

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO

**DO ATIVISMO JUDICIAL CARACTERIZADO PELA DESOBEDIÊNCIA DO
COMANDO DEMOCRÁTICO NA INTERPRETAÇÃO DA CLÁUSULA PÉTREA DE
INOCÊNCIA**

AMANDA FREITAS DA ROCHA

Rio de Janeiro
2020 / 1º semestre

AMANDA FREITAS DA ROCHA

**DO ATIVISMO JUDICIAL CARACTERIZADO PELA DESOBEDIÊNCIA DO
COMANDO DEMOCRÁTICO NA INTERPRETAÇÃO DA CLÁUSULA PÉTREA DE
INOCÊNCIA**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Ms. Rodrigo Machado Gonçalves.**

Rio de Janeiro
2020 / 1º semestre

AMANDA FREITAS DA ROCHA

**DO ATIVISMO JUDICIAL CARACTERIZADO PELA DESOBEDIÊNCIA DO
COMANDO DEMOCRÁTICO NA INTERPRETAÇÃO DA CLÁUSULA PÉTREA DE
INOCÊNCIA**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Ms. Rodrigo Machado Gonçalves.**

Data da Aprovação: ____/____/____.

Banca Examinadora:

Professor Mestre Rodrigo Machado Gonçalves (Orientador)

Professor Pós-Doutor Antonio Eduardo Ramires Santoro (FND/UFRJ)

Professora Mestra Natália Lucero Frias Tavares (ABDConst)

Professor Mestre Daniel Nascimento Duarte (UFJF)

Rio de Janeiro
2020 / 1º semestre

FICHA CATALOGRÁFICA

CIP - Catalogação na Publicação

R672a Rocha, Amanda Freitas da
Do Ativismo Judicial caracterizado pela
desobediência do comando democrático na
interpretação da clausula pétrea de inocência /
Amanda Freitas da Rocha. -- Rio de Janeiro, 2020.
59 f.

Orientador: Rodrigo Machado Gonçalves.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
Naciona de Direito, Bacharel em Direito, 2020.

1. Estado Democrático de Direito. 2. Presunção de
Inocência. 3. Ativismo Judicial. I. Gonçalves,
Rodrigo Machado , orient. II. Título.

Elaborado pelo Sistema de Geração Automática da UFRJ com os dados fornecidos pelo(a) autor(a), sob a responsabilidade de Miguel Romeu Amorim Neto - CRB-7/6283.

AGRADECIMENTOS

Quero agradecer, primeiramente a Deus, que me acompanhou, abençoou e sustentou durante toda a minha jornada na Faculdade Nacional de Direito.

Dedico essa e tantas outras conquistas que virão pela graça de Deus aos meus pais, minha irmã Andressa e, em especial, àqueles que não estão mais entre nós mas foram essenciais para a realização desse sonho: meu avô Walter Valadão, a quem sempre admirei e minha querida avó Maria Célia que nunca mediu esforços para que esse momento chegasse.

Além disso, deixo minha gratidão ao meu namorado Daniel Fraga por me incentivar até aqui e partilhar comigo o milagre do ordinário.

Agradeço a todos os familiares e amigos pelo apoio emocional ao longo dessa jornada.

Por fim, agradeço à Faculdade Nacional de Direito/ UFRJ e a todos os meus professores.

“É como está escrito: Coisas que os olhos não viram, nem os ouvidos ouviram, nem o coração humano imaginou, tais são os bens que Deus tem preparado para aqueles que o amam”

(1 Coríntios 2:9)

RESUMO

O presente trabalho visa analisar o princípio da presunção de inocência assegurado pela Constituição Federal, como uma garantia fundamental e a forma como este vem sendo aplicado pelo Supremo Tribunal Federal, bem como a atuação desse, o qual possui a função precípua de resguardar o texto disciplinado na Carta Magna, mas que na tentativa de elidir mudanças que julgam necessárias no ordenamento jurídico acaba por interpretar o texto explicitado na norma de forma a alterar entendimento já consolidado, acarretando assim uma superação ao sistema positivista Civil Law, adotado no ordenamento jurídico brasileiro, em detrimento do sistema Common law, inaugurando com isso um direito pós-positivista, em consonância ao fenômeno do Ativismo Judicial.

Palavras-chave: Estado Democrático de Direito. Presunção de Inocência. Ativismo Judicial.

RESUMEN

El presente trabajo pretende analizar el principio de la presunción de inocencia asegurada por la Constitución Federal, como una garantía fundamental y la forma en que éste viene siendo aplicado por el Supremo Tribunal Federal, así como la actuación de ese, el cual posee La función preponderante de resguardar el texto disciplinado en la Carta Magna, pero que en El intento de eludir cambios que juzgan necesarios en el ordenamiento jurídico acaba por interpretar el texto explicitado en la norma de forma a alterar entendimiento ya consolidado, acarreando así una superación al sistema positivista Civil Law, que se adoptó en El ordenamiento jurídico brasileño, en detrimento del sistema Common law, inaugurando com ello un derecho post-positivista, en consonancia con el fenómeno del Activismo Judicial.

Palabras clave: Estado Democrático de Derecho. Presunción de Inocencia. Activismo Judicial.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
I - CONSTRUÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO NO BRASIL	12
1.1. Do perfil dogmático e político da cidadania.....	14
1.2. Da análise das garantias e direitos individuais na CRFB/88	17
1.3. Das cláusulas pétreas	20
II - DOS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS	22
2.1. Do princípio democrático	22
2.2. Do princípio da justiça democrática	23
2.3. Do princípio da certeza jurídica democrática	23
2.4. Do princípio do devido processo legal democrático	24
2.5. Dos princípios do contraditório e da ampla defesa	26
2.6. Do princípio da inadmissibilidade de provas ilícitas por meios ilícitos	27
2.7. Do princípio da inocência.....	28
2.8. Do princípio da naturalidade para a causa.....	30
2.9. Do princípio da imparcialidade	31
III - DO ATIVISMO JUDICIAL	33
3.1. Do conceito de ativismo judicial	33
3.2. Da separação dos poderes.....	37
3.3. Da função jurisdicional.....	43
IV - DAS DECISÕES DO STF ACERCA DO PRINCÍPIO DA INOCÊNCIA NO QUE TANGE A INTERPRETAÇÃO SOBRE O CONCEITO DE TRÂNSITO EM JULGADO.....	45
4.1. Do conceito de trânsito em julgado enquanto módulo regencial e assecuratório do princípio da inocência.....	45
4.2. Da compreensão do significado de trânsito em julgado pós constituição de 1988	46
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	54
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	56

INTRODUÇÃO

Esse estudo tem como tema o Ativismo Judicial Caracterizado pela Desobediência do Comando Democrático na Interpretação de Cláusula Pétrea. O trabalho se limitará pela análise das decisões do STF acerca do princípio da inocência no que tange a interpretação sobre o conceito de trânsito em julgado.

A Constituição está no topo do Ordenamento Jurídico, assim, devem as demais fontes do Direito a ela observarem e se adequarem, a fim de retirarem sua validade. A Carta Magna de 1988 estabelece um novo marco na história do Brasil: inaugura o Estado Democrático de Direito no país e consolida valores e princípios fundamentais ao homem. Dessa forma, analisar-se-á, sobretudo, conceitos e fundamentos basilares constitucionais, a fim de destacar, nesse contexto, a obrigatoriedade e observância dos mesmos para um devido processo penal democrático.

Para a sua abordagem, o presente trabalho vai se basear no método bibliográfico, focando na construção doutrinária, jurisprudencial e normativa, sendo analisada a referência da cláusula da inocência como cláusula palmar do Estado Democrático. Além disso, buscar-se-á explorar e apontar o ativismo judicial do STF na interpretação restritiva de trânsito em julgado ferindo o comando constitucional.

Sendo assim, o objetivo dessa monografia é realizar uma pesquisa sobre o instituto do Princípio da Inocência e a vedação constitucional quanto ao ativismo que busca reduzir o seu alcance, ampliando e divulgando a discussão sobre o tema.

Assim, em um primeiro momento, é abordado o Estado Democrático de Direito, a fim de demonstrar em que momento ele passou a ser inserido dentro do parâmetro constitucional brasileiro, o que permitiu que tal tema da seara penal fosse julgado pelo STF, colocando-se as questões levantadas sobre os princípios norteadores do Estado Democrático, os direitos e garantias fundamentais individuais, as cláusulas pétreas e princípios fundamentais. Posteriormente, realizar-se-á uma análise do instituto do Ativismo Judicial, trazendo seu conceito, histórico e seu aspecto negativo à democracia. Por fim, tratar-se-á sobre o HC

126.292 e as ADCs 43 e 44, bem como o consequente julgamento desfavorável ao comando democrático realizado pelo STF.

I - CONSTRUÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO NO BRASIL

O Estado Democrático de Direito surge com a força da soberania popular e com o intuito de superar os desafios sociais através da consolidação de um regime democrático que promova a justiça social.

Dessa forma, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 firma em seu artigo 1º que “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais e da livre iniciativa”.

Nesse sentido, Soares (2001. p. 305) estabelece seu entendimento ao dizer que, “o Estado constitucional molda-se pelos conceitos de direito fundamental, democracia, Estado de direito, primazia do direito e distribuição de competências e poderes do Estado, formulando sua imagem integral”.

Em vista do que é instituído pelo artigo supramencionado, pode-se compreender que o Estado Democrático de Direito no Brasil veio como mecanismo de ruptura ao regime militar ditatorial marcado pela centralização do poder, pela quase inexistência da liberdade de expressão e de organização, pelo arbítrio legislativo e judicial e violações de direitos humanos que deixaram uma mancha escura e densa na história do Brasil.

Nesse cenário, o legislador constituinte originário preocupou-se em estabelecer limites ao poder do Estado a partir de uma relação de submissão, subordinação do mesmo para com a lei e, também, através da instituição do poder democrático.

Por esse prisma, o Estado Democrático de Direito parte de duas ideias basilares: “o Estado limitado pelo direito e o poder político estatal legitimado pelo povo. O direito é o direito interno do Estado; o poder democrático é o poder do povo que reside no território ou pertence ao Estado” (CANOTILHO, 2002, p. 231).

Assim, com o poder democrático, o cidadão passa a ser o legítimo titular do poder embora o exerça por representantes, é o que se pode ver a seguir:

O Estado Democrático de Direito, que significa a exigência de reger-se por normas democráticas, com eleições, periódicas e pelo povo, bem como o respeito das autoridades públicas aos direitos e garantias fundamentais, proclamado no caput do artigo, adotou, igualmente o parágrafo único, o denominado princípio democrático, ao afirmar que “todo poder emana do povo, que o exerce por meio de seus representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição (MORAES, 2005, p.17).

Além disso, por esse segmento, evidencia-se que no Estado Democrático de Direito, a legalidade passa a ter um papel muito importante na limitação do poder do Estado e na concretização do Estado de Direito, uma vez que:

A lei, como instrumento da legalidade, caracteriza-se como uma ordem geral e abstrata, regulando a ação social através do não-impedimento de seu livre desenvolvimento; seu instrumento básico é a coerção através da sanção das condutas contrárias. (STRECK e MORAIS, 2000, p. 102).

Nesse sentido, evidencia-se o controle do poder de punir do Estado a partir da intervenção mínima, corolário inafastável da legalidade estrita, como forma de tentar restringir ou, até mesmo, eliminar o arbítrio do legislador, no momento da confecção das normas penais incriminadoras. Através desse princípio, somente fracassando as sanções do ordenamento jurídico positivo é que deve o Direito Criminal atuar. A pena, portanto, deve ser sempre utilizada como ultima *ratio*, e não como prima ou sola *ratio*.

Isso porque é constitucionalmente inviolável o direito à liberdade (CF, art. 5º, caput). A Carta Magna de 1988 elevou, a fundamento do Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III). A par desses dois princípios - inviolabilidade do direito à liberdade e dignidade da pessoa humana - pode-se concluir que, "a restrição ou privação desses direitos invioláveis somente se legitima se extremamente necessária à sanção penal para a tutela de bens fundamentais do homem, e mesmo de bens instrumentais indispensáveis a sua realização social" (LUISI, 1991, p. 26).

Nesta lógica, a secularização no Estado Democrático Brasileiro - visa afastar do alcance do Direito penal conceitos morais e religiosos, restringindo sua esfera de atuação a racionalidade, e reforçando a ideia de lesividade ao bem jurídico como seu objeto, limitando, assim, sua expansão. Assim, no Estado Democrático de Direito não se pode admitir a punição de condutas ou comportamentos que abstratamente possam colocar em risco a sociedade. O direito penal somente pode estar voltado à punição de condutas que violem concretamente bens jurídicos especificados no ordenamento jurídico.

Ademais, no Estado Democrático de Direito busca-se preservar a pessoa numa esfera em que é ilícito proibir, julgar e punir: a esfera do pensamento, das ideias. O princípio da secularização subdivide-se em muitos outros (sub)princípios como o da inviolabilidade da intimidade e do respeito à vida privada (art. 5º, X), do resguardo da liberdade de manifestação de pensamento (art. 5º, IV), da liberdade de consciência e crença religiosa (art. 5º, VI), da liberdade de convicção filosófica ou política (art. 5º, VIII) e da garantia de livre manifestação do pensar (art. 5º, IX).

