

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO
FACULDADE DE DIREITO

Andrei Tonini

A ANÁLISE DO ATIVISMO JUDICIAL NO CENÁRIO
JURÍDICO BRASILEIRO: UM DIÁLOGO ENTRE
DIREITO E POLÍTICA ACERCA DA INTERPRETAÇÃO
CONSTITUCIONAL

Casca

2018

Andrei Tonini

A ANÁLISE DO ATIVISMO JUDICIAL NO CENÁRIO
JURÍDICO BRASILEIRO: UM DIÁLOGO ENTRE
DIREITO E POLÍTICA ACERCA DA INTERPRETAÇÃO
CONSTITUCIONAL

Monografia apresentada ao Curso de Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, Campus Casca, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais, sob a orientação do Professor Dr. Márcio Renan Hamel.

Casca

2018

Dedico o presente trabalho a meus pais Ademar e Elaine, à minha irmã Milena, à minha família em geral, aos meus amigos, em especial, Tamara e Mateus, aos meus colegas, e a todos que batalham dia a dia para realizarem seus sonhos, sem medo de arriscarem-se na busca de conquistas grandiosas.

Agradeço primeiramente a Cristo, possuidor de toda honra e glória, fonte de luz e esperança durante toda a jornada, que nos momentos de escuridão, iluminou-me, nos dias de tristeza, alegrou-me e na tormenta, acalmou a tempestade.

Agradeço à minha mãe Elaine, ao meu pai Ademar e à minha irmã Milena que tanto lutaram e são os maiores motivos de eu ter chegado até aqui, por todo amor, carinho, apoio e paciência, por compreenderem minha ausência nos últimos cinco anos e por estarem sempre ao meu lado, mesmo muitas vezes eu não fazendo por merecer. Sei que a realização do meu sonho é a realização do sonho de vocês.

Agradeço pela disponibilidade, ensinamentos, paciência e aprendizado conferidos à mim pelo Prof. Dr. Márcio Renan Hamel, que mesmo na maior parte das vezes à distância, me orientou de maneira formidável na realização do presente trabalho.

Agradeço à Prof. Me. Nadya R. G. Tonial, que tanto me incentivou na pesquisa do tema desse trabalho, por toda disponibilidade e ajuda no Campus de Casca. Agradeço ao amigo e Prof. Me. Marcos M. Lisot Marthos Gasperoni, por toda esperança e ajuda dedicada a mim desde o Ensino Médio.

Agradeço aos meus amigos, que para não esquecer algum, não individualizarei, pelo ombro amigo, pelas dicas, pelo apoio e paciência, por estarem sempre ao meu lado, nos bons e ainda mais, nos maus momentos. Se tantas vezes compartilhei problemas e decepções, hoje compartilho uma realização. Minha alegria também é a de vocês.

Agradeço ao Curso de Liderança Juvenil, por também ser um dos motivos de eu ter chegado até aqui, por tudo que ele me proporciona e ainda proporcionará.

Agradeço à Lucieli, namorada, amiga, tão especial em minha vida, que tanto me incentiva na busca de minhas conquistas. Por fim, agradeço a todos que posso ter esquecido aqui, afinal foram tantos os que estiveram ao meu lado no caminho, cujos nomes mil páginas não dariam conta de abarcá-los, em agradecimentos.

“A pior ditadura é a ditadura do Poder Judiciário.
Contra ela, não há a quem recorrer”.

Rui Barbosa

RESUMO

O presente estudo visa analisar o ativismo judicial no cenário jurídico brasileiro, tendo em vista os problemas hermenêuticos frente à interpretação constitucional, uma vez que a sociedade moderna passa por frequentes mutações, exigindo, por muitas vezes, que o Poder Judiciário dê respostas a situações que deveriam ser debatidas nas esferas representativas. Com isso, objetiva-se estudar o ativismo através dos limites hermenêuticos que devem ser observados por parte dos julgadores na interpretação do texto e aplicação da norma no mundo dos fatos, e como o ativismo pode ser prejudicial ao Estado Democrático de Direito, uma vez que é meio pelo qual se viola a Separação de Poderes. A temática desvela-se pertinente, uma vez que o assunto ganha cada dia mais destaque no meio jurídico, possuindo grande visibilidade social por meio das recentes decisões prolatadas pelo Supremo Tribunal Federal, em que se perquire se o Poder Judiciário pode tomar decisões de responsabilidade dos Órgãos representativos. Para melhor compreensão do estudo, utilizaram-se os métodos monográficos e dialéticos. Logo, constatou-se que o ativismo judicial revela-se um mecanismo que fere o princípio da Separação dos Poderes, sendo prejudicial ao próprio processo democrático, uma vez que Magistrados podem dar interpretação divergente ao texto da lei para fazer valer suas preferências políticas e ideológicas.

Palavras-chave: Ativismo Judicial. Interpretação Constitucional. Hermenêutica Jurídica. Princípio da Separação dos Poderes. Imparcialidade do Judiciário.

SUMÁRIO

| | | |
|----------|--|------------|
| 1 | INTRODUÇÃO..... | 08 |
| 2 | O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: ENTRE A TRIPATIÇÃO FUNCIONAL DO PODER E A COMPETÊNCIA PARA INTERPRETAR A CONSTITUIÇÃO – PARÂMETROS DA JURIDICÇÃO CONSTITUCIONAL | 11 |
| 2.1 | O Estado Democrático de Direito | 11 |
| 2.2 | Os três Poderes na Constituição de 1988 e as críticas ao princípio..... | 15 |
| 2.3 | A teoria dos diálogos institucionais e os parâmetros da jurisdição constitucional ... | 20 |
| 3 | O ATIVISMO JUDICIAL – DE QUEM É O PODER?..... | 25 |
| 3.1 | O nascimento do ativismo e sua ascendência pós-moderna - O problema do pluralismo e complexidade da sociedade atual-..... | 25 |
| 3.2 | Ativismo Judicial x Judicialização – Alguns parâmetros de diferença e aplicação entre eles | 31 |
| 3.3 | Até onde o Judiciário pode ir? O problema hermenêutico de interpretação e aplicação da Lei e a eterna busca pelo “correto sentido da norma” | 36 |
| 4 | O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ENTRE A POLÍTICA, O DIREITO E A DEMOCRACIA..... | 41 |
| 4.1 | O papel institucional do STF e a opinião pública. Os problemas na dificuldade contramajoritária | 41 |
| 4.2 | O HC 152.752/2018. O ativismo judicial e o fim da presunção de inocência constitucional. O eco das ruas pode influenciar o plenário da Suprema Corte?..... | 45 |
| 4.3 | As ADPF 54/DF e ADI 4.277/DF. O papel representativo do STF e os perigos para o Estado Democrático | 50 |
| 5 | CONCLUSÃO | 55 |
| | REFERÊNCIAS..... | 59 |
| | ANEXO A - Voto Edson Fachin ADCs 43 e 44 | 64 |
| | ANEXO B - Voto Rosa Weber HC 152.752..... | 87 |
| | ANEXO C - Voto Edson Fachin HC 152.752 | 119 |
| | ANEXO D- Voto Ricardo Lewandowski HC 152.752 | 134 |
| | ANEXO E - Voto Luís roberto Barroso HC 152.752..... | 138 |

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo visa analisar o ativismo judicial no cenário jurídico brasileiro e como ele pode se tornar um perigo para a democracia, tendo em vista a violação da Separação de Poderes. Em especial, se analisará quando o Judiciário, por meio da interpretação constitucional, cria ou modifica direitos, que deveriam passar por processo legislativo, vislumbrando-se o fato de representatividade do Órgão Judiciário.

Justifica-se a relevância da pesquisa, uma vez que diante da grave crise de representatividade vivida pela sociedade, bem como do grande aumento de demandas judiciais cuja solução ainda não foi prevista pelo legislador, nasce a necessidade de um Poder Judiciário que tenha um comportamento mais positivo, adentrando a esfera de atuação dos demais poderes, assim surgindo, o fenômeno do ativismo judicial.

Tendo em vista as grandes crises (política, econômica) que assolam o Brasil, o Judiciário se tornou solução e esperança frente à nuvem cinzenta que tomou conta dos demais Poderes, ganhando cada vez mais espaço nas grandes mídias e seus noticiários – Como por exemplo a Operação Lava a Jato -, fazendo com que o magistrado, por muitas vezes, seja o centro das atenções, e assim, exigindo deste, um desempenho mais afirmativo e o colocando como o “herói” que irá solucionar todos os problemas.

Com o aumento da corrente constitucionalista no Brasil e no mundo, abre-se um debate doutrinário sobre o Judiciário no que tange ao seu protagonismo frente à questões civis e sociais, havendo um debate fervoroso entre defensores e críticos do ativismo judicial, transformando o tema em polêmica no meio jurídico brasileiro e mundial.

Objetiva-se analisar o ativismo judicial, através dos limites de interpretação utilizados pelos Juízes, na conjuntura de texto e norma, visando mostrar através de uma análise hermenêutica que não existe separação entre ambos. Com efeito, buscará entender que tal análise configura um dos principais motivos do ativismo judicial, que é o querer/poder por parte dos magistrados de fazer valer o poder enrustido ao Judiciário.

Para isto, busca-se elaborar uma abordagem jurídico-histórica para que, se possa entender, se o ativismo judicial é um mecanismo que configura um meio de concretização de direitos e garantias constitucionais ainda não observados pelos demais Poderes. Ou, se a própria atuação judicial, coloca em risco a própria democracia e o Estado Democrático de Direito, tendo em vista a falta de legitimidade democrática por parte dos Magistrados.

Assim sendo, a presente pesquisa busca investigar se: O ativismo judicial realizado através da interpretação constitucional realizada pelo Supremo Tribunal Federal protagoniza um perigo para o Estado Democrático?

Buscando encontrar uma a resposta à problemática, utilizou-se o método monográfico, pois irá se buscar um estudo aprofundado sobre o caso, realizando-se uma pesquisa abrangente, que colete e registre dados de casos particulares ou de vários casos, com a finalidade de organizar um relatório crítico sobre o ativismo judicial. Trate-se de uma investigação em que se buscará entendimentos e opiniões particulares ou coletivas, observando todos os fatores que fizeram com que os autores chegassem a sua conclusão.

Todavia, na abordagem elegeu-se por método, o dialético, uma vez que serão analisadas as diversas correntes sobre o assunto. Essa abordagem permitirá um debate mais amplo e eficaz, mostrando também como a realidade social permanece em transformação, deixando para trás o próprio direito, e fazendo assim com que surjam novas demandas que são as premissas do próprio ativismo judicial.

Para um melhor estudo e compreensão, o presente trabalho se estabelece em três momentos distintos: a análise da separação do Estado Democrático de Direito e a Separação dos poderes, passando para a busca do ativismo judicial e dos critérios hermenêuticos para a busca da resposta correta no mundo dos fatos, e por fim, uma análise de casos práticos, onde o Supremo Tribunal Federal, através da interpretação constitucional, realizou o ativismo. No primeiro momento estuda-se as evoluções pelas quais o Estado passou até chegar ao Estado Democrático de Direito e os princípios que o regem, assim, após busca-se entender a tripartição funcional do Poder, a competência para interpretação constitucional e parâmetros da jurisdição constitucional, trazendo a ideia da possibilidade da existência de diálogos institucionais.

No segundo capítulo, inicia-se a abordagem a partir do estudo acerca do ativismo judicial, seu nascimento, ascendência e como o pluralismo da sociedade moderna ajuda a fazer com que cada vez mais ele ganhe destaque. Em seguida, examina-se as diferenças entre a judicialização da política e o ativismo judicial, os seus parâmetros de aplicação e como um é solução de boa partes dos problemas sociais e o outro é um sério risco para a democracia. Por fim, visa-se analisar o problema hermenêutico vivido pelo Poder Judiciário, na interpretação e aplicação da norma no mundo dos fatos, e a busca pelo correto sentido que a norma traz em si.

O terceiro, e último, capítulo se dedicará inteiramente ao Supremo Tribunal Federal, e como suas decisões caminham em uma tênue linha entre Direito e Política. Buscando-se

analisar o papel institucional do STF na sociedade e a opinião pública em suas decisões, visando-se no estudo dos problemas encontrados na dificuldade contramajoritária. Dessa forma, irá ser visto o ativismo judicial na prática, analisando primeiramente a decisão acerca do Habeas Corpus 152.752/2018 que modificou o entendimento acerca do princípio da presunção de inocência, e como o eco das ruas pode (ou não) influenciar o plenário do Supremo Tribunal Federal. Por fim, analisando-se a ADPF 54 e a ADI 4.277/DF, buscará entender se pode a Suprema Corte possuir papel representativo, como nos Órgãos políticos, e como isso pode ser prejudicial para a democracia.

Contudo, a presente pesquisa não visa estagnar as discussões concernentes à temática, ao revés disso, busca incentivar aqueles interessados em explorar essa nova temática do cenário jurídico e político nacional, tão rica para a pesquisa e debates no meio acadêmico e profissional.

2 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: ENTRE A TRIPARTIÇÃO FUNCIONAL DO PODER E A COMPETÊNCIA PARA INTERPRETAR A CONSTITUIÇÃO – PARÂMETROS DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

O Estado Democrático de Direito surgiu como uma esperança para a concretização dos direitos humanos e fundamentais, usando de uma ordem constitucional que limita a si e a seus governantes. Como forma de limitação do poder estatal o Estado organiza-se na ideia da separação de poderes, buscando evitar a concentração de poder na mão de um só órgão ou pessoa. Com tal fragmentação, cria-se a possibilidade de interpretações divergentes entre os Órgãos, surgindo, assim, um problema hermenêutico, acerca da aplicabilidade da norma constitucional.

2.1 O Estado Democrático de Direito

Foram necessários séculos de experiências degradantes e ultrajantes aos direitos humanos para que se desenvolvesse uma forma de contenção do poder do Estado, e, principalmente, do poder dos governantes. A atual ideia de Estado Democrático de Direito nada mais é do que uma tentativa de consolidação dos ideais democráticos, como forma de regime político, onde o Estado exerce sua autocontenção, por meio de uma ordem constitucional. Tal ordem ganhou a necessária supremacia e dever para a concretização de direitos, bem como, impede o autoritarismo dos seus governantes.

A evolução do Estado fez com que surgisse, ao final do século XIX, a figura do Estado de Direito, baseado em três pilares principais, sendo eles: a tripartição dos poderes; a universalidade da jurisdição e a generalização do princípio da legalidade. Representa o Estado de Direito a ideia de que a Administração Pública, bem como todos os demais entes e sujeitos de direitos, estão submetidos ao ordenamento jurídico, ou seja, o Estado se submete à lei que ele próprio criou (CARVALHO, 2017, p. 33).

O advento do Estado de Direito acabou fazendo com que a democracia deixasse de ser apenas uma forma simples de Estado, ou seja, um verdadeiro regime político, fazendo com que o próprio Estado ficasse sujeitado às normas por ele elaboradas, a isso se deu o nome de “império da lei”. Foi por meio dessa concepção que o Estado de Direito acabou buscando a efetivação do regime democrático em seus primórdios. Entretanto, não bastou a submissão Estatal à lei, para que fosse efetivada a plena caracterização do regime democrático. Isso porque não era garantida a submissão do Estado e principalmente dos seus governantes à

vontade da população, fazendo com que no início do séc. XX nascesse a ideia doutrinária do Estado Democrático de Direito (FRIEDE, 1999, p. 03)

É importante ressaltar que a ideia de Estado Democrático de Direito surge após o nascimento do Estado de Direito, configurando a tentativa de junção do ideal democrático ao próprio Estado de Direito, onde devem existir as conquistas democráticas, as garantias legais contidas em uma Constituição Federal, bem como a preocupação social e a preocupação com o indivíduo. Pode-se dizer que o Estado Democrático de Direito é uma junção de outras ideias de Estados Modernos (desconsidera-se o Estado Absolutista). O Estado de direito possui, em seu seio jurídico, o próprio conteúdo do Estado Liberal, delimitando a atuação do Estado frente ao indivíduo. Entretanto, acrescenta junto ao conteúdo liberal, o lado social. A lei passa a ser um instrumento para a busca da efetivação da igualdade e de direitos, inerentes a cada um dos indivíduos, buscando através do ordenamento jurídico “condições mínimas de vida ao cidadão e à comunidade” (STRECK; MORAIS, 2010, p. 96-107).

Ocorre que o aparecimento do Estado moderno justifica-se pela tentativa de se caminhar para uma ideia de “justiça distributiva”, por meio de legislação social, onde buscase a proteção ao trabalhador, às crianças, aos idosos e doentes, bem como, acesso à educação e saúde, tentando alcançar uma igualdade entre classes, gênero, cor e raça. Azambuja conclui sua ideia colocando que “a humanidade amadurece para uma concepção verdadeiramente cristã do Estado e da sociedade” (AZAMBUJA, 2002, p. 387-388).

Inicialmente, a principal característica do Estado Democrático de Direito foi o surgimento da ordem constitucional. Esta fez com que a supremacia da Constituição impedisse que o Estado ficasse “mercê das vontades dos governantes”. Com o avanço do Estado Democrático de Direito e de novas realidades sociais, surge a necessidade de concretização de novos direitos. Dessa maneira, fez-se necessária uma participação mais efetiva do Estado, para garantir a realização de tais direitos no centro da sociedade e assim garantir sua aplicabilidade. Com o avanço do constitucionalismo e da rigidez constitucional, a qual desponta como um dos atributos garantidores do Estado Democrático, surge a possibilidade da reforma constitucional, quando necessária para a garantia do regime político e concretização de direitos ainda não legislados, onde se deve haver a manutenção da supremacia constitucional, bem como facilitaria que o ordenamento jurídico trabalhe em prol da evolução social (MARIN, 2013, p. 1-2).

Embora, nas versões anteriores do Estado de Direito, já existisse a preocupação em buscar uma maior igualdade social o Estado Democrático de Direito revoluciona no sentido de ir além da incorporação do núcleo liberal à questão social. Ele carrega, em si, a ideia de

que a igualdade deve ser um propósito a ser buscado, usando para isso o ordenamento jurídico, que assegurará às condições mínimas de vida ao cidadão. Mesmo que tal ideia já fosse um tanto visível, nos modelos estatais pós-guerra, foi no Estado Democrático de Direito que o modelo ganhou um contexto solidário, trazendo para si e para a sociedade um caráter comunitário, que busca a resolução de problemas tanto da vida individual, tanto na vida coletiva (STRECK; MORAIS, 2010, p. 103-104)

Visto isso, se passa a observar os princípios, que são as ideias, as convicções, ou seja, os juízos que fundamentam determinado assunto. Para poder entender um pouco mais sobre o funcionamento do Estado Democrático de Direito é necessária a compreensão dos princípios que o regem e norteiam o seu funcionamento, sejam eles positivados ou implícitos no ordenamento jurídico e na ordem constitucional. A formação dos princípios, que abrangem o Estado Democrático de Direito, tem como ponto de partida as transformações sociais do século XVIII, que a partir das revoluções que ansiavam pela democracia nos Estados, até então com regime monárquico, construíram as primeiras diretrizes que serviriam como base para o Estado Democrático. Pode-se destacar três princípios que serviram como fundamentos para uma ideia inicial do Estado, sejam eles: a) o da supremacia da ordem social, que serviu para a defesa da participação do povo no governo, seja ela na forma indireta ou nas discussões sobre controvérsias; b) o da igualdade de direitos, que consiste na proibição da discriminação, independentemente do motivo; c) a preservação da liberdade, entendida como a autonomia da vontade não contrária ordenamento jurídico, positivando a não interferência do Estado na vida particular (DALLARI, 2007, p. 150-151).

Em relação aos princípios atuais que norteiam o Estado Democrático de Direito, pode-se dizer que são eles:

A – Constitucionalidade: vinculação do Estado Democrático de Direito a uma Constituição como instrumento básico de garantia jurídica; B – Organização democrática da Sociedade; C – Sistema de direitos fundamentais individuais e coletivos, seja como Estado de distância, porque os direitos fundamentais asseguram ao homem uma autonomia perante os poderes públicos, seja como um estado antropologicamente amigo, pois respeita a dignidade da pessoa humana e empenha-se na defesa e garantia da liberdade, da justiça e da solidariedade; D – Justiça Social como mecanismos corretivos das desigualdades; E – Igualdade não apenas como possibilidade formal, mas também, como articulação de uma sociedade justa; F – Divisão de Poderes ou de Funções; G – Legalidade que aparece como medida do direito, isto é, através de um meio de ordenação racional, vinculativamente prescrito, de regras, formas e procedimentos que excluem o arbítrio e a prepotência; H – Segurança e Certeza Jurídicas (STRECK; MORAIS, 2010, p. 117).

O Estado Democrático de Direito continua em construção, da forma que ele se altere

conforme a própria sociedade evolui, buscando alcançar a justiça e igualdade social, através do pensamento democrático, exigindo que exista cada vez mais uma aproximação entre os ramos do governo, limitando-se e dialogando entre si, para que assim se possa alcançar a ideia central da garantia de um Estado submetido à lei e voltado para alcançar o bem estar de toda sociedade (CLÈVE; LORENZETTO, 2015, p.02).

Dessarte, visto que o Estado de Direito ganhou contornos democráticos, deve-se entender que a democracia não se caracteriza apenas pela possibilidade de um povo eleger seus governantes através de um sistema eleitoral. Insta dizer que o mero aspecto formalista, é, sim, um complexo de princípios e regras, que visam alcançar e preservar normas e direitos fundamentais à vida do ser humano, possibilitando, assim, uma construção social justa e igualitária. Ainda, existe na democracia uma “dimensão deliberativa” extraída do seu contexto político e que lhe acompanha desde seu nascimento no interior do Areópago grego, dimensão a qual, seria responsável pelo “debate público, argumentos e persuasão”. Assim, Luis Roberto Barroso encerra o pensamento concluindo que “a democracia contemporânea, portanto, exige votos, direitos e razões” (BARROSO, 2015, p. 04)

Percebe-se no Estado Democrático de Direito um conflito entre política e direito. Na primeira, encontra-se a essência democrática, onde através do voto majoritário a sociedade decide o que entende melhor para si, elegendo seus representantes e dando rumos ao seu caminhar, realizando a “soberania popular”. Já o segundo limita a própria democracia, uma vez que povo e Estado estão sujeitos ao ordenamento jurídico, não podendo nem mesmo a vontade popular sobrepor a Constituição e suas definições (FUX; FRAZÃO, 2015, p. 36).

Dessa maneira entende-se que o Estado Democrático de Direito surge como um mecanismo garantidor de direitos e de proteção ao ser humano, após anos de violações e explorações. Numa tentativa de se colocar a ideia de democracia, juntamente com o Estado de Direito, o conceito de que o povo pode se governar e escolher livremente seu futuro acaba por encontrar limitação na proteção de direitos fundamentais. Aqui nasce um problema hermenêutico de interpretação e aplicação da Constituição, uma vez que, por vezes, o pensamento majoritário, fica maculado, para que seja garantido a possibilidade de uma vida digna à grupos minoritários. Discussão essa que será abordada ao decorrer do trabalho. Observa-se dessa forma que o processo histórico pelo qual passa o Estado não chegou ao seu fim, mas sofre mutação a todo instante, conforme a própria sociedade evolui.

2.2 Uma discussão crítica a respeito dos três Poderes na Constituição Federal de 1988

Como tudo na ciência política, a ideia de separação dos Poderes é uma construção de pensamentos e estudos. Essa separação ganhou força de princípio nas formulações constitucionais do Estado Moderno. Cada Poder carrega em si a soberania do Estado, desenvolvendo assim, sua atividade típica e também realizando funções atípicas. Na verdade foi Montesquieu quem aperfeiçoou a ideia de separação dos Poderes no Estado Moderno. O fez quando as revoltas liberais à sua ideia se disseminaram pelos Estados que se formavam. Com o tempo tornou-se um princípio, base do Estado de Direito.

Com isso o Brasil, em sua Constituição de 1988, adotou a separação dos Poderes como princípio, consagrando-o como cláusula pétrea e determinando a existência de harmonia entre os Poderes. Em razão dessa discussão, mencionada acima, buscar-se-á, aqui, uma abordagem da evolução do princípio, uma análise de cada um dos três Poderes do Estado, sejam eles o Judiciário, Executivo e Legislativo, a demonstração de que o poder estatal é uno e indivisível, que apenas manifesta-se através de estruturas diversas, bem como apresentar o princípio na Constituição de 1988 juntamente com as críticas à invenção de Montesquieu.

Inicialmente, para que o leitor consiga entender acerca da separação dos Poderes, cabe uma pequena análise histórica. Tal ideia nasce com ligação aos ideais liberais que inflamam o século XVIII, pretendendo a diminuição dos poderes do Estado, patrocinando uma “quebra na unidade do poder/autoridade estatal a partir desta desconcentração do poder”, defendidas sobre o pensamento da especialização das funções e eficiência burocrática (STRECK; MORAIS, 2010, p. 180).

Em que pese a ideia que se tem hoje, da separação dos poderes, ter tido a sua gênese no século XVIII, já havia indícios da existência dessa divisão, na Grécia Antiga. Pelos os gregos os poderes estavam mal distribuídos, uma vez que o povo tinha o poder de legislar, mas o poder executivo e judiciário ficava nas mãos do rei. Ideia um pouco diferente das monarquias, onde o monarca possuía o poder de executar e legislar, mas não o de julgar. (MONTESQUIEU, 2000, p. 181).

A separação de Poderes divide-se em três Órgãos principais, sendo eles, o Judiciário, Legislativo e Executivo. Todos autônomos entre si, como se conhece atualmente. Essa separação surge, inicialmente com Aristóteles, em sua obra “A política”. Após a teoria essa divisão vai ser aperfeiçoada e sendo aplicada por John Locke, como se vê nos escritos “Segundo tratado de governo civil”. Por fim, é consagrada e finalizada em “O espírito das leis”, de Montesquieu. Segundo ele isso se tornou “[...] princípio fundamental da organização

política liberal e transformando-se em dogma pelo art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, que é prevista no art. 2º de nossa Constituição Federal¹” (MORAES, 2007, p. 385).

A tripartição dos poderes é essencial para se manter a liberdade individual e a moderação. Isso é fundamental para que não haja abuso de poder por parte dos governos. Segundo Montesquieu, que elaborou a teoria mais completa sobre a divisão de poderes, tem-se que:

Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está unido ao poder executivo, não existe liberdade; porque se pode temer que o mesmo monarca ou mesmo senado crie leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor. Tudo estará perdido se o mesmo homem ou a mesmo corpo de principais, ou do povo exercesse os três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou querelas entre os particulares (MONTESQUIEU, 2000, p. 168).

Com a evolução desse princípio surge a equivocada ideia de que o Poder Estatal se fragmenta, na divisão entre Judiciário, Legislativo e Executivo. Entretanto, é importante destacar a diferença de nomeação entre divisão de poderes e separação de poderes. A divisão de poderes é usada muitas vezes de forma inadequada pela doutrina, tendo em vista que o poder do Estado é “uno e indivisível”, mesmo que existam vários órgãos exercendo o seu poder, a sua unidade não é quebrada (DALLARI, 2007, p. 216-217).

Visto sobre do a construção histórica da separação dos Poderes, agora parte-se para a análise moderna do princípio. Onde se torna importante entender que uma das principais funções da separação dos Poderes relaciona-se ao sistema de freios e contrapesos. Por tal teoria, os atos que o Estado pratica se dividem em atos gerais e especiais. Os gerais são de exclusividade do Legislativo, que emite normas “gerais e abstratas”. Essas, quando são emitidas não são direcionadas a uma ou outra pessoa. Elas são gerais. Dessa forma será conhecido a qual cidadão elas atingirão. Assim fica o Legislativo impossibilitado de cometer abusos, uma vez que não atua concretamente na vida social e assim não pode atingir o cidadão diretamente (DALLARI, 2007, p. 220-221).

Os atos especiais, responsabilidade do Executivo, são realizados após a emissão das normas gerais. É o executivo quem possui os meios para agir concretamente. Porém, encontra

¹ Artigo 2º da Constituição Federal: São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

impossibilitado de atuar livremente, já que seus atos estão limitados pelos atos gerais que foram realizados pelo legislativo. E se qualquer um dos dois (Legislativo e Executivo) cometer abusos, logo aparecerá a fiscalização judiciária, que obrigará a cada um dos demais ficar em seu limites de atuação (DALLARI, 2007, p. 220-221).

Assim, pode-se dizer que dividir as competências estatais entre legislativa, executiva e judicial, leva ao entendimento da existência dos poderes políticos que estão destinados à realização de tarefas de elaborar, modificar ou extinguir as leis, administrar a máquina estatal e também oferecer a jurisdição ao povo (CANOTILHO, 2003, p. 546).

Na teoria moderna Montesquieu ensinou que cada Estado possui três Poderes, todos com funções determinadas, sendo eles conhecidos como Poder Judiciário, o Poder Executivo e o Poder Legislativo (BONAVIDES, 2014, p. 149). Atualmente, não é mais possível uma rigidez da teoria, como acontecia no passado, exigindo a existência do que se chama de colaboração ou harmonia entre os poderes (SILVA, 2006, p. 109).

No Brasil, a harmonia ou colaboração entre os Poderes possui caráter constitucional, em virtude da consagração do artigo 2º da Carta Magna. Quando se fala em harmonia constitucional remete-se a ideia de que além de exercer sua função típica cada Órgão também realiza, em caráter excepcional de determinadas funções atípicas, o que seria de natureza de um dos outros Órgãos, para assim poder manter um equilíbrio entre eles e garantir a colaboração entre cada um (CARVALHO, 2017, p.35).

O poder estatal é representado por essa subdivisão, ou seja, o Executivo, o Legislativo e Judiciário. Cada qual com a sua atividade típica. Cada um deles possui uma atividade típica. Embora cada órgão também realize algumas funções atípicas, como quando o Executivo conduz e julga seus processos administrativos, ou quando o Judiciário imite portarias internas e o Judiciário realiza funções administrativas (CARVALHO, 2017, p. 35), não são tais características que interessam ao estudo. Para tal, é relevante a abordagem sobre a função específica de cada um dos Poderes, para que, a seguir seja possível entender o porquê do estudo, é necessário uma desconstrução da rigidez do princípio, buscado a existência de um diálogo entre cada um dos órgãos.

Dessa maneira, pode-se entender o Executivo, como uma instituição que possui um conjunto de “poderes, faculdades e prerrogativas, da mais variadas naturezas”. Em suma, a título de exemplo prático, pode-se dizer que o Executivo possui por função os atos de chefia, administração e de governo do Estado (SILVA, 2006, p. 542). Também cabe ao Executivo o poder de paz e de guerra, de diplomacia, receber representantes das nações estrangeiras, garantir a segurança do Estado e a chefia das forças armadas, para prevenir invasões

(BONAVIDES, 2014, p. 149).

O segundo dos Poderes a ser analisado, o Legislativo, é responsável pela elaboração de leis, sejam elas de eficácia temporária ou que perpetuem no tempo, bem como aperfeiçoar ou revogar as já existentes (BONAVIDES, 2014, p. 149). O Legislativo é também chamado de Parlamento. Isso advém da ideia de como o povo, através da soberania, não podendo votar diretamente sobre quais leis regeirão sobre a sociedade, elege, para tais, representantes. Estes últimos formarão o parlamento e a própria elaboração das leis. Não se limita, porém, em fazer leis, mas também exerce grande influência, sendo que em regimes de governo parlamentar, cabe a ele, nomear e destituir o Executivo (DALLARI, 2002, p. 180).

Por último, para esse estudo o mais importante, encontra-se o Poder Judiciário. Trata-se de um órgão encarregado do poder jurisdicional do Estado. É exercido através de juízes e tribunais. O judiciário é tratado como um poder separado dos demais, uma vez que nenhum outro possui atribuição jurisdicional. A separação do Judiciário, dos demais, visa garantir em primeiro plano a liberdade, dado que esta não existirá caso um mesmo órgão legisle, aplique e julgue qualquer situação de fato, que venha a ocorrer. No mesmo viés tem o condão de garantir a independência dos magistrados. Isso porque só juízes independentes, que tenham passado pelo devido processo de seleção, poderão “assegurar a justiça e a liberdade” (CANOTILHO, 2003, p. 657-658).

O Judiciário possui, como principal função, a interpretação e aplicação da lei nos conflitos entre os cidadãos ou entre cidadãos e o Estado. Nenhum órgão tem o poder de anular as decisões do Judiciário, nem mesmo o Legislativo, quando se tratarem de sentenças em que o Estado fica sujeito a alguma obrigação (AZAMBUJA, 2002, p. 200-201).

A separação dos Poderes está no artigo 2º da Carta Magna de 1988. Nessa norma há a descrição de que os poderes são “independentes e harmônicos entre si”. Independente no sentido de que as pessoas, para entrarem ou permanecerem em algum Órgão, não dependem da vontade dos demais; que para realizar suas obrigações e funções no Poder respectivo, os responsáveis não irão precisar consultar os outros; e que, na organização de seus serviços, cada Órgão é livre, limitando-se apenas no que diz a Constituição Federal. Já a harmonia entre os Poderes ocorre graças às normas que garantem, entre eles, uma cortesia recíproca e respeito para as funções e liberdades que cada um dos três possui, bem como a de que a divisão de funções e independência deles não são absolutas, cabendo interferências que visam garantir o sistema de pesos e contrapesos, garantindo assim o equilíbrio entre eles (SILVA, 2006, p. 110).

Embora esteja consagrada como princípio constitucional, a separação de Poderes recebe variadas críticas em relação ao seu funcionamento no Estado Moderno. Entre essas críticas, pode-se colocar a de que o princípio “é meramente formalista, jamais tendo sido praticado”. Sempre aconteceu de Poderes realizando atos que seriam de outro (o ativismo judicial, por exemplo), ou em casos que algum dos Poderes exerce uma influência maior do que os demais, assim havendo apenas uma aparente separação. Uma crítica é que, também, o princípio nunca foi garantidor da liberdade ou do sistema democrático em um Estado, Houve casos em que um Executivo tirano controlou os outros dois Poderes, ou houvesse a existência de um Legislativo sem representatividade legal. Assim ficou bem evidente a ausência da democracia. Sem contar casos onde o Poder Judiciário, autoritário, se deixasse levar pelos seus ideais, quando na verdade deveria agir em conformidade com a norma existente. (DALLARI, 2007, p.221).

Ainda em crítica ao princípio da separação, é importante vislumbrar a lição de que:

Não temos dúvida por conseguinte em afirmar que a separação de poderes expirou desde muito como o dogma da ciência, Foi dos mais valiosos instrumentos de que se serviu o liberalismo para conservar na sociedade seu esquema de organização de poder. Como arma dos conservadores, teve larga aplicação na salvaguarda de interesses individuais privilegiados pela ordem social. Contemporaneamente, bem compreendido, ou cautelosamente instituído, com os corretivos já impostos pela mudança dos tempos e das ideias, o velho princípio haurido nas geniais reflexões políticas de Montesquieu poderia, segundo alguns pensadores, contra-arrestar outra forma de poder absoluto para o qual caminha o Estado moderno: a onipotência sem freio das multidões políticas (BONAVIDES, 2014, p. 159).

No Brasil, o Judiciário ganha cada vez mais destaque conforme protagoniza o avanço da jurisdição constitucional através do Supremo Tribunal Federal, que assume contornos políticos e avança em áreas de responsabilidade dos outros Poderes políticos majoritários. O advento da jurisdição constitucional, na Constituição de 1988, e sua ascensão nos últimos quinze anos fizeram com que surgissem críticas, sendo a principal delas a de que a interferência do Poder Judiciário, na vida pública, feriria a democracia, uma vez que Juízes não possuem a legitimidade do voto popular, e, não sendo eleitos, suas decisões não poderiam “derrubar ou substituir aquelas que foram tomadas pelos representantes escolhidos pelo povo” (NETO; SARMENTO, 2015, p. 74).

Em decorrência às críticas modernas, feitas em relação à separação dos Poderes, nascem alguns remédios que tendem a dar sobrevida ao princípio, bem como as chamadas “Delegação de Poderes”, que nada mais é do que a delegação de poderes de um órgão para outro e a “Transferência constitucional de competências”, usada com bem menos frequência.

Isso é fruto de uma “reforma constitucional ou até da promulgação de novas Constituições” (DALLARI, 2007, p. 222).

