

# QUEM TEM MEDO DO STF? ESTUDO SOBRE OS LIMITES DOS PODERES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ATRAVÉS DA ANÁLISE DAS DECISÕES QUE INDEFERIRAM OS PEDIDOS LIMINARES DAS ADCS 43 E 44<sup>1</sup>

Jodilson Iron Gomes de Medeiros<sup>2</sup>

## RESUMO

Atualmente muito tem se discutido sobre as razões do patente aumento do número de causas que são judicializadas. A quantidade de processos representa as inúmeras relações sociais que requerem uma resposta do Judiciário e, graças ao modelo institucional estabelecido nos termos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, muitas questões poderão ser postas em juízo. Diante disto, verifica-se que o Supremo Tribunal Federal assume papel de preponderância na guarda e interpretação da Constituição, sobretudo se considerarmos que ele, enquanto órgão de cúpula do Poder Judiciário, será convidado a dar o parecer final sobre estas questões, tendo as suas decisões meritorias nas ações de controle concentrado efeitos vinculantes e eficácia *erga omnes*. Neste sentido, o presente trabalho propõe-se a responder: De que modo a Corte Suprema poderá agir sem contrariar os comandos constitucionais? Este artigo fará a análise dos votos dos ministros ao indeferirem os pedidos cautelares das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44 e para isso utiliza-se dos conceitos de judicialização e de ativismo judicial, ressaltando a modalidade negativa deste, tendo o intento de incitar o debate acerca dos deveres que o Pretório Excelso possui enquanto intérprete do Texto Magno, sugerindo algumas técnicas a serem executadas para que haja a racionalização da sua atuação.

**Palavras-chave:** Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Judicialização das questões políticas e relações sociais. Ativismo judicial. Supremo Tribunal Federal.

**SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 JUDICIALIZAÇÃO DAS QUESTÕES POLÍTICAS. 2.1 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO. 3 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: CARACTERÍSTICAS E COMPETÊNCIAS. 3.1 – O PAPEL DO STF ENQUANTO DEFENSOR E INTÉRPRETE DA CONSTITUIÇÃO DE 1988 – DE GUARDIÃO AO CONSTANTE RECEIO DE TORNAR-SE SENHOR CARTA POLÍTICA. 4 ANÁLISE DAS DECISÕES QUE INDEFERIRAM OS PEDIDOS CAUTELARES FORMULADOS NAS AÇÕES DECLARATÓRIAS DE CONSTITUCIONALIDADE 43 E 44 – A MUTILAÇÃO DA GARANTIA CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE NÃO CULPABILIDADE. 5 RACIONALIZAÇÃO DA ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ENQUANTO INTÉRPRETE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.**

## 1 INTRODUÇÃO

Atualmente muito tem se discutido sobre as razões que dão ensejo ao vertiginoso aumento do número de causas judiciais no Brasil, entretanto, é fácil constatarmos que tal fenômeno é decorrência direta das determinações trazidas no bojo da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. A Constituição Cidadã, atenta aos anseios sociais,

---

<sup>1</sup> Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito, pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Centro de Ensino Superior do Seridó, Campus Caicó, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito sob a orientação do Prof. Saulo de Medeiros Torres.

<sup>2</sup> Concluinte do Curso de Graduação em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte.

prevê um extenso rol de direitos, tratando-os de maneira pormenorizada e estabelecendo diversos mecanismos para que sejam devidamente garantidos.

O Poder Judiciário assume papel de protagonista na defesa e efetivação de direitos que são estabelecidos constitucionalmente, sobretudo se considerarmos a omissão e inércia praticadas pelos poderes Executivo e Legislativo de todas as esferas. Diante disto, o Supremo Tribunal Federal possui extrema relevância no processo de guarda destes direitos, pois caberá a ele, enquanto órgão protetor do texto constitucional, estabelecer o sentido e alcance das normas constitucionais, sempre velando pela sua aplicação nas relações sociais que são trazidas à sua análise.