Nesse sentido, de acordo com entendimento de Alexandre de Moraes, pode-se compreender que o Estado Democrático de Direito seria “caracterizador do Estado Constitucional, significa que o Estado se rege por normas democráticas, com eleições livres, periódicas e pelo povo, bem como o respeito das autoridades públicas aos direitos e garantias fundamentais” (MORAES, 2011, p. 6).

Deste modo, percebe-se que a base estrutural para que um Estado seja realmente Estado de Direito não é apenas a lei, mas também a obediência aos princípios fundamentais que dão garantias ao cidadão. Os princípios são imutáveis, pois são eles os fundamentos de todo o ordenamento jurídico são eles que dão segurança e atuam como regulador da justiça dentro do Estado Democrático de Direito

1.1.Do perfil dogmático e político da cidadania

A Constituição da República de 1988, a Constituição Cidadã, foi um marco importante para o avanço da cidadania no país. A cidadania foi tratada na Constituição como fundamento da República Federativa do Brasil, conforme estabelece o artigo 1º:

A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito federal, constituiu-se em estado democrático de Direito e tem como fundamentos:

I- A soberania;

II- A cidadania;

III- A dignidade da pessoa humana;

IV- Os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V- O pluralismo político;

Parágrafo único - Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. (BRASIL, 1988).

Cabe referendar, que além da Constituição brasileira de 1988 incorporar como um de seus fundamentos a Cidadania (art. 1º, inciso II), lhe deu contorno amplo (“*exempli gratia*”: art. 1º e seu “*parágrafo único*”; art. 5º, LXXVII ; art. 14; art. 205 e outros correlacionados), alinhado respectivamente com a Declaração Universal de 1948 e pela Conferência de Viena de 1993, voltadas para o reconhecimento e defesa da dignidade da pessoa humana e na concretização de direitos fundamentais, notadamente de participação político-democrática.

Nas palavras de José Afonso da Silva (SILVA, 2008, p.35-37), destaca-se de início que no contexto atual se dispersa o amplo conteúdo valorativo e operativo da Cidadania e termina por reafirmar seu liame com os demais dispositivos da nossa Constituição dirigente de 1988, para além dos direitos políticos:

É um signo de nosso tempo que a cidadania se tenha convertido em um conceito de moda em todos os setores da política. Isso nos põe diante da necessidade de reelaborar o conceito de “cidadania”, a fim de lhe dar sentido preciso e operativo em favor da população mais carente da sociedade e de modo a retirá-lo da pura ótica da retórica política, que, por ser formal, tende a esvaziar o conteúdo ético valorativo dos conceitos, pelo desgaste de sua repetição descomprometida.

(...)

Uma nova dimensão da cidadania – É aquela que decorre da ideia de Constituição dirigente, que não é apenas um repositório de programas vagos a serem cumpridos, mas constituiu um sistema de previsão de direitos sociais, mais ou menos eficazes, em torno dos quais é que se vem construindo a nova ideia de cidadania.

A nova ideia de cidadania se constrói, pois, sob o influxo do progressivo enriquecimento dos direitos fundamentais do homem. A Constituição de 1988, que assume as feições de uma Constituição dirigente, incorporou essa nova dimensão da cidadania quando, no art. 1º, II, a indicou como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. A propósito, escrevemos: “A cidadania está aqui num sentido mais amplo do que o de titular de direitos políticos. Qualifica os participantes da vida do Estado, o reconhecimento do indivíduo como pessoa integrada na sociedade estatal (art. 5º, LXXVII). Significa aí, também, que o funcionamento do Estado estará submetido à vontade popular. E aí o termo conexas-se com o conceito de soberania popular (“parágrafo único”, do art. 1º), com os direitos políticos (art. 14) e com o conceito de dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), com os objetivos da educação (art. 205), como base e meta essencial do regime democrático.

Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior (ARAÚJO e NUNES JÚNIOR, 2004, p. 79.) também observam que, com relação à Constituição de 1988, a cidadania foi erigida como um dos fundamentos da República (art. 1º, inciso II) e estaria entrelaçada com a dignidade da pessoa humana, na esteira do pensamento de Hannah Arendt:

A expressão cidadania, aqui indicada como fundamento da República, parece não se resumir à posse de direitos políticos, mas, em acepção diversa, parece galgar significado mais abrangente, nucleado na ideia, expressa por Hannah Arendt, do direito a ter direitos. Segue-se, nesse passo, que a ideia de cidadania vem intimamente entrelaçada com a de dignidade da pessoa humana.

Desta forma, percebe-se que a conotação ampla da cidadania - tendo por característica a universalidade e a indivisibilidade - acompanhando o adensamento dos demais direitos fundamentais do homem, acabou por refletir em todos os demais direitos interligados à relação entre os homens na sociedade e entre o homem com o Estado Democrático de Direito.

O sentido restrito e original da cidadania encontra-se apresentado no artigo 14 e, também, no inciso LXXIII do art. 5º da CRFB/88:

A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:

- I- Plebiscito;
- II- Referendo;
- III- Iniciativa popular;

Art. 5 [...]

LXXIII. qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência; [...] (BRASIL, 1988).

Assim, ao consagrar a soberania popular conferiu-se o sufrágio universal exercido pelo voto direto e secreto. Com isso, ao consagrar a universalidade do sufrágio reconheceu-se a todos os nacionais, independente do grupo ou classe a que pertence ou da sua qualificação, ou do sexo, o direito de participar ativamente da vida política.

Contudo, o voto não deve ser o único instrumento de democracia do povo, visto que a Constituição traz outras formas de participação como a ação popular, a iniciativa de projetos de lei, o referendo e mesmo o plebiscito. Assim, segundo José Afonso da Silva (SILVA, 2003 p.141) a Democracia seria “processo de convivência social em que o poder emana do povo, há de ser exercido, direta ou indiretamente, pelo povo e em proveito do povo”. E, continua o autor afirmando que “as primeiras manifestações da democracia participativa consistiram nos institutos de democracia semidireta, que combinam instituições de participação direta com instituições de participação indireta”. (Ibidem, p. 139-140).

No entanto, na visão de José Afonso da Silva, o sistema representativo de governo, não atende com satisfação os anseios da sociedade visto que:

Há muito de ficção, como se vê, no mandato representativo. Pode-se dizer que não passa de simples técnica de formação dos órgãos governamentais. E soa a isso se reduziria o princípio da participação popular, o princípio do governo pelo povo na democracia representativa. E, em verdade, não será um governo de expressão da vontade popular, desde que os atos de governo se realizam com base na vontade popular, desde que os atos de governo se realizam com base na vontade autônoma do representante. Nesses termos, a democracia representativa acaba fundando-se numa ideia de igualdade abstrata perante a lei, numa consideração de homogeneidade, e assenta-se no princípio individualista que considera a participação, no processo do poder, do eleitor individual no momento da votação [...]. (Ibidem).

Desta forma, percebe-se que o sistema representativo muitas vezes, sofre de ineficácia, pois a corrupção, o descaso e a desmoralização das instituições públicas e dos poderes, principalmente o Executivo e o Legislativo, vão colocar em dúvida se a representação política no ordenamento jurídico constitucional brasileiro é clara e precisa.

Nota-se como é importante aliarmos a cidadania aos direitos fundamentais, posto que esses instrumentos exigem, para melhor resultado, certo grau de politização da população. Nesse sentido, o conceito de cidadania encontra estrita relação com o dever do Estado em ofertar condições mínimas para o exercício desse direito, incluindo, portanto, a proteção ao direito à vida, à educação, à informação, à liberdade, à participação nas decisões públicas, entre outros.

Dessa forma, o presente trabalho passará a abordar o estudo dos direitos e garantias individuais de forma a evidenciar a importância e tratamento atribuídos a eles pelo poder constituinte originário.

1.2. Da análise das garantias e direitos individuais na CRFB/88

A CRFB/88 trata dos direitos individuais explícitos em seu artigo 5º e dispõe de 76 incisos para detalhar o conteúdo dos direitos à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. No §2º do mesmo artigo, faz previsão dos direitos implícitos. Os direitos e garantias individuais são inerentes a condição de ser humano, visam conferir dignidade à vida humana e proteção aos indivíduos frente a atuação do Estado - que é obrigado a garantir e prezar por tais direitos e garantias para a concretização da cidadania.

As garantias individuais são um meio de defesa de conteúdo assecuratório, normas que servem para assegurar o direito declarado. Já os direitos individuais são de conteúdo declaratório, portanto, que declaram a existência de um interesse, de uma vantagem. Essas objetivam garantir que o texto constitucional seja universalmente observado e aplicado dentro do território do Estado. Seguindo esse entendimento, o Professor Paulo Bonavides afirma que: “Um meio de defesa, se coloca então diante do direito, mas com este não se deve confundir” (BONAVIDES, 2005, p. 526).

Portanto, pode-se compreender que a efetivação dos direitos individuais, através das garantias, consolida a dignidade da pessoa humana (Art. 1º, III, CRFB/1988). Com isso, a Constituição Cidadã afasta a ideia de um Estado com o fim em si mesmo, priorizando o indivíduo e assegurando a esfera de liberdade individual contra interferências ilegítimas do Poder Público. Sendo assim, os direitos e garantias individuais são tratados já no preâmbulo da Constituição, revelando a preocupação e zelo dado ao tema que é pressuposto lógico de toda cidadania, conforme pode-se depreender:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPUBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

Para melhor compreensão do objeto de estudo, passaremos à compreensão dos direitos e garantias individuais a partir do aspecto da inviolabilidade, da relatividade e da vedação ao retrocesso.

Nessa perspectiva, o aspecto da inviolabilidade ressalta a impossibilidade dos direitos fundamentais não serem observados por disposições infraconstitucionais ou por atos das autoridades públicas, sob pena de nulidades dos mesmos, bem como da responsabilização civil, penal ou administrativa.

Já a relatividade, também conhecida como limitabilidade, estabelece que nenhum direito fundamental é absoluto. Assim, o caráter de relatividade do qual são revestidos os princípios tornam possível que, em caso de choque entre eles, haja a ponderação entre eles e decida-se pela aplicação do princípio mais adequado ao caso concreto. Exemplo disso é a limitação ao

direito à vida explícita no inciso XLVII, *a*, do art. 5º, em que se admite a pena de morte em caso de guerra formalmente declarada. Nesse entendimento, Alexandre de Moraes corrobora: “os direitos e garantias fundamentais consagrados pela Constituição Federal não são ilimitados, uma vez que encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela carta Magna (princípio da relatividade)”. (MORAIS, 2003, p.61)

Salienta-se, pois, que essas limitações aos direitos fundamentais não são ilimitadas. Desse modo, todas as limitações a direitos fundamentais devem ser consideradas possivelmente irregulares e, por essa razão, devem sofrer um exame constitucional mais rigoroso, cabendo ao Judiciário exigir a demonstração de que a limitação se justifica diante de um interesse mais importante. Destaque-se que somente será legítima a restrição ao direito se for atendido o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade.

Por fim, tem-se a vedação ao retrocesso, característica essa que inadmite o retrocesso que visa a limitação e diminuição dos direitos e garantias fundamentais individuais estabelecidos na Constituição. Além disso, impede a revogação de normas garantidoras de direitos fundamentais e também a implementação de políticas públicas que enfraquecem esses direitos.

Insta salientar, pois, que a ideia de vedação ao retrocesso está intimamente ligada à efetividade dos direitos e garantias fundamentais. Ou seja, qualquer decisão ou legislação que vá de encontro à proteção dos direitos e garantias fundamentais individuais é retrocesso. Portanto, não se pode falar em retrocesso se, ainda que desagrade a sociedade, a decisão prospectar democracia. Assim, é assegurada a proteção ao núcleo essencial dos direitos fundamentais – que tem origem no próprio Estado Democrático de Direito que se define pela proteção extremada da dignidade da pessoa humana e da plena eficácia das normas implementadas.

Dessa forma, por serem a essência do texto constitucional e, por isso, não poderem ser diminuídos e, tampouco abolidos, os direitos e garantias individuais recebem do poder constituinte força de cláusula pétrea, conforme previsão no inciso IV, artigo 60 da Carta Magna de 1988. Portanto, o princípio da vedação ao retrocesso revela-se como princípio corolário do instituto da cláusula pétrea.

1.3. Das cláusulas pétreas

Em razão de a Constituição ser a norma maior - pressuposto de validade de todo o ordenamento jurídico - todas as outras leis e atos normativos devem estar em concordância e em perfeita harmonia com as normas constitucionais. Assim, para existir essa relação de hierarquia estas precisam ser sólidas e confiáveis.

Contudo, apesar dessa necessidade, ainda que através de um processo mais dificultoso e solene que o processo de alteração das demais espécies normativas, sabe-se que as normas constitucionais podem ser alteradas. Assim, para resguardar a segurança jurídica nos assuntos mais importantes do texto constitucional e custosos à sociedade, o ordenamento constitucional e a sua necessária estabilidade o poder constituinte originário instituiu as chamadas cláusulas pétreas.