Uma solução seria a do diálogo institucional. Apresenta-se como forma de interação entre Judiciário e Legislativo, mostrando os parâmetros de legitimidade da jurisdição constitucional e colocando a ideia de que a solução de casos complexos demanda um trabalho conjunto entre as instituições, onde através de um diálogo contínuo, as partes envolvidas poderão apresentar uma resposta mais efetiva ao caso concreto (CLÈVE; LORENZETTO, 2015, p. 01-02). Não obstante esse tema será tratado no tópico a seguir.

A teoria formada por Montesquieu desempenhou um papel histórico extremamente relevante ao ajudar na formulação do Estado Moderno e na caracterização da democracia como forma de governo. Dessa maneira, entende-se que embora seja claro que a separação dos Poderes precisa ser debatida e reformulada, para que se adeque à modernidade, até hoje não se encontrou um modelo que o substitua, mostrando-se assim, ainda possuir grande valia para a formulação estatal. Quebrando a rigidez da separação, podem ocorrer aproximações essenciais para que o corolário democrático seja contemplado, um dos meios para que isso ocorra será tratado no tópico a seguir.

2.3 A teoria dos diálogos institucionais e os parâmetros da jurisdição constitucional

Com o crescimento da jurisdição constitucional no Estado Democrático de Direito, em virtude da procura por efetivação de direitos e garantias, muitas vezes contramajoritários, o Poder Judiciário acaba adentrando à esfera institucional pertencente aos demais Poderes políticos, gerando assim uma crise na teoria de Montesquieu. Nota-se que política e direito não estão completamente separados, muitas vezes acabam comunicando-se e gerando certo grau de influência entre si. Com o constitucionalismo moderno surge, então, o debate na indagação de qual instituição seria a responsável pela interpretação da Constituição. Isso gera divergência entre Judiciário e Legislativo. Apresentados o Estado Democrático de Direito e a separação de Poderes nos tópicos anteriores, buscar-se-á um estudo sobre os mecanismos de diálogo institucionais, os quais certamente, apresentariam uma solução sobre a interpretação da Constituição e poderiam legitimar, ou não, a jurisdição constitucional.

Por mais que os sistemas político e judicial encontram-se separados, não existem dúvidas de que ambos possuem interligações, podendo por vezes até se confundir. São essas correlações que ostentam calorosos debates frente ao questionamento de até onde um Poder pode atuar na área do outro. A jurisdição constitucional, realizada sem travas, pode apresentar

graves danos à democracia. Assim, apresenta-se imprescindível a efetuação de “parâmetros judiciais” que possam impor limites à atuação desenfreada do Judiciário, para que se evite uma exagerada politização judiciária ou até mesmo a judicialização da política (FUX; FRAZÃO, 2015, p. 37).

A Constituição impõem limites ao próprio processo político quando delimita seu poder decisório. Tal limite não é proveniente de escolha dos próprios Tribunais. É do poder constituinte quando este consagra uma democracia constitucional. O referido resguarda pressupostos para a atuação judiciária, que será voltada para a garantia de direitos que não devem ser deixados à margem de questões de conveniência ou escolha político-majoritária, uma vez que é convicção do constitucionalismo democrático a busca por efetivação e resguardo de garantias fundamentais inerentes a cada um dos que vivem em sociedade (MENDONÇA, 2015, p. 134).

Dessa maneira, podem existir duas formas de pensamentos. Uma que considerará o legislador como quem deverá ditar a última palavra em relação à interpretação constitucional, decidindo acerca da correta aplicação da Constituição, mesmo que isso siga em rota de colisão com próprio poder majoritário. Do outro lado existe a ideia de que a sociedade pode optar em haver uma instituição diferente das de esfera política, a qual irá contrabalancear o poder dos que foram legitimados através do voto, legitimando suas decisões através de mecanismos jurídicos (MENDONÇA, 2015, p. 134).

A discussão, de qual instituição será responsável pela palavra final sobre a interpretação constitucional, caminha junto à expansão do próprio controle judicial de constitucionalidade. Este, por sua vez, vem se efetivando como característica dos sistemas democráticos contemporâneos. Denota-se que, em países onde o fenômeno democrático é recente, as constituições possuem grande rigidez, enchendo-se de direitos e garantias fundamentais. Assim protegem o cidadão e o Estado, de abusos e da própria vontade popular majoritária, justificando o fenômeno do controle constitucional exercido pelo Poder Judiciário (CAMPOS, 2015, p. 179).

Seguindo tal pensamento, percebe-se uma possível legitimação do controle constitucional. Isso se dá quando se afasta a eficácia de uma lei através de decisão jurídica fundamentada, ou até mesmo, fundamente à participação do Judiciário na formulação de resposta para casos em que ainda não se possuem previsão legal, podendo interpretá-los e lhes causando uma parcial resolução até que o Legislativo não os disciplinem (MENDONÇA, 2015, p. 134).

Entretanto, ainda encontra-se relutante o fato de que o Judiciário não possui

legitimidade popular, para decidir acerca de quaisquer questões. Numa democracia ideal seria no espaço político em que as decisões políticas deveriam ser tomadas, sendo; “antidemocrático atribuir a juízes não eleitos e não responsivos à vontade popular a imposição de comportamentos e/ou a invalidação de atos normativos emanados de autoridades escolhidas pelo povo”. Entretanto, isso não causará uma limitação extrema ao exercício da jurisdição constitucional, apenas limitará seu espaço de atuação (FUX; FRAZÃO, 2015, p. 65).

Por meio da problemática apresentada, surge a ideia de que a interpretação constitucional não pode ser vinculada exclusivamente ao Judiciário. Não deve a última palavra ser resultado de uma decisão autoritária do Supremo Tribunal Federal. Deve ser uma construção decorrente de um diálogo constante, entre os poderes. Os diálogos institucionais surgem como meio garantidor da harmonia entre as instituições, que “consiste no exercício da atividade jurisdicional contramajoritária paralelamente à manifestação do Legislativo”. O que submete entendimento que independentemente de qual Órgão dispuser da decisão final sobre a interpretação constitucional de determinado tema, a outra instituição poderá responder à tal decisão, sem que sofra impedimento ou retaliações (RAMAOS; PINHEIRO, 2015, p. 02).

Os diálogos institucionais apresentam-se como forma de substituição à tradicional leitura da teoria da separação dos poderes. Por meio dos diálogos, onde houver divergência entre as instituições, acerca de decisões sobre determinados casos concretos, ficará evidenciado a existência de dois aspectos, assim definidos:

Primeiro, as decisões, tomadas em qualquer um dos poderes, passam a ter um caráter parcialmente definitivo, pois, podem ser contestadas em outras instâncias públicas. Segundo, cada espaço de poder possui características que o potencializam ou o inibem para a realização de tomada de decisões (CLÈVE; LORENZETTO, 2015, p. 04)

Assim evidencia-se a necessidade da existência de meios pelos quais possam ocorrer os diálogos, uma vez que um Poder pode ter melhores meios para lidar com o caso concreto do que o outro, podendo a conformidade ser alcançada através de um discurso político ou através da transformação da demanda política em matéria jurídica (CLÈVE; LORENZETTO, 2015, p. 04).

Para que se compreenda a utilidade dos diálogos institucionais pode-se dar ênfase ao chamado “jogo político sequencial”. O jogo apresenta-se como fato resultante dos mecanismos de freios e contrapesos, onde demonstrará que para determinada lei ser aprovada dependerá de uma junção de fatores, sendo eles a maioria parlamentar no Poder Legislativo, a

aprovação do Presidente da República ao não exercer seu poder de veto e o controle constitucional, exercido pelo Poder Judiciário, para que ela não seja invalidada. Dessa maneira, exemplifica-se uma interação entre os Poderes para a resolução da questão (ESKRIDGE, 1991 apud BRANDÃO, 2015, p. 383).

A jurisdição constitucional não pode ser limitada por completa, pois apresenta-se necessária nos casos onde as instituições políticas apresentam omissões ou mau funcionamento, nesse sentido:

Em tais cenários, diagnosticado o inadequado funcionamento das instituições, é dever da Corte Constitucional *otimizar e aperfeiçoar* o processo democrático, de sorte (i) *a corrigir* as patologias que desvirtuem o sistema representativo, máxime quando obstruam as vias de expressão e os canais de participação política, e (ii) *a proteger* os interesses e direitos dos grupos políticos minoritários, cujas demandas dificilmente encontram eco nas deliberações majoritárias (FUX; FRAZÃO, 2015, p. 65-66).

O Judiciário não pode apresentar-se como único responsável pela salvaguarda da Constituição. Busca-se, assim, uma quebra de expectativa em relação à redução de decisões que evidenciam o controle de constitucionalidade. De outro lado ainda cabe ao Judiciário um papel político relevante, uma vez que a opinião pública pouco influencia as suas decisões, dado a existência da independência judicial. Isso estimula a ocorrência da jurisdição constitucional, provocando a Suprema Corte a entregar grande leva de decisões contramajoritárias. Dessa forma, verifica-se que o Poder Judiciário “não é uma instituição poderosa que dá a última palavra sobre os mais diversos conflitos constitucionais”, mas um mecanismo efetivo para que ocorra a real tutela de direitos minoritários firmados pelos ideais democráticos, usando-se do controle de constitucionalidade para conectar realidade e direito (BRANDÃO, 2015, p.390).

Nota-se que a justificativa, para a existência do controle de constitucionalidade, não pode ser abrangida apenas pela teoria dos diálogos institucionais. Não é por que a Suprema Corte abre caminhos à dialogação com o Parlamento, que se deve acreditar que isso seja suficiente para encontrar uma solução definitiva do problema contramajoritário. Além disso, a própria teoria dos diálogos recebe críticas ao ser considerada falha em considerar que cabe ao Judiciário a última palavra sobre a interpretação constitucional, gerando um “monopólio judicial” de interpretações (CLÈVE; LORENZETTO, 2015, p. 07-08).

Mesmo assim, a relação entre direito e democracia remete novamente à questão da supremacia judicial, a qual justifica a necessidade da existência de um grupo de indivíduos, com poder de realizar a correta interpretação constitucional e dizer sobre a aplicabilidade de

direitos. É por essa análise que a proposta dos diálogos ainda se apresenta como uma interessante forma de se fazer valer o poder estatal para dizer o real sentido de direitos salvaguardados na Constituição, uma vez que a política não apresenta-se como exclusividade do Legislativo, mas exterioriza-se através de todas instituições pertencentes ao Estado Democrático (CLÈVE; LORENZETTO, 2015, p. 07-08).

Ainda, pode-se ver, a acerca dos diálogos que:

“A existência de dispositivos que possam servir para provocar os outros ramos do Poder a conferir uma resposta institucional sobre determinado tópico é não apenas condizente com os termos democráticos, mas também, uma maneira de enriquecer os conteúdos produzidos nesses diálogos” (CLÈVE; LORENZETTO, 2015, p. 08)

O Estado Democrático de Direito, através de suas evoluções, exige de suas instituições um amadurecimento, quando oferece uma reflexão sobre como Judiciário e Legislativo, onde se podem estreitar as fronteiras entre política e direito. A judicialização da política ocorre como mecanismo de busca para a solução do problema contramajoritário. Entretanto, o preço pago para a busca das efetivações democráticas é ocorrência de tensões entre as instituições, cada qual defendendo ser a competente para a realização da interpretação constitucional.

Da mesma forma, com que se espera que o Legislativo atenda em suas demandas a concretização de direitos fundamentais, espera-se que o Judiciário tome uma posição dialógica, para resolver questões, que exijam uma interpretação constitucional, acerca de determinado assunto, não aplicando uma palavra final e definitiva ao tema em debate.

Observa-se, assim, que os diálogos institucionais apresentam uma possível forma de diminuição de tensões entre as instituições, não obste, entretanto, o fato de que até mesmo o controle constitucional possui limites e que a teoria da separação dos poderes não pode ser totalmente enfraquecida ou “modernizada”. Dessa maneira, não pode a mencionada teoria servir de base para que magistrados adentrem na esfera de atuação dos demais Poderes. Uma vez que não é configurada a legitimidade de juízes para a tomada de decisões de tocante político, a pró-atuação Judiciária representa grande um risco para a concretização do Estado Democrático de Direito e faz com que surja o fenômeno do ativismo judicial, que será estudo no próximo capítulo.

3. O ATIVISMO JUDICIAL – DE QUEM É O PODER?

Como foi visto no capítulo anterior, o advento do Estado Democrático de Direito abrangeu a busca pela concretização de direitos individuais e coletivos inerentes ao ser humano. A democracia deixou de ser apenas um mecanismo político, transformando-se em um próprio regime estatal. Através disso, procura-se cada vez mais a salvaguarda de direitos, incluindo, inclusive, os das minorias. Com o avanço da sociedade pós-moderna, apresenta-se uma grande mutação social cotidiana, com o surgimento de novos direitos e a entrada de antigas normas no total desconhecimento.

Nesse cenário, mesmo passando por transformações sociais constantes, o Estado mantém sua organização na tradicional forma da separação dos Poderes. Entretanto, a teoria parece não conduzir a realidade, uma vez que o Legislativo não consegue acompanhar as mudanças cotidianas da vida em sociedade. A cada fato novo, apresenta-se uma possibilidade de interpretar as normas constitucionais e aplica-las para sua resolução, entretanto, surge a discussão de quem será o órgão responsável para isso. Poderia um Juiz dar resolução a caso diverso do que aquela contida na lei, ou dar uma interpretação diferente do texto da norma constitucional? É nesse contexto que se apresenta o problema do ativismo judicial e até onde isso poderá ter aplicação. Tribunais ativistas são importantes para a democracia (ou irão prejudicá-la?). É pela exposição fática, que passasse para o estudo do problema apresentado.

3.1 O nascimento do ativismo e sua ascendência pós-moderna - O problema do pluralismo e complexidade da sociedade atual-.

Os primeiros relatos de atuações ativistas por parte de magistrados não são longínquos, começaram a aparecer nas primeiras décadas do século XX, principalmente no período pós-guerras. Antes de se entender o fenômeno no Brasil, caberá uma análise histórica das atuações das Cortes e Juízes internacionais na tentativa de traçar um conceito ou noção para o mesmo.

As origens do fenômeno encontram raízes na Suprema Corte Norte-Americana, quando o direito estadunidense começou a encontrar dificuldades hermenêuticas para a interpretação e aplicação das normas constitucionais nos casos concretos (ABBOUD; LUNELLI, 2015, p. 02).

No início, o ativismo possui uma face conservadora, foi através das decisões da Suprema Corte que os defensores da política de segregação racial encontraram amparo para a

sua continuação (cite-se o caso *Dred Scott v. Sanford*, de 1857), e também, viram no ativismo, a oportunidade de invalidar normas de direitos sociais em geral, que culminaram com um conflito entre o Poder Executivo (Presidente Roosevelt) e o poder Judiciário, que fez com que houvesse uma mudança contra a intervenção estatal na vida particular dos indivíduos e na própria sociedade. Após, o ativismo no direito estadunidense inverteu de lado, passou a ter uma atuação progressista e em prol à garantia dos direitos fundamentais. A inversão ocorreu a partir dos anos 50, produzindo jurisprudência sobretudo em relação aos direitos dos negros, das mulheres, dos acusados criminalmente entre outros direitos fundamentais (BARROSO, 2008, p. 07).

Em solo estadunidense, a discussão em torno do fenômeno começou ganhar força, pois, como vemos a seguir, o Judiciário começou a interferir ativamente na atuação dos demais órgãos:

[...] opções político-legislativas estavam sendo derrubadas pelo judiciário com base em uma questionável e ideológica interpretação da Constituição. Como não poderia ser diferente, tal fato desencadeou debates sobre os limites e diferenças entre interpretação e criação judicial do direito e deu azo a questionamentos quanto à legitimidade democrática que uma corte teria para impor a sua filosofia econômica a toda uma nação. A invasão da subjetividade dos julgadores no processo de interpretação da Constituição começava a preocupar (ABBOUD; LUNELLI, 2015, p. 03).

Embora tenha ganhado destaque no cenário norte-americano, o termo (ativismo) já vem sendo utilizado há muito tempo ao redor do mundo, na maioria das vezes serve como crítica à juízes que se utilizam de sua posição e de “critérios subjetivos” e intervêm em questões de competência executiva ou legislativa, onde existem temas sociais polêmicos e controversos (FARIAS, 2014, p. 03).

Assim evidencia-se que o ativismo há tempos não é mais uma exclusividade norte-americana. Com o fim das grandes guerras, a justiça constitucional avança conjuntamente com a globalização, construindo constituições democráticas, derradeiras das grandes ondas de democratização que tomam conta do mundo, fazendo dessa forma que cada vez mais Tribunais de diversas nações adentrem na esfera de atuação do Legislativo e Executivo para a concretização de direitos e salvaguarda da Constituição (CAMPOS, 2015, p. 185).

Ocorre que, até metade do século passado, os países que possuem seu sistema jurídico baseado no modelo romano-germânico, detinham seu modelo de organização em leis e códigos elaborados pelo Poder Legislativo. Era creditado ao Parlamento a legitimidade para se fazer o Direito, baseando-se na premissa política de que ali estava a vontade popular. No

entanto, ao Judiciário cabia apenas a função de aplicar a norma editada aos casos concretos, sem nenhuma margem de interpretação da lei. A existência de mecanismos para o controle constitucional das leis era visto como meio antidemocrático, tendo em vista a falta de legitimidade dos juízes para isto, havia grande receio de que fosse criado um “governo de juízes” (NETO; SARMENTO, 2015, p. 74-75).

Entretanto, com a reunião de vários fatores ocorridos no século XX, como o fim da guerra, e o crescimento da ânsia pela consolidação dos ideais democráticos e da concretização dos direitos fundamentais, o Poder Judiciário começou a ganhar força no cenário institucional do Estado. O aumento do pluralismo e complexidade social nos dias atuais, levou a lei a entrar em crise, evidenciando a ineficácia das instituições representativas e fazendo com que exista uma maior transferência de decisões políticas para juízes e tribunais (BARROSO, 2015, p. 34).

Seguindo o raciocínio sobre a crise na legitimidade e expansão do Judiciário, disciplina Barroso que:

Essa crise de legitimidade, representatividade e funcionalidade dos parlamentos gerou, como primeira consequência, em diferentes partes do mundo, um fortalecimento do Poder Executivo. Nos últimos anos, porém, e com especial expressão no Brasil, tem-se verificado uma expansão do Poder Judiciário e, notadamente, do Supremo Tribunal Federal. Em curioso paradoxo, o fato é que em muitas situações juízes e tribunais se tornaram mais representativos dos anseios e demandas sociais do que as instâncias políticas tradicionais (BARROSO, 2015, p. 23).

A expansão Judiciária resume-se na adoção do constitucionalismo, fazendo com que as normas constitucionais possam ser invocadas a qualquer momento perante cortes e tribunais, declarando a validade ou não de leis e atos normativos/administrativos. O crescimento da consciência social acerca dos seus direitos, somado ao alto grau de pluralidade política na sociedade faz com que o controle constitucional ganhe força como meio para argumentação e aplicação de decisões em casos concretos do cotidiano (NETO; SARMENTO, 2015, p. 76-77).

Não obstante, a crise de representatividade e os fatores já apresentados até agora no trabalho, como forma para justificar a atuação expansiva do Judiciário, não podem ser argumentos de desculpa para juízes extrapolar sua esfera de atuação e tomar decisões políticas simplesmente por diversão ou vontade. O Judiciário não pode servir de instrumento para suprir lacunas existentes na lei, se esse pensamento for seguido, irá se correr o risco de criar-se uma “Constituição paralela”, o que se quer dizer, pela ideia é que a subjetividade dos magistrados não está acima da lei, disso retira-se a ideia de que “O constituinte não resolveu?

“Chame-se o Judiciário...” Ou “criemos um princípio”, que “valerá” mais do que a Constituição...!” (STRECK; BARRETO; OLIVEIRA, 2013, p. 11).

No Brasil, a participação do STF no cenário decisório político nacional cresceu relativamente após a redemocratização do país. No entanto, percebe-se que o aumento da participação Judiciária na esfera política ocorreu apenas após a década de 1990. Muito embora a Constituição já vigorava desde 1988, contando com seus dispositivos e princípios detalhados, consagrando o STF como seu “guardião”, a intensa participação desse na esfera decisória política é acontecimento de caráter recente (ARGULHES, 2015, p. 214-215)

O que deve ser evidenciado é que a anterior postura restritiva substituiu-se por uma atuação expansiva de interpretação constitucional, e, é essa substituição que deve ser compreendida. A mudança de postura do STF é causada pela junção de variados fatores, um deles é que qualquer decisão interpretativa, seja expansiva ou restritiva, depende primeiramente do que os juízes “queiram fazer” (ARGULHES, 2015, p. 216).

Assim sendo, é unânime o entendimento que o aumento de participação do Supremo Tribunal Federal na vida do brasileiro é fato recente, com intensificação no decorrer dos anos 2000. O maior motivo para esse avanço ativista da Suprema Corte, é para Diego Werneck Argulhes “uma combinação de variáveis explicativas” as quais ele nomeou de “variáveis exógenas”, as retratando como “[...] desenho institucional, democratização, demandas sociais, comportamento estratégico dos atores políticos [...]” (ARGULHES, 2015, p. 214-216).

Todavia, essas mesmas variáveis já existiam nos anos anteriores ao crescimento do ativismo judicial, demonstrando não serem, também, justificativas exclusivas para a atuação desproporcional dos homens de toga. Destarte, vislumbra-se que o principal responsável pelo ativismo é a própria vontade dos Magistrados, que se antes optavam por limitar a sua participação do processo decisório político, hodiernamente preferem escolher por uma atuação expansiva, dando nova interpretação ao texto da norma constitucional (ARGULHES, 2015, p. 214-216)

Luiz Roberto Barroso defende que o ativismo judicial se instala quando um dos outros Poderes (Legislativo ou Executivo) se mostram ineficazes de cumprir com o seu objetivo, fazendo com que seja preciso uma atuação mais ativa do Poder Judiciário para garantir à sociedade a observância de seus direitos, argumenta sua ideia da seguinte forma:

[...] o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe

política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sejam atendidas de maneira efetiva (BARROSO, 2008, p.06).

O ativismo já é uma realidade em diversos países onde foi adotado o modelo de tribunais constitucionais ou supremas cortes. Embora no passado o Poder Executivo tenha sido dotado de grande popularidade e não tendo grandes problemas com o Judiciário, atualmente, uma grande crise política assola os poderes legitimados pelo voto popular, sendo crescente a atuação judiciária para a “prolação de decisões que suprem omissões e, por vezes, inovam na ordem jurídica, com caráter normativo geral”, assim verificando-se uma face positiva no ativismo, servindo de remédio para a crise de representatividade vivida no Palácio do Planalto e no Congresso Nacional (BARROSO, 2008, p. 09).

Nos dias atuais, a interpretação da Constituição não fica presa apenas em seu texto legal, mas exige-se uma interpretação mais expansiva, seguindo critérios hermenêuticos para que possa ser criado pelos julgadores uma jurisprudência constitucional, que servirá para que o Judiciário acabe por vedar as lacunas na legislação que o próprio legislador não previu ou se omitiu. Cabe ao Judiciário atender a demanda judicial, não podendo se esquivar de prestar a tutela jurisdicional, mesmo nos casos onde a lei for omissa (vide artigo 5º, XXXV²), ainda que para isso faça uso do ativismo judicial, pois mesmo se tratando de políticas públicas, não se pode esperar, por vezes, uma atitude legislativa ou executiva para sanar a situação, exigindo uma resposta rápida e efetiva (FARIAS, 2014, p. 04).

O ativismo, na maioria das vezes apresenta-se como solução para os casos onde ocorrem omissões, sendo “pelo desprestígio da lei, ineficiência da política, dificuldade da própria administração, malversação dos recursos públicos...”, assim o magistrado acaba saindo da sua esfera de atuação, passando a exercer um poder político e assim resolvendo “problemas políticos por critérios jurídicos” (REVERBEL, 2009, p.08).

Entretanto, apesar de hoje ser mais solução do que problema (BARROSO, 2008, p. 19), o ativismo judicial possui uma face negativa: apresenta sérios riscos para o Estado Democrático de Direito. Quando o Judiciário passa a decidir questões públicas, usando a lei como desculpa, o Estado perde o caráter democrático, fazendo com que volte a ser apenas um Estado de Direito (REVERBEL, 2009, p. 09-10).

A democracia não pode ficar dependente de representantes do Judiciário, uma vez que

² Art. 5º da Constituição Federal do Brasil: 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:

(...)

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

decisões de cunho político não podem ficar dependendo de opinião e gosto pessoal de magistrados (STRECK; BARRETO; OLIVEIRA, 2009, p. 08). Assim, seguindo a lógica, cabe a lição que:

Imaginemos: se a questão é analisada por um magistrado favorável ao movimento das minorias e da regulamentação de tais relações, sua decisão seria no sentido de procedência; por outro lado, um magistrado conservador e alheio a essa “mutação dos costumes” julgaria improcedente o pedido. E é isso que, num caso como esse, não pode acontecer! A decisão a ser tomada em tais casos precisa ser levado a cabo no espaço político e não jurisdicional, justamente para evitar que sua resolução fique à mercê das opiniões pessoais dos ministros da Corte Constitucional (STRECK; BARRETO; OLIVEIRA, 2009, p. 08).

Apesar de ser favorável ao ativismo, o Ministro Luis Roberto Barroso alerta para a incidência de riscos que o fenômeno traz, sejam eles três principais, o risco para a legitimidade democrática (os membros do Judiciário não são agentes políticos legitimados pelo voto popular); como o já mencionado risco de politização da justiça (um Juiz deve decidir como manda a lei e sendo imparcial, não agindo por vontade política própria); e, na capacidade institucional do Judiciário e seus limites (quando houver discordância de matérias, a última palavra é do Judiciário, mas isso não quer dizer que tudo deve ser decidido por magistrados) (BARROSO, 2008, p. 10-16).

Ainda em relação a atuação de juízes ativistas, o direito deve ser analisado conforme a interpretação da lei e de princípios e não por motivações pessoais, quando o Judiciário é perguntado sobre algo, o que se espera é uma resposta a partir do direito, não a opinião pessoal de cada magistrado, que ademais, não importa a ninguém. O direito não pode se basear em argumentos políticos e morais dos juízes, e, “definitivamente, o direito não é – e não pode ser – aquilo que o judiciário “diz que é”!” (STRECK; BARRETO; OLIVEIRA, 2009, p. 10-11).

O que se pode ver no cenário atual é que o crescimento do ativismo deu-se, em grande parte, pelo fato de que o sistema representativo não consegue seguir o ritmo de mutação social, ocorrendo a necessidade de que o Judiciário assuma um papel “legislador”, expandindo a interpretação constitucional para novos patamares, e dando para normas entendimentos diferentes daqueles que a regiam em outro tempo, o que põem em risco a legitimidade democrática, acabando por retirar o “Democrático” do Estado Democrático de Direito, uma vez que magistrado algum possui legitimidade para isso.

Mesmo que um Juiz não deva abster-se de julgar um caso concreto (cabe lembrança do princípio da ampla tutela jurisdicional), existe uma grande diferença entre produzir uma

decisão de teor político, ou, de políticas públicas, quando o Órgão responsável omite-se, mas baseando-se na lei, do que dar uma interpretação nova em lei vigente, ordenando que a norma diz isso, quando o seu texto ordena aquilo. Isso será objeto de discussão no próximo tópico, ao ser tratada a diferença entre a judicialização e o ativismo judicial.

3.2 Ativismo Judicial x Judicialização - parâmetros de diferença e aplicação entre eles-

Quando se discute sobre o posicionamento do Poder Judiciário em dar respostas ativistas ou restritivas acerca de determinadas situações, esquece-se, porém, de que magistrados e cortes não distribuem sentenças de ofício, mas que são provocados por grupos, pessoas, órgãos da Administração e membros do Legislativo que buscam respostas para conflitos de caráter político.

Nesse embaraço, onde acaba sobrando (sic) para o Judiciário resolver questões de caráter político é que nascem dois fenômenos, a judicialização e o ativismo judicial. Embora tenham grande grau de semelhança e estejam permanentemente interligados, são dois acontecimentos distintos, e é essa distinção que buscaremos alcançar no decorrer do presente tópico.

Novamente, em uma breve caracterização do ativismo judicial, pode-se dizer que ele se trata de uma “participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes” (BARROSO, 2008, p. 06). É possível dizer que os juízes deixam de serem intérpretes do texto da lei, seja ele com conteúdo aberto ou mais fechado, e passam a serem os próprios criadores da norma, através da principiologia (NETO, 2014, p. 03).

Ainda, definindo ativismo, observa-se a lição de Eival da Silva Ramos, que o conceitua como o:

[...] exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). Há como visto, uma sinalização claramente negativa no tocante às práticas ativistas, por importarem na desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais Poderes. Não se pode deixar de registrar mais uma vez, o qual tanto pode ter o produto da legiferação irregularmente invalidado por decisão ativista (em sede de controle de constitucionalidade), quanto o seu espaço de conformação normativa invadido por decisões excessivamente criativas (RAMOS, 2010, p. 129).

O ativismo judicial, entretanto, difere-se de outro fenômeno parecido, o da

judicialização, enquanto o ativismo judicial é um meio pelo qual a autonomia do direito se fragiliza, a judicialização é um remédio contingencial, principalmente contra a burocracia executiva (STRECK; BARRETO; OLIVEIRA, 2009, p. 07-08).

Luiz Roberto Barroso defende que o ativismo judicial se instala quando um dos outros Poderes se mostram ineficazes de cumprir com o seu objetivo, fazendo com que seja preciso uma atuação mais ativa do Poder Judiciário para garantir à sociedade a observância de seus direitos, leciona que:

[...] o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sejam atendidas de maneira efetiva (BARROSO, 2008, p.06).

A judicialização, que significa a transferência de poder para juízes e tribunais, ocorre quando algumas questões de grande repercussão social são decididas pelo Poder Judiciário e não pelo Legislativo ou o Executivo, que seriam os responsáveis. Entre os fenômenos responsáveis pela judicialização estão a redemocratização, a constitucionalização abrangente e o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade (BARROSO, 2008, p. 03-04).

Ainda para o entendimento de Barroso:

A judicialização e o ativismo são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. [...] Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo deslocamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais estejam atendidas de maneira efetiva (BARROSO, 2008, p. 06).

Antes de se falar sobre as diferenças, cabe a ressalva de que ativismo e judicialização, embora distintas, são “primas” e possuem grande conexão. Pode-se colocar que a judicialização trata de quando grandes demandas políticas ou sociais são demandadas para o Judiciário a fim de que se tenha uma decisão sobre o caso concreto. Já o ativismo refere-se ao comportamento do juiz ou Tribunal em aceitar tal demanda, dizendo o que fazer, qual é a resposta correta para o caso, e assim, dando interpretação mais abrangente para uma norma específica, qual possa ajudar a “legislar” tal assunto (CAMPOS, 2015, p. 187).

Ainda sobre a judicialização da política, ela pode ser definida como um processo

duplo, onde de um lado haverá a participação cada dia maior do Poder Judiciário em decisões políticas que seriam ou são de responsabilidade de outra parte do governo e por outro lado, o fato de que “fóruns decisórios não judiciais” (processos administrativos, por exemplo) passam a ser dominados por normas que regem os procedimentos judiciais. Para o estudo, interessa o primeiro processo da judicialização, já que o segundo ainda não ocorre de forma tão acentuada no Brasil (ARGULHES, 2015, p. 232)

Pode-se dizer que a judicialização não se trata de uma escolha do magistrado ou da corte judicial, quer, diga-se, nesse fenômeno os juízes não saem adentrando na esfera de Poder Legislativo e (ou) Executivo por deliberação própria, mas são provocados pela sociedade ou pelos próprios membros do parlamento ou da administração para que possam decidir sobre conflitos ocorrentes na vida política social, assim ocorrendo, nasce a oportunidade, através da judicialização para que surja a prática do ativismo judicial (CAMPOS, 2015, p. 187).

Sobre a realização do ativismo judicial através da judicialização, afirma Carlos Alexandre de Azevedo Campos que:

“Esse fenômeno cria uma estrutura de oportunidade para que as cortes avancem seu poder político-normativo, isto é, pratiquem ativismo judicial. É nesse sentido que se pode dizer ter o ativismo judicial na judicialização da política a oportunidade adequada para desenvolvimento” (CAMPOS, 2015, p. 187).

O ativismo e também a autocontenção referem-se à atitude do magistrado frente ao processo, ou seja, quando existir a judicialização da política e o juiz for provocado para dar uma resposta, ele poderá optar ou não por expandir o seu poder, dando resolução a demanda. Assim, poderá ou não realizar atos ativistas. Dessa forma, acabam por aparecer preferências do juiz, que como ser humano não possuirá (e nem conseguirá) ter total imparcialidade frente ao caso (ARGULHES, 2015, p. 233).

Fica evidente, que o magistrado não praticará o ativismo judicial através de suas “preferências substanciais” ou “de primeira ordem”, que referem-se acerca de sua concordância ou discordância sobre as decisões políticas sendo tomadas, mas sim, irá realizar atos ativistas por suas “preferências funcionais” ou “de segunda ordem”, as quais tratam se os juízes estarão ou não dispostos a participar das decisões que envolvam políticas públicas (ARGULHES, 2015, p. 233).

Não obste apenas destingir os fenômenos da judicialização da política e do ativismo judicial, quando, na realidade, a própria judicialização confunde-se com outro acontecimento

comum no cenário nacional, a chamada politização da justiça.

A judicialização, como anteriormente já definida, é quando magistrados acabam por resolver, por meio de sentença judicial, o que seria responsabilidade de escolhas políticas. Enquanto isso, a politização da justiça refere-se a quando o Judiciário é transformado em um disfarce para que grupos (sociais, políticos e até mesmo de magistrados) possam avançar, atrasar ou retirar assuntos e decisões que seriam de caráter político, sem que essas passassem por análise decisória Executiva ou por processo Legislativo (MENDONÇA, 2015, p. 165).

Para entender-se melhor sobre a politização da justiça, expõem Mendonça que:

O segundo risco de politização da justiça, por sua vez, é muito mais complexo e se relaciona com a própria substância das decisões. Aqui, o que se discute é a necessidade de evitar que o processo judicial se transforme em fachada para invasões deliberadas ao domínio das escolhas políticas. Como referido, esses transbordamentos tendem a ser estimulados pelos próprios agentes políticos e pela sociedade, que recorrem à jurisdição para buscar a prevalência dos seus interesses ou ponto de vista. Sem excessivas idealizações, essa ferramenta encontra-se à disposição tanto de ricos quanto de pobres: desde as empresas que pretendam avançar determinada agenda econômica, diferente ou mais agressiva do que aquela favorecida pelos Poderes Executivo e Legislativo, até segmentos marginalizados, que dificilmente teriam acesso satisfatório aos agentes eleitos, mas podem inserir suas pretensões no debate público a partir da arena judicial (MENDONÇA, 2015, p. 168).

Visto isso, volta-se para discussão principal, onde evidencia-se a diferença entre judicialização e ativismo, enquanto um trata da transferência de decisões políticas para o campo judiciário, o outro irá tratar do posicionamento da corte ou magistrados perante a situação. Quando juízes optam por transgredir a fina membrana que os separam do mundo decisório político, acabam por praticar o ativismo.

Mesmo que já tenha sido estudado nesse trabalho que política e Direito estejam muito mais interligados do que separados, esse ativismo frente aos casos de judicialização das decisões políticas recebe variadas críticas, dentre as quais, pode-se citar as de Lênio Streck, Vicente De Paulo Barretto e Rafael Tomaz De Oliveira, que defendem que o ativismo não deve ser visto em dois caminhos, mas que deve-se analisá-lo de forma única, como um meio que fragiliza a democracia e o próprio Estado Democrático de Direito. Assim, eles expõem que:

Em todos estes casos, o mais correto é dizer que não há como determinar a “bondade” ou a “maldade” de um determinado *ativismo judicial*. O mais correto é dizer que questões como essa que estamos analisando não devem ser deixadas para serem resolvidas pela “vontade de poder” (*Wille Zur Macht*) do Poder Judiciário (STRECK; BARRETO; OLIVEIRA, 2009, p. 04).

E embora seja clara a ideia de fragilização do Estado Democrático de Direito é evidente que muitos casos de judicialização de demandas políticas ou sociais exijam um caráter resolutório urgente (veja-se o exemplo dos milhares de processos que tramitam nas comarcas brasileiras pleiteando medicamentos), dessa maneira, fica o Judiciário responsável por realizar uma jurisdição constitucional, visando dar resposta e assim não deixar que pessoas tenham direitos fundamentais (direito a vida e saúde, vide exemplo acima) negados pelo Estado.