Neste passo, assim como Carl Schmitt<sup>3</sup>, os indivíduos mais atentos questionam-se e preocupam-se com os limites dos poderes do Pretório Excelso, pois, por tratar-se de órgão de cúpula do Poder Judiciário e cujas decisões nas ações do controle concentrado possuem efeitos vinculantes e eficácia *erga omnes*, não possui qualquer mecanismo de controle sobre seus posicionamentos.

O presente trabalho analisará de que maneira a Corte Suprema olvida-se de sua responsabilidade enquanto defensora da Carta Política ao indeferir os pedidos liminares nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44 e, agindo como legisladora positiva, dá novo sentido a garantia constitucional da presunção de não culpabilidade, buscando incitar o debate e propor alguns mecanismos para que o Supremo Tribunal Federal possa racionalizar a sua atuação.

## **2 JUDICIALIZAÇÃO DAS QUESTÕES POLÍTICAS E SOCIAIS**

Segundo dados extraídos da Revista “Justiça em números”<sup>4</sup>, organizada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) no ano de 2016, hodiernamente o Brasil conta com cerca de 102 milhões de processos, os quais, sem sombras de dúvidas, evidenciam a crescente judicialização das inúmeras relações que se estabelecem no seio da sociedade.

Do mesmo modo, estes números também representam a intensa necessidade que os indivíduos possuem de ter os seus direitos que são estabelecidos constitucionalmente devidamente efetivados através de uma decisão judicial – sejam os direitos que referem-se à

---

<sup>3</sup> Em sua obra “Der Hüter der Verfassung. Tübingen: Mohr, 1931. P. 7, Carl Schmitt, ressalta a seguinte preocupação: “o guardião da Constituição torna-se facilmente seu Senhor”.

<sup>4</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em números. Brasília: CNJ, 2016. Anual. 404 f.il. I Poder Judiciário - estatística - Brasil. II Administração pública - estatística - Brasil. p. 42

liberdade, personalidade e propriedade, até aqueles que dizem respeito ao direito de ter um meio ambiente saudável, aos direitos trabalhistas, previdenciários, dentre outros.

O processo de judicialização foi conceituado pelo cientista político estadunidense Chester Neal Tate, o qual entende que o fenômeno significaria o deslocamento da esfera de decisão de alguns aspectos que inicialmente caberiam aos poderes Legislativo e Executivo para o setor de atuação do Judiciário<sup>5</sup>.

Verifica-se assim que a judicialização atribui uma extensa carga de força aos juízes e tribunais, que com grande frequência são convidados a decidirem sobre as questões das relações sociais que são postas à sua análise sob forma de ações judiciais.

Cumprir frisar que este processo não é exclusivo do sistema judicial brasileiro, ocorrendo em diversos países ao redor do mundo, diferenciando-se apenas no que concerne as razões que lhe dá ensejo. Discorrendo sobre este fenômeno, Luís Roberto Barroso aduz:

Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. O fenômeno tem causas múltiplas. Algumas delas expressam uma tendência mundial; outras estão diretamente relacionadas ao modelo institucional brasileiro<sup>6</sup>.

O fenômeno da judicialização das questões políticas e relações sociais é uma tendência mundial, possuindo como marco propulsor as previsões trazidas nas Constituições de Portugal de 1976 e da Espanha de 1978, tendo tal tendência sido potencializada no texto da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988<sup>7</sup>.

Estas Constituições, distintamente das constituições liberais, são desconfiadas do legislador. Por consequência, preferem indicar qual caminho deverá ser tomado para que haja a implementação dos direitos fundamentais, relegando aos Poderes Legislativo e Executivo somente a função de execução da vontade do constituinte originário. Neste sentido, é entregue ao Poder Judiciário a função principal de guarda da Carta Maior, possuindo o Supremo Tribunal Federal papel de preponderância neste desiderato. Sobre este órgão e as atribuições que possui enquanto guardião do texto constitucional teceremos maiores comentários em momento oportuno.