Assim, conforme disposto no §4º, artigo 60 da CRFB/88, são cláusulas pétreas explícitas a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes e os direitos e garantias individuais. Porém, tem também as chamadas cláusulas pétreas implícitas no decorrer do texto da constituição a exemplo podemos citar, “a titularidade do poder constituinte originário, procedimento de emenda constitucional, os sistemas e formas de governo, e para alguns doutrinadores o 5º §2 que trata de direitos e garantias fundamentais de princípios e tratados internacionais, após passarem pelo congresso nacional, e adquiririam caráter constitucional integrariam o rol de cláusulas pétreas.

Desta forma, as cláusulas pétreas surgem como uma barreira quase que intransponível, e não podem ser suprimidas da constituição. Com isso, tenta-se dar cada vez mais segurança jurídica ao ordenamento, e protege os direitos fundamentais dos cidadãos, contra as arbitrariedades do legislador, e os anseios passageiros e momentâneos de uma sociedade. São limitações materiais ao poder derivado reformador que objetivam proteger institutos e valores essenciais para o Estado Democrático de Direito. São normas constitucionais que não podem sofrer restrição e nem mesmo terem os seus conteúdos abolidos. Consistem em resguardar o núcleo essencial do projeto original constituinte vedando a possibilidade de ruptura ideológica radical.

Todavia, de acordo com estudo realizado no subitem “Dos Direitos e Garantias Individuais na CRFB/88”, salienta-se que apesar das cláusulas pétreas não poderem ser objeto de supressão e abolição, elas podem ser rediscutidas pelo congresso nacional para que seus alcances sejam expandidos. Assim, é possível uma Emenda para melhorar o Texto Constitucional vigente referente às cláusulas pétreas.

II - DOS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS

2.1. Do princípio democrático

O regime brasileiro da Constituição da República de 1988 funda-se no princípio democrático. Assim, de maneira clara e indiscutível o preâmbulo e o artigo 1º o anunciam. Observando, pois, esses dispositivos, pode-se entender que a Constituição institui o Estado Democrático de Direito destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, livre, justa e solidária e sem preconceitos (artigo 3º, II e IV), com fundamento na soberania, na cidadania, na dignidade da pessoa humana, nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e no pluralismo político.

Assim, este princípio estabelece para a democracia uma dimensão substancial – legitimidade; e duas dimensões procedimentais – relacionadas a legitimação. Nesse sentido, a legitimidade diz respeito à continuação concreta dos fins e valores fundamentais do Estado que promovam para a engrenagem democrática do Estado positivados na Constituição. Já a legitimação, caracteriza-se pela democracia representativa e a participativa.

Desta forma, a democracia, por ser fruto da liberdade, carrega a mesma característica dessa: sua conaturalidade coma própria ideia de homem: “ a liberdade é de tal modo conatural ao Homem que não poderia haver sociedade de Homens que, nas suas leis fundamentais, espontânea e livremente surgidas, se não inscrevesse a liberdade ao menos como aspiração”. (CUNHA, 1988, p.25).

Sendo assim, a liberdade se apresenta como matriz conceitual do conceito de democracia e, portanto, mostra-se como valor fundamental do Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, o princípio constitucional democrático constitui a liberdade como regra que deve ser assegurada e observada por todas as instituições do Estado como suprema diretriz de suas atividades.

2.2. Do princípio da justiça democrática

A justiça no ordenamento jurídico brasileiro deve ser entendida na dimensão da democracia, da liberdade. Isso porque pode-se, por exemplo, considerar que o governo Aiatolá é um governo justo se a ideia de justiça estiver ligada à concepção eclesiástico moral.

Tendo, pois, a CRFB/88 definido a secularização do Direito, o elemento democrático revela a essência da sistematização de todo o ordenamento jurídico. A opção da Constituição pela tutela dos direitos e garantias fundamentais individuais é uma opção social, qualitativa. A relação no processo penal é uma relação indivíduo – sociedade. Portanto, o princípio da justiça democrática no processo penal, no plano social, se faz pelo reconhecimento de que a tutela de direitos e garantias individuais deve-se dar *prima face*.

Nesse sentido, o princípio da justiça democrática revela-se a partir de duas dimensões: A dimensão técnica que refere-se à conclusão de que o domínio da técnica pelo julgador o permite promover julgamentos justos; e a dimensão que refere-se ao fato de que a técnica por si só não se perfaz e satisfaz um julgamento justo se o magistrado não tem uma percepção social do exercício do poder/dever jurisdicional. Assim, essa percepção deve ser não somente sob uma perspectiva da construção legislativa e sob uma perspectiva da forma de tratamento como também do julgamento. Dessa forma, apenas com conhecimento da realidade social e das circunstâncias que o caso concreto apresenta é possível compreender a justiça democrática de uma decisão não só numa perspectiva da construção da própria legislação, sob uma perspectiva da forma de tratamento como também do julgamento.

2.3. Do princípio da certeza jurídica democrática

O princípio da certeza jurídico impõe a necessidade da produção das decisões na democracia serem decisões justas (sob a regência da justiça democrática) produzidas em tempo razoável e viabilizado e assegurado o direito impugnatório. Assim a constituição dispõe que:

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:

LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. (BRASIL, 1988)

A introdução do prazo razoável na prestação jurisdicional como princípio constitucional traz um compromisso do Estado para com o cidadão a fim de dar maior efetividade ao processo, em respeito ao direito fundamental de acesso à justiça. Sua importância destaca-se como pressuposto para o exercício pleno da cidadania nos Estados Democráticos de Direito, garantindo aos cidadãos a concretização dos direitos que lhes são constitucionalmente assegurados. Nesse sentido, Ada Pelegrini destaca que o acesso à justiça pode ser considerado o direito mais importante, "na medida em que dele depende a viabilização dos demais" (GRINOVER, 1990, p. 244)

Fazendo uma digressão histórica, observa-se que o *due process of law* ou o direito fundamental à duração razoável do processo foi reconhecido primordialmente na "Convenção Européia para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais", subscrita em Roma, em 4 de novembro de 1950. Influenciada pelo pacto europeu, a "Convenção Americana sobre Direitos Humanos" (Pacto de San José da Costa Rica, 1969) também cuidou do devido processo e da celeridade em seu artigo 8.º, verbis:

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". (A primeira denúncia de violação aos direitos fundamentais de um credor de precatórios alimentares, feita à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, da Organização dos Estados Americanos (OEA), com base no *Pacto de San Jose da Costa Rica*, teve como um de seus fundamentos a violação ao direito à duração razoável do processo.)

2.4. Do princípio do devido processo legal democrático

O princípio do devido processo legal caracteriza-se por ser uma meta-regra do Estado Democrático de Direito, ou seja, é norma fundamental e de observância obrigatória. Impõe ao Estado o dever de cumprir as regras estabelecidas pelo ordenamento jurídico limitando o exercício do poder punitivo.

No artigo 5º. Inciso LVI da Constituição atual se tem a imperatividade do aludido princípio e, sem ele, o processo é plenamente nulo e se quer é tido como existente no direito pátrio. Ademais, o princípio do devido processo legal é indispensável para o entendimento de

outros princípios, que se pode entender ser como derivados, pois, sem o devido processo legal todos eles ficariam inertes, ou seja, sem a devida aplicação quanto aos resultados esperados.

Este princípio apresenta um aspecto formal marcado pela exigência ao cumprimento de normas processuais, ou seja, é verificado não a matéria de fato e sim o cumprimento dos requisitos mínimos para a existência do processo. Exemplo disso é o respeito devido ao princípio do contraditório e ampla defesa. Sobre esta concepção processual do devido processo Gilson Bonato conclui que “[...] não objetivava analisar e limitar o mérito ou o conteúdo das normas jurídicas, adstringindo-se a um enfoque estritamente processualístico, não pretendendo emprestar ao princípio um sentido substantivo”. (BONATO, 2003, p. 36).

Paulo Fernando Silveira contribui ao aduzir que:

O devido processo legal procedimental refere-se à maneira pela qual a lei, o regulamento, o ato administrativo ou a ordem judicial são executados. Verifica-se, apenas, se o procedimento empregado por aqueles que estão incumbidos da aplicação da lei, ou do regulamento, viola o devido processo legal, sem se cogitar da substância do ato. (SILVEIRA, 2001, p. 242)

Por outro lado, este princípio também apresenta um aspecto material que exige o cumprimento de garantias e normas quanto às decisões. Limitando o poder do julgador, ou até mesmo concedendo tal competência através da jurisdição. Trata da razoabilidade na aplicação do processo. Tal aspecto representa a razoabilidade dos atos processuais.

Conforme Sánchez o conceito material se perfaz pela noção formal do devido processo junto com o cumprimento dos fins e direitos fundamentais, das garantias constitucionais, limitando a função punitiva do Estado. Para o autor só há o devido processo do ponto de vista material se são respeitados a liberdade, a justiça, a dignidade humana, a igualdade, a segurança jurídica e os direitos fundamentais, como a legalidade, o contraditório, defesa, celeridade, publicidade, proibição da *reformatio in pejus* e do duplo processo pelo mesmo fato. (SÁNCHEZ, 2001, p. 193)

Desta forma, o sentido material ou substantivo do devido processo legal exige, além do respeito às regras processuais como forma, como procedimento a ser seguido, que o Poder Judiciário ao analisar uma lei estabeleça um juízo sobre o seu conteúdo, resguardando com

isto os direitos fundamentais em um Estado Democrático de Direito, além da própria razoabilidade na atividade legislativa.

Assim, não basta seguir corretamente o processo pré-estabelecido se as regras aplicadas ferem a vida, a liberdade, a igualdade, a propriedade, etc., neste sentido o devido processo legal é garantia dos direitos fundamentais estabelecidos por um Estado.

2.5. Dos princípios do contraditório e da ampla defesa

Segundo o princípio do Contraditório, a cada manifestação de uma parte no processo deve ser dado à outra a plena possibilidade de se manifestar sobre a mesma – não é obrigado que a parte se manifeste, mas essa possibilidade sempre deverá ser dada. Dessa forma, está intrínseca ao contraditório a publicidade, ou seja, a ciência de algum ato realizado e de toda a sua íntegra. Observa-se que, sem o contraditório sendo realizado não há decisão judicial válida.

Segundo Aury Lopes Jr., este princípio se liga principalmente à criação das “condições ideais de fala e oitiva da outra parte, ainda que ela não queira utilizar-se de tal faculdade, até porque pode lançar mão do *nemo tenetur se detegere*” (LOPES Jr, 2005, p. 219-220).

O autor ainda completa seu entendimento com clareza:

Assim, o contraditório deve ser visto basicamente como o direito de participar, de manter uma contraposição em relação à acusação e de estar informado de todos os atos desenvolvidos no *inter procedimental*. A relevância da distinção reside na possibilidade de violar um deles sem a violação simultânea do outro, com reflexos no sistema de nulidades dos atos processuais. É possível cercear o direito de defesa pela limitação no uso de instrumentos processuais sem que necessariamente também ocorra violação do contraditório. A situação inversa é, teoricamente, possível, mas pouco comum, pois em geral a ausência de comunicação gera a impossibilidade de defesa. Destacamos que – na teoria – é facilmente apontável a distinção entre contraditório e direito de defesa. Sem embargo, ninguém pode omitir o limite que separa ambos é tênue, e, na prática, às vezes quase imperceptível. Desse modo, entendemos que não constitui pecado mortal afirmar que em muitos momentos processuais o contraditório e o direito de defesa se fundem, e a distinção teórica fica isolada diante da realidade do processo.” (Ibidem, p. 221-222)

Dessa forma, o princípio da ampla defesa caracteriza-se pela auto-defesa e a defesa técnica. A auto-defesa é realizada pelo acusado ou no momento em que é realizada a oitiva do mesmo. Assim, a auto-defesa pode ser tanto positiva – quando o réu se manifesta oralmente -

quanto negativa, por força do princípio do *nemo tenetur se detegere* (direito de não produzir prova contra si mesmo).

Com isso, o contraditório e, principalmente, a ampla defesa, nos possibilitam a aplicação do substrato libertário no devido processo legal. Veja que, sem a ampla defesa e o contraditório, não há necessidade que um Estado efetive o próprio devido processo legal, haja vista, que sem a possibilidade do réu se defender, não há o que se falar em devido processo legal democrático. Nesse entendimento, Gilson Bonato (2003, p. 161) nos ensina que:

O direito de defesa cumpre, no processo penal, um papel particular, pois, de um lado atua de forma conjunta com as demais garantias e, de outro, é a garantia que torna operativas todas as demais. (...) o direito de defesa não pode ser colocado no mesmo plano que as demais garantias processuais. A inviolabilidade do direito de defesa é a garantia fundamental com que conta o cidadão, porque é o único que permite que as demais garantias tenham uma vigência concreta dentro do processo penal. (...) Sendo garantia direta do princípio do devido processo legal, a defesa deve ser a mais ampla possível.

2.6. Do princípio da inadmissibilidade de provas ilícitas por meios ilícitos

A norma inscrita no artigo 5º, LVI, da CRFB/88, consagrou com o postulado de que a prova obtida por meios ilícitos deve ser dispensada pelos juízes e Tribunais, ainda que os fatos por ela apurados sejam relevantes ao processo, uma vez que se subsume ela ao conceito de inconstitucionalidade.