De forma que se compreenda que a crítica aqui trabalhada é frente ao ativismo deliberado de magistrados, na ânsia de expandir o poder judicial através da interpretação extensiva da norma, pode-se citar:

O risco que exsurge desse tipo de ação é que uma intervenção desta monta do Poder Judiciário no seio da sociedade produz graves efeitos colaterais. Quer dizer: há problemas que simplesmente não podem ser resolvidos pela via de uma ideia errônea de ativismo judicial. O Judiciário não pode substituir o legislador (não esqueçamos, aqui, a diferença entre ativismo e judicialização: o primeiro, fragilizador da autonomia do direito; o segundo, contingencial) (STRECK; BARRETTO; OLIVEIRA 2009, p. 07-08).

É clara a diferenciação de ativismo, judicialização e politização, mas, o que fica ainda mais evidenciado é a interligação que todos os fenômenos possuem. Quando a partir da judicialização da políticas públicas e/ou da politização da política o Judiciário acaba encurralado a dar uma resposta para aquilo que não seria sua responsabilidade, abre-se um leque funcional de ações. Assim, apresentam-se as possibilidades da realização de decisões ativistas ou de autocontenção judicial, discutindo-se, qual das opções seriam a correta para cada fato.

Dessa maneira, é imprescindível que haja uma análise além caso prático, mas hermenêutica/filosófica, apontando até onde pode-se ter uma interpretação extensiva da norma, evitando que se acabe por “inventar” uma nova norma através de um texto existente ou da principiologia (o famoso ativismo judicial), usando da desculpa que se deve, de toda forma, buscar a resposta correta para o fato jurídico, mesmo que não se tenha previsão legal para a situação fática. Essa discussão será trata a seguir, onde poderá se entender acerca do real sentido da norma e da “busca pela verdade”.

3.3 Até onde o Judiciário pode ir? O problema hermenêutico de interpretação e aplicação da Lei e a eterna busca pelo “correto sentido da norma”

Ao propor ser o responsável para interpretar a Constituição, o magistrado coloca-se a caminhar em uma tênue corda sobre um precipício, carregando uma balança de dois pesos em seus braços. Quando ele se autocontém de maneira radical, a balançar irá pender para um lado, se for ativista, penderá para o outro. Das duas maneiras, ele estará condenado. Ao encerrar a lei de frente, não deve o Juiz dedicar-se em achar um sentido para tal, mas apenas aplica-la, buscando entender o que explicam as palavras que a formam, e nada mais que isso. É buscando essa situação de equilíbrio e discussão hermenêutica que se seguirá com o trabalho.

A complexidade social abordada anteriormente não culmina em um todo na falta de dispositivo legal para a resolução dos conflitos atuais. Na verdade, a maioria dos casos onde existem indagação acerca de conflagração social já são atendidos (e resolvidos) pelo Direito. O que acontece, é que, o modelo jurídico utilizado no Brasil continua a ser direcionado para a resolução de conflitos individuais, contrariando a modernidade em uma sociedade onde vertem conflitos transindividuais de todos os lados (STRECK, 2014, p. 46).

Apresenta-se então no cenário jurídico nacional a discussão acerca da posição dos juízes na aplicação da norma. Não é raro se ouvir debates sobre as posições adotadas pelos magistrandos quando interpretam a lei e dão resolução ao conflito julgado. As posições em questão remetem-se a duas: dos juízes apegados a letra fria da lei e dos juízes que julgam conforme os princípios que estariam escondidos por trás do texto normativo. Assim, surge a indagação “cumprir a princípios significa descumprir a lei? Cumprir a lei significa descumprir os princípios? [...]” (STRECK, 2014, p. 49)

Com certeza, os magistrados destinados a “cumprir a letra da lei” não estão errados. Como visto no primeiro capítulo, foram muitas lutas para se alcançar a democracia e leis mais democráticas, o mínimo a se fazer é respeitar o texto dessas leis. Se o texto da lei for aprovado e estiver de acordo com a Constituição, é obrigação segui-la. E não se pode falar sobre positivismo, seguir a lei democrática nada tem a ver com as formas de positivismo antigo, onde a moral era separada na norma. Agora, no Estado Democrático de Direito, entretanto, a moral é cooriginária da norma (STRECK, 2014, p. 49-50).

Para entender-se melhor acerca da diferença do positivismo antigo e da interpretação *stricto sensu* no Estado Democrático de Direito, pode-se fazer analogia aos positivistas lógicos, iniciado no Círculo de Viena, na década de 1920. Assim, pela ideia defendem os

membros da corrente que:

O conhecimento pode ser obscurecido por certas perplexidades de natureza estritamente linguística. Desse modo, reduzindo a filosofia à epistemologia, e esta à semiótica, afirmam que a missão mais importante da filosofia deve realizar-se à margem das especulações metafísicas, numa busca de questionamentos estritamente linguísticos (STRECK, 2014, p. 241).

Dessa maneira, percebe-se a ideia de que o rigor passa a ser paradigma científico, onde sem o rigor linguístico não irá existir ciência, Streck contempla que “fazer ciência é traduzir numa linguagem rigorosa os dados do mundo, isto é, elaborar uma linguagem mais rigorosa do que a linguagem natural”. Linguagem que no Direito fica exteriorizada pela lei, a qual deve ser cumprida em seu sentido real (STRECK, 2014, p. 241).

Quando busca-se respostas para as situações jurídicas cotidianas, deve-se observar que as procuras alvejadas são aquelas consideradas hermeneuticamente corretas. Em outras palavras, não pode-se buscar apenas as respostas, mas sim buscar aquela considerada verdadeira para o caso concreto. Por esse raciocínio, percebe-se a ideia de que quem interpretará a lei (diga-se os juízes) não poderá dar a ela sentido ou aplicação diferente do que ela realmente trata, colocando-se no lugar do legislador (STRECK, 2011, 335-336).

Dessa maneira, não poderia um juiz ler o texto da lei e dar a ele uma interpretação ou aplicação diversa da qual o próprio refere-se. Admitir que isso seja permitido é concluir que texto e norma estão separados, e que dessa forma, poderá ser retirado do texto um sentido oculto para a aplicação da norma, o que não é função do intérprete. Na verdade, texto e norma não estão separados ou isolados, mas sim complementam-se e atuam conjuntamente (STRECK, 2011, p. 337).

Seguindo a explicação da tese, Lenio Streck explana que:

Texto e norma são diferentes em face da diferença ontológica – e esta é talvez a diferença fundamental entre o que sustento e outras concepções hermenêuticas –, porque o texto só será compreendido na sua norma, e a norma só será compreendida a partir do seu texto. E não há textos “sem coisas” (STRECK, 2011, p. 337)

Além da evidenciada crise política e representativa já tanto mencionada, a própria lei (e o Direito como um todo) passam por um grande momento de penumbra interpretativa, a qual Lenio Streck chama de “crise de paradigma do Direito e da dogmática jurídica”, que atinge todas instâncias que lutam no *front* judicial. Embora as instituições judiciárias consigam apresentar resultados aos problemas rotineiros, sendo de forma mais ou menos efetiva, a crise referida acontece quando surgem questões que envolvam direitos

transindividuais ou macrossociais e que apelam para uma interpretação das normas constitucionais e programáticas (STRECK, 2014, p. 115).

Essa interpretação resume-se em uma despista decorrente do “senso comum teórico dos juristas”, o que acaba por tornar o texto normativo constitucional “inócuo/ineficaz” perante as questões discutidas no parágrafo acima (STRECK, 2014, p. 115).

A crise no Direito e sua problemática ficam ainda mais visíveis nesse “senso comum teórico dos juristas”, porque os trabalhos realizados (obras doutrinárias, sentenças, peças de processos e etc.) apelam para o simples, realizando atos de junção de texto de lei com uma interpretação hermenêutica equivocada. Tudo em busca do “correto sentido da norma” (STRECK, 2014, p. 118).

Como se usa da hermenêutica nesse estudo, é importante conseguir fazer uma breve explicação sobre seu significado. Quando se remete ao seu estudo, logo aponta à mente sua definição tradicional, de que essa significa ser a “teoria ou arte da interpretação e compreensão de textos”, onde buscar-se-á métodos para interpretar e compreender de forma correta os mais diversos tipos de textos, sendo que existem três campos de conhecimentos principais para o estudo hermenêutico, sendo esses “a) a Filosofia; b) a Teologia; c) o Direito” (STRECK, 2014, p. 262).

Por óbvio, é evidente que para esse estudo interessa o estudo hermenêutico no campo do Direito, principalmente quando é discutida a atitude interpretativa de magistrados na interpretação do texto da norma, no momento de sua aplicação. O texto acaba por ser a representação linguística da norma, e a norma, será, segundo Streck, “[...] o resultado da interpretação de um texto, quero dizer que estou falando do sentido que esse texto vem a assumir no processo compreensivo. A norma de que falo é o sentido do ser do ente (texto)” (STRECK, 2014, p. 312).

Observa-se que, quando magistrados decidem acerca de determinado fato, logo surge a discussão sobre a resposta dada pelo Judiciário ao acontecimento, indagando – o se realmente foi dada a solução correta ao caso. Assim, mais uma vez, fica o Judiciário preso em uma discussão hermenêutica, ora, como se pode dizer que realmente foi dada a resposta correta? E o que é o correto? Como Cortes podem usar da desculpa de um Judiciário “dono” da verdade para definir sobre o que (não) fazer ou sobre o que (não) é certo, mesmo que não seja isso sua responsabilidade? (STRECK, 2011, p. 345)

Dessa maneira, Lenio Streck afirma que, embora seja na filosofia que o debate sobre a verdade ganha destaque, o tema adentra também a área do Direito (é claro que Direito e Filosofia se interligam, mas aqui se fala especialmente do foco de estudo), assim lesionando

que:

Se a filosofia debate essa problemática desde a aurora da civilização, sendo, pois, o locus privilegiado da discussão da verdade, o direito parece ser o outro locus envolvido na busca das condições de possibilidade para aferir “quando o que se diz sobre um a coisa é verdadeiro ou falso” (observe-se: a partir da teoria de base aqui adotada, trata-se de discutir sobre aquilo que se diz sobre algo; a questão estará em discutir esse “algo como algo”, e não o “em si” ou apenas “o enuncia do assertórico”) (STRECK, 2011, p. 346).

Embora existam variadas teorias filosóficas acerca da discussão “do que é verdade” e “o que é a verdade”, elas não serão aqui tratadas para não desviar o foco do estudo. Mas, irá se limitar a discussão no que trata a hermenêutica. O destaque na discussão hermenêutica sobre o tema, é que ele não se trata de um problema teórico, porque na hermenêutica, teoria e prática não se separam, mas coincidem e se juntam para aplicação no mundo (STRECK, 2011, p. 347).

Assim, observando-se a lei, pode se afirmar que existem condutas corretas e condutas incorretas. Assim, para saber qual será o Direito aplicado (o que se pode chamar de resposta correta dada pelo Estado), pode-se observar uma teoria, na qual “[...]diante da especificidade do direito, em que cada texto jurídico deve estar conformado a um outro que lhe é superior (a Constituição), uma interpretação será constitucional (portanto, correta) e outra, inconstitucional (por tanto, incorreta)” (STRECK, 2011, p. 347).

Veja-se, a resposta correta no mundo jurídico está então, interligada à Constituição. E quando se fala de Constituição, refere-se à Constituição formada nos moldes do Estado Democrático de Direito, observando as conquistas sociais pós-guerra e toda carga ética e moral (principalmente a tentativa da concretização dos direitos inerentes ao ser humano) (STRECK, 2011, p. 348)

Melhor compreendendo o papel da Constituição, explica Streck que:

No plano da hermenêutica, a integridade equivale ao respeito à tradição (autêntica/legítima), circunstância que, no direito, assume especial especificidade: se queremos dizer algo sobre um texto (que nunca é algo em abstrato, um mero conceito, uma pauta geral ou qualquer enunciado linguístico), temos de deixar que este nos diga algo (pense na jurisprudência, na doutrina, enfim, no modo de explicitação ôntico- proposicional das diversas manifestações do direito). E esse texto estará dependente de um fundamento de validade, que é a Constituição, fruto de um “contrato” pelo qual, para usar as palavras de Ost, fizemos promessas a nós mesmos (STRECK, 2011, p. 350).

Como destacado, a “resposta correta” parte de uma “resposta constitucional”, a própria aplicabilidade da Constituição no caso jurídico configura-se em aplicação hermenêutica, veja-se, é ela o ponto de partida e de chegada de todo ordenamento jurídico, sendo que, toda resposta que o Judiciário dará, partirá da interpretação constitucional em cima de lei esparsa e na decisão que a aplicará no fato-litígio (STRECK, 2011, p. 350).

O mais impressionante de toda exposição fática, sobre a discussão acerca da busca da “resposta correta” e da exteriorização do real sentido da norma pela linguística, é que, muitas vezes Juízes ultrapassam as linhas do pensamento interpretativo, criando normas através de seu raciocínio, com a ideia de estarem dando a real solução para conflitos sociais ou até mesmo individuais.

Se a sociedade tanto lutou para conseguir ao patamar de ter um Estado Democrático de Direito, o mínimo que se espera de um jurista é que ele confie nas leis vigentes, e, principalmente na Constituição. Existem fatos no mundo ainda não legislados? Então que se discuta e se dê solução para tais no lugar certo, que seja criado um texto de lei para expor a norma, e não se tenha um Judiciário legislador, usando os preceitos da principiologia constitucional. E um Judiciário ativista tornou-se comum, tanto é, que se poderá ver no próximo capítulo decisões práticas do STF, onde claramente Magistrados tornam-se parlamentares, e através de decisão judicial legislam acerca de determinado tema.

4. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ENTRE A POLÍTICA, O DIREITO E A DEMOCRACIA

Com a crescente onda da modernidade, típica do século XXI, o Direito, cada vez mais, reserva para si um papel político e garantidor em situações cotidianas. A democracia brasileira, extremamente fragilizada pelo período de Ditadura Militar (1964 – 1985), ainda caminha a passos de recém-nascida na busca da real concretização de direitos fundamentais. Com uma Constituição considerada jovem, é comum o surgimento de situações junto ao Supremo Tribunal Federal que causam fervorosas discussões jurídicas e políticas, culminando à questão: a Corte possui papel político e democrático, ou deve abster-se à Lei e às resoluções Jurídicas? No que segue, ficará evidenciado qual o papel democrático do STF na análise prática de casos de ativismo e até o tamanho do prejuízo que isso causa ao Estado Democrático de Direito.

4.1 O papel institucional do Supremo Tribunal Federal e a opinião pública. Os problemas na dificuldade contramajoritária

A sempre justificativa do Supremo Tribunal Federal frente aos casos em que adentra na esfera de atuação política, é de que direitos estariam ameaçados ou não protegidos. Com o intuito de se autonegar como um órgão representativo, acaba por seguir a ideia de que é necessário instaurar um pensamento além daquele contramajoritário, para, assim, poder defender as minorias sociais e garantir seus reais direitos. O debate acerca de tal posicionamento encontra amparo na legitimidade do judiciário para poder decidir sobre essas garantias, em outras palavras, criar jurisprudência que tomará o lugar da lei. Sobre isso, prosseguirá o debate a seguir.

Se o STF possui força de poder político para prolatar decisões de responsabilidade democrática, é porque encontra amparo no fato de ser reconhecidamente o responsável pela proteção dos grupos minoritários frente ao que decide a maioria. Assim, garante para eles, direitos e proteções, independentemente da existência de influência externa ou de opiniões públicas contrárias (NOVELINO, 2015, p. 245).

A tensão entre o processo político majoritário e a interpretação constitucional realizada pelo Judiciário, ocorre quando Cortes invalidam decisões dos demais Poderes, ou atuam na omissão desses frente as suas obrigações. Diante dessa situação, entra-se no debate acerca dos fenômenos jurídicos, como o ativismo e autocontenção judicial, soberania popular e a

dificuldade contramajoritária, essa última, a que ganhará uma atenção especial neste momento (BARROSO, 2013, p. 306).

Para se analisar a questão da legitimidade democrática do Poder Judiciário, deve ser observada a chamada dificuldade contramajoritária. Tanto o Poder Executivo, como o Legislativo, possui seus membros eleitos através do voto popular, e, dessa maneira, legitimados para defender a vontade dos seus eleitores. Entretanto, o Judiciário passa por critério diferente, em que seus membros são escolhidos por critérios técnicos, e não pela vontade popular. Dessa forma, apresenta-se o questionamento de onde estaria o fundamento para que o Judiciário pudesse adentrar e modificar decisões políticas providas dos Poderes com legitimidade política (BARROSO, 2013, p. 309).

Sendo assim, a Constituição deve amparar dois grandes papéis. O primeiro, é garantir que aconteça o jogo democrático através das eleições, proporcionando uma participação popular na política mais ampla, e garantir, também, que exista o governo da maioria. O segundo papel é o que servirá de amparo para a ideia contramajoritária desenvolvida pelas Cortes, nele está constituído o fato de que “a democracia não se resume ao princípio majoritário”, mas que a Constituição deve proteger direitos fundamentais inerentes ao ser humano, mesmo que tais garantias vão contra a vontade da maioria (BARROSO, 2013, p. 309).

Apesar do papel contramajoritário, deve-se observar o equilíbrio entre o resguardo de direitos e o ativismo exagerado do Judiciário. Permitir que uma Corte produza normas através de suas decisões, é remeter-se ao common law, modelo não adotado no cenário jurídico brasileiro, que possui como norte o civil law. O que é importante entender, para analisar o motivo da caminhada brasileira para a common law, é que aqui a decisão judicial pode ser caracterizada através de duas teorias, a declaratória, que apenas irá declarar o direito no caso concreto, e a constitutiva, que, em palavras gerais, o juiz poderia criar o direito (MARINONI, 2011, p. 24-25). Através da análise, fica destacado que “o juiz do common law, por criar o direito, realiza uma função absolutamente diversa daquela do seu colega do civil law” (MARINONI, 2011, p. 27).

É nítido que o sistema jurídico brasileiro se aproxima cada vez mais de um modelo common law, quando se detém em analisar o modelo interpretativo constitucional acerca das normas jurídicas. O Judiciário acaba lidando com o Direito de forma típica dos sistemas common law, raciocinando a partir “dos fatos, indutivamente, e não a partir da norma, dedutivamente” (BARROSO, 2013, p. 332).

No entanto, o Brasil adotou para si o civil law, e quando acontece casos comuns do

common law, é porque está acontecendo expansão do Judiciário. É evidente que o STF ganhou da Assembleia Constituinte um amontoado poderes para facilitar sua participação cada vez maior na vida política nacional. Entretanto, o problema se encontra na forma como a Corte resolve participar das decisões políticas, sendo que, é conhecido que nas primeiras décadas da redemocratização, embora já possuidor de tais poderes, o Supremo os usou para retrair-se e abster-se de efetiva participação política. O motivo dessa distinção, pode ser observado por vários fatores, um deles, e talvez o principal, pode ser a influência da opinião pública sobre o plenário da Corte (ARGULHES, 2015, p. 213).

Destarte, evidencia-se que ao chamar para si tanta responsabilidade, a Suprema Corte acaba ficando exposta à mídia e atraindo os olhares de milhões de brasileiros e suas opiniões. Desse modo, passa-se a analisar a opinião pública sobre as cortes, mais precisamente, o STF, que pode ser observada de duas maneiras distintas. A primeira é considerada em “termos normativos”, que irá preocupar-se com a legitimidade da voz do povo sobre decisões proferidas nas tribunas do Judiciário, principalmente graças ao papel contramajoritário que deve exalar dos magistrados (NOVELINO, 2015, p. 245). A partir dessa ideia, se levantará os questionamentos de até onde magistrados devem estar atentos à opinião pública, e se podem se deixar influenciar por ela; Se ao se sensibilizarem, fortalecerão o regime democrático ou se estarão realizando uma atividade não consistente com o papel de um Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito e entre outras questões (NOVELINO, 2015, p. 245).

Na segunda análise, acerca da influência pública no Supremo Tribunal Federal, poderá ser considerado o “ponto de vista descritivo”, ou seja, observar-se-á a real influência existente nas decisões jurídicas do Tribunal. Para tanto, analisa-se o motivo que faria o STF se preocupar com possíveis opiniões públicas que gerariam suas decisões e se elas poderiam influenciar o comportamento dos Ministros (NOVELINO, 2015, p. 245).

Dessa maneira, remete-se a análise do querer/poder do STF, o desenho institucional, que forma a Suprema Corte, é considerado como uma “variável exógena”. O que significa dizer que, se os Ministros quiserem exercer um maior poder ou realizar ativismo, o desenho institucional do STF permite. Da mesma maneira, o desenho institucional permitirá que os Ministros consigam se “proteger do seu próprio poder, restringindo-o” e, dessa maneira, exercendo uma autocontenção judicial (ARGULHES, 2015, p. 215).

Para entender-se melhor sobre o ensinamento de Argulhes, cite-se:

É preciso levar em conta se e como as preferências dos Ministros do STF sobre como exercer o poder de que dispõem - e inclusive sobre de quanto poder deviriam dispor – interagem com as já mencionadas variáveis exógenas para explicar a

intensificação do processo de judicialização dos anos 90 para cá. Se aceitamos que o desenho institucional – os poderes de que o tribunal dispõe em um dado momento – condiciona o efeito de variáveis como as expectativas sociais e as estratégias de atores políticos, é preciso considerar a possibilidade de uma dada composição do tribunal transformar, de maneira duradora, os seus próprios poderes. Longe de serem vítimas, espectadores ou simples convidados, os Ministros do STF precisam ser encarados como agentes do processo de construção e transformação do poder do tribunal (ARGULHES, 2015, p.213).

Um dos grandes fatores responsáveis pela repercussão pública sobre as decisões provenientes do STF, é a exposição midiática crescente, graças as novas tecnologias e meios de comunicação. Para isso, não só a população em geral, mas também cientistas políticos e juristas, se interessam em desdobrar seus estudos acerca de como as pressões provenientes da sociedade podem interferir direta ou indiretamente nas decisões e votos dos Ministros. São crescentes os casos julgados que geram debates na sociedade, a maioria por se tratar de matéria em tese de teor legislativo, que criam ou mudam precedentes. É comum, inclusive, que pela exposição midiática, Ministros e juízes, que atendem ao clamor das ruas, tornem-se conhecidos ou até mesmo acabam por serem considerados heróis nacionais (NOVELINO, 2015, p. 250-251).

Com todo esse novo cenário social, o Supremo Tribunal Federal passa a atender e resolver problemas sociais em potencial, quando tais não possuem solução concretizada pelos demais Poderes políticos, cumulando, assim, junto ao papel contramajoritário, uma função representativa, mostrando-se como parte, também, do processo político (FUX; FRAZÃO, 2015, p.34).

Para justificar essa atuação expansiva do STF, tenta-se passar a ideia de que seria ele quem se compromete com a real garantia e aplicabilidade de direitos sociais, como pode-se observar:

No desempenho de tal atribuição, o juiz constitucional não está autorizado a impor as suas próprias convicções. Pautado pelo material jurídico relevante (normas, conceitos, precedentes), pelos princípios constitucionais e pelos valores civilizatórios, cabe-lhe interpretar o sentimento social, o espírito de seu tempo e o sentido da história. Com a dose certa de prudência e de ousadia, o conjunto expressivo de decisões referidas no presente trabalho, proferidas sob a Constituição de 1988, exibem um Supremo Tribunal Federal comprometido com a promoção dos valores republicanos, o aprofundamento democrático e o avanço social. No desempenho de tal papel, a Corte tem percorrido o caminho do meio, sem timidez nem arrogância (FUX; FRAZÃO, 2015, p. 34).

Ainda para justificar essa sua legitimação, o Supremo Tribunal Federal vem tentando criar uma doutrina apoiando-se na hermenêutica. Quando se trata da interpretação da norma, no conceito tradicional, deveria conter a prescrição que regeria o fato ou problema em

discussão. O problema, por sua vez, deveria conter todos elementos para que o intérprete pudesse relacionar a norma com o fato, ou seja, conter todos elementos fáticos para a aplicação da norma. O papel do intérprete nada mais era do que identificar qual era a norma aplicável ao caso, sem fazer nada mais que isso (BARROSO, 2013, p.331).

Com a mudança da interpretação constitucional tradicional para a contemporânea, se passa a ver a norma como não sendo completa, pois na maioria dos casos, apresenta um início de conclusão, entretanto, sem apresentar elementos suficientes para determinar seu sentido (BARROSO, 2013, p.331). Dessa maneira, contrariando o pensamento de Streck visto no capítulo anterior, Barroso atenta para a diferenciação de texto/norma da seguinte forma:

[...] vem conquistando crescente adesão na ciência jurídica a tese de que a norma não se confunde com o enunciado normativo – que corresponde ao texto de um ou mais dispositivos -, sendo, na verdade, o produto da interação texto/realidade. Nessa visão, não existe norma em abstrato, mas somente norma concretizada. Nesse cenário, o problema deixa de ser apenas o conjunto de fatos sobre o qual irá incidir a norma, para se transformar no fornecedor de parte dos elementos que irão produzir o Direito (BARROSO, 2013, p, 331 - 332).

Nota-se que a opinião pública, em geral, possui sim influência nas decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal. A forma pela qual a influência externa adentra pelos plenários das Cortes, deve ser observada e denunciada, para que o Judiciário possa manter sua imparcialidade na tomada de decisões. Embora já sendo investido do poder contramajoritário, os Tribunais Superiores possuem formas de expandir seu poder, graças ao modelo institucional que os desenham, podendo fazer conforme a vontade de seus Juízes. Por esse motivo crescem os casos em que o ativismo judicial é escancarado no Judiciário, em que magistrados buscam cada vez mais abraçar-se em critérios hermenêuticos incoerentes e em interpretações não correspondentes ao real texto da norma, que, por vezes, até os contrariam. Assim, se direciona agora para o estudo de alguns exemplos práticos, em que, pode-se dizer, o STF diz o que é o Direito, conforme sua vontade.

4.2 O Habeas Corpus 152.752/2018. O ativismo judicial e o fim da presunção de inocência constitucional. O eco das ruas pode influenciar o plenário da Suprema Corte?

Tendo o conhecimento que os Ministros do Supremo Tribunal Federal possuem, graças ao desenho institucional do Tribunal, as chamadas variáveis exógenas para escolher em exercer o poder ou retrai-lo, é possível visualizar claramente quando existe a mudança de entendimento da Suprema Corte sobre determinados assuntos. As litigâncias jurídicas

discutidas em plenário, ou nas turmas, em boa parte das vezes, atendem ao clamor das ruas, carregando em si uma grande carga de influência da opinião pública sobre as decisões prolatadas. Dessa maneira buscar-se-á algumas decisões que demonstram essas afirmações, em que será observado como a Constituição pode sofrer riscos quando um Tribunal Superior se deixa levar pela voz das ruas.

Em especial, far-se-á uma análise da mudança do entendimento do STF acerca do princípio da presunção de inocência. A primeira vez que a Corte decidiu ir contra o princípio constitucional do artigo 5º, LVII³ foi no julgamento das Ações Diretas de Constitucionalidade nº 43 e 44. Embora o Relator da ADC nº 44, Ministro Marco Aurélio, ter entendido pela constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal⁴, sendo abrangido pelo já mencionado artigo 5º, LVII, da Constituição Federal, já no primeiro voto, o Ministro Edson Fachin afirmou a mudança de entendimento que viria a acontecer no plenário do Tribunal, sendo seguido pela maioria dos demais Ministros, alegando em seu voto que:

Com a devida vênia de quem eventualmente conceba de forma diversa, considero haver um agigantamento dos afazeres deste Supremo Tribunal Federal que decorre da própria forma como esta Corte interpreta determinadas regras constitucionais. Não faço aqui apologia daquilo que se costuma denominar de jurisprudência defensiva. Quero, todavia, dizer que, dentro daquele espaço que a Constituição outorga ao intérprete uma margem de conformação que não extrapola os limites da moldura textual, as melhores alternativas hermenêuticas quiçá são, em princípio, as que conduzem a reservar a esta Suprema Corte 9 Cópia ADC 44 / DF primordialmente a tutela da ordem jurídica constitucional, em detrimento de uma inalcançável missão de solver casos concretos. Por essa razão, interpreto a regra do art. 5º, LVII, da Constituição da República, segundo a qual “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, entendendo necessário concebê-la em conexão a outros princípios e regras constitucionais que, levados em consideração com igual ênfase, não permitem a conclusão segundo a qual apenas após esgotadas as instâncias extraordinárias é que se pode iniciar a execução da pena privativa de liberdade (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, p. 9-10).

Na decisão das mencionadas ADC, evidenciou-se o julgamento político como uma argumentação ativista, em que é mostrado que o STF ignorou o Direito Penal como esse foi dirigido e votado através do Legislativo, em vez disso, optou por dizer o que é o Direito Penal, e não o seguir como realmente é (STRECK, 2016, P. 03).

³ Artigo 5º, LVII, da Constituição Federal: ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

⁴ Artigo 283 do Código de Processo Penal: Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

Para compreender mais sobre o perigo de uma Corte praticar política em suas decisões, dizer isso seria filiar-se na teoria do judicialismo constitucional e afirmar que a democracia realizada nos órgãos representativos não segue a lógica constitucional, e nem com base no Direito. Se for seguida tal ideia, as chances da ocorrência de uma ditadura judicial vão se tornando real. Assim, é importante a compreensão de que os Tribunais são “espaços assépticos”, em que a política e as ideologias devem ficar de lado, assim como as articulações e desejos políticos e de poder (NETO; SARMENTO, 2015, p.112).

Embora importante para introduzir o debate acerca do fim da presunção de inocência, não será aprofundada as decisões acerca das ADCs nº 43 e 44, mas serão analisados alguns votos dos Ministros no HC 152.752/2018, referente ao ex-presidente Luís Inácio Lula da Silva, que buscava evitar sua prisão antes do trânsito em julgado da decisão de segunda instância. É aqui que ficará declarado ainda mais o ativismo e os perigos escondidos atrás da interpretação constitucional. Veja, por exemplo, a Ministra Rosa Weber, em seu voto decisivo colocou:

Senhora Presidente, enfrente este habeas corpus nos exatos termos como fiz todos os outros que desde 2016 me foram submetidos, reafirmando que o tema de fundo, para quem pensa como eu, há de ser sim revisitado no exercício do controle abstrato de constitucionalidade, vale dizer, nas ADCs da relatoria do Min. Marco Aurélio, em que esta Suprema Corte, em atenção ao princípio da segurança jurídica, em prol da sociedade brasileira, há de expressar, como voz coletiva, enquanto guardião da Constituição, se o caso, outra leitura do art. 5º, LVII, da Lei Fundamental. Tal preceito, com clareza meridiana, consagra o princípio da presunção de inocência, ninguém o nega, situadas no seu termo final – o momento do trânsito em julgado – sentido e alcance, pontos de candentes divergências, as disputas hermenêuticas (Brasil, Supremo Tribunal Federal, 2018, p. 26).

Para o Ministro Edson Fachin, não apresenta ilegalidade ou abuso de poder por parte do Tribunal entender o cabimento da prisão após julgamento em segunda instância, uma vez que, a decisão em tela, referente ao Habeas Corpus do ex-presidente Lula, foi proferida conforme a Jurisprudência atual da Corte (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2018, p. 05).

De outro lado, embora vencido em seu voto, o Ministro Ricardo Lewandowski lecionou uma verdadeira aula sobre o tema. Apesar da rigidez, as Constituições não podem permanecer enraizadas sob pilares positivistas, mas deve se adaptar às transformações sociais, por tal, é admitida a mutação constitucional. Em qualquer modo, a mutação jamais poderá atacar ou extinguir os valores básicos contidos na Constituição. Todos os valores básicos são cláusulas pétreas, e entre eles estão os direitos e garantias individuais, sendo que a presunção de inocência é uma das cláusulas. Nem mesmo o Parlamento através do poder constituinte

derivado pode modificar ou extinguir cláusulas pétreas, assim, menos aceitável ainda seria que Juízes o fizessem (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2018, p. 04).

Sobre a lição de Lewandowski, o mesmo conclui que:

Com maior razão não é dado aos juízes fazê-lo por meio da estreita via da interpretação, pois esbarrariam nos intransponíveis obstáculos das cláusulas pétreas, verdadeiros pilares de nossas instituições republicanas, revelando, ademais, com a devida vênua, inaceitável despreço pelos cânones que regem o Estado Democrático de Direito (Brasil, Supremo Tribunal Federal, 2018, p.04).

Insta dizer sobre o assunto, que não é possível classificar a Constituição como uma jazida de ouro para interpretações. Constituição é classificada como direito público. É “direito público por excelência”, é norma, e como norma, deve ser respeitada. Não existe garantismo exagerado em enxergar que chegou ao ponto em que o Judiciário ousa julgar contra cláusulas pétreas, afinal, por tudo que o país passou para se chegar ao Estado Democrático de Direito e todas garantias individuais em seu bojo, o mínimo que se espera é que juristas defendam a Constituição Federal, e não a ataquem (STRECK, 2018, p. 02).

Nesse cenário (da presunção de inocência), uma das motivações para o ataque à garantia constitucional é baseada nos números de reformas de decisões ocorridas nos Tribunais Superiores. Ou seja, poderá se perguntar se “a (in)constitucionalidade da prisão em flagrante antes do trânsito em julgado não depende da Constituição? Depende de números? Depende de argumentos consequencialistas?”. Números vistos como critério hermenêutico. Esse é o caminho para onde está caminhando a argumentação jurídica? Não se pode ler a norma e tirar do bolso um número para criticá-la, o direito não é uma ciência exata, ainda mais quando se fala de uma cláusula pétrea (STRECK, 2018, p. 02).

A propósito, no julgamento do Habeas Corpus do ex-presidente Lula, o Ministro Luís Roberto Barroso justifica parte de seu voto no fato do sistema não funcionar, alega que “cerca de 40% dos presos do país são presos provisórios. Muitos, sobretudo os pobres, já estão presos desde antes da sentença de primeira instância. São presos em flagrante e lá ficam.” De tal ponto, parte para a justificativa de que a interpretação sobre só caber a prisão em segunda instância é equivocada (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2018, p.11).

Sobre basear-se a argumentação em números, Barroso, em trecho de seu voto, coloca que:

Quando se vai verificar o percentual de recursos extraordinários acolhidos em favor dos réus, o número cai para 1,12%. Quando se vai examinar o percentual de absolvições, ele é de irrisórios 0,035% dos casos. Vale dizer: em mais de 25 mil

recursos extraordinários, houve tão somente 9 (nove) casos de absolvição. Os outros casos de provimento se referiam à substituição da pena privativa de liberdade por medida alternativa (o que é relevante, pois afeta a liberdade), mudança de regime, progressão de regime, dosimetria e prescrição. Ao tema da prescrição se voltará mais adiante (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2018, p. 17).

Haja vista, constata-se que para valer seu poder, passou a interpretar números, e não norma, dessa forma, se pode afirmar que o Direito não é uma simples teoria política de poder, e também não é aqui que um Tribunal diz o que ele é (ou pensa que é aquilo), pelo simples fato de que, cada juiz ou Ministro terá sua opinião e sua teoria. Ninguém ingressa com uma ação no Judiciário para saber a opinião de um juiz. Do mesmo modo, nenhum Ministro, quando julgando uma peça jurídica, cabe dizer o que ele pensa sobre o Direito. É justificável, basta parar e entender que “Direito é linguagem pública”, o que se busca é o que tal linguagem tem a dizer sobre determinados casos, e não o que a consciência de julgador tem (STRECK, 2018, p. 05).

É preocupante buscar saber o que cada membro do Judiciário irá pensar sobre o Direito. Todos saem de algum lugar, todos são formados, carregam cargas de estudos e, com certeza, possuem opinião. Todos esses fatores influenciam sobre o que o magistrado irá achar que é o Direito, e, não só esses, como também o som que vem das ruas, a pressão popular e as opiniões políticas em cada subconsciente, como opina Streck, “ninguém é filho de chocadeira”. O pensamento pode ser concluído pelos próprios questionamentos de Lenio sobre o Direito no cenário contextualizado, que sejam: “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, p. 02).

