituição Brasileira de 1934 22](#_Toc532230989)

[2.2.4 A Constituição Brasileira de 1937 23](#_Toc532230990)

[2.2.5 A Constituição Brasileira de 1946 25](#_Toc532230991)

[2.2.6 A Constituição Brasileira de 1967 28](#_Toc532230992)

[2.2.7 A Constituição Federal de 1988 29](#_Toc532230993)

[2.3 DA “EVOLUÇÃO” JURISPRUDENCIAL DO STF: DECISÕES PARADIGMÁTICAS REFERENTES A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA 30](#_Toc532230994)

[2.3.1 HC n.º43.364/Goiás – 09.08.1966 30](#_Toc532230995)

[2.3.2 Recurso Extraordinário n.º 86.297/SP – 17.11.76 31](#_Toc532230996)

[2.3.3 Recurso Extraordinário n.º 108.975/Paraná – 27.05.1986 32](#_Toc532230997)

[2.3.4 Habeas Corpus n.º 69172-2/Rio de Janeiro – 16.06.1992 32](#_Toc532230998)

[2.3.5 Ação Direta de Constitucionalidade nº 44 33](#_Toc532230999)

[2.3.5.1 Voto do Ministro Edson Fachin na ADC 43 e 44 33](#_Toc532231000)

[2.3.5.2 Voto do Ministro Roberto Barroso no que se refere a ADC 44 35](#_Toc532231001)

[2.3.5.2.1 Dos pedidos subsidiários 39](#_Toc532231002)

[2.3.5 Recurso Extraordinário n.º 591.054/SC – 17.12.2014 40](#_Toc532231003)

[2.4 A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO SISTEMA JURÍDICO PENAL BRASILEIROS: ASPECTOS TEÓRICOS 42](#_Toc532231004)

[2.4.1 O conceito de presunção de inocência: com a palavra, a doutrina 42](#_Toc532231005)

[2.4.2 Presunção de inocência: regra ou princípio? 44](#_Toc532231006)

[2.4.3 O Devido Processo (Legal) Penal 48](#_Toc532231007)

[2.4.3.1 Da equivocada importação civilista dos requisitos para medidas cautelares: por uma Teoria Geral do Processo Penal 48](#_Toc532231008)

[2.4.3.2 Da instrumentalidade processual: um processo como um caminho necessário para se chegar a pena 49](#_Toc532231009)

[2.4.3.3 Da necessidade do trânsito em julgado para a execução da pena: afinal, quando podemos falar em trânsito em julgado? 50](#_Toc532231010)

[2.5 A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA 51](#_Toc532231011)

[2.5.1 Julgamentos paradigmáticos no Superior Tribunal de Justiça acerca da execução provisória da pena 51](#_Toc532231012)

[2.5.1.1 Recurso de Habeas Corpus 2306/SP – 25.11.92 51](#_Toc532231013)

[2.5.1.2 Habeas Corpus 1714/SP – 23.03.93 51](#_Toc532231014)

[2.5.1.3 Recurso de Habeas Corpus 4624/SP – 20.06.95 52](#_Toc532231015)

[2.5.1.4 Habeas Corpus 2846/MG - 05.09.95 53](#_Toc532231016)

[2.5.1.5 Habeas Corpus 6209/SP – 27.10.97 53](#_Toc532231017)

[2.5.1.6 Habeas Corpus 8420/SP – 18.05.99 54](#_Toc532231018)

[2.5.1.7 Habeas Corpus 11880/SP – 08.06.00 54](#_Toc532231019)

[2.5.1.8 Habeas Corpus 25310/RS – 26.10.04 55](#_Toc532231020)

[2.5.1.9 Habeas Corpus 72726/SP – 20.11.07 56](#_Toc532231021)

[2.5.1.10 Habeas Corpus 104185/SC – 09.12.08 56](#_Toc532231022)

[2.5.1.11 Habeas Corpus 122191/RJ – 14.04.09 57](#_Toc532231023)

[2.5.1.12 Habeas Corpus 182221/SP – 03.02.11 58](#_Toc532231024)

[2.5.1.13 Habeas Corpus 337380/SP – 17.12.15 58](#_Toc532231025)

[2.5.1.14 Habeas Corpus 385295/RS – 09.03.17 59](#_Toc532231026)

[2.5.2 Julgamentos paradigmáticos no Supremo Tribunal Federal acerca de execução provisória da pena 59](#_Toc532231027)

[2.5.2.1 Habeas Corpus 59757/MG – 11.05.1982 60](#_Toc532231028)

[2.5.2.2 Recurso de Habeas Corpus 64749/SP – 03.02.87 60](#_Toc532231029)

[2.5.2.3 Habeas Corpus 68037/RJ – 10.05.1990 60](#_Toc532231030)

[2.5.2.4 Habeas Corpus 70351/RJ – 23.03.1994 61](#_Toc532231031)

[2.5.2.5 Recurso Ordinário em Habeas Corpus 79972/SP – 22.02.00 61](#_Toc532231032)

[2.5.2.6 Habeas Corpus 83584/SP – 16.12.03 62](#_Toc532231033)

[2.5.2.7 Habeas Corpus 89952/MG – 15.05.07 62](#_Toc532231034)

[2.5.2.8 Habeas Corpus 91183/SP – 12.06.07 62](#_Toc532231035)

[2.5.2.9 Habeas Corpus 91232/PE – 06.11.07 63](#_Toc532231036)

[2.5.2.10 Habeas Corpus 84078/MG – 05.02.09 63](#_Toc532231037)

[2.5.2.11 Habeas Corpus 126292/SP – 17.02.2016 64](#_Toc532231038)

[2.5.3 Análise da decisão do Ministro Relator Teori Zavascki no Habeas Corpus 126.292/SP 65](#_Toc532231039)

[2.5.4 Da (in)constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal: Críticas à decisão liminar na ADC 44 68](#_Toc532231040)

[2.5.5 A (ir)retroatividade da jurisprudência *in malam partem*: aproximações dogmáticas 70](#_Toc532231041)

[2.5.6 A Prescrição da Pretensão Executória da pena como medida de Extinção da Punibilidade do agente 72](#_Toc532231042)

[3 SEGUNDA PARTE: O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O ATIVISMO JUDICIAL A PARTIR DA CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO 74](#_Toc532231043)

[3.1 ORIGENS: OS ESTADOS UNIDOS DA AMERICA COMO PRECURSOR DO TERMO “ATIVISMO JUDICIAL” 75](#_Toc532231044)

[3.1.1 O caso Marbury vs Madison 76](#_Toc532231045)

[3.1.2 O caso Dred Scott vs Sandford 77](#_Toc532231046)

[3.1.3 O caso Lochner vs New York 78](#_Toc532231047)

[3.1.4 Do conceito de Ativismo Judicial 79](#_Toc532231048)

[3.2 O ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL 82](#_Toc532231049)

[3.2.1 O controle de constitucionalidade antes da constituição de 1988 82](#_Toc532231050)

[3.2.1.1 O Supremo Tribunal na história constitucional brasileira: um passado de submissão e opressão política 84](#_Toc532231051)

[3.2.2 O controle de constitucionalidade após da constituição de 1988 no que tange à Ação Declaratória de Constitucionalidade 87](#_Toc532231052)

[3.2.2.1 Legitimidade 87](#_Toc532231053)

[3.2.2.2 Requisitos para a propositura 87](#_Toc532231054)

[3.2.2.3 Objeto 88](#_Toc532231055)

[3.2.2.4 Medida cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade 88](#_Toc532231056)

[3.2.2.5 Da decisão 89](#_Toc532231057)

[3.2.2 O avanço do ativismo no Supremo Tribunal Federal: quais seriam os motivos? 90](#_Toc532231058)

[3.2.3 O Ativismo Judicial a partir da Crítica Hermenêutica do Direito 92](#_Toc532231059)

[3.3 O ATIVISMO JUDICIAL, A ADC N.º 44 E O FATOR HUMPTY DUMPTY NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO: PODE O JUIZ DAR À LEI O SENTIDO QUE BEM ENTENDER? 95](#_Toc532231060)

[CONCLUSÃO 100](#_Toc532231061)

[REFERÊNCIAS 102](#_Toc532231062)

**[[1]](#footnote-1)**

*“Eles podem tirar nossas vidas, mas nunca poderão tirar nossa liberdade”.*

[William Wallace, em “Coração Valente](https://www.pensador.com/autor/william_wallace_em_coracao_valente/)”.

# 1 INTRODUÇÃO

O artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal não é a presunção de inocência. Essa frase pode nos causar estranho, tendo em vista a obviedade do texto constitucional em transmitir o seu mandamento.

René Magritte fez uma afirmação semelhante a esta, qual seja, “isto não é um cachimbo” e, logo acima de tal afirmação, o desenho de um cachimbo. Evidentemente, o desenho de um cachimbo não é um cachimbo, mas apenas a representação de um cachimbo.

Todavia, não tratamos aqui no desenho de um cachimbo e nem de cachimbos, e sim do texto de uma Constituição oriunda de um passado de autoritarismo por parte do Poder Executivo Federal e submissão, em grande parte, da Suprema Corte brasileira.

A questão que fica é a seguinte: pode um magistrado atribuir um sentido diferente a um texto legal quando bem lhe entender? Qual o limite interpretativo imposto ao Poder Judiciário?

Se as respostas para tais perguntas forem, respectivamente, sim e não há limites, então, sim, afinal, devo mudar a frase que está colocada abaixo do desenho da constituição federal para *“la loi est ce que le magistrat veut qu’il soit”*(a lei é o que o magistrado quer que seja).

Com esta breve introdução, introduzo a problemática do meu trabalho de conclusão de curso. Este trabalho está estruturado em duas partes. A primeira, em será analisada a presunção de inocência a partir da sua origem para, logo

após, ser analisada a execução provisória da pena, tema que voltou a ter

relevância a partir da Ação Declaratória n.º 44.

Na segunda parte, dediquei meus estudos para o fenômeno do ativismo judicial, aporte teórico que foi recepcionado de maneira acrítica dos tribunais americanos e que acabou por estimular o protagonismo judicial e a discricionariedade.

Assim, iniciarei analisando a origem do ativismo judicial, partindo para a sua conceituação e, logo após, uma verificação do ativismo judicial no Brasil. Finalizarei analisando a questão da Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 44 e o ativismo judicial, ou seja, a sua possível relação.

# 2 PRIMEIRA PARTE: A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA COMO PRESSUPOSTO DE ANÁLISE A PARTIR DA CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO

# 2.1 A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NA ORDEM INTERNACIONAL

## 2.1.1 A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789

A noção de justiça ao longo dos anos sofreu grandes mudanças. Viemos da época em que os credores podiam coagir seus devedores ao cumprimento das prestações mediante violência e caminhamos em direção à entregar ao estado o direito de julgar os litígios.

Com o Direito Penal, não poderia ser diferente. Utilizado como meio para determinar prisões arbitrarias com base em meros boatos, tendo em vista a existência de uma presunção de culpa, verifica-se que, na prática, estava-se diante de um sistema totalmente contrário àquilo que viria a se chamar de dignidade da pessoa humana.[[2]](#footnote-2)

Foi com base em um sistema extremamente inquisitório, caracterizado pela concentração das funções de investigar e julgar em um único indivíduo, monárquico e somada a uma grave crise econômica que assolava a França, que a família real começa a sofrer com uma alta impopularidade.

Foi a partir da revolução francesa que surge a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, no ano de 1789. No artigo 7º da Declaração[[3]](#footnote-3) é prevista a hipótese de prisão ilegal e, em um quadro comparativo, poderíamos mencionar os artigos 310, inciso I, do Código de Processo Penal[[4]](#footnote-4) e o artigo 5º, inciso LXV da Constituição Federal de 1988[[5]](#footnote-5).

Já no artigo 9º[[6]](#footnote-6) é onde ocorre a primeira aparição legal da presunção de inocência na ordem internacional.

Conforme verifica-se, a presunção de não culpabilidade na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão possui como traço principal a garantia contra a prisão ilegal e a certeza de repressão severa em caso de descumprimento do preceito acima mencionado.

## 2.1.2 A Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948

Tendo como origem a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, a presunção de inocência pode ser considerada como um dos maiores avanços contra os abusos estatais no que se refere aos direitos individuais.

Foi na data de 10 de dezembro de 1948 que foi proclamada a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão e, conforme explica Cassin (1974, p.397, apud PIOVESAN, 2018, p. 229-230)

Esta declaração se caracteriza, primeiramente, por sua amplitude. Compreende um conjunto de direitos e faculdades sem as quais um ser humano não pode desenvolver sua personalidade física, moral e intelectual. Sua segunda característica é a universalidade: é aplicável a todas as pessoas de todos os país, raças, religiões e sexos, seja qual for o regime político dos territórios nos quais incide.

No artigo 11 da Declaração Universal dos Direitos Humanos[[7]](#footnote-7) consta a presunção de inocência, assumindo um papel diverso daquele previsto na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

Conforme leciona BATISTI[[8]](#footnote-8), a presunção de inocência, no artigo 11 da Declaração Universal dos Direitos do Homem

Traz para o plano central, aqui sim, a presunção de inocência, classificando-a como direito; estabelece um termo, na realidade um complemento temporal, de que a presunção de inocência vai até ser provada a culpabilidade, conforme a lei.; acrescenta um elemento formal para a prova da culpabilidade, o julgamento público. Acrescenta um elemento substancial para tal julgamento, qual seja, o asseguramento das garantias necessárias à defesa.

Portanto, do que se denota do documento internacional, verifica-se que há um forte comprometimento com a dignidade da pessoa humana a partir da universalização desta proteção a todos os estados.

## 2.1.3 O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966

Em que pese o fato de o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos tenha sido aprovado em 1966, este somente entrou em vigor em 1976, nos termos do artigo 49 do mesmo diploma legal.[[9]](#footnote-9)

O grande debate acerca do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos ateve-se em se era necessário elaborar dois pactos, cada qual abordando uma categoria de direitos.[[10]](#footnote-10)

Foi a partir de tais discussões que nasceu o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e que em seu artigo 14, n.º 2[[11]](#footnote-11), prevê a presunção de inocência como direito processual, tendo em vista que se encontra dentro de um artigo que prevê inúmeros direitos de caráter processual, quais sejam: igualdade perante os tribunais; presunção de inocência; garantias processuais; processo adequado aos jovens infratores; duplo grau de jurisdição; direito a indenização em caso de erro judicial; e, por fim, não responder novamente por crime que foi absolvido ou condenado por sentença transitada em julgado.

## 2.1.4 O Pacto de San José da Costa Rica de 1969

As garantias judicias pouco se diferenciam daquelas prevista no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.[[12]](#footnote-12) Merece destaque que somente os estados-membros da Organização dos Estados Americanos têm direito de aderir ao pacto.

Da mesma forma que no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966, a presunção de inocência é tida como uma garantia processual.

# 2.2 A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NAS CONSTITUIÇÕES DO BRASIL

## 2.2.1 A Carta Imperial do Brasil de 1824

Os primórdios da nossa primeira constituinte remontam o período de independência de Portugal. Foi no ano de 1821, após forte pressão pelo povo português, que Dom João VI retorna a Portugal, deixando o governo brasileiro à cargo de seu filho, Dom Pedro I. [[13]](#footnote-13)

Foi a partir da decisão de Dom Pedro I de ficar em território brasileiro, recusando expressamente às ordens das cortes portuguesas, que decidiu os rumos do processo constitucional brasileiro. A partir de então, em 3 de junho de 1822, foi convocada uma Assembleia Constituinte.[[14]](#footnote-14)

Em que pesem os debates realizados pelos membros da constituinte, o resultado não foi do agrado do então imperador do Brasil Dom Pedro I, tendo em vista seus fortes traços liberais que, ao ver do imperador, poderiam limitar seus poderes.[[15]](#footnote-15)

Dessa forma, ocorreu a dissolução da assembleia no ano de 1823, com a consequente prisão de diversos parlamentares. Curiosamente, no ato de dissolução da constituinte, o imperado Dom Pedro I afirmou que outorgaria uma constituição “duplicadamente mais liberal” e, inclusive, justificava as prisões feitas momentos antes.[[16]](#footnote-16)

No dia 17 de novembro de 1823, o imperador convoca eleições para uma nova constituinte. Todavia, tratava-se de mera manobra política, tendo em vista que o decreto logo foi esquecido e, quatro meses após tal ato, o imperador Dom Pedro I outorgou a constituição na data de 24 de março de 1824.[[17]](#footnote-17)

Para a criação da constituição, Dom Pedro I criou uma comissão que tinha como função elaborar o texto da nova constituinte, sob a liderança de José Joaquim Carneiros Campos.[[18]](#footnote-18) Após tomar posse do texto proposto pela comissão, a principal alteração proposta pelo então imperador consistia na inserção de um novo poder, qual seja, o moderador.

Os reflexos de tal poder podem ser vistos, por exemplo, nos artigos reservados para regular a atuação do judiciário. Em que pese conste na Carta Imperial que o poder judicial é independente, o artigo 154 afirma que

“O Imperador poderá suspendel-os por queixas contra elles feitas, precedendo audiencia dos mesmos Juizes, informação necessaria, e ouvido o Conselho de Estado. Os papeis, que lhes são concernentes, serão remettidos á Relação do respectivo Districto, para proceder na fórma da Lei.”

Em seus artigos finais, no título 8º, são elencadas as garantias civis e políticas. Para a proposta do presente trabalho, o que me interessa expor é o artigo 179, que contém a seguinte redação:

Art.179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brazileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.

VIII. Ninguem poderá ser preso sem culpa formada, excepto nos casos declarados na Lei; e nestes dentro de vinte e quatro horas contadas da entrada na prisão, sendo em Cidades, Villas, ou outras Povoações proximas aos logares da residencia do Juiz; e nos logares remotos dentro de um prazo razoavel, que a Lei marcará, attenta a extensão do territorio, o Juiz por uma Nota, por elle assignada, fará constar ao Réo o motivo da prisão, os nomes do seu accusador, e os das testermunhas, havendo-as.

IX. Ainda com culpa formada, ninguem será conduzido á prisão, ou nella conservado estando já preso, se prestar fiança idonea, nos casos, que a Lei a admitte: e em geral nos crimes, que não tiverem maior pena, do que a de seis mezes de prisão, ou desterro para fóra da Comarca, poderá o Réo livrar-se solto.

 X. A' excepção de flagrante delicto, a prisão não póde ser executada, senão por ordem escripta da Autoridade legitima. Se esta fôr arbitraria, o Juiz, que a deu, e quem a tiver requerido serão punidos com as penas, que a Lei determinar.

Em nenhum momento a Constituição Política do Imperio do Brazil de 1824 fez menção à presunção de inocência ou qualquer expressão que pudesse a ela remete-la.

## 2.2.2 A Constituição da República do Brasil de 1891

De forte influência do liberalismo norte americano, a Constituição da República dos *Estados Unidos* do Brasil era decorrente do desgaste com o regime imperial de Dom Pedro I.

Justamente pelo alto temor de um programa de reformas econômico-sociais provenientes do então imperador ou de sua sucessora, a princesa Isabel, Deodoro de Fonseca fez a linha de frente na queda da monarquia. A manhã do dia 15 de novembro de 1889 era o crepúsculo do regime monárquico e o alvorecer da república.[[19]](#footnote-19)

Foi através do Decreto n.º 1, redigido por Rui Barbosa, de 15 de novembro de 1889, que ficou proclamada provisoriamente a república federativa do Brasil, nos termos de seu artigo primeiro.[[20]](#footnote-20)

Em decorrência do Decreto n.º 1, foi instituída a “comissão dos cinco”, que era encarregada de redigir o anteprojeto da constituição. Tal comissão era presidida por Joaquim Saldanha Marinho e, após a redação final a cargo de Rui Barbosa, em 15 de novembro de 1890 foi aprovada em sua quase integralidade.[[21]](#footnote-21)

A Constituição de 24 de fevereiro de 1891 tinha traços característicos da teoria liberal, dentre esses, a clara separação dos poderes e a periodicidade dos mandatos. O sistema adotado pela constituinte de 1891 foi o presidencialista, em uma clara homenagem ao sistema americano.

O Poder Legislativo, ao seu turno, era bicameral, ou seja, era constituído pela câmara dos deputados e pelo senado. Deputado e senadores eram eleitos diretamente, pelo período de 3 e 9 anos, respectivamente.[[22]](#footnote-22)

O Poder Executivo era presidido pelo presidente da república, que exercia os papéis de chefe do estado e chefe do governo. Evidentemente, o Poder Moderador havia sido extinto. [[23]](#footnote-23)

O Poder Judiciário, por fim, foi organizado em Justiça Federal e Estadual e, no topo da hierarquia, estava o Supremo Tribunal Federal, criado pelo Decreto 510, inspirado pela Suprema Corte norte-americana.[[24]](#footnote-24)[[25]](#footnote-25)

Na ceara dos direitos que envolvem liberdades, o artigo 72, incluído no título IV “dos cidadãos brasileiros” trouxe vasto rol de direitos e garantias. Todavia, com uma clara evolução em relação à constituição pretérita: tais direitos e garantais se estendiam também aos estrangeiros, como se extrai da simples leitura do artigo 72 da Constituição de 1891.

Dentre as evoluções na defesa dos interesses dos acusados, é importantíssimo ressaltar a constitucionalização do Habeas Corpus, previsto no artigo 72, §22º, da Constituição de 1891, que continha a seguinte redação:

Art.72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no paiz a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á segurança individual e á propriedade, nos termos seguintes:

§ 22. Dar-se-ha o *habeas-corpus* sempre que alguém soffrer ou se achar em imminente perigo de soffrer violencia por meio de prisão ou constrangimento illegal em sua liberdade de locomoção.

Tendo em vista que o texto original não prevera a possibilidade de impetração de Habeas Corpus quando houvesse fundado risco à liberdade de locomoção, surgiu então no Brasil a chamada “doutrina brasileira do Habeas Corpus”, que ocasionou na extensão de hipóteses de cabimento do referido remédio constitucional.[[26]](#footnote-26)

Art.72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no paiz a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á segurança individual e á propriedade, nos termos seguintes:

§ 13. Á excepção do flagrante delicto, a prisão não poderá executar-se senão depois de pronuncia do indiciado, salvo os casos determinados em lei, e mediante ordem escripta da autoridade competente.

§ 14. Ninguém poderá ser conservado em prisão sem culpa formada, salvo as excepções especificadas em lei, nem levado a prisão, ou nella detido, si prestar fiança idonea, nos casos em que a lei a admittir.

Além disso, toda a matéria que contornava a questão das prisões ficava a cargo da lei ordinária, ficando como matéria constitucional somente o disposto no artigo 72.[[27]](#footnote-27)

Portanto, em que pese a previsão legal supra transcrita, ainda não havia expressão que levasse a entender que a presunção de inocência era um termo difundido no cotidiano jurídico já em 1891.[[28]](#footnote-28)

## 2.2.3 A Constituição Brasileira de 1934

A constituição brasileira de 1934 tem como antecedente histórico a grande depressão de 1920. Foi nesse cenário econômico de desemprego e recessão que a República Velha foi encerrada.

Após Getúlio Vargas assumir o governo, em 11 de novembro de 1930 é editado o Decreto n.º 19.398, que regulamentou o Governo Provisório, e ficou em vigor até a constituição de 1934.[[29]](#footnote-29)

Nos termos do referido decreto, em seu primeiro artigo, o Governo Provisório exercerá discricionariamente, em toda sua plenitude, as funções e atribuições, não só do Poder Executivo, como também do Poder Legislativo, até que, eleita a Assembleia Constituinte, estabeleça a reorganização constitucional do país.

Ainda consta expressamente no texto, no artigo segundo, que foi confirmada, para todos os efeitos, a dissolução do Congresso Nacional das atuais Assembleias Legislativas dos Estados (quaisquer que sejam as suas denominações), Câmaras ou assembleias municipais e quaisquer outros órgãos legislativos ou deliberativas, existentes nos Estados, nos municípios, no Distrito Federal ou Território do Acre, e dissolvidos os que ainda o não tenham sido de fato.

Além disso, garantias constitucionais foram suspensas[[30]](#footnote-30) e foram nomeados interventores federais para cada estado.[[31]](#footnote-31)

Durante o período que compreendeu 1930 até maio de 1932, existiram dois polos disputando o espaço político: os tenentistas, que não desejavam as eleições diretas, tendo em vista que queriam viabilizar as mudanças sociais propostas e para tanto demandavam tempo, e os liberais, que pleiteavam uma imediata reconstitucionalização do país. [[32]](#footnote-32)

Foi em 15 de novembro de 1933, justamente após a Revolução Constitucionalista, que ocorreu a sessão da Assembleia Nacional Constituinte para então, somente em 16 de julho de1934, ser promulgada a segunda constituição da República.

A constituição reserva seu capítulo II para os Direitos e Garantias Individuais, com a seguinte inovação: em seu artigo 114[[33]](#footnote-33), a constituição aduz expressamente que o rol de direitos e garantias é *numerus apertus.[[34]](#footnote-34)*

No que tange à presunção de inocência, é possível encontrar uma relação com o instituto acima mencionado no artigo 113, ainda que o termo não conste expressamente, nos seguintes termos:

Art. 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

21) Ninguém será preso senão em flagrante delito, ou por ordem escrita da autoridade competente, nos casos expressos em lei. A prisão ou detenção de qualquer pessoa será imediatamente comunicada ao Juiz competente, que a relaxará, se não for legal, e promoverá, sempre que de direito, a responsabilidade da autoridade coatora.

22) Ninguém ficará preso, se prestar fiança idônea, nos casos por lei estatuídos.

Em relação às inovações na defesa dos interesses dos cidadãos, a constituição de 1934 trouxe previsão do mandado de segurança no artigo 113, nº 33 e manteve ainda a previsão contida na constituição pretérita do Habeas Corpus no artigo 113, nº 23.

## 2.2.4 A Constituição Brasileira de 1937

Promulgada em julho de 1934, a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934 foi a mais breve da nossa história constitucional, ficando em vigência por apenas 3 anos.

Na data de 21 de março de 1936 o governo declara comoção intestina grave e, durante esse período, foram realizadas diversas prisões políticas, censuras e perseguições a opositores políticos.[[35]](#footnote-35)

Nesse ínterim, Getúlio Vargas necessitava de um meio para demonstrar a necessidade de se consolidar no poder. Faltava a justificativa. Vargas não precisou pesquisar muito, pois em suas proximidades estava tudo aquilo que precisava para convencer as pessoas ao seu redor dos motivos pelos quais precisava se manter no poder: os comunistas e Luís Carlos Prestes, então capitão.[[36]](#footnote-36)

Luis Carlos Prestes, após retornar ao Brasil clandestinamente com sua esposa Olga Benário, utilizou da influência que o Partido Comunista possuía sobre o exército para tentar aplicar um golpe de estado. E assim o fez.[[37]](#footnote-37)

Os ataques foram focados nas cidades de Natal, Recife e Rio de Janeiro. Todavia, Vargas tinha ciência da iminente ameaça comunista em solo brasileiro, mas não fez nada para impedir tal acontecimento, tendo em vista que se valeria de tais fatos para reprimir abertamente o movimento.[[38]](#footnote-38)

Ademais, a presença de Olga Benário em solo brasileiro foi de extrema relevância para que Vargas demonstra-se a ameaça comunista aos membros do governo e, inclusive, para seus opositores.[[39]](#footnote-39)

Foi a partir desse cenário que Getúlio Vargas, em 10 de novembro de 1937, dissolveu a Câmara dos Deputados e o Senado, outorgando a Constituição “polaca”.