---

<sup>5</sup> A obra referida, provavelmente, é a seguinte: TATE, Chester Neal; VALLINDER, Torbjörn. The global expansion of Judicial Power: the judicialization of politics. In: \_\_\_\_\_ (Orgs.). *The global expansion of Judicial Power*. New York: New York University Press, 1995.

<sup>6</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Rio de Janeiro: Theses. vol. 5, nº. 1, 2012, p. 2.

<sup>7</sup> *Ibidem*, p. 2

Como destacado por Luís Roberto Barroso, no Brasil grande parte da judicialização é reflexo do sistema institucional previsto em nossa Carta Política, que é manifestamente ambiciosa e analítica, prevendo pormenorizadamente diversos assuntos, os quais, graças ao princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário, previsto nos termos do art. 5º, inciso XXXV do Texto Magno, poderão ter suas questões correlatas postas em juízo.

Some-se a isto a ocorrência de inúmeras exigências da sociedade e do descaso do Estado, este manifesto na inércia e na omissão dos poderes Legislativo e Executivo para com os direitos dos cidadãos, os quais são obrigados a recorrerem ao Poder Judiciário para que possam ter seus direitos realizados e assim exercer a democracia<sup>8</sup>.

## 2.1 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO

Como demonstrado, a crescente judicialização das relações sociais deve-se em grande parte ao perfil institucional adotado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, pois esta, símbolo da mudança democrática brasileira, conscientiza as pessoas dos seus próprios direitos e lhes garante instrumentos para efetivá-los sem que seja exigida prévia regulamentação legislativa para tanto. Para que isto ocorra, são atribuídas diversas prerrogativas aos magistrados, o que faz com que o Poder Judiciário transmute-se em um verdadeiro poder político, estando habilitado para fazer valer a Constituição e as leis, inclusive quando em confronto com os outros poderes<sup>9</sup>.

Diante disto, os cidadãos passam a judicializar as relações que vivenciam a fim de garantir os direitos que desejam ver concretizados, razão pela qual juízes e tribunais passam a desempenhar um papel de protagonismo na sociedade, pois são vistos como garantidores e efetivadores dos direitos fundamentais estabelecidos na Lei Maior do Estado.

Cumprir aqui fazer a distinção entre os fenômenos da judicialização e do ativismo judicial, sempre mencionados quando se discute sobre as razões do acentuado aumento do número de causas judiciais.

Inicialmente, impende esclarecer que atribui-se a Arthur Schlesinger o mérito de ter cunhado a expressão “ativismo judicial”, pois em 1947 ele publicou na revista “Fortune” o artigo “*The Supreme Court: 1947*” em que analisou o comportamento dos juízes frente as ações judiciais, diferenciando-os entre os “ativistas” (*activists*) e “passivistas” (*self-restrain*)

---

<sup>8</sup> NELSON, Rocco Antônio Rangel Rosso; DE MEDEIROS, Jackson Tavares da Silva. Reflexões sobre o ativismo judicial. In: UERJ. *Revista da Faculdade de Direito*. Rio de Janeiro: RFD, n. 27, 2015, p. 14.

<sup>9</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Rio de Janeiro: Thesis. vol. 5, nº. 1, 2012, p. 2.

ou “campeões da restritividade judicial” (*champions of judicial restraint*). Para Arthur Schlesinger os primeiros teriam como característica o fato de inserirem em suas decisões as próprias noções de bem comum, ao passo que os passivistas buscavam preservar em seus juízos a margem de conformação do legislador valorizando uma maior deferência judicial<sup>10</sup>.

Diferentemente da judicialização, que no Brasil vem em manifesta expansão pós Constituição Federal de 1988, tendo como fundamento a ordem constitucional de afirmação dos direitos fundamentais, nas palavras de Luís Roberto Barroso o ativismo judicial pode ser encarado como uma atitude, um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, alargando seu sentido e alcance. E o doutrinador segue afirmando que o ativismo judicial geralmente ocorre diante de situações de retenção do Poder Legislativo, do deslocamento entre a classe política e a sociedade civil, o que faz com que as demandas sociais não sejam atendidas de maneira efetiva<sup>11</sup>.