A indignação geral da população com a impunibilidade que assola o país não deve ser combustível para que o Judiciário comece a justificar sua interpretação jurídica em números, nem que Juízes e Ministros vistam uma capa de heróis e queiram ser os salvadores da pátria. A mudança de posição sobre a aplicabilidade da presunção de inocência é prova que os Ministros podem usar do desenho institucional do Tribunal para exercerem uma autocontenção ou ativismo, conforme suas preferências. O Direito é o que é, o que está prescrito e não a opinião particular de cada um, por isso criam-se leis positivistas, para que exista um poder maior que impeça a ocorrência de abusos por parte dos detentores do próprio poder. A extensão do poder do Judiciário não é um fenômeno isolado e dependente da política, várias foram as vezes que o ativismo ocorreu, sem nenhum sinal de alerta ser respeitado, como poderá ser visto a seguir.

4.3 As ADPF 54/DF e ADI 4.277/DF. O papel representativo do STF e os perigos para o Estado Democrático

Haja vista acerca da influência pública nas decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal, deve-se atentar para as consequências que os atos de um Judiciário legislador pode realizar no Estado Democrático de Direito. Não só ir contra princípios constitucionais, como visto no capítulo anterior, mas também criar ou modificar normas através de entendimento jurisprudencial ferrem todo processo democrático de um país. Dessa maneira, poderá se analisar decisões históricas do Tribunal Superior, onde o direito foi criado (sic), e magistrados viraram parlamentares.

Antes da análise prática, cabe, porém, uma contextualização do teatro político brasileiro pós-redemocratização. A Constituição de 1988 trouxe um leque de direitos e garantias fundamentais extremamente abrangente, sendo a maioria deles responsabilidade do Estado. Assim, se exige uma atuação positiva do Executivo para a concretização de políticas públicas (MARRAFON, 2015, p. 120).

Destarte, o Executivo passa a ter papel fundamental na elaboração de leis, fazendo uso das prerrogativas que possui para participar ativamente do processo legislativo. No jogo político, o Presidente da República usa de aliados e da base governamental para atender seus próprios projetos de governo, fazendo assim, com que, a pauta do parlamento seja dominada inteiramente pela agenda do Executivo, e para que isso ocorra sem ressalvas, por vezes é ultrapassado até mesmo as razões públicas, o que aumenta ainda mais a crise de legitimidade nacional (MARRAFON, 2015, p. 120).

Assim, não existem dúvidas acerca da crise política e representativa que assola o país, como uma nevoa densa que baixou e parece não mais levantar-se para ir embora. Entretanto, não cabe “se recorrer a bons ativismos judiciais para resolver questões que a sociedade em constante evolução acarreta e que os meios políticos de decisão (mormente o legislativo) não conseguem acompanhar” (STRECK; BARRETO; OLIVEIRA, 2009, p. 04).

Dessa forma, pode-se citar dois casos onde frente a negligência dos Poderes políticos, buscou-se amparo no “bom ativismo judicial”, sejam eles as ADPFs de nº 54 e 178 (convertida em ADI nº 4.277/DF), julgadas pelo Superior Tribunal Federal. Na ADPF nº 54, ocorreu o julgamento acerca da possibilidade de aborto de fetos anencéfalos, conforme decisão:

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal em julgar procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal, nos termos do voto do relator e por maioria, em sessão presidida pelo Ministro Cezar Peluso, na conformidade da ata do julgamento e das respectivas notas taquigráficas (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADPF:54 DF, Relator: Min. Marcos Aurélio, Data do Julgamento: 12/04/2012, Tribunal Pleno, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-080, divulgado em 29/03/2013, publicado em 30/04/2013).

A permissão para o aborto de fetos anencéfalos ocorreu por votação da maioria, para declarar a inconstitucionalidade da interpretação que a interrupção da gravidez seria conduta tipificada no Código Penal. Sendo declarada por placar de 8 votos a 2, o Ministro Ricardo Lewandowski, que foi um dos votos vencidos, na prolação de sua decisão, disciplinou em seu parecer que a interpretação conforme a Constituição é o desejável e o que se deve buscar pelo Judiciário, entretanto, deve ser vista com ressalvas, conforme pode-se estudar:

Impende ressaltar, ademais, naquilo que interessa para a presente discussão, que a técnica de interpretação conforme a Constituição, embora legítima e desejável, dentro de determinadas circunstâncias, defronta-se com duas barreiras intransponíveis, quais sejam: de um lado, não é dado ao hermeneuta afrontar a expressão literal da lei; de outro, não pode ele contrariar a vontade manifesta do legislador e, muito menos, substituir-se a ele (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2013, p. 10-11).

O próprio Ministro Lewandowski no que segue seu voto, aponta que não podem os ministros do Supremo Tribunal Federal usarem de uma justificativa hermenêutica (a interpretação conforme a Constituição) para se colocarem no lugar do legislador e assim criar normas através de suas decisões. Conclui que “Em outros termos, não é dado aos integrantes do Poder Judiciário, que carecem da unção legitimadora do voto popular, promover inovações no ordenamento normativo como se parlamentares eleitos fossem” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2013, p. 13).

Também na ADI nº 4.722 pode ser visto caso claro de ativismo judicial, como observado na ementa:

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. 2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A

PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana “norma geral negativa”, segundo a qual “o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana”: direito a autoestima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea. 3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA. O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas. 4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECEER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE “ENTIDADE FAMILIAR” E “FAMÍLIA”. A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no §3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia “entidade familiar”,

não pretendeu diferenciá-la da “família”. Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado “entidade familiar” como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se profbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese sub judice. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equiparação jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do §2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem “do regime e dos princípios por ela adotados”, verbis: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. 5. DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. Anotação de que os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata auto-aplicabilidade da Constituição. 6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA “INTERPRETAÇÃO CONFORME”). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de “interpretação conforme à Constituição”. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADI: 4.722 DF, Relator: Min. Ayres Britto, Data do Julgamento: 05/05/2011, Tribunal Pleno, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-198, divulgado em 13/10/2011, publicado em 14/10/2011)

Em favor da decisão prolata, cabe ressaltar a ideia de que não se trata de escolher (ou tentar convencer a população) que a jurisdição constitucional exercida pelo STF é a melhor escolha, mas que a mesma está sendo o melhor caminho, no momento, para exercer o papel que a própria sociedade lhe atribui, que é garantir a concretização de direitos e garantias fundamentais e a guarda da Constituição, e não utilizando seu poder para fazer valer suas próprias preferências políticas sobre a que emana dos Órgãos políticos (MENDONÇA, 2015, p. 175).

Ora, mesmo que se admita que a distinção entre direito e política exista em um plano formal, mas seus conceitos podem se relacionar, deve-se aceitar que a jurisdição constitucional é uma das formas mais importantes para a busca da concretização de ideais democráticos, e sendo assim, ela deveria cada vez mais ser aceita no próprio jogo democrático. Veja-se o caso em tela, Se não fosse pela jurisdição constitucional, e pela

interpretação conforme a Constituição, quanto tempo levaria para que pessoas do mesmo sexo pudessem ter sua relação reconhecida? (MENDONÇA, 2015, p. 175)

Entretanto, como já vem estudando-se ao decorrer do trabalho, aqui também vislumbrasse o Judiciário atuando na esfera política, criando norma a partir de uma. Não é ser contra ou a favor de direitos sociais/fundamentais (os quais vem ser regulamentados e garantidos a todos). O fato é que para isso, deve ser observado e efetuado através do meio correto, que é o processo legislativo contido em lei. Se for desrespeitado tal fato, começa-se a questionar o tipo de democracia que sequer para o país, a do povo ou a de tribunais? (STRECK; BARRETO; OLIVEIRA, 2009, p. 07).

O Estado Democrático de Direito e seus pilares fundamentais, que já foram nesse trabalho estudados, rejeitam que o Judiciário se torne o “Novo Soberano”. A atuação do Judiciário deve observar à Constituição, não buscando extrapolar possibilidades hermenêuticas, seja na dimensão do texto que produzirá efeito ou em seu contexto existencial. A linguagem deve ser respeitada na interpretação da lei, não buscando dar-se ou criar-se sentido divergente daquele subscrito na norma (MARRAFON, 2015, p. 123).

Em que tese, vislumbram-se cada vez mais os problemas causados pela crise política que passa o Brasil. Não nega-se que muitos direitos, grande maioria que geram grande discussão pública, passam longe da agenda do Parlamento e do Executivo. Entretanto, recorrer a bons ativismos judiciais é tapar o sol com uma peneira, uma hora poderá pagar-se por deixar o Judiciário ao seu livre poder. É extremamente sonhador pensar que todos direitos possam ser garantidos e legislados, que a sociedade possa enfim alcançar o seu Estado de Bem-Estar, todavia, isso deve ocorrer conforme ordena a Constituição Federal, através do processo legislativo e democrático, pois é muito mais sonhador querer que a norma constitucional seja respeitada.

5. CONCLUSÃO

O estudo buscou analisar o ativismo judicial no cenário brasileiro, tentando compreender suas causas e consequências, observando como a opinião pública pode exercer influência nas preferências de cada magistrado no momento de suas decisões. Em especial, tentou-se passar as consequências para o andamento democrático quando o Tribunal Superior usa de seu poder para adentrar nas competências políticas, e decidindo acerca de acontecimentos que deveriam ser debatidos nas esferas representativas.

Desse modo, inicialmente buscou-se compreender o Estado Democrático de Direito, começando por entender todas transformações históricas pelas quais o Estado passou, e as lutas sociais que fizeram com que se chegasse até a sua ideia atual. Do advento do Estado de Direito, que impõem que o próprio Leviatã submeta-se às leis por ele mesmo criado, até a junção dos ideais democráticos ao núcleo estatal, com a positivação de direitos e garantias fundamentais em uma Constituição Federal.

Mais do que a junção do ideal democrático ao Estado de Direito, o Estado Moderno apresenta-se como meio pelo qual a lei será o instrumento utilizado para a busca da verdadeira concretização dos direitos individuais e coletivos. Nesse cenário, percebeu-se o conflito entre democracia e política, enquanto na primeira a sociedade encontra amparo para escolher seus representantes e o andar estatal, o segundo limita a própria democracia, uma vez que tanto sociedade, tanto o Estado estão sujeitos às leis, não podendo a vontade da maioria contrariar dispositivo constitucional.

Para que o Estado Democrático de Direito pudesse melhor exercer sua função na busca de conquistas sociais, compreendeu-se que seria essencial a adoção da teoria da separação dos Poderes, onde o Poder Estatal ficaria nas mãos de três instituições, Executivo, Legislativo e Judiciário. A teoria aperfeiçoada por Montesquieu e utilizada na maioria dos Estados Democráticos tornou-se, inclusive, cláusula pétrea na Constituição Federal de 1998.

Pela ideia da utilização do método de pesos e contrapesos, vislumbrasse que enquanto Executivo e Legislativo podem determinar e vincular os atos um do outro, e que se cometerem abusos, haverá um terceiro Poder para restabelecer a ordem, nenhum Órgão pode controlar os atos exercidos pelo Poder Judiciário. Embora consagrado como princípio constitucional, a ideia de separação de poderes aparenta cada vez mais ser mero aspecto formalista, ainda mais com a constante crise política e representativa pela qual passa a sociedade, sendo cada vez mais comum Poderes atuando na esfera de competência dos demais.

Evidencia-se também que não é o princípio da Separação dos Poderes quem garantirá que uma sociedade seja democrática, podendo existir um Poder Executivo tirano que controlará os demais, ou um Legislativo sem representatividade real e até mesmo um Poder Judiciário que exorbite seu poder, e acabe por se tornar autoritário, agindo conforme suas preferências políticas, e não conforme a lei.

Destarte, deve-se atentar para que, embora com as variadas críticas sofridas, seja pela sua rigidez ou por ser considerada ultrapassada, ainda não houve quem conseguisse formular outra teoria que substitua a Separação dos Poderes na organização estatal. Assim sendo, não é porque a ideia esteja falhando em atender a demanda do Estado na concretização das realizações democráticas que ela deve ser desrespeitada e que Poderes podem interferir na competência de outros, com autoritarismo e exortação de poder, como por exemplo, nos casos de ativismo judicial.

Frente ao problema acerca da ideia da Separação dos Poderes, apresentam-se algumas teorias que podem ajudar resolver o problema entre política e democracia, com destaque para a teoria dos diálogos institucionais. Por mais que exista um conflito entre democracia e direito, esses não se encontram totalmente separados, pelo contrário, muitas vezes acabam por se comunicarem e se influenciarem.

Ao apresentarem-se casos políticos ao Poder Judiciário, inicia-se a discussão de qual Órgão seria o responsável pela interpretação constitucional, que atualmente é exclusiva do Supremo Tribunal Federal, legitimada pelo fato de proteger todas as camadas sociais da vontade majoritária, quando existir a possibilidade dessas ferir direitos fundamentais. Entretanto, reluta-se que apesar de ser extremamente importante a realização da jurisdição constitucional, não conduz com a democracia atribuir a juízes não legitimados pelo voto popular a decisão acerca atos que seriam de responsabilidade dos Órgãos representativos.

Dessa maneira, se direito e política misturam-se, seria interessante se as decisões envolvendo a interpretação constitucional resultassem de um diálogo entre o Órgão técnico e os Órgãos representativos. Assim, os diálogos institucionais concretizariam a harmonia entre os Poderes, podendo juntos, apresentarem respostas melhores e mais elaborada para as concretizações democráticas, tendo em vista que por vezes, um Poder possui melhor forma de responder certa demanda que os demais.

É possível então, imaginar que independentemente de qual for o Órgão que dará a resposta final acerca da interpretação constitucional, os demais Órgãos poderão responder à ela e questioná-la. É como se no exercício de sua função política, o Parlamento recebesse um parecer provindo da atividade jurisdicional contramajoritária, ou se na atividade judicial, o

Parlamento atuasse paralelo e conjuntamente a ela.

Destarte, a ideia dos diálogos institucionais parece utópica para o cenário político brasileiro, que se encontra em uma crise representativa sem solução imediata ou em curto prazo. Por conseguinte, o Poder Judiciário continua a exercer seu poder de ser o último a dar a palavra acerca da interpretação constitucional, fazendo com que, por vezes, prolate decisões autoritárias, que ferrem o sistema democrático e a própria ideia de Separação de Poderes.

O ativismo judicial nasce assim, nas entrelinhas hermenêuticas das decisões de Juízes, que se apoiam em um pilar interpretativo que busca encontrar sentido oculto dentro do texto da norma, assim, dando a própria norma sentido diverso daquele contido em seu texto. Entretanto, o texto é a exteriorização da norma, eles não se separam um do outro, mas são o complemento um do outro. Não pode o interprete buscar sentido oculto no texto legal, a norma deve ser aplicada como ela é.

Portanto, se a norma vem a ser o resultado da interpretação do texto, qualquer interpretação errônea pode ferir, talvez gravemente, o ordenamento jurídico e a aplicabilidade da resposta correta no mundo dos fatos. Logo, se evidência o problema que poderá causar um Judiciário ativista e autoritário, que por seu poder, aplicará a interpretação final da lei, dando a resposta correta (sic) ao fato.

E qual seria a resposta correta? Não vislumbrasse como admissível para um Estado Democrático de Direito que o único Poder que não possui legitimidade popular pode ser o dono da verdade, ou daquilo que ele chamará de verdade e imporá sobre os demais.

Embora a democracia não se resuma em fazer valer a vontade da maioria, pelas esferas representativas que possuem a força do voto popular, mas também carrega em si o dever de proteger e garantir o direito de todos, mesmo que esses não estejam representados na vontade majoritária. Para isso, se faz valer do força contramajoritária exercida pela Suprema Corte.

Cabe ao Supremo Tribunal Federal garantir e proteger os direitos das minorias, sem, entretanto, exorbitar e se tornar um Órgão representativo, fazendo com que os Ministros tornem-se legisladores. O problema contramajoritário enfrentado pela Corte Superior também mostra-se evidente quando o plenário deve decidir contra a opinião pública, nesses casos, observa-se até onde a influência que provém das ruas pode influenciar nos votos dos julgadores.

A influência da opinião pública sobre o Supremo Tribunal Federal deve ser observada da forma de que, se os Ministros se deixarem influenciar por essa estarão fortalecendo o regime democrático ou se estarão realizando atividade diferente daquela característica do Tribunal.

Nos casos vistos, em especial no HC 152.752/2018 proveniente do Supremo Tribunal Federal, é clara como a influência pública pode adentrar o plenário e agir diretamente nos votos dos Ministros. É assim que se chega ao ponto principal: Tribunais são espaços onde política, ideologias e o próprio jogo político devem ficar de fora. As decisões devem ser baseadas apenas na ciência jurídica, não no querer/poder dos Ministros, que deixam se guiar por ideologias particulares, que jamais estarão acima da lei nua e crua, discutida e votada pela esfera representativa, que embora em crise de legitimidade, continua sendo o mais próximo de uma democracia que se possui no Brasil. E é muito melhor, em qualquer hipótese, uma democracia ruim do que um regime autoritário, até mesmo quando esse autoritarismo provém do sistema judiciário.

Conclui-se, então, que o ativismo judicial é prejudicial para o sistema democrático. Deve-se reconhecer que por meio dele se tenha alcançado várias garantias individuais, e que ele apresenta-se como remédio na crise política que assola o país, entretanto não se pode concertar o errado com o errado, e assim os fins não justificam os meios. Foram séculos de lutas, regimes autoritários e discussões jurídicas para se poder alcançar a sociedade atual e o ordenamento jurídico que a rege. Não pode ser admitido que juízes ignorem isso tudo, e se busquem dar interpretação diferente daquela contida na norma.

Todos são guiados por ideologias, possuem preferências e posicionamento. Ninguém é totalmente imparcial frente às situações, nem mesmo os Juízes. Magistrados não são super-heróis, são humanos como qualquer outro, funcionários públicos que recebem para aplicar a norma no mundo dos fatos, e não para dizer o que a norma é. Por isso, é vislumbrado o perigo de deixar o Judiciário livre para realizar seu querer/poder na vida cotidiana do Estado, quanto maior for o poder, maior deve ser o controle sobre ele.

Por fim, por se tratar de um tema que cada vez mais ganha destaque, não se pode apresentar uma conclusão final e absoluta, devendo ser observado novos rumos para o estudo, aprofundando-se no debate, tendo em vista toda polêmica sobre o assunto, que se parece longe de um consenso doutrinário. Obste dizer que o Direito transforma-se hodiernamente, adequando-se às novas realidades sociais, e moldando o próprio Estado para adequar-se também, assim, o que é injustificável hoje, pode ser a solução de amanhã.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; LUNELLI, Guilherme. Ativismo judicial e instrumentalidade do processo. *Revista de Processo*. vol. 242/2015. p. 21-47. abr. 2015. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=r1&srguid=i0ad82d9a0000015c79f93a83d2a0d585&docguid=I55d90b90e8c011e4b30f010000000000&hitguid=I55d90b90e8c011e4b30f010000000000&spos=15&epos=15&td=36&context=28&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 12 jan. 2018.

ARGULHES, Diego Werneck. Poder não é querer: preferências restritivas e redesenho institucional do Supremo Tribunal Federal pós-democratização. In: SARMENTO, Daniel. *Jurisdição Constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 211-241.

AZAMBUJA, Darcy. Teoria Geral do Estado. São Paulo: Globo, 2002.

ARISTÓTELES. A Política. Tradução de Nestor Silveira Chaves. São Paulo: EDIPRO, 1995.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. In: SARMENTO, Daniel. *Jurisdição Constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 03-34.

_____. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. [artigo científico]. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 15 abr. 2017.

BONAVIDES, Paulo. Ciência Política. 21 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

BRANDÃO, Rodrigo. Mecanismos de diálogos constitucionais nos EUA e no Brasil. In: SARMENTO, Daniel. *Jurisdição Constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 351-390.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.

_____. Presidente da República. *Código de Processo Penal*. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm> Acesso em: 11 mar. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas-corpus* nº 152.752/2018, da 13ª Vara Criminal Federal de Curitiba. Relator: Edson Fachin, Data do Julgamento: 04/04/2018, Tribunal Pleno, Brasília. Voto Relator Ministro Edson Fachin. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC152752VotoMinEF.pdf>>.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas-corpus* nº 152.752/2018, da 13ª Vara Criminal Federal de Curitiba. Relator: Edson Fachin, Data do Julgamento: 04/04/2018, Tribunal Pleno, Brasília. Voto Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HABEASCORPUSHC152752VotoMinRL.pdf>>.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas-corpus* nº 152.752/2018, da 13ª Vara Criminal Federal de Curitiba. Relator: Edson Fachin, Data do Julgamento: 04/04/2018, Tribunal Pleno, Brasília. Voto Ministra Rosa Weber. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC152752votoRW.pdf>>.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas-corpus* nº 152.752/2018, da 13ª Vara Criminal Federal de Curitiba. Relator: Edson Fachin, Data do Julgamento: 04/04/2018, Tribunal Pleno, Brasília. Voto Ministro Roberto Barroso. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/anotacoes-manifestacao-oral-barroso.pdf>>.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADC nº: 43 e 44 DF*, Relator: Min. Marco Aurélio, Data do Julgamento: 05/10/2016, Tribunal Pleno, Brasília. Voto Ministro Edson Fachin. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADC44.pdf>>.

_____. Supremo Tribunal Federal, *ADPF:54 DF*, Relator: Min. Marcos Aurélio, Data do Julgamento: 12/04/2012, Tribunal Pleno, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-080, divulgado em 29/03/2013, publicado em 30/04/2013

_____. Supremo Tribunal Federal, *ADI: 4.722 DF*, Relator: Min. Ayres Britto, Data do Julgamento: 05/05/2011, Tribunal Pleno. Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-198, divulgado em 13/10/2011, publicado em 14/10/2011.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Supremo Tribunal Federal, política e democracia. In: SARMENTO, Daniel. *Jurisdição Constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 177-207.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7.ed. Portugal: Almedina, 2003.

CARVALHO, Matheus. Manual de Direito Administrativo. 4.ed. Salvador: jusPODIVM, 2017.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Diálogos institucionais: estruturas e legitimidade. Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional. vol. 7/2015. p. 395-421. ago. 2015. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a0000015ef035570469b77e07&docguid=If4a10fc0418511e5b17b010000000000&hitguid=If4a10fc0418511e5b17b010000000000&spos=16&epos=16&td=340&context=9&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 24 set. 2017

DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de teoria geral do Estado. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

ESKRIDGE JR., William N. Overriding Supreme Court Statutory Decisions. Yale Law Journal. v.101. n. 2. p. 331-417. 1991. apud. BRANDÃO, Rodrigo. Mecanismos

de diálogos constitucionais nos EUA e no Brasil. In: SARMENTO, Daniel. *Jurisdição Constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 351-390.

FARIAS, Rachel Nunes de Carvalho. O ativismo judicial e a ingerência do Poder Judiciário na escolha de políticas públicas. *Revista dos Tribunais do Nordeste*. vol. 7/2014. p. 1531-1556. set-out. 2014. Disponível em:

<<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc60000015c23e0e2e565f3eaaf&docguid=Ia584e69085b611e4ad6a010000000000&hitguid=Ia584e69085b611e4ad6a010000000000&spos=1&epos=1&td=2&context=18&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 15 abr. 2017.

FRIEDE, Reis. Democracia e Estado de Direito. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*. vol. 29/1999. p. 09-13. out-dez. 1999. Disponível em: <

<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9b0000015ef03785e38b17d0fb&docguid=I5569047007ac11e08920010000000000&hitguid=I5569047007ac11e08920010000000000&spos=1&epos=1&td=10&context=29&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em 24 set. 2017.

FUX, Luiz; FRAZÃO, Carlos Eduardo. O Supremo Tribunal Federal na fronteira entre o direito e a política: alguns parâmetros de atuação. In: SARMENTO, Daniel. *Jurisdição Constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 35-72.

MARIN, Jeferson. Constituição, Estado Democrático de Direito e novos direitos.

Revista dos Tribunais. vol. 928/2013. p. 187. fev. 2013. Disponível em:

<<http://www.revistadostribunais.com.br>>. Acesso em: 20 set. 2017

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARRAFON, Marco Aurélio. Hiperindividualismo, crise da democracia e o papel da jurisdição constitucional em um mundo sem limites. In: SARMENTO, Daniel. *Jurisdição Constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p.115-131

MENDONÇA, Eduardo. A jurisdição constitucional como canal de processamento do autogoverno democrático. In: SARMENTO, Daniel. *Jurisdição Constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 133-176.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis*. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014

NETO, Carlos Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. Controle de constitucionalidade e democracia: algumas teorias e parâmetros de ativismo. In: SARMENTO, Daniel. *Jurisdição Constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 73-114.

NETO, Nagibe de Melo Jorge. Ativismo Judicial, discricionariedade e controle: uma questão de hermenêutica?. *Revista dos Tribunais do Nordeste*. vol 3/2014. p. 131-152. jan.-fev. 2014. Disponível em: <
<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=r1&srguid=i0ad82d9a0000015c79f581ba289f8b6e&docguid=I27ce1550e01111e3818b010000000000&hitguid=I27ce1550e01111e3818b010000000000&spos=1&epos=1&td=2&context=17&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 04 jun. 2017.

NOVELINO, Marcelo. O STF e a opinião pública. In: SARMENTO, Daniel. *Jurisdição Constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 243-271.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial – Parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

RAMOS, Paulo Roberto Barbosa; PINHEIRO, Analissa Barros. Diálogo institucional: o debate entre o STF e o Congresso Nacional sobre interpretação da constituição. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. vol. 91/2015. p. 205-243. abr-jun. 2015. Disponível em: <
<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=r1&srguid=i0ad82d9b0000015ef039a11b1c5214e2&docguid=If9db0e3013fb11e5af3d010000000000&hitguid=If9db0e3013fb11e5af3d010000000000&spos=10&epos=10&td=10&context=54&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 20 set. 2017.

REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. Ativismo judicial e estado de direito. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da Universidade Federal de Santa Maria*. vol. 04, n.1. 2009. Disponível em: < <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/7028>>. Acesso em: 21 dez. 2017.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 27.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria do Estado*. 7.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 11. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

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

_____.; BARRETO, Vicente De Paulo; OLIVEIRA, Rafael Tomaz De. Ulisses e o canto das sereis: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um “terceiro turno da constituição”. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Estado (RECHTD)*. vol 01, n.2. p. 75-83. jul-dez. 2009. Disponível em: <
<http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/issue/view/84>>. Acesso em: 16 abr. 2017.

_____. Presunção de inocência e juiz natural: um dia os textos vão revidar!. *Revista Eletrônica Consultor Jurídico*. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2018-fev->

08/senso-incomum-presuncao-inocencia-juiz-natural-dia-textos-revidar>. Acesso em: 01 mai. 2018.

_____. Supremo e a presunção de inocência: interpretação conforme o quê?. *Revista Eletrônica Consultor Jurídico*. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2016-out-07/streck-stf-presuncao-inocencia-interpretacao-conforme>>. Acesso em: 28 abr. 2018.

ANEXO A

Voto Edson Fachin ADCs 43 e 44

AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE 44 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : **MIN. MARCO AURÉLIO**
REQTE.(S) : CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS
 ADVOGADOS DO BRASIL - CFOAB
ADV.(A/S) : LENIO LUIZ STRECK E OUTRO(A/S)
INTDO.(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA
ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
AM. CURIAE. : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO
 PAULO
PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE SÃO
 PAULO
AM. CURIAE. : INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA
ADV.(A/S) : AUGUSTO DE ARRUDA BOTELHO NETO
 E
 OUTRO(S)
AM. CURIAE. : INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS -
 IBCCRIM
ADV.(A/S) : MARGO BOTTINO DO AMARAL
AM. CURIAE. : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL
AM. CURIAE. : INSTITUTO IBERO AMERICANO DE DIREITO
 PÚBLICO - CAPÍTULO BRASILEIRO - IADP
ADV.(A/S) : FREDERICO GUILHERME DIAS SANCHES
 E
 OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. : INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS - IAB
ADV.(A/S) : TÉCIO LINS E SILVA
AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DOS ADVOGADOS
 CRIMINALISTAS -
 ABRACRIM
ADV.(A/S) : ALEXANDRE SALOMÃO E OUTRO(A/S)

| | |
|----------------------------------|--|
| AM. CURIAE. AASP | : ASSOCIAÇÃO DOS ADVOGADOS DE SÃO PAULO - |
| ADV.(A/S) | : DANIEL NUNES VIEIRA PINHEIRO DE CASTRO |
| ADV.(A/S) | : LEONARDO SICA |
| AM. CURIAE. | : INSTITUTO DOS ADVOGADOS DE SÃO PAULO |
| ADV.(A/S) | : JOSÉ HORÁCIO HALFELD REZENDE RIBEIRO |
| AM. CURIAE. JANEIRO | : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE |
| PROC.(A/S)(ES) JANEIRO | : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO DE |

VOTO ADC 43 e 44

O Senhor Ministro **Edson Fachin**: Vinte e oito anos completa a Constituição da República, o que é motivo de gáudio para a sociedade brasileira.

Nossa compromissória Constituição, como se sabe, foi produzida num democrático ambiente de dissensos, o que nos legou um texto eclético, onde coabitam concepções ideológicas, avanços civilizatórios e desafios hermenêuticos. Sob suas luzes se alcançam soluções e se instalam controvérsias.

No âmbito da política criminal, por exemplo, há quem veja nos aparelhos repressores do Estado a panaceia para qualquer infração à lei, cuja sanção é a violência estatal própria da prisão. Outros, diversamente, proposto, por pior que seja o crime cometido, pregam a extinção da pena privativa de liberdade, representativa de uma violência que julgam sempre irracional, desnecessária e ineficaz.

Aspectos relevantes dessas concepções intentam encontrar igual guarida no texto constitucional. Por essa razão, a partir da Constituição da República, de um lado, há textos que se traduzem na exaltação mais completa da tutela da liberdade e, de outro, textos que impõem ao Estado um determinado rigor criminal.

Não se pode, de qualquer forma, como preconizado pelo eminente Ministro Eros Roberto Grau em obra

doutrinária, perder de vista que “*não se interpreta o direito em tiras, aos pedaços.//A interpretação de qualquer texto de direito impõe ao intérprete, em qualquer circunstância, o caminhar pelo percurso que se projeta a partir dele – do texto – até a Constituição. (...) // A interpretação do direito – lembre-se – desenrola-se no âmbito de três distintos contextos: o linguístico, o sistêmico e o funcional [Wróblewski 1985:38 e ss.]. No contexto linguístico é discernida a semântica dos enunciados normativos. Mas o significado normativo de cada texto somente é detectável no momento em que se o toma como inserido no contexto do sistema, para após afirmar-se, plenamente, no contexto funcional.*” (GRAU, Eros Roberto. **Porque tenho medo dos juízes – a interpretação/aplicação do direito e os princípios.** 7 ed. São Paulo : Malheiros. 2016. p. 86).

Nessa linha, registro minha concepção sobre a tutela dos direitos fundamentais, a qual pode albergar a defesa de bens jurídicos fundamentais cuja proteção o Estado também provê pela via do direito penal.

Em sustentação oral, ao principiar-se desse julgamento, exprimiu-se com sinceridade aquilo que, em verdade, pode ser o desejo de todos: o fim da pena privativa de liberdade.

Todos nos irmanamos na utopia de que um dia viveremos numa sociedade livre de toda e qualquer violência, até mesmo da violência institucional representada pela pena privativa de liberdade. A Constituição quer se queira ou não à luz das concepções que cada um sustenta, escolheu o direito penal como um de seus instrumentos de proteção de direitos humanos. Deslegitimar o direito penal como um todo, com a devida vênia, não encontra guarida na Constituição. Há inúmeros dispositivos constitucionais que invocam expressamente a pena penal.

O art. 5º, incisos XLI, XLII, XLIII e XLIV, da Constituição são exemplos de imposição expressa de punição à qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais, ao racismo, tortura, tráfico de drogas, terrorismo, crimes hediondos, ação de grupos armados. O art. 7º, X, da Constituição impõe ao legislador, em mora desde 1988,

que tipifique a retenção dolosa do salário dos trabalhadores. O art. 225, § 3º, da Constituição determina a tipificação de condutas lesivas ao meio ambiente.

Esta Suprema Corte, por mais de uma vez, invocou o princípio da proteção deficiente para declarar a inconstitucionalidade de normas que, de alguma forma, embaraçavam a proteção penal a interesses fundamentais previstos na Constituição.

Recentemente, no julgamento do *Habeas Corpus* 123.971, Relator Min. Teori Zavascki, teve lugar o princípio da proteção penal deficiente para afastar a aplicação do art. 225 do Código Penal, na sua redação originária, que condicionava a propositura de ação penal contra o autor de crime de estupro praticado contra criança ou adolescente à iniciativa de seu representante legal.

Pioneiramente, o eminente Ministro Gilmar Mendes, no julgamento do RE 418.376/MS, em voto vista fundado na doutrina de Lênio Streck e Ingo Sarlet, assentou que “*A proibição de proteção insuficiente adquire importância na aplicação dos direitos fundamentais de proteção, ou seja, na perspectiva do dever de proteção, que se consubstancia naqueles casos em que o Estado não pode abrir mão da proteção do direito penal para garantir a proteção de um direito fundamental*”. Registro que não há desconhecimento de posicionamentos teóricos e práticos em sentido diverso sobre a matéria aqui vertida, inclusive da ilustre doutrina citada e o faço por lealdade ao dissenso e ao reconhecimento da relevância do procedimento argumentativo dialógico.

Não se olvide, ademais, que a República Federativa do Brasil tem sido questionada em organismos internacionais de tutela dos direitos humanos em razão da ineficiência do seu sistema de proteção penal a direitos humanos básicos.

O caso mais notório, julgado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em 04 de abril de 2001, teve como autora Maria da Penha Fernandes, vítima de tentativas de homicídio por parte de seu marido, que tentou eletrocutá-la, no ápice de uma série de agressões sofridas

Acesso em 06.09.2016).

A morosidade judicial em apresentar soluções a casos criminais que decorrem de intensa violação a direitos humanos levou à condenação do Brasil, pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, em 04 de julho de 2006, no caso Ximenes Lopes versus Brasil. Damião Ximenes Lopes era deficiente mental e foi vítima de maus tratos em uma casa de repouso no Município de Sobral/CE, os quais foram causa de sua morte. Na condenação, dentre outras razões, a Corte considerou violados os direitos e garantias judiciais à proteção judicial em razão da ineficiência em investigar e punir os responsáveis pelos maus tratos e óbito da vítima. Considerou-se que após 06 (seis) anos não havia sequer sentença de primeiro grau. (CORTE IDH. 2006. Caso Ximenes Lopes vs . Brasil. Série C. Sentença de 04 de julho de 2006. Mérito, Reparações e Custas. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/http://www.corteidh.or.cr/docs/caso_s/http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/http://www.corteidh.or.c r/docs/cas os/http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_por.pdf . Último acesso em: 3 de outubro de 2016).

A deficiência da proteção penal a vítimas de violações graves a direitos humanos foi decisiva na acusação que o Brasil sofreu perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, no caso que ficou conhecido como o Caso dos Meninos Emascarados do Maranhão. Entre 1991 e 2003, uma série de homicídios foi praticada no Maranhão contra crianças de 8 a 15 anos. Apurou-se o total de 28 homicídios, tendo a maioria dos corpos sido encontrada com as genitais mutiladas. O Brasil firmou acordo reconhecendo a ineficiência da proteção penal às vítimas, assinando uma série de compromissos em decorrência disso. Comissão Interamericana de Direitos Humanos, 2006. Caso Meninos Emascarados do Maranhão. Casos 12.420 e 12.427 contra a República Federativa do Brasil. Solução amistosa de 15 de março de 2006. Disponível em:

<https://cidh.oas.org/annualrep/2006port/https://cidh.oas.org/annualrep/2006port/https://cidh.oas.org/annualrep/2006port/BRSA12426PO.doc>. Último acesso em: 3 de outubro de 2016).

Digo isso, Senhora Presidente, para rechaçar a pecha de que esta Suprema Corte, em 17 de fevereiro próximo passado, ao julgar o *Habeas Corpus* 126.292/SP, sucumbiu aos anseios de uma criticável “sociedade punitivista”, comprimindo direitos humanos num “ambiente de histeria”.