Novamente, não há qualquer menção à presunção de inocência. Todavia, o Habeas Corpus foi mantido (art. 122, n.º16) e, inclusive, utilizado por Olga Benário como tentativa de não ser extraditada para a Alemanha, embora tenha tido sua eficácia suspensa pelo Decreto n.º 10.358 de 1942.

## 2.2.5 A Constituição Brasileira de 1946

Se pudéssemos dividir a história da constituição de 1946, a divisão se daria da seguinte forma: uma primeira parte, que iria de 1946 até setembro de 1961, quando foi aprovada a Emenda n º4; a segunda parte, que vai do ano de 1961 até o golpe militar de 1964; e por fim, a terceira parte, que corresponde ao momento em que a constituição conviveu com a ditadura militar até o ano de 1967.

No primeiro momento da constituição de 1948, mais precisando em 4 de agosto de 1954, ocorre o notório atentado na Rua Tonelero contra Carlos Lacerda. Na ocasião, por erro na execução, o major Rubem Vaz acaba vitimado.[[40]](#footnote-40)

Após profundas investigações, restou averiguado que o mandante do crime era o chefe da guarda pessoal de Getúlio Vargas. Dezenove dias depois, Vargas cometeu suicídio. [[41]](#footnote-41)

Com a morte de Vargas, assume seu vice-presidente, Café Filho, com o escopo de completar o mandato do falecido presidente.

Nas eleições que sucederam ao mandato de Getúlio Vargas e Café Filho, ocorreu a vitória de Juscelino Kubitschek e João Goulart, para os cargos de presidente e vice-presidente, respectivamente. Todavia, a posse dos eleitos foi contestada em decorrência do medo da continuidade da linha populista de Vargas.[[42]](#footnote-42)

Ato decorrente, café Filho vem a sofrer um ataque cardíaco e é afastado do governo, sendo substituído pelo presidente da Câmara dos Deputados, Carlos Luz. Após receber alta, Café Filho tenta se restabelecer no poder, todavia, é impedido em decorrência da decretação de um estado de sítio.[[43]](#footnote-43)

Juscelino Kubitschek acaba, dessa forma, por ser empossado como presidente da república. Seu sucessor, Jânio Quadros, com apenas sete meses de governo, renuncia ao cargo.

Jânio Quadros, seu sucessor, na ocasião estava fora do país, o que acaba por ocasionar um veto à sua posse como presidente sucessor. Assume, então, o presidente da Câmara dos Deputados, Ranieri Mazzilli. Foi nesse período histórico em que é editada a Emenda Constitucional n.º 4, instituindo o parlamentarismo no Brasil.

A partir da promulgação da referida emenda, tem início o segundo momento da Constituição de 1946, que se estenderá até 1964, com o golpe militar.

Em determinado momento do governo de João Goulart ocorreu uma clara radicalização do seu posicionamento político, podendo ser destacada a assinatura do decreto sobre a reforma agrária.[[44]](#footnote-44)

Um ambiente extremamente polarizado, apoio vindo da mídia e do governo norte-americano ajudou para enaltecer os nervos no ambiente político da época. Somado à alta inflação, em 31 de março de 1964 ocorre o golpe militar, que é oficializado pelo Ato Institucional nº 1[[45]](#footnote-45). Assim, se deu início à terceira fase da constituição de 1948.

Dentre as características mais significativas do Ato Institucional n.º 1, podemos citar o fato de que foi determinada a realização de eleições indiretas para a escolha do próximo presidente[[46]](#footnote-46); trouxe um procedimento simplificado para a apreciação de emendas constitucionais[[47]](#footnote-47); Ampliou os poderes legislativos do presidente da república[[48]](#footnote-48) e etc.

Na data de 27 de outubro de 1965 é editado o Ato institucional n.º 2[[49]](#footnote-49), que dentre suas principais características pode se destacar a extinção dos partidos políticos até então existentes[[50]](#footnote-50) e permanência das eleições indiretas para presidência da república.[[51]](#footnote-51)

Em relação ao Ato Institucional n.º 3, editado por Castelo Branco, o ponto central gira em torno da exigência de eleições indiretas para o cargo de Governador e Vice-Governadores dos Estados.[[52]](#footnote-52)

Por fim, o Ato Institucional n.º 4[[53]](#footnote-53) tinha como objetivo convocar uma nova assembleia constituinte, tendo em vista o alto número de emendas constitucionais editas no período da constituição de 1946[[54]](#footnote-54).

A presunção de inocência somente iria aparecer expressamente na constituição, mesmo que não empregando a devida terminologia, no ano de 1988, na chamada constituição cidadã.

Em que pese o fato de que ainda não houvesse expressão que leva-se a crer que tal instituto já era uma praxe jurídica em solo brasileiro, o artigo 141, §20,§21 e §22, que estão inseridos no título IV, aborda temática semelhante às constituições anteriores, se limitando a expor a hipóteses em que se admitem as prisões e o cabimento de fiança como meio de se impedir o cárcere.[[55]](#footnote-55)

## 2.2.6 A Constituição Brasileira de 1967

O cenário político que antecedeu o ato institucional nº era extremamente polarizado. De um lado, militares radicais que buscavam a intensificação da busca de opositores políticos. De outro, militares com os ânimos mais calmos, tendo em vista que pretendiam devolver o poder ao povo (que eles confiavam) após expurgar da vida política “elementos nocivos” à nação.[[56]](#footnote-56)

Foi através do Ato Institucional nº 4 que foi convocada a assembleia constituinte no período compreendido entre 12 de dezembro de 1966 a 24 de janeiro de 1967, com o escopo de discutir, votar e promulgar o projeto de Constituição apresentado pelo Presidente da República.

Foi organizada uma comissão de juristas para redigir o projeto da Constituição. Todavia, este não foi acolhido por ser considerado excessivamente liberal.[[57]](#footnote-57)

A constituição entrou em vigor na data de 15 de março de 1967. Dentre as principais características da carta constitucional, destaca SARLET[[58]](#footnote-58) que

(...) entre suas disposições mais importantes estão a exacerbação do poder centralizado na União e na figura do Presidente da República. A eleição indireta para a escolha do Presidente da República; a redução da autonomia individual, permitindo a suspensão de direitos e garantias constitucionais; a aprovação de leis por decurso de prazo, resquício do período autoritário do Estado Novo brasileiro; a prerrogativa do Presidente da República para expedir decretos-leis sobre segurança nacional e finanças públicas; e o recrudescimento do regime no que tange à limitação do direito de propriedade, autorizando, para fins de reforma agrária, a desapropriação mediante pagamento de indenização por títulos de dívida pública.

No que se refere ao estudo da presunção de inocência, a constituição de 1967, por uma evidente e desnecessária tautologia, repetiu o texto da constituição de 1946, especificamente o artigo 141, §20, §21 e §22, condensando-o no artigo 150.[[59]](#footnote-59)

## 2.2.7 A Constituição Federal de 1988

Foi com a realização das eleições direitas para o cargo de Governador dos Estados, no ano de 1982, que o Brasil iniciou sua trajetória para um processo de redemocratização.[[60]](#footnote-60)

Em decorrência do cenário econômico do país que ocorreu um enorme movimento político exigindo as eleições diretas para Presidente. Todavia, em que pese o fato de a Emenda Constitucional proposta do Dante de Oliveira, que propunha o reestabelecimento das eleições diretas, não ter sido aprovada, ocorreu a escolha indireta do Presidente Tancredo Neves e do Vice-Presidente José Sarney.[[61]](#footnote-61)

Todavia, em decorrência de grave doença que acarretou em seu falecimento, Tancredo Neves ficou impossibilitado, obviamente, de assumir a presidência da república. [[62]](#footnote-62)

Com a morte do Presidente, Sarney, em fevereiro de 1986, adotou o plano cruzado, acarretando o congelamento de preços e salários, além de implementar diversas intervenções na economia[[63]](#footnote-63).

Um ano depois, na data de 1º de fevereiro de 1987 foi instalada a assembleia constituinte, fruto de diversas crises econômicas e financeiras na ordem mundial que acabaram por atingir o país.

Pela primeira vez o texto constitucional aborda a questão da presunção de inocência, mesmo que não empregue a terminologia difundida na doutrina. Dessa forma, da leitura do artigo 5º, LVII, é possível extrair que o termo final, ou seja, o momento que definira quando o acusado deverá ser considerado como culpado, é o transito em julgado da sentença penal condenatória.

# 2.3 DA “EVOLUÇÃO” JURISPRUDENCIAL DO STF: DECISÕES PARADIGMÁTICAS REFERENTES A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

## 2.3.1 HC n.º43.364/Goiás – 09.08.1966[[64]](#footnote-64)

Trata-se de Habeas Corpus em que o paciente foi denunciado pela prática do crime de peculato. Busca-se a revogação da prisão preventiva do paciente para que este responda ao processo criminal em liberdade, pois o tribunal Goiano anulou a denúncia contra o paciente, mas manteve o decreto da prisão preventiva.

O Ministro Vilas Boas, presidente e relator, atendeu a impetração formulada, pois consta nos autos que todas as constas foram aprovadas pela câmara municipal e, de acordo com o ministro, tal fato deve ser considerado a favor do paciente.

De acordo com seu entendimento, em decorrência da aprovação das constas municipais, estaria pairando sob o paciente a presunção de inocência, sendo necessária a concessão de habeas corpus também para os co-réus se defenderem em liberdade.

De acordo com o relato do Min. Boas, houve uma sindicância que serviu como base para fundamentar a denúncia contra o paciente e os co-réus, todavia, estes não participaram desta. Inclusive, a sindicância serviu como fundamento para decretar a prisão preventiva.

Dessa forma, tendo em vista que a denúncia antes formulada contra o paciente foi anulada, deve este responder ao processo em liberdade, em respeito à presunção de inocência.

2.3.2 Recurso Extraordinário n.º 86.297/SP – 17.11.76[[65]](#footnote-65)

Trata-se do Recurso Extraordinário de relatoria do Ministro Thompson Flores que analisou a letra “n” do inciso I do art. 1° da LC 5/70.

O recorrente era o Procurador-Geral Eleitoral, enquanto o recorrido era o candidato José Perassoli candidato à prefeitura de Igaraçú do Tietê, pelo Movimento Democrático Brasileiro (MDB). O Procurador-Geral Eleitoral recorreu extraordinariamente do acórdão do Egrégio Tribunal Superior Eleitoral (TSE) que declarava a inconstitucionalidade da letra “n” do inciso I do artigo 1°. De acordo com o TSE, essa norma ofendia o art. 151, IV, da Constituição Federal, Emenda n° 1 de 1969.40 40 Art. 151.

O Ministro Moreira Alves sustentou que o voto vencedor do TSE “se arrima no princípio da presunção de inocência do acusado, contido na Declaração Universal dos Direitos do Homem, e que é inerente ao Regime da Constituição Brasileira”.

O ministro indagou em seu voto o seguinte questionamento: quem responde ação penal, sob acusação, por exemplo, de peculato, teria, antes de reconhecida completamente a sua inocência, uma imagem íntegra. Respondendo sua questão retórica, elucidou que o acórdão recorrido deveria ser examinado sobre a ótica da compreensão do âmbito da incidência e da integração do princípio da presunção de inocência do acusado.

Dessa forma, o Ministro Moreira Alves conheceu o recurso e lhe deu provimento, afirmando ser constitucional a letra “n” do inciso I do artigo 1° da Lei Complementar n° 5/70, reafirmando, assim, a decisão do Tribunal Regional Eleitoral do Estado de São Paulo.

Em divergência ao entendimento do Ministro Moreira Alves votaram pelo desprovimento do recurso os Ministros Leitão de Abreu, Xavier de Albuquerque, Bilac Pinto e Eloy Rocha. O ministro Eloy não deu provimento ao recurso, afirmando que a lei complementar acabou exorbitando a autorização constitucional, pois, ao ver do ministro, o que se verificava era que mero recebimento da denúncia afastava o juízo de valor sobre o fato.

## 2.3.3 Recurso Extraordinário n.º 108.975/Paraná – 27.05.1986[[66]](#footnote-66)

Os recorridos foram denunciados pelo Ministério Público como incursos nas sanções dos arts. 213 com a circunstância do art. 226, I, e art. 29 do Código Penal e no art. 1º da Lei nº 2.252/54, c/c art. 69 do Código Penal, e condenados apenas pelo crime do art. 213 com a circunstância do art. 226, I, e art. 29 do Código Penal, a 4 anos de reclusão, em regime aberto.

O Ministério Público recorreu da decisão, tendo em vista que os recorridos foram absolvidos em relação à infração da Lei 2.252/54, e o TJPR negou provimento ao recurso. Ainda, o Ministério Público interpôs recurso extraordinário sustentando negativa de vigência da Lei nº 2.252/54 e dissídio jurisprudencial.

De acordo com o Ministro Relator Oscar Corrêa, o acórdão recorrido inverteu o sentido da presunção de inocência, pois presumiu que os menores de idade são corrompidos, salvo prova da inocência.

Foi acolhido o parecer da Procuradoria-Geral da República, conhecendo o recurso e dando provimento, condenando os recorridos a quatro anos e oito meses de reclusão e trinta dias de multa.

## 2.3.4 Habeas Corpus n.º 69172-2/Rio de Janeiro – 16.06.1992[[67]](#footnote-67)

De acordo com o Ministro Marco Aurélio, a paciente foi denunciada pela prática dos crimes dos arts. 121 e 288, ambos do Código Penal, juntamente com outros cento e oitenta nove acusados. A paciente teve a prisão preventiva decretada, permanecendo recolhida por mais cem dias.

A defesa requereu a conversão da prisão em regime fechado em prisão domiciliar, salientado que o Estado não deu cumprimento à Lei n.º 7.210/84, no que se refere ao fato de que a paciente teria direito a prisão especial, por ser bacharel em Direito e advogada militando.

Apreciado o pedido formulado pelo advogado, o Juiz-Presidente do Tribunal do Júri deferiu não a prisão domiciliar, mas a liberdade provisória. Desta decisão, o Ministério Público interpôs recurso em sentido estrito e foi acolhido o pedido, porém, a paciente apresentou-se à carceragem feminina da POLINTER antes da expedição de mandado de prisão.

Argumentou a defesa do paciente que em decorrência do fato de não haver prisão especial em moldes satisfatórios, implicaria em constrangimento ilegal, conforme decidido pela Suprema Corte no habeas corpus nº 66.593.

No voto do Ministro Relator Marco Aurélio, no que tange a conversão da prisão preventiva em prisão domiciliar, restou demonstrado que caso o estado não possua o sistema próprio assegurado por lei ao acusado, não cabe colocá-lo em regime mais favorável.

Assevera o Min. Aurélio de que a paciente responde a um processo em que o número de réus ultrapassa o número de 190 e são mais de 180 dias desde o segundo recolhimento da paciente. O excesso de prazo se mostrou evidente, além do fato de que a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça parte de uma presunção de culpa da paciente, no que consignou o Ministério Público Federal, que, valendo-se da condição de advogada de vários presos de Bangu I, prestava-se ao serviço de mensageira do crime organizado.

Afirma o Min. Aurélio que o preceito do parágrafo 2º do art. 654 do Código de Processo Penal que quando o Juiz ou Tribunal defronta-se com situação reveladora da prática de ato de constrangimento ilegal, deve ser concedida a ordem de Habeas Corpus. No momento em que é constatada a violência à liberdade individual do paciente, impõe-se a concessão da ordem, pouco importando se a peça elaborada pela defesa apresentava defeitos.

Dessa forma, foi concedida a ordem para cassar a decisão que decretou a prisão da paciente, declarando subsistente a liberdade provisória conferida a ela.

## 2.3.5 Ação Direta de Constitucionalidade nº 44

## 2.3.5.1 Voto do Ministro Edson Fachin na ADC 43 e 44

O Ministro Edson Fachin decidiu votar pelo indeferimento a cautelar requerida, votando assim por dar entendimento a constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, com deslinde a magna-carta, no senso de que é coeso com a Constituição a execução criminal no momento em que dispuser de condenação positiva em segunda instância, exceto quando for conferido efeito suspensivo aos recursos encaminhados às cortes superiores.

Fachin citou vários casos à guisa de demonstrar a vagarosidade do Judiciário em defender os direitos humanos básicos. Destacou o caso em que originou a Lei nº 11.340/2006, ­– mais conhecido como Lei Maria da Penha – que mesmo se passando quase duas décadas, mais precisamente 17 anos desde o acontecimento do fato, o Poder Judiciário incrivelmente não exprimira decisão.

Continuando seu voto, o autor afirma que esse ensejo do senso comum, que suplica pelo fim da tolerância aos crimes, particularmente dos denominados “colarinhos brancos”. Não pode ser relevante para justificar que o Judiciário cometa atos legislativos, e assim resolva mudar o que está escrito na Lei Maior apenas para satisfazer os desejos da população.

Prosseguindo, ele considera crível essa exegese do princípio da presunção de inocência agregado com outros princípios da Carta Constitucional, que mesmo se considerando com realce igualitário, não permitem o desfecho tal qual somente após esgotadas as instâncias extraordinárias é que então pode começar o cumprimento da pena privativa de liberdade.

O Ministro se recusa a anuir que o artigo 283 do CPP de alguma forma revogou todas as formas de prisões, salvo a prisão em flagrante, a prisão temporária, a preventiva e a prisão decorrente da sentença condenatória transitada em julgado.

Todavia, ao mesmo tempo que não concorda com essa lei, entende que esse artigo determina, como regra, o trânsito em julgado do título judicial. Assim, ele julga que tanto as sentenças de primeiro grau, quanto os acórdãos não unânimes de Tribunais locais, também via de regra não hão de produzir seus efeitos antes do trânsito em julgado, o que fica cristalino que os únicos tipos de prisões possíveis são aquelas previstas pelo artigo 283 do CPP.

Segundo Fachin, são várias interpretações que podemos dar a entender a letra da lei, mais precisamente o art. 5º, LVII, da CF/88, ao mencionar “transito em julgado”. Caso contrário, estaríamos admitindo que a Carta Magna estabeleceu em caráter definitivo uma presunção de inépcia das instâncias ordinárias.

Continuando seu voto, o Ministro expõe seu entendimento quando diz que não contempla fundamento da irretroatividade do entendimento jurisprudencial prejudicial. Essa irretroatividade é vista como conteúdo ligado a aplicação da lei no tempo, ato normativo íntegro a modernizar a estrutura jurídica.

Entretanto, mesmo não aceitando esse argumento, ele reconhece que os argumentos doutrinários que, firmados no princípio da segurança jurídica, apoiam que os entendimentos jurisprudenciais solidificados em favor do réu, quando modificados, devem ter validade tão somente prospectivo.

Concluindo, em seus últimos argumentos, entende-se que não existe incongruência entre a relevante declaração de coisa inconstitucional do sistema carcerário brasileiro (ADPF 347) com a deliberação deste Tribunal concordando com o início da execução da pena após esgotadas as instâncias ordinárias.

## 2.3.5.2 Voto do Ministro Roberto Barroso no que se refere a ADC 44

Tratam-se de ações declaratórias de constitucionalidade propostas pelo Partido Ecológico Nacional (ADC 43) e pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados (ADC 44) postulando a declaração da constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal

Nos autos da ADC 44, afirma-se que a decisão proferida no HC 126.292, ao permitir que os tribunais executem a pena antes do trânsito em julgado, autoriza, por via transversa, que determinem a prisão e afastem a aplicação do art. 283 do CPP, sem submeter a questão ao princípio da reserva de plenário. Por essa razão, a decisão do STF violaria o art. 97 da Constituição e a Súmula Vinculante nº 10.

A OAB alega, ainda, que o dispositivo cuja declaração de constitucionalidade se requer simplesmente reproduz o teor do art. 5º, incisos LVII e LXI, CF/1988, de forma que declará-lo inconstitucional implicaria declarar a inconstitucionalidade de norma constitucional originária, possibilidade que o próprio Supremo já afastou, nos autos da ADI 815 e da ADI 997.

Por fim, aduz que a interpretação conferida pelo STF aos aludidos dispositivos constitucionais fere a literalidade dos seus textos e vale-se do “álibi” da efetividade processual, com o propósito de instituir “*verdadeira* *política judiciária que deverá orientar a atuação dos tribunais nos casos futuros, incluindo os processos da operação lava-jato*”.

O Ministro Roberto Barroso inicia seu voto apresentando casos paradigmáticos que demonstram que a morosidade de uma resposta penal efetiva pode geral um sentimento de impunidade na sociedade e, inclusive, ocasionar a prescrição da pretensão punitiva do estado. Dentre estes, cita os casos Pimenta Neves, Luis Estêvão, Edmundo, Pedro Talvane e Missionária Dorothy Stang.

De acordo com Min. Barroso, o direito penal está distante de ser um dos instrumentos mais relevantes para alcançar um estado ideal de fraternidade, pluralismo e tolerância. Em decorrência de uma grande negligenciação e a ausência de um direito penal efetivo, acabou por um existir um estímulo a diversos tipos de criminalidade.

O Direito Penal tem um papel de extrema relevância em todas as sociedades: a de prevenção geral. Caso ocorra um incentivo para a prática de crimes e sem grandes riscos para uma punição, a sociedade experimenta um aumento do índice de criminalidade. Nesse sentido, o Ministro fundamenta sua decisão com os ensinamentos de Cesare Beccaria, em que este afirma que é a certeza de uma punição, mais do que a intensidade da pena, que previne a criminalidade.

Desde a promulgação da Constituição Federal de 1988 até o ano de 2009, vigeu no Supremo Tribunal Federal o entendimento de que a presunção de inocência, insculpida no artigo 5º, LVII, da CF não impediria a execução da pena após a confirmação da sentença condenatória em segundo grau, ainda que pendente recurso especial e extraordinário.

Tal entendimento se dava em decorrência do fato de que tais recursos não possuíam de efeito suspensivo e não possuem o escopo de rever condenações, mas tão somente a reconhecer eventual inconstitucionalidade ou ilegalidade dos julgados de instâncias inferiores, sem qualquer reexame de fatos e provas.

Em que pese o entendimento supra mencionado, no ano de 2009 tal posicionamento foi alterado no sentido de se buscar uma leitura mais literal da Constituição. De fato, ao apreciar o HC 84.078, sob a relatoria do Ministro Eros Grau, o Supremo Tribunal Federal passou a interpretar a presunção de inocência como uma regra de caráter absoluto, que impedia a execução provisória da pena com o objetivo proclamado de efetivar as garantias processuais dos réus.

No HC 126.292, já no ano de 2016, o Supremo Tribunal Federal entendeu que a Constituição admite a prisão do condenado após a decisão em segundo grau, independentemente do trânsito em julgado da decisão.

Argumenta o ministro que teria ocorrido uma mutação constitucional por um mecanismo informal, que alterou o sentido e o alcance da presunção de inocência sem alterar seu texto na Constituição Federal. A primeira mutação teria ocorrido quando o Supremo Tribunal Federal alterou seu entendimento sedimentado acerca da legitimidade da execução da pena no ano de 2009.

A partir de tal alteração, segundo Barroso, ocorreu um impacto na própria realidade jurídica do dia a dia, pois tal decisão funcionou como um incentivo à interposição de recursos meramente protelatórios. Em segundo lugar, reformou uma chamada seletividade do sistema penal. Somente aqueles réus com um poder aquisitivo maior e com a possibilidade de contratar melhores advogados teriam, em tese, o benefício de recorrer em liberdade, ao passo que os réus pobres responderiam seus processos no cárcere.

Em terceiro lugar, argumenta o ministro que o entendimento aplicado a partir do ano de 2009 teria contribuído para um descrédito com o sistema penal brasileiro, tendo em vista a massiva quantidade de processos que teriam sofrido com a prescrição punitiva.

Em ambos os casos, foi gerado um sentimento de impunidade na população, comprometendo os objetivos da pena, quais sejam, de prevenção geral ou especial. Ainda que o STF tenha se manifestado em sentido diverso no passado, e mesmo que não tenha havido alteração formal do texto da Constituição de 1988, o sentido que lhe deve ser atribuído inequivocamente se alterou.

Ao julgar o HC 126.292, o Min. Barroso apresentou diversos argumentos no sentido de a execução da pena após a decisão condenatória em segundo grau de jurisdição não ofender a presunção de inocência. Dentre tais argumentos, afirma o Min. Barroso que a Constituição Federal não a condiciona a prisão ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória, pois o pressuposto para a privação de liberdade seria a ordem escrita e fundamentada do magistrado, e não a irrecorribilidade.

Continuando, afirma que a presunção de inocência é um princípio, e, dessa forma, pode ser aplicada com maior ou menor intensidade, a partir de uma ponderação com outros princípios ou bens jurídicos constitucionais colidentes. Com o acórdão proferido em segundo grau (apelação), esgotam-se as instâncias ordinárias e a execução passa a constituir exigência de ordem pública.

Dando fim a primeira parte de seu voto, o Min. Barroso expõe três argumentos para demonstrar que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em 2o grau de jurisdição pode contribuir para a melhoria do sistema de justiça criminal. O primeiro, afirma que tal interpretação pode tornar o sistema penal mais funcional e equilibrado, coibindo a interposição de recursos meramente protelatórios, favorecendo a autoridade das instâncias ordinárias.

O segundo, que a firma que a execução provisória da pena após a confirmação da condenação por decisão de 2ª instância diminui a seletividade do sistema punitivo brasileiro, tornando igualitário e reduzindo o incentivo a criminalidade de colarinho branco.

E por fim, o terceiro, afirmando que com tal alteração de entendimento se quebra o paradigma de impunidade do sistema criminal ao se evitar o trânsito em julgado do recurso extraordinário e dor recurso especial para que se possa executar a pena. Dessa forma, o Min. Barroso conclui que o princípio da presunção de inocência não impede a execução da pena após a decisão condenatória de segundo grau de jurisdição.

Analisando a questão do art. 283 do Código de Processo Penal, o Min. Barroso expõe que nas ações diretas de constitucionalidade n.º 43 e 44 postula-se a declaração de constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal. Resumindo os principais fundamentos da ADC 44, o Min. Barroso afirma que o art. 283 do Código de Processo Penal apenas reproduz o teor do art. 5º, LVII e LXI, da CF/1988, de modo que declará-lo inconstitucional implicaria a inconstitucionalidade das próprias normas constitucionais originárias.

No decorrer de seu voto, o ministro argumenta que os direitos ou garantias não são absolutos, principalmente quando veiculados na forma de princípios. Dessa forma, como a presunção de inocência é considerada um princípio, tal presunção pode ser restringida por outras normas de nível constitucional, sendo necessário ponderá-la com os outros objetivos e interesses em jogo.

O Min. Barroso aduz que o princípio da presunção de inocência entra em tensão com o interesse constitucional da efetividade da lei penal a partir da discussão acerca da execução da pena após a decisão de segundo grau. Nessa ponderação, haveria um aumento do peso da efetividade do sistema penal em relação à presunção de inocência, pois já haveria demonstração de autoria e materialidade para encerrar a apreciação de fatos e provas, além de que o distanciamento entre o fato e o cumprimento da pena pode levar a prescrição, retirando a credibilidade do sistema penal.

O próprio art. 283 ao admitir a prisão temporária e preventiva, de acordo com Barroso, é perfeitamente compatível com a prisão após julgamento em segundo grau, pois a instrução já estaria concluída, se estabelecendo uma certeza acerca da autoria e materialidade.

Barroso afirma que não se trata de criação de nova modalidade de prisão, mas sim de modalidade que possui respaldo constitucional e infraconstitucional, conforme se verifica da análise do art. 637 do CPP, que diz que “o recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do translado, os originais baixarão à primeira instância, para a execução da sentença”. Tal texto vale da mesma forma para o Recurso Especial.