Como bem salienta Ada Pellegrini: “trata-se de não-ato, de não-prova, que as reconduz à categoria da inexistência jurídica. Elas simplesmente não existem como provas; não têm aptidão para surgirem como provas, daí sua total ineficácia”. (GRINOVER; FERNANDES e GOMES FILHO, 2000).

A prova ilícita então é tida como prova idônea uma vez que não tem fundamento jurídico e, além disso, é infectada de inconstitucionalidade, assim, é destituída de eficácia jurídica.

A apuração da verdade processual deve ter nexos com os interesses protegidos pela ordem jurídica, deve-se desconsiderar o uso desse tipo de prova que cuja prática representa um atentado a integridade física, psíquica, dignidade, liberdade ou a própria segurança. Nesse

sentido, este princípio demonstra um controle libertário na atividade persecutória de tal modo que, mesmo a prova ilícita sendo importante para a decisão do julgamento e a única prova da culpabilidade do réu, o magistrado é obrigado a desentranhá-la dos autos e, não havendo, portanto, outras provas que o incriminem, o mesmo deve ser julgado inocente.

2.7.Do princípio da inocência

A presunção de inocência já foi positivado em diversos tratados e convênios internacionais, tal qual o Declaração Universal de Direitos Humanos, Pacto de San Jose da Costa Rica dentre diversos outros. O mesmo se encontra positivado em nossa norma fundamental no artigo 5º, inciso LVII, in verbis:

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. (Brasil, 1988).

Este comando é de extrema importância, pois diferentemente das legislações internacionais, a Constituição de 1988 demarca o ponto exato onde encerra-se a presunção da inocência, o qual seja com o “trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Nesse sentido Lopes Jr e Gustavo Badaró (2016, p. 11) afirmam:

Num ponto, porém, a presunção de inocência em nossa constituição supera os diplomas internacionais de direitos humanos, e outros textos constitucionais sobre a matéria: o marco temporal final de aplicabilidade da presunção de inocência. Há explicitação de que o acusado é presumido inocente ou, mais precisamente, não é considerado culpado, “até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória

Dessa forma, a presunção da inocência determinada pela Constituição de 1988 determina que o acusado não pode ser tratado como culpado durante o processo penal e que esta presunção se encerra somente com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Com isso, a demarcação de um esgotamento da presunção da inocência restringe a liberdade do aplicador da norma quando de sua interpretação

Desse princípio pode-se verificar algumas conotações: o primeiro aspecto nos induz que o acusado não é obrigado a produzir provas para a sua inocência, é a acusação que tem a obrigatoriedade oposta, a de provar que ele é culpado. Outro aspecto refere-se a limitação no poder de legislar do legislador, não permitindo a edição de normas que tratem o cidadão como se culpado fosse. O último caracteriza-se pelo viés trazido com o presente princípio em estudo se verifica nas questões processuais. Não poderá este ser tratado como se fosse culpado, ou seja, qualquer incidência prisional cautelar que tenha características de execução provisória de pena é nula e não pode produzir efeitos. Essas medidas só podem ser vislumbradas caso haja efetiva necessidade.

Contudo, acontece muitas vezes de o fundamento da prisão cautelar se dá por um argumento com fundamento autoritário, por exemplo, a garantia da ordem pública, e esta sabemos que não é dada através da mera prisão do acusado posto que o Estado por si só já é obrigado a impedir que a população venha a delinquir.

Gilson Bonato (2013, p. 126-127) complementa a ideia do princípio da presunção de inocência ao dispor que:

Insta salientar que o princípio possui um inegável conteúdo ideológico, pois procura expressar inicialmente a vontade do legislador, qual seja, garantir a posição de liberdade do acusado em confronto com o interesse coletivo à repressão penal. Além disso, o princípio visa informar todo o processo penal e respeitar os valores inerentes à dignidade da pessoa humana. Assim, incidindo sobre todas as etapas de investigação, sejam processuais, o princípio garante e assegura que nenhum acusado pode receber qualquer tratamento que o equipare ao condenado (...). Quanto ao seu conteúdo, o princípio tem uma incidência muito grande no campo probatório, fazendo com que esse deva tender a verificar a existência dos fatos imputados, onerando a parte autora a trazer elementos probantes que justifiquem a imputação. Não se pode inverter o ônus da prova e muito menos fazer dessa simples meio para tentar investigar as desculpas trazidas pelo acusado. Da mesma forma, o princípio diz respeito à impossibilidade de se obrigar o acusado a colaborar na investigação dos fatos.

Nessa perspectiva, é inegável a importância do princípio para o Estado Democrático de Direitos uma vez que, havendo um Estado que preza pela liberdade, fundamento democrático de toda sua organização, não tem o que se falar em tratamentos sob o acusado que ferem os direitos e garantias fundamentais individuais do mesmo. Partindo disso Gilson Bonato (2003, p. 127) evidencia a importância deste princípio:

(o Princípio da carga da prova), por certo, não pode ser aplicado ao processo penal, pois o ônus probatório é exclusivo da acusação. Viola o princípio toda antecipação

de medida punitiva ou que importe no reconhecimento da culpabilidade, antes da sentença final. É importante ressaltar que ninguém poderá ser considerado nem tratado como culpado senão por uma sentença que o considere como tal, sob pena de se efetivar uma punição anterior ao juízo de culpabilidade. O tratamento a ser dispensado ao acusado durante a investigação criminal e durante o processo deve ser respeitoso.

Dessa forma, resta clara a importância e o vínculo do princípio da presunção de inocência com o princípio do devido processo legal. Isso porque não se pode permitir o tratamento do réu diferentemente do que cuida o princípio da inocência, uma vez que só com o devido processo legal efetivado – aqui se entende o respeito a todos os princípios que estejam vinculados ao mesmo, tal qual a imparcialidade do juiz, o duplo grau de jurisdição, contraditório e ampla defesa, princípio do sistema acusatório, princípio da fundamentação da decisão judicial, tudo aquilo que compõe o devido processo legal - e no fim uma certeza jurídica irreversível é que se poderá permitir tratar o condenado efetivamente como culpado.

2.8. Do princípio da naturalidade para a causa

O juízo de exceção é constituído para julgamento específico, em razão da pessoa ou do fato a ser julgado. São criados em um momento posterior ao fato que será julgado, com o objetivo específico de fazer o tipo de julgamento para o qual foram criados. Sua consequência é perigosa e nociva aos alicerces do Estado de Direito.

Nesse contexto, a Constituição para evitar as atrocidades do passado, quando as garantias e direitos fundamentais não eram o ponto fulcral do Direito consagrou o princípio da naturalidade pela causa no inciso XXXVII e, também, no inciso LIII, ambos do artigo 5º, dispondo que:

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:

XXXVII - não haverá juízo ou tribunal de exceção;

[...]

LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente (BRASIL 1988).

Dessa forma, Alexandre de Moraes propõe que este princípio seja interpretado de forma plena, proibindo não só a criação de tribunais ou juízos de exceção, outrossim exigindo o

“respeito absoluto às regras objetivas de determinação de competência” (MORAES, 2007). Também nesse sentido de plenitude está Fredie Didier Jr., ao imputar à garantia do juiz natural a exigência substancial da imparcialidade, que complementaria o juízo competente, subjetivamente capaz (DIDIER Jr., Fredie, 2009, p. 92)

2.9. Do princípio da imparcialidade

O princípio da imparcialidade é fruto da necessidade de segurança jurídica e decorre de uma série de outros direitos e garantias. Dentre os institutos que dão vida à imparcialidade podemos citar o princípio da equidade ou igualdade, ao passo que este evita os juízes comprometidos com alguma das partes, que trariam um tratamento diferenciado e parcial na solução do pleito; o princípio da ampla defesa e contraditório; princípio da naturalidade para a causa - este na sua vigência imediata visa evitar os tribunais de exceção e, no tocante à regência mediata, o princípio incide sob o juiz, o que se suscita é a tutela da imparcialidade.

A regra da imparcialidade do Juiz também é dogma internacional amparado pelo Artigo 8º (oitavo), nº1 do Pacto de San José da Costa Rica, e artigo 10 da Declaração dos Direitos do Homem da ONU, todos ratificados como norma constitucional pela Emenda Constitucional nº 45 que, no parágrafo 3º do artigo 5º, ratifica os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, sendo equivalentes às emendas constitucionais.

Assim, a Convenção Americana de Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de San José da costa rica, artigo 8º, nº1 – das garantias judicial (ratificado pela República do Brasil) assim expressa:

Artigo 8º - Garantias judiciais

1. Toda pessoa terá o direito de 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 na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

Nesse sentido, a imparcialidade do juiz é uma garantia de justiça para as partes. Deste modo, têm elas o direito de exigir um juiz imparcial, e o Estado, em contrapartida ao fato de

ter reservado para si o exercício da função jurisdicional, tem o dever de agir com imparcialidade na solução de causas que lhe são submetidas. (CINTR; GRINOVER e DINAMARCO, 2004. p.52).

Assim, o julgador imparcial deve ser entendido como aquele que julga preocupado com o resultado do processo, sempre buscando que nele ocorra a realização da justiça, adotando uma postura equidistante das partes e não julgando a causa em interesse próprio.

III - DO ATIVISMO JUDICIAL

3.1. Do conceito de ativismo judicial

Inicialmente, é importante pontuar que muitas obras doutrinárias tratam do ativismo judicial de forma superficial e até mesmo atribuindo a ele conceituação idêntica à judicialização. É o que, nesse sentido, Lenio Streck (2013) alude: “[...] em muitos livros no Brasil, ambos - ativismo e judicialização - são tratados de forma idêntica”.

No entanto, conforme posicionamento desse jurista afamado, principalmente por seus trabalhos voltados para o estudo da filosofia do Direito e da hermenêutica jurídica, considera-se que os dois fenômenos são de racionalidades distintas e que esse entendimento é de supra importância para a compreensão do ativismo judicial.

Desta forma, esses dois institutos se diferenciam na medida em que a judicialização se caracteriza pela ampliação da ação do judiciário na análise e julgamento de questões concernentes aos outros poderes. Consiste em uma espécie legítima de controle da atividade dos poderes executivo e legislativo por ser uma das competências do judiciário estabelecidas na Constituição.

Nessa perspectiva, pode-se dizer que a judicialização é um fenômeno independente da vontade do poder judiciário que ocorre em razão do amplo acesso à justiça junto à carência de promoção de políticas públicas. Isso ocasiona o deslocamento do polo de tensão dos Poderes Executivo e Legislativo para o Poder Judiciário, conforme aponta Lenio Streck em sua doutrina Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas:

Em síntese, é a situação hermenêutica instaurada a partir do segundo pós guerra que proporciona o fortalecimento da jurisdição (constitucional), não somente pelo caráter hermenêutico que assume o direito, em uma fase pós positivista e de superação do paradigma da filosofia da consciência, mas também pela força normativa dos textos constitucionais e pela equação que se forma a partir da inércia na execução de políticas públicas e na deficiente regulamentação legislativa de direitos previstos nas Constituições. É nisto que reside o que se pode denominar deslocamento do polo de tensão dos demais poderes em direção ao Judiciário (STRECK, 2011, p.190).

Assim, como aponta Lenio Streck, apesar da judicialização ser atualmente demasiada, não significa um mal em si, uma vez que é algo inexorável e contingencial inerente ao contexto sócio político do Brasil. (Ibidem, p. 51-56.). E acrescenta ainda que:

[...] a judicialização pode ser ruim ou pode não ser. Depende dos níveis e da intensidade em que ela é verificada. Na verdade, sempre existirá algum grau de judicialização (da política) em regimes democráticos que estejam garantidos por uma Constituição normativa.

Clarissa Tassinari, em sua dissertação de mestrado orientada por Lenio Streck, esclarece esse aspecto inexorável e contingencial deste fenômeno ao expor:

[...] pode-se dizer que a judicialização apresenta-se como uma questão social. A dimensão desse fenômeno, portanto, não depende do desejo ou da vontade do órgão judicante. Ao contrário, ele é derivado de uma série de fatores originalmente alheios à jurisdição, que possuem seu ponto inicial em um maior e mais amplo reconhecimento de direitos, passa pela ineficiência do Estado em implementá-los e deságuam no aumento da litigiosidade - característica da sociedade de massas (TASSINARI, 2012, p. 22)

Com isso, oportunizou o aumento inexorável do número de questões eminentemente políticas para que os julgadores decidam. Assim, a judicialização propiciou uma realidade inegável quanto à vinculação entre Direito e Política que corroborou na tendência ativista dos juízes e tribunais. Essa tendência passou a ser mais incisiva no Brasil com o advento da Constituição de 1988 e analisada sob diversos pontos de vista, gerando dificuldade na compreensão do significado de ativismo judicial. (Ibidem).