A busca pela racionalidade do sistema penal passa pela compreensão dos direitos humanos também sob uma outra perspectiva, ou seja, pela perspectiva segundo a qual, como tem entendido esta Suprema Corte, ao acatar o princípio da proibição de proteção deficiente, e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, desde o julgamento do caso *Velásquez Rodríguez versus Honduras*, que as condutas violadoras de direitos humanos devem ser investigadas e punidas, evitando-se a reincidência.

Afinal, como bem se colhe da obra de Antonio Escrivão Filho e José Geraldo de Sousa Junior, “*na medida em que os direitos humanos sejam compreendidos como produtos dos processos sociais de lutas por dignidade, identifica-se no conceito de exigibilidade uma condição de duplo efeitos essencial para os direitos humanos: de um lado, a delegação de legitimidade política e jurídica para a sociedade exigir a efetivação de seus direitos, e de outro, a noção imperativa de respeito e promoção ativa e contínua destes direitos por parte do Estado (GEDIEL, GORS DORF, ESCRIVÃO FILHO et. all, 2012)*” **(Para um debate teórico-conceitual e político sobre os direitos humanos.** Belo Horizonte : De Plácido. 2016, p. 64)

Outra questão, Senhora Presidente, que se me afigura importante destacar, é que, ao contrário do que se aventou da tribuna e em memorias, o preito não ter tido este Supremo Tribunal Federal em con em 17 de fevereiro próximo passado, ao julgar *Habeas Corpus* 126.292/SP, as

Cópia

preocupações legítimas da sociedade com a baixa eficácia do sistema punitivo quanto à denominada criminalidade do “colarinho branco”.

Essas não foram e não são a essência desse entendimento. Estou convicto que o enfrentamento do crime, qualquer que seja, se faz dentro das balizas constitucionais. Cabe ao Poder Judiciário assegurar que os órgãos de persecução se comportem de acordo com a Constituição e as leis. Abuso de poder, especialmente do Poder Judiciário, cumpre coibir onde e quando houver.

Digo isso porque não soa adequada a decisão desta Corte que valha apenas para uma determinada modalidade de crime, como se chega a sugerir.

A interpretação do princípio da presunção de inocência deve ser uniforme a todos os cidadãos, qualquer que tenha sido o crime que cometeram ou estejam sendo acusados de cometer.

Importante destacar que a decisão de reverter a compreensão adotada em 2009 já vinha se prenunciando antes mesmo de qualquer situação decorrente dos acontecimentos mais recentes ligados à corrupção e lavagem de dinheiro. Exemplo disso é o conteúdo da entrevista do eminente Ministro Gilmar Mendes à Folha de São Paulo, em 27 de junho de 2013, quando Sua Excelência afastou a necessidade de uma PEC para a alteração do entendimento desta Corte, bem como antecipou que, em sua opinião, era necessária uma modificação no entendimento para assentar a possibilidade de prisão a partir do julgamento em segunda instância. Naquela oportunidade, assim se manifestou o Ministro: *“Podemos tanto dizer que a partir do 2º grau já pode ocorrer a prisão se o juiz assim avaliar, se o Tribunal assim avaliar. Não vamos estar consoantes com todas as declarações de direito, inclusive com a Convenção Interamericana de Direitos. Portanto, não acredito que haja aqui tantos problemas. Mas não é necessário fazer uma emenda constitucional para... Não. Não é necessário fazer uma emenda.* (<http://www1.folha.uol.com.br/poder/poderepolitica/2013/07/13>

Sendo assim, Senhora Presidente, peço vênias ao eminente Relator para, uma vez mais, reafirmar o voto que proferi em 17 de fevereiro próximo passado, quando esta Corte, ao julgar o *Habeas Corpus* 126.292/SP, assentou a tese segundo a qual “*A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal.*”.

Nessa linha, reitero *in totum* o voto que proferi naquela assentada, consignando que não considero a decisão proferida por este egrégio Plenário contrastante com o texto do art. 283 do Código de Processo Penal.

Com a devida vênias de quem eventualmente conceba de forma diversa, considero haver um agigantamento dos afazeres deste Supremo Tribunal Federal que decorre da própria forma como esta Corte interpreta determinadas regras constitucionais. Não faço aqui apologia daquilo que se costuma denominar de jurisprudência defensiva. Quero, todavia, dizer que, dentro daquele espaço que a Constituição outorga ao intérprete uma margem de conformação que não extrapola os limites da moldura textual, as melhores alternativas hermenêuticas quiçá são, em princípio, as que conduzem a reservar a esta Suprema Corte primordialmente a tutela da ordem jurídica constitucional, em detrimento de uma inalcançável missão de solver casos concretos.

Por essa razão, interpreto a regra do art. 5º, LVII, da Constituição da República, segundo a qual “*ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória*”, entendendo necessário concebê-la em conexão a outros princípios e regras constitucionais que, levados em consideração com igual ênfase, não permitem a conclusão segundo a qual apenas após esgotadas as instâncias extraordinárias é que se pode iniciar a execução da pena privativa de liberdade.

Quando do julgamento do HC 126.292/SP, ainda estava em vigor o art. 27, § 2º, da Lei 8.038/90, segundo o qual “os

recursos extraordinário e especial serão recebidos no efeito devolutivo". A essa regra somava-se aquela do art. 637 do CPP segundo a qual *"o recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para a execução da sentença"*.

Com a revogação expressa do artigo 27, § 2º, da Lei 8.038/90, após a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil, as regras desse diploma passaram a regulamentar os recursos especial e extraordinário também no âmbito do processo penal, em razão do que dispõe o art. 3º do CPP. Sendo assim, daquilo que se depreende do art. 995 c/c o art. 1.029, § 5º, ambos do CPC, **permanece sendo excepcional a possibilidade de atribuição de efeito suspensivo aos recursos especial e extraordinário na seara criminal.**

A regra geral continua a ser o recebimento desses recursos excepcionais no efeito meramente devolutivo. E é evidente que tal possibilidade de persiste especialmente para atribuir-se efeito suspensivo diante de teratologia ou abuso de poder.

Como se sabe, as decisões jurisdicionais não impugnáveis por recursos dotados de efeito suspensivo possuem eficácia imediata.

Essa a razão pela qual, após esgotadas as instâncias ordinárias, a condenação criminal poderá provisoriamente surtir o imediato efeito do encarceramento, uma vez que o acesso às instâncias extraordinárias se dá por meio de recursos que são ordinariamente dotados de efeito meramente devolutivo.

A regra do art. 283 do CPP, com sua atual redação, com a devida vênia de quem entende de outra forma, não conduz a resultado diverso.

Referido artigo dispõe que *"ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva"*.

BRASIL

Essa redação foi dada pela Lei 12.403/2011, a qual alterou dispositivos “*relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares*”.

Não depreendo da regra acima transcrita, a vedação a toda e qualquer prisão exceto aquelas ali expressamente previstas. Tem-se sustentado que, à exceção da prisão em flagrante, prisão temporária, prisão preventiva e prisão decorrente de sentença condenatória transitada em julgado, todas as demais formas de prisão restaram revogadas pela norma do referido art. 283 do CPP, tendo em vista o critério temporal de solução de antinomias previsto no art. 2º, § 1º, da Lei 4.657/1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).

Inicialmente, consigno que não depreendo entre a regra do art. 283 do CPP e a regra que dispõe ser apenas devolutivo o efeito dos recursos excepcionais (art. 637 do CPP c/c a dos arts. 995 e 1.029, § 5º, ambos do CPC) antinomia que desafie solução pelo critério temporal.

Se assim o fosse, a conclusão seria, hoje, singelamente, pela prevalência da regra que dispõe ser mesmo meramente devolutivo o efeito dos recursos ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal, haja vista que os arts. 995 e 1.029, § 5º, ambos do CPC, têm vigência posterior à regra do art. 283 do CPP.

Impende lembrar, ao contrário, o disposto no art. 2º, § 2º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Lei 4.657/1942), segundo o qual regra posterior que dispõe sobre questão especial não revoga as disposições especiais já existentes. Em outras palavras, não há verdadeira antinomia entre o que dispõe o art. 283 do CPP e a regra que confere eficácia imediata aos acórdãos proferidos por Tribunais de Apelação.

Não é adequada a interpretação segundo a qual o art. 283 do CPP varreu do mundo jurídico toda forma de prisão que não aquelas ali expressamente previstas, quais sejam, a prisão em flagrante, a prisão temporária, a prisão

preventiva e prisão decorrente de sentença condenatória transitada em julgado.

É indisputável que as demais prisões reguladas por outros ramos do direito, como é o caso da prisão civil por inadimplemento voluntário e inescusável de pensão alimentícia e a prisão administrativa decorrente de transgressão militar, permanecem com suas regulamentações intactas, a despeito da posterior entrada em vigor do disposto no art. 283 do CPP.

Vale dizer, nesse contexto a afirmação segundo a qual depois da entrada em vigor da regra do art. 283 do CPP, toda e qualquer modalidade de prisão não contemplada expressamente no referido dispositivo estaria revogada, ter-se-ia de admitir que as demais modalidades de prisão civil e administrativa teriam sido igualmente extintas.

Ainda que se possa objetar ter o art. 283 do CPP tratado exclusivamente do fenômeno da prisão penal e processual penal, não haveria a propalada incompatibilidade entre a regra do art. 283 do CPP e aquela que atribui efeito meramente devolutivo aos recursos excepcionais.

Como dito, houvesse incompatibilidade a ser sanada pelo critério temporal (segundo o qual regra posterior revoga regra anterior com ela incompatível), prevaleceria a regra do efeito meramente devolutivo dos recursos especial e extraordinário, dada a vigência posterior dos arts. 995 e 1.029, § 5º, ambos do CPC.

Da forma como concebo referidas normas, no que diz respeito à condenação, o disposto no art. 283 do CPP impõe, **como regra**, o trânsito em julgado do título judicial. Vale dizer, sentenças de Juízos de primeiro grau, acórdãos não unânimes (ainda passíveis de impugnação por meio dos embargos infringentes) de Tribunais locais, **como regra**, não podem produzir seus efeitos antes do trânsito em julgado, ou seja, antes de decorridos os prazos preclusivos.

Nessa linha, recentemente, neguei seguimento monocraticamente à Reclamação 23.535, por meio da qual o Ministério Público pretendia efeito imediato a condenação não unânime proferida por Tribunal local, dentre outras razões,

porque em tais casos ainda é cabível o recurso de embargos infringentes, dotado de efeito suspensivo. Eis aí exemplo de limite.

A disposição geral que exige o trânsito em julgado da condenação para produção de efeitos não é incompatível com a **especial regra** que confere efeito imediato aos acórdãos somente atacáveis pela via dos recursos excepcionais, os quais não são ordinariamente dotados de efeito suspensivo.

A excepcionalidade do efeito suspensivo a ser conferido aos recursos extraordinário e especial, como assentado por esta Suprema Corte quando do julgamento do HC 126.292/SP, não é incompatível com a regra do art. 5º, LVII, da Constituição da República.

Ao contrário, prevaleceu o entendimento segundo o qual às Cortes Superiores foi conferida competência recursal pela Constituição da República visando a tutelar o direito objetivo. Sendo assim, a atribuição de efeitos ordinariamente devolutivos a esses recursos, que são excepcionais até pela denominação que lhes emprega a Constituição (especial e extraordinário), está em absoluta conformidade com o sistema constitucional visto como um todo.

Nesse aspecto, repiso o que assentei naquela oportunidade, quando considerei que o acesso via recurso ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça se dá em caráter de excepcionalidade. A própria definição constitucional da quantidade de magistrados com assento nessas Cortes repele qualquer interpretação que queria delas fazer instâncias revisoras universais, o que vai de encontro à pretensão sucessiva de firmar o STJ como locus de início da execução da pena. Não se pode nem deve, contudo, relegar a segundo plano a possibilidade do STF e do STJ, em suas respectivas searas, e na forma devida, atribuírem também efeito suspensivo ao recurso cabível interposto.

A finalidade que a Constituição persegue não é

outorgar uma terceira ou quarta chance para a revisão de um pronunciamento jurisdicional com o qual o sucumbente não se conforma e considera injusto.

O acesso individual às instâncias extraordinárias visa a propiciar a esta Suprema Corte e ao Superior Tribunal de Justiça exercer seus papéis de estabilizadores, uniformizadores e pacificadores da interpretação das normas constitucionais e do direito infraconstitucional.

Tanto é assim que o art. 102, §3º, da Constituição Federal, exige demonstração de repercussão geral das questões constitucionais debatidas no recurso extraordinário. Ou seja, ao recorrente cabe demonstrar que, no julgamento de seu caso concreto, malferiu algum preceito constitucional e que há, necessariamente, a transcendência e relevância da tese jurídica a ser afirmada pelo Supremo Tribunal Federal.

A própria Constituição é que alça o Supremo Tribunal Federal primordialmente a serviço da ordem jurídica constitucional e igualmente eleva o Superior Tribunal de Justiça primordialmente a serviço da ordem jurídica. Isso resta claro do texto do art. 105, III, da CF, quando se observa as hipóteses de cabimento do recurso especial, todas direta ou indiretamente vinculadas à tutela da ordem jurídica infraconstitucional.

Nem mesmo o excessivo apego à literalidade da regra do art. 5º, LVII, da Constituição da República, a qual, nessa concepção, imporia sempre o *“trânsito em julgado”*, seria capaz de conduzir a solução diversa.

A opção legislativa de dar eficácia à sentença condenatória tão logo confirmada em segundo grau de jurisdição, e não mais sujeita a recurso com efeito suspensivo, está consentânea com a razão constitucional da própria existência dos recursos às instâncias extraordinárias.

Se pudéssemos dar à regra do art. 5º, LVII, da CF, caráter absoluto, teríamos de admitir, no limite, que a execução da pena privativa de liberdade só poderia operar-se quando o réu se conformasse com sua sorte e deixasse de opor

novos embargos declaratórios.

Saltam aos olhos, portanto, os limites e as possibilidades que se podem dar à dicção do art. 5º, LVII, da Constituição da República, ao mencionar “*trânsito em julgado*”.

Do contrário, estar-se-ia a admitir que a Constituição erigiu em caráter absoluto uma presunção de inépcia das instâncias ordinárias. Afinal, se a presunção de inocência não cede nem mesmo depois de um Juízo monocrático ter afirmado a culpa de um acusado, após devido processo legal, com subsequente confirmação por parte de experientes julgadores de segundo grau, soberanos na avaliação dos fatos e integrantes de instância à qual não se opõem limites à devolutividade recursal, reflexamente estaríamos a afirmar que a Constituição erigiu uma presunção absoluta de desconfiança às decisões provenientes das instâncias ordinárias.

Não desconsidero, embora em homenagem à grande maioria da magistratura brasileira deva ressaltar que isto é excepcional, a existência de teratológicas decisões jurisdicionais, mesmo em segundo grau de jurisdição.

Aqui abro um parêntese para homenagear o empenho dos *amici curiae* que vêm à tribuna sustentar uma preocupação que é de todos. Recebi memoriais, com números e dados estatísticos, apontando uma taxa de sucesso considerável, especialmente por parte das Defensorias Públicas da União, do Estado de São Paulo e do Estado do Rio de Janeiro, perante os Tribunais Superiores.

A despeito de maiores explicações sobre a metodologia aplicada na obtenção dos dados, considero-os importantes, mas não posso deixar de expressar algumas observações e dúvidas a respeito deles, principalmente porque elencados sem maiores detalhamentos naquilo que poderia ser útil ao julgamento da presente causa.

Por exemplo, observo, sobre dados apresentados nas iniciais, fundados em pesquisas da Fundação

Getúlio Vargas – FGV, que essa mesma instituição, a respeito de previsões catastróficas sobre futura superpopulação carcerária que adviria com a aplicação do entendimento que ora agasalho, afirmou:

“As críticas que seguiram a mudança jurisprudencial decidida pelo plenário do Supremo frequentemente aludiram a um caos no sistema prisional resultando dos novos mandados de prisão a serem expedidos. Segundo o último Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias produzido pelo Ministério da Justiça existem atualmente 622.202 presos no país. A expedição de mandado de prisão de réus condenados em segunda instância a pena igual ou maior a 8 anos e com recurso tramitando no STF e STJ significaria um aumento de 0,6% no número de apenados no sistema prisional. Longe, portanto, de previsões catastróficas propaladas pelos críticos do novo entendimento do Supremo sobre a execução da pena após condenação em segunda instância”.(HARTMANN, Ivar Alberto e KELLER, Clara Iglesia e VASCONCELOS, Guilherme Guimarães e NUNES, José Luiz e CARNEIRO, Leticia e CHAVES, Luciano e BARRETO, Matheus e CHADA, Daniel Magalhães e ARAÚJO, Felipe e CORREIA JR, Fernando. *O Impacto No Sistema Prisional Brasileiro Da Mudança De Entendimento Do Supremo Tribunal Federal Sobre Execução Da Pena Antes Do Trânsito em Julgado no HC 126.292/SP - Um Estudo Empírico Quantitativo*. Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2831802><http://ssrn.com/abstract=2831802><http://ssrn.com/abstract=2831802><http://ssrn.com/abstract=2831802>, acesso em 06.09.2016).

Tomo ainda, por exemplo, os dados da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. Informa que analisou 1.476 processos nos quais foi requerente junto ao Superior Tribunal de Justiça entre março e dezembro de 2015.

Desses apenas 896 requeriam a absolvição, redução da pena ou atenuação do regime, já que os demais se

referem à execução criminal, prisões provisórias e nulidades processuais.

Dos 896 feitos, 42%, ou seja 377, eram recursos especiais ou agravos em recursos especiais, já que os demais eram *habeas corpus*.

Note-se que a decisão deste colegiado não altera a forma como usualmente se tem enfrentado o *habeas corpus*.

Dentre os 377 recursos ao STJ, segundo o memorial, 41% ou seja, 155 resultaram em solução favorável no que diz respeito à libertação dos representados.

Há, sem dúvida, percentual, dentre os 155 casos favoráveis, decorrente de concessão de *habeas corpus* de ofício. Na medida em que, quando o Tribunal Superior concede ordem de ofício, não conhece ou julga improcedente o recurso, isso significa dizer que o instrumento manejado não foi o responsável direto pelo sucesso, que poderia ter sido obtido com o *habeas corpus*.

Ainda assim, Senhora Presidente, percebe-se que de todo o universo assistidos pela Defensoria Pública do Rio de Janeiro, em números absolutos, 155 tiveram sua situação de injustiça revertida num Tribunal Superior.

É mesmo sagrado o direito de liberdade dos cidadãos.

É um dado, ainda que potencializado pelo discurso estatístico, importante, que deveria ser e deve ser objeto da preocupação desta Suprema Corte, ainda que fosse um único indivíduo vítima da injustiça.

Reconheço que há uma certa recalcitrância por parte de alguns Tribunais de Apelação em seguir entendimentos pacificados no âmbito das Cortes Superiores.

Entretanto, a solução proposta, de retornar ao entendimento anterior, que conferia efeito paralisante a **absolutamente todas** decisões colegiadas de segunda instância, transformando as Cortes Superiores em terceiro e quarto grau de jurisdição, não é a solução adequada e não se coaduna, ao meu ver, com as competências atribuídas pela Constituição às

Cortes Superiores.

Quiçá devamos aprofundar os mecanismos de conferir efeito vinculante às decisões pacíficas das Cortes Superiores, o que é consentâneo com o papel uniformizador do Direito a elas atribuído pela Constituição.

Ainda assim, para sanar as situações de teratologia, como se sabe, há instrumentos processuais eficazes, tais como as medidas cautelares para conferir efeito suspensivo a recursos especiais e extraordinários, bem como o *habeas corpus*, que a despeito de interpretação mais restritiva sobre seu cabimento, em casos de teratologia, é concedido de ofício por esta Suprema Corte.

Como dito, o art. 283 do CPP, **em regra**, exige o trânsito em julgado para a eficácia dos provimentos jurisdicionais condenatórios em geral. As regras dos arts. 637 do CPP c/c a dos arts. 993 e 1.009, § 5º, ambos do CPC, ao atribuir efeito meramente devolutivo aos recursos extraordinário e especial, excepcionam a regra geral do art. 283 do CPP, permitindo o início da execução quando o provimento condenatório for proferido por Tribunal de Apelação.

A afirmação da vigência e constitucionalidade do art. 283 do CPP, portanto, na minha ótica, em nada macula a conclusão a que chegou esta Suprema Corte quando do julgamento do HC 126.292/SP, razão pela qual mantenho meu entendimento naquele julgamento exposto.

Da mesma forma, não assiste razão ao argumento de irretroatividade do entendimento jurisprudencial prejudicial.

A irretroatividade figura como matéria atrelada à aplicação da **lei** no tempo, ato normativo idôneo a inovar a ordem jurídica. Não se nota, na espécie, sucessão de leis, de modo que a ofensa constitucional não se perfaz, descabendo atribuir ultratividade a atos interpretativos que, bem por isso, não se confundem com produções normativas submetidas ao Princípio da Legalidade.

Assim, não reconheço aplicabilidade dos preceitos

constitucionais que regem a incidência benéfica retroativa da norma penal ao acusado e a irretroatividade da regra mais grave ao acusado (art. 5º, XL, da CRFB) aos precedentes jurisprudenciais. Entendo que tais regras se aplicam apenas às leis penais, mas não à jurisprudência. Nesse sentido:

I. Jurisprudência: inaplicabilidade às suas alterações do princípio da irretroatividade penal: validade da condenação de ex-prefeito, denunciado por peculato, pelo crime do art. 1º, I, do DL 201/67, conforme a jurisprudência atual do STF (HC 70.671).

II. Exame de corpo de delito: substantivada a imputação do desvio de recursos públicos na contratação e pagamento de obras superfaturadas, a realidade desse superfaturamento integrava o corpo de delito e, por conseguinte, deveria ter sido objeto de exame pericial por dois peritos oficiais (CPen., art. 159, cf. L. 8.862/94): não podendo, contudo, a defesa alegar anulação da perícia feita pelo perito único e não integrante da instituição oficial de criminalística, se, ciente de sua designação, sem protesto, ofereceu quesitos e discutiu as conclusões do laudo: dever de lealdade consagrado no art. 565 CPrPenal.(HC 75793, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 31/03/1998, DJ 08-05- 1998 PP-00003 EMENT VOL-01909-01 PP-00184)

Não desconheço, igualmente, entendimentos doutrinários que, fundados no princípio da segurança jurídica, sustentam que os entendimentos jurisprudenciais consolidados em favor do réu, quando alterados, devem ter vigência meramente prospectiva.

Entretanto, tais posicionamentos visam a assegurar que a prática de uma determinada conduta, considerada na data do fato pela jurisprudência majoritária como atípica, possa ser objeto de punição por parte do Estado, em razão de uma guinada *in pejus* do entendimento

jurisprudencial consolidado no momento em que o ato foi praticado.

Nessas situações, faz sentido afirmar a impossibilidade de retroatividade *in pejus* das alterações jurisprudenciais. Afinal, o cidadão quando pratica uma conduta, pode nutrir em sua consciência a ideia de que ela não é criminosa em razão de esse ser o entendimento dominante nos tribunais. Tanto é assim que se sustenta a irretroatividade da jurisprudência nesses casos, com fundamento na existência de erro de proibição, à luz do art. 21 do Código Penal.

Nessa direção, cito Eugenio Raúl Zaffaroni, Nilo Batista, Alejandro Alagia e Alejandro Slokar:

“Quando uma ação, que até certo momento era considerada lícita, passa a ser tratada como ilícita em razão de um novo critério interpretativo, ela não pode ser imputada ao agente, porque isso equivaleria a pretender que os cidadãos devessem abster-se não apenas daquilo que a jurisprudência considera legalmente proibido mas também daquilo passível de vir a ser julgado proibido (ou seja, do “proibível”) em virtude de possíveis e inovadores critérios interpretativos. Não se trata de uma questão de validade nem de tipicidade, mas sim de culpabilidade, que deve ser apresentada como erro de proibição invencível.” (Direito Penal Brasileiro: primeiro volume - Teoria Geral do Direito Penal - Rio de Janeiro: Revan. 2003, p. 223, grifei)

Todavia, o que se tem no caso concreto é situação diversa. Aqui, se está a cogitar da impossibilidade de retroatividade do entendimento jurisprudencial que alterou o marco do início da execução penal.

Pode-se sustentar validamente que alguém tem o direito subjetivo de não ser punido por um fato praticado, se no momento em que o pratica, o entendimento jurisprudencial é no sentido de que não configura crime.

Situação diversa é sustentar que alguém tem o

direito subjetivo de só estar sujeito à eficácia de uma decisão condenatória a partir de um determinado momento processual. Como a regra constitucional do inciso LV, do art. 5º, dita apenas que “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”, entendo que a extensão dela aos entendimentos jurisprudenciais estaria permitida apenas às hipóteses em que o entendimento jurisprudencial se refere à configuração do fato como ilícito, mas não nas hipóteses como a presente.

No caso dos autos inexistente alteração no plano normativo- penal do comportamento ideal guiado pelo ordenamento jurídico, de modo que a legalidade se mostra plenamente respeitada.

Ainda, a irretroatividade da lei penal é tema afeto a normas que disciplinam uma relação jurídica material. Em clássica obra, asseverou Francisco de Assis Toledo:

“A Constituição Federal, ao estabelecer o princípio da anterioridade da lei, em matéria penal, diz expressamente que tal princípio se aplica ao crime e à pena (art. 5º, XXIX). O Código Penal, nos art. 1º e 2º, tem igualmente em seu texto o “crime” e à “pena”. Nada impede, pois, o tratamento **diferenciado em relação às normas de processo e de execução**, não abrangidas pelos mencionados preceitos.” (Princípios básicos de direito penal – 5. ed. - São Paulo: Saraiva, 1994, p. 39, grifei)

Na espécie, o debate cinge-se ao plano processual, sem reflexo, direto, na **existência ou intensidade do direito de punir**, mas, tão somente, no **momento de punir**.

Por essa mesma razão, não depreendo contradição entre a relevante declaração do estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário brasileiro (ADPF 347) com a decisão deste Tribunal permitindo o início da execução da pena após esgotadas as instâncias ordinárias.

A situação carcerária, qualquer que seja o momento em que a punição deva se efetivar, há de seguir os parâmetros daquela decisão.

Com a devida vênia dos que pensam o contrário, o correto reconhecimento de um estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário não pode ser o fundamento da interpretação das regras penais e processuais penais. A correta compreensão das normas penais e processuais penais indicam a existência ou inexistência do poder-dever de o Estado punir, ou, como no presente caso, o momento em que corretamente essa punição deva se iniciar.

Na ADPF 347, este Supremo Tribunal Federal, em nenhum momento entabulou soluções para o sistema carcerário coartando as hipóteses em que ao Estado é legítima a imposição de sanções criminais. Esta Suprema Corte tratou de reconhecer e impor ao Estado uma série de obrigações que se afiguram necessárias à humanização do sistema carcerário, ou seja, estabelecendo requisitos a serem observados para uma punição consentânea com os predicados do Estado de Direito. Havia e ainda há um sistema carcerário no Brasil em afronta aos direitos humanos.

Reitero toda a certeza. Relator, reconhecendo do voto de Sua Excelência as razões de entendimento que suscita respeito e reconhecimento. Nada obstante, outra se me afigura a solução à hipótese, sem destoar da proteção à liberdade, às garantias constitucionais e ao princípio da inocência. Posto isso, voto por declarar a constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, com interpretação conforme à Constituição, que afasta aquela conferida pelos autores nas iniciais dos presentes feitos segundo à qual referida norma impediria o início da execução da pena tão logo esgotadas as instâncias ordinárias, assentando que é coerente com a Constituição o principiar de execução criminal quando houver condenação confirmada em segundo grau, salvo atribuição expressa de efeito suspensivo ao recurso cabível.

De consequência, indefiro a cautelar requerida.

ANEXO B

Voto Rosa Weber Habeas Corpus 152.752

HABEAS CORPUS 152.752 PARANÁ

RELATOR : MIN. EDSON FACHIN
PACTE.(S) : LUIZ INACIO LULA DA SILVA
IMPTE.(S) : CRISTIANO ZANIN MARTINS E OUTRO(A/S)
ADV.(A/S) : LUIZ CARLOS SIGMARINGA SEIXAS
ADV.(A/S) : JOSE PAULO SEPULVEDA PERTENCE
 E
 OUTRO(A
 /S)
COATOR(A/S)(ES) : VICE-PRESIDENTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE
 JUSTIÇA

VOTO

A Senhora Ministra Rosa Weber: Senhora Presidente, eminentes pares, Senhora Procuradora Geral da República, Senhores advogados, Senhoras e senhores, recebam todos os meus cumprimentos.

Ouvindo os sábios e profundos votos proferidos, ocorre-me uma observação que faço para fins de registro: V. Exa. está me concedendo a palavra em quinto lugar, quatro votos foram proferidos até agora, estando o placar em três votos pela denegação da ordem e um voto pela concessão.

Um cumprimento especial aos colegas que me acompanharam, em especial ao eminente relator, a quem renovo minhas homenagens.

Retomo meu voto, o voto que pretendia proferir na íntegra na assentada no dia 22 de março último. E o retomo com a pergunta que formulei ao iniciá-lo, na convicção de que a

resposta definiria o voto a ser por mim proferido. Perguntava eu então:

AFINAL, O QUE ESTÁ EM MESA PARA SER APRECIADO POR ESTE PLENÁRIO?

Rememorei naquela assentada tratar-se de habeas corpus preventivo, impetrado inicialmente contra decisão monocrática do Superior Tribunal de Justiça INDEFERITÓRIA de LIMINAR em *habeas corpus* em trâmite naquela Corte, *habeas corpus* este que viera de receber **um aditamento provocado** por fato superveniente, consistente no **juízo de mérito da impetração** pela Quinta Turma do STJ no sentido da denegação da ordem.

Explicitei, na sequência, que em face do aditamento recebido pelo eminente Relator, Min. Fico - em que atacado, repito, acórdão do STJ-, eu reputo a superado o óbice da Súmula 691 e afastava a causa e extinção do feito sem resolução do mérito representada pela alteração do título prisional, que em princípio consistiria, pela jurisprudência da 1ª Turma, à declaração do princípio da impetração. E isso - fundamentei então -, por não privilegiar a forma pela forma, vale dizer, por não considerá-la um fim em si mesma, reverenciando-a, isto sim, como relevante fator de segurança jurídica, nessa medida essencial ao sistema de justiça.

Invoquei, ao final, o princípio da colegialidade, para conhecer *habeas corpus* veiculado no aditamento, após identificar diversos julgados em que *habeas corpus* em situação idêntica ou similar, foram conhecidos por este Plenário, um deles, inclusive, com um único voto contrário, o meu.

Peço licença para acrescentar hoje, *a vol d'oiseau*, e apenas para não deixar passar em branco, minha compreensão quanto ao exercício do poder geral de cautela do juiz para assegurar o resultado útil do processo, sempre que presentes a plausibilidade do direito pleiteado - o dito *fumus boni juris*, a

fumaça do bom direito - e o *periculum in mora*, o perigo da demora, em especial diante de obstáculos acaso gerados pelo próprio Poder Judiciário à pronta solução dos feitos. E o faço, ilustrando **o caráter da jurisdição cautelar**, reportando-me a duas decisões da minha lavra em processos submetidos a este Plenário:

1) Assim, **na ADI 4874**, proposta pela Confederação Nacional da Indústria – CNI, em que discutida, em sede de controle abstrato, a constitucionalidade de dispositivos da Lei nº 9.782/1999, bem como da Resolução da Diretoria Colegiada (RDC) da Agência Nacional de Vigilância Sanitária nº 14/2012, relativa à restrição do uso de aditivos nos produtos derivados do tabaco, **deferi**, na condição de liminar, tendo em conta aspectos invocados pela parte autora e requerimentos deduzidos pelos *amici curiae*, forte no **poder geral de cautela** (à época os arts. 798 do CPC/1973 e 21, IV e V do R/STF) e **a fim de assegurar tratamento isonômico a todos os potencialmente afetados pelos atos normativos impugnados, a medida liminar requerida para suspender a eficácia de dispositivos impugnados até sua apreciação pelo Plenário da Casa.**

E o fiz, na ocasião, **apesar de meu entendimento pessoal contrário à pretensão formulada na ADI**, consoante finalmente vim a expor no julgamento de seu mérito, para – repito – **assegurar a aplicação isonômica do Direito**, diante do conjunto de circunstâncias aqui explicitadas, em que destaco a notícia da **suspensão dos efeitos** daqueles dispositivos por decisão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, ao confirmar a antecipação dos efeitos da tutela deferida em primeiro grau, inclusive com o indeferimento de pedido de suspensão de liminar manejado perante a Presidência do Superior Tribunal de Justiça, uma vez que a abrangência da decisão da Corte Federal **não alcançava a integralidade do setor econômico** virtualmente afetado pela Resolução impugnada.

Ainda que contrária à minha compreensão pessoal, repito, entendo presente o requisito da chamada **fumaça do bom direito diante da fundada controvérsia quanto ao tema de fundo**, do ponto de vista da sua constitucionalidade. E tanto assim era que,

ao recentemente ser apreciado o seu mérito neste Plenário, ocorreu empate na votação (5x5, impedido um Ministro);

2) em 29.11.2017, este Plenário, por maioria, julgou **improcedentes** as ADIs 3406 e 3470, nas quais pretendida a declaração de inconstitucionalidade de lei fluminense - a Lei nº 3.579/2001 -, pela qual se proibira, no território do Estado do Rio de Janeiro, a extração, a produção, a comercialização e a utilização de amianto e de produtos que o contivessem. Na oportunidade, esta Suprema Corte, não obstante o **pedido de improcedência**, deliberou no sentido de declarar **incidentalmente**, com efeito vinculante *erga omnes*, a **inconstitucionalidade do art. 2º da Lei federal nº 9.055/1995**, a disciplinar a extração, a industrialização, a utilização, a comercialização e o transporte do amianto no **âmbito federal**. Ao final, suscitada da tribuna a modulação dos efeitos **dessa declaração de inconstitucionalidade incidental** – e não da lei fluminense objeto do pedido de deduzido na ADI –, proclamou-se o entendimento de que deveria ser veiculado o pedido mediante a oposição de embargos declaratórios.

Nessas circunstâncias, fui-me endereçado, como relatora, a pedido de tutela de urgência, em face do risco de prejuízo grave e irreparável que poderia vir a tornar inócuo, pela demora, eventual acolhimento do pedido de modulação dos efeitos quando examinados os vindouros embargos de declaratórios, cujo manejo estava a depender da publicação do acórdão sabida a existência do prazo regimental de sessenta dias para tanto. Forte mais uma vez no poder geral de cautela e nos moldes dos **arts. 297, 932, II, 995, parágrafo único, e 1.026, § 1º, do CPC/2015**, **defer**i a pretensão cautelar para suspender, em parte, os efeitos da decisão, **no ponto tão só em que atribuída eficácia erga omnes à declaração de inconstitucionalidade daquele preceito da lei federal** até a publicação do acórdão respectivo e fluência do prazo para oposição dos aventados embargos de declaração. Na esteira do entendimento consagrado ao julgamento da **Rcl nº 2.576-4/SC**

(Relatora Ministra Ellen Gracie, Tribunal Pleno, DJ 20.8.2004), a decisão do STF que, no exercício da jurisdição constitucional abstrata, declara a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo produz efeitos desde a publicação da ata da respectiva sessão de julgamento, mesmo que opostos embargos de declaração ainda pendentes de exame.

Faço tal registro para mostrar que, diante do confronto de **duas teses relevantes e consistentes submetidas ao exame do Colegiado, não deixo de reconhecer a qualquer delas, mesmo àquela que não conta com a minha adesão, a plausibilidade do direito alegado (*fumus boni juris*). E nesses dois exemplos reputo presente a fumaça do bom direito** não por ser clara e evidente a solução da questão de direito, e sim por respeito à densidade jurídica da controvérsia posta, ainda que contrária, repito, a pretensão imediata, ao meu entendimento pessoal sobre a questão de fundo, resguardando assim o resultado útil do processo.

Dito isso, **volto hoje à pergunta inicial**, agora com amplitude alargada, ou seja, um passo afrente: ultrapassado o juízo de conhecimento, pois já **CONHECIDO** o presente *HABEAS CORPUS* por decisão majoritária deste Plenário no último dia 22 de março, o que temos a apreciar, quanto ao mérito, nesta continuidade de julgamento?