Tal preceito legal funcionou mesmo antes da edição do art. 283, do ano de 1988 até 2009. Seguindo a linha de argumentação, afirma o Min. Barroso que não é possível argumentar que o art. 283 é norma mais especial do que o art. 637 do CPP, pois ao interpretá-los conforme a Constituição, não resta qualquer tipo de conflito.

Nesse sentido, julgou pela improcedência dos pedidos formulados pelos autores na ADC 44, consistente na inexecução de novas execuções provisórias de penas de prisão e da suspensão das que já estivessem em curso, libertando-se, até o julgado da presente ação, as pessoas encarceradas sem a devida decisão condenatória transitada em julgado.

## 2.3.5.2.1 Dos pedidos subsidiários

Dentre tais pedidos, o autor das ADC requer a interpretação conforme a Constituição do artigo 637 do CPP, restringindo, enquanto não for julgado o mérito da ação, a não produção do efeito suspensivo aos recursos extraordinários, e condicionando a aplicação da pena à análise da causa criminal pelo STJ quando houve a interposição de recurso especial.

Decidiu o Min. Barroso no sentido de não excepcionar o STJ do entendimento do STF no HC 126.292, tendo em vista que ambos tribunais são considerados instâncias extraordinárias.

Inclusive, entende Barroso que a manutenção da possibilidade de cumprimento de pena após a decisão de segundo grau abarca tanto os tribunais ordinários, quanto os próprios STF e STJ.

Por fim, o requerente afirma que, nos autos do HC 126.292, o STF produziu interpretação mais gravosa quando à possibilidade de prisão antes do trânsito da decisão condenatória penal, superando o entendimento anterior, no HC 84.078, no sentido de impossibilidade de execução provisória da pena.

Ainda, o requerente aduz que a Constituição veda expressamente que a lei retroaja para prejudicar o réu e que, da mesma forma como ocorre com as leis penais, o mesmo preceito deve ser observado no que tange as eventuais alterações jurisprudenciais, por se equiparar a uma alteração legislativa.

A nova interpretação adotada pelo Supremo Tribunal Federal versa sobre matéria processual penal e, nos termos do art. 2º do CPP, possui aplicação imediata, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior, sendo a exceção aquelas normas que possuem natureza mista.

Diante de todo o exposto, votou o Min. Barroso no sentido de “conferir interpretação conforme a Constituição ao art. 283 do CPP, [...], para, em juízo de cognição sumária, se excluir a possibilidade de que o texto do dispositivo seja interpretado no sentido de obstar a execução provisória da pena depois da decisão condenatória de segundo grau e antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

2.3.5 Recurso Extraordinário n.º 591.054/SC – 17.12.2014[[68]](#footnote-68)

Trata-se de recurso extraordinário criminal interposto contra o acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. A procuradoria Geral da República buscou com recurso a revogação da decisão do Tribunal Estadual afirmando que houve a transgressão do art. 5 º, inciso LVII, da Constituição Federal, ou seja, para o Ministério Público, o Tribunal Regional aferiu interpretação equivocada ao postular que elementos criminais anteriores ao trânsito em julgado não podem ser levados em consideração para a construção da dosimetria da pena.

O ministro Marco Aurélio, relator, não atendeu a interpretação formulada pela Procuradoria Geral, segundo o Ministro, para efeito de aumento da pena somente podem ser atribuídos como maus antecedentes decisões condenatórias irrecorríveis, não sendo possível que as investigações preliminares ou processos criminais em andamento sejam levados em consideração, mesmo que se encontre em fase recursal.

O ministro também ressaltou que diversos tribunais e organismos internacionais, entre os quais a Corte Interamericana de Direitos Humanos, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e o Comitê de Direitos Humanos a Organização das Nações Unidas defendem a presunção da inocência e condenam a possibilidade de que seja declarada a culpa do agente antes do trânsito em julgado. Baseou-se também na súmula 444 do Superior Tribunal de Justiça (STJ) em que é vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base.

Ademais, o relator observou que, caso os inquéritos ou processos criminais considerados como antecedentes tenham resultado favorável ao acusado, ainda assim ele sofrerá perdas, visto que os mecanismos terão sido empregados para dilatar a sua pena em processo no qual foi efetivamente sentenciado. De acordo com o Ministro, as normas não podem ser interpretadas de forma a gerar dúvida e a abordagem deve ser científica para evitar interpretações diversas.

O entendimento do relator foi seguido pelos ministros Luís Roberto Barroso, Teori Zavascki e Gilmar Mendes.

Da mesma forma, o Ministro Celso de Mello acompanhou o relator dando sentido lato ao princípio constitucional da presunção de inocência. Ele entendeu que não devem ser considerados como maus antecedentes nenhum fato anterior ao trânsito em julgado. O Ministro Dias Toffoli também negou provimento ao recurso e para justificar seu voto utilizou *in verbis* o seu voto no HC 106.157/SP , no qual o Ministro afirma que não havendo trânsito em julgado, não há o que se falar em maus antecedentes.

Os Ministros Ricardo Lewandowski, Rosa Weber, Luiz Fux e Cármen Lúcia, deram provimento ao recurso e concordaram com a posição do Ministério Público. Dessa forma, tiveram entendimento oposto ao dos demais Ministros, uma vez que defenderam que o artigo 59 do Código Penal abrange inúmeros aspectos que necessitam ser considerados pelos magistrados para dosar a pena, sendo que, os antecedentes mencionados no artigo 59 do CP, não podem ser confundidos com os do artigo 61, que fala de circunstâncias agravantes.

Da mesma maneira, fica claro no voto a posição da Ministra Cármem Lúcia quando ela afirma que à luz da Constituição Federal, que determina a individualização da pena, é possível levar em consideração, no que tange a dosimetria, a existência de antecedentes criminais.

Por maioria foi negado o provimento do recurso extraordinário.

# 2.4 A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO SISTEMA JURÍDICO PENAL BRASILEIROS: ASPECTOS TEÓRICOS

## 2.4.1 O conceito de presunção de inocência: com a palavra, a doutrina

Prevista no artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal, a presunção de inocência é um dos principais mecanismos de garantia da liberdade individual e um dos principais vetores para verificar a qualidade de um sistema processual.[[69]](#footnote-69)

É comum, em sede de decisões dos tribunais ou mesmo na doutrina se ver o emprego das expressões “presunção de não culpabilidade” e “presunção de inocência”, o que leva a entender que existe uma diferenciação entre tais expressões.

Todavia, destaca-se que tais expressões são equivalentes e que caso se buscasse uma diferenciação entre ambas, em verdade, estaria se limitando o alcance da presunção de inocência (não culpabilidade), se afastando das intenções legisladas em tratados internacionais e partindo da culpa do agente como regra.[[70]](#footnote-70)

Nesse sentido, afirma o Ministro Marco Aurélio, em sede de Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 44 que

Tampouco merece prosperar a distinção entre as situações de inocência e não culpa. A execução da pena fixada mediante a sentença condenatória pressupõe a configuração do crime, ou seja, a verificação da tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade. É dizer, o implemento da sanção não deve ocorrer enquanto não assentada a prática do delito. Raciocínio em sentido contrário implica negar os avanços do constitucionalismo próprio ao Estado Democrático de Direito.[[71]](#footnote-71)

Em uma linha argumentativa com nítida vinculação à Rousseau, Nereu Giacomolli afirma que o ser humano nasce inocente e que permanece inocente até que essa situação seja alterada pelo Estado através do Devido Processo Legal. Ou seja, aduz um estado de inocência, que é induvidoso, se contrapõe a presunção de inocência, que nada mais é do que uma mera hipótese.[[72]](#footnote-72)

A presunção de inocência – ou o estado de inocência, conforme Nereu Giacomolli -, dessa forma, comporta um dever de tratamento interno e externo ao processo. Interno, pois o acusado deve ser tratado como inocente pelo magistrado e pela acusação até o trânsito em julgado da sentença penal, e externo, em que deve haver uma limitação à publicidade e exposição do acusado, tendo em vista que este será estigmatizado como criminoso efetivo.[[73]](#footnote-73)

A presunção de inocência foi uma das maiores conquistas no que diz respeito às liberdades individuais, ocasionando num afastamento do sistema inquisitorial e da consequente presunção de culpabilidade.

Com nítida função limitadora da prisão processual, o princípio em análise serve como garantia de que o cerceamento da liberdade do suposto agente se dará dentro dos estreitos limites permitidos pela lei maior e pelo Código de Processo Penal.

Dessa forma, Nereu Giacomolli afirma que

“Diante do estado de inocência, a imputação fática e jurídica é para o julgador uma mera hipótese, a qual se converterá em juízo categórico de culpabilidade quando os seus pressupostos forem demonstrados pela acusação. É inexigível, a partir do estado de inocência, qualquer atividade ativa do suspeito, indiciado ou acusado para demonstrar a sua inocência (desobrigação do imputado do encargo de provar a sua inocência). Não é o estado de inocência que necessidade de prova no processo penal. Na falta de prova da culpabilidade do imputado, é dever do magistrado confirmar, com uma solução absolutória, o originário status de inocência, afastando, inclusive, o estado de incerteza gerado pela hipótese acusatória.”[[74]](#footnote-74)

Na esteira defendida por Giacomolli, Aury Lopes jr aduz um dos reflexos da presunção de inocência é de que o acusado está desincumbido da tarefa de realizar provas negativas de autoria e/ou materialidade, pois tal presunção deve ser descontruída pelo órgão acusador, qual seja, o Ministério Público.[[75]](#footnote-75)

Justamente em decorrência das especificidades do processo penal em relação ao processo civil que não se admite a distribuição da carga probatória. Não é de outro modo que o artigo 156 do Código de Processo Penal afirma, pois a prova da alegação incumbirá a quem a fizer.

Todavia, pode surgir certa dúvida em relação a aplicação da referida norma. Tal norma deve ser interpretada em conjunto com a presunção de inocência e, nos dizeres de Aury Lopes Jr, a primeira alegação feita no processo crime é feita na denúncia, sendo incumbência do Ministério Público a prova da existência do delito imputado ao suposto agente.[[76]](#footnote-76)

Portanto, tem-se que a presunção de inocência é uma das mais conquistas do processo penal acusatório, sendo identificada como uma barreira contra os arbítrios que ensejam o cerceamento do direito a liberdade individual fora das limitadas hipóteses legais e que, na ausência de provas de autoria e materialidade do fato, o acusado deverá ser beneficiado com a absolvição, pois, na dúvida, *in dubio pro reo.*

## 2.4.2 Presunção de inocência: regra ou princípio?

Sem sombra de dúvidas, os maiores juristas que se dedicaram ao estudo das regras e princípios foram Robert Alexy e Ronald Dworkin. Ademais, imperioso destacar quem tais juristas possuem pontos em comum em suas teorias.

Para Alexy, a grande diferença entre regras e princípios, que são normas, consiste no fato de que os princípios

Ordenam que algo seja realizado na maior medida do possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. Já as regras são normas que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio.[[77]](#footnote-77)

A partir dessa conceituação, Alexy parte para a hipótese de conflitos de regras e princípios. Segundo o autor, um conflito de regras poderia ser solucionado se introduzindo uma cláusula de exceção que, dessa forma, eliminaria o conflito ou no caso de uma das regras ser considerada inválida. [[78]](#footnote-78)

Ou seja, para Alexy o conflito entre regras se resolve pela subsunção. Se uma regra for afastada de um caso, deverá ser afastada de todos os casos futuros em que ela deveria incidir.

O caso muda completamente quando tratamos da colisão de princípios. Na forma proposta por Alexy, quando dois princípios colidem, um destes deverá ceder. Todavia, o que cedeu não será considerado inválido, pois somente não é aplicável naquele caso em específico, justamente em decorrência do fato de princípios possuem pesos diferentes, posição esta compartilhada por Dworkin.[[79]](#footnote-79)

Para Dworkin, regras e princípios possuem uma diferença de natureza lógica. Regras são aplicadas no tudo ou nada. Ou a regra é válida e sua resposta deve ser aceita, ou ela não será válida e não contribuirá para a decisão.[[80]](#footnote-80)

De maneira contrária, os princípios possuem uma dimensão de peso. Caso tais princípios colidam – ou se intercruzem, como afirma Dworkin – aquele que estiver incumbido de resolver o conflito deverá relevar a força de cada um dos princípios colidentes.[[81]](#footnote-81)

As regras recebem um tratamento diferenciado. De acordo com Dworkin, as regras são funcionalmente importantes ou desimportantes. Evidentemente, existem regras mais importantes do que outras, tendo em vista os papéis que estas desempenham no ordenamento jurídico. [[82]](#footnote-82)

Todavia, se duas regras entrarem em conflito, uma delas não será válida e deverá ser abandonada ou reformulada.

Do exposto acima, resta ainda saber se a presunção de inocência é considerada um princípio ou uma regra. Lenio Streck, com a precisão que lhe é comum, enfrentou esse problema no livro “o que é isto – as garantias processuais penais?”, partindo da análise de determinadas decisões judiciais.

Para responder a tal questionamento, o professor se valeu, dentre outras, das seguintes perguntas: I – se a presunção de inocência é mesmo uma regra, como é possível dizer que ela pode ter sua aplicação restringida no caso de condenações confirmadas pelo Tribunal e, ao mesmo tempo, valer para aqueles que foram condenados pelo juiz singular apenas? II – se ela é uma regra, não deveria ser afastada também nesses casos?[[83]](#footnote-83)

A conclusão que se chega é de que, efetivamente, a presunção de inocência ou da não culpabilidade é um princípio e que, na guisa defendida por Alexy, o referido princípio deverá ceder em determinadas situações como, por exemplo, nos casos de deferimento de medida cautelar – desde que essa se dê dentro das limitadas hipóteses legais -, relativizando a liberdade individual em prol da efetividade e bom andamento do processo.

Todavia, a grande problemática que gira em torno do princípio da presunção de inocência é a questão da ponderação alexyana. Streck afirma que a forma como a ponderação vem sendo aplicada no Brasil, em verdade, pode ser compreendida como o que era chamado de sopesamento, balanceamento ou propriamente ponderação na Jurisprudência dos Interesses.[[84]](#footnote-84)

Do resultado dessa ponderação, o que se tem é uma norma de Direito fundamental atribuída, ou seja, uma regra que deverá ser aplicada ao caso em análise e também aos futuros casos.

Todavia, Lenio Streck alerta que a ponderação não diz qual posição seria a mais adequada e, justamente em decorrência de tal fato, aduz que ela é uma máscara para esconder a subjetividade do julgador[[85]](#footnote-85) e que, inclusive, o próprio Alexy reconhece a existência da discricionariedade em sua teoria no posfácio do livro “Teoria dos direitos fundamentais”.

Isto posto, o dever constitucional atribuído aos magistrados de fundamentar suas decisões somente é satisfeito quando tais decisões se encontram em perfeita consonância com o texto constitucional.[[86]](#footnote-86)

Dessa forma, o conteúdo dos princípios constitucionais

“Não é pré-definido por lei, muito menos pode ser livremente determinado pelos tribunais, isso porque eles são manifestações histórico-cultural que se expressam em determinado contexto de uma experiência jurídica comum”.[[87]](#footnote-87)

Em relação aos supostos valores colidentes alegados pelo Ministro Barroso em sede de Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 44, quais sejam, a presunção de inocência e a efetividade do sistema penal, é necessário fazer uma pequena crítica. Em que pese tal alegação do Ministro Roberto Barroso[[88]](#footnote-88), insta destacar que a efetividade do sistema não consta no rol de direitos e garantias fundamentais e nem possui previsão constitucional.

Portanto, para que fosse possível ponderá-los, no mínimo seria necessário que ambos princípios possuíssem previsão constitucional e o mesmo valor constitucional. Contudo, como bem se sabe, somente a presunção de inocência está elevada ao nível de garantia fundamental, prevalecendo, dessa forma, sob a “efetividade do sistema penal” alegada por Barroso.

## 2.4.3 O Devido Processo (Legal) Penal

## 2.4.3.1 Da equivocada importação civilista dos requisitos para medidas cautelares: por uma Teoria Geral do Processo Penal

A história do desenvolvimento teórico do Processo Penal é curta se comparada às conquistas no Direito Penal e no Processo Civil e, como bem é sabido, muitas das concepções teóricas do processo civil foram recepcionadas de maneira acrítica no processo penal, sem se respeitar as suas especificidades.

Justamente acerca de tal temática é que Aury Lopes se manifesta, aduzindo que no processo penal o que está em jogo não é o bem da vida, como no processo civil, mas sim a própria vida. Ou seja, um processo diz respeito ao “ter”, enquanto o outro é o “ser”.[[89]](#footnote-89)

Não é de outra maneira que Miguel Wedy argumenta, tendo em vista que

“É preciso atentar que o processo penal lida com o direito mais sensível da pessoa humana, o direito de liberdade, razão pela qual uma transposição pura e simples de conceitos do processo civil, decorrentes de uma visão unitária do processo, pode trazer graves consequências.”[[90]](#footnote-90)

O Direito Civil tem como grande característica a sua autoexecução, ou seja, independe do processo para produzir efeitos. Tal fato verifica-se em diversos momento do nosso dia a dia, como quando compramos um café na cafeteria ou encomendamos um livro pela internet.

Em sentido contrário, o Direito Penal não é autoexecutável, tendo em vista que este depende do processo para se chegar a uma pena, fazendo jus ao princípio da instrumentalidade.

Nesse ínterim, em decorrência das diferenças teóricas de ambos os ramos do direito, alguns juristas dedicaram centenas de páginas na defesa de requisitos e fundamentos próprios do processo penal nas medidas cautelares.

Como bem se sabe, as cautelares no processo civil possuem como fundamento o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora.* Em um primeiro momento, tais requisitos foram importados para o processo penal. Todavia, juristas como Miguel Wedy e Aury Lopes Jr apresentaram diversas críticas, aduzindo que em sede processual penal estaríamos falando de *fumus comissi delicti* e *periculum in libertatis.*

Aury Lopes Jr afirma que é uma impropriedade jurídica afirmar que no processo penal o requisito para a decretação da prisão cautelar é o *fumus boni iuris*, consistente este na prova da existência do crime e de indícios de autoria, pois não há que se falar em fumaça do bom direito para se decretar uma prisão preventiva, por exemplo.[[91]](#footnote-91)

Diferentemente do processo civil, em que o *periculum in mora* está consubstanciado no perigo que o passar do tempo pode trazer para o direito alegado pela parte, no processo penal, em decorrência da correta terminologia, é que a liberdade do acusado é considerada perigosa para o bom andamento do processo.

Portanto, temos que é necessário compreender que o processo penal tem suas peculiaridades e protege bens jurídicos diversos daqueles do processo civil e que, dessa forma, necessita de uma teoria geral do processo própria para que seja possível maximizar a sua eficácia.

## 2.4.3.2 Da instrumentalidade processual: um processo como um caminho necessário para se chegar a pena

Como já afirmado, o direito penal se diferencia do direito, dentre outras características, por não ser auto executável. Isto quer dizer que para se chegar a uma pena é imprescindível que haja um processo para que apure a responsabilidade do agente, diferentemente do que ocorre no processo civil, em que o direito material, muitas das vezes, é auto executável.

Dessa forma, a instrumentalidade do processo penal

“Reside no fato de que a norma penal apresenta, quando comparada com outras normas jurídicas, a característica de que o preceito tem por conteúdo um determinado comportamento proibido ou imperativo e a sanção tem por destinatário aquele poder do Estado, que é chamado a aplicar a pena. Não é possível a aplicação da reprovação sem o prévio processo, nem mesmo no caso de consentimento do acusado, pois ele não se submeter voluntariamente à pena, senão por meio de um ato judicial (nulla poena sine iudicio).”[[92]](#footnote-92)

Assim, resta claro que o processo é imprescindível para o direito penal, pois não há que se falar em pena sem o devido processo legal, em respeito ao princípio *nulla poena sine judicio.*

Portanto, temos que a instrumentalidade processual é condição de existência deste, tendo em vista que é o processo o garantidor dos direitos e garantias fundamentais do acusado para que, ao cabo do processo, seja averiguada a culpa – latu senso – do agente.[[93]](#footnote-93)

## 2.4.3.3 Da necessidade do trânsito em julgado para a execução da pena: afinal, quando podemos falar em trânsito em julgado?

No início deste trabalho foi demonstrada a presunção de inocência/não culpabilidade na ordem internacional por meio de tratados e declarações. Como exemplo, o Pacto internacional dos Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos apresentam como momento em que a presunção de inocência cessa a comprovação da culpa do acusado.

Todavia, como bem destaca Leonir Batisti,

“Nos instrumentos internacionais, objeto de análise aqui, não se prevê especificamente recurso processual na Declaração Universal de Direitos do Homem, da ONU, de 1948, e igualmente nada se prevê na Declaração Europeia dos Direitos do Homem, de 1950. Mas, expressamente, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966 e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969 preveem recurso processual.”[[94]](#footnote-94)

Contudo, a Constituição brasileira foi além, aduzindo a presunção de inocência se estende até o trânsito em julgado da sentença penal. Por trânsito em julgado, alude Alexandre Freitas Câmara que este é entendido com a irrecorribilidade de uma decisão judicial, surgindo, dessa forma, a coisa julgada.[[95]](#footnote-95)

Em que pese o fato de a legislação constitucional brasileira ter estendido o momento ao qual o acusado será considerado culpado para o trânsito em julgado, tal decisão do legislador constitucional não afronta os tratados e declarações internacionais, tendo em vista que o se proíbe é uma interpretação que reduza o alcance da proteção dos direitos previstos em tais documentos.[[96]](#footnote-96)

Portanto, tem-se que o marco temporal do trânsito em julgado, previsto no artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal de 1988 está em consonância com os dispositivos previstos nas legislações internacionais, por conferir maior amplitude aos direitos e garantias nelas previstas.

# 2.5 A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA

## 2.5.1 Julgamentos paradigmáticos no Superior Tribunal de Justiça acerca da execução provisória da pena

## 2.5.1.1 Recurso de Habeas Corpus 2306/SP – 25.11.92[[97]](#footnote-97)

## 

O primórdio dos debates acerca da execução provisória da pena remonta a década de 90.

Em um Habeas Corpus impetrado em solo paulista, que se discutia o direito do réu de apelar em liberdade, restou decidido que o condenado somente poderá recorrer usufruindo de seu direito constitucional à liberdade quando ostentar primariedade e bons antecedentes concomitantemente.

Nos termos do Ministro Costa Lima, “a Constituição, ao consagrar o princípio da presunção de inocência não revogou, ipso facto, a prisão decorrente de uma sentença ainda não transitada em julgado. A prisão de quem é condenado, em cujo processo se constatou que tem maus antecedentes, entremostra que aquela presunção perdeu a sua intensidade (...)”.

Nesse sentido, negou provimento ao recurso.

## 2.5.1.2 Habeas Corpus 1714/SP – 23.03.93 [[98]](#footnote-98)

Poucos meses após a decisão supra, o Superior Tribunal de Justiça julgou novo Habeas Corpus em que se pleiteava o direito de recorrer em liberdade em face da primariedade e bons antecedentes do paciente.

Nos termos decididos pelo relator, a presunção de inocência estaria colidindo com o artigo 669, I, do Código de Processo Penal, tendo em vista que, inexistindo uma sentença transitada em julgado, não se esgotaram os meios de defesa.

Ademais, tendo em vista que o paciente respondia pelo crime capitulado no artigo 14 da revogada Lei de Tóxicos, não havia impeditivo na lei especial para que este recorresse em liberdade, pois o requisito de “estar recolhido em prisão” para apelar somente dizia respeito às infrações dos crimes tipificados nos artigos 12 e 13.

Nesse sentido, concedeu o Habeas Corpus, em parte, garantido ao paciente o direito de recorrer em liberdade.

## 2.5.1.3 Recurso de Habeas Corpus 4624/SP – 20.06.95[[99]](#footnote-99)

Dentre os argumentos e pedidos desenvolvidos pela defesa do paciente, o que nos interessa no presente trabalho é a questão da possibilidade de se recorrer em liberdade. Aduz o relator que o juiz não deu nenhuma razão para impor a prisão do condenado em primeiro.

De acordo com o Ministro Adhemar Maciel, o juiz limitou-se a invocar o revogado artigo 594 do Código de Processo Penal, que afirmava que “O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se condenado por crime de que se livre solto”[[100]](#footnote-100), sem, no entanto, desenvolver os motivos que o levava a tomar tal decisão.

Nesse sentido, deu provimento ao recurso para permitir que o paciente recorresse em liberdade.

## 2.5.1.4 Habeas Corpus 2846/MG - 05.09.95[[101]](#footnote-101)

No presente julgado, restou demonstrado de que não se tratava de prisão processual, pois está foi decretada para cumprimento da sentença condenatório, em que pese ainda houvessem recursos pendentes e ainda não decididos.

Aduz o excelentíssimo Ministro Anselmo Santiago que não é possível a execução da sentença penal condenatória não transitada em julgado, pois tal fato ocasionaria em ofensa direta à presunção de inocência.

Portanto, tendo em vista que somente a prisão cautelar teria plena compatibilidade com o princípio da presunção de inocência, restou concedida a ordem de Habeas Corpus.

## 2.5.1.5 Habeas Corpus 6209/SP – 27.10.97[[102]](#footnote-102)

A discussão do presente Habeas Corpus gira em torno da decretação de prisão pelo Juízo da 20ª Vara Cível da Comarca de São Paulo, tendo em vista que não tendo o paciente comparecido à audiência admonitória para oferecimento da suspensão condicional do processo, teria sido decretada sua prisão.

Nos termos propostos pelo Ministro Felix Fischer, os recursos especial e extraordinário não criam uma terceira instância recursal e, em regra possuem somente efeito devolutivo. São recursos em que somente se aprecia questões jurídicas, e não fáticas.

Dessa forma, as decisões proferidas pelos Tribunais de segunda instância somente poderiam ser impugnadas via recurso especial ou extraordinário, sem efeito suspensivo, o que possibilita o cumprimento do mandado de prisão preventiva antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

Nesse sentido, denegou a ordem de Habeas Corpus.

## 2.5.1.6 Habeas Corpus 8420/SP – 18.05.99[[103]](#footnote-103)

O paciente foi condenado em segunda instância pelo crime previsto no artigo 121, §2º, inciso IV, do Código Penal[[104]](#footnote-104), sendo determinada a expedição de mandado de prisão.

Aduz o paciente que sofre constrangimento ilegal, tendo em vista que ainda não ocorreu o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, motivo este que impede a execução provisória da pena.

Todavia, ocorreu um erro por parte da defesa ao analisar os autos, tendo em vista que o acórdão confirmatório da sentença condenatória já estava transitado em julgado, tendo em vista que nem defesa nem acusação interpuseram recursos para atacar a decisão de primeiro grau.

Nesse sentido, restou prejudicado o julgamento do Habeas Corpus.

## 2.5.1.7 Habeas Corpus 11880/SP – 08.06.00[[105]](#footnote-105)

O paciente foi denunciado pela prática do crime tipificado no artigo 157, §2º, inciso II, do Código Penal. Absolvido em primeiro grau, teve decisão reformulada pelo Tribunal de alçada do Estado de São Paulo, condenando-o à pena de cinco anos e quatro meses de reclusão, em regime fechado.

O impetrante aduz que em decorrência do fato de ter sido absolvido em primeiro grau, não poderia ter sua liberdade restringida em decorrência de acórdão condenatório, tendo em vista que ainda tramita Recurso Especial.