Em que pese atualmente inexistir um consenso doutrinário e jurisprudencial sobre a conceituação do termo ativismo judicial, diante da velocidade das transformações e aceleração da vida, que requerem a constante e célere efetivação dos direitos, verificamos que este é um fenômeno necessário, fonte de realização democrática<sup>12</sup>. Tal afirmativa pode ser corroborada sobretudo se considerarmos a evidente e sofrida omissão dos poderes Legislativo e Executivo para com os direitos dos indivíduos.

A referida conjuntura intensifica o papel do Supremo Tribunal Federal, especialmente diante da crise de legitimidade enfrentada pelos poderes Legislativo e Executivo, os quais, quando não pecam pela omissão e inércia, oferecem políticas públicas pouco eficazes. Saliente-se que não podemos atribuir aos ministros do Supremo Tribunal Federal a cobiça de instituir um “sistema juriscêntrico de hegemonia judicial”, tendo a Corte se limitado a seguir o modelo institucional estabelecido constitucionalmente<sup>13</sup>.

O STF, que desde o texto original da CRF/88 já concentrava as atribuições de tribunal constitucional, julgando questões de constitucionalidade independentemente de litígios concretos; de órgão de cúpula do poder judiciário e foro especializado, teve a sua função política ainda mais acentuada com as Emendas Constitucionais 3/93 e 45/04, convertendo-se em uma instituição ímpar, mesmo se o compararmos com as cortes existentes em outras democracias ao redor do mundo.

---

<sup>10</sup> NELSON, Rocco Antônio Rangel Rosso; DE MEDEIROS, Jackson Tavares da Silva. Op., cit., p. 14.

<sup>11</sup> BARROSO, Luís Roberto. Op., cit., p. 2.

<sup>12</sup> NELSON, Rocco Antônio Rangel Rosso; DE MEDEIROS, Jackson Tavares da Silva. Op., cit., p. 24.

<sup>13</sup> BARROSO, Luís Roberto. Op., cit., p. 2.

Consigne-se que o texto constitucional de 1988, por tratar pormenorizadamente de diversos assuntos, aliado a progressiva centralização de poderes no STF, apontam para uma mudança no equilíbrio no sistema de separação de poderes no Brasil, convidando-nos a encontrar o “ponto de equilíbrio” entre a atuação do poder judiciário e o espaço da legislação, ambos necessários para o desenvolvimento da sociedade.

A referida preocupação foi trazida por Luís Roberto Barroso, que com maestria nos alerta: “[...] a importância da Constituição – e do Judiciário como seu intérprete maior – não pode suprimir, por evidente, a política, o governo da maioria, nem o papel do Legislativo. A Constituição não pode ser ubíqua”<sup>14</sup>.

Registre-se que a judicialização e o ativismo judicial compreendem assuntos como a legitimidade democrática, a politização da justiça e a falta de capacidade institucional do Judiciário para decidir sobre determinadas matérias.

Caberá a lei, observados os valores, fins e processo legislativo estabelecidos constitucionalmente, escolher entre os diferentes cenários que são inerentes as sociedades pluralistas, sempre respeitando os comandos trazidos no bojo do estatuto constitucional. Nesta perspectiva, caberá ao Supremo Tribunal Federal ser deferente para com as decisões tomadas pelos outros poderes, agindo com parcimônia ao analisá-las, fazendo valer nas decisões dos poderes Legislativo e Executivo, e principalmente nas suas, a vontade dos constituintes originários encartada nos comandos constitucionais.

Ao cumprirem a sua função os ministros do Supremo Tribunal Federal deverão considerar que o Brasil constitui um Estado Democrático de Direito, guiado pelos preceitos constitucionais, possuindo dentre os seus fundamentos a dignidade da pessoa humana. No que concerne a este fundamento, cumpre registrar que nas palavras do eminente professor Walter Nunes a dignidade da pessoa humana constitui fundamento da moralidade democrática e deverá ser respeitada independentemente do momento sociopolítico em que se viva, pois servirá para afastar qualquer tratamento mais rigoroso por parte dos indivíduos que acreditam que esta seria a única maneira de descobrir a verdade ou mesmo punir o agente<sup>15</sup>.