Narra a inicial, relembro, que o paciente foi condenado em primeiro grau à pena de 9 (nove) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicial fechado, pena esta majorada em sede de apelação pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, para 12 (doze) anos e 1 (um) mês de reclusão, **com comando de execução provisória da pena após o exaurimento da jurisdição ordinária**, então em vias de ocorrer diante da data prevista naquela Corte Federal para julgamento dos embargos de declaração opostos, o que, é público e notório, já se ultimou.

Daí a impetração perante o STJ – cuja decisão é objeto do presente *habeas*, a conter em seu bojo, como pano de fundo, questão constitucional da maior relevância, que está galvanizando a atenção da sociedade brasileira, pertinente à possibilidade - à luz da nossa Lei Fundamental e em face do

princípio da presunção de inocência que ela consagra, nos moldes vazados em seu art. 5º, LVII, -, da chamada execução antecipada ou provisória da pena após o julgamento em segundo grau e enquanto não transitado em julgado o título penal condenatório.

POSTA A PERGUNTA, RESPONDO-A ACACIANAMENTE NO SENTIDO DE QUE A DECISÃO SUBMETIDA AO EXAME DESTE PLENÁRIO – E PARA AFERIR, CONSIDERADA A EXPRESSA DESTINAÇÃO DO *HABEAS CORPUS*, SE EIVADA DE MANIFESTA ILEGALIDADE, ABUSO DE PODER OU MESMO TERATOLOGIA -, É O ACÓRDÃO DA 5ª TURMA DO STJ.

Nas palavras do Relator, colhidas de seu proficiente voto, trata-se de “*ato concreto do STJ apontado como coator e tido como configurador de ilegalidade ou abuso de poder, em um caso específico*”, a ser apreciado à luz do art. 5º, inciso LXVIII, da Carta Constitucional, segundo o qual, *conceder-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder.*

Leio a ementa do acórdão combatido que bem expressa seu teor:

*HABEAS CORPUS. CORRUPÇÃO PASSIVA E LAVAGEM DE DINHEIRO. PRISÃO INTERMINADA PELO TRIBUNAL APÓS O JULGAMENTO DA APELAÇÃO. POSSIBILIDADE. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. LEGALIDADE. RECENTE ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. REGIME INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE DE SUSPENSÃO DE DIREITOS POLÍTICOS. MATÉRIA NÃO ENFRENTADA PELO TRIBUNAL A QUO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. *HABEAS CORPUS* DENEGADO.*

Após o julgamento do Habeas Corpus n. 126.292/SP (STF, Relator Ministro TEORI ZAVASCKI, TRIBUNAL PLENO, julgado em 17.2.2016), esta Corte passou a adotar o

Em elaboração

entendimento do Supremo Tribunal Federal de que "a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal". Em outras palavras, voltou-se a admitir o início de cumprimento da pena imposta pelo simples esgotamento das instâncias ordinárias, ou seja, antes do trânsito em julgado da condenação, nos termos da Súmula 267/STJ. 2. O Supremo Tribunal Federal também reconheceu a repercussão geral do tema (ARE 964.246/SP, Rel. Ministro TEORI ZAVASCKI) e, em 11.11.2016, decidiu, em Plenário Virtual, pela reafirmação de sua jurisprudência externada no mencionado HC 126.292/SP.

II - No particular, como a sentença condenatória foi confirmada pelo Tribunal de origem, se eventualmente rejeitados os Embargos de Declaração sem efeitos modificativos, e porquanto encerrada a jurisdição das instâncias ordinárias (bem como a análise dos fatos e provas que assentaram a culpa do condenado), é possível dar início à execução provisória da pena antes do trânsito em julgado da condenação, sem que isso importe em violação do princípio constitucional da presunção de inocência.

III - O Superior Tribunal de Justiça já firmou orientação no sentido de que não há que se falar em reformatio in pejus, pois a prisão decorrente de acórdão confirmatório de condenação prescinde do exame dos requisitos previstos no art. 312 do Código Penal. Entende-se que a determinação de execução provisória da pena se encontra dentre as competências do Juízo revisional e independe de recurso da acusação. HC 398.781/SP, Quinta Turma, Rel. Min. RIBEIRO DANTAS, DJe 31/10/2017).

IV - Sobressai a incompetência deste Superior

Tribunal de Justiça para a análise da impetração, quando a matéria de fundo, alegada no mandamus, que é questão eleitoral, não foi objeto de debate e decisão pelo Tribunal a quo, sob pena de indevida supressão de instância. Precedente.

Habeas Corpus denegado.

Frente a tal julgado, enfatizo, é que deduzido o pedido principal deste *habeas corpus* de “concessão da ordem para o fim de vedar a execução provisória da pena até decisão final, transitada em julgado, atinente ao processo-crime 5046512-94.2016.4.04.7000/PR, homenageando a cláusula pétrea prevista no art. 5º, inciso LVII da Constituição da República”, e, sucessivamente, “a concessão da ordem para garantir ao Paciente o direito de permanecer em liberdade até o exaurimento da jurisdição do Superior Tribunal de Justiça, consoante entendimento sedimentado nos Habeas Corpus nº 146815-MC/MG e HC 146818-MC/ES”.

Delineado o quadro, passo a explicitar as premissas teóricas em que se assenta o meu voto:

① ponto inicialmente que a aceitabilidade das decisões judiciais proferidas por Cortes Constitucionais e o respeito à sua autoridade – e, em especial, por este Supremo Tribunal Federal –, muitas vezes rotuladas de impopulares e antidemocráticas, deriva de dois aspectos subjacentes ao exercício da jurisdição constitucional.

O primeiro, relacionado ao conceito de democracia que não se fisionomiza, nas sociedades contemporâneas, pela simples prevalência do princípio majoritário. Vai além, identificando-se pela conjugação de instituições majoritárias representativas populares e instituições não eleitas de tutela dos direitos fundamentais, desenvolvendo funções distintas e complementares para o ótimo funcionamento do Estado de Direito. [1]

É cediço que as sociedades democráticas contemporâneas são marcadas por divisões culturais e pela pluralidade de percepções sobre os elementos do bem comum, de modo a importarem, a ausência de consenso e a imprevisibilidade

cotidiana presentes na arena política, em que resolvidas, como regra, as divergências por apertadas maiorias, em uma sensação de baixa legitimidade do sistema democrático representativo, com frequência bem maior do que a desejável.

Nesse cenário, ao Poder Judiciário, como elemento estruturante da democracia constitucional, compete a função de interpretar a legislação – ordinária e constitucional –, e assegurar a supremacia da própria Constituição, fundamento de validade de todo o sistema jurídico, a lei fundamental do país.

Tal competência jurisdicional explica-se porque, embora a Constituição seja o fundamento de validade de todo o sistema e obrigatória aos seus destinatários, o seu significado, consideradas as situações concretas ou mesmo em contextos abstratos, comporta divergências, em especial pela indeterminação inerente à linguagem jurídica e ao próprio Direito, notadamente às suas regras e textos. Daí a necessidade da atuação de uma instituição não eleita e imparcial para resolver os problemas de interpretação e aplicação da Constituição.

Esse caráter indeterminado do Direito, em especial da norma constitucional, evidencia-se diuturnamente com a resolução das disputas interpretativas sobre o seu significado e alcance por este Supremo Tribunal Federal, mediante suas decisões, precedentes e jurisprudência.

Ainda sobre esta questão, e a legitimidade democrática da Corte Constitucional para agir como terceiro imparcial e moderador das disputas, pertinentes as observações do Professor Dieter Grimm, juiz que integrava a Corte constitucional alemã:

“Hoje, é uma verdade que as normas jurídicas não determinam e não podem determinar o comportamento judicial e as decisões judiciais de maneira exaustiva e abrangente. Somente em casos excepcionais o texto de uma norma fornece imediatamente a resposta a uma questão jurídica. Mas como esses raramente causam litígios judiciais. Em circunstâncias normais, o

significado de uma norma geral em relação a um caso individual deve ser determinado pela interpretação, e a interpretação geralmente deixa espaço para mais de uma resposta válida. Isso vale para as normas jurídicas em geral. Mas, aplica-se com particular força às normas constitucionais. Constituições cumprem a função de fornecer uma base comum para os adversários políticos e, portanto, requerem um consenso político mais amplo do que as leis ordinárias. Elas também são mais difíceis de alterar. Por estas razões, as constituições tendem a ser mais abertas, bem como menos completas e consistentes do que as leis ordinárias. As lacunas na finalidade e conteúdo, portanto, precisam ser superadas através da interpretação ou concretização.

O que se segue disso é que a aplicação das normas constitucionais em concreto envolve a extrapolação para além dos dados fornecidos pelo caso. O significado de uma provisão deve ser determinado em uma operação mais ou menos complicada do raciocínio jurídico que, por vezes, dificulta o reconhecimento dos limites entre a interpretação e sua alteração. Isto é particularmente verdadeiro para o crescente número de casos em que as normas mais antigas tendem a ser adaptadas a novos desenvolvimentos, principalmente no campo dos direitos básicos. Assim, para manter a afirmação de que o controle de constitucionalidade não apresenta nenhum problema técnico, porque tudo o que os juízes fazem é interpretar as decisões prévias feitas pelo povo é uma saída muito difícil. A aplicação de normas não pode ser claramente distinguida da criação de normas. A jurisprudência constitui uma mistura de elementos cognitivos e voluntários. As normas que vinculam o governo são o produto do processo de interpretação, em grande parte, "feitas" pelos tribunais." [2]

Nessa linha, o caráter distintivo da autoridade do Poder Judiciário reside no seu elemento procedimental a impor restrições de razão pública a todo processo de tomada de decisões. Nas palavras do Professor Owen Fiss, essa deferência e a aceitabilidade da autoridade do Poder Judiciário podem ser justificadas por uma consideração instrumental, especificamente pela crença de que, em geral, os tomadores de decisão vinculados por procedimento têm maior probabilidade do que outros de tomar

a decisão correta ou produzir o verdadeiro significado da Constituição". [3]

(ii) anoto, em segundo lugar, questão que antecede, ontologicamente, o próprio dimensionamento da garantia fundamental assegurada no **art. 5º, LVII, da Constituição**, objeto do mérito, que diz com a **segurança jurídica, segurança jurídica** que, na minha compreensão, mais do que um princípio, consiste em um **valor ínsito à democracia, ao estado de direito** e ao próprio **conceito de justiça**, além de traduzir, na ordem constitucional, uma **garantia dos jurisdicionados**. Nesse enfoque, a **imprevisibilidade, segundo entendo, por si só** qualifica-se como elemento capaz de degenerar o **Direito em arbítrio**.

Por isso aqui já afirmei, mais de uma vez, que, compreendido o **Tribunal** como **instituição, a simples mudança de composição não** constitui fator suficiente para legitimar a **alteração da jurisprudência**, como tampouco o são, acresço, razões de natureza pragmática ou conjuntural.

Nessa linha argumentativa, afirma Frederick Schauer: *"espera-se que um tribunal resolva as questões da mesma maneira que ele decidiu no passado, ainda que os membros do tribunal tenham sido alterados, ou se os membros dos tribunais tenham mudado de opinião"*. [4] Igualmente Neil MacCormick, para quem a *"fidelidade ao Estado de direito requer que se evite qualquer variação frívola no padrão decisório de um juiz ou tribunal para outro"* [5].

É dizer, a consistência e a coerência no desenvolvimento judicial do Direito são virtudes do sistema normativo enquanto virtudes do próprio Estado de Direito. As instituições do Estado devem proteger os cidadãos de incertezas desnecessárias referentes aos seus direitos.

Embora a jurisprudência comporte, obviamente, inovação – porque, insisto, a vida é dinâmica, a sociedade avança, o patamar civilizatório se eleva – é o que pelo menos se deseja – e o Direito os segue –, a atualização do Direito operada pela via judicial – pela atividade hermenêutica dos juízes e tribunais – há de evitar rupturas bruscas e ser justificada adequadamente;

(iii) como terceiro ponto, **ABORDO o significado do princípio da colegialidade, na engenharia decisória da atividade jurisdicional**, notadamente a desempenhada pelas Cortes Supremas, princípio este QUE há de ser bem compreendido. **A colegialidade, como método decisório dos julgamentos em órgãos coletivos pelo qual o decidir se dá em conjunto, impõe, aos integrantes do grupo, da assembleia ou do tribunal, procedimento decisório distinto daquele a que submetido o juiz singular.**

Por funcionar como um colegiado, em um tribunal, a justificação da decisão judicial não se detém no raciocínio jurídico de um único juiz, avançando à fase da deliberação, na qual as manifestações individuais são postas em confronto e têm sua consistência e validade testadas, para, na etapa seguinte, proclamar-se resultado que expresse a opinião unânime ou majoritária do tribunal, enquanto voz e voto de um ente coletivo.

A colegialidade, nesse ENFOQUE, assume, em um primeiro olhar, estrutura procedimental marcada pela igualdade e liberdade dos julgadores no compartilhamento dos argumentos jurídicos a fim de compor uma racionalidade única, institucional, do tribunal, conquanto comporte, por óbvio, expressão de divergências.

Em uma segunda dimensão, a colegialidade, quanto ao seu elemento funcional, exige a direta interação, por meio do respeito e confiança recíprocos, entre os membros do grupo para a formação da vontade coletiva, que não se perfectibiliza com a soma de várias vozes, e sim com a sua conjugação em uníssono, a voz da Corte para toda sociedade a confirmar a ordem normativa constitucional.

Em outras palavras, as vozes individuais vão dando em favor de uma voz institucional, objetiva, resultante das diversas interpretações jurídicas colocadas na mesa para deliberação. Essa compreensão tem sido endossada por expressivos doutrinadores brasileiros dedicados ao estudo do

processo constitucional, dentre os quais lembram Luiz Guilherme Marinoni [6], Conrado Hubner Mendes [7] e Virgílio Afonso da Silva [8].

Nesse contexto normativo e institucional, **reputo o princípio da colegialidade imprescindível (isto é, necessário e suficiente) para o sistema, porquanto a individualidade dentro do tribunal, no processo decisório, tem um momento delimitado, a partir do qual cede espaço para a razão institucional revelada no voto majoritário da Corte.**

Corroborando essa afirmativa o argumento esgrimido por Neil MacCormick:

Um procedimento decisório razoável é a única solução apropriada para desacordos interpessoais, situação em que todos ou a maioria dos afetados pela decisão aceitam que o desacordo é de fato razoável, e não simplesmente a face gentil dos poderosos direcionada àqueles com menor poder. Portanto, é inerente a tal procedimento a produção de determinação jurídica, operando (no mínimo) caso a caso. Os direitos ou infrações das partes, e as respectivas ações judiciais ou penalidades estabelecidas após tal debate são, ou se tornam pelo ato mesmo da decisão, os direitos ou responsabilidades jurídicas daquelas partes nos termos firmados pela opinião majoritária (ou, quando possível unânime) do tribunal em questão. Sob um sistema de precedentes vinculantes ou persuasivos, tais decisões também transcendem cada caso particular e são recebidas como criadoras do Direito ou como decisões que interpretam e determinam o Direito como autoridade, na medida em que se aplicam a qualquer outra pessoa dentro daquela jurisdição.”[9]

Em resumo, compartilho da visão de que os juízes, individualmente considerados, de uma Corte Constitucional estão a serviço de um propósito institucional. O incremento da cultura constitucional e da legitimidade da jurisdição constitucional no corpo social e dos demais atores institucionais da democracia deve ser fomentado, precipuamente, por este Supremo Tribunal Federal. Nessa senda as lúcidas observações do Professor italiano Gustavo Zagrebelsky, ex-integrante da Corte Constitucional italiana, quanto à questão da colegialidade nos tribunais, verbis:

“A atividade do Tribunal está fundada sobre as distintas personalidades dos juízes que se expressam nas salas de deliberações. Ao mesmo tempo, é rigorosamente colegiado. Isto assume um significado profundo, que vai além do mero respeito às regras de funcionamento. É mais, conquanto em outros países os juízes constitucionais estão dotados de personalidade própria e individualidades institucional, na Itália os juízes constitucionais – aos quais se reconhece a mais plena subjetividade dentro do colégio – não são nada fora do Tribunal. (...) Esta condição que claramente distingue um órgão como o Tribunal Constitucional de outro parecido político ou municipal, como um parlamento ou assembleia, pode manter-se sempre que o número de componentes seja adequado ao espírito do órgão e a sua função, ou seja, um número não muito elevado.”[10]

(iv) pontuo ainda o significado, no ordenamento jurídico brasileiro, da atribuição de **repercussão geral** a determinado julgado ou conjunto de julgados, e a delicada questão dos precedentes judiciais.

À decisão em recurso extraordinário com **repercussão geral** reconhece-se **eficácia erga omnes** (i.e. eficácia que não se restringe às partes litigantes do caso que foi decidido, tornando-se aplicável a outros casos). Esse predicado, que não é exclusivo da jurisdição constitucional, não se confunde, é certo, com **o efeito vinculante das decisões proferidas no controle concentrado de constitucionalidade**. A teor dos **arts. 102, § 2º, e 103-A, caput, da CF, o efeito vinculante** – pelo qual a observância torna-se **obrigatória**, cogente – traduz eficácia **própria e exclusiva: (1) das decisões de mérito proferidas no controle concentrado de constitucionalidade; e (2) dos enunciados de súmula vinculante**.

Eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, são, portanto, é consabido, institutos diversos.

Não obstante, ainda que a decisão proferida por esta Suprema Corte em **repercussão geral** careça da força do **efeito vinculante** propriamente dito, penso que o devido equacionamento da extensão de sua eficácia não pode deixar de

levar em conta que, na **jurisdição constitucional**, a coisa julgada – se é que o conceito é adequado – transcende a sua clássica função de amparar direitos subjetivos. Nas Cortes Supremas, leciona Daniel Mitidiero, “*o caso concreto é apenas um meio a partir do qual se parte para chegar-se ao fim interpretação do direito*”. [11] Na mesma linha, Georges Abboud ressalta que o interesse tutelado, aqui, “*é difuso e sua natureza é objetiva*”. [12]

Assim, o fato de carecer o *decisum* proferido no regime repercussão geral de **efeito vinculante** em sentido estrito não é suficiente, na minha visão, para autorizar seja simplesmente dispensada a sua observância. Trata-se, no mínimo, de precedente da Corte que deve ser reconhecido, pelo menos, como ponto de partida, como indicador da forma de interpretar o Direito [10]. A doutrina do precedente, hoje acolhida no **art. 927 do Código de Processo Civil de 2015**, estabelece um padrão de equidade e coerência normativa decisória – previsibilidade e fortalecimento da instituição – para o exercício da jurisdição.

O respeito ao precedente judicial baseia-se na premissa fundamental de que decidir casos similares de modo semelhante integra o próprio **conceito de justiça**, na dimensão da equidade. Dessa forma, “*(...) as sentenças constitucionais, mormente as interpretativas, em razão de sua dimensão integradora e interpretativa, guardam semelhança com o precedente do stare decisis como fonte do direito. Frise-se que elas se assemelham àquele regime quanto a constituírem importante fonte do direito e não no tocante a seu efeito vinculante, que no regime do stare decisis é muito mais flexível e incide muito poucas vezes nas questões constitucionais*”. [13]

O **art. 926 do Código de Processo Civil de 2015** dispõe que “*os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente*”. Daí se compreende, *prima facie*, que uma vez estabilizada a jurisprudência ou firmados os precedentes, devem os tribunais observá-los, salvo quando presentes razões que justifiquem a sua revisão. É nesse contexto que se insere o dever de observância do precedente, a teor do **art. 927, III e V, do CPC**.

No que diz com a exigência de **integridade**, incorporada ao citado **art. 926 do Código de Processo Civil**, o respeito à autoridade dos precedentes deve ter, de fato e sempre, a **primeira palavra** sobre o Direito: é o necessário ponto de

partida. A essa primeira palavra, muitas vezes – e espera-se que na maioria delas – nada se faz necessário acrescentar, o que não significa outra coisa senão a chancela do precedente.

Não se tratando, porém, de decisão definitiva de mérito proferida em sede de controle concentrado de constitucionalidade (**art. 102, § 2º, da CF**), tampouco de orientação reduzida a enunciado de súmula vinculante (**art. 103-A, caput, da CF**), não há falar seja essa primeira palavra, necessariamente, também a última, pois lhe falta, como já registrado, o efeito vinculante. Nesses casos, a integridade do Direito, entendida como consistência e coerência do Direito em geral, e das decisões judiciais em particular, não se reduz, enquanto valor político-jurídico, na reprodução cega do precedente. É que a integridade, na lição de Ronald Dworkin, “(...) exige que as normas públicas da comunidade sejam criadas e vistas, na medida do possível, de modo a expressar **um sistema único e coerente de justiça e equidade na correta proporção. Uma instituição que aceite esse ideal às vezes irá, por esta razão, afastar-se da estreita linha das decisões anteriores, em busca de fidelidade aos princípios concebidos como mais fundamentais a esse sistema como um todo.**”[14]

É equívoco, portanto, apreender o regime de precedentes de modo a lhe emprestar rigidez e mecanicidade. A lógica cartesiana e o pensamento dedutivo são procedimentos estranhos ao funcionamento desse sistema cuja evolução e aperfeiçoamento se deram, historicamente, de forma orgânica e indutiva. O precedente não se impõe como estatuto, como lei. Nesse sentido, o magistério de Karl Larenz:

“Apesar disso, a questão de se os precedentes são fontes do ‘direito vigente’, se o ‘Direito judicial’ se equipara ao Direito legal, não pode ser simplesmente respondida de modo afirmativo. Tão-pouco os tribunais, segundo a nossa organização jurídica, estão indubitavelmente ‘vinculados’ aos precedentes como estão, por exemplo, à lei. Não é o precedente como tal que ‘vincula’, mas apenas a norma nele corretamente interpretada ou concretizada. (...) Portanto, o juiz não deve aceitar de certo modo ‘cegamente’ o precedente. Não só está habilitado, mas mesmo obrigado, a afastar-se dele se chega à conclusão de que contém uma

interpretação incorreta ou um desenvolvimento do Direito insuficientemente fundamentado, ou que a questão, nele corretamente resolvida para o seu tempo, tem que ser hoje resolvida de outro modo, por causa de uma mudança da situação normativa ou da ordem jurídica no seu conjunto.

(...)

Os precedentes podem contar a seu favor com uma certa presunção de correção; porém o juiz não deve abandonar-se a eles se qualquer prevenção, mas tem que fazer um juízo próprio, pelo menos quando surjam dúvidas sobre a correção do precedente.”[15]

A relação do Tribunal com o precedente se dá em permanente tensão entre estabilidade e continuidade, de um lado, e os imperativos da adequação, da evolução e do aperfeiçoamento do Direito, de outro. Sem deixar de apresentar **consistência**, o sistema deve reter flexibilidade suficiente para o seu desenvolvimento ao acomodar espaço para mudança e evolução. Ao olharmos para esse sistema com as lentes da tradição romano-germânica do Direito que aqui prevalece – legalista, estatutária – corremos o risco de abrigar, em nosso sistema, verdadeiras e nocivas distorções.

Soma-se a essa questão, outra, que lhe é conexas, e diz respeito a até que ponto uma Corte Constitucional está vinculada aos próprios precedentes, o chamado *stare decisis*.

Embora seja controvertida na doutrina, a questão relativa à vinculação dos tribunais constitucionais e Cortes de cúpula em geral às suas próprias decisões – o *stare decisis*, como já referido – (v.g., pela vinculação: Canotilho; em sentido contrário: Karl Larenz, Ives Gandra Martins, Blanco de Moraes), ainda quando tal vinculação é reconhecida, nunca o é de modo inexorável. Diante de mutações jurídicas ou de alterações fáticas significativas, não há muita dificuldade em se reconhecer que o tribunal *deve afastar ou rever suas decisões, possuindo o ônus da argumentação para tanto*”.[16] Atento a essas justificações, o Código de Processo Civil de 2015 prescreveu no art. 927, §§2º, 3º e 4º [17] que a alteração de precedentes pelas Supremas Cortes observará a necessidade de fundamentação

adequada e específica, considerando os princípios de segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia, sendo que, entendendo pertinente, poderá o Tribunal convocar audiência pública para a rediscussão da tese jurídica firmada anteriormente.

Pertinente é o reconhecimento de que a regra do *stare decisis* **é particularmente flexível quando se trata de casos que envolvem a aplicação de preceitos da Constituição.**

O próprio instituto da *causa petendi* aberta, tão caro à jurisdição constitucional, somente faz sentido se se reconhece a faculdade de a Suprema Corte rever suas decisões, não estando a elas estritamente vinculado, especialmente diante de novos argumentos jurídicos.

Por essa mesma razão – vale dizer, o caráter aberto e progressivo da jurisdição constitucional –, não faz sentido impor, como condição de legitimidade da revisão das próprias decisões pela Corte Constitucional, qualquer espécie de limitação que assuma a forma de uma cláusula *rebus sic stantibus*.

Esse posicionamento orienta-se, a meu juízo, em compasso com a exortação de Ronald Dworkin, para quem o julgador, diante do caso concreto, não pode jamais abrir mão de buscar a resposta que preserve aquilo que ele chama de integridade do direito (*the right answer thesis*).

(b) como último ponto, destaco o óbvio: meu pleno conhecimento de que o Plenário é o *locus* adequado para, externando cada julgador sua posição pessoal, serem revisitados temas e acaso alterada a jurisprudência da Corte, tal como aconteceu tanto no HC 84.078, Rel. Min. Eros Grau, em 2009, como no HC 126.292, Rel. o querido e saudoso Min. Teori Zavaski. Aliás, ao afirmar que os juízes e tribunais observam a orientação do **plenário ou do órgão especial** a quem vinculados, o **art. 927, V, do CPC** define tais colegiados como lugar apropriado para que eventual revisão jurisprudencial se opere legitimamente. Esta compreensão é corroborada pelo **art. 927, § 4º, do CPC**, que, a seu turno, delimita condições para a revisão da jurisprudência.

A reflexão que faço a respeito, todavia, diz com a minha compreensão sobre a desejável observância horizontal das decisões do Plenário, presencial e virtual, ainda que em *habeas corpus*, bastando lembrar que aqui se decidiu – e integrei, repito, a corrente minoritária – que a execução antecipada da pena a partir da decisão de segundo grau e antes do trânsito em julgado do título penal condenatório não compromete o princípio da presunção de inocência, o que não tem prevalecido ao julgamento inúmeros *habeas corpus*.

Importante pontuar, por fim, o meu entendimento de que a decisão judicial deve se apoiar não nas preferências pessoais do magistrado, mas na melhor interpretação possível do direito objetivo: a Constituição, as leis, a tradição jurídica, a prática institucional e os valores de uma sociedade. A interpretação judicial da lei, nesse sentido, “*deve refletir não apenas suas convicções sobre justiça (...) – embora estas também tenham um papel a desempenhar –, mas também suas convicções sobre os ideais de integridade e equidade políticas e de devido processo legal, na medida em que estes se aplicam especificamente à legislação em uma democracia.*”[18] – lição de Dworkin.

A decisão a ser tomada deve levar em conta justificção racional, do ponto de vista lógico-argumentativo, como método de interpretação jurídica necessária e suficiente para o cumprimento do dever de fundamentação das decisões judiciais. Do ponto de vista da integridade, o respeito ao precedente não pode negar o direito subjetivo, titularizado por todo jurisdicionado, de ter seus casos julgados de acordo com a melhor concepção das normas jurídicas vigentes.

Diante de uma dicotomia de posições substanciais, como a verificada, o dever do julgador é expor, tanto quanto possível, de modo, senão convincente, ao menos compreensível aos que seguiriam a senda diversa, as razões pelas quais o seu senso de justiça o fez optar por uma delas. Divergências interpretativas sobre o direito são ínsitas ao exercício da jurisdição, mas, ao contrário daqueles que podem se comprometer com essa ou aquela posição, esse ou aquele interesse, esse ou aquele resultado, o guardião da causa da justiça não pode se furtar,

por imposição do dever de imparcialidade a que vinculado, à justificação racional da sua decisão.

O dever de fundamentação de resto, está imposto ao magistrado pelo art. 93, IX, da nossa Lei Fundamental. Ainda que as razões de decidir não sejam capazes de convencer a todos – e nunca serão – elas devem atender à pretensão de ser racionalmente compreendidas, senão por todos, pelo menos por aqueles preocupados mais com a realização institucional de um julgamento correto, do que com a vicissitude do resultado eventualmente alcançado.

O dever de fundamentação somente se densifica, enquanto norma de procedimento, quando se compreende que a decisão judicial há de expressar, no seu resultado, qualquer que seja, a consequência da aplicação imparcial do método. Em momento algum, como se vê, é possível ignorar a inescapável tensão interna à ideia de integridade da justiça: a unidade do direito e a segurança jurídica, de um lado, e a abertura para a evolução, a atualização e o aperfeiçoamento, de outro.

Colocadas tais premissas teóricas, e forte no que nelas explicitarei, destaco que, tendo integrado a corrente minoritária neste Plenário quanto ao tema de fundo, passei a adotar, nesta Suprema Corte e no exercício da jurisdição eleitoral, no TSE, a orientação hoje prevalecente, de modo a atender não só o **dever de equidade** que há de nortear, na minha visão, a prestação jurisdicional – tratar casos semelhantes de modo semelhante (*treat like cases alike*) – mas também, como sempre enfatizo, o princípio da **colegialidade** que, enquanto expressão da exigência de **integridade da jurisprudência**, é meio de atribuir **autoridade e institucionalidade** às decisões desta Casa, conforme explanei anteriormente.

Nessa linha de raciocínio, e sendo prevalecente neste Supremo Tribunal Federal o entendimento de que a execução provisória *“de acórdão penal condenatório proferido em julgamento de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal”* - tese consagrada por este Plenário em 17 de

fevereiro de 2016, ao exame do HC 126.292/SP, da relatoria do querido e saudoso Min. Teori Zavascki (DJe de 17.5.2016), reafirmada em 05.10.2016 também por este Plenário quando do indeferimento das medidas cautelares requeridas nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44, da relatoria do Min Marco Aurélio, e mais uma vez em 10.11.2016, **sob a sistemática da repercussão geral**, no ARE 964.246-RG/SP, também da relatoria do Min. Teori Zavascki, no Plenário Virtual (DJe 25.11.2016), quando reafirmada a jurisprudência dominante, **não tenho como reputar ilegal, abusivo ou teratológico, acórdão que, forte nesta compreensão do próprio Supremo Tribunal, rejeita a ordem de *habeas corpus***, independentemente da minha posição pessoal quanto ao tema de fundo e devidamente ressaltado o meu ponto de vista a respeito, ainda que, repito, o Plenário seja sem dúvida o **locus** apropriado para revisar tais temas. Hoje, todavia, não estão em julgamento as Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44, nas quais, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, o tema se põe - no mérito **ainda pendente de apreciação por este Plenário**-, diante do pedido de declaração de constitucionalidade do **art. 283 do CPP**, de seguinte teor:

“Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.” Como já repeti à exaustão, acórdão do STJ que se funda na orientação prevalecente desta Casa para denegar a ordem em absoluto, na minha visão - buscando a mais respeitosa vênia aos que entendem de forma diversa, **em absoluto reitero o meu acórdão de ilegal, abusivo ou teratológico de modo a autorizar a concessão da ordem.** Faço sim o *distinguishing (distinção)*, no âmbito do *habeas corpus*, entre decisão proferida com base na afirmação de tese fundada em interpretação de texto constitucional - como ocorreu nos HCs sob a relatoria dos Ministros Eros Grau e Teori Zavascki, e decisão lançada pela observância da jurisprudência prevalecente desta Suprema Corte

reafirmada sob a sistemática da repercussão geral, como a da 5ª Turma do STJ contra a qual se volta a presente impetração.

Reporto-me, pela coerência que entendo deva eu manter nas decisões que profiro, às inúmeras que tenho exarado monocraticamente desde 2016, a última, inclusive, há poucos dias no HC 154.108/SP, em 19.3.2018.

À demasia, colaciono julgados colegiados desta Suprema Corte em que referendado o entendimento que norteou a decisão do STJ contra a qual se volta o presente *writ*, inclusive em feitos sob a minha relatoria, em que destaco, por todos, o HC 149120-AgR/PI, Rel. Min. Rosa Weber, 1ª Turma, j. 01.12.2017, DJe 15.12.2017, decisão com trânsito em julgado em 06.02.2018, assim ementado:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. NÃO ESGOTAMENTO DE JURISDIÇÃO. CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. POSSIBILIDADE.

1. Há óbice ao conhecimento de habeas corpus impetrado contra decisão monocrática, indeferitória de writ, do Superior Tribunal de Justiça, cuja jurisdição não se esgotou. Precedentes.

2. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em julgamento de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal (HC 126.292/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, Plenário, DJe 17.5.2016). Ressalva de entendimento desta Relatora.

3. Orientação reafirmada por esse Supremo Tribunal Federal, ao indeferir as medidas cautelares requeridas nas ADC's 43 e 44, que pretendida, ao argumento da inconstitucionalidade do art. 283 do

CPP, a suspensão das execuções provisórias da condenação confirmada em 2º grau.

4. Ratificação da jurisprudência da Casa, ao julgamento do ARE 964.246-RG/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, Plenário Virtual, DJe 25.11.2016, sob a sistemática da repercussão geral, nos seguintes termos: a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal.

5. Agravo regimental conhecido e não provido.

Outros precedentes, a título ilustrativo, de diferentes

Relatores:

“Processual penal. Embargos Declaratórios recebidos como Agravo Regimental em Habeas Corpus. Condenação por estupro de vulnerável. Execução provisória. Possibilidade.

1. (...)

2. A execução de decisão penal condenatória proferida em segundo grau de jurisdição não viola o princípio constitucional da presunção de inocência ou não- culpabilidade.

3. A orientação adotada pelo Plenário do STF, no julgamento do HC 126.292, Rel. Min. Teori Zavascki, não significou aplicação retroativa de lei penal mais gravosa. Precedentes.

4. Agravo regimental desprovido.” (HC 135.567-ED/SP, Rel. Min. Roberto Barroso, 1ª Turma, DJe 16.3.2017)

“AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. DECISÃO MONOCRÁTICA. INEXISTÊNCIA DE ARGUMENTAÇÃO APTA A MODIFICÁ- LA. MANUTENÇÃO DA NEGATIVA DE SEGUIMENTO. CONDENAÇÃO EM SEGUNDO GRAU. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. (...)

2. Nos termos do decidido pelo Tribunal Pleno, “a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, **não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal.**” (HC 126292, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016).

3. Na mesma direção, ao indeferir tutela cautelar nas ADCs 43 e 44, o Plenário conferiu interpretação conforme ao art. 283, CPP, para o fim de assentar que é coerente com a Constituição o principiar de execução criminal quando houver condenação confirmada em segundo grau, salvo atribuição expressa de efeito suspensivo ao recurso cabível.

4. Por fim, sob a ótica da repercussão geral, o Tribunal reafirmou sua jurisprudência para o fim de explicitar que “a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, **ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal.**” (ARE 964246, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 11.11.2016)

5. Agravo regimental desprovido.” (HC 137.908-AgR/SP, Rel. Min. Edson Fachin, 1ª Turma, DJe 06.3.2017)

“Agravo regimental em habeas corpus. Penal. Crime de evasão de divisas (art. 22 da Lei nº 7492/86). Condenação confirmada em segundo grau. Execução provisória da pena determinada. Pretendida desconstituição da medida. Negativa de seguimento ao writ por incidência da Súmula nº 691/STF. Possibilidade. Inteligência do art. 21, § 1º, do RISTF. Não ocorrência de violação do princípio da

colegialidade. Precedentes. Inexistência de ilegalidade flagrante capaz de temperar o rigor da súmula em evidência. Agravo regimental não provido.

1. Não ofende o princípio da colegialidade o uso pelo relator da faculdade prevista no art. 21, § 1º, do Regimento Interno da Corte, o qual lhe confere a prerrogativa de, monocraticamente, negar seguimento a pedido ou recurso manifestamente inadmissível, improcedente ou contrário a jurisprudência dominante ou a súmula do Tribunal.

2. A hipótese narrada nos autos não enseja a superação do enunciado da Súmula nº 691 da Suprema Corte. A decisão ora hostilizada não merece reparos, pois a questão foi resolvida nos exatos termos da jurisprudência que se formou na Corte.

3. A decisão do juízo de origem que determinou a execução provisória da pena imposta ao ora agravante não configurou reformatio in pejus e nem afrontou a jurisprudência fixada pelo Supremo Tribunal Federal que, no julgamento do HC nº 126.292/SP, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Teori Zavascki, entendeu que “a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em julgamento de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência” (DJe de 17/5/16).