De acordo com o parecer ministerial, o recurso especial impetrado pela defesa foi interposto após o trânsito em julgado o acórdão condenatório, dessa forma, a prisão do paciente decorreria de uma decisão transitada em julgado.

Todavia, aduz o relator que ainda que tempestivo fosse o recurso especial, em decorrência da natureza extraordinária dos recursos especial e extraordinário, estes somente possuem efeito devolutivo e analisam exclusivamente questões de direito (quaestio iuris).

Dessa forma, concedeu parcialmente a ordem de Habeas Corpus, tendo em vista que o paciente e os co-réus, por extensão, faziam jus ao regime semi-aberto , pois o tribunal não fundamentou a sua decisão acerca do regime mais gravoso.

## 2.5.1.8 Habeas Corpus 25310/RS – 26.10.04[[106]](#footnote-106)

Trata-se de remédio constitucional impetrado contra ato do Vice-Presidente do Tribunal Regional Federal da Quarta Região que determinou a imediata execução de pena substitutiva.

Argumenta o *parquet* que os recursos interpostos pelos pacientes não possuem efeito suspensivo, conforme consta positivado no art. 637 do Código de Processo Penal e artigo 27, §2º, da Lei n.º 8.038/90.

De acordo com o Ministro Relator Paulo Medina, nos termos da Constituição Federal, não transitada em julgada a condenação, não há como se impor o cumprimento provisório da pena, tendo em vista que deve o réu ser considerado juridicamente inocente.

Ademais, aduz o Min. Medina que o devido processo legal não é um princípio, mas sim um conjunto principiológico que abarca diversos outros princípios, como o contraditório, ampla defesa, etc.

Dessa forma, como não foi exaurida ainda a prestação jurisdicional, não há que se falar em execução provisória da pena por afronta direta ao devido processo legal.

Consubstanciada no devido processo legal, a liberdade do indivíduo é a regra, somente sendo excepcionada a partir de uma sentença transitada em julgado, ou seja, de caráter condenatório definitivo.

Caso tal prerrogativa seja relativizada, ocorreria uma clara violação ao princípio da dignidade da pessoa humana, princípio este considerado pila da República Federativa do Brasil.

Acerca da questão do efeito meramente devolutivo dos recursos especial e extraordinário, afirma o Min. Medina que tais recursos compreendem todas as espécies de conteúdos nas mais diversas áreas jurídicas e, via de regra, serão destituídos de efeito suspensivo.

Todavia, a regra não é absoluta, tendo em vista que, confrontado com o princípio da presunção de inocência e do devido processo legal, o recurso criminal terá efeito suspensivo.

Dessa forma, concedeu a ordem de Habeas Corpus para determinar a suspensão da execução provisória da pena restritiva de direito até o trânsito em julgado da decisão condenatória.

## 2.5.1.9 Habeas Corpus 72726/SP – 20.11.07[[107]](#footnote-107)

O presente remédio constitucional foi impetrado em favor de Antônio Marcos Pimenta Neves, tendo em vista que a decisão proferida pelo Tribunal de justiça do Estado de São Paulo manteve a condenação do paciente por homicídio qualificado, todavia, diminuindo a pena para 18 anos.

Em decorrência do julgamento da apelação, foi expedido mandado de prisão, dando-se início à execução da pena privativa de liberdade, motivo este que ensejou o Habeas Corpus do paciente.

Aduz o Ministra Relatora Maria Thereza de Assis Moura que a execução provisória da pena é vedada pelo sistema jurídica, sob pena de colocar em xeque a presunção de inocência.

Argumenta que como o processo não alcançou seu termo e não houve nenhum fato novo que ensejasse o encarceramento cautelar do acusado, não se mostra plausível a privação de liberdade.

Dessa forma, dentre outros argumentos expostos, julgou procedente o pleito do paciente, concedendo-lhe o direito de recorrer em liberdade até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

## 2.5.1.10 Habeas Corpus 104185/SC – 09.12.08[[108]](#footnote-108)

O paciente aduziu que estava sofrendo constrangimento ilegal em decorrência da sua prisão, em que pese o fato de ter respondido o processo em liberdade.

Afirmou que a decisão condenatória não transitou em julgado, estando ainda pendente os recursos especial e extraordinário.

Nos termos propostos pelo Ministro, não mereceu acolhimento o pleito defensivo, tendo em vista que a prisão é consequência lógica da decisão condenatória.

Dessa forma, como já teria sido apreciada a apelação, os demais recursos cabíveis à época (recurso especial e extraordinário) não teriam, em regra, efeito suspensivo.

Nesses termos, denegou a ordem de Habeas Corpus.

## 2.5.1.11 Habeas Corpus 122191/RJ – 14.04.09[[109]](#footnote-109)

Expõe o Ministro Arnaldo Esteves Lima que o Superior Tribunal de Justiça havia consolidado o entendimento de que haveria a possibilidade de execução provisória da pena, tendo em vista que os recursos especial e extraordinário não possuem efeito suspensivo, não ocorrendo, dessa forma, ofensa ao princípio da presunção de inocência.

Todavia, no julgamento do HC 94.078/MG pelo Supremo Tribunal, ficou formulado entendimento diverso, asseverando que a execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória ofende a presunção de inocência.

Dessa forma, para decretar a prisão do acusado, seria necessário fundamentação para demonstrar a necessidade da sua cautelaridade, ou seja, a presença dos requisitos insculpidos no artigo 312 do Código de Processo Penal[[110]](#footnote-110).

Nesse sentido, concedeu a ordem para determinar a expedição de alvará de soltura em favor do paciente para que este permaneça em liberdade até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, desde que não estejam presentes os requisitos da prisão preventiva.

## 2.5.1.12 Habeas Corpus 182221/SP – 03.02.11[[111]](#footnote-111)

O referido Habeas Corpus foi impetrado com o escopo de que o paciente aguarde em liberdade o trânsito em julgado da decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que formou a sentença absolutória de primeiro grau.

Conforme narrado pelo Ministro, o Superior Tribunal de Justiça tem o entendimento de que o direito de apelar em liberdade assiste ao condenado que permaneceu livre no curso da instrução criminal, pois estariam ausentes os requisitos para a decretação da prisão preventiva.

Portanto, tendo em vista que a condenação ainda não transitou em julgado, para que a custodia do acusado seja válida, é necessária fundamentação idônea pelas instâncias ordinárias para a segregação cautelar do paciente.

Nesses termos, concedeu a ordem de Habeas Corpus para que o paciente permaneça em liberdade até o trânsito em julgado da condenação.

## 2.5.1.13 Habeas Corpus 337380/SP – 17.12.15[[112]](#footnote-112)

O impetrante afirmou que estaria sofrendo constrangimento ilegal em decorrência da expedição de mandado de prisão sem, no entanto, ter ocorrido o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. O paciente afirmou ainda que respondeu o processo em liberdade e, dessa forma, requereu a ordem para responder o processo em liberdade.

Nos termos argumentados pelo relator, a prisão cautelar deve ser considerada como exceção pois, dessa forma, se estaria privando a liberdade do acusado antes do pronunciamento condenatório definitivo.

Tendo em vista que o paciente respondeu o processo em liberdade, deveria ter o magistrado fundamentado a sua decisão para executar a pena antes do trânsito em julgado da decisão condenatória, fato este que não ocorreu.

Nesses termos, o relator revogou a prisão preventiva decretada em desfavor do paciente para que este responda o processo em liberdade até o trânsito em julgado da sentença, desde que não sobrevenham motivos que ensejam nova segregação.

## 2.5.1.14 Habeas Corpus 385295/RS – 09.03.17[[113]](#footnote-113)

O impetrante alega estar sofrendo constrangimento ilegal, tendo em vista o não reconhecimento da redutora prevista no artigo 33. §4º, da Lei de Drogas, da fixação do regime fechado, quando o cabível seria o semi-aberto e da não substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Além disso, contestou a decisão do magistrado que decretou a execução provisória da pena.

Abordarei somente o posicionamento do relator acerca da execução provisória da pena. No que tange ao cumprimento antecipado da pena, a constituição, em seu artigo 5º, LVII, da Constituição Federal, estabelece o princípio da presunção de inocência, em que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Destaca o Ministro que desde fevereiro de 2009 até o mês de fevereiro de 2016 prevalecia o entendimento de que a privação de liberdade antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória tinha caráter excepcional.

Todavia, tal posicionamento foi alterado com o julgamento do Habeas Corpus 126.296, que definiu a possibilidade de início da execução provisória da pena após a confirmação da decisão de segundo grau, não ofendendo o princípio da presunção de inocência.

Dessa forma, o julgamento do Min. Relator foi no sentido de deferir somente o regime mais branco para cumprimento de pena, tendo em vista que o regime fechado se mostrava incabível no caso concreto.

## 2.5.2 Julgamentos paradigmáticos no Supremo Tribunal Federal acerca de execução provisória da pena

## 2.5.2.1 Habeas Corpus 59757/MG – 11.05.1982[[114]](#footnote-114)

Em tal Habeas Corpus que remonta a década de oitenta, foi decidido, de maneira extremamente sucinta, no sentido de denegar a ordem do remédio constitucional, tendo em vista que o recurso extraordinário não possui efeito suspensivo, mesmo quando admitido.

## 2.5.2.2 Recurso de Habeas Corpus 64749/SP – 03.02.87[[115]](#footnote-115)

Nos termos decididos pelo Ministro Francisco Rezek, o recolhimento do réu é efeito natural da sentença penal condenatória e, considerando que o recurso extraordinário não possui efeito suspensivo, não há que se falar em mandado de captura ilegítimo.

## 2.5.2.3 Habeas Corpus 68037/RJ – 10.05.1990[[116]](#footnote-116)

O referido Habeas Corpus foi impetrado em favor de Castor Gonçalves de Andrade Silva, que restava preso por ato do Juiz Presidente da III Câmara do Tribunal de Alçada do Estado do Rio de Janeiro.

Aduz o paciente que a prisão viola o princípio da presunção de inocência, contido na Constituição Federal, tendo em vista que a decisão condenatória ainda não havia transitado em julgado.

Em seu voto, o Ministro Aldir Passarinho, relator, entendeu que a tese de que a prisão do acusado antes de transitar em julgado a sentença penal condenatória seria ilegal não procedia.

Decidiu no sentido de que a presunção de inocência, contida na Constituição Federal, não impedia que após a decisão condenatória de segundo grau se procedesse à prisão, tendo em vista que tal disposição contida na carta magna não pode ser interpretada de maneira avulsa, mas sim em consonância com outros dispositivos legais.

Aduz que, tendo em vista que existe a possibilidade de prisão antes do trânsito em julgado das decisões condenatórias, como é o caso das prisões preventivas, não há que se falar em ofensa ao princípio da presunção de inocência.

Nesse sentido, indeferiu o Habeas Corpus.

## 2.5.2.4 Habeas Corpus 70351/RJ – 23.03.1994[[117]](#footnote-117)

Foi impetrada ordem de Habeas Corpus em favor de Carlindo Gurgel, alegando que o paciente sofria coação ilegal por ato do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que, em decorrência da improcedência da apelação defensiva, expediu ordem de prisão em desfavor do acusado.

A defesa do paciente alegou que tal ordem de captura afrontava decisão do próprio Supremo Tribunal Federal, pois seria necessário que se aguardasse o trânsito em julgado da sentença penal para que o acusado fosse colocado em cárcere privado.

Expos o Ministro que o entendimento do Supremo Tribunal, diferentemente do que argumentado pela defesa, era de que a regra contida no artigo 675 do Código de Processo Penal só teria cabimento no caso de existência de recurso com efeito suspensivo.

Dessa forma, como os recursos especial e extraordinário somente possuem o efeito devolutivo, não existe impedimento para executar a pena provisoriamente após decisão condenatória de segunda instância.

Nesse sentido, foi indeferido o pedido de Habeas Corpus.

## 2.5.2.5 Recurso Ordinário em Habeas Corpus 79972/SP – 22.02.00[[118]](#footnote-118)

O referido recurso tem como escopo garantir que o recorrente aguarde em liberdade o julgamento do agravo de instrumento, interposto contra decisão que negou seguimento ao Recurso Especial.

Nesse sentido, entendeu o Ministro Nelson Jobim que os recursos especial e extraordinário não possuem efeito suspensivo, somente o devolutivo e, dessa forma, não impedimento legal para que se suste a execução da decisão condenatória.

Nesses termos, negou provimento ao recurso.

## 2.5.2.6 Habeas Corpus 83584/SP – 16.12.03[[119]](#footnote-119)

Em decisão sucinta, o Ministro Sepúlveda Pertence manifestou seu posicionamento acerca da inconstitucionalidade da execução provisória da pena privativa de liberdade. Nesse sentido, decidiu pelo deferimento liminar do Habeas Corpus para conceder liberdade provisória ao paciente.

## 2.5.2.7 Habeas Corpus 89952/MG – 15.05.07[[120]](#footnote-120)

O presente Habeas Corpus, julgado pelo Ministro Relator Joaquim Barbosa, abordava a questão sobre a ausência do trânsito em julgado e a execução provisória da pena.

Tendo em vista a ausência de uma decisão definitiva sobre a execução provisória da pena, o Min. Barbosa afirmou a necessidade de se analisar a questão em cada caso especificamente.

Portanto, considerando que o paciente possuía residência certa e bem como permaneceu em liberdade durante a instrução do processo até o presente momento, entendeu o ministro por não ser razoável a decretação da prisão do paciente, deferindo a ordem de Habeas Corpus.

## 2.5.2.8 Habeas Corpus 91183/SP – 12.06.07[[121]](#footnote-121)

De relatoria do Ministro Ricardo Levandowisk, o referido Habeas Corpus aborda a questão da decretação da prisão do acusado sob o argumento de que os recursos aos Tribunais Superiores não possuem efeitos suspensivo.

Conforme argumenta o Min. Levandowisk, a decisão do Tribunal de Justiça afronta o entendimento pacificado no Supremo Tribunal Federal, tendo em vista que, ausentes os pressupostos que autorizam a prisão preventiva, não se admite a execução provisória da pena.

Nesses termos, deferiu a ordem de Habeas Corpus.

## 2.5.2.9 Habeas Corpus 91232/PE – 06.11.07[[122]](#footnote-122)

Aduz o Ministro Relator Eros Grau que o paciente se encontrava preso desde maio de 2005 em razão do flagrante, e não em decorrência da demonstração da necessidade da prisão com fundamento no artigo 312 do Código de Processo Penal.

Dessa forma, se estaria diante da hipótese de execução antecipada da pena. Em sua fundamentação, argumentou o Min. Grau que como não há a possibilidade de se executar provisoriamente a pena restritiva de direitos, logicamente, não haveria razões para fazer o mesmo com a restritiva de liberdade, por ser mais gravosa.

Ainda, acerca da prisão antes do trânsito em julgado, afirma o Min. Grau de que esta somente pode ser decretada a título cautelar, ou seja, nas hipóteses de prisão preventiva, prisão em flagrante e prisão temporária.

Foi deferido o Habeas Corpus para que o paciente responda em liberdade o processo até o trânsito em julgado de sua condenação, tendo em vista que a execução provisória da pena é incompatível com o princípio da presunção de inocência.

## 2.5.2.10 Habeas Corpus 84078/MG – 05.02.09[[123]](#footnote-123)

Em decisão proferida no Tribunal do Júri, o paciente restou condenado à pena de 7 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicialmente fechado. O Ministério Público requereu a prisão preventiva antes do recuso especial, tendo em vista o risco de evasão do acusado, pedido este que foi deferido pelo juízo.

O Ministro relator Eros Grau aduziu que afastado o fundamento da prisão preventiva, tendo em vista que infundado, se estaria, de fato, presente a hipótese de execução provisória da pena.

Não é de outra forma que a Lei de Execução Penal condiciona a execução penal ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória e que somente a partir desse momento será expedida a certidão da sentença condenatória, valendo como título judicial.

Além disso, demonstrou em seu voto que a própria constituição federal, no artigo 5º, inciso LVII, a culpa somente será formada após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Em relação a execução provisória das penas restritivas de direitos, aduz o ministro que esta é vedada, e que, dessa forma, não há como se permitir a execução provisória da pena privativa de liberdade, tendo em vista que esta é demasiadamente mais grave.

Dessa forma, como a execução provisória da pena é vedada pelo ordenamento jurídico, a prisão somente poderá ser decretada a título cautelar, ou seja, nas hipóteses, de prisão em flagrante, de prisão temporária e de prisão preventiva.

Foi concedida a ordem para o paciente responder ao processo em liberdade.

## 2.5.2.11 Habeas Corpus 126292/SP – 17.02.2016[[124]](#footnote-124)

O Ministro Relator Teori Zavascki, ao prolatar seu voto, aduz que a presente discussão envolve o alcance da presunção de inocência somado ao fato de que se busca um equilíbrio entre o referido princípio e a efetividade da função jurisdicional.

O Min. Zavascki demonstrou toda a construção teórica acerca da possibilidade de se executar a pena privativa de liberdade até o paradigmático HC 84.078/MG, em restou decidido que o princípio da presunção de inocência era incompatível com a execução da sentença antes do trânsito em julgado da condenação.

Continuando seu voto, argumenta o Ministro que os recursos de natureza extraordinário não configuram um desdobramento do duplo grau de jurisdição, tendo em vista que não possuem ampla devolutividade e não se prestam ao debate de matéria fática.

Para reforçar seu argumento, o Min. Zavascki reproduz um estudo realizado por Luiza Cristina Fonseca Frischeisen, Mônica Nicida Garcia e Fábio Gusman realizado na Inglaterra, Estados Unidos, Canadá, Alemanha, França, Portugal, Espanha e Argentina, no qual se verifica a execução da pena depois de observado o duplo grau de jurisdição.

Por fim, afirma que retomar a tradicional jurisprudência, atribuindo apenas efeito devolutivo aos recursos especial e extraordinário é o único mecanismo legítimo de harmonizar o princípio da presunção de inocência com o da efetividade da função jurisdicional do Estado.

Nesse sentido, votou por denegar a ordem de Habeas Corpus.

## 2.5.3 Análise da decisão do Ministro Relator Teori Zavascki no Habeas Corpus 126.292/SP

O grande foco da decisão do Ministro Relator Teori Zavascki assenta-se no estudo comparado em diversos países que, em tese, após a confirmação da sentença penal condenatória em segunda instância, estaria autorizada a execução provisória da pena em decorrência da confirma fática da culpa.

Todavia, como bem rebate Lenio Streck, é relevante destacar que em nenhuma constituição do mundo a concepção de presunção de inocência apresenta-se com uma força tamanha quanto a nossa. Dessa forma, pouco importaria saber como demais países encaram a confirmação da sentença penal condenatória em segundo se a nossa realidade constitucional é acentuadamente mais garantista.[[125]](#footnote-125)

Paulo Caleffi, ao fazer uma pesquisa nas cortes internacionais mencionadas no HC 126.292/SP, verificou inadequações argumentativas no voto do ministro, tendo em vista que o posicionamento das cortes de Portugal e da Alemanha, por exemplo, caminham em sentido contrário ao exposto pelo relator.

No direito português, por exemplo, a presunção de inocência está insculpida no art. 32, n.º 2, assegurando que “todo arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa”.[[126]](#footnote-126)

Acerca da presunção de inocência no Direito Alemão, destaca Javier Llobet Rodríguez (RODRÍGUEZ, a reforma procesal penal, pgs.163-164 apud CALEFFI, p.118) que

La Constitución Federal alemana no contempla em forma expresa la presunción de inocência. Sin embargo, el Tribunal Federal Constitucional (Bundesverfassungsgerich) há considerado incluída la presunción de inocência em el principio de Estado de Derecho (art. 20 de la Ley Fundamental), y um sector de la doctrina considera que la presunción de inocencia se deduce del principio de respeto a la dignidade humana (Gebot de Achtung der Menschenwurde) (art. 1 de la Ley Fundamental). Em el Ordenanza Procesal Penal alemana tampoco se prevê expresamente la presunción de inocencia. Sin embargo, dicho principio fue regulado em las Constituciones de diverso Estados de la Federación (Bundeslander).

Assim, o ordenamento jurídico alemão, da mesma forma que o brasileiro, estabelece a necessidade do trânsito em julgado do Tribunal Federal de Justiça para que se possa executar a pena.

Ademais, em nosso ordenamento jurídico, a própria Lei de Execuções Penais (Lei n.º 7210/84), em seus artigos 105[[127]](#footnote-127), 147[[128]](#footnote-128) e 160[[129]](#footnote-129), condiciona a execução da pena privativa de liberdade e restritiva de direitos ao trânsito em julgado da sentença penal.

Dessa forma, caso venha a se declarar a inconstitucionalidade do texto do artigo 283 do Código de Processo Penal, os artigos acima mencionados da Lei de Execução Penal também o serão, tendo em vista que estão intimamente ligados com a execução da pena/trânsito em julgado.

Na guisa defendida por Lenio Streck, por meio do desenvolvimento de uma teoria da decisão, são poucas as hipóteses em que o juiz estaria autorizado a deixar de aplicar a lei e, fora de tais hipóteses, a atuação do magistrado será arbitrária e inconstitucional.[[130]](#footnote-130)

É nesse cenário que Lenio Streck alerta para a necessidade de uma reflexão para o valor dos limites interpretativos do texto constitucional legal. Conforme aduz o grande jurista, a norma, que necessariamente não coincide com o texto, não tem o condão de se autonomizar do texto.[[131]](#footnote-131)

Curiosamente, o professor Lenio Streck retrata dois casos que aconteceram no início do ano e que servem perfeitamente para demonstrar a importância do limite interpretativo do texto constitucional.

Em 22 e 24 de fevereiro de 2018 foram publicados dois textos no Consultor Jurídico. Um por um professor[[132]](#footnote-132) e outro por um Juiz Federal[[133]](#footnote-133), respectivamente. O professor argumenta em seu texto que a utilização abusiva da literalidade do dispositivo constitucional ocasionou numa alteração do sentido texto, transformando-o em uma presunção de impunidade.

Ao seu turno, o juiz federal aduz que a constituição não diz “ninguém será *preso* até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”, mas sim “ninguém será considerado *culpado* até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”, motivo este que poderá o acusado ser levado ao cárcere, em que pese a culpabilidade do agente ainda não esteja definitivamente provada.

Tal linha argumentativa afronta o Estado Democrático de Direito, pois se está diante de um dever de cumprir a lei que foi democraticamente promulgada pelo constituinte originário. Nesse sentido, Streck afirma cumprir a “letra fria da lei” não é assumir uma postura positivista.

O professor do Vale dos Sinos baseia tal afirmação na ideia de que não se pode confundir as diversas faces do positivismo, pois

positivismo exegético (que era a forma do positivismo primitivo) separava direito e moral, além de confundir texto e norma, lei e direito, ou seja, tratava-se da velha crença – ainda muito presente no imaginário dos juristas – em torno da proibição de interpretar, corolário da vetusta separação entre fato e direito, algo que nos remete ao período pós-revolução francesa e todas as conseqüências políticas que dali se seguiram. Depois veio o positivismo normativista, seguido das mais variadas formas e fórmulas que – identificando (arbitrariamente) a impossibilidade de um “fechamento semântico” do direito – relegou o problema da interpretação jurídica a uma “questão menor” (lembremos, aqui, de Kelsen). Atente-se: nessa nova formulação do positivismo, o problema do direito não está(va) no modo como os juízes decidem, mas, simplesmente, nas condições lógicodeônticas de validade das “normas jurídicas”. Entretanto, uma coisa todos esses positivismos têm até hoje em comum: a discricionariedade.[[134]](#footnote-134)

Portanto, é necessário ter em mente que atender ao comando constitucional na sua literalidade, comando este democraticamente construído, não se aproxima do positivismo na sua forma primitiva, pois antes a moral ficava separada do direito. Hoje, ela é co-originária do Estado democrático de Direito.[[135]](#footnote-135)

## 2.5.4 Da (in)constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal: Críticas à decisão liminar na ADC 44

Por meio da Lei n.º 12.403/11 restou editado o artigo 283 do Código de Processo Penal, consagrando hoje que 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.

Quando do julgamento do Habeas Corpus 126.292, que evidentemente sua matéria está conexa com a Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 44, o Supremo Tribunal Federal, acompanhando o voto do Relator Teoria Zavascki, violou a súmula vinculante n.º 10, que afirma que viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.

Como bem afirmou Lenio Streck em um texto publicado no Consultor Jurídico em janeiro do ano de 2018, o próprio relator do Habeas Corpus contrariou seu posicionamento quando era ministro do Superior Tribunal de Justiça, pois na reclamação 2.645 restou decidido que o judiciário somente pode deixar de aplicar uma se a declarar formalmente inconstitucional, posicionamento este alinhado com a teoria da decisão proposta por Lenio Streck.[[136]](#footnote-136)

A partir do caos instaurado com a decisão do Habeas corpus 126.292, foi proposta a Ação Declaratória de Constitucional n.º 44, que tem como escopo a declaração de constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal e consequente harmonização deste com o artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal.

Com a referida ação, se esperava uma das seguintes decisões por parte dos ministros do Supremo Tribunal Federal: o reconhecimento da constitucionalidade do artigo 283 do Código de processo Penal, com a consequente reforma da decisão no Habeas Corpus 126.292; ou a declaração de inconstitucionalidade do referido artigo.

Todavia, as expectativas não foram atendidas. Como bem se sabe, restou decidido na Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 44 que o artigo 283 do Código de Processo Penal era constitucional. Porém, foi feita uma “interpretação conforme a constituição” para reconhecer que não era absoluta a regra contida no dispositivo legal, sendo possível a execução provisória da pena.

Ou seja, a decisão proferida no Habeas Corpus 126.292 alterou o significado de trânsito em julgado, antecipando o momento para a decisão que confirma a condenação em segundo grau, e consequentemente, atacando disposição expressa da constituição.[[137]](#footnote-137)

Em seu voto na Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 44, assim argumentou o ministro Marco Aurélio:

Observem a organicidade do Direito, levando em conta o preconizado no artigo 5º, inciso LVII, da Lei Maior – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. A literalidade do preceito não deixa margem para dúvidas: a culpa é pressuposto da reprimenda, e a constatação ocorre apenas com a preclusão maior. O dispositivo não abre campo a controvérsias semânticas. A Carta Federal consagrou a excepcionalidade da custódia no sistema penal brasileiro, sobretudo no tocante à supressão da liberdade anterior ao trânsito em julgado da decisão condenatória. A regra é apurar para, em execução de título judicial condenatório precluso na via da recorribilidade, prender. Ao editar o dispositivo em jogo, o Poder Legislativo, mediante a Lei nº 12.403/2011, limitou-se a concretizar, no campo do processo, garantia explícita da Lei Maior, adequando-se à compreensão então assentada pelo próprio Supremo.[[138]](#footnote-138)

Portanto, com o novo posicionamento do Supremo Tribunal firmado, temos em solo brasileiro um *dejavu* do momento histórico quando o processo penal era orientado por uma forte corrente inquisitorial, relativizando a presunção de inocência e atacando, por efeito reflexo, a Constituição Federal.

## 2.5.5 A (ir)retroatividade da jurisprudência *in malam partem*: aproximações dogmáticas

O princípio da legalidade possui íntima relação com o Estado de Direito, sendo extremamente difícil separá-los, tendo em vista que aquele surge justamente como limite ao poder daquele que se encontra no poder.