Nesse sentido, segundo estudo em conjunto realizado por Rodrigo de Souza Tavares, José Ribas Vieira e Vanice Regina Lírio do Valle, apesar da existência da prática de ativismo nos Estados Unidos desde o século XIX, o termo “ativismo” começou a ser utilizado somente em 1947, quando Arthur Schlesinger, famoso jornalista norte-americano, lançou na mídia, conforme asseguram:

Curiosamente, a cunhagem original do termo não se deveu a um rebuscado discurso judicial ou a um denso artigo acadêmico; a primeira vez que se tem notícia do seu emprego foi na revista americana Fortune, voltada não para juristas, mas para o grande público leigo. No artigo intitulado “The Supreme Court: 1947”, o jornalista Arthur Schlesinger Jr. traçou o perfil dos então nove juízes da Suprema Corte norte-americana, classificando como ativistas judiciais os juízes Black, Douglas, Murphy e Rutledge, e como campeões da auto-limitação, os Juízes Frankfurter, Jackson, Burton e como integrantes de um grupo de centro (Juízes Reed e Vinson). (TAVARES,; VIEIRA e VALLE, 2008).

Diante desse marco, houve uma multiplicação de sentidos dados ao termo ativismo judicial e, dentre essa multiplicação, os estudos feitos pelos autores supracitados revelaram três deles, tais quais:

[...] a potencialidade lesiva ao princípio da separação dos poderes, pois o judiciário poderia assumir duas posições frente às escolhas políticas realizadas pelo legislador naqueles casos de maior incerteza quanto à correta dicção do texto constitucional: e privilegiar a decisão do parlamento frente às questões controversas ou, em segundo lugar, dizer o direito aplicável mesma às questões politicamente sensíveis, o que abriria oportunidade para um ativismo judicial caracterizado pela invalidação por inconstitucionalidade das escolhas políticas dos outros órgãos estatais; O segundo sentido emprestado ao termo, já se disse, guarda relação com o afastamento, pelo julgador, dos precedentes judiciais; O terceiro sentido emprestado ao termo ativismo, que tem em conta os juízes-legisladores, diz respeito à própria concepção que se tem do direito. Para alguns, o papel dos tribunais não é criar, mas sim revelar o sentido contido implicitamente no texto normativo. Uma corte ativista, nesse sentido, seria aquela que ultrapassa os limites dados pelo texto normativo ao impor sua própria eleição de meios e fins ao tratamento de temas relevantes. (Ibidem).

Assim, é importante destacar que, em relação a questões jurídicas, o Brasil e os Estados Unidos se aproximam e distanciam a depender do assunto em pauta. Desse modo, um fator que os aproximam é a ocorrência do ativismo judicial em ambos os países. Em contrapartida, o fator que os distanciam é a diferença do sistema jurídico adotados por cada um. Enquanto no Brasil é utilizado o sistema Civil Law - onde a segurança jurídica fixada em um grau próximo ao máximo, fazendo com que o Direito e o atuar jurisdicional sejam pautados nos moldes já delineados no corpo legislativo preexistente - nos Estados Unidos, usa-se o sistema Common Law, em que a previsibilidade dos discursos judiciais e a estabilidade das situações jurídicas não são constituídas por um valor concreto, a decisão é um produto da experiência, das pré-compreensões do intérprete. Assim, é possível perceber que o contexto jurídico de um país é diverso do outro, apesar da aproximação no que se refere ao ativismo judicial. (TASSINARI, Clarissa. op. cit. *Ativismo Judicial, uma análise da atuação do Judiciário nas experiências brasileira e norte-americana.*) Dessa forma, salienta-se que o ativismo a ser discutido no presente trabalho tem como ponto de partida o aspecto regencial do sistema Civil Law adotado pelo Brasil.

Deste modo, segundo entendimento de Lenio Streck, ativismo judicial é “quando os juízes substituem os juízos do legislador e da Constituição por seus juízos próprios, subjetivos, ou, mais que subjetivos, subjetivistas (solipsistas). (STRECK, 2009)

O temo é conceituado por Antoine Garapon da seguinte forma: “o ativismo começa quando, entre várias soluções possíveis, a escolha do juiz é dependente do desejo de acelerar a mudança social ou, pelo contrário, de a travar” (GARAPON, 1998, p. 41)

Seguindo este entendimento, Tavares, Vieira e Valle (2008) coincidem entendimento sobre ativismo judicial que seria “a recusa dos tribunais de manterem se dentro dos limites jurisdicionais estabelecidos para o exercício de seus poderes”.

Nessa mesma perspectiva, o autor Lenio Streck pontua a diferença que existe entre este fenômeno e a judicialização:

[...] um juiz ou tribunal pratica ativismo quando decide a partir de argumentos de política, de moral, enfim, quando o direito é substituído pelas convicções pessoais de cada magistrado (ou de um conjunto de magistrados); já a judicialização é um fenômeno que surge a partir da relação entre os poderes do Estado (pensemos, aqui, no deslocamento do polo de tensão dos Poderes Executivos e Legislativo em direção da justiça constitucional) [...] (STRECK, 2011, p. 589)

Segundo Rafael Tomaz de Oliveira, seguindo o mesmo entendimento, “a judicialização é um fenômeno que independe dos desejos ou da vontade dos membros do Poder Judiciário” (OLIVEIRA, 2012). Ela decorre do funcionamento inadequado das instituições.

Já o ativismo judicial, por sua vez, “liga-se a um desejo do órgão judicante com relação à possibilidade de alteração dos contextos político-sociais” (ibid.). Ou seja, o ativismo judicial liga-se à resposta dada pelo Judiciário à questão objeto de judicialização. O ativismo é um tipo de decisão em que o juiz substitui o debate político por sua própria vontade – para realizar avanços ou manter o status a quo. Com isso, de uma questão judicializada pode-se ter uma resposta ativista.

Em vista disso, torna-se evidente que esse fenômeno representa um ato de vontade do julgador, que tem o dever constitucional de proferir decisão de acordo com a Constituição (STRECK, 2013).

Clarissa Tassinari corrobora ao constatar que o ativismo judicial “consolida-se como uma postura, um comportamento de juízes e tribunais, que, através de um ato de vontade, isto é, de um critério não jurídico, proferem seus julgamentos, extrapolando os limites de sua

atuação”. (TASSINARI, 2012). Assim, a interpretação e a aplicação do Direito são banalizados por fundamentações que criam de maneira deliberada princípios destituídos de normatividade com a finalidade de atingir decisões que consideram ser mais justas a partir de suas próprias convicções, experiências ou ideologias.

Nesse sentido, o ativismo judicial é extremamente ruim e censurável para a democracia normativa conforme expõe Lenio Streck: “O ativismo sempre é ruim para a democracia, porque decorre de comportamentos e visões pessoais de juízes e tribunais, como se fosse possível uma linguagem privada, construída à margem da linguagem pública”

3.2. Da separação dos poderes

O Princípio da separação dos poderes é um princípio constitucional no direito brasileiro que sofreu ao longo de toda a história do ordenamento jurídico transformações evolutivas em seu conceito.

A Carta Imperial de 1824, em seu artigo 10º já previa a separação dos poderes, todavia, essa divisão de funções se dava em quatro, conforme se observa: “Art. 10. Os Poderes Políticos reconhecidos pela Constituição do Império do Brazil são quatro: o Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo e o Poder Judicial.”

O poder Moderador era atribuído pela Constituição Imperial ao Imperador que deveria proteger a harmonia dentre os outros poderes. Na prática, o Imperador nomeava senadores, convocava assembleias gerais, modificava as penas impostas pelo Judiciário, tudo em nome do Poder Moderador e da harmonia dos poderes, conforme assevera Octaciano Nogueira. (NOGUEIRA, 2012. pp. 31/32).

Para Paulo Bonavides e Paes de Andrade (BONAVIDES e ANDRADE, 1991. p. 91-92, a própria existência do Poder Moderador era prejudicial para a limitação dos poderes estatais, pelo fato do titular desse poder ser também o titular do poder executivo. Aristóteles e Montesquieu já diziam que a concentração de mais de um poder em uma mesma pessoa poderia levar à tirania.

Após sessenta e cinco anos, com o fim do período imperial e a proclamação da República, entra em vigor a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1891. Esta, por sua vez, abandona a monarquia e adota a forma federativa de estado e o presidencialismo como forma de governo. Não previa mais a existência do Poder Moderador, e sim apenas os três poderes clássicos de Montesquieu: “Art. 15. São órgãos da soberania nacional o Poder Legislativo, o Executivo e o Judiciário, harmônicos e independentes entre si”.

O Professor SOARES DE PINHO, pontua:

(...) além da conservação do princípio da divisão de poderes, surge, também, o da distribuição de competências entre a União e os Estados-membros, de onde decorrem novas limitações e novos freios e contrapesos. (...) A vigência da primeira Constituição republicana enseja o funcionamento do mecanismo do equilíbrio dos poderes, com a atuação recíproca de cada um sobre os demais, na contenção de excessos, mecanismo que vai atuar, igualmente, no campo peculiar do legislativo, na interação exercida pelas duas casas do Congresso Nacional e, ainda, nos três níveis em que se desdobra a federação – União, Estados-membros, municípios. (Pinho, 1961. p. 30, nota 27)

Mais a frente, em 1934, foi promulgada a segunda Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil e manteve todos os três poderes clássicos, com algumas novidades em relação às competências deles. A constituição de 1934 fortaleceu ainda mais o Poder Executivo. O Presidente poderia decretar o estado de sítio e a intervenção com autorização do Legislativo, por exemplo. Além disso, o Senado teve seu poder diminuído na medida que passou a ser auxiliar da Câmara dos Deputados.

A Constituição de 1937, outorgada por Getúlio Vargas, num regime ditatorial, atribuiu mais poderes ainda ao Chefe do Executivo e não fazia menção às divisões das funções do Estado, estabelecendo tão somente suas respectivas competências. Nos artigos 38 e seguintes consta previsões ao Poder Legislativo; nos artigos 90 e seguintes, prevê o Poder Judiciário e, faz previsões ao Presidente da República, que, segundo o art. 73, é a autoridade suprema do Estado.

Com isso, Paulo Bonavides e Paes de Andrade (BONAVIDES; ANDRADE, 1991, p. 344) atentaram para o fato de que a Constituição de 1937 continha diversos dispositivos constitucionais que contrariavam a harmonia dos poderes. Inclusive não havia artigo na Constituição que estabelecesse a harmonia ou a independência deles. O professor Soares de Pinho (SOARES DE PINHO, 1961, p. 37.) chegou a essa mesma conclusão.

Outro aspecto que evidencia a demasiada intromissão do Poder Executivo nos outros poderes e uma adoção tão somente formal das competências dos poderes é o fato da Constituição de 1937 substituir o Senado Federal por um Conselho Federal composto de representantes dos Estados e por dez membros nomeados pelo Presidente da República. Diante disso, Paulo Bonavides e Paes de Andrade tecem críticas:

A competência dos três Poderes na Constituição de 1937, era meramente formal. Os artigos 38 e 49 que tratavam do Poder Legislativo esboroavam-se com o conjunto do texto e, mesmo, com a coexistência de um Conselho Federal criado pelos artigos 50 e 56, usurpando faculdades legislativas com dez dos seus membros escolhidos pelo Presidente da República e os restantes pelas Assembléias Legislativas dos Estados. Era o Senado sem voto popular, constituído já à época, dos senadores biônicos que recebiam a designação de “conselheiros”. Quanto ao Judiciário, o arbítrio do Poder Executivo ultrapassava até mesmo o texto da Carta constitucional. Esta, todavia deixava a brecha para esses abusos, quando em seu artigo 91, ressaltava as restrições à vitaliciedade, à inamovibilidade, à irredutibilidade dos vencimentos dos magistrados. A competência dos três Poderes ficou limitada ao centralismo do Executivo e condicionada aos interesses do chefe supremo da administração – o Presidente da República.” (BONAVIDES; ANDRADE, 1991, p. 345)

Com o fim do Estado Novo e a retomada da democracia no Brasil, o país volta a adotar a separação de poderes de forma mais harmônica e obtém significantes progressos, dentre eles a Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946 que estabelece taxativamente no artigo 36 que: “São Podêres da União o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, independentes e harmônicos entre si.”. Além disso, a Câmara e o Senado voltaram a compor o Poder Legislativo, proporcionado, na visão de Soares de Pinho (SOARES DE PINHO, 1961, p. 41), uma contribuição para a separação dos poderes, uma servindo como limite no poder de atuação da outra.

Todavia, com a Constituição de 1967, apesar de formalmente limitar a esfera de atuação dos três poderes, e prever a independência e harmonia entre eles, novamente o Poder Executivo ganha força em detrimento dos demais. Na prática, os atos institucionais corroboravam para esse desequilíbrio e desarmonia. A garantia da vitaliciedade dos magistrados foi suspensa e foi dado poder ao Executivo para cassar mandatos dos membros do Congresso.

Partindo dessa breve apresentação da evolução conceitual da separação dos poderes nas constituições até 1988, cabe, no presente momento, adentrarmos no estudo da separação dos poderes na Constituição da República Federativa do Brasil – a Constituição Cidadã.

Assim, passado o período sombrio da história política do Brasil é retomada a democracia no país. Na CRFB/88, o artigo 2º estabelece que “são poderes da união, independentes e harmônicos entre si, o legislativo, o executivo e o judiciário”. O legislador constituinte, em meio à ruptura de paradigmas antidemocráticos, determinou que a separação dos poderes é cláusula pétrea, conforme estabelece o art. 60, §4º: “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] a separação de poderes”.