4. Esse entendimento, aliás, manteve-se inalterado na Corte, que, em 5/10/16, indeferiu as medidas cautelares formuladas na ADC nº 43 e na ADC nº 44, as quais pleiteavam, sob a premissa da constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, a suspensão das execuções provisórias de decisões penais que têm por fundamento as mesmas razões de decidir do julgado proferido no HC nº 126.292/SP.

5. Agravo regimental ao qual se nega provimento.” (HC 134.863-AgR/SP, Rel. Min. Dias

Toffoli, 2ª Turma, Dje 01.02.2017)

“AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIMES DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA, DE ESTELIONATO E DE SUPRESSÃO DE DOCUMENTO. ARTIGOS 168, 171 E 305 DO CÓDIGO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL.

INADMISSIBILIDADE. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA JULGAR HABEAS CORPUS: CRFB/88, ART. 102, I, D E F. HIPÓTESE QUE NÃO SE AMOLDA AO ROL TAXATIVO DA COMPETÊNCIA DESTA SUPREMA CORTE. POSSIBILIDADE DE CONSTRIÇÃO DA LIBERDADE ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DO PROCESSO. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE TERATOLOGIA, ABUSO DE PODER OU FLAGRANTE ILEGALIDADE. APLICABILIDADE DO ENTENDIMENTO FIRMADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM SEDE DE REPERCUSSÃO GERAL. TEMA925.

1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, **não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal**, consoante julgamento do ARE 964.246, julgado sob o rito da repercussão geral (tema 925).

2. In casu, o paciente foi condenado à pena de 07 (sete) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, bem como ao pagamento de 40 (quarenta) dias- multa em razão da prática dos crimes de apropriação indébita, de estelionato e de supressão de documento, previstos, respectivamente, nos artigos 168, 171 e 305 do Código Penal.

3. A competência originária do Supremo Tribunal Federal para conhecer e julgar habeas corpus está definida, exhaustivamente, no artigo 102,

inciso I, alíneas d e i, da Constituição da República, sendo certo que o paciente não está arrolado em qualquer das hipóteses sujeitas à jurisdição desta Corte.

4. A execução provisória da pena coaduna com o princípio da vedação da *reformatio in pejus*, quando mantida a condenação do paciente pela Corte local, porquanto a constrição da liberdade, neste momento processual, fundamenta-se na ausência de efeito suspensivo dos recursos extraordinário e especial, no restrição do espectro de cognoscibilidade desses mecanismos de impugnação, bem como na atividade judicante desempenhada pelas instâncias ordinárias.

5. Agravo regimental desprovido.” (HC 138.890-AgR/PE, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, DJe 23.3.2017).

Reitero, ademais, que a jurisprudência firmada no âmbito de ambas as Turmas desta Suprema Corte, ao afastar os argumentos de *reformatio in pejus*, de retroatividade desfavorável ao paciente e/ou de violação ao postulado constitucional da presunção de inocência, ratificou a viabilidade da execução dita provisória da pena.

Senhor Presidente, enfrento este *habeas corpus* nos exatos termos em que fiz todos os outros que desde 2016 me foram submetidos, reafirmando que o tema de fundo, para quem pensa como eu, há de ser sim revisitado no exercício do controle abstrato de constitucionalidade, vale dizer, nas ADCs da relatoria do Min. Marco Aurélio, em que esta Suprema Corte, em atenção ao princípio da segurança jurídica, em prol da sociedade brasileira, há de expressar, como voz coletiva, enquanto guardião da Constituição, se o caso, outra leitura do art. 5º, LVII, da Lei Fundamental. Tal preceito, com clareza meridiana, consagra o princípio da presunção de inocência, ninguém o nega, situadas no seu termo final – o momento do

trânsito em julgado - sentido e alcance, pontos de candentes divergências, as disputas hermenêuticas.

ACOMPANHO, POIS, NO ÂMBITO DESTES HABEAS CORPUS, O RELATOR, A QUEM RENOVO MINHAS HOMENAGENS, DENEGANDO A ORDEM.

É COMO VOTO, PRESIDENTE.

[1] Na literatura jurídica, nessa linha de concepção acerca teoria da separação de poderes nas sociedades e democracias constitucionais contemporâneas, está Pasquale Pasquale e John Ferejohn (FEREJOHN, John. Constitutional review in global context. *N.Y.U Journal of Legislation & Public Policy*, vol. 6, n.1, 2002. p. 49-59; Constitutional adjudication: lessons from Europe. *Texas Law Review*, vol. 87, n. 4, p. 1671-1704; Constitutional Courts as deliberative institutions: towards an institutional theory of constitutional justice. In: SADURSKI, Wojciech (Ed.). *Constitutional justice east and west: democratic legitimacy and constitutional courts in post-communist Europe in a comparative perspective*. Amsterdã: Springer, 2003), Dieter Grimm (Constitutional adjudication and democracy. *Israel Law Review*, vol. 33, 1999, p. 209-209; Constitutional adjudication and constitutional interpretation: between law and politics. *NUJS Law Review*, vol. 4, issue 1, 2011. p. 15-29), Gustavo Zagrebelsky (La Corte in politica. *Quaderni costituzionale*, XXV, n. 2, giugno 2005. p. 273-282; *Principi e voti: la Corte costituzionale e la politica*. Torino: Giulio Einaudi Editore, 2005; *Il diritto mite: legge, diritti, giustizia*. Torino: Einaudi; 1992), Owen Fiss (To make the constitution a living truth. In: *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017), Aharon Barak ("A Judge on Judging: the role of a Supreme Court in a democracy". *Harvard Law Review*, n. 16, 2002. p. 19-162), Stephen Brayer (*Making our democracy work: a judge's view*. Vintage Books: New York, 2011), CAPPELLETTI, Mauro. *The judicial process in comparative perspective*. Oxford: Clarendon Press, 1989), Conrado Hubner

Mendes (*Constitutional courts and deliberative democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2014).

[2] Tradução livre de: *"Today, it is a truism that legal norms do not and cannot determine judicial behaviour and court decisions in an exhaustive Comprehensive manner. Only in exceptional cases only does the text of a norm immediately provide the answer to a legal question. Cases like these rarely cause litigation. Under normal circumstances, the meaning of a general norm with regard to an individual case has to be determined by interpretation, and interpretation usually leaves room for more than one answer. This is true for legal norms in general. But it applies with particular force to constitutional norms, Constitutions fulfil the function of providing a common basis for political adversaries and thus require a political consensus broader than that underlying ordinary laws. They are also more difficult to amend. For these reasons, constitutions tend to be more open-ended as well as less complete and consistent than ordinary laws. Gaps in scope and content, therefore, need to be bridged through interpretation or concretisation.*

What follows from this is that the application of constitutional norms in concrete involves extrapolation beyond, the given. The meaning of a provision must be determined in a more or less complicated operation of legal reasoning which sometimes makes it difficult to recognise the boundaries between interpretation and amendment. This is particularly true for the growing number of cases where old norms have to be adapted to new developments; mainly in the field of basic-rights. Thus, to maintain that judicial review poses a democratic problem because all that judges do is to enforce prior decisions made by the people is too easy a way out. The distinction of norms cannot be clearly distinguished from norm creation. Adjudication constitutes a mixture of cognitive and voluntary elements. The norms which bind government are, in the process of interpretation, to a large extent "made" by the courts." GRIMM, Dieter. Constitutional adjudication and democracy. *Israel Law Review*, vol. 33, 1999, p. 205-206.

[3] FISS, Owen. *To make the constitution a living truth*. In: *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017.

[4] SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning*. Cambridge: Harvard University Press, 2012, p. 37.

[5] MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito*. Uma teoria da argumentação jurídica. Tradução de Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 191.

[6] MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas cortes supremas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015; MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto corte de precedentes: recompreensão do sistema processual da Corte Suprema*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

[7] MENDES, Conrado Hubner. *Desenho deliberativo de cortes constitucionais no STF*. In: MACEDO, Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortaca (org.). *Direito e interpretação: racionalidade e instituições*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2011. p. 337-361; MENDES, Conrado Hubner. *Projeto de uma corte deliberativa*. In: NOJVIDIC, Adriana; PINTO, Henrique Motta; GONZAGA, Paula; SOUZA, Rodrigo Pagani de. *Jurisdição constitucional no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 53-74; MENDES, Conrado Hubner. *Constitutional courts and deliberative democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2014.

[8] SILVA, Virgílio Afonso. *Deciding without deliberating*. *International Journal of Constitutional Law*, vol. 11, issue 3, p. 557-584.

[9] MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito*. Uma teoria da argumentação jurídica. Tradução de Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 339.

[10] ZAGREBELSKY, Gustavo. *Principi e voti: la corte costituzionale e la politica*. Torino: Giulio Einaudi editore, 2005, p. 67.

[11] MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

[12] ABOUD, Georges. *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

[13] ABOUD, Georges. *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

[14] DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

[15] LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.

[16] ABOUD, Georges. *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

[17] CPC/2015, Art. 927. Os juízes e tribunais observarão:
(...)

§ 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamentos de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

§ 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela fundada em julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

§ 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

§ 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.

[18] DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

Em elaboração

ANEXO C

Voto Edson Fachin Habeas Corpus 152.752

HABEAS CORPUS 152.752 PARANÁ

V

O

T

O

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR): 1.

Senhora

Presidente, vencido na preliminar, passo ao exame do mérito.

Trata-se neste HC da análise da higidez de um ato concreto apontado como coator e tido como configurador de ilegalidade ou abuso de poder. Por isso, é tema circunscrito e de menor amplitude em relação às ações objetivas (as ADCs 43 e 44). Não é a hipótese de implementar, neste *habeas corpus*, uma revisita ao tema subjacente. O objeto deste HC se coaduna com a destinação constitucional do remédio constitucional em apreço:

“Art. 5º, LXXIII - conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder; (...)”.

Em outras palavras, o que está em questão, nesta ocasião, é o **juízo do ato indicado como coator, um ato concreto do STJ num caso específico. A partir do texto constitucional**

acima citado e da jurisprudência deste STF, a pergunta que emerge é: haveria no ato indicado como coator ilegalidade ou abuso de poder?

Apresento a resposta.

2. Conforme já mencionado em sede preliminar, apontou-se como ato coator, inicialmente, a decisão monocrática, proferida no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. Posteriormente, por meio de aditamento, a defesa noticiou a superveniência, no contexto daquele Tribunal Superior, de acórdão denegatório da ordem, decisão assim ementada:

“HABEAS CORPUS. CORRUPÇÃO PASSIVA E LAVAGEM DE DINHEIRO. PRISÃO DETERMINADA PELO TRIBUNAL APÓS O JULGAMENTO DA APELAÇÃO. POSSIBILIDADE. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. LEGALIDADE. RECENTE ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. REGIME INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. SUSPENSÃO DE DIREITOS POLÍTICOS. MATÉRIA NÃO ENFRENTADA PELO TRIBUNAL A QUO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. HABEAS CORPUS DENEGADO.

I- Após o julgamento do *Habeas Corpus* n. 126.292/SP (STF, Relator Ministro TEORI ZAVASCKI, TRIBUNAL PLENO, julgado em 17.2.2016), esta Corte passou a adotar o entendimento do Supremo Tribunal Federal de que “a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência previsto pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal”. Em outras palavras, voltou-se a admitir o início de cumprimento da pena imposta pelo simples esgotamento das instâncias ordinárias, ou seja, antes do trânsito em julgado da condenação, nos termos da Súmula 267/STJ. 2. O Supremo Tribunal Federal também reconheceu a repercussão

geral do tema (ARE 964.246/SP, Rel. Ministro TEORI ZAVASCKI) e, em 11.11.2016, decidiu, em Plenário Virtual, pela reafirmação de sua jurisprudência externada no mencionado HC 126.292/SP.

II - No particular, como a sentença condenatória foi confirmada pelo Tribunal de origem, se eventualmente rejeitados os Embargos de Declaração sem efeitos modificativos, e porquanto encerrada a jurisdição das instâncias ordinárias (bem como a análise dos fatos e provas que assentaram a culpa do condenado), é possível dar início à execução provisória da pena antes do trânsito em julgado da condenação, sem que isso importe em violação do princípio constitucional da presunção de inocência.

III - O Superior Tribunal de Justiça já firmou orientação no sentido de que não há que se falar em *reformatio in pejus*, pois a prisão decorrente de acórdão confirmatório de condenação prescinde do exame dos requisitos previstos no art. 312 do Código Penal. Entende-se que a determinação de execução provisória da pena se encontra dentre as competências do Juízo revisional e independe de recurso da acusação. HC 398.781/SP, Quinta Turma, Rel. MIN. RIBEIRO DANTAS, DJe 31/10/2017).

IV - Sobressai a incompetência deste Superior Tribunal de Justiça para a análise da impetração, quando a matéria de fundo, alegada no *mandamus*, que é questão eleitoral, não foi objeto de debate e decisão pelo Tribunal a quo, sob pena de indevida supressão de instância. Precedente. *Habeas Corpus denegado.* (HC 432.766/PR, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 06/03/2018, DJe 15/03/2018).

O que se pergunta nesta impetração, é se tal ato apontado como coator configura, ou não, ilegalidade ou abuso de poder.

3. Quanto a isso, do ato apontado como coator, por relevante, transcrevo trecho do voto proferido pelo Relator, o eminente Min. Felix Fischer (*grifei*):

“Com efeito, o vetor hermenêutico atualmente conferido pela e. Corte Suprema e por esta Corte Superior, repisando a jurisprudência por um lapso temporal adormecida, direciona-se, novamente, no sentido de que o artigo 283 do CPP (...) **não impede a antecipada execução da reprimenda, pois uma vez encerrada a análise de fatos e provas que assentam a culpa do condenado, com o exaurimento das instâncias ordinárias, legitimada está a execução provisória, independentemente do preenchimento dos pressupostos e requisitos insertos no artigo 312 do Código de Processo Penal ou mesmo de específico requerimento ministerial, uma vez que não são dotados os recursos extremos de efeito suspensivo.”**

Também menciono que o eminente Min. Reynaldo Soares da Fonseca, tomando de empréstimo decisão proferida em outro feito pela eminente Min. Maria Thereza de Assis Moura, assentou que (*grifei*):

“Diante do aludido posicionamento da Corte Suprema, não há ilegalidade na determinação da execução da pena após rejeitados os embargos de declaração formulados contra o acórdão da apelação.”

Prossegue Sua Excelência:

“Assim, a partir do início de 2016, o guardião da Constituição Federal esclarece (determinando) que a segregação do cidadão, após o exaurimento da jurisdição das instâncias ordinárias, independe do preenchimento dos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal porque representa a (então autorizada) execução provisória da pena, não havendo mais que se falar em prisão preventiva.”

Na mesma linha, como o pronunciamento do eminente Min.

Ribeiro Dantas (*grifei*):

“Ora, se o Supremo Tribunal Federal considerou, ao julgar o precedente debatido, que no processo existia repercussão geral, e era caso de afetá-lo a seu Plenário Virtual e decidi-lo com efeito *erga omnes*, **não pode este mero Órgão Divisionário de Tribunal que está debaixo da jurisdição da Corte Suprema presumir nisso uma ilegalidade, porque, por óbvio, o Juízo disso - e Juízo único - é o próprio STF.**”

O eminente Min. Joel Ilan Paciornik, por sua vez, aduziu o seguinte (*grifei*):

“Acresça-se, ainda, que **o Plenário do STF aprovou este precedente há pouco mais de um ano, após profundo e maduro debate, razão pela qual, às Cortes de apelação e a este Tribunal Superior, comprometidos com um sistema jurídico estável e previsível, não cabe deixar de aplicá-lo. Somente ao Supremo Tribunal Federal, a quem incumbe a última palavra sobre interpretação de normas constitucionais, compete alterar seu posicionamento.**”

Já o eminente Min. Jorge Mussi, assentou (*grifei*):

“**Em atenção ao que decidido pelo Pretório Excelso**, esta Corte Superior de Justiça **tem proclamado a legalidade e constitucionalidade da execução provisória da pena, afastando a alegação de ofensa ao princípio da presunção de inocência**, conforme se observa nos seguintes julgados recentes oriundos de ambas as Turmas que compõem a Terceira Seção.”

Esse cenário, a meu sentir, por si só, já indica que o ato apontado como coator não traz ilegalidade ou abuso de poder, eis que consentâneo ao tempo em que proferido, com a compreensão majoritária deste Tribunal Pleno.

Acrescento que o Código de Processo Civil, aplicável à espécie pela incidência do art. 3º do Código de Processo Penal, prescreve, em seu art. 926, que os **“tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”**.

Não houve, ao menos até o momento, revisão plenária em sede de controle abstrato de constitucionalidade. Seria possível dizer que haveria ilegalidade ou abuso de poder num ato imputado como coator no qual é seguida a jurisprudência majoritariamente dominante no STF?

Nesse exato sentido, cito Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero:

“O art. 926, CPC, institui claramente o que a doutrina chama de *stare decisis* horizontal. Ao dizer expressamente que **há dever de outorgar unidade ao direito e de fazê-lo seguro – o que implica torná-lo **cognoscível, estável e confiável** – o legislador obviamente determinou ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça respeito aos próprios precedentes, além de ter determinado aos Tribunais Regionais Federais e aos Tribunais de Justiça respeito à própria jurisprudência formada a partir dos incidentes de resolução de demandas repetitivas e de assunção de competência. Isso porque **a primeira condição para que exista um sistema de precedentes e de compatibilização vertical das decisões judiciais é o respeito por parte das Cortes Supremas aos seus próprios precedentes**. Do ponto de vista da administração da Justiça Civil, não é possível respeitar quem não se respeita.” (Novo Código de Processo Civil comentado. 2. ed. São Paulo. Edito a Revista dos Tribunais, 2016, p. 990, grifei)**

À luz da referência do Código de Processo Civil, deve ser observada a necessária estabilidade, integridade e uniformidade da jurisprudência, o que é traduzido, inclusive, a partir do dever de autorreferência.

Já ao disciplinar o *stare decisis* segundo um enfoque vertical, prescreve o Código de Processo Civil:

“Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

(...)

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em juízo de recursos extraordinário e especial repetitivos;”

Nessa perspectiva, não depreendo que ato coator colida com a lei, tampouco que represente abusividade. Ao contrário, o Superior Tribunal de Justiça, ao cancelar a determinação emanada do TRF-4ª, limitou-se a proferir decisão compatível com a jurisprudência desta Suprema Corte e que, por expressa imposição legal, deve manter-se íntegra, estável e coerente.

Consigno que é possível, em tese, que a compreensão desta Suprema Corte seja modificada se e quando verificar-se o julgamento das ADCs 43 e 44. Ressalto que, até tal ocorrência, não é cabível reputar como ilegal ou abusivo o pronunciamento jurisdicional, mormente por órgão inferior, que se coaduna com o entendimento então prevalecente, tampouco atribuir ao Superior Tribunal de Justiça a infactível tarefa de alterar ou dissentir, em matéria constitucional, da compreensão explicitada por esta Suprema Corte.

Portanto, não verifico justificativas teóricas ou práticas, jurídicas ou fáticas, que autorizem a censura do ato apontado como coator.

4 Ademais, a proteção eficiente dos direitos fundamentais, o que se dá, entre outros instrumentos, por meio do Direito Penal, permitiu-me assentar, em voto anterior, que a República Federativa do Brasil tem sido questionada em organismos internacionais quanto à tutela dos direitos humanos em razão da ineficiência do seu sistema de proteção penal a direitos humanos básicos (trifei):

Cópia

“O caso mais notório, julgado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em 04 de abril de 2001, teve como autora Maria da Penha Fernandes, vítima de tentativas de homicídio por parte de seu marido, que tentou eletrocutá-la, no ápice de uma série de agressões sofridas durante toda sua vida matrimonial. O Ministério Público ofereceu denúncia contra o agressor em 28.09.1984, porém passados dezessete anos da data dos fatos, sem que o Poder Judiciário brasileiro tivesse proferido uma sentença definitiva sobre o caso que se aproximava da prescrição, a Comissão condenou o Brasil, por reconhecer a ineficiência da proteção penal à vítima, a uma série de medidas que resultaram, por exemplo, na hoje conhecida Lei nº 11.340/2006 (Comissão Interamericana de Direitos Humanos, Caso 12.051, Relatório 54/01, Maria da Penha Maia Fernandes v. Brasil, 2001, disponível em , acesso em 06.09.2016).

Há ainda, dentre outros exemplos dignos de nota, o **caso Sétimo Garibaldi versus Brasil**, julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em 23 de setembro de 2009. **A Corte condenou o Brasil por reconhecer a inefetividade do Estado brasileiro em oferecer uma resposta para a morte de Sétimo Garibaldi, ocorrida em 27 de novembro de 1998, no Município de Querência do Norte no Estado do Paraná, onde foi vitimado. Considerou a Corte que há direito de obter uma resposta justa e efetiva sobre o acontecido (CORTE IDH. Caso Garibaldi vs. Brasil. Exceções Preliminares, Mérito, Reparação e Custas. Sentença de 23 de setembro de 2009. Série C n. 203, disponível em , acesso em 06.09.2016).**

A morosidade judicial em apresentar soluções a casos criminais que decorrem de intensa violação a direitos humanos levou à condenação do Brasil, pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, em 04 de julho de 2006, no caso Ximenes Lopes versus Brasil. Danilo Ximenes Lopes era deficiente mental e foi vítima de maus tratos em uma casa de repouso no Município de Sobral/CE, os quais foram causa de sua morte. Na condenação, dentre outras razões a Corte considerou violados os direitos e garantias judiciais à proteção judicial em razão da

ineficiência em investigar e punir os responsáveis pelos maus tratos e óbito da vítima. Considerou-se que após 06 (seis) anos não havia sequer sentença de primeiro grau. (CORTE IDH. 2006. Caso Ximenes Lopes vs . Brasil. Série C. Sentença de 04 de julho de 2006. Mérito, Reparações e Custas. Disponível em: [articulos/seriec_149_por.pdf](#) . Último acesso em: 3 de outubro de 2016).

A deficiência da proteção penal a vítimas de violações graves a direitos humanos foi decisiva na acusação que o Brasil sofreu perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, no caso que ficou conhecido como o Caso dos Meninos Emasculados do Maranhão. Entre 1991 e 2003, uma série de homicídios foi praticada no Maranhão contra crianças de 8 a 15 anos. Apurou-se o total de 28 homicídios, tendo a maioria dos corpos sido encontrada com as genitais mutiladas. O Brasil firmou acordo reconhecendo a ineficiência da proteção penal às vítimas, assumindo uma série de compromissos em

decorrência disso. (Comissão Interamericana de Direitos Humanos. 2006. Caso Meninos Emasculados do Maranhão. Casos 12.426 e 12.427 contra a República Federativa do Brasil. Solução amistosa de 15 de março de 2006. Disponível em: [BRSA12426PO.doc](#). Último acesso em: 3 de outubro de 2016).

Digo isso, Senhora Presidente, para **rechaçar a pecha de que esta Suprema Corte, em 17 de fevereiro próximo passado, ao julgar o Habeas Corpus 126.292/SP, sucumbiu aos anseios de uma criticável sociedade punitivista, comprimindo direitos humanos num ambiente de histeria.**

A busca pela racionalidade do sistema penal passa pela compreensão dos direitos humanos também sob uma outra perspectiva, ou seja, pela perspectiva segundo a qual, como tem entendido esta Suprema Corte, o acaudo princípio da proibição de proteção deficiente, e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, desde o julgamento do caso Velásquez Rodríguez versus Honduras, que as condutas violadoras de direitos humanos devem ser investigadas e punidas evitando-se a reincidência.

Afinal, como bem se colhe da obra de Antonio Escrivão Filho e José Geraldo de Sousa Junior, na

medida em que os direitos humanos sejam compreendidos como produtos dos processos sociais de lutas por dignidade, identifica-se no conceito de exigibilidade uma condição de duplo efeitos essencial para os direitos humanos: de um lado, a delegação de legitimidade política e jurídica para a sociedade exigir a efetivação de seus direitos, e de outro, a noção imperativa de respeito e promoção ativa e contínua destes direitos por parte do Estado (GEDIEL, GORSODORF, ESCRIVÃO FILHO et. all, 2012) (Para um debate teórico-conceitual e político sobre os direitos humanos . Belo Horizonte : De Plácido. 2016, p. 64)”

Mais recentemente, a Corte Interamericana condenou o Estado brasileiro por, entre outras, violação à garantia de uma duração razoável nas investigações relacionadas ao Caso Favela Nova Brasília. Assentou que a Corte considera que não foi dado andamento à investigação, além de ter sido erroneamente aplicada a prescrição à investigação dos fatos. Determinou, ao fim, que o Estado brasileiro abstenha-se de *“recorrer a qualquer obstáculo processual para eximir-se dessa obrigação, por tratar-se de prováveis execuções extrajudiciais e atos de tortura”* (Corte Interamericana de Direitos Humanos, Caso Favela Nova Brasília v. Brasil, Sentença de 16 de fevereiro de 2017, par. 292).

À mesma conclusão chegou a Corte, meses antes, no caso *Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde v. Brasil* (sentença de 20 de outubro de 2016). Nesse caso, a Corte assentou *“os Estados têm a obrigação de garantir o direito das vítimas ou de seus familiares a participarem em todas as etapas dos respectivos processos, de maneira que possam apresentar petições, receber informações, aportar provas, formular alegações e em síntese, fazer valer seus direitos”,* visto que *“esta participação deverá ter como finalidade o acesso à justiça, o conhecimento da verdade sobre o ocorrido e a concessão de uma justa reparação”* (p. 376).

De tal modo, mesmo sob a perspectiva dos direitos fundamentais, não verifica alteração no panorama jurídico que autorize considerar o ato roador como revelador de ilegalidade ou abuso de poder.

5. A alegação de que a deflagração da fase executiva decorreria de precedentes sem força obrigatória também não conduz a resultado diverso.

Em primeiro lugar, é indubitoso que o Código de Processo Civil de 2015 consolidou cenário processual caracterizado por ferramentas de gestão de litigiosidade voltadas a conferir eficácia obrigatória a determinados precedentes.

Nessa direção, o CPC é expresso ao reconhecer que é admissível reclamação *“proposta para garantir a observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida”* (art. 988, §5º, II), a indicar que tais pronunciamentos não possuem mera eficácia persuasiva.

Da mesma forma ocorre quanto às manifestações do Plenário da Suprema Corte em sede de controle concentrado de constitucionalidade. Daí que, com o devido respeito, é questionável a alegação defensiva no sentido de que os precedentes do Supremo Tribunal Federal quanto à matéria não veiculariam compreensão com força vinculante.

De toda sorte, é certo que o Tribunal Regional Federal da 4ª Região não utilizou a eficácia vinculante de tais precedentes como razões de decidir. Ao contrário, firmou posição própria, inclusive materializada em verbete sumular local (Súmula 122/TRF4), lançando mão das manifestações do Plenário apenas a título de corroboração de sua convicção, forte na eficácia persuasiva que, em geral, integra os pronunciamentos da Suprema Corte.

Assim, ainda que se admitisse o caráter meramente persuasivo de tais precedentes colegiados e, portanto, a ausência de caráter vinculante, isso em nada alteraria o panorama conclusivo, na medida em que ainda assim não seria flagrantemente ilegal ou teratológica a decisão que aderisse a tal entendimento.

Destarte, a questão atinente à ausência ou não de força vinculante, no caso concreto, não se revela idônea a influir no deslinde processual.

Cópia

6. No que se refere à ausência de motivação concreta da imposição da prisão, o que, em tese, poderia configurar ofensa ao art. 5º, LXI e art. 93, IX, CF, enfatizo que a necessidade de fundamentação da ordem escrita de autoridade judiciária deve ser compreendida à luz do momento processual em que inserida.

Vale dizer, o implemento da execução provisória da pena, nos termos das decisões tomadas pelo Plenário, atua como **desdobramento natural do esgotamento das instâncias ordinárias** e do cabimento, em tese, tão somente de recursos despidos de automática eficácia suspensiva, de modo que, assim como ocorre na deflagração da execução definitiva, não se exige motivação particularizada.

Trata-se, em verdade, tão somente de cumprimento do título condenatório, **este sim caracterizado pela necessidade de robusta motivação.**

7. Também não impressiona a alegação de ocorrência de *reformatio in pejus*, aspecto corolário do contraditório e da ampla defesa e derivado do artigo 617 do Código de Processo Penal, que prescreve que, no âmbito dos órgãos recursais, não poderá “*ser agravada a pena, quando somente o réu houver apelado da sentença*”.

Esse postulado, ao qual os Tribunais têm atribuído interpretação ampliativa, inclusive com alcance de prejuízos qualitativos, materializa a personalidade dos recursos. A esse respeito, enuncia a doutrina:

“O princípio da personalidade dos recursos significa que:

a) o recurso só pode beneficiar à parte que o interpôs, não aproveitando a parte que não recorre; e, como via de consequência, que b) quem recorreu não pode ter sua situação agravada, se não houve recurso da outra parte.” (GRINOVER. **Atos processuais**. Grinover e outros. **Recursos no processo penal: teoria geral dos recursos, recursos em especial, ações de impugnação, reclamação aos tribunais**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 43)

Cópia

Tal compreensão tem assento na perspectiva de que o recurso constitui **desdobramento do direito de ação**. Nesse enfoque, impor situação prejudicial ao réu sem insurgência da acusação consubstancia ato semelhante à submissão de pleito condenatório despido de imputação, de modo que se nota íntima relação entre a vedação da *reformatio in pejus* e o sistema acusatório.

Ocorre que esse modo de pensar não pode ser transportado, de forma automática, para a execução penal, atmosfera processual em que não há acusação propriamente dita e que é regida, quanto à instauração e processamento, por critérios de **oficialidade**, conforme expressamente preceitua a Lei n. 7.210/84 (Lei de Execuções Penais):

“Art. 1º **A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal** e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.

(...)

Art. 194. O procedimento correspondente às situações previstas nesta Lei será judicial, desenvolvendo-se perante o Juízo da execução.

Art. 195. **O procedimento judicial iniciar-se-á de ofício**, a requerimento do Ministério Público, do interessado, de quem o represente, de seu cônjuge, parente ou descendente, mediante proposta do Conselho Penitenciário, ou, ainda, da autoridade administrativa.”

Não bastasse, não comungo da compreensão no sentido de que o acórdão penal condenatório que determina o início da execução provisória da pena concede providência sem requerimento do Ministério Público. Entender que o requerimento para cumprimento de pena, provisório ou definitivo, não está contido, desde o início, na pretensão acusatória é negar, em sua inteireza, o próprio direito constitucional de ação, porque limita temporalmente os efeitos

Cópia

da pretensão deduzida em juízo quando o ordenamento jurídico admite, expressamente, que os recursos excepcionais não são dotados de automática eficácia suspensiva.

Assim, a ilegalidade apontada, a meu ver, não merece ser reconhecida.

Nessa ótica, não verifico pronunciamento jurisdicional, ainda que anterior, que dê guarida à alegação de que o TRF-4ª teria incorrido em indevida *reformatio in pejus*, tampouco sustentação jurídica ao condicionamento do início da execução à existência de pedido específico da acusação.

8. Com relação à plausibilidade das teses que, segundo a defesa, serão futuramente arguidas em sede de recurso especial, trata-se de tema, em tese, de potencial repercussão na tutela cautelar que, de modo excepcional, poderá ser concedida pelas instâncias antecedentes.

Com efeito, o Código de Processo Civil estabelece atribuições próprias para exame de tal natureza:

“Art. 1.029. (...)

§ 5o O pedido de concessão de efeito suspensivo a recurso extraordinário ou a recurso especial poderá ser formulado por requerimento dirigido:

I – ao tribunal superior respectivo, no período compreendido entre a publicação da decisão de admissão do recurso e sua distribuição, ficando o relator designado para seu exame prevento para julgá-lo;

II - ao relator, se já distribuído o recurso;

III – ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido, no período compreendido entre a interposição do recurso e a publicação da decisão de admissão do recurso, assim como no caso de o recurso ter sido sobrestado, nos termos do art. 1.037.”

Cópia

Convém salientar que, no momento, o feito de origem encontra-se em fase de apreciação no TRF-4ª de embargos de declaração opostos contra o acórdão que confirmou a sentença condenatória.

Nessa linha, o Superior Tribunal de Justiça consignou, acertadamente, no ato apontado como coator que o exame da relevância das teses listadas pela defesa afigurar-se-ia prematuro, visto que sequer encerrada a jurisdição ordinária, o que se alinha ao estipulado no aludido art. 1.029, CPC.

9. Ante o exposto, sob todos os ângulos ora enfocados, por não verificar ilegalidade, abusividade ou teratologia no ato apontado como coator, **denego a ordem.**

ANEXO D

Voto Ricardo Lewandowski Habeas Corpus 152.752

HABEAS CORPUS 152.752 – PARANÁ

As constituições modernas, como se sabe, surgiram na esteira das revoluções liberais do século XVIII como expressão da vontade do povo soberano, veiculada por seus representantes nos parlamentos.

Desde então, revestiram-se da forma escrita para conferir rigidez aos seus comandos, eis que foram concebidas como instrumentos para conter o poder absoluto dos governantes, inclusive dos magistrados, eles próprios integrantes das castas privilegiadas.

Apesar de sua rigidez, logo se percebeu que as constituições não poderiam permanecer estáticas, pois tinham de adaptar-se à dinâmica das sociedades que pretendiam ordenar, sujeitas a permanente transformação. Se assim não fosse, seus dispositivos perderiam a eficácia, no todo ou em parte, ainda que continuassem a vigorar no papel.

Por esse motivo, passou-se a cogitar do fenômeno da mutação constitucional, que corresponde aos modos pelos quais as constituições podem sofrer alterações.

Resumem-se basicamente a dois: um formal, em que determinado preceito é modificado pelo legislador ou mediante interpretação judicial, e outro informal, no qual ele cai em desuso por não corresponder mais à realidade dos fatos.

Independentemente da maneira como se dá a mutação do texto constitucional, esta jamais poderá vulnerar os valores básicos que lhe dão

sustentação. A Constituição Federal de 1988 definiu tais barreiras, em seu art. 60, § 4º, denominadas de cláusulas pétreas, a saber: (i) a forma federativa de Estado; (ii) o voto direto, secreto, universal e periódico; (iii) a separação dos Poderes; e (iv) os direitos e garantias individuais.

A presunção de inocência integra a última dessas cláusulas, representando talvez a mais importante das salvaguardas do cidadão, considerado o congestionadíssimo e disfuncional sistema judiciário brasileiro, no qual tramitam atualmente cerca de 100 milhões de processos a cargo de pouco mais de 16 mil juízes, obrigados, inclusive, a cumprir metas de produtividade fixadas pelo Conselho Nacional de Justiça - CNJ. congestionadíssimo e disfuncional sistema judiciário brasileiro, no qual tramitam atualmente cerca de 100 milhões de processos a cargo de pouco mais de 16 mil juízes, obrigados, inclusive, a cumprir metas de produtividade fixadas pelo Conselho Nacional de Justiça - CNJ.

Salta aos olhos que, em tal sistema, o qual, de resto, convive com a intolerável existência de aproximadamente 700 mil presos encarcerados em condições sub-humanas, dos quais 40% são provisórios, multiplica-se exponencialmente a possibilidade do cometimento de erros judiciais, principalmente, por magistrados de primeira e segunda instâncias, e até mesmo de tribunais superiores, segundo demonstram, fartamente, as estatísticas divulgadas por esta Suprema Corte e pelo CNJ.

Daí a relevância da presunção de inocência, concebida pelos constituintes originários no art. 5º, LVII, da Constituição vigente, com a seguinte dicção: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em

julgado de sentença penal condenatória”.

A taxatividade e univocidade com que esse preceito foi redigido pelos membros da Assembleia Nacional Constituinte - exatamente para resguardar a nação contra a repetição dos desmandos cometidos ao longo do regime de exceção que acabara de ser superado -, a toda a evidência, não permite qualquer exegese no sentido de mitigar, seja a que pretexto for, essa relevantíssima garantia instituída em favor de todas as pessoas indistintamente, sob pena de irreparável retrocesso institucional.

Afigura-se até compreensível que alguns magistrados - admitamos que de boa-fé - queiram flexibilizar essa franquia, já definitivamente incorporada ao patrimônio jurídico dos cidadãos, a guisa de combater a corrupção endêmica que, lamentavelmente, assola o País, quiçá desde os tempos coloniais.