Nos dizeres de Lenio Streck e José Luis Bolzan de Morais,

“o Estado de Direito surge desde logo como o Estado que, nas suas relações com os indivíduos, submete-se a um regime de direito, quando, então, a atividade estatal apenas pode desenvolver-se utilizando um instrumental regulado e autorizado pela ordem jurídica, assim como, os indivíduos - cidadãos - têm a seu dispor mecanismo jurídicos aptos a salvaguarda-lhes de uma ação abusiva do Estado.”[[139]](#footnote-139)

Acerca do princípio da legalidade, Paulo Bonavides afirma que

“O princípio da legalidade nasceu do anseio de estabelecer na sociedade humana regras permanentes e válidas, que fossem obras da razão, e pudessem abrigar os indivíduos de uma conduta arbitrária e imprevisível da parte dos governantes. Tinha-se em vista alcançar um estado geral de confiança e certeza na ação dos titulares do poder, evitando-se assim a dúvida, a intranquilidade, a desconfiança e a suspeição, tão usuais onde o poder é absoluto, onde o governo se acha dotado de uma vontade pessoal soberana ou se reputa *ligibus solutus* e onde, enfim, as regras de convivência não foram previamente elaboradas nem reconhecidas.”[[140]](#footnote-140)

Com a Constituição Federal de 1988, tal princípio veio insculpido no artigo 5º, inciso XXXIX, garantindo que não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.

É justamente através desse princípio constitucional que existe uma garantia para o cidadão de não ver sua liberdade restringida sem que exista um comando legal para tal ou sem a existência de um tipo penal incriminador que preveja em seu preceito secundário uma pena restritiva de liberdade.

Dentre as diversas funções que exerce o princípio da legalidade, cumpre destacar que este proíbe a retroatividade *in malam partem* da lei penal. A lei penal somente poderá retroagir quando para beneficiar o réu, jamais para prejudicar, sob pena de ofensa direta ao texto constitucional.

Conforme o posicionamento de Cezar Roberto Bitencourt,

“A irretroatividade, como princípio geral do Direito Penal moderno, embora de origem mais antiga, é consequência das ideias consagradas pelo Iluminismo, insculpida na Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789. Embora conceitualmente distinto, o princípio da irretroatividade ficou desde então incluído no princípio da legalidade, constante também da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948. Desde que uma lei entra em vigor até que cesse a sua vigência rege todos os atos abrangidos pela sua destinação. “Entre estes dois limites — entrada em vigor e cessação de sua vigência — situa-se a sua eficácia. Não alcança, assim, os fatos ocorridos antes ou depois dos dois limites extremos: não retroage e nem tem ultra-atividade. É o princípio tempus regit actum”. Contudo, a despeito do supra afirmado, o princípio da irretroatividade vige somente em relação à lei mais severa. Admite-se, no Direito intertemporal, a aplicação retroativa da lei mais favorável (art. 5o, XL, da CF). Assim, pode-se resumir a questão no seguinte princípio: o da retroatividade da lei penal mais benigna. A lei nova que for mais favorável ao réu sempre retroage.”[[141]](#footnote-141)

Nesse ínterim, é possível afirmar que a lei e a atividade interpretativa são atividades inseparáveis e, em decorrência de tal fato, não haveria nenhuma razão para se permitir a jurisprudência *in malam partem* pois, como bem leciona Paulo Caleffi, não há lógica em permitir ao juiz o que se proíbe ao legislador, que é a proibição da aplicação retroativa maléfica de leis penais.[[142]](#footnote-142)

Agora, seria a jurisprudência uma fonte do Direito? As decisões dos tribunais superiores, ainda que quando não uniformes, são utilizadas como fundamentos argumentativos dos magistrados das instâncias inferiores no processo de elaboração de sentenças e acórdãos. Dessa forma, podemos concluir que sim, a Jurisprudência pode ser entendida como uma fonte do Direito por auxiliar diretamente no processo de criação do Direito. Nesse sentido, expõe Miguel Reale que

Se uma regra é, no fundo, a sua interpretação, isto é, aquilo que se diz ser o seu significado, não há como negar à jurisprudência a categoria de fonte do Direito, visto como ao juiz é dado armar de obrigatoriedade aquilo que declara ser “de direito” no caso concreto.[[143]](#footnote-143)

Portanto, na linha defendida por Miguel Reale e Paulo Caleffi, é de se notar que se a jurisprudência é tida como a tarefa interpretativa realizada pelos juízes, delimitando qual o alcance da norma em análise, evidentemente que esta é parte do fenômeno da criação do Direito, motivo este pelo qual ela não poderá retroagir para prejudicar o acusado, somente sendo aplicável para casos posteriores à sua publicação.

## 2.5.6 A Prescrição da Pretensão Executória da pena como medida de Extinção da Punibilidade do agente

Foi com a Lei nº 7210/84 que foi garantido ao condenado todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei, no teor do artigo 3º daquela, com o escopo de se evitar violações de direitos quando do cumprimento da sentença penal condenatória. Em inúmeras passagens[[144]](#footnote-144), a própria Lei de Execuções Penais atribuiu como único pressuposto da execução penal a existência de um título executivo judicial consubstanciado em uma sentença penal condenatória.

Todavia, quando o estado não se faz valer do seu *ius puniendi* no prazo estabelecido em lei, que varia de acordo com a pena atribuída ao tipo penal, ocorre a extinção da punibilidade do agente.

A prescrição da pretensão executória da pena tem início a partir do dia em que transita em julgado a sentença condenatória para a acusação, para a acusação, ou a que revoga a suspensão condicional da pena ou o livramento condicional. É o inteiro do inciso primeiro do artigo 112 do Código Penal.

Todavia, com a alteração do entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal através do Habeas Corpus 126.292/SP, restou firmada possibilidade de se executar a pena privativa de liberdade a partir da decisão de segundo grau que mantem a condenação, em que pese o fato de não ter ocorrido o trânsito em julgado, tanto para defesa quanto para acusação.

Dessa forma, como bem aduz Paulo Caleffi, é de suma importância que se estabeleça o momento em que as restrições impostas pela sentença penal condenatória perderão a eficácia, tendo em vista que com o deslocamento da execução da pena para momento anterior ao trânsito em julgado, em tese se estaria adiantando, da mesma forma, o termo inicial da pretensão executória da pena.[[145]](#footnote-145)

Todavia, descordo de tal posicionamento. O trânsito em julgado, como bem se sabe, somente se opera a partir do esgotamento das vias recursais, e relativizar tal conceito traria problemas práticos, como a questão revisão criminal, ação autônoma que tem como escopo atacar decisão criminal já transitada em julgado.

Em julgado recente no Agravo Regimental em Habeas Corpus 400.553/SP[[146]](#footnote-146), de 13 de junho de 2017, restou decido que a pendência de recursos impede o ajuizamento da Revisão Criminal, tendo em vista a falta do requisito primordial desta ação autônoma, que é o trânsito em julgado.

Portanto, verifica-se que o termo inicial da pretensão executória da pena não restou alterado, permanecendo quando do trânsito em julgado da sentença penal, compreendido este quando esgotados os recursos cabíveis e que, se adiantando o momento da execução para a decisão condenatória de segundo grau, ocorre uma violação à presunção de inocência.

# 3 SEGUNDA PARTE: O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O ATIVISMO JUDICIAL A PARTIR DA CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO

Como olhar o novo com os olhos do novo? É com essa pergunta que Lenio Streck inicia, dentro do capítulo introdutório do livro Verdade e Consenso, a discussão acerca das três equivocadas recepções teóricas no direito brasileiro, quais sejam: a Jurisprudência dos Valores; Ponderação Alexyana; e o Ativismo norte-americano.[[147]](#footnote-147)

Todavia, destaca Lenio Streck que tais recepções se deram de maneira acrítica, sendo que os três aportes teóricos acima mencionados possuem um traço em comum: o protagonismo judicial. Tendo em vista que a proposta do trabalho limita-se a uma exposição da problemática do ativismo judicial em solo brasileiro, me limitarei à análise desta, iniciando, dessa forma, com a origem do ativismo nos Estados Unidos e, logo após, demonstrar como ocorreu a recepção teórica nos tribunais brasileiro, especificamente no Supremo Tribunal Federal.

# 3.1 ORIGENS: OS ESTADOS UNIDOS DA AMERICA COMO PRECURSOR DO TERMO “ATIVISMO JUDICIAL”[[148]](#footnote-148)

Assim como o processo de redemocratização brasileiro está para 1988, o surgimento do termo ativismo judicial está para 1947. O primeiro registro do termo “ativismo judicial” é devido ao trabalhado desenvolvido por Arthur Schlesinger Jr, que publicou um artigo intitulado “The Supreme Court: 1947”, na revista Fortune, em janeiro de 1947.

Schlesinger constatou que o quanto uma determinada corte deve se sujeitar as opiniões críticas aos seus julgados é completamente proporcional ao quanto tal corte se mostra vital ao país.

No artigo mencionado no primeiro parágrafo deste tópico, Schlesinger constatou que a então formação da Suprema Corte Americana encontrava-se dividida em dois polos: um, nitidamente ativista, em que ocupava a linha de frente Hugo Black e, no outro polo, Felix Frankfurther, representando os autorrestritivos.

Ao expor o termo ativismo judicial, Schlesinger defende que o juiz será ativista quando substituir a vontade do legislador em prol da defesa dos direitos dos cidadãos, mesmo que para que tal fato se concretizasse fosse necessária uma correção judicial dos erros do legislador.

Em sentido completamente contrário, os juízes autorrestritivos, segundo o autor, seriam aqueles que defendem uma cisão entre a Suprema Corte e o campo da política, agindo com respeito à vontade do legislador.

Assim, da análise feita por CAMPOS, verifica-se que para os juízes autorrestritivistas a função de julgar deveria se distanciar das convicções particulares do indivíduo e se abster no ato de revisão de leis, tendo em vista que a correção de erros legislativos compete, afinal aos membros do poder legislativo.

Juízes ativistas, ao seu turno, tomam iniciativa para criar o direito, ainda mais quando o caso tratar de direitos humanos, fazendo com que o magistrado atue conforme suas convicções pessoais e se distancie do texto expresso na constituição.

Acerca da posição do autor, Schlesinger tomou partido da corrente da autorrestrição judicial, tendo em vista que, de acordo com o seu entendimento, os maiores interesses da democracia nos Estados Unidos requere que a Corte retraia ao invés de expandir seu poder.

Todavia, admite que um posicionamento ativista se justificaria caso as liberdades que a participação política dos indivíduos fossem ameaças. Dessa forma, Schlesinger admite que a prática do ativismo pode ocorrer, desde que não de forma absoluta.

## 3.1.1 O caso Marbury vs Madison

O *case* acima apresentado tem como contexto a promulgação da Lei Orgânica do Distrito Federal de Columbia, com o escopo de prover 42 cargos de *justice of the Peace*.[[149]](#footnote-149)

Com o fim do governo federalista de John Adams, assume o presidente republicano Thommas Jefferson, que nomeia James Madison como *Secretary of State.* John Marshall, *Secretary of State* do governo anterior, passa a ocupar o cargo de presidente da Suprema Corte.

Dos 42 cargos que deveriam ser ocupados, 16 não foram nomeados, pois John Marshall afirmara que não teve tempo para realizar as formalidades necessárias.[[150]](#footnote-150)

Após tal acontecido, alguns dos nomeados que não foram titulados no cargo ajuizaram um *writ of mandamus* na Suprema Corte, alegando a Seção 13 do *Judiciary Act* de 1789, que atribuía a competência originária à Suprema Corte para julgar o *writ of mandamus* contra autoridades públicas.[[151]](#footnote-151)

Ao julgar o caso, a Suprema Corte reconheceu o direito de Marbury ao cargo e também de se tratar da hipótese de jurisdição originária. Todavia, negou o pedido formulado sob o fundamento de que a constituição não outorgara essa competência de jurisdição originária, declarando inconstitucional a norma emanada pelo congresso.

Conforme o entendimento de Carlos Alexandre de Azevedo Campos, a decisão proferida no *case* Marbury vs. Madison foi ativista em duas perspectivas. Primeira, pois através de uma falta de deferência para com o congresso, tendo em vista que não existência de nenhuma precisão legal na constituição que afastasse a competência normativa.

E a segunda, tendo em vista que a Suprema Corte criou o mecanismo da *judicial review* sem que a constituição contivesse qualquer previsão acerca do instituto em questão.[[152]](#footnote-152)

A partir da proposta multidimensional de Azevedo Campos, é possível verificar, sob outra perspectiva, que a decisão em Marbury vs. Madison também pode ser compreendida como autorrestritiva, tendo em vista que a corte retraiu seu poder decisório para se abster de intervir na ação do governo federal sobre a violação do direito de Marbury. [[153]](#footnote-153)

## 3.1.2 O caso Dred Scott vs Sandford

O contexto histórico do caso Dred Scott vs Sandford remonta aos primórdios da guerra civil americana e ao debate da abolição da escravidão em solo americano. A história do *case* tem início em 1830, quando o John Emerson, major do exército, compra o escravo Dred Scott, justamente em uma época em que boa parte dos americanos não mais toleravam tal prática.

A partir dessa compra, Emerson, na companhia de seu escravo, passa a trafegar por diferentes estados americanos, inclusive estados em que a escravidão era proibida como, por exemplo, Rock Island, no Estado Illinois, e no território de Wisconsin.[[154]](#footnote-154)

Aproveitando-se da instabilidade política e do seu casamento com Harriet Robinson, Dred Scott tenta comprar sua liberdade, que resta inexitosa. Em sede judicial, Scott processa Emerson e resta vitorioso, tendo em vista que residia em território livre da escravidão.[[155]](#footnote-155)

Todavia, Emerson recorre a Suprema Corte e, no ano de 1852, reverte a decisão de primeiro grau. Com a morte de seu proprietário, a posse do escravo Dred Scott passa para o irmão de John Emerson, John Sandford, e assim se inicia novo processo pleiteando a liberdade do escravo.

Em grau de apelação, o *Chief Justice* Roger Taney decidiu que Dred Scott não era membro da comunidade política, mas sim um negro e, assim como seus ancestrais, fora trazido para a américa na qualidade de escravo e que, na promulgação da constituição, os escravos foram considerados como uma classe de seres humanos inferiores e que eram subjulgados pela raça dominante.[[156]](#footnote-156)

Dessa forma, o ativismo da decisão da Suprema Corte se manifesta, sob o primeiro ponto de vista, na afirmação de que negros são uma raça infeliz, simples e como mero artigo de mercancia. [[157]](#footnote-157)

Sob o segundo ponto de vista, foi autorrestritiva, tendo em vista que o *Chief Justice* Roger Taney julgou o caso fundamentando que era necessário entender o status do negro quando da promulgação da constituição, respeitando, assim a vontade dos *founding fathers.* O que ocorreu, em verdade, foi que o *Chief Justice* negou a possibilidade de a corte adotar o papel de pode constituinte reformador.[[158]](#footnote-158)

## 3.1.3 O caso Lochner vs New York

O caso Lochner vs New York tratava acerca da possibilidade de uma lei estadual, que criminalizava a exigência ou a permissão de jornada de trabalho para padeiros acima de 70 horas semanais, ter representado um exercício regular do poder polícia e, dessa forma, ter interferido o poder legislativo nas relações privadas entre contratante e contratado.[[159]](#footnote-159)

Em resumo, decidiu a Suprema Corte que a lei era inconstitucional por restringia, sem fundamento razoável, a relação contratual entre empregador e empregado no que se refere ao número de horas de trabalho e, consequentemente, violando, dessa forma, a liberdade do indivíduo protegida pela XIV Emenda da Constituição Federal.[[160]](#footnote-160)

Novamente, pela proposta de Carlos Alexandre de Azevedo Campos, a decisão pode ser compreendida sobre duas perspectivas ativistas: a primeira, pois a Suprema Corte defendeu um direito de contratar que não estava previsto na constituição, que foi deduzido de um princípio extremamente vago, qual seja, do devido processo legal; e a segunda, consistente na intervenção da corte no poder legislativo, faltando com deferência em relação à capacidade epistêmica do legislador.

## 3.1.4 Do conceito de Ativismo Judicial

O Estado Democrático de Direito brasileiro surge a partir de um processo de redemocratização instaurado com a constituição federal de 1988. Tal acontecimento foi possível através do exercício de um Poder Constituinte Originário que, dentre suas principais características, é ilimitado, autônomo e inicial.

Ilimitado, pois não sofre nenhuma limitação do direito que a ele preexiste. Autônomo, pois somente cabe àquele que o exerce estabelecer os termos em que a nova constituição será estabelecida e qual direito será implantado. E por fim, inicial, pois instaura uma nova ordem jurídica em solo nacional, rompendo com a anterior.[[161]](#footnote-161)

Com a instauração da nova ordem jurídica, ocorre uma verdadeira institucionalização do poder, que passa a ser exercido pelos órgãos indicados na Constituição Federal e na forma por ela prescrita. [[162]](#footnote-162)

É justamente com o princípio da separação dos poderes que se dá a divisão do exercício do poder que será exercido por tais órgão. A Separação dos poderes decorre do próprio texto constitucional de 1988, no qual, em seu artigo 2º, aduz que *são poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o judiciário.*

Nesse sentido, aduz José Afonso da Silva quando afirma que

A divisão de poderes fundamenta-se, pois, em dois elementos: a) especialização funcional, significando que cada órgão é especializado no exercício de uma função; assim, às assembleias (Congresso, Câmaras, Parlamento) se atribui a função Legislativa; ao Executivo, a função executiva; ao Judiciário, a função jurisdicional; b) independência orgânica, significando que, além da especialização funcional, é necessário que cada órgão seja efetivamente independente dos outros, o que postula ausência de meios de subordinação. Trata-se, pois, como seve de uma forma de organização jurídica das manifestações do poder.[[163]](#footnote-163)

Dessa forma, o que se pretende com a separação dos poderes é atribuir determinadas funções a órgãos que são independentes entre si e que, por evidente, tem-se como vedada a participação destes órgãos em funções que não aquelas que tipicamente são atribuídas a eles na constituição.[[164]](#footnote-164)

Todavia, em que pese as atividades dos órgãos estarem delimitadas na constituição, existe a possibilidade de compartilhamento das funções nos limites impostos pela própria carta magna.

Assim, na linha argumentativa de José Afonso da Silva, o princípio da separação dos poderes não possui a mesma rigidez de outrora, tendo em vista que hoje há uma clara necessidade do relacionamento harmônico entre os poderes.[[165]](#footnote-165)

Nessa linha de pensamento, é possível afirmar que o Ativismo Judicial se traduz intromissão aquém dos limites estabelecidos pela carta magna dos poderes em detrimento, principalmente, do Poder Legislativo. O que ocorre, em verdade, é a prática do núcleo essencial da função legislativa pelo Poder Judiciário.[[166]](#footnote-166)

Todavia, como bem aduz Clarissa Tassinari, o instituto do Ativismo Judicial se diferencia da judicialização da política, expressões estas que ganharam espaço no período pós 1988.

De início, é necessário destacar que ambas expressões traduzem a ideia de um acentuado grau de judicialização que o direito brasileiro assumiu. Todavia, é necessário realizar as devidas diferenciações.

É inexorável que a judicialização da política tem como principal característica a relação entre Direito, Política e Judiciário. É justamente com o constitucionalismo que se dá uma tentativa jurídica de oferecer limites ao poder político, através das constituições.[[167]](#footnote-167)

Ademais, na linha argumentativa de Luis Roberto Barroso, a judicialização pode ser compreendida muito mais como uma circunstância que decorre do modelo constitucional adotado no Brasil do que como uma mera vontade política, pois caso determinada norma permite que o cidadão tenha uma pretensão jurídica, cabe ao judiciário apreciar ao direito alegado e julgá-lo. [[168]](#footnote-168)

Na mesma seara, Clarissa Tassinari aduz que a judicialização decorre da maior consagração de direitos e regulamentos constitucionais e que, por consequência, acabam por legitimar os indivíduos a pleitear direitos nas portas do judiciário.[[169]](#footnote-169)

Consubstanciado no acima afirmado, tem-se que a judicialização da política independe da vontade daquele que irá julgar a demanda. A grande questão acerca de tal expressão que, de uma forma ou de outra, possui uma relação com o Ativismo Judicial, está na incapacidade do Estado em implementar os direitos constitucionalmente previstos, o que acaba por gerar toneladas de ações judiciais pleiteando tais direitos.[[170]](#footnote-170)

O Ativismo Judicial, ao seu turno, se traduz numa atitude positiva no sentido de como o magistrado irá interpretar o texto constitucional, expandindo ou retraindo o alcance da norma.[[171]](#footnote-171)

Ao conceituar o Ativismo Judicial, TASSINARI chega a conclusão que este é caracterizado como uma atuação do Poder Judiciário via competências que não lhe são atribuídas no texto constitucional, invadindo a esfera dos outros poderes. [[172]](#footnote-172)

Demonstrando algumas das diversas hipóteses em que o Ativismo Judicial se evidencia, BARROSO aduz que

A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.[[173]](#footnote-173)

Portanto, verifica-se que o ativismo judicial evidencia um agir do judiciário além dos limites impostos pela constituição, ao passo que a judicialização da política se traduz na ideia de insuficiência dos demais poderes, principalmente do legislativo.

# 3.2 O ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL

## 3.2.1 O controle de constitucionalidade antes da constituição de 1988

No império, datado de 1824 a 1889, não havia qualquer previsão acerca do controle de constitucionalidade por parte do judiciário, tendo em vista que a guarda da constituição era tarefa do Poder Legislativo. Além disso, a previsão do Poder Moderador, que tinha como função primordial a manutenção da Independência, equilíbrio e harmonia dos demais Poderes Políticos.

Foi com o advento da república que o Brasil avançou em direção ao constitucionalismo norte-americano. Rui Barbosa foi o responsável por tais mudanças que, através do Decreto n.º 880 de 11 de outubro de 1890 e na constituição republicana, que restou organizada a Justiça Federal.[[174]](#footnote-174)

Por meio do Decreto nº 510, artigo 58, §1º, a e b, que foi realizada a criação do Supremo Tribunal Federal. Restou estabelecido no artigo 56 da Constituição Republicana de 1891 que o Supremo Tribunal Federal seria composto por quinze juízes, que seriam nomeados dentre os cidadãos de notável sabe e reputação, elegíveis para o Senado.

Além disso, teriam cargos vitalícios e somente poderiam perde-los em caso de sentença judicial. Uma das grandes evoluções no que se refere à proteção dos direitos individuais consiste na positivação do Habeas Corpus como garantia constitucional, previsto no artigo 72, §22, e que seria concedido sempre que alguém sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência por meio de prisão ou constrangimento ilegal em sua liberdade de locomoção.

Com o Governo Provisório, iniciaria o momento da história constitucional brasileira em que a Suprema Corte sofreria constantes ataques por meio do Poder Executivo.[[175]](#footnote-175)

Por meio do Decreto n.º 19.656 de 3 de fevereiro de 1931, foi reduzido o número de ministros para 11 no Supremo Tribunal Federal e, apenas alguns dias depois, aposentou compulsoriamente seis ministros. A constituição de 1934, em seu artigo 73, estabeleceu que a Corte Suprema, com sede na Capital da República e jurisdição em todo o território nacional, compunha-se de onze Ministros, ou seja, em nada alterou o teor do Decreto n.º 19.656 de 1931.

Com a constituição outorgada de 1937, se deu início ao período chamado de Estado Novo, tendo como grande representante Getúlio Vargas. Pela leitura do artigo 97, verifica-se que fora mantido o número de 11 ministro no Supremo Tribunal Federal e a vitaliciedade, não podendo perder o cargo a não ser em virtude de sentença judiciária, exoneração a pedido, ou aposentadoria compulsória, aos sessenta e oito anos de idade ou em razão de invalidez comprovada, e facultativa nos casos de serviço público prestado por mais de trinta anos, na forma da lei.

Foi no governo Vargas que ocorreu um nítido enfraquecimento do poder de controle de constitucionalidade, tendo em vista que o artigo 96 estabelecera que no caso de que fosse declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, fosse necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderia o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmasse por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficaria sem efeito a decisão do Tribunal.

A partir da constituição de 1946, a democracia foi restaurada. O Supremo Tribunal Federal manteve sua composição com 11 ministros, sendo competência do Senado Federal aprovar, mediante voto secreto, a escolha de magistrados, nos casos estabelecidos por esta Constituição. Todavia, tal disposição foi alterada pelo Ato institucional n.º 2, aumentando o número de ministros do Supremo Tribunal Federal para dezesseis

Durante o governo militar, foi editada a Emenda Constitucional n.º 16 para alterar o texto do artigo 101, inciso I, alínea k, passando a dispor que ao Supremo Tribunal Federal compete processar e julgar originariamente a representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República. Assim surgiu a arguição de inconstitucionalidade, por via ação direta, de lei federal e estadual nas hipóteses de violação à constituição.[[176]](#footnote-176)

Com a constituição de 1967 e já com a devida formalização da ditadura via Ato Institucional, a composição do Supremo Tribunal Federal foi, novamente, reduzida para onze ministros por meio do Ato Institucional n.º 6. Foram mantidas as competências para julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância por outros tribunais, quando a decisão recorridacontrariar dispositivo desta Constituição ou negar vigência de tratado ou lei federal e der à lei federal interpretação divergente da que lhe tenha dado outro Tribunal ou o próprio Supremo Tribunal Federal.

Fora preservada a competência do Supremo Tribunal Federal para julgar o habeas corpus e o mandado de segurança.[[177]](#footnote-177)

## 3.2.1.1 O Supremo Tribunal na história constitucional brasileira: um passado de submissão e opressão política

Foi através do Decreto 848 de 1890, com uma nítida inspiração na Suprema Corte Americana, que o Supremo Tribunal Federal foi criado, iniciando, dessa forma, uma trajetória extensa de submissão ao poder político dos mais diversos cenários econômicos que o Brasil vivenciou desde o século XIX.

Após a renúncia do então presidente Deodoro da Fonseca, assume, dessa forma, o vice-presidente e inimigo político daquele, Floriano Peixoto. Em meados de abril de 1892, Floriano Peixoto decretou o Estado de Sítio após a ocorrência de manifestações na capital federal.[[178]](#footnote-178)

Após diversas prisões e findo o Estado de Sítio, Rui Barbosa impetra Habeas Corpus no Supremo Tribunal Federal em prol dos presos políticos. Antes do julgamento propriamente dito, Floriano Peixoto afirma que “se os juízes do tribunal concederem Habeas Corpus aos políticos, eu não sei quem amanhã lhe dará o habeas corpus de que, por sua vez, necessitarão”.[[179]](#footnote-179)

Não foi de outra maneira que o julgamento ocorreu. Foi denegado por maioria o Habeas Corpus. Em 1893, Rui Barbosa impetra três Habeas Corpus no Supremo Tribunal em favor de presos políticos. Após o julgamento favorável dos dois primeiros, o presidente da república publicou uma nota do Diário Oficial demonstrando sua insatisfação com a decisão da corte. [[180]](#footnote-180)

No julgamento do terceiro Habeas Corpus, que foi impetrado em favor de Eduardo Wandenkolk e de outros militares, a corte foi alertada de que, caso o pedido fosse julgado procedente, esta seria dissolvida. Receosa, a corte julgou com prejudicado o pleito defensivo, tendo em vista que os pacientes estariam sujeitos à jurisdição militar. [[181]](#footnote-181)

Todavia, a decisão foi revista no ano seguinte e, ao Floriano Peixoto tomar ciência desta se recusou a cumpri-la, tendo em vista que a considerou contrária às leis e imemoriais militares.