A seguir serão abordadas as atribuições que foram conferidas ao Supremo Tribunal Federal através da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, levando-se em

---

<sup>14</sup> *Ibidem* . p. 9.

<sup>15</sup> Silva Júnior, Walter Nunes da. *Teoria constitucional do processo penal: limitações fundamentais ao exercício do direito de punir no sistema jurídico brasileiro* / Walter Nunes da Silva Júnior. Recife (PE), 2005. P. 374

consideração o seu papel enquanto garantidor e efetivador dos direitos fundamentais estabelecidos através do texto constitucional.

### 3 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: CARACTERÍSTICAS E COMPETÊNCIAS

Criado após a proclamação da República, o Supremo Tribunal Federal é o órgão de cúpula do Poder Judiciário, compondo-se de onze ministros, escolhidos dentre brasileiros natos, conforme inteligência extraída do art. 12, §3º, IV do texto constitucional. Os indicados deverão ter mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, além de possuírem notável saber jurídico e reputação ilibada. Em que pese inexistir semelhança com os ministros dos órgãos do governo, os onze juizes do Pretório Excelso são chamados de ministros, os quais serão nomeados pelo Presidente da República após a aprovação da escolha pela maioria absoluta do Senado Federal.

O STF representa um tribunal de jurisdição nacional, tendo as suas funções estabelecidas no art. 102 do Texto Magno. Segundo o referido artigo, o STF disporá de competência originária, prevista no art. 102, I<sup>16</sup>; e recursal, a qual abarca os recursos

---

<sup>16</sup> Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

- a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)
- b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República;
- c) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 23, de 1999)
- d) o *habeas corpus*, sendo paciente qualquer das pessoas referidas nas alíneas anteriores; o mandado de segurança e o *habeas data* contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal;
- e) o litígio entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Território;
- f) as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta;
- g) a extradição solicitada por Estado estrangeiro;
- h) (Revogado pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)
- i) o *habeas corpus*, quando o coator for Tribunal Superior ou quando o coator ou o paciente for autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 22, de 1999)
- j) a revisão criminal e a ação rescisória de seus julgados;
- l) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões;
- m) a execução de sentença nas causas de sua competência originária, facultada a delegação de atribuições para a prática de atos processuais;
- n) a ação em que todos os membros da magistratura sejam direta ou indiretamente interessados, e aquela em que mais da metade dos membros do tribunal de origem estejam impedidos ou sejam direta ou indiretamente interessados;

ordinário, previsto nos termos do art. 102, II<sup>17</sup>; e extraordinário, atribuição trazida no art. 102, III<sup>18</sup> do texto constitucional.

Ressalte-se que após as alterações trazidas pela Emenda Constitucional 45/2004, conhecida como a emenda responsável pela reforma do Judiciário, o texto da Carta Política passou a prever no artigo 102, § 2º que as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Diante de tais premissas é de fácil constatação o papel de preponderância que Supremo Tribunal Federal assume enquanto órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro, sobretudo se considerarmos que as suas decisões de mérito enquanto intérprete da Constituição serão irrecorríveis e produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública em todas as suas esferas.

No tópico seguinte aborda-se sobre a principal função que o Supremo Tribunal Federal assume enquanto órgão de cúpula do Poder Judiciário, consistente na guarda e interpretação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

### 3.1 O PAPEL DO STF ENQUANTO DEFENSOR E INTÉRPRETE DA CONSTITUIÇÃO DE 1988 – DE GUARDIÃO AO CONSTANTE RECEIO DE TORNAR-SE SENHOR DA CARTA POLÍTICA

---

o) os conflitos de competência entre o Superior Tribunal de Justiça e quaisquer tribunais, entre Tribunais Superiores, ou entre estes e qualquer outro tribunal;

p) o pedido de medida cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade;

q) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal;

r) as ações contra