A doutrina majoritária atual entende que o poder é uno e que não há o que se falar em divisão de poderes e sim em separação das funções estatais. Nesse sentido, o parágrafo único do artigo 1º da Constituição da República Federativa do Brasil dispõe que o poder é uno e indivisível e que será exercido pelo povo, direta ou indiretamente. Cabe explicar que, apesar da existência de terminologia própria, será utilizado no presente estudo a terminologia clássica separação dos poderes.

A Constituição estabelece atribuições típicas e específicas de cada um dos poderes e veda interferências, exceto àquelas previstas, revelando a independência entre eles. Assim, cada poder tem sua função típica – preponderante – e sua função atípica de interferência constitucional e controle do outro poder, revelando, assim, a relação harmônica entre eles.

Tratando da independência dos poderes consagrados pela Constituição Federal Brasileira, discorreu com grande autoridade José Afonso da Silva sobre o seu significado:

A independência dos poderes significa: (a) que a investidura e a permanência das pessoas num órgão do governo não dependem da confiança nem da vontade dos outros; (b) que, no exercício das atribuições que lhes sejam próprias, não precisam os titulares consultar os outros nem necessitam de sua autorização; (c) que, na organização dos respectivos serviços, cada um é livre, observadas apenas as disposições constitucionais e legais; assim é que cabe ao Presidente da República prover e extinguir cargos públicos da Administração federal, bem como exonerar ou demitir seus ocupantes, enquanto é da competência do Congresso Nacional ou dos Tribunais prover os cargos dos respectivos serviços administrativos, exonerar ou demitir seus ocupantes; às Câmaras do Congresso e aos Tribunais compete elaborar os respectivos regimentos internos, em que se consubstanciam as regras de seu funcionamento, sua organização, direção e polícia, ao passo que o Chefe do Executivo incumbe a organização da Administração Pública, estabelecer seus regimentos e regulamentos. Agora, a independência e autonomia do Poder Judiciário se tornaram ainda mais pronunciadas, pois passou para a sua competência também a nomeação dos juizes e tomar outras providências referentes à sua estrutura e funcionamento, inclusive em matéria orçamentária (arts. 95, 96, e 99) (SILVA, 2005. p.110)

O ilustríssimo jurista brasileiro também discorreu sobre a harmonia entre os poderes:

A harmonia entre os poderes verifica-se primeiramente pelas normas de cortesia no trato recíproco e no respeito às prerrogativas e faculdades a que mutuamente todos têm direito. De outro lado, cabe assinalar que nem a divisão de funções entre os órgãos do poder nem a sua independência são absolutas. Há interferências, que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o dano de um em detrimento do outro e especialmente dos governados (Ibidem. p. 110).

Nesse contexto, o legislador constituinte originário distribuiu funções aos poderes de forma que cada um dos poderes tivesse características predominantes à sua esfera de atuação. Entretanto, não foi estabelecido exclusividade absoluta ao exercício desses trabalhos. Manifestação disso é que um poder penetra na esfera de atribuição do outro por expressa determinação constitucional a fim de que seja aplicado o mecanismo de freios e contrapesos desenvolvido por Montesquieu como o verdadeiro caracterizador da harmonia entre os poderes. Sobre isso comenta Alexandre de Moraes em sua obra *Direito Constitucional*:

Os órgãos exercentes das funções estatais, para serem independentes, conseguindo frear uns aos outros, com verdadeiros controles recíprocos, necessitavam de certas garantias e prerrogativas constitucionais. E tais garantias são invioláveis e impostergáveis, sob pena de ocorrer desequilíbrio entre eles e desestabilização do governo. E, quando o desequilíbrio agiganta o Executivo, instala-se o despotismo, a ditadura, desaguando no próprio arbítrio, como afirmava Montesquieu ao analisar a necessidade da existência de imunidades e prerrogativas para o bom exercício das funções do Estado” (MORAES, 2007. p. 388)

Por conseguinte, só será admitida a interferência de um poder na esfera de atribuição de outro, em tese, quando para impedir abusos de poder, quando para promover a real harmonia entre os poderes ou para garantir as liberdades e assegurar o exercício pleno das funções específicas. Assim, é inadmissível a interferência de um poder diretamente sobre o outro.

Pode-se citar como exemplo dessas interpenetrações de poderes do Estado (FERREIRA FILHO, 2007. p.137) a nomeação pelo Presidente da República dos juízes de instâncias superiores, bem como a atividade legislativa exercida através do instituto das Medidas Provisórias. Também vemos as atribuições judiciais do Poder Legislativo, quando este, julga o Presidente da República em crimes de responsabilidade, e função de julgar quando exerce o julgamento do Presidente da República nos crimes de responsabilidade, de acordo com o artigo 52, I e II da CF/88. Além das funções legislativas do Poder Judiciário, ao elaborar os regimentos internos de seus Tribunais e ao preencher as lacunas na Lei e exerce a função

administrativa quando da administração de atos relativos a seus servidores, por exemplo, licenças e férias de seus membros de acordo com o artigo 96, I, f da CF e o provimento de cargos de acordo com o artigo 96, I, c, também da CF.

Nesse sentido, apresentada as atribuições constitucionalmente instituídas de cada poder, cabe, pois, esclarecer as atribuições constitucionais (MORAES, 2007. p. 391).

Dessa maneira, o Poder Executivo tem como função típica administrar a Administração Pública. O chefe do Poder Executivo é o Presidente da República em nível federal. Ele acumula as funções de chefe de Estado e chefe de governo. Desse modo, para promover essa função, a Constituição atribuiu-lhe diversas competências como se observa da leitura de artigo 84: nomear e exonerar os seus ministros e exercer, com o auxílio destes, a direção da administração federal; vetar projetos de lei, total ou parcialmente; celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional, entre outras.

O Poder Legislativo tem como função típica a elaboração de leis e a fiscalização orçamentária e financeira da Administração Pública. O artigo 44 da CRFB/88 adotou o bicameralismo federativo, ou seja, o Poder Legislativo possui a Câmara dos Deputados e o Senado - compostos por representantes do povo e por representantes dos estados, respectivamente. Paulo Bonavides e Paes de Andrade (1991, p 499-500) realçam que o Legislativo passou a ser verdadeiramente um poder em razão da expansão de suas competências dada pela Constituição.

Enfim, têm-se o Poder Judiciário que tem como função típica a solução de conflitos dada conforme a lei. Hierarquicamente, o Supremo Tribunal Federal corresponde à cúpula do Poder Judiciário. Ressalta-se que, como meio de garantir a atuação livre e independente do Poder Judiciário face ao Poder Executivo, a Constituição Federal de 1988 estabelece no artigo 85, inciso II que os atos do Presidente da República que atentem contra o livre exercício do Poder Judiciário são considerados crime de responsabilidade.

3.3. Da função jurisdicional

Nesse sentido, a função jurisdicional é uma das funções do Estado competente ao Poder Judiciário. Assim Ada Pellegrini entende:

A jurisdição é, ao mesmo tempo, poder, função e atividade. Como poder, é manifestação do poder estatal, conceituando como capacidade de decidir imperativamente e impor decisões. Como função, expressa o encargo que têm os órgãos estatais de promover a pacificação de conflitos interindividuais, mediante a realização de um direito justo e através do processo. E como atividade ela é o complexo dos atos do juiz no processo, exercendo o poder e cumprindo a função que a lei lhe comete. (GRINOVER; CINTRA e DINAMARCO, 2010. p.139)

Conforme exposto, a função jurisdicional tem por objetivo promover a pacificação de conflitos observando, sobretudo, os paradigmas democráticos do sistema constitucional acusatório. Ou seja, o Estado deve atuar sob a regência do princípio da imparcialidade, do contraditório e ampla-defesa, da inércia, da naturalidade para a causa e da indeclinabilidade da jurisdição.

Dessa forma, o processo a ser respeitado é o processo caracterizado pela separação de funções entre os órgãos da justiça criminal - Trata-se do famoso *actum trium personarum*, uma demanda paradigmático-democrática do sistema acusatorial. Estabelece que o processo é ato de três pessoas: autor que acusa, réu que se defende, juiz que julga. Nessa perspectiva, o sistema acusatório constitucional implica o de uma verdadeira separação de funções até o final do processo numa relação processual de igualdade entre o autor e o réu, sobrepondo-se a eles, como órgão imparcial de aplicação da lei, o juiz.

Assim, o princípio da imparcialidade mostra-se essencial para a efetiva função jurisdicional. Assim, este princípio exige um afastamento estrutural em relação à atividade das partes (A imparcialidade, vale dizer, não significa neutralidade. Não existe juiz neutro e nem se pode pensar que a decisão seja fruto unicamente da razão. “Pelo fato de o juiz ser- no-mundo, bem como já ter sido superada a noção cartesiana (que separava razão da emoção, dicotomizando sujeito e objeto), não se questiona mais que o ato de julgar reflete um

sentimento, uma eleição de significados válidos na norma e das teses apresentadas”. (LOPES JÚNIOR, 2008. p. 403)¹

Significa, portanto, que, para a resolução do caso, o juiz não deve se deixar influir por nenhum outro interesse afora a aplicação correta da lei e a justa solução do caso (BINDER, 2003, p. 249.). Logo, é exigido do magistrado uma imparcialidade objetiva, no que tange a indiferença do juiz a respeito das situações jurídicas objeto do processo e a imparcialidade subjetiva – compreendida pela equidistância das partes.

Além disso, o Estado, durante todo o processo, deve observar o Princípio do Contraditório, de forma plena e efetiva, garantindo às partes o direito de informação e de reação, participando ativamente da formação da sentença.

Isto posto, a importância da separação tripartite no processo penal revela-se para além das estruturas paradigmáticas da racional sistematização democrática a Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019 prevê expressamente a estrutura acusatória do processo penal e a proibição de que juízes tomem iniciativa na fase de investigação criminal atuando como acusadores.

¹ Sobre a decisão judicial não ser fruto unicamente da razão, mas da razão e da emoção simultaneamente, conferir: POZZEBON, Fabrício Dreyer de Ávila. A crise do conhecimento moderno e a motivação das decisões judiciais como garantia fundamental. In: GAUER, RUTH Maria Chittó (Coord.). **Sistema penal e violência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

IV - DAS DECISÕES DO STF ACERCA DO PRINCÍPIO DA INOCÊNCIA NO QUE TANGE A INTERPRETAÇÃO SOBRE O CONCEITO DE TRÂNSITO EM JULGADO

4.1. Do conceito de trânsito em julgado enquanto módulo regencial e assecuratório do princípio da inocência

De acordo com Aury Lopes Jr e Gustavo Badaró, a presunção de inocência é como um “pressuposto de todas as outras garantias do processo” (LOPES JR e BADARÓ, 2016). Isso quer dizer que a ampla defesa, o contraditório e todas as outras garantias processuais são amparadas pela presunção da inocência.

Assim, quando o Supremo Tribunal Federal relativiza a presunção de inocência de forma a reduzi-la, acaba por violar todo o sistema processual penal democrático, tendo em vista que a presunção da inocência é premissa de um Estado Democrático de Direito. Seguindo esse entendimento Aury Lopes Jr. e Gustavo Badaró afirmam que: “O princípio da presunção da inocência é reconhecido, atualmente, como componente basilar de um modelo processual penal que queria ser respeitador da dignidade e dos direitos essenciais da pessoa humana.” (Ibidem, p.7). Nesse sentido, os autores tratam do direito à liberdade como essência deste princípio:

Todo indivíduo nasce livre e tem a liberdade entre seus direitos fundamentais. Tal direito, contudo, não é absoluto. A liberdade pode ser juridicamente restringida. Para tanto, é necessário expressa previsão legal e a observância de um devido processo legal. O direito à liberdade é assegurado por várias garantias, dentre as quais se inclui a presunção de inocência.

No entanto, com a decisão proferida pelo STF nos autos do HC 126.292/SP e nas decisões subsequentes que mitigaram a presunção da inocência no processo penal nacional, o que se vê é a diminuição desta garantia à liberdade a partir de uma interpretação restritiva do significado de trânsito em julgado – cláusula esta que dimensiona e obstaculiza a Suprema Corte de decidir de forma restritiva o estado de inocência.

Dessa forma, a presunção da inocência deve garantir a liberdade do réu durante o processo impedindo qualquer tipo de prisão – com exceção da cautelar para manter a ordem social e proteger o devido processo legal. Neste diapasão, Badaró e Lopes Jr (ibidem, p. 12) afirmam:

Vários conteúdos podem ser extraídos da “presunção da inocência” ou “estado de inocente”, enquanto regra de tratamento do acusado. As duas mais importantes, diretamente ligadas à questão da liberdade, são: (i) a impossibilidade de prisões automáticas no curso do processo, somente se admitindo medida assecuratórias, de natureza cautelar, ante uma concreta demonstração de *periculum libertatis*; (ii) a vedação de qualquer forma de prisão enquanto espécie de cumprimento da pena, sendo vedada uma execução provisória contra aquele que ainda é inocente.

Sendo assim, a permissão de cumprimento antecipado da pena pelo acusado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória é uma violação ao princípio da presunção da inocência. Pois seria uma antecipação da medida punitiva, afirmando que aquele réu é culpado mesmo antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Dessa forma, o STF restringe a tutela da liberdade violando os princípios constitutivos do Estado Democrático de Direito.