O início do século XX ficou marcado como a luta do Supremo Tribunal Federal contra o fortalecimento dos Estados, política está iniciada por Campos Sales. Foi com a revolução de 1930 que ministros foram aposentados e a atuação dos remanescentes foi extremamente limitada.

A partir da Reforma Constitucional de 1926, o texto do artigo 72, §22[[182]](#footnote-182) foi alterando, limitando o alcance do Habeas Corpus, além da inclusão do §5º ao artigo 60[[183]](#footnote-183), excluindo do controle judicial os atos de intervenção nos Estados, os atos praticados pelo Legislativo e Executivo durante o estado de sítio.

O período do Estado Novo, por meio da Constituição de 1937, foi desastroso para a história do Supremo Tribunal Federal. Tendo em vista que o mandado de segurança e o Habeas Corpus perderam seu status constitucional, o Supremo Tribunal Federal teve de aceitar que os atos políticos do executiva ficassem cada vez mais excluídos da apreciação judicial.[[184]](#footnote-184)

Foi em 31 de março de 1964 que os militares assumiram o poder, instaurando uma ditadura que perduraria por 21 anos. Já no ano seguinte fora editado o Ato Institucional n.º 2, aumentando o número de ministros no Supremo Tribunal Federal para 16, sendo nomeados, dessa forma, 5 juízes com nítida vinculação aos ideais políticos do governo.[[185]](#footnote-185)

Através do Ato Institucional nº 5, foram aposentados compulsoriamente quatro ministros. Após tais aposentadorias, outros dois ministros renunciaram aos cargos no Supremo Tribunal como ato de protesto, restando, dessa forma, apenas 11 ministros nomeados por Presidentes militares. Com o ato institucional n.º 6, foi reduzido o número de ministros para onze.[[186]](#footnote-186)

Com uma corte completamente militarizada, não houve qualquer tipo de oposição aos atos do governo, situação essa que somente mudaria após o processo de redemocratização instaurado com a constituição de 1988.

## 3.2.2 O controle de constitucionalidade após da constituição de 1988 no que tange à Ação Declaratória de Constitucionalidade

## 3.2.2.1 Legitimidade

A legitimidade para a propositura da Ação Declaratória de Constitucionalidade se encontra prevista no artigo 13 da Lei 9869/99. Todavia, tendo em vista as diversas críticas que sofreu tal previsão legal, foi editada a Emenda Constitucional n.º 45/04, alterando a redação do artigo 103 da Constituição Federal[[187]](#footnote-187), tornando idêntica a legitimidade para propor a Ação Declaratória de Constitucionalidade e a Ação Direta de Inconstitucionalidade.

## 3.2.2.2 Requisitos para a propositura

Os requisitos para propositura da Ação Declaratória de Constitucionalidade encontram-se previstos no artigo 14 da Lei 9869/99. Todavia, o requisito que vem tomando maior expressão nos debates na doutrina é aquele previsto no inciso III, qual seja, a existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação da disposição objeto da ação declaratória.

A previsão acerca da demonstração de controvérsia judicial relevante é imprescindível para a propositura da ação, requisito este inexistente para a Ação Direta de Inconstitucionalidade.

Como bem aduz MARINONI, a questão central acerca da controvérsia jurídica gira em torno da divergência entre o Judiciário e o Legislativo, e não uma mera divergência entre os tribunais.[[188]](#footnote-188)

A petição inicial inepta, não fundamentada e a manifestamente improcedente será liminarmente indeferidas pelo relator, e de tal decisão cabe agravo. Imperioso destacar que uma vez proposta a ação declaratória, não se admitirá desistência.

Também não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação declaratória de constitucionalidade. Todavia, em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

Além da hipótese do *Amicus Curieae* acima destacada, o relator poderá solicitar, ainda, informações aos Tribunais Superiores, aos Tribunais federais e aos Tribunais estaduais acerca da aplicação da norma questionada no âmbito de sua jurisdição.

## 3.2.2.3 Objeto

O objeto a ser analisado na presente ação encontra limite pelo próprio texto constitucional. Enquanto a Ação Direta de Inconstitucionalidade possui objeto mais amplo, qual seja, ato normativo federal ou estadual, a Ação Declaratória de Constitucionalidade limita-se a lei ou ato normativo federal.[[189]](#footnote-189)

## 3.2.2.4 Medida cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade

Não consta no texto constitucional a previsão de medida cautelar em sede de Ação Declaratória de Constitucionalidade. Todavia, a Lei n.º 9868/99 previu, em seu artigo 21, parágrafo único, que O Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, poderá deferir pedido de medida cautelar na ação declaratória de constitucionalidade, consistente na determinação de que os juízes e os Tribunais suspendam o julgamento dos processos que envolvam a aplicação da lei ou do ato normativo objeto da ação até seu julgamento definitivo.

Concedida a medida cautelar, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário Oficial da União a parte dispositiva da decisão, no prazo de dez dias, devendo o Tribunal proceder ao julgamento da ação no prazo de cento e oitenta dias, sob pena de perda de sua eficácia.

No que se refere aos efeitos da referida decisão, destaca-se que o artigo 102, §2º da Constituição Federal deixa claro que as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Todavia, conforme leciona STRECK[[190]](#footnote-190), se o próprio texto constitucional não trouxe previsão acerca da concessão de medida cautelar em sede de Ação Declaratória de Constitucional, não poderia o legislador ordinário o fazer. Tal prática consiste em, de fato, uma Emenda Constitucional.

## 3.2.2.5 Da decisão

A decisão sobre a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo somente será tomada se presentes na sessão pelo menos oito Ministros (art. 22).

Efetuado o julgamento, proclamar-se-á a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da disposição ou da norma impugnada se num ou noutro sentido se tiverem manifestado pelo menos seis Ministros, quer se trate de ação direta de inconstitucionalidade ou de ação declaratória de constitucionalidade (art. 23).

Proclamada a constitucionalidade, julgar-se-á improcedente a ação direta ou procedente eventual ação declaratória; e, proclamada a inconstitucionalidade, julgar-se-á procedente a ação direta ou improcedente eventual ação declaratória (art. 24).

## 3.2.2 O avanço do ativismo no Supremo Tribunal Federal: quais seriam os motivos?

Como já foi demonstrado, o período anterior à 1988 foi marcado por um Supremo Tribunal Federal que constantemente sofria ataques por parte do Executivo e que, como consequência, acarreta em um baixo poder decisório. Ou seja, os líderes políticos constrangiam a independência do Supremo Tribunal Federal em prol dos seus próprios interesses.[[191]](#footnote-191)

Um dos fatores que explicam o avanço do ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal consiste em fatores institucionais, tais como emendas constitucionais e leis ordinárias, que, de uma forma ou de outra, ampliaram a capacidade de se provocar a jurisdição da Suprema Corte.[[192]](#footnote-192)

Ademais, verifica-se que o próprio modelo de estado adotado pelas constituições brasileiras tem sido um fato determinante para o avanço do ativismo judicial, qual seja, o estado democrático-social, que se caracteriza como um estado atuante, intervencionista.[[193]](#footnote-193)

Como bem leciona Elival da Silva Ramos, nesse modelo de estado adotado ao poder judiciário somente caberia a função de controle da atividade interventiva dos demais poderes. Em contrapartida, sobre o próprio judiciário recai as expectativas da sociedade acerca da consecução dos fins que a Constituição tem como premissa, contribuindo, dessa forma, para uma impulsão do ativismo judicial para concretizar tais fins, mesmo que para isso tenham que ignorar determinadas etapas legais.[[194]](#footnote-194)

Em que pese a constituição de 1988 tenha instaurado um processo de redemocratização do país, o passivismo judicial persistiu por um certo tempo, o que era de se esperar, tendo em vista que o Supremo Tribunal Federal passou a atuar com cautela por desconhecimento do cenário político que lá estava.

Com o passar do tempo, o cenário político, tanto por parte do Congresso Nacional quanto por parte do próprio Poder Executivo, demonstrou uma certa tolerância com as decisões da corte, fator este determinante para estimular a liberdade decisória dos ministros.[[195]](#footnote-195)

Não foi de outro jeito que deste o fim da Ditadura Militar de 1964 não houve nenhum presidente que praticou atos atentatórios com a autonomia da mais alta corte do Judiciário. Ou seja, o próprio Executivo garantiu um ambiente favorável para o desenvolvimento do ativismo judicial dentro da cúpula do Supremo Tribunal Federal.[[196]](#footnote-196)

Ainda, outro motivo que pode justificar o avanço do ativismo no Supremo Tribunal Federal é de ordem sociológica. A tarefa legislativa, ainda mais quando se trata de assuntos extremamente controversos (aborto, legalização da maconha, morte de fetos anencéfalos...) tem um custo político enorme para os representantes do Poder Legislativo e, dessa forma, transferem esse ônus decisivo para a Corte Suprema. [[197]](#footnote-197)

Somado ao fator acima exposto, é de se destacar uma nítida alteração do respeito à literalidade da lei a uma acentuação da criatividade decisória. Como já demonstrado nesse trabalho, o Supremo Tribunal sofreu com a censura por parte do Poder Executivo Federal, o que acarretou, pelo menos no início da constituição de 1988, a uma postura autorrestritiva da corte.

Todavia, como bem salienta AZEVEDO CAMPOS, tal prática autorrestritiva não era compatível com a aspiração normativo-trasformativa da nova constituição que ai estava. Eram necessárias reflexões e práticas interpretativas para oxigenar a o comportamento adjudicatório do Supremo Tribunal Federal.[[198]](#footnote-198)

Portanto, podemos concluir que o perfil do Supremo Tribunal Federal pré-constituição de 1988 é de uma corte submetida ao controle da autoridade do Poder Executivo Federal e com baixo poder decisório, ao passo que, a partir do processo de redemocratização da constituição de 1988, a corte alterou sua postura, com o passar dos anos, para uma ativista, ampliando seu papel institucional, invadindo a esfera do Poder Legislativo, se valendo de interpretações criativas e argumentos de ordem moral.

## 3.2.3 O Ativismo Judicial a partir da Crítica Hermenêutica do Direito

Como já afirmado neste trabalho, o ativismo judicial faz parte das três (inadequadas) recepções teóricas pós-constituição de 1988 que tem como ponto em comum o protagonismo judicial.

Foi através do *neoconstitucionalismo* que acabou se incentivando uma recepção acrítica do ativismo judicial, além das outras duas concepções teóricas que não serão abordadas a fundo neste trabalho (ponderação alexyana e jurisprudência dos valores).

Em que pese o fato de que não adentrarei nesta temática, é de suma importância uma visão panorâmica acerca da jurisprudência dos valores. Tendo em vista as atrocidades que foram cometidas pelo Terceiro Reich na segunda guerra mundial, foi necessário repensar o direito a partir de uma ideia de autonomia em relação a política.[[199]](#footnote-199)

A jurisprudência dos valores, em verdade, conforme André Karam Trindade,

é o movimento impulsionado a partir da atividade exercida pelo tribunal constitucional que alça o protagonismo judicial no cenário alemão, cujo objetivo era romper com o modelo jurídico vigente à época do nazismo e, paralelamente, legitimar as decisões tomadas com base na Constituição outorgada, em 1949, pelos aliados.

Dessa forma, foi justamente com o objetivo de superar o formalismo do texto legal proposto pela legislação nacional socialista que a jurisprudência dos valores como uma alternativa para romper com o formalismo legal alemão.

De acordo com Lenio Streck, em um primeiro momento, foi vantajosa a importação do neoconstitucionalismo e das teorias atreladas a ele justamente em decorrência do atraso do Brasil em vivenciar um “novo mundo constitucional”.[[200]](#footnote-200)

Todavia, em decorrência das especificidades do direito brasileiro[[201]](#footnote-201), tais importações teóricas (ponderação alexyana, jurisprudência dos valores e ativismo judicial) acabaram por corromper o texto constitucional, pois o neoconstitucionalismo defende

“ao mesmo tempo, um direito constitucional de efetividade; um direito assombrado pela ponderação de valores; uma concretização *ad hoc* da Constituição e uma pretensa constitucionalização do ordenamento a partir de jargões vazios de conteúdo e que reproduzem o prefixo *neo* em diversas ocasiões, como: *neoprocessualismo e neopositivismo.”[[202]](#footnote-202)*

No caso brasileiro, o ativismo judicial “às avessas”, como bem destaca Lenio Streck, criador da Crítica Hermenêutica do Direito, aparece, por exemplo, como um princípio no anteprojeto do Código Brasileiro de Processo Coletivo[[203]](#footnote-203) e, por tal motivo, o autor se vale da expressão Constitucionalismo Contemporâneo para evitar os mal-entendidos que o termo neoconstitucionalismo acompanha.

Por ativismo judicial às avessas, André Karam Trindade[[204]](#footnote-204) entende que este é aquele em que

“Se confere discricionariedade aos juízes para, nos casos concretos, buscarem em suas consciências uma solução que atenda aos fins de justiça social, autorizando-os tanto à criação do direito quanto ao gerenciamento processual, o que implica uma intervenção indevida tanto na esfera administrativa quanto legislativa”.

Como bem adverte Lenio Streck, não é correto trazer o conceito da discricionariedade administrativa para o âmbito judicial, tendo em vista as suas particularidades. Enquanto em um o intérprete está autorizado por lei a agir de maneira discricionária, no âmbito judicial não há uma legislação que autorize tal fato ao intérprete.[[205]](#footnote-205)

Dessa forma, o poder do administrador pode ser vinculado ou discricionário. Será vinculado quando a lei não deixa opções de escolhe ao administrador, sendo que, preenchido determinados requisitos, a administração deverá agir de determinada forma, sob pena de correção judicial.[[206]](#footnote-206)

O poder discricionário, ao seu turno, é entendido como a possibilidade de a autoridade administrativa poder optar por uma dentre as várias opções que a lei oferece, despiciendo afirmar que todas essas são válidas.[[207]](#footnote-207)

Em relação ao controle exercido pelo Poder Judiciário nos atos administrativos, é de suma importância se ter clara a diferença entre os poderes vinculado e discricionário. No que tange ao poder discricionário, existe a possibilidade dos atos administrativos serem controlados pelo judiciário.

Todavia, a margem de discricionariedade que a lei confere ao administrador deverá ser respeitada pelo magistrado, tendo em vista que tal margem de atuação foi conferida pelo legislador. Os atos vinculados, por sua vez, podem ser controlados pelo judiciário sem qualquer tipo de restrição, tendo em vista que os requisitos do ato estão previstos em lei.[[208]](#footnote-208)

A situação muda drasticamente no âmbito judicial. Como já afirmado, enquanto na esfera administrativa existe uma lei que permite uma margem de discricionariedade ao administrador, na esfera judicial tal lei é inexistente. Dessa forma, o magistrado cria uma norma que será aplicada a determinado caso.[[209]](#footnote-209)

É nesse sentido que STRECK[[210]](#footnote-210) aduz que

“(...) o que se chama de discricionariedade judicial nada mais é do que uma abertura criada no sistema para legitimar, de forma velada, uma arbitrariedade, não mais cometida pelo administrador, mas pelo Judiciário”.

Em que pese o fato da discricionariedade existente no Judiciário, Lenio Streck pondera que tais críticas não significam em uma proibição de interpretar, tendo em vista que o próprio ato de interpretar é dar sentido a algo. A crítica em si consiste no fato de que a concretização dos textos não pode depender da subjetividade do intérprete.[[211]](#footnote-211)

Como bem destacado por André Karam Trindade, o protagonismo judicial é a expressão empregada para designar a posição de destaque do juiz no Estado Constitucional de Direito, fato este que se deve em decorrência de uma passagem do passivismo para o ativismo judicial, a expansão do Poder Judiciário e a judicialização da política.[[212]](#footnote-212)

Ou seja, permitindo que o sentido da norma seja fruto da vontade do intérprete, na prática estaria se legitimando a criação de juízes autorizados a legislar, tendo em vista que o próprio poder discricionário estaria auxiliando na criação do objeto de conhecimento.[[213]](#footnote-213)

Com esse Constitucionalismo Contemporâneo, Lenio Streck aduz que outro dos diversos fenômenos inerentes a ele é o panprincipiologismo, expressão que o jurista gaúcho utiliza para mencionar um surgimento desenfreado de enunciados com o escopo de resolver problemas concretos e que, justamente em decorrência de tal fenômeno, a ponderação Alexyana acabou por se tornar um princípio nos Tribunais brasileiros.[[214]](#footnote-214)

É nesse sentido que o professor afirma que

“Na ausência” de “leis apropriadas” (a aferição desse nível de adequação é feita, evidentemente, pelo protagonismo judicial), o intérprete “deve” lançar mão dessa ampla principiologia, sendo que, na falta de um “princípio” aplicável, o próprio intérprete pode cria-lo.”[[215]](#footnote-215)

Portanto, a Crítica Hermenêutica do Direito vem como uma resposta para esse Constitucionalismo Contemporâneo, estabelecendo, nos dizeres de Clarissa Tassinari, uma nova Teoria das Fontes e da Interpretação.[[216]](#footnote-216)

# 3.3 O ATIVISMO JUDICIAL, A ADC N.º 44 E O FATOR HUMPTY DUMPTY NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO: PODE O JUIZ DAR À LEI O SENTIDO QUE BEM ENTENDER?

O que é um presente de desaniversário? - pergunta Alice para Humpty Dumpty. De prontidão, este responde que é um presente dado quando não é seu aniversário.

Ao ser questionado por Alice sobre o sentido de desaniversário – e de glória, que o personagem afirma significar “um belo e demolidor argumento” – Humpty Dumpty afirma “quando eu uso uma palavra, ela significa exatamente o que quero que signifique: nem mais nem menos”.

A questão, como bem afirma Humpty Dumpty, não é saber se pode fazer as palavras significarem tantas coisas diferentes, mas sim saber quem vai mandar.

Esse momento da trama desenvolvida por Lewis Carroll em “Alice através do espelho” se assemelha em muito com o modelo autoritário do processo penal desenvolvido por Luigi Ferrajoli, ou seja, processo penal com características inquisitivas.[[217]](#footnote-217)

O referido modelo tem dois pontos centrais no seu fundamento teórico. O primeiro, de que o objeto de conhecimento do processo penal deixa de ser única e exclusivamente a lei para permitir que o desvio de conduta e a pessoa do delinquente possam ser analisados concomitantemente.[[218]](#footnote-218)

Por sua vez, o segundo elemento do modelo antigarantista desenvolvido por Ferrajoli consiste no decisionismo processual. Tal decisionismo se caracteriza pela falta de fundamentos e, em grande parte, da subjetividade do julgador quando na prolação das diversas decisões.

Dessa forma, Ferrajoli afirma que tal subjetividade se manifesta em duas formas:

“Por uma lado, no caráter subjetivo do tema processual, consistente em fatos determinados em condições ou qualidades pessoais, como a vinculação do réu a “tipos normativos de autor” ou a congênita natureza criminal ou periculosidade social; por outro lado, manifesta-se também no caráter subjetivo do juízo, que, na ausência de referências fáticas determinadas com exatidão, resulta mais de valorações, diagnósticos ou suspeitas subjetivas do que provas de fato.”[[219]](#footnote-219)

Quando a operação lava jato começara a ganhar contornos demasiadamente enormes, Lenio Streck alertou os juristas brasileiros acerca dos perigos jurídicos que tal operação estava ocasionando. Na data de 29 de março de 2015, Antônio Bochenek e Sergio Moro, ambos juízes, publicaram um artigo no jornal *Estadão[[220]](#footnote-220)* afirmando que o problema da impunidade era o processo.

Em tal artigo, afirma-se que a solução é atribuir à sentença condenatória eficácia imediata, independentemente da possibilidade de interposição de recursos, quando se tratar de crimes graves, como lavagem de dinheiro.

Inclusive, afirmam categoricamente que a proposição não viola a presunção de inocência. Ou seja, em tal artigo escrito pelos magistrados, no mínimo, estavam se baseando em outra constituição. Uma menos garantista, diga-se de passagem, pois a constituição brasileira, evidentemente, não foi a base argumentativa dos excelentíssimos magistrados.

Com o julgamento do Habeas Corpus 126.291/SP e da liminar na ADC nº 44 – por consequência – na guisa defendida por Lenio Streck, as decisões foram ativistas, tendo em vista que não haviam fundamentos jurídicos para que as decisões fossem tomadas dessa forma. [[221]](#footnote-221)

Dessa forma, ao defender a coerência das decisões judiciais, Lenio Streck afirma que

Em outras palavras: a coerência só pode ser sustentada diante de uma decisão que respeite o conjunto normativo que dá conteúdo a um sistema jurídico (por isso coerência e integridade são padrões que são sempre compreendidos conjuntamente). Portanto, novamente, esse julgamento foi um equívoco — julgou inconstitucional o próprio texto constitucional. [[222]](#footnote-222)

Mais do que isso, o Supremo Tribunal Federal possui como grande dever a proteção da constituição, sendo despiciendo afirmar que no exercício de tal função está ele proibido de violar os direitos e garantias expressamente previstos na carta constitucional.

Nesse sentido, temos que a presunção de inocência se encontra no texto constitucional com a seguinte redação:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

*LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória; (meu grifo)*

E, por conseguinte, o artigo 283 do Código de Processo Penal afirma que:

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

É de uma facilidade sem precedentes verificar que o artigo 283 do Código de Processo Penal reproduz a norma constitucional. Ademais, como bem demonstrado neste trabalho, por trânsito em julgado se entende quando não há mais recursos cabíveis contra a decisão proferida pelo magistrado.

A questão é: com a decisão proferida no Habeas Corpus 126.291 e na liminar da ADC n.º 44 foi alterado o conceito de trânsito em julgado? A resposta é, obviamente, negativa.

Travestida na premissa de combater a impunidade e a ineficiência processual para a responsabilização de criminosos, tais decisões refletem aquilo defendido por Lenio Streck quando afirma que a discricionariedade transforma juízes em legisladores, propiciando a criação do objeto de conhecimento.[[223]](#footnote-223)

Relativizando tal garantia constitucional, que pode ser considerada uma cláusula pétrea, tendo em vista que a própria constituição afirma que não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais, o Supremo Tribunal Federal, sem dúvidas, agiu como um efetivo legislador.

Seguindo a teoria da decisão formulada pelo professor Streck, o magistrado somente poderia deixar de aplicar uma lei quando esta fosse formalmente considerada inconstitucional. Como se sabe, o artigo 283 do Código de Processo Penal não foi considerado inconstitucional, então qual o motivo de não ter sido aplicado *in caso?*

O motivo, ao que parece, é que o Supremo Tribunal Federal se transformou no mundo de Alice, ao passo que os Ministros se transformaram em seus personagens.

Se a constituição diz que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória e vivemos em tempos onde tal dispositivos constitucionais não possuem aplicabilidade em um Estado Democrático de Direito em decorrência de um solipsismo judicial, mais do que nunca, citando o gato de “Alice no país das maravilhas”, ao que parece, somos todos loucos aqui.

Aparentemente, Humpty dumpty estava certo. A questão é saber quem vai mandar. Apenas isso.

# CONCLUSÃO

A história do homem é a história das suas instituições, e a história constitucional brasileira é o grande marco para a presente relativização da presunção de inocência.

Uma corte que tanto sofreu com os autoritarismos, sendo obrigada a aderir aos comandos vindos do Executivo Federal, teve a oportunidade de se reerguer a partir do processo de redemocratização instaurado pela constituição de 1988.

Com a importação de diversos aportes teóricos, dentre eles a ponderação alexyana, jurisprudência dos valores e ativismo judicial, ocorreu um forte protagonismo por parte dos juízes, pois sob diversos mantos as decisões tinham como grande fundamento a consciência do julgador.

Dessa forma, com a pesquisa realizada no presente trabalho, podemos chegar as seguintes conclusões:

a) O Supremo Tribunal Federal sofreu com o autoritarismo por parte do Poder Executivo Federal em diversos momentos históricos, ocasionando na submissão da Suprema Corte aos interesses daqueles que detinham o poder.

b) Com o processo de redemocratização instaurado pela constituição de 1988, o Supremo Tribunal Federal aos poucos abandonou sua postura passiva, oriunda de um período em que a corte era quase que controlada pelo Executivo Federal, adotando uma postura ativista sob a premissa de concretizar o vasto rol de direitos e garantias previstos na nova carta constitucional.

c) O próprio modelo de estado adotado pelas constituições brasileiras tem sido um fato determinante para o avanço do ativismo judicial, qual seja, o estado democrático-social, que se caracteriza como um estado atuante, intervencionista. Além disso, em síntese, a tarefa legislativa, ainda mais quando se trata de assuntos extremamente controversos tem um custo político enorme para os representantes do Poder Legislativo e, dessa forma, transferem esse ônus decisivo para a Corte Suprema.

d) A execução provisória da pena mostra-se como um claro afrontamento à presunção de inocência e ao próprio texto constitucional, tendo em vista a clareza do texto em proibir a execução da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Não é de outra forma que a própria Lei de Execuções Penais condiciona a execução da pena ao trânsito em julgado da decisão condenatória e que, somente após tal momento processual, será expedida a certidão que valerá como título executivo judicial.

e) A presunção de inocência deve ser entendida como a maior garantia contra os arbítrios das autoridades que visem relativizar a liberdade individual. Não é de outro motivo que tal garantia é prevista em diversos instrumentos internacionais e que, com o escopo de tornar mais efetiva a presunção de inocência, o legislador constitucional entendeu ser prudente estender tal presunção até o trânsito em julgado da sentença, indo além do que o previsto na ordem internacional.

f) Ao se fazer valer de elementos de um sistema antigarantista, o Supremo Tribunal Federal atribuiu ao artigo 283 do Código de Processo Penal e ao artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal sentido diverso daquele que é possível extrair da simples leitura destes, com o objetivo de combater a impunidade e a morosidade do processo.

# REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria do Direitos Fundamentais.** 2.ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

AZEVEDO CAMPOS, Carlos Alexandre de. **Dimensões do Ativismo Judicial do STF.**1ª.ed. Rio de Janeiro: Forense. 2014.

BATISTI, Leonir. **Presunção de Inocência.** 1ª.ed. Curitiba: Jurua, 2009.

BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 4ª. Ed. São Paulo: Saraiva. 2009.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral 1**. 17ª. ed. São Paulo: Saraiva.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis; STRECK, Lenio Luiz. **Ciência Política & Teoria do Estado.** 8ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política.** 19ª. Ed. São Paulo: Malheiros Editores.

BRASIL. Constituição (1824). **Constituição Política do Império do Brazil.** Rio de Janeiro, 1824. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/Constituicao/Constituicao24.htm> . Acesso em 24 de outubro de 2018.

BRASIL. Constituição (1891). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil.** Rio de Janeiro, 1891. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/Constituicao/Constituicao91.htm> Acesso em 24 de outubro de 2018.

BRASIL. Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil.** Rio de Janeiro, 1934. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/Constituicao/Constituicao34.htm> Acesso em 24 de outubro de 2018.

BRASIL. Constituição (1937). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/Constituicao/Constituicao37.htm> Acesso em 24 de outubro de 2018.

BRASIL. Constituição (1946). C**onstituição dos Estados Unidos do Brasil.** Rio de Janeiro, 1946. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/Constituicao/Constituicao46.htm> Acesso em: 24 de outubro de 2018.