Mas nem sempre, convém apontar, emprestam a mesma ênfase a outros problemas igualmente graves, tais como o inadmissível crescimento da exclusão social, o lamentável avanço do desemprego, o inaceitável sucateamento da saúde pública e o deplorável esfacelamento da educação estatal, para citar apenas alguns exemplos.

Mesmo aos deputados e senadores é vedado, ainda que no exercício do poder constituinte derivado do qual são investidos, extinguir ou minimizar a presunção de inocência.

Com maior razão não é dado aos juízes fazê-lo por meio da estreita via da interpretação, pois esbarrariam nos intransponíveis obstáculos das cláusulas pétreas, verdadeiros pilares de nossas instituições republicanas, revelando, ademais, com a devida vênia, inaceitável despreço pelos cânones que regem o Estado Democrático de Direito.

Por essas razões, concedo a ordem para que o paciente permaneça em liberdade até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória que lhe foi imposta.

ANEXO E**Voto Luís Roberto Barroso Habeas Corpus 152.752****HC 152.752****ANOTAÇÕES PARA MANIFESTAÇÃO ORAL
MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO****(NÃO SE TRATA DO
VOTO ESCRITO)****I. INTRODUÇÃO**

1. Trata-se de *habeas corpus* preventivo impetrado em favor de Luís Inácio Lula da Silva. A questão do conhecimento ou não do *habeas corpus* já foi definida na sessão passada, tendo a minha posição nesse particular ficado vencida.

2. Como já mencionei na sessão anterior, a ninguém pode ser indiferente o fato de se tratar de um ex-Presidente da República e, mais que isso, de um presidente: a) que deixou o cargo com percentuais elevados de aprovação popular; b) que presidiu o país em período de relevante crescimento econômico e expressiva inclusão social. Não é o legado político do impetrante que está em jogo. O que vai se decidir é se se aplica a ele a jurisprudência que o Tribunal firmou por três vezes em período recente.

3. Tal fato serve apenas como mais um teste importante para a democracia brasileira e para o amadurecimento institucional do país: a capacidade de assegurar, republicanamente, que todos devem ser tratados

com respeito, consideração e igualdade. O nosso papel, árduo como possa ser muitas vezes, é assegurar que a razão, a razão pública, a razão da Constituição, prevaleça sobre as paixões políticas.

1. É importante deixar claro, logo de início, que o Supremo Tribunal Federal não funciona aqui como uma quarta instância de revisão da decisão proferida pelo Tribunal Regional da 4ª Região. Não é o mérito daquela decisão, que confirmou a decisão de 1º grau do juiz Sergio Moro e agravou a pena fixada, que está em discussão. Não se cuida, portanto, de revisar provas e fatos para aferir o acerto ou desacerto do que foi decidido.

2. Trata-se, aqui, da ação constitucional de *habeas corpus*. Foi impetrado contra a decisão da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça que denegou *habeas corpus* lá impetrado contra a execução imediata da decisão penal condenatória proferida pelo TRF-

4. Como em qualquer *habeas corpus*, a discussão está limitada a saber se no ato coator – i.e., a decisão do STJ – há ilegalidade ou abuso de poder.

3. É possível dar uma resposta singela: se o STJ aplicou a jurisprudência do STF, firmada inclusive em repercussão geral, não é possível falar em ilegalidade ou abuso de poder. Porém, há uma questão jurídica subjacente, da qual não é possível escapar: se é legítima ou não a prisão de alguém que tenha sido condenado em 2º grau de jurisdição a uma pena privativa de liberdade. Esta foi a questão trazida pelos advogados na impetração. Sobre ela, portanto, volto a me manifestar.

I. HISTÓRICO DA MATÉRIA

CONTROVÉRSIA NA LEGISLAÇÃO:

Desde a promulgação do Código de Processo Penal, em 3.10.1941, sempre se admitiu a execução da pena após o julgamento em 2º grau, nos termos expressos do art. 637, que vige desde então e até hoje, com a seguinte dicção: “Art. 637. “O recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para a execução da sentença”. Como consequência, no caso de condenação em 2º grau, o próprio acórdão já determinava a expedição do mandado de prisão, sem aguardar embargos de declaração. A Súmula 267 do STJ previa expressamente: “A interposição de recurso, sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória não obsta a expedição de mandado de prisão”.

Esse entendimento prevaleceu até 2009, quando o STF modificou sua jurisprudência no HC 84.078, rel. Min. Eros Grau. O art. 637, todavia, não chegou a ser declarado inconstitucional ou, mais propriamente, não recepcionado.

1. Aliás, na redação original do CPP se previa: “Art. 594 “O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão”¹. Esta parte do dispositivo subsistiu intacta até a Lei 11.719, de 20.06.2008. Vale dizer: por muitos anos após a vigência da Constituição de 1988, entendeu-se pacificamente ser possível a prisão **após a decisão de 1º grau**, para fins de recurso. Em 2003 o tema foi afetado ao Plenário, vindo a ser julgado em 23.10.2009 como não recepcionado.

2. Mais ainda: desde o início de vigência do Código de Processo

Penal, em 1941, até a Lei 12.403, de 4.05.2011, esteve em vigor o art. 393, com a seguinte redação: “São efeitos da sentença condenatória recorrível: I - ser o réu preso ou conservado na prisão, assim nas infrações inafiançáveis, como nas afiançáveis enquanto não prestar fiança; II - ser o nome do réu lançado no rol dos culpados. ”. Vale dizer, e reiterando o

afirmado: **após 13 anos de vigência da Constituição, admitia-se plenamente a prisão após a decisão de 1º grau recorrível.** Somente em 2011, com a revogação deste art. 393, é que se passou a prever, nos termos do art. 597: **A apelação de sentença condenatória terá efeito suspensivo, salvo o disposto no art. 393 [REVOGADO]**, a aplicação provisória de interdições de direitos e de medidas de segurança (arts. 374 e 378), e o caso de suspensão condicional de pena.”

I.1. NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO

¹ Redação original: “Art. 594. **O réu não poderá apelar sem recolher-se á prisão**, ou prestar fiança, salvo se condenado por crime de que se livre solto”. Redação da Lei 5941/73: “**O réu não poderá apelar sem recolher-se á prisão**, ou prestar fiança, salvo se condenado por crime de que se livre solto.”

1. De 1988 até 2009 – na verdade desde 1941 – sempre se entendeu possível a execução após a condenação em 2º grau. Em julgamento realizado em 5.02.2009, porém, este entendimento foi alterado. De fato, ao apreciar o HC 84.078, sob a relatoria do Ministro Eros Grau, o Supremo Tribunal Federal, por 7 votos a 4, passou a interpretar tal dispositivo como uma regra de caráter absoluto, que impedia a execução provisória da pena com o objetivo proclamado de efetivar as garantias processuais dos réus. Conforme

a ementa do julgado, a ampla defesa “engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária”, de modo que “a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa”

2. Em 2016, por três vezes, o Supremo Tribunal Federal reverteu esse entendimento: no HC 126.292, rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 17.02.2016; ao negar a cautelar nas ADCs 43 e 44, julgadas em 5.10.2016; e, por fim, em repercussão geral, NO ARE 964.246 mediante reafirmação de jurisprudência em Plenário Virtual, em 11.11.2016.

II. MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

1. Na ocasião, sustentei ter ocorrido o fenômeno da *mutação constitucional*, que significa a alteração do sentido e alcance de uma norma, tal como interpretada pela Suprema Corte, por uma de três razões: (i) mudança na realidade social, (ii) mudança na compreensão do direito ou (iii) pelos impactos negativos produzidos pelo entendimento anterior.

2. Destaco, a esse propósito, três impactos negativos do entendimento firmado a partir de 2009:

- a) Poderoso incentivo à infundável interposição de recursos protelatórios;
- b) Reforço à seletividade do sistema penal, tornando muito mais fácil prender menino com 100 gramas de maconha do que agente público ou privado que desvie 100 milhões;

c) Descrédito do sistema de justiça penal junto à sociedade, pela demora na punição e pelas frequentes prescrições, gerando enorme sensação de impunidade.

3. Por essas razões, o Tribunal modificou a sua orientação, por relevantes fundamentos jurídicos, pragmáticos e empíricos, isto é, comprováveis factualmente.

III. EXEMPLOS EMBLEMÁTICOS DA FALÊNCIA DO SISTEMA ANTERIOR

III.1. O CASO DO JORNALISTA

1. Um jornalista matou a sua namorada (Sandra Gomide), pelas costas e por motivo fútil, em 20.08.2000. Julgado e condenado pelo Tribunal do Júri, continuava em liberdade passados mais de dez anos do fato, vivendo uma vida normal.

2. Devastado pela dor, corroído pela impunidade do assassino de sua filha, o pai da vítima narra: “Um dia eu liguei para a casa dele e disse: ‘Você vai morrer igual a um frango. Eu vou cortar o seu pescoço’. Eu sonhava em fazer justiça por mim mesmo. Era só pagar R\$ 5 mil a um pistoleiro. Quem tirou essa ideia da minha cabeça foram os advogados”.

3. Um sistema judicial que não funciona desperta os instintos de se realizar justiça pelas próprias mãos. Regrediríamos ao tempo da justiça privada.

III.2. O CASO DO SENADOR

1. Um ex-Senador da República foi condenado pelo desvio de R\$

169 milhões na construção do Foro Trabalhista de São Paulo. Os fatos ocorreram em 1992. Depois da interposição de 34 recursos, a decisão finalmente transitou em julgado em 2016, quando ele veio a ser preso. Durante todo este período, mesmo já condenado, circulou livremente em carros de luxo, frequentando os melhores restaurantes e distribuindo gorjetas fartas, como um homem vitorioso.

2. Um sistema judicial que não funciona faz parecer que o crime compensa.

III.3.O CASO DO JOGADOR DE FUTEBOL

1. Em dezembro de 1995, um conhecido jogador de futebol, saindo da balada, dirigindo seu Jeep Cherokee a 120 Km por hora na Lagoa Rodrigo de Freitas, no Rio, provocou um acidente e a morte de 3 pessoas. Foi condenado em outubro de 1999 a uma pena de 4 anos e meio de prisão. Seus advogados entraram com nada menos do que 21 recursos, apenas no STJ. E outros tantos no STF. Em 2011, o Ministro Joaquim Barbosa declarou a prescrição da pena. (Eu herdei o processo, não concordei com a decisão e o processo aguarda julgamento do Plenário).

2. As famílias das três jovens vítimas do crime podem assisti-lo livre e feliz como comentarista de jogos de futebol na televisão. Um sistema judicial que não funciona faz a vítima e seus entes queridos sofrerem a dor da perda cumulada com a impunidade.

III.4. O CASO DO SUPLENTE DE DEPUTADO FEDERAL

1. Suplente de Deputado Federal, foi denunciado pela morte da titular do cargo, para tomar-lhe a vaga. A acusação é de que havia contratado pistoleiros que mataram a Deputada, seu marido e outras duas vítimas, no episódio que ficou conhecido como “Chacina da Gruta”. O fato

se passou em 1998. O réu aguardou em liberdade o julgamento pelo Tribunal do Júri que, em razão de recursos protelatórios, só ocorreu em 2012, mais de 13 anos depois.

2. Ele foi condenado a 103 anos e 4 meses de reclusão. Somente aí, então, se deu a prisão preventiva do réu. Ele recorreu da decisão e o processo se encontra até hoje pendente de recurso especial interposto perante o STJ (REsp 1449981/AL).

3. Aliás, duas outras conclusões podem ser extraídas deste caso:

(i) a primeira: a condenação pelo Tribunal do Júri em razão de crime doloso contra a vida deve ser executada imediatamente, como decorrência natural da competência soberana do júri conferida pelo art. 5º, XXXVIII, *d*.

(ii) em segundo lugar, confirmada a decisão de pronúncia pelo Tribunal de 2º grau, o júri pode ser realizado. Para que não haja dúvida da origem espúria do falso garantismo nessa matéria: a regra sempre fora a prisão do acusado por homicídio após a pronúncia. Foi a Lei nº 5.941, de 22.11.1973, que mudou a disciplina que até então vigorava. A motivação jamais foi desconhecida: o regime militar aprovou a lei a toque de caixa para impedir a prisão do Delegado Sérgio Paranhos Fleury, notório torturador e protegido dos donos do poder de então, condenado por integrar um esquadrão da morte.

II.5. O CASO DA MISSIONÁRIA DOROTHY STANG

1. A missionária norte-americana, naturalizada brasileira, Dorothy Stang atuava em projetos sociais na região de Anapu, no sudoeste do Pará. Foi morta aos 73 anos, em fevereiro de 2005, por pistoleiros, a mando de um fazendeiro da região. O júri realiz

2. Com muitas idas e vindas, passaram-se oito anos até o julgamento de primeiro grau. Vale dizer: se não tivesse sido preso preventivamente, o assassino ainda estaria aguardando em liberdade o trânsito em julgado, que não ocorreu até hoje.

3. E aqui cabe uma menção especial. O número de presos preventivamente no Brasil – isto é, pessoas que estão presas antes do trânsito em julgado da decisão – é de cerca de 40%, ao que se noticia. Uma das razões para a prisão antes do término do processo – o que, em rigor, constitui uma distorção – é, precisamente, a demora interminável para que cheguem ao fim. Para evitar a impunidade prolongada, quando não a prescrição, os juízes decretam a prisão antecipada.

II.6. O CASO DO PROPINODUTO

1. Um grupo de fiscais da Fazenda, alegadamente liderados pelo Subsecretário adjunto de Administração Tributária, Rodrigo Silveirinha Correa, entre os anos de 1999 e 2002, teria engendrado um esquema de extorsão a empresas fluminenses. A referida organização criminosa arrecadou e mandou para a Suíça US\$ 34 milhões, o equivalente a R\$ 100 milhões. O caso veio a público em 2003.

2. Os fatos criminosos, portanto, ocorreram entre 1999 e 2002;

3. A sentença condenatória de 1º grau, com a celeridade que a vida devia ter, foi publicada em 31.10.2003;

4. O acórdão do TRF da 2ª Região que confirmou a sentença condenatória foi publicado em 31.10.2007;

5. O recurso especial de um dos condenados só veio a ser julgado definitivamente, após terceiros embargos de declaração, em 18.10.2016. Isto é, 9 anos depois da decisão de 2ª grau. Prescreveram os crimes de evasão de divisas, prestação de declaração falsa à autoridade fazendária e associação criminosa. Só restou o de lavagem de dinheiro.

6. O julgamento na 1ª Turma, quando cassamos a liminar dada pelo Ministro Marco Aurélio em *habeas corpus* e mandamos executar imediatamente a pena, se deu em 20.02.2018. E o processo no STF ainda não está perto do fim, porque falta o julgamento do recurso extraordinário.

7. Eis o sistema: fatos ocorridos entre 1999 e 2002, em 2018 ainda não foram julgados. Não há como punir a criminalidade do “colarinho branco” com este modelo.

III.7. O PRIMEIRO BENEFICIÁRIO DA MUDANÇA DE JURISPRUDÊNCIA EM 2009

1. O jornal *O Globo* de ontem, 3.04.2018, em matéria da jornalista Cleide Carvalho, expôs a história do fazendeiro que foi o pivô da virada da jurisprudência em 2009. Em 1991, o fazendeiro disparou cinco tiros de pistola contra um jovem de 25 anos, por ciúmes, por motivo fútil. Foi julgado uma primeira vez pelo tribunal de júri, o julgamento foi anulado e em março de 2001, em novo júri, foi condenado à pena de sete anos e seis meses.

2. Deixando de lado a pena risível para um homicídio, o fato é que

em 2001, dez anos depois dos tiros, o Tribunal de Justiça determinou o cumprimento da pena. A partir daí, como é rotina para quem pode pagar um advogado para impedir a justiça, ele recorreu para o Superior Tribunal de Justiça. Depois de passar por três Ministros, o recurso especial foi rejeitado em 2009, pela Ministra Maria Thereza Moura, uma juíza notável, que nos faria boa companhia aqui.

3. Como de praxe, vieram os sucessivos embargos de declaração, depois os embargos de divergência. Enfim, em outubro de 2012 deu-se a extinção da punibilidade pela prescrição.

⇒ Eu respeito todos os pontos de vista. Mas não é este o país que eu gostaria de deixar para os meus filhos. Um paraíso para homicidas, estupradores e corruptos. Eu me recuso a participar sem reagir de um sistema de justiça que não funciona, salvo para prender menino pobre.

⇒ Voltaremos ao modelo antigo, cheio de incentivos à corrupção. O fenômeno vem em processo acumulativo desde muito longe e se disseminou, nos últimos tempos, em níveis espantosos e endêmicos. Não foram falhas pontuais, individuais. Foi um fenômeno generalizado, sistêmico e plural, que envolveu empresas estatais, empresas privadas, agentes públicos, agentes privados, partidos políticos, membros do Executivo e do Legislativo. Havia esquemas profissionais de arrecadação e distribuição de dinheiros desviados mediante superfaturamento e outros esquemas. Tornou-se o modo natural de se fazerem negócios e de se fazer política no país. Ela é fruto de um pacto oligárquico celebrado entre boa parte da classe política, do empresariado e da burocracia estatal para saque do Estado brasileiro.

⇒ A Nova Ordem que se está pretendendo criar atingiu pessoas que sempre se imaginaram imunes e impunes. Para combatê-la, uma enorme *Operação Abafa* foi deflagrada em várias frentes. Entre os representantes da Velha Ordem, há

duas categorias bem visíveis: (i) a dos que não querem ser punidos pelos malfeitos cometidos ao longo de muitos anos; e (ii) um lote pior, que é o dos que não querem ficar honestos nem daqui para frente.

⇒ A volta ao modelo anterior irá retirar a eficácia do modelo de combate à corrupção que tem sido adotado. O risco da efetiva punição deu incentivos à colaboração premiada, essencial para o desvendamento dos crimes de corrupção associados à lavagem. Sem alguém que conheça o esquema por dentro, não há como desbaratá-lo. Na 13ª Vara Federal de Curitiba já houve mais de 114 decisões condenatórias. Na Operação Lava Jato, mais de 70 decisões já foram proferidas em 2º grau.

Parte II

AS TESES JURÍDICAS APLICÁVEIS

1. A ORDEM CONSTITUCIONAL BRASILEIRA NÃO EXIGE TRÂNSITO EM JULGADO PARA A DECRETAÇÃO DE PRISÃO. O QUE SE EXIGE É ORDEM ESCRITA DA AUTORIDADE COMPETENTE.

1. Confira-se a dicção do art. 5º, inciso LVII da Constituição: *“Ninguém será considerado **culpado** até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”*.

2. Já o inciso LXI prevê que *“ninguém será **preso** senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente”*.

3. O pressuposto para a decretação da prisão no direito brasileiro não é o esgotamento de qualquer possibilidade de recurso em face da decisão condenatória, mas a **ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente**. A regra, portanto, é a reserva de jurisdição para decretação da prisão, e não o trânsito em julgado. Tanto assim é que o sistema admite as prisões processuais – preventiva e temporária –, bem como prisões para fins de extradição, expulsão e deportação. Todas elas sem que se exija trânsito em julgado.

4. Aliás, justamente porque o sistema é muito ruim, cerca de 40% dos presos do país são presos provisórios. Muitos, sobretudo os pobres, já estão presos desde antes da sentença de primeira instância. São presos em flagrante e lá ficam.

⇒ Com todas as vênias de quem pensa diferente, considero uma leitura simplesmente equivocada da Constituição interpretar essas normas como significando que somente se pode prender alguém após a condenação em 2ª instância.

5. A esse propósito, como lembrou a Ministra Ellen Gracie em 2009, foi reiterado pelo saudoso Ministro Teori Zavascki em 2016, lembrado por mim e repetido pelo Ministro Gilmar Mendes aqui em plenário no mesmo julgamento, praticamente nenhum país civilizado do mundo exige isso. Em diversos países a execução da condenação se dá após o 1º grau e no restante se dá em 2º grau. Mais que isso, os principais documentos e convenções de direitos humanos do mundo tampouco exigem o trânsito em

julgado. Confira-se.

Declaração Universal dos Direitos Humanos (Art. 11º - 1. Toda a pessoa acusada de um ato delituoso presume-se inocente até que a sua culpabilidade fique legalmente provada no decurso de um processo público em que todas as garantias necessárias de defesa lhe sejam asseguradas);

Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (Art. 6º - Direito a um processo equitativo - 2. Qualquer pessoa acusada de uma infracção presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada);

Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (Art. 48 - Presunção de inocência e direitos de defesa - 1. Todo o arguido se presume inocente enquanto não tiver sido legalmente provada a sua culpa);

Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos (Art. 7.º - 1. Toda a pessoa tem direito a que a sua causa seja apreciada. Esse direito compreende: b) O direito de presunção de inocência, até que a sua culpabilidade seja estabelecida por um tribunal competente);

Declaração Islâmica dos Direitos Humanos (V – Direito a Julgamento Justo - Ninguém será considerado culpado de ofensa e sujeito à punição, exceto após a prova de sua culpa perante um tribunal jurídico independente);

Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (Art.14 - §2. Toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa);

Convenção Americana Sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (Art. 8º - Garantias judiciais - 2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa).

2. A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA É UM PRINCÍPIO, E NÃO UMA REGRA ABSOLUTA, QUE SE APLIQUE NA MODALIDADE TUDO OU NADA. POR SER UM PRINCÍPIO, ELA PRECISA SER PONDERADA COM OUTROS PRINCÍPIOS E VALORES CONSTITUCIONAIS.

1. As normas jurídicas se dividem em duas grandes categorias: regras e princípios:

a) *Regras* estabelecem condutas a serem observadas, são comandos definitivos, aplicáveis na modalidade “tudo ou nada”. Uma regra ou é cumprida ou é violada. Ex. Se a regra é “não roubarás” e o indivíduo roubar, a regra está violada;

b) *Princípios*, ao contrário das regras, não descrevem condutas, mas apontam para estados ideais a serem alcançados, como justiça, dignidade humana, eficiência. São mandados de otimização dirigidos ao intérprete, que deve aplicá-los na maior extensão possível, levando em conta outros princípios e a realidade fática.

2. Princípios, portanto, devem ser aplicados, em muitas situações, em harmonia, em concordância prática ou em ponderação com outros princípios e mandamentos constitucionais. Ponderar significa atribuir pesos, fazer concessões recíprocas e, no limite, realizar escolhas sobre qual princípio vai prevalecer numa situação concreta.

3. Quais os princípios em jogo na presente discussão? De um lado, o princípio da inocência ou da não culpabilidade; de outro lado, o da efetividade mínima do sistema penal, que abriga valores importantes como a realização da justiça, a proteção dos direitos fundamentais, o patrimônio público e privado, a probidade administrativa.

4. Quando a investigação começa, o princípio da presunção de inocência tem o seu peso máximo. Com o recebimento da denúncia, este peso diminui. Com a sentença condenatória de 1º grau, diminui ainda mais. Quando da condenação em 2º grau, o equilíbrio se inverte: os outros valores protegidos pelo sistema penal passam a ter mais peso do que a presunção de inocência e, portanto, devem prevalecer.

5. A ponderação é feita com o auxílio do princípio instrumental da proporcionalidade, ou a máxima da proporcionalidade, como preferem alguns. Simplificando uma longa história, a proporcionalidade, aplicada em matéria penal significa:

- a) proibição do excesso; e
- b) vedação à proteção deficiente.

6. Um sistema em que os processos se eternizam, gerando longa

demora até a punição adequada, prescrição e impunidade constitui evidente proteção deficiente dos valores constitucionais abrigados na efetividade mínima exigível do sistema pena. Um sistema penal desmoralizado não serve a ninguém: nem à sociedade, nem ao Judiciário nem aos advogados.

⇒ Processos devem durar 6 meses, um ano. Se for muito complexo, uma ano e meio. Nós nos acostumamos com um patamar muito ruim e desenvolvemos uma cultura da procrastinação que oscila entre o absurdo e o ridículo. O processo penal brasileiro produz cenas de terceiro mundismo explícito. As palavras no Brasil vão perdendo o sentido. Entre nós, a ideia de *devido processo legal* passou a ser a do processo que não termina nunca. E a de *garantismo* significa que ninguém deve ser punido jamais, não importa o que tenha feito.

3. DEPOIS DA CONDENAÇÃO EM 2º GRAU, QUANDO JÁ NÃO HÁ MAIS DÚVIDA ACERCA DA AUTORIA E DA MATERIALIDADE DO CRIME, A EXECUÇÃO DA PENA É UMA EXIGÊNCIA DE ORDEM PÚBLICA, PARA PRESERVAÇÃO DA CREDIBILIDADE DA JUSTIÇA.

1. Um dos fundamentos para a prisão preventiva, nos termos do art. 312 do CPP, é a “garantia da ordem pública”. A credibilidade e respeitabilidade da justiça, por evidente, integram o conceito de ordem pública, que ficaria violada pela falta de efetividade do processo penal. A demora na aplicação das sanções proporcionais em razão da prática de crimes abala o sentimento de justiça da sociedade e compromete a percepção

que a cidadania tem de suas instituições judiciais. Punir alguém muitos anos depois do fato, não realiza os principais papéis do direito penal, de prevenção geral, prevenção específica, retribuição e ressocialização.

2. Mais que isso: a prisão após a condenação em 2º grau é decorrência natural e imperativa da condenação. Permitir discricionariedade judicial aqui é reeditar a seletividade do sistema. Poderosos e bem assistidos conseguirão aguardar soltos até a prescrição. Os comuns irão presos.

⇒ O poder, em geral, e o Poder Judiciário, em particular, existe para fazer o bem e para promover justiça, e não para proteger os amigos e perseguir os inimigos.

Parte III

O DIREITO E A JUSTIÇA BASEADOS EM EVIDÊNCIAS

1. O direito público, em geral, e o direito constitucional, em particular, experimentou, em todo o mundo, nas últimas décadas, duas importantes mudanças de paradigmas. A primeira delas foi a vitória do constitucionalismo democrático como a ideologia vitoriosa do século XX. Seu marco mundial é a reconstitucionalização da Europa após o segundo pós-guerra e, no Brasil, foi a promulgação da Constituição de 1988. Este chamado *giro constitucional-democrático* repercutiu sobre a limitação do poder, a participação política, a centralidade dos direitos fundamentais e a ascensão institucional das cortes constitucionais.

2. A segunda mudança de paradigma encontra-se ainda em fase de desenvolvimento no Brasil, enfrentando ideias antigas e arraigadas. Trata-se do *giro empírico-pragmático*, que procura libertar de discursos tonitroantes e da retórica vazia, descompromissada do mundo real. O *empirismo* significa a valorização da experiência como fonte de conhecimento e legitimação das escolhas públicas. Daí a demanda crescente por pesquisas, dados e informações como elementos essenciais para a tomada de decisões.

3. A pesquisa empírica é a grande novidade da prática jurídica contemporânea, sendo de grande valia o trabalho desenvolvido pelo Conselho Nacional de Justiça e pela Fundação Getúlio Vargas do Rio na produção e divulgação dos números do Poder Judiciário e do Supremo Tribunal Federal. Na passagem clássica de Oliver Wendel Holmes Jr., que foi juiz da Suprema Corte americana entre 1902 e 1932, “a vida do direito não é lógica, mas experiência”. Na interpretação precisa de Gustavo Binbenbom:

“Holmes estava a dizer que o direito é muito melhor explicado como resultado das necessidades de cada povo, da moral prevalecente em cada tempo e lugar, das injunções da política de cada nação, do que pelos axiomas e silogismos teóricos contidos em algum manual – como um livro de matemática. O direito responde de forma adaptativa, mas nem sempre lógica, às imposições da experiência”².

4. Já a *virada pragmática* se assenta na busca dos melhores resultados, dentro das possibilidades e limites semânticos dos textos normativos. Conforme uma sistematização de amplo curso, o pragmatismo filosófico apresenta três características essenciais³. A primeira é o *antifundacionalismo*, no sentido de não buscar um fundamento último, de ordem moral, para justificar uma decisão. A segunda é o *contextualismo*, a significar que a realidade concreta em que situada a questão a ser decidida tem peso destacado na determinação da solução adequada. E, por fim, e muito particularmente, o *consequencialismo*, na medida em que o resultado prático de uma decisão deve ser o elemento decisivo de sua prolação. Cabe ao juiz produzir a decisão que traga as melhores consequências possíveis para a sociedade como um todo.

⇒ Existem, por certo, muitas complexidades e incontáveis sutilezas que não poderão ser exploradas aqui. Posto de uma forma simples: não estando em jogo valores ou direitos fundamentais, será legítimo – quando não exigível – que o intérprete construa como solução mais adequada a que produza as melhores consequências para a sociedade. Evidentemente, eu não estou falando de prender A, B ou C. Estamos discutindo qual tese

² Gustavo Binenbojm, *Transformações do poder de polícia*: aspectos político-jurídicos, econômicos e institucionais. Mimeografado. Tese de titularidade defendida na Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2016, p. 41.

³ Thamy Pogrebinschi, *Pragmatismo*: teoria social e política, 2005, p. 26-62. produz os melhores resultados para a sociedade. Eu não tenho dúvida. Os fatos e os números são muito óbvios para negar a evidência.

À luz dessas premissas teóricas e filosóficas, cabe examinar

as estatísticas relevantes na matéria.

I. OS RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS EM MATÉRIA PENAL NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

1. Segundo os dados da Assessoria de Gestão Estratégica do STF, referente ao período de 1º.01.2009 até 19.04.2016, foram apresentados 25.707 recursos extraordinários ou agravos em recursos extraordinários em matéria criminal. Desse total, o percentual de recursos acolhidos foi de 2,93%, abrangendo tanto os recursos providos em favor da defesa quanto da acusação.

2. Quando se vai verificar o percentual de recursos extraordinários acolhidos em favor dos réus, o número cai para 1,12%. Quando se vai examinar o percentual de *absolvições*, ele é de irrisórios 0,035% dos casos. Vale dizer: em mais de 25 mil recursos extraordinários, houve tão somente 9 (nove) casos de absolvição. Os outros casos de provimento se referiam à substituição da pena privativa de liberdade por medida alternativa (o que é relevante, pois afeta a liberdade), mudança de regime, progressão de regime, dosimetria e prescrição. Ao tema da prescrição se voltará mais adiante.

3. Veja-se, então, em resumo: aguardar-se o trânsito em julgado do recurso extraordinário produz impacto de 1,12% em favor da defesa, sendo que apenas 0,035% de absolvições. Subordinar todo o sistema de justiça a índices deprimentes de morosidade e ineficiência para produzir este resultado é uma opção que não passa em nenhum teste de razoabilidade ou de racionalidade.

⇒ Eu entendo e respeito quem tem o entendimento de que bastaria um caso de reforma para justificar a exigência do trânsito em

julgado. Mas por essa lógica, deveríamos fechar todos os aeroportos, porque apesar de todos os esforços, há uma margem mínima de acidentes. O mesmo vale para a indústria automobilística, para a construção civil e quase todas as atividades produtivas. Viver envolve riscos. E tornar a vida infinitamente pior não é capaz de eliminá-los.

II. OS RECURSOS ESPECIAIS EM MATÉRIA PENAL NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1. Segundo pesquisa desenvolvida pela Coordenadoria de Gestão da Informação do STJ, sob a coordenação do Ministro Rogerio Schietti, os números em relação aos recursos especiais perante o Superior Tribunal de Justiça também infirmam a necessidade de se tornar a mudar a jurisprudência firmada nessa matéria. A pesquisa foi realizada, a meu pedido, entre 1º.09.2015 a 31.08.2017, envolvendo as decisões das duas Turmas Criminais do Tribunal (a 5ª e a 6ª). Foram pesquisadas 68.944 decisões proferidas em recursos especiais ou em agravos em recurso especial.

2. Pois bem: o percentual de absolvição em todos estes processos foi de **0,62%**. Em 1,02% dos casos, houve substituição da pena restritiva de liberdade por pena restritiva de direitos. Os outros percentuais foram: prescrição – 0,76%; diminuição da pena – 6,44%; diminuição da pena de multa – 2,32%; e alteração de regime prisional – 4,57%.

3. Veja-se, então: a soma dos percentuais de absolvição e de substituição da pena é de 1,64%, revelando o baixo número de decisões reformadas que produzem impacto sobre a liberdade dos condenados. Diante desses dados, é ilógico, com todas as vênias de quem pensa

diferentemente, moldar o sistema em função da exceção, e não da regra.

⇒ Eu bem sei que no julgamento de *habeas corpus*, tanto no STJ quanto no STF o percentual de reforma é superior a estes que eu estou aqui descrevendo. Considero que este argumento é a favor de se manter o sistema com a possibilidade de execução após o 2º grau. Precisamente porque o *habeas corpus*, que não se está restringindo aqui, funciona como válvula de escape para que os tribunais superiores consertem, com muita mais presteza do que seria possível em recursos extraordinário ou especial, qualquer eventual ilegalidade ou abuso de poder.

III. SEM A EXECUÇÃO APÓS A CONDENAÇÃO EM 2º GRAU, O SISTEMA INDUZ À PRESCRIÇÃO

1. De acordo com os números do Superior Tribunal de Justiça, no período de dois anos pesquisado, 830 ações penais desaguaram em extinção da punibilidade por prescrição.

2. Pesquisa artesanal que pedi que fosse feita no meu gabinete, via sistema de “e-decisão”, apurou pelo menos 116 casos de reconhecimento de prescrição, no julgamento de recursos extraordinários e agravos em recurso extraordinário.

3. Vale dizer: num intervalo de 2 anos, quase mil casos prescreveram, depois de haverem movimentado por muitos anos o sistema de justiça. Não é preciso ser muito sagaz para constatar que os grandes beneficiários da prescrição são aqueles que têm dinheiro para manipular o sistema com recursos procrastinatórios sem fim.

4. Tudo sem mencionar o absurdo de se interpretar o art. 112 do

Código Penal, de modo a permitir que o prazo de prescrição da pretensão punitiva flua mesmo que a decisão não possa ser executada.

CONCLUSÃO

Por todas essas razões, defendo a manutenção da linha adotada por este Tribunal, em virada jurisprudencial que contribui para desfazer a exacerbada disfuncionalidade do sistema penal brasileiro. Reitero que não estou me manifestando sobre a culpabilidade ou inocência do impetrante do *habeas corpus*. Não li a decisão de 1º grau nem tampouco a decisão de 2º grau. Li apenas a decisão da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça. E nela não vejo qualquer ilegalidade ou abuso de poder.

Por essas razões, denego a ordem.

ANEXO

UMA SOLUÇÃO ALTERNATIVA MENOS RUIM DO QUE A QUE SE ESTÁ ALVITRANDO

1. PRIMEIRA DECISÃO DO STJ

1. Por todas as razões que expus até aqui, penso que devemos manter a jurisprudência que por três vezes firmamos em 2016. Porém, se for o caso de alterá-la para a posição que o Ministro Dias Toffoli sustentou no julgamento da ADC , no sentido de a condenação somente ser executada após a decisão do Superior Tribunal de Justiça, trago a sugestão a seguir.

2. Os processos no Superior Tribunal de Justiça podem levar

muitos anos, às vezes quase uma década, como o exemplo acima do Propinoduto. Porém, a primeira decisão do STJ, monocrática ou colegiada, geralmente é a que prevalece na quase totalidade dos casos. E esta decisão é tomada em prazo relativamente célere.

3. A pesquisa solicitada por mim e coordenada pelo Ministro Rogério Schietti trouxe as seguintes informações relevantes:

a) a primeira decisão terminativa proferida pelo STJ em *recursos especiais*

costuma se dar no prazo de 202 dias, isso é pouco menos de 7 meses;

b) a primeira decisão terminativa proferida pelo STJ em *agravos em recursos especiais* costuma se dar no prazo de 153 dias, isso é pouco mais de 5 meses.

4. Portanto, embora haja uma demora no trânsito entre o Tribunal de origem e o STJ, se se aguardar a primeira decisão terminativa, o risco de procrastinação é controlado. Com uma informação importante, em pesquisa complementar feita pelo Ministro Schietti: o percentual de provimento de agravo contra esta primeira decisão é irrisório. Em relação aos *recursos especiais*, em 30.082 decisões, a percentagem de reforma foi de 0,31%. E no tocante aos *agravos em recurso especial*, em 52.327 decisões, a percentagem de reforma foi de 0,21%. Vale dizer: é a primeira decisão terminativa que prevalece em mais de 99% dos casos.