4.2. Da compreensão do significado de trânsito em julgado pós constituição de 1988

Acerca do tema, Aury Lopes Jr. e Gustavo Henrique Badaró, em parecer disponibilizado nos autos do HC 126.292/SP, afirmaram que a Constituição brasileira seguiu exemplos das constituições italiana e portuguesas, no sentido de colocar de forma clara um marco final para a presunção da inocência:

Mas a Constituição brasileira de 1988, reforçando a presunção de inocência, seguiu os modelos italiano e português, dando efetividade máxima o compromisso do Estado Brasileiro com a preservação da dignidade da pessoa humana. Para a garantia da presunção de inocência foi estabelecido, como marco temporal final de sua aplicação, o momento derradeiro da persecução penal (Ibidem, p 16).

Desta forma, deveria ficar claro e evitar qualquer debate acerca de até onde alguém seria presumido inocente durante a persecução penal. Nesse sentido, os autores afirmam:

Com a definição clara do momento de cessação do estado de inocência, evita-se – ou imaginava-se que se evitaria – discussões sobre se a ideia de presunção de inocência até que seja legalmente provada ou comprovada a culpa, tem por momento final uma sentença condenatória, ainda que recorrível, ou mesmo acórdão em que se julga, pela última vez, matéria fática, ou se somente com o trânsito em julgado de uma condenação penal seria destruído o estado de inocente. (Ibidem, p. 17)

Contudo, no dia 7 de fevereiro de 2016, no julgamento do HC 126.292/SP, o STF desconsiderou o argumento histórico e a lição doutrinária que exigem não confundir decisão definitiva com condenação em segundo grau. E, para isso, desconsiderou, justamente, o sentido normativo da garantia da presunção de inocência.

Após 9 anos de jurisprudência pacificada, o Tribunal Superior muda entendimento e profere decisão fundada em uma interpretação limitativa do conceito de “trânsito em julgado” em condenação em segunda instância numa decisão de 7 votos à 4. Todavia, não existe possibilidade do STF estabelecer entendimento que considera como marco de trânsito em julgado a decisão de segunda instância tendo em vista que essa última não é decisão definitiva.

Sobre essa interpretação, Lenio Streck afirma:

O STF não levou em conta nem a história institucional, nem a teoria processual. Nunca, para a teoria do processo ou mesmo para a história institucional, trânsito em julgado significará o mesmo que condenação em segundo grau. Isso porque condenação em segundo grau, sem trânsito em julgado, nunca será decisão definitiva. (STRECK, 2016)

Lopes Jr. e Badaró (Op. cit. p. 18) acrescentam:

Assim, o trânsito em julgado da sentença penal condenatória ocorre no momento em que a sentença ou o acórdão torna-se imutável, surgindo a coisa julgada material. Não há margem exegética para que a expressão seja interpretada, mesmo pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido de que o acusado é presumido inocente, até o julgamento condenatório em segunda instância, ainda que interposto recurso para o Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça.

Em seu voto na sessão que julgou o habeas corpus 126.292/SP, o Ministro Celso de Mello demonstra que compartilha do mesmo entendimento:

O preceito, a meu ver, não permite interpretações. Há uma máxima, em termos de noção de interpretação, de hermenêutica, segundo a qual, onde o texto é claro e preciso, cessa a interpretação, sob pena de se reescrever a

norma jurídica, e, no caso, o preceito constitucional (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 126.292 - SP).

E continuou:

A nossa Constituição estabelece, de maneira muito nítida, limites que não podem ser transpostos pelo Estado (e por seus agentes) no desempenho da atividade de persecução penal. Na realidade, é a própria Lei Fundamental que impõe, para efeito de descaracterização da presunção de inocência, o trânsito em julgado da condenação criminal (Ibidem).

Isto posto, com a explanação do Ministro Celso de Mello, pode-se constatar que a Constituição impõe limites interpretativos ao Supremo Tribunal Federal. Ademais, o próprio texto constitucional é claro ao condicionar o fim da presunção da inocência ao trânsito em julgado e também impõe que deve-se, primeiramente, apurar para, em seguida, executar a sentença penal condenatória transitada em julgado. O Ministro Marco Aurélio Melo, no seu voto no julgamento da MC ADC 43 também deixou esse entendimento claro:

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. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade 43 – Distrito Federal)

Neste mesmo sentido é o entendimento do Ministro Ricardo Lewandowski, para quem o texto constitucional não deixa aberturas para interpretações, pois é claro ao impor o trânsito em julgado como condicionante para o cumprimento da pena de título condenatório:

A Constituição Federal de 1988, ao tratar dos direitos e deveres individuais e coletivos, garante que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (art. 5º, LVII, da CF/1988). Logo, o texto constitucional é expresso em afirmar que apenas depois do trânsito em julgado da sentença penal condenatória alguém poderá ser considerado culpado. Trata-se do princípio, hoje universal, da presunção de inocência das pessoas. (Ibidem).

Com isso, pode-se compreender que a Constituição limita a atuação do STF que tem como função estatal a jurisdicional quando estabelece diretrizes legislativas para a tomada de decisão. Devendo, pois, julgar com base na lei para que os poderes estatais mantenham-se harmônicos, pois essa harmonia é o que traz estabilidade para o Estado Democrático de Direito, segue:

O Supremo Tribunal Federal pode muito, mas não pode tudo. Nenhum poder pode tudo. Nenhum Poder pode ser absoluto. Essa é uma regra básica do Estado Democrático de Direito que faz com que os poderes constituídos se relacionem de forma harmônica, com respeito mútuo, e essa estabilidade que muitas vezes anda no fio da navalha é que sustenta a fortaleza das instituições de qualquer país (CASTRO, 2018).

Além disso, o Direito não é a interpretação de cada magistrado acerca de um texto normativo, mas sim o que o texto normativo diz acerca do fato que lhe é apresentado, conforme entende Streck:

Direito é linguagem pública. Quando vamos ao Judiciário, não perguntamos o que cada magistrado pensa pessoalmente sobre o Direito. Não. Perguntamos o que essa linguagem pública tem a nos dizer. Sob pena de o Direito perder seu necessário grau de autonomia. Se a moral e a política o corrigem, o que dele resta? E para o quê serve? Para referendar decisões morais e políticas previamente tomadas? Mas então ele só, mesmo, uma teoria política de poder. (STRECK, 2018).

Desta forma, é possível entender que, de acordo com os doutrinadores até aqui expostos e que se mostram contrários à decisão do Supremo Tribunal Federal de relativizar a presunção da inocência, o pretório excelso pode sim, conforme determina e autoriza o texto constitucional, interpretar a Constituição, todavia, não pode fazê-la conforme o seu querer. Assim, a interpretação do conceito de “trânsito em julgado” pode ser objetivo de argumentação pelo STF, porém, nunca de forma a restringir o direito fundamental à liberdade.

Assim, o STF pode e deve ser limitado pelo texto constitucional e a hermenêutica não pode servir como forma de negar vigência à cláusula pétrea da CF/88 que impõe a presunção da inocência até o trânsito em julgado evidenciando uma barreira à discricionariedade da Suprema Corte. Outrossim, o Ministro Celso de Mello também aponta que mesmo se ignore o texto constitucional, a legislação infraconstitucional também condiciona o cumprimento da pena ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória, observe-se:

Finalmente, mesmo que não se considerasse o argumento constitucional fundado na presunção de inocência, o que se alega por mera concessão dialética, ainda assim se mostraria inconciliável com o nosso ordenamento positivo a preconizada execução antecipada da condenação criminal, não obstante sujeita está a impugnação na via recursal excepcional (RE e/ou

REsp), pelo fato de a Lei de execução Penal impor, como inafastável pressuposto de legitimação da execução de sentença condenatória, o seu necessário trânsito em julgado. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 126.292 - SP).

O ministro ainda aponta que existe tal condicionante tanto na pena restritiva de direitos quanto na privativa de liberdade, segue:

Daí a regra inscrita no art. 105 de referido diploma legislativo, que condiciona a execução da pena privativa de liberdade à existência de trânsito em julgado do título judicial condenatório.

[...]

Idêntica exigência é também formulada pelo art. 147 da LEP no que concerne à execução de penas restritivas de direitos. (Ibidem).

Outro argumento utilizado favorável à interpretação restritiva de trânsito em julgado diz respeito à ineficiência na aplicação da lei penal. Os ministros favoráveis apresentaram casos conhecidos para exemplificar e afirmar que o processo penal não funciona e apresenta-se como um incentivo à impunidade. Entretanto, a ineficiência no sistema processual brasileiro não pode ser utilizado para tolher direitos e garantias fundamentais, mais especificamente, a presunção de inocência. Compartilhando desse entendimento Aury Lopes Jr. e Gustavo Badaró (2016) afirmam:

Se o Estado é ineficiente e não consegue prestar a tutela jurisdicional no tempo devido, por insuficiência física e material que geram incapacidade do Poder Judiciário julgar, em tempo razoável os processos, não se pode pagar o preço da ineficiência com a supressão de garantias processuais dos acusados.

Nessa compreensão, o Min. Celso de Mello, nos autos da Medida Cautelar da Ação Direta de Constitucionalidade 43 – DF, reafirmou a tese de que não se pode onerar o princípio da presunção da inocência em face da ineficiência do estado em aplicar a lei penal, segue:

Eventual inefetividade da jurisdição penal ou do sistema punitivo motivada pela prodigalização de meios recursais, culminando por gerar no meio social a sensação de impunidade, não pode ser atribuída ao reconhecimento constitucional do direito fundamental de ser presumido inocente, pois não é essa prerrogativa básica que frustra o sentimento de justiça dos cidadãos ou que provoca qualquer crise de funcionalidade do aparelho judiciário

O ministro afirma que a solução para a impunidade no sistema penal brasileiro não passa pela presunção constitucional de inocência, se não por uma total reformulação do sistema processual e na busca de meios que confirmem eficácia ao sistema penal, vejamos:

A solução dessa questão, que não guarda pertinência – insista-se – com presunção constitucional de inocência, há de ser encontrada na reformulação do sistema processual e na busca de meios que, adotados pelo Poder Legislativo, confirmem maior coeficiente de racionalidade ao modelo recursal, mas não, como se pretende, na inaceitável desconsideração de um dos direitos fundamentais a que fazem jus os cidadãos desta República fundada no conceito de liberdade e legitimada pelo princípio democrático.

Ainda nesse sentido o Min. Celso de Mello é enfático ao afirmar que não se pode tratar de forma arbitrária o jurisdicionado pela lei penal, seja ele quem for:

O fato, Senhora Presidente, é que o Ministério Público e as autoridades judiciárias e policiais não podem tratar, de forma arbitrária, a quem quer que seja, negando-lhe, de modo abusivo, o exercício pleno de prerrogativas resultantes, legitimamente, do sistema de proteção institucionalizado pelo próprio ordenamento constitucional e concebido em favor de qualquer pessoa sujeita aos atos da persecução estatal.

Desta forma, ao possibilitar a execução da pena após decisão de segunda instância o STF rompe com o fundamento democrático de todo o ordenamento jurídico. Para o Ministro Celso de Mello, a presunção da inocência impede que o Estado trate o acusado de forma arbitrária e indigna.

Neste mesmo sentido é o entendimento de Badaró e Lopes Jr. (op. cit.), observe-se:

Vários conteúdos podem ser extraídos da “presunção de inocência” ou “estado de inocente”, enquanto regra de tratamento do acusado. As duas mais importantes, diretamente ligadas à questão da liberdade, são: (i) a impossibilidade de prisões automáticas no curso do processo, somente se admitindo medidas assecuratórias, de natureza cautelar, ante uma concreta demonstração de periculum libertatis; (ii) a vedação de qualquer forma de prisão enquanto espécie de cumprimento da pena, sendo vedada uma execução provisória contra aquele que ainda é inocente.

Além disso, um argumento utilizado pelo Ministro Tori Zavascki em seu voto no julgamento do HC 126.292/SP para sustentar o posicionamento favorável à condenação após segunda instância foi o de que apenas o Brasil possui essa garantia constitucional de ser presumido inocente até o trânsito em julgado e que essa presunção é o que fomenta a impunidade no país.

Todavia, esse argumento constitui-se uma falácia, tendo em vista que a Constituição Brasileira não é a única a definir o trânsito em julgado como modo assecutório do princípio da inocência. Exemplo disso é a Constituição italiana (1948)

(ITALIA. Constitution of the Italian Republic, Senato della Repubblica. 1948.

Vejam os:

Art. 27

Criminal responsibility is personal.

A defendant shall be considered not guilty until a final sentence has been passed. (Tradução Livre: O acusado deverá ser considerado não culpado até que uma sentença final seja definitiva) Punishments may not be inhuman and shall aim at re-educating the convicted. Death penalty is prohibited.

A Constituição portuguesa também afirma:

Artigo 32.º

Garantias de processo criminal

2. Todo o 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.

Apesar de ser importante saber como é tratado o acusado em outros países, a Constituição de 1988 determina que o Supremo Tribunal Federal deve interpretar a Constituição do Brasil (Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendolhe (...)).