BRASIL. Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, 1967. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/Constituicao/Constituicao67.htm> Acesso em 24 de outubro de 2018.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em 24 de outubro de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n.º 43364/GO, Segunda Turma. Impetrante: Joaquim Lustosa Sobrinho. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. Relator: Antonio Villas Boas. Brasília, 09 de agosto de 1966.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 86.297/SP, Tribunal Pleno. Recorrente: Procurador Geral Eleitoral. Recorrido: José Perassoli. Relator: Thompson Flores. Brasília, 17 de novembro de 1976.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 108.975/PR, Primeira Turma. Recorrente: Ministério Público Estadual. Recorrido: Erivelto Maciel Alves dos Santos e outro. Relator: Oscar Correa. Brasília, 27 de maio de 1986.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n.º 69172-2/RJ, Segunda Turma. Impetrante: Murilo Peres. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Marco Aurélio. Brasília, 16 de junho de 1992.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 591.054/SC, Tribunal Pleno. Recorrente: Ministério Público Estadual de Santa Catarina. Recorrido: Sandro Gaspari. Relator: Marco Aurélio. Brasília, 17 de dezembro de 2014.

BRASIL Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 44**, Tribunal Pleno. Requerente: Partido Ecológico Nacional e outros. Relator Ministro Marco Aurélio. Brasília, Df, julgamento em 05 de outubro de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 59757/MG, Primeira Turma. Impetrante: Antônio Carlos Rodrigues. Impetrado: Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais. Relator: Soares Munoz. Brasília, 11 de maio de 1982.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso de Habeas Corpus 64749/SP, Segunda Turma. Impetrante: Rubens Simões. Impetrado: Tribunal Federal de Recursos. Relator: Francisco Resek. Brasília, 03 de fevereiro de 1987.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 68037/RJ, Segunda Turma. Impetrante: Wilson Lopes dos Santos eoutros. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Aldir Passarinho. Brasília, 10 de maio de 1990.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 70351/RJ, Segunda Turma. Impetrante: Rovane Tavares Guimarães e outro. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Paulo Brossard. Brasília, 23 de março de 1994.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso de Habeas Corpus 79972/SP, Segunda Turma. Impetrante: Cesar Siqueira Ortiz. Recorrido: Ministério Público Federal. Relator: Nelson Jobim. Brasília, 22 de fevereiro de 2000.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 83584/SP, Primeira Turma. Impetrante: Brenio Apio Bezerra Filho. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Sepúlveda Pertence. Brasília, 16 de dezembro de 2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 83415/SP, Primeira Turma. Impetrante: Rubens Donisete de Souza. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Marco Aurélio. Brasília, 03 de fevereiro de 2004

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 89952/MG, Segunda Turma. Impetrante: Guilherme Marinho e outro. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Joaquim Barbosa. Brasília, 15 de maio de 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 91183/SP, Primeira Turma. Impetrante: Fernando da Costa Tourinho Filho. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ricardo Lewandowski. Brasília, 12 de junho de 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 91232/PE, Segunda Turma. Impetrante: Sonilda de Lima e Silva Gomes e outro. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Eros Grau. Brasília, 06 de novembro de 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 84078/MG, Tribunal Pleno. Impetrante: João Eduardo de Drumond Verano e outro. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Eros Grau. Brasília, 05 de fevereiro de 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 126292/SP, Tribunal Pleno. Impetrante: Maria Cláudia de Seixas. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Teori Zavascki. Brasília, 17 de fevereiro de 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 2306/SP, Quinta Turma. Recorrente: José Eduardo Ferreira Pimont. Recorrido: Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Jesus Costa Lima. Brasília, 25 de novembro de 1992.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 1714/SP, Sexta Turma. Impetrante> Ceryx Mendonça Brasil. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Brasília, 23 de março de 1993.

BRASIL. **Ato Institucional nº 1, de 09 de abril de 1964**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/ait/ait-01-64.htm>. Acesso em 27 de setembro de 2018.

BRASIL. **Ato Institucional nº 2, de 27 de outubro de 1965**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/ait/ait-02-65.htm>. Acesso em 27 de setembro de 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso de Habeas Corpus 4624/SP, Sexta Turma. Impetrante: Camilo de Lellis Cavalcanti e outros. Recorrido: Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo. Relator: Adhemar Maciel. Brasília, 20 de junho de 1995.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 2846/MG, Sexta Turma. Impetrante: Bem-hur Viza e outros. Impetrado: Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais. Relator: Anselmo Santiago. Brasília, 05 de setembro de 1995.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 6209/SP, Quinta Turma. Impetrante: Rogério Maud. Impetrado: Tribunal de Alçada do Estado de São Paulo. Relator: Felix Fischer. Brasília, 27 de outubro de 1997.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 8420/SP, Quinta Turma. Impetrante: Eduardo Antônio Miguel Elias. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: José Arnaldo da Fonseca. Brasília, 18 de maio de 1999.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 11880/SP, Quinta Turma. Impetrante: Rosa Maria Lopes de Souza. Impetrado: Tribunal de Alçada do Estado de São Paulo. Relator: Felix Fischer. Brasília, 08 de junho de 2000.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 25310/RS, Sexta Turma. Impetrante: Salo de Carvalho. Impetrado: Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Relator: Paulo Medina. Brasília, 26 de outubro de 2004.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 72726/SP, Sexta Turma. Impetrante: Ilana Muller. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, 20 de novembro de 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 104185/SC, Quinta Turma. Impetrante: Cláudio Gastão da Rosa Filho. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Relator: Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília, 09 de dezembro de 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 122191/RJ, Quinta Turma. Impetrante: Matusalem Lopes de Souza. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Arnaldo Esteves Lima. Brasília, 14 de abril de 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 182221/SP, Quinta Turma. Impetrante: Paulo Lopes de Ornellas. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Laurita Vaz. Brasília, 03 de fevereiro de 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 337380/SP, Quinta Turma. Impetrante: Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Felix Fischer. Brasília, 17 dezembro de 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 385295/RS, Quinta Turma. Impetrante: Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília, 09 de março de 2017.

BRASIL. **Ato Institucional nº 3, de 05 de fevereiro de 1966**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/AIT/ait-03-66.htm>. Acesso em 27 de setembro de 2018.

BRASIL. **Ato Institucional nº 4, de 07 de dezembro de 1966**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/AIT/ait-04-66.htm>. Acesso em 27 de setembro de 2018.

BRASIL. **Decreto nº 19.398,** de 11 de novembro de 1930.

CALEFFI, Paulo Saint Pastous. **Presunção de Inocência e Execução Provisória da Pena no Brasil: Análise crítica e impactos da oscilação jurisprudencial.** 1ª.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

CÂMARA, Alexandre Freitas**. Lições de Direito Processual Civil.** 24ª.ed. São Paulo: Atlas, 2013.

CARROLL, Lewis. **Aventuras de Alice no país das maravilhas & Através do espelho e o que Alice encontrou por lá.** 1.º ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2009.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Processo Penal e Constituição: Princípios Constitucionais do Processo Penal.** 6ª.ed. São Paulo: Saraiva. 2014.

CUNHA JR. Dirley da. **Curso de Direito Constitucional.** 8ª ed. Salvador: JusPodium. 2014.

DALLARI, Adilson Abreu. **Literalidade faz da presunção de inocência uma garantia de impunidade.** Consultor Jurídico: São Paulo, 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-fev-22/interesse-publico-literalidade-faz-presuncao-inocencia-garantia-impunidade> Acesso em 18/10/2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 20ª.ed. São Paulo:Atlas.

FERRAJOLI, Luigi; et al. **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo.**1ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**.1ª.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido Processo Penal: abordagem conforme a CF e o Pacto de São José da Costa Rica.** 3ª.ed. São Paulo: Atlas. 2016.

GIMENES, José Jácomo. **Prisão após condenação de segunda instância não fere Constituição.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-fev-24/jose-jacomo-prisao-segunda-instancia-nao-fere-constituicao> Acesso em 18/10/2018.

LOPES JR, Aury. **Fundamentos do Processo Penal: Introdução Crítica**. 4ª.ed. São Paulo: Saraiva. 2018.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 12ª.ed. São Paulo: Saraiva. 2015.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional.** 18ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: Teoria, história e métodos de trabalho**. 2ª. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 1ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

VILLA, Marco Antonio. **A história das constituições brasileiras: 200 anos de luta contra o arbítrio.** 1ª.ed. São Paulo: Leya, 2011.

**Resolução 217 A(III) da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU). Declaração Universal dos Direitos do Homem, 10 de dezembro de1948.**

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos.** 2ª.ed. São Paulo: Saraiva. 2018.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direitos Constitucional Positivo.** 41ª.ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2017.

STRECK, Lenio Luiz. **Uma** **ADC contra a decisão no HC 126.292 – sinuca de bico para o STF!** Consultor Jurídico, São Paulo, 29 de fevereiro, 2018. Disponível em: < > Acesso em 19 out. 2018.

STRECK, Lenio Luiz. **Aplicar a letra da lei é uma atitude positivista?** Revista NEJ - Eletrônica, Vol. 15 - n. 1 - p. 158-173 / jan-abr 2010.

STRECK, Lenio Luiz. **Juiz não é Deus: Juge n’est pas Dieu.** 1.ª ed. Curitiba: Juruá. 2016.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – as garantias processuais penais?** 1ª. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2012.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 4ª. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2013.

STRECK, Lenio Luiz. **30 anos da CF em julgamentos: uma radiografia do STF.** 1ª. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2018.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional.** 5ª. ed. Rio de Janeiro: Forense.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas.** 5ª.ed. São Paulo: Saraiva.

STRECK, Lenio. **Dicionário de Hermenêutica: quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito.**1ª.ed. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. **Azdak, Humpty Dumpty e os Embargos Declaratórios.** Consultor Jurídico: São Paulo, 29 de março de 2012. Disponível em: **<**https://www.conjur.com.br/2012-mar-29/senso-incomum-azdak-humpty-dumpty-embargos-declaratorios > Acesso em 10/12/2018.

STRECK, Lenio Luiz. **A Katchanga e o bullying interpretativo no Brasil**. Consultor Jurídico: São Paulo, 28 de junho de 2012. Disponível em: < https://www.conjur.com.br/2012-jun-28/senso-incomum-katchanga-bullying-interpretativo-brasil > Acesso em 10/12/2018.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e Ativismo Judicial: Limites da atuação do Judiciário.** 1ª.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2013.

WEDY, Miguel Tedesco**. Eficiência e Prisões Cautelares**. 1ª.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

1. Desenho inspirado na pintura “Ceci n’est pas une pipe” de René Magritte. Créditos a Caroline Sander pelo excelente trabalho. [↑](#footnote-ref-1)
2. BATISTI, Leonir. **Presunção de Inocência.** 1ª.ed. Curitiba: Jurua, 2009. P. 27. [↑](#footnote-ref-2)
3. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão**, de 1789. **Art. 7º.**Ninguém pode ser acusado, preso ou detido senão nos casos determinados pela lei e de acordo com as formas por esta prescritas. Os que solicitam, expedem, executam ou mandam executar ordens arbitrárias devem ser punidos; mas qualquer cidadão convocado ou detido em virtude da lei deve obedecer imediatamente, caso contrário torna-se culpado de resistência. [↑](#footnote-ref-3)
4. BRASIL. Decreto-Lei n.º 3689, de 3 outubro de 1941. **Código de Processo Penal**, Brasília, DF. Art. 310.  Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente: I - relaxar a prisão ilegal; [↑](#footnote-ref-4)
5. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) LXV - a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária; [↑](#footnote-ref-5)
6. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão**, de 1789. **Art. 9º.**Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei. [↑](#footnote-ref-6)
7. **Resolução 217 A(III) da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU). Declaração Universal dos Direitos do Homem. Artigo 11** 1. Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.  [↑](#footnote-ref-7)
8. BATISTI, Leonir. **Presunção de Inocência.** 1ª.ed. Curitiba: Jurua, 2009. P. 34. [↑](#footnote-ref-8)
9. BRASIL. Decreto n.º 592, de 06 de julho de 1992. **Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos**, Brasília, DF, jul 1992. ARTIGO 49 1. O presente Pacto entrará em vigor três meses após a data do depósito, junto ao Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas, do trigéssimo-quinto instrumento de ratificação ou adesão. 2. Para os Estados que vierem a ratificar o presente Pacto ou a ele aderir após o deposito do trigéssimo-quinto instrumento de ratificação ou adesão, o presente Pacto entrará em vigor três meses após a data do deposito, pelo Estado em questão, de seu instrumento de ratificação ou adesão. [↑](#footnote-ref-9)
10. PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional.** 18ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. P. 254. [↑](#footnote-ref-10)
11. BRASIL. Decreto n.º 592, de 06 de julho de 1992. **Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos**, Brasília, DF, jul 1992 ARTIGO 14 2. Toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. [↑](#footnote-ref-11)
12. ## Artigo 8.  Garantias judiciais 1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. 2.  Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa.  Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: a. direito do acusado de ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete, se não compreender ou não falar o idioma do juízo ou tribunal; b. comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada; c. concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa; d. direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor; e. direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei; f. direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos; g. direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada; h. direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior. 3. A confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza. 4. O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos. 5. O processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça.

    [↑](#footnote-ref-12)
13. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: Teoria, história e métodos de trabalho**. 2ª. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. P. 99. [↑](#footnote-ref-13)
14. VILLA, Marco Antonio. **A história das constituições brasileiras: 200 anos de luta contra o arbítrio.** 1ª.ed. São Paulo: Leya, 2011. P. 07. [↑](#footnote-ref-14)
15. SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constituicional**. 1ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. P. 224. [↑](#footnote-ref-15)
16. VILLA, Marco Antonio. **A história das constituições brasileiras: 200 anos de luta contra o arbítrio.** 1ª.ed. São Paulo: Leya, 2011. P. 08. [↑](#footnote-ref-16)
17. VILLA, Marco Antonio. **A história das constituições brasileiras: 200 anos de luta contra o arbítrio.** 1ª.ed. São Paulo: Leya, 2011. P. 09. [↑](#footnote-ref-17)
18. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: Teoria, história e métodos de trabalho**. 2ª. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. P. 100. [↑](#footnote-ref-18)
19. VILLA, Marco Antonio. **A história das constituições brasileiras: 200 anos de luta contra o arbítrio.** 1ª.ed. São Paulo: Leya, 2011. P. 16. [↑](#footnote-ref-19)
20. Em seu texto original, ipsis literis: Art. 1º. Fica proclamada provisoriamente e decretada como a fórma de governo da nação brazileira - a República Federativa.  [↑](#footnote-ref-20)
21. SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constituicional**. 1ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. P. 227. [↑](#footnote-ref-21)
22. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: Teoria, história e métodos de trabalho**. 2ª. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. P. 110. [↑](#footnote-ref-22)
23. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: Teoria, história e métodos de trabalho**. 2ª. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. P. 110. [↑](#footnote-ref-23)
24. Decreto n.º 510, art 54, ipsis literis: **Art.**54. O Poder Judiciario da União terá por orgãos um Supremo Tribunal Federal, com séde na capital da Republica e tantos juizes e tribunaes federaes, distribuidos pelo juiz, quantos o Congresso crear. [↑](#footnote-ref-24)
25. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: Teoria, história e métodos de trabalho**. 2ª. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. P. 110. [↑](#footnote-ref-25)
26. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: Teoria, história e métodos de trabalho**. 2ª. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. P. 112. [↑](#footnote-ref-26)
27. BATISTI, Leonir. **Presunção de Inocência.** 1ª.ed. Curitiba: Jurua, 2009. P. 81. [↑](#footnote-ref-27)
28. *idem* [↑](#footnote-ref-28)
29. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: Teoria, história e métodos de trabalho**. 2ª. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. P. 116. [↑](#footnote-ref-29)
30. Art. 5º Ficam suspensas as garantias constitucionais e excluída a apreciação judicial dos atos do atos do Governo Provisório ou dos interventores federais, praticados na conformidade da presente lei ou de suas modificações ulteriores. [↑](#footnote-ref-30)
31. Art. 11. O Governo Provisório nomeará um interventor federal para cada Estado, salvo para aqueles já organizados; em os quais ficarão os respectivos presidentes investidos dos Poderes aquí mencionados. [↑](#footnote-ref-31)
32. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: Teoria, história e métodos de trabalho**. 2ª. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. P. 117. [↑](#footnote-ref-32)
33. Constituição de 1934 Art 114 - A especificação dos direitos e garantias expressos nesta Constituição não exclui outros, resultantes do regime e dos princípios que ela adota.  [↑](#footnote-ref-33)
34. BATISTI, Leonir. **Presunção de Inocência.** 1ª.ed. Curitiba: Jurua, 2009. P. 84. [↑](#footnote-ref-34)
35. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: Teoria, história e métodos de trabalho**. 2ª. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. P. 123. [↑](#footnote-ref-35)
36. VILLA, Marco Antonio. **A história das constituições brasileiras: 200 anos de luta contra o arbítrio.** 1ª.ed. São Paulo: Leya, 2011. P. 44. [↑](#footnote-ref-36)
37. *Idem.* P. 45. [↑](#footnote-ref-37)
38. *Idem.* [↑](#footnote-ref-38)
39. *Idem.* [↑](#footnote-ref-39)
40. VILLA, Marco Antonio. **A história das constituições brasileiras: 200 anos de luta contra o arbítrio.** 1ª.ed. São Paulo: Leya, 2011. P. 61. [↑](#footnote-ref-40)
41. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: Teoria, história e métodos de trabalho**. 2ª. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. P. 136. [↑](#footnote-ref-41)
42. *Idem.* [↑](#footnote-ref-42)
43. *Idem.* [↑](#footnote-ref-43)
44. VILLA, Marco Antonio. **A história das constituições brasileiras: 200 anos de luta contra o arbítrio.** 1ª.ed. São Paulo: Leya, 2011. P. 62. [↑](#footnote-ref-44)
45. BRASIL. **Ato Institucional n.º 1, de 09 de abril de 1964.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/ait/ait-01-64.htm>. Acesso em 27 de setembro de 2018. [↑](#footnote-ref-45)
46. BRASIL. **Ato Institucional n.º 1, de 09 de abril de 1964.** *Art. 2º - A eleição do Presidente e do Vice-Presidente da República, cujos mandatos terminarão em trinta e um (31) de janeiro de 1966, será realizada pela maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, dentro de dois (2) dias, a contar deste Ato, em sessão pública e votação nominal. § 1º - Se não for obtido o quorum na primeira votação, outra realizar-se-á no mesmo dia, sendo considerado eleito quem obtiver maioria simples de votos; no caso de empate, prosseguir-se-á na votação até que um dos candidatos obtenha essa maioria. § 2º - Para a eleição regulada neste artigo, não haverá inelegibilidades.* [↑](#footnote-ref-46)
47. BRASIL. **Ato Institucional n.º 1, de 09 de abril de 1964**. *Art. 3º - O Presidente da República poderá remeter ao Congresso Nacional projetos de emenda da Constituição. Parágrafo único - Os projetos de emenda constitucional, enviados pelo Presidente da República, serão apreciados em reunião do Congresso Nacional, dentro de trinta (30) dias, a contar do seu recebimento, em duas sessões, com o intervalo máximo de dez (10) dias, e serão considerados aprovados quando obtiverem, em ambas as votações, a maioria absoluta dos membros das duas Casas do Congresso.* [↑](#footnote-ref-47)
48. BRASIL. **Ato Institucional n.º 1, de 09 de abril de 1964**. *Art. 4º - O Presidente da República poderá enviar ao Congresso Nacional projetos de lei sobre qualquer matéria, os quais deverão ser apreciados dentro de trinta (30) dias, a contar do seu recebimento na Câmara dos Deputados, e de igual prazo no Senado Federal; caso contrário, serão tidos como aprovados. Parágrafo único - O Presidente da República, se julgar urgente a medida, poderá solicitar que a apreciação do projeto se faça, em trinta (30) dias, em sessão conjunta do Congresso Nacional, na forma prevista neste artigo. Art. 5º - Caberá, privativamente, ao Presidente da República a iniciativa dos projetos de lei que criem ou aumentem a despesa pública; não serão admitidas, a esses projetos, em qualquer das Casas do Congresso Nacional, emendas que aumentem a despesa proposta pelo Presidente da República.* [↑](#footnote-ref-48)
49. BRASIL. **Ato Institucional n.º 2, de 27 de outubro de 1965**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/ait/ait-02-65.htm>. Acesso em 27 de setembro de 2018. [↑](#footnote-ref-49)
50. BRASIL. **Ato Institucional n.º 2, de 27 de outubro de 1965**. *Art. 18 - Ficam extintos os atuais Partidos Políticos e cancelados os respectivos registros.* [↑](#footnote-ref-50)
51. BRASIL. **Ato Institucional n.º 2, de 27 de outubro de 1965.**  *Art. 9º - A eleição do Presidente e do Vice-Presidente, da República será realizada pela maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão pública e votação nominal.*  [↑](#footnote-ref-51)
52. BRASIL. **Ato Institucional n.º 3, de 05 de fevereiro de 1966**. *Art. 1º - A eleição de Governador e Vice-Governador dos Estados far-se-á pela maioria absoluta dos membros da Assembléia Legislativa, em sessão pública e votação nominal.* [↑](#footnote-ref-52)
53. BRASIL. **Ato Institucional n.º 4, de 07 de dezembro de 1966**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/AIT/ait-04-66.htm>. Acesso em 27 de setembro de 2018. [↑](#footnote-ref-53)
54. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: Teoria, história e métodos de trabalho**. 2ª. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. P. 141. [↑](#footnote-ref-54)
55. BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946**. *Art 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (...)**§ 20 - Ninguém será preso senão em flagrante delito ou, por ordem escrita da autoridade competente, nos casos expressos em lei.* *§ 21 - Ninguém será levado à prisão ou nela detido se prestar fiança permitida em lei.**§ 22 - A prisão ou detenção de qualquer pessoa será imediatamente comunicada ao Juiz competente, que a relaxará, se não for legal, e, nos casos previstos em lei, promoverá a responsabilidade da autoridade coatora.*  [↑](#footnote-ref-55)
56. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: Teoria, história e métodos de trabalho**. 2ª. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014*.* P. 142. [↑](#footnote-ref-56)
57. *Idem.* P. 143. [↑](#footnote-ref-57)
58. SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 1ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. P. 237. [↑](#footnote-ref-58)
59. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 24 de janeiro de 1967**. Art 150 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no Pais a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) § 12 - Ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita de autoridade competente. A lei disporá sobre a prestação de fiança. A prisão ou detenção de qualquer pessoa será Imediatamente comunicada ao Juiz competente, que a relaxará, se não for legal. [↑](#footnote-ref-59)
60. VILLA, Marco Antonio. **A história das constituições brasileiras: 200 anos de luta contra o arbítrio.** 1ª.ed. São Paulo: Leya, 2011. P. 78. [↑](#footnote-ref-60)
61. BATISTI, Leonir. **Presunção de Inocência.** 1ª.ed. Curitiba: Jurua, 2009. P. 97. [↑](#footnote-ref-61)
62. *Idem.*  [↑](#footnote-ref-62)
63. VILLA, Marco Antonio. **A história das constituições brasileiras: 200 anos de luta contra o arbítrio.** 1ª.ed. São Paulo: Leya, 2011. P. 79. [↑](#footnote-ref-63)
64. Habeas Corpus n.º 43364/GO, Segunda Turma. Impetrante: Joaquim Lustosa Sobrinho. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. Relator: Antonio Villas Boas. Brasília, 09 de agosto de 1966. [↑](#footnote-ref-64)
65. Recurso Extraordinário n.º 86.297/SP, Tribunal Pleno. Recorrente: Procurador Geral Eleitoral. Recorrido: José Perassoli. Relator: Thompson Flores. Brasília, 17 de novembro de 1976. [↑](#footnote-ref-65)
66. Recurso Extraordinário n.º 108.975/PR, Primeira Turma. Recorrente: Ministério Público Estadual. Recorrido: Erivelto Maciel Alves dos Santos e outro. Relator: Oscar Correa. Brasília, 27 de maio de 1986. [↑](#footnote-ref-66)
67. Habeas Corpus n.º 69172-2/RJ, Segunda Turma. Impetrante: Murilo Peres. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Marco Aurélio. Brasília, 16 de junho de 1992. [↑](#footnote-ref-67)
68. Recurso Extraordinário n.º 591.054/SC, Tribunal Pleno. Recorrente: Ministério Público Estadual de Santa Catarina. Recorrido: Sandro Gaspari. Relator: Marco Aurélio. Brasília, 17 de dezembro de 2014. [↑](#footnote-ref-68)
69. LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 12ª.ed. São Paulo: Saraiva. 2015. P. 363. [↑](#footnote-ref-69)
70. CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Processo Penal e Constituição: Princípios Constitucionais do Processo Penal.** 6ª.ed. São Paulo: Saraiva. 2014. [↑](#footnote-ref-70)
71. BRASIL Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 44**, Tribunal Pleno. Requerente: Partido Ecológico Nacional e outros. Relator Ministro Marco Aurélio. Brasília, Df, julgamento em 05 de outubro de 2016. [↑](#footnote-ref-71)
72. GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido Processo Penal: abordagem conforme a CF e o Pacto de São José da Costa Rica.** 3ª.ed. São Paulo: Atlas. 2016. P. 119. [↑](#footnote-ref-72)
73. LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 12ª.ed. São Paulo: Saraiva. 2015. P. 364. [↑](#footnote-ref-73)
74. GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido Processo Penal: abordagem conforme a CF e o Pacto de São José da Costa Rica.** 3ª.ed. São Paulo: Atlas. 2016. P. 121. [↑](#footnote-ref-74)
75. LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 12ª.ed. São Paulo: Saraiva. 2015. P. 364. [↑](#footnote-ref-75)
76. *Idem. p. 366* [↑](#footnote-ref-76)
77. ALEXY, Robert. **Teoria do Direitos Fundamentais.** 2.ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. Pgs. 90-91. [↑](#footnote-ref-77)
78. *Idem.* P. 92. [↑](#footnote-ref-78)
79. *Idem.* p. 93; STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – as garantias processuais penais?** 1ª. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2012. Pgs. 94-96. [↑](#footnote-ref-79)
80. Dworkin, Ronald. **Levando os direitos a sério.** 1ª. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. P. 61. [↑](#footnote-ref-80)
81. *Idem.* P. 64. [↑](#footnote-ref-81)
82. *Idem.* P. 65. [↑](#footnote-ref-82)
83. STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – as garantias processuais penais?** 1ª. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2012. P. 95. [↑](#footnote-ref-83)
84. STRECK, Lenio. **Dicionário de Hermenêutica: quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito.**1ª.ed. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017. P.153; *idem,* p. 111. A Jurisprudência dos Interesses pode ser compreendida sob dois aspectos: a um, pois ela não admite decisões contra legem, pregando a vinculação do juiz à lei quando as situações que são levadas à sua jurisdição encontrem previsão legislativa. A dois, a jurisprudência dos interesses desenvolve um método que procura guiar a atividade criativa do juiz: a ponderação. [↑](#footnote-ref-84)
85. STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – as garantias processuais penais?** 1ª. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2012. P. 95. [↑](#footnote-ref-85)
86. STRECK, Lenio. **Dicionário de Hermenêutica: quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito.**1ª.ed. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017. P. 242. [↑](#footnote-ref-86)
87. *Idem.* [↑](#footnote-ref-87)
88. Nesse sentido, Roberto Barroso afirma que “a característica dos princípios é que eles podem ser ponderados com outros princípios, com outros valores constitucionais que têm a mesma estatura da presunção de inocência. Por ser um princípio, e não uma regra, a presunção de inocência é ponderada e ponderável com outros valores do sistema, como a efetividade do sistema penal. Mas a efetividade do sistema penal não é um valor em si. A efetividade do sistema penal é o valor ou o instrumento que protege a vida das pessoas para não serem assassinadas, é a que protege a integridade física das pessoas para não serem agredidas, é a que protege a integridade patrimonial das pessoas para não serem roubadas. Portanto, falar em efetividade do sistema punitivo não é falar numa abstração que envolva um Poder do Estado; é falar de um conjunto de direitos fundamentais que precisa ser protegido pelo Estado, como a vida, a integridade, a propriedade e a moralidade administrativa. Portanto, o princípio da presunção da inocência é ponderado com esses princípios. Ponderar é atribuir pesos a valores diferentes, de acordo com circunstâncias e fatos. Quando o processo começa, o princípio da presunção da inocência tem peso máximo, elevadíssimo. Mas, depois de uma condenação em primeiro grau, esse peso diminui. Na sequência, depois da condenação em segundo grau, esse peso diminui mais ainda, e aumenta o peso do interesse do sistema em aplicar e fazer valer a norma penal. Portanto, o segundo fundamento constitucional que legitima a prisão nesses casos é que se faz uma ponderação e, depois da condenação em segundo grau, o peso da presunção da inocência ou não culpabilidade fica muito mais leve, menos relevante em contraste com o peso do interesse estatal em que os culpados cumpram pena em tempo razoável. [↑](#footnote-ref-88)
89. LOPES JR, Aury. **Fundamentos do Processo Penal: Introdução Crítica**. 4ª.ed. São Paulo: Saraiva. 2018. P. 63. [↑](#footnote-ref-89)
90. WEDY, Miguel Tedesco**. Eficiência e Prisões Cautelares**. 1ª.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. P. 52. [↑](#footnote-ref-90)
91. LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 12ª.ed. São Paulo: Saraiva. 2015. Pgs. 589-590. [↑](#footnote-ref-91)
92. LOPES JR, Aury. **Fundamentos do Processo Penal: Introdução Crítica**. 4ª.ed. São Paulo: Saraiva. 2018. P. 55. [↑](#footnote-ref-92)
93. LOPES JR, Aury. **Fundamentos do Processo Penal: Introdução Crítica**. 4ª.ed. São Paulo: Saraiva. 2018. P. 58. [↑](#footnote-ref-93)
94. BATISTI, Leonir. **Presunção de Inocência.** 1ª.ed. Curitiba: Jurua, 2009. P. 223. [↑](#footnote-ref-94)
95. CÂMARA, Alexandre Freitas**. Lições de Direito Processual Civil.** 24ª.ed. São Paulo: Atlas, 2013. P. 519-520. [↑](#footnote-ref-95)
96. BATISTI, Leonir. **Presunção de Inocência.** 1ª.ed. Curitiba: Jurua, 2009. P. 225. [↑](#footnote-ref-96)
97. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 2306/SP, Quinta Turma. Recorrente: José Eduardo Ferreira Pimont. Recorrido: Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Jesus Costa Lima. Brasília, 25 de novembro de 1992. [↑](#footnote-ref-97)
98. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 1714/SP, Sexta Turma. Impetrante> Ceryx Mendonça Brasil. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Luiz Vicenti Cernicchiaro. Brasília, 23 de março de 1993. [↑](#footnote-ref-98)
99. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso de Habeas Corpus 4624/SP, Sexta Turma. Impetrante: Camilo de Lellis Cavalcanti e outros. Recorrido: Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo. Relator: Adhemar Maciel. Brasília, 20 de junho de 1995. [↑](#footnote-ref-99)
100. [**DECRETO-LEI Nº 3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941.**](http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/DEL%203.689-1941?OpenDocument) **Código de Processo Penal.** [↑](#footnote-ref-100)
101. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 2846/MG, Sexta Turma. Impetrante: Bem-hur Viza e outros. Impetrado: Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais. Relator: Anselmo Santiago. Brasília, 05 de setembro de 1995. [↑](#footnote-ref-101)
102. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 6209/SP, Quinta Turma. Impetrante: Rogério Maud. Impetrado: Tribunal de Alçada do Estado de São Paulo. Relator: Felix Fischer. Brasília, 27 de outubro de 1997. [↑](#footnote-ref-102)
103. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 8420/SP, Quinta Turma. Impetrante: Eduardo Antônio Miguel Elias. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: José Arnaldo da Fonseca. Brasília, 18 de maio de 1999. [↑](#footnote-ref-103)
104. [**DECRETO-LEI No 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940.**](http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/DEL%202.848-1940?OpenDocument) Código penal [↑](#footnote-ref-104)
105. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 11880/SP, Quinta Turma. Impetrante: Rosa Maria Lopes de Souza. Impetrado: Tribunal de Alçada do Estado de São Paulo. Relator: Felix Fischer. Brasília, 08 de junho de 2000 [↑](#footnote-ref-105)
106. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 25310/RS, Sexta Turma. Impetrante: Salo de Carvalho. Impetrado: Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Relator: Paulo Medina. Brasília, 26 de outubro de 2004. [↑](#footnote-ref-106)
107. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 72726/SP, Sexta Turma. Impetrante: Ilana Muller. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, 20 de novembro de 2007. [↑](#footnote-ref-107)
108. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 104185/SC, Quinta Turma. Impetrante: Cláudio Gastão da Rosa Filho. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Relator: Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília, 09 de dezembro de 2008. [↑](#footnote-ref-108)
109. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 122191/RJ, Quinta Turma. Impetrante: Matusalem Lopes de Souza. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Arnaldo Esteves Lima. Brasília, 14 de abril de 2009. [↑](#footnote-ref-109)
110. [**DECRETO-LEI Nº 3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941.**](http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/DEL%203.689-1941?OpenDocument) **Código de Processo Penal.** [↑](#footnote-ref-110)
111. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 182221/SP, Quinta Turma. Impetrante: Paulo Lopes de Ornellas. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Laurita Vaz. Brasília, 03 de fevereiro de 2011. [↑](#footnote-ref-111)
112. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 337380/SP, Quinta Turma. Impetrante: Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Felix Fischer. Brasília, 17 dezembro de 2015. [↑](#footnote-ref-112)
113. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 385295/RS, Quinta Turma. Impetrante: Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília, 09 de março de 2017. [↑](#footnote-ref-113)
114. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 59757/MG, Primeira Turma. Impetrante: Antônio Carlos Rodrigues. Impetrado: Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais. Relator: Soares Munoz. Brasília, 11 de maio de 1982. [↑](#footnote-ref-114)
115. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso de Habeas Corpus 64749/SP, Segunda Turma. Impetrante: Rubens Simões. Impetrado: Tribunal Federal de Recursos. Relator: Francisco Resek. Brasília, 03 de fevereiro de 87. [↑](#footnote-ref-115)
116. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 68037/RJ, Segunda Turma. Impetrante: Wilson Lopes dos Santos e outros. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Aldir Passarinho. Brasília, 10 de maio de 1990. [↑](#footnote-ref-116)
117. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 70351/RJ, Segunda Turma. Impetrante: Rovane Tavares Guimarães e outro. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Paulo Brossard. Brasília, 23 de março de 1994. [↑](#footnote-ref-117)
118. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso de Habeas Corpus 79972/SP, Segunda Turma. Impetrante: Cesar Siqueira Ortiz. Recorrido: Ministério Público Federal. Relator: Nelson Jobim. Brasília, 22 de fevereiro de 2000. [↑](#footnote-ref-118)
119. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 83584/SP, Primeira Turma. Impetrante: Brenio Apio Bezerra Filho. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Sepúlveda Pertence. Brasília, 16 de dezembro de 2003. [↑](#footnote-ref-119)
120. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 89952/MG, Segunda Turma. Impetrante: Guilherme Marinho e outro. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Joaquim Barbosa. Brasília, 15 de maio de 2007. [↑](#footnote-ref-120)
121. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 91183/SP, Primeira Turma. Impetrante: Fernando da Costa Tourinho Filho. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ricardo Lewandowski. Brasília, 12 de junho de 2007. [↑](#footnote-ref-121)
122. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 91232/PE, Segunda Turma. Impetrante: Sonilda de Lima e Silva Gomes e outro. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Eros Grau. Brasília, 06 de novembro de 2007. [↑](#footnote-ref-122)
123. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 84078/MG, Tribunal Pleno. Impetrante: João Eduardo de Drumond Verano e outro. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Eros Grau. Brasília, 05 de fevereiro de 2009. [↑](#footnote-ref-123)
124. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 126292/SP, Tribunal Pleno. Impetrante: Maria Cláudia de Seixas. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Teori Zavascki. Brasília, 17 de fevereiro de 2016. [↑](#footnote-ref-124)
125. STRECK, Lenio Luiz. **30 anos da CF em julgamentos: uma radiografia do STF**. 1ª.ed. Rio de Janeiro: Forense. P. 319 [↑](#footnote-ref-125)
126. CALEFFI, Paulo Saint Pastous. **Presunção de Inocência e Execução Provisória da Pena no Brasil: Análise crítica e impactos da oscilação jurisprudencial.** 1ª.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. P.114 [↑](#footnote-ref-126)
127. 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. [↑](#footnote-ref-127)
128. 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. [↑](#footnote-ref-128)
129. Art. 160. Transitada em julgado a sentença condenatória, o Juiz a lerá ao condenado, em audiência, advertindo-o das conseqüências de nova infração penal e do descumprimento das condições impostas. [↑](#footnote-ref-129)
130. Em resumo, Streck aduz que são seis as hipóteses em que o juiz estaria autorizado a deixar de aplicar a lei. A primeira, quando a lei for inconstitucional; a segunda, no caso de resolução de antinomias; a terceira, quando se procede uma interpretação conforme a Constituição, ocasião em que se torna necessária uma adição de sentido ao dispositivo legal para que haja plena conformidade da norma à Constituição; a quarta, quando realizar uma nulidade parcial sem redução do texto, pela qual permanece a literalidade do dispositivo, sendo alterada apenas a incidência; a quinta, quando houver declaração de inconstitucionalidade com redução de texto; e, por fim, a sexta, quando for caso de deixar de aplicar uma regra em face de um princípio, tendo em vista que a regra só persiste naquele caso se não se mostrar incompatível com um ou mais princípios. STRECK, Lenio Luiz. **30 anos da CF em julgamentos: uma radiografia do STF**. 1ª.ed. Rio de Janeiro: Forense. Pgs. 320-321. [↑](#footnote-ref-130)
131. STRECK, Lenio Luiz. **30 anos da CF em julgamentos: uma radiografia do STF**. 1ª.ed. Rio de Janeiro: Forense. Pg. 324. [↑](#footnote-ref-131)
132. DALLARI, Adilson Abreu. **Literalidade faz da presunção de inocência uma garantia de impunidade.** Consultor Jurídico: São Paulo, 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-fev-22/interesse-publico-literalidade-faz-presuncao-inocencia-garantia-impunidade> Acesso em 18/10/2018. [↑](#footnote-ref-132)
133. GIMENES, José Jácomo. **Prisão após condenação de segunda instância não fere Constituição.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-fev-24/jose-jacomo-prisao-segunda-instancia-nao-fere-constituicao> Acesso em 18/10/2018. [↑](#footnote-ref-133)
134. STRECK, Lenio Luiz. **Aplicar a letra da lei é uma atitude positivista?** Revista NEJ - Eletrônica, Vol. 15 - n. 1 - p. 158-173 / jan-abr 2010. [↑](#footnote-ref-134)
135. Idem. [↑](#footnote-ref-135)
136. STRECK, Lenio Luiz. **Uma** **ADC contra a decisão no HC 126.292 – sinuca de bico para o STF!** Consultor Jurídico, São Paulo, 29 de fevereiro, 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-fev-29/streck-adc-decisao-hc-126292-sinuca-stf > Acesso em 19 out. 2018. [↑](#footnote-ref-136)
137. CALEFFI, Paulo Saint Pastous. **Presunção de Inocência e Execução Provisória da Pena no Brasil: Análise crítica e impactos da oscilação jurisprudencial.** 1ª.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. P.126 [↑](#footnote-ref-137)
138. BRASIL Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 44**, Tribunal Pleno. Requerente: Partido Ecológico Nacional e outros. Relator Ministro Marco Aurélio. Brasília, Df, julgamento em 05 de outubro de 2016. [↑](#footnote-ref-138)
139. BOLZAN DE MORAIS, José Luis; STRECK, Lenio Luiz. **Ciência Política & Teoria do Estado.** 8ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. Pgs .91-92. [↑](#footnote-ref-139)
140. BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política.** 19ª. Ed. São Paulo: Malheiros Editores. P.121 [↑](#footnote-ref-140)
141. BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral 1**. 17ª. ed. São Paulo: Saraiva. P. 101-102. [↑](#footnote-ref-141)
142. CALEFFI, Paulo Saint Pastous. **Presunção de Inocência e Execução Provisória da Pena no Brasil: Análise crítica e impactos da oscilação jurisprudencial.** 1ª.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. P.140 [↑](#footnote-ref-142)
143. REALE, Miguel. **Lições preliminares de** **Direito**. 27ª.ed. São Paulo: Saraiva. P. 169. [↑](#footnote-ref-143)
144. 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.

     Art. 160. Transitada em julgado a sentença condenatória, o Juiz a lerá ao condenado, em audiência, advertindo-o das conseqüências de nova infração penal e do descumprimento das condições impostas. [↑](#footnote-ref-144)
145. CALEFFI, Paulo Saint Pastous. **Presunção de Inocência e Execução Provisória da Pena no Brasil: Análise crítica e impactos da oscilação jurisprudencial.** 1ª.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. Pgs. 136-138. [↑](#footnote-ref-145)
146. AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. INDEFERIMENTO LIMINAR. WRIT IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. AJUIZAMENTO DE REVISÃO CRIMINAL ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. EXISTÊNCIA DE OUTROS MEIOS PROCESSUAIS PARA SANAR A ILEGALIDADE SUSCITADA PELA DEFESA. COAÇÃO ILEGAL INEXISTENTE. DESPROVIMENTO DO RECLAMO. 1. A via eleita revela-se inadequada para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, circunstância que impede o seu formal conhecimento. Precedentes. 2. Nos termos do artigo [621](https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10614199/artigo-621-do-decreto-lei-n-3689-de-03-de-outubro-de-1941) do [Código de Processo Penal](https://www.jusbrasil.com.br/legislacao/1028351/c%C3%B3digo-processo-penal-decreto-lei-3689-41), admite-se a revisão de processos findos quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou às evidências dos autos, quando se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos, e quando, após a sentença, forem descobertas novas provas de inocência do condenado ou circunstância que determine ou autorize diminuição especial de pena. 3. *No caso dos autos, o édito repressivo proferido em desfavor do agravante ainda não transitou em julgado, estando pendentes de julgamento os recursos interpostos nas instâncias extraordinárias, o que impede o ajuizamento da ação revisional. 4. O só fato de o Supremo Tribunal haver permitido a execução provisória da pena privativa de liberdade não é capaz de afastar o referido requisito de admissibilidade, uma vez que eventuais equívocos no juízo condenatório podem ser inibidos com a suspensão do cumprimento antecipado da sanção mediante a obtenção de efeito suspensivo aos recursos de natureza extraordinária, ou mesmo por meio da impetração de habeas corpus* (meu grifo). Precedente. 5. Recurso desprovido. (AgRg no HC 400.553/SP, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 13/06/2017, DJe 23/06/2017). [↑](#footnote-ref-146)
147. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas.** 5ª.ed. São Paulo: Saraiva. P. 57. [↑](#footnote-ref-147)
148. Tendo em vista a impossibilidade de se obter o texto de Arthur Schlesinger Jr, a análise feita no presente tópico se limitará à leitura feita por Carlos Alexandre de Azevedo Campos na obra ‘Dímensões do Ativismo Judicial no STF”, especificamente no capítulo 2, intitulado “A origem terminológica em Arthur Schlesinger Jr.: Ativismo Judicial V. Autorrestrição Judicial”. AZEVEDO CAMPOS, Carlos Alexandre de. **Dimensões do Ativismo Judicial do STF.**1ª.ed. Rio de Janeiro: Forense. 2014. P. 43-49. [↑](#footnote-ref-148)
149. **O acaso, John Marshall e o controle de constitucionalidade** [↑](#footnote-ref-149)
150. *Idem*. p. 4. [↑](#footnote-ref-150)
151. **Dimensões do Ativismo Judicial do STF.**1ª.ed. Rio de Janeiro: Forense. 2014. P. 51. [↑](#footnote-ref-151)
152. idem. P. 52. [↑](#footnote-ref-152)
153. *idem*. P. 53 [↑](#footnote-ref-153)
154. **Dimensões do Ativismo Judicial do STF.**1ª.ed. Rio de Janeiro: Forense. 2014. P. 54 [↑](#footnote-ref-154)
155. **“E se assim não fosse?”: Uma breve reflexão sobre as implicações do caso Dred Scott nos estudos sobre Ativismo Judicial.** [↑](#footnote-ref-155)
156. **Dimensões do Ativismo Judicial do STF.**1ª.ed. Rio de Janeiro: Forense. 2014. P. 54 [↑](#footnote-ref-156)
157. *Idem****.*** P. 55 [↑](#footnote-ref-157)
158. *Idem.* [↑](#footnote-ref-158)
159. *Idem. P.57.* [↑](#footnote-ref-159)
160. *Idem.* [↑](#footnote-ref-160)
161. CUNHA JR. Dirley da. **Curso de Direito Constitucional.** 8ª ed. Salvador: JusPodium. 2014. P. 198. [↑](#footnote-ref-161)
162. RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos.** 2ª.ed. São Paulo: Saraiva. 2018. P. 113. [↑](#footnote-ref-162)
163. SILVA, José Afonso da. **Curso de Direitos Constitucional Positivo.** 41ª.ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2017. P. 111. [↑](#footnote-ref-163)
164. RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos.** 2ª.ed. São Paulo: Saraiva. 2018. P. 115. [↑](#footnote-ref-164)
165. SILVA, José Afonso da. **Curso de Direitos Constitucional Positivo.** 41ª.ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2017. P. 111. [↑](#footnote-ref-165)
166. RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos.** 2ª.ed. São Paulo: Saraiva. 2018. P. 119. [↑](#footnote-ref-166)
167. TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e Ativismo Judicial: Limites da atuação do Judiciário.** 1ª.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2013. P.28. [↑](#footnote-ref-167)
168. BARROSO, Luis Roberto**. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Revista Synthesis, Rio de Janeiro, v. 5, n.1, 2012. P. 6 [↑](#footnote-ref-168)
169. TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e Ativismo Judicial: Limites da atuação do Judiciário.** 1ª.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2013. P.33 [↑](#footnote-ref-169)
170. Idem. P.32. [↑](#footnote-ref-170)
171. BARROSO, Luis Roberto**. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Revista Synthesis, Rio de Janeiro, v. 5, n.1, 2012. P. 6 [↑](#footnote-ref-171)
172. TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e Ativismo Judicial: Limites da atuação do Judiciário.** 1ª.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2013. P.36 [↑](#footnote-ref-172)
173. BARROSO, Luis Roberto**. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Revista Synthesis, Rio de Janeiro, v. 5, n.1, 2012. P. 6 [↑](#footnote-ref-173)
174. AZEVEDO CAMPOS, Carlos Alexandre de. **Dimensões do Ativismo Judicial do STF.**1ª.ed. Rio de Janeiro: Forense. 2014. P. 214. [↑](#footnote-ref-174)
175. AZEVEDO CAMPOS, Carlos Alexandre de. **Dimensões do Ativismo Judicial do STF.**1ª.ed. Rio de Janeiro: Forense. 2014. P. 216. [↑](#footnote-ref-175)
176. AZEVEDO CAMPOS, Carlos Alexandre de. **Dimensões do Ativismo Judicial do STF.**1ª.ed. Rio de Janeiro: Forense. 2014. P. 221. [↑](#footnote-ref-176)
177. Constituição da República Federativa do Brasil de 1967 com redação dada pela Emenda Constitucional n.º 1, de 17 de outubro de 1969. Art. 119. Compete ao Supremo Tribunal Federal: I - processar e julgar originàriamente; *h)*o *habeas corpus* , quando o coator ou o paciente fôr Tribunal, autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal ou se tratar de crime sujeito à mesma jurisdição em única instância; i) os mandados de segurança contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara do Senado Federal, do Supremo Tribunal Federal, do Conselho Nacional da Magistratura, do Tribunal de Contas da União, ou de seus presidentes, e do Procurador-Geral da República, bem como os impetrados pela União contra atos de governos estaduais;   [↑](#footnote-ref-177)
178. VILLA, Marco Antonio. **A história das constituições brasileiras: 200 anos de luta contra o arbítrio.** 1ª.ed. São Paulo: Leya, 2011. P. 93. [↑](#footnote-ref-178)
179. AZEVEDO CAMPOS, Carlos Alexandre de. **Dimensões do Ativismo Judicial do STF.**1ª.ed. Rio de Janeiro: Forense. 2014. P. 223. [↑](#footnote-ref-179)
180. *Idem.* P.224. [↑](#footnote-ref-180)
181. *Idem.* [↑](#footnote-ref-181)
182. Art.72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no paiz a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á segurança individual e á propriedade, nos termos seguintes:  (...) § 22. Dar-se-ha o *habeas-corpus* sempre que alguém soffrer ou se achar em imminente perigo de soffrer violencia por meio de prisão ou constrangimento illegal em sua liberdade de locomoção.                   [↑](#footnote-ref-182)
183. Art 60 - Aos juizes e Tribunaes Federaes: processar e julgar: (...)  § 5º Nenhum recurso judiciario é permittido, para a justiça federal ou local, contra a intervenção nos Estados, a declaração do estado de sitio e a verificação de poderes, o reconhecimento, a posse, a legitimidade e a perda de mandato dos membros do Poder Legislativo ou Executivo, federal ou estadual; assim como, na vigencia do estado de sitio, não poderão os tribunaes conhecer dos actos praticados em virtude delle pelo Poder Legislativo ou Executivo.     [↑](#footnote-ref-183)
184. AZEVEDO CAMPOS, Carlos Alexandre de. **Dimensões do Ativismo Judicial do STF.**1ª.ed. Rio de Janeiro: Forense. 2014. P. 227. [↑](#footnote-ref-184)
185. *Idem.* p. 229. [↑](#footnote-ref-185)
186. *Idem.* p. 230. [↑](#footnote-ref-186)
187. Constituição Federal de 1988, Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. [↑](#footnote-ref-187)
188. SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 1ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. P. 965. [↑](#footnote-ref-188)
189. Constituição Federal de 1988. 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;                          [↑](#footnote-ref-189)
190. STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional.** 5ª. ed. Rio de Janeiro: Forense. P. 493 [↑](#footnote-ref-190)
191. AZEVEDO CAMPOS, Carlos Alexandre de. **Dimensões do Ativismo Judicial do STF.**1ª.ed. Rio de Janeiro: Forense. 2014. P. 258. [↑](#footnote-ref-191)
192. *Idem.* [↑](#footnote-ref-192)
193. RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos.** 2ª.ed. São Paulo: Saraiva. 2018. P. 285. [↑](#footnote-ref-193)
194. *Idem.* p. 286. [↑](#footnote-ref-194)
195. AZEVEDO CAMPOS, Carlos Alexandre de. **Dimensões do Ativismo Judicial do STF.**1ª.ed. Rio de Janeiro: Forense. 2014. P. 260. [↑](#footnote-ref-195)
196. *Idem.* p.264. [↑](#footnote-ref-196)
197. *Idem. p. 270.* [↑](#footnote-ref-197)
198. *Idem.* p. 271 [↑](#footnote-ref-198)
199. FERRAJOLI, Luigi; et al. **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo.**1ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. P.112. [↑](#footnote-ref-199)
200. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas.** 5ª.ed. São Paulo: Saraiva. P. 46 [↑](#footnote-ref-200)
201. André Karam Trindade expõe algumas dessas especificidades, quais sejam: a) a promulgação de uma constituição democrática, marcada por um amplo catálogo de direitos fundamentais, além da presença de uma pluralidade de interesses políticos, sociais, econômicos e culturais; b) a previsão de um sistema misto de controle de constitucionalidade das leis; c) a existência de um total de, praticamente, 14 mil magistrado em atividade, cuja grande maioria ainda entende que a interpretação é um ato de vontade e que, portanto, está a disposição do juiz; d) a concorrência de dois princípios que confrontam o ordenamento jurídico: de um lado, a vedação do non liquet, segundo a qual o juiz não pode declinar da prestação jurisdicional, conforme determina a tradição francesa inaugurada pelo Código de Napoleão, ao contrário do que ocorre na matriz norte-americana, que admite está hipótese em matéria de questões políticas. FERRAJOLI, Luigi; et al. **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo.**1ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. Pgs. 116-117. [↑](#footnote-ref-201)
202. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas.** 5ª.ed. São Paulo: Saraiva. P. 46 [↑](#footnote-ref-202)
203. *Idem.* P. 61 [↑](#footnote-ref-203)
204. FERRAJOLI, Luigi; et al. **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo.**1ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. P.117. [↑](#footnote-ref-204)
205. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas.** 5ª.ed. São Paulo: Saraiva. P. 52 [↑](#footnote-ref-205)
206. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 20ª.ed. São Paulo:Atlas. P.221 [↑](#footnote-ref-206)
207. *Idem.* [↑](#footnote-ref-207)
208. Idem. p.229. [↑](#footnote-ref-208)
209. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas.** 5ª.ed. São Paulo: Saraiva. P. 52. [↑](#footnote-ref-209)
210. *Idem.*  [↑](#footnote-ref-210)
211. STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 4ª. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2013. P. 95. [↑](#footnote-ref-211)
212. FERRAJOLI, Luigi; et al. **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo.**1ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. P. 109. [↑](#footnote-ref-212)
213. *Idem.* [↑](#footnote-ref-213)
214. Idem. p. 60. [↑](#footnote-ref-214)
215. FERRAJOLI, Luigi; et al. **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo.**1ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. P. 67. [↑](#footnote-ref-215)
216. TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e Ativismo Judicial: Limites da atuação do Judiciário.** 1ª.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. P. 134. [↑](#footnote-ref-216)
217. Lenio Luiz Streck desenvolvou a ligação da estória de Lewis Caroll com a discricionariedade judicial em diversos textos, dentre eles, os seguintes: STRECK, Lenio Luiz. **Azdak, Humpty Dumpty e os Embargos Declaratórios.** Consultor Jurídico: São Paulo, 29 de março de 2012. Disponível em: **<**https://www.conjur.com.br/2012-mar-29/senso-incomum-azdak-humpty-dumpty-embargos-declaratorios > Acesso em 10/12/2018; \_\_\_\_\_. **A Katchanga e o bullying interpretativo no Brasil**. Consultor Jurídico: São Paulo, 28 de junho de 2012. Disponível em: < https://www.conjur.com.br/2012-jun-28/senso-incomum-katchanga-bullying-interpretativo-brasil > Acesso em 10/12/2018. [↑](#footnote-ref-217)
218. FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**.1ª.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. P. 35. [↑](#footnote-ref-218)
219. *Idem.* p.36. [↑](#footnote-ref-219)
220. BOCHENEK, Antônio Cesar; MORO, Sérgio Fernando. **O problema é o processo**. 29 de março de 2015. São Paulo: Estadão. Disponível em:< <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/o-problema-e-o-processo/>>. Acesso em 05/11/2018. [↑](#footnote-ref-220)
221. STRECK, Lenio Luiz. **Teori do STF contraria Teori do STJ ao ignorar lei sem declarar inconstitucional.** 19 de fevereiro de 2016.Disponível em**: < >**Acesso em 05/11/2018. [↑](#footnote-ref-221)
222. *Idem.* [↑](#footnote-ref-222)
223. STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 4ª. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2013. P. 95. [↑](#footnote-ref-223)