Nesse sentido, aponta Gustavo Badaró em texto publicado no site ConJur, que o direito comparado não pode servir, de maneira essencial, para determinar o alcance da presunção da inocência no direito brasileiro, segue:

Aliás, não é demais lembrar que o Supremo Tribunal Federal deve interpretar a Constituição da República Federativa do Brasil! É importante saber como é a presunção de inocência nos Estados Unidos ou na França, mas não é essencial para definir o alcance do inciso LVII da cabeça do artigo 5º da nossa Constituição. (BADARÓ, 2018)

Portanto, entender o funcionamento da presunção de inocência em outros regimes, preferencialmente os democráticos, é importante. Todavia, como diz o autor, não pode servir como escusas para realizar qualquer alteração na forma como o acusado é tratado no Brasil.

Nesse sentido, o Ministro Ricardo Lewandowski, em coluna publicada no site da Folha de São Paulo, afirmou que alguns magistrados tornaram a tratar o direito penal como tópica, cujo podem extrair os resultados que quiserem, utilizando-se de argumentos fundamentados no direito anglo-saxão e germânico, sem considerar as diferenças entre estas escolas e a italiana e portuguesa, segue:

Parece que hoje alguns magistrados, sobretudo os da área penal, voltaram a considerar o direito uma mera tópica, da qual é possível extrair qualquer resultado. E o fazem pela adoção desabrida de teorias estrangeiras, em especial germânicas e anglo-saxônicas, quase sempre incompatíveis com nossa tradição pretoriana, que extrai o direito essencialmente de fontes formais.(LEWANDOWSKI, 2018).

Para o Ministro Lewandowski, a relativização do direito deve ser interrompida, pois afeta diretamente a segurança jurídica, clamando por um retorno ao positivismo moderado, iniciando esse retorno com um respeito às garantias constitucionais, in verbis:

Chegou a hora de colocarmos um paradeiro nessa indesejável relativização do direito, a qual tem levado a uma crescente aleatoriedade dos pronunciamentos judiciais, retornando-se a um positivismo jurídico moderado, a começar pelo estrito respeito às garantias constitucionais, em especial da presunção de inocência, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (Ibidem).

Em outubro de 2016 foram indeferidas as ADCs 43 (proposta pelo Partido Ecológico Nacional que pleiteou a declaração de constitucionalidade do artigo 283 do CPP) e a 44 (proposta pelo Conselho Federal da OAB que pleiteou a declaração da constitucionalidade do artigo 283 e cautelarmente a suspensão da execução antecipada da pena). Por 6 votos a 5 – Ministro Dias Toffoli votou em parte.

No julgamento das ADCs 43 e 44 os mencionados argumentos se repetem frustrando as conquistas positivadas na CRFB/88. Dentre os argumentos que afrontam a regência democrática no processo penal brasileiro destaca-se o do Ministro Edson Fachin que aponta como argumento para limitar um direito fundamental os questionamentos que o Brasil vem recebendo por organismos internacionais sobre a ineficiência do seu sistema penal, outros amparados em clamor público que extermina direitos e valores fundamentais ao sistema democrático ferindo o princípio da vedação ao retrocesso dentre tantos outros conquistados pela nosso poder constituinte originário após um período de escassez democracia.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Há apenas 35 anos, o Brasil passava por um dos períodos de transição política mais importantes da história. Era o fim de um tempo opressor, era o fim do Regime Militar e também da utopia das garantias fundamentais.

Passado, pois, essa página sombria da história do país, o poder constituinte da Constituição Federal de 1988 consolidou expressamente em seu texto diversas garantias fundamentais e princípios basilares do ordenamento jurídico brasileiro atribuindo à eles tratamento de cláusula pétrea. Dessa maneira, estabelece, portanto, que é dever do Estado a garantia desses direitos fundamentais e lhe é vedado suprimir ou revogá-los.

Com isso, afasta-se o autoritarismo do Estado que frequentemente cerceava os direitos individuais do cidadão. Conforme se pode compreender, o legislador preocupou-se em resguardar direitos e garantias fundamentais de tal forma a impedir que a sociedade brasileira regredisse novamente à regimes autoritários caracterizados pelo sufocamento da democracia.

Diante disso, o Princípio da Inocência, que assegura a todo cidadão brasileiro o status de inocente até sentença penal condenatória transitada em julgado, mostra-se como um dos principais princípios constitucionais que marca o rompimento com as ideologias e políticas da Ditadura. Isso porque caracteriza a dimensão libertária da Constituição de 1988 e dimensiona a relação jurídica de freio e contrapeso do processo penal com o direito material penal servindo como obstáculo ao poder de punir.

Nesse sentido, é de se imaginar que o Supremo Tribunal Federal seja o guardião da Carta Magna de 1988 e que defenda, impeça violações e descumprimentos à democracia constitucional entendida para Luigi Ferrajoli como “um sistema de limites e vínculos a todo poder”. (FERRAJOLI, 2008, p. 26).

Entretanto, conforme as recentes decisões da Suprema Corte acerca da viabilidade da execução provisória da pena - que de provisória nada tem, visto que sua realidade é irreversível uma vez que é impossível devolver o tempo de liberdade do indivíduo que

ficou preso – pode-se verificar que o STF vem praticando ostensivamente um ativismo judicial caracterizado pela desobediência ao comando democrático na interpretação de cláusula pétrea.

Esta arbitrariedade teve provada observância pela análise da fundamentação da argumentação que negou a ordem do HABEAS CORPUS nº. 126.292 – alterando entendimento pacificado por 9 anos - e os fundamentos dos votos que indeferiram as ADCs 43, 44. Tais entendimentos evidenciam uma tentativa de resposta ao clamor público, ignorando a liberdade e valores essenciais que constituem as bases genuinamente democráticas de uma sociedade livre.

Nesse sentido, tendo em vista que a cláusula de inocência dimensiona e obstaculiza a Suprema Corte de interpretar o trânsito em julgado de maneira a provocar diminuição do direito à liberdade, o posicionamento que permitiu o cumprimento antecipado da pena embasado por uma interpretação hermenêutica restritiva ao conceito de trânsito em julgado evidencia uma drástica violação à dignidade da pessoa humana e um vasto retrocesso aos fundamentos constitucionais democráticos no Brasil.

Em 7 de novembro de 2019, o Supremo Tribunal Federal julgou a ADC 54, e, por 6 votos a 5, os Ministros revisarão seus argumentos e voltaram ao entendimento de que não é possível a execução da pena depois de decisão condenatória confirmada em 2ª instância. Dessa forma, a Suprema Corte acaba por revelar o erro in judicando nas decisões anteriores marcadas pelo ativismo violador sem precedentes ao Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2004.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **É temerário admitir que o STF pode “criar” um novo conceito de trânsito em julgado**. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2018-abr-03/badaro-stf-nao-criar-conceitotransito-julgado>>. Acesso em 25 de jul. 2020.

BINDER, Alberto. M. **Introdução ao Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003.

BONATO, Gilson. **Devido processo legal e garantias processuais penais**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Constitucional**. 16. ed. Malheiros: São Paulo, 2005.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História Constitucional do Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 1991. PP. 91/92),

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 15 mai. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 126.292** - São Paulo. Rel. Min. Teori Zavascki. Data de Julgamento: Julgamento: 17/02/2016. Data de Publicação: 17/05/2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>> Acesso em: 23 julho. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal **Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade 43** – DF. Relator: Min. Marco Aurélio. Data de Julgamento: 05/10/2016. Data de Publicação: 07/03/2018 Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14452269>>. Acesso em 23 de jul. 2020

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6 ed. Coimbra/Portugal: Livraria Almedina, 2002.

CASTRO, Antônio Carlos de Almeida. **Não é só o futuro de Lula que está em jogo quando discutimos a prisão antecipada**. 1 fev. 2018. In: Consultor jurídico. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-fev-01/kakay-nao-futuro-lula-jogo-prisao-antecipada>> Acesso em: 15 julh. 2020.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

CUNHA, Paulo Ferreira da. **Res Publica: ensaios constitucionais**. São Paulo: Edições Almedina, 1988.

DIDIER Jr., Fredie, **Curso de direito processual civil**, v. 1 - teoria geral do processo e processo de conhecimento. Salvador: Juspodivm, 2009.

FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. Madrid: Trotta, 2008.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 33. ed. rev. e at. São Paulo: Saraiva, 2007.

GARAPON, Antoine. **O Guardador de Promessas**. Justiça e Democracia. Lisboa: Instituto Piaget, 1998.

GRINOVER, Ada Pelegrini. **Novas tendências do Direito Processual**. São Paulo: Forense Universitária, 1990.

GRINOVER, Ada Pellegrini. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Candido Rangel. **Teoria geral do processo**. 26. Ed., São Paulo; Malheiros editores, 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As Nulidades no Processo Penal**. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

ITÁLIA. **Constitution of the Italian Republic, Senato della Repubblica**. 1948. Disponível em <https://www.senato.it/documenti/repository/istituzione/costituzione_inglese.pdf>. Acesso em 23 jul. 2020.

LEWANDOWSKI, Ricardo. **Direito como tópica**. Disponível em <<https://www1.folha.uol.com.br/opiniaio/2018/04/ricardo-lewandowski-direito-comotopica.shtml?loggedpaywall>>. Acesso em 25 de jul. 2020

LOPES Jr., Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. v. 1.

_____. **Introdução crítica ao processo penal – fundamentos da instrumentalidade garantista**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

LOPES Jr, Aury; BADARÓ, Gustavo. **Parecer**. Presunção da inocência: Do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória. 2016. Disponível em

<<https://www.conjur.com.br/dl/parecer-antecipacao-pena.pdf>>. Acesso em: 21 mai. 2020.

LUIZI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

MORAES, Alexandre de. Combate à corrupção e respeito ao princípio do juiz natural como garantia constitucional. In: **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**, v. 19, n. 9, set. 2007. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/60614/combate_corrupcao_respeito.pdf>. Acesso em: 14 mai. 2020.

_____. **Constituição do Brasil Interpretada e legislação constitucional**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. **Direito Constitucional**. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

_____. **Direito Constitucional**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

NOGUEIRA, Octaciano. **Constituições Brasileiras**, Volume I. 3. Edição. Brasília: Editora do Senado Federal, 2012.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Judicialização não é sinônimo de ativismo judicial. São Paulo. In: **Revista Consultor Jurídico**, 1. dez. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-dez01/diario-classe-judicializacao-nao-sinonimo-ativismo-judicial>>. Acesso em: 18 jun. 2020.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana de Direitos Humanos** (“Pacto de San José de Costa Rica”), 1969.

PINHO, A. P. Soares de. **Freios e contrapesos do governo na Constituição brasileira**. Niterói: 1961.

PORTUGUAL. **Constituição da República Portuguesa**. 1976 Disponível em <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Documents/constpt2005.pdf>>. Acesso em 25 julh. 2020.

POZZEBON, Fabrício Dreyer de Ávila. A crise do conhecimento moderno e a motivação das decisões judiciais como garantia fundamental. In: GAUER, RUTH Maria Chittó (Coord.). **Sistema penal e violência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SÁNCHEZ, Alberto Suárez. **El debido proceso penal**. 2. ed. Bogotá – Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 5. ed. São Paulo: Malheiros editores, 2008.

_____. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2005

SILVEIRA, Paulo Fernando. **Devido processo legal**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do Estado: o substrato clássico e os novos paradigmas como pré-compreensão para o direito constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

STRECK, Lênio Luiz. **Entrevista**. *Jornal Carta Forense*. São Paulo, 3 out. 2013. Disponível em: < <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/entrevistas/decisao-juridica/12151>>. Acesso em: 19 jun. 2020.

_____. **Hermenêutica e positivismo contra o estado de exceção interpretativo**. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2016-fev-25/senso-incomum-hermeneutica-positivismoestado-excecao-interpretativo>>. Acesso em 23 de jul. 2020.

_____. **OAB Entrevista**. Disponível em: < http://www.oabuberlandia.org.br/sig_oab.qps/Ref/OLD?LoadDocument&key=QUIS-7W4SZ6> Acesso em: 20 jun. 2020.

_____. **O ativismo judicial existe ou é imaginação de alguns?** In: *Consultor Jurídico*, São Paulo, 13 jun. 2013. Disponível: <<https://www.conjur.com.br/2013-jun-13/senso-incomum-ativismo-existe-ou-imaginacao-alguns>> Acesso em: 14 mai. 2020.

_____. **Presunção da inocência e juiz natural: um dia os textos vão revisar**. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2018-fev-08/senso-incomum-presuncao-inocencia-juiz-natural-diatextos-revidar>>. Acesso em 23 de jul. 2020.

_____. **Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luís Bolzan. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

TASSINARI, Clarissa. **Ativismo Judicial: uma análise da atuação do Judiciário nas experiências brasileira e norte-americana**. São Leopoldo: UNISINOS, 2012, 141f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos. São Leopoldo, 2012.

TAVARES, Rodrigo de Souza; VIEIRA, José Ribas; VALLE, Vanice Regina Lírio do. Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal. In: **XVII Congresso Nacional do Copedi**, 2008, Brasília. Anais do XVII Congresso Nacional do Copedi, 2008. Disponível

em:<http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/brasil/15_639.pdf> Acesso em: 20 jun. 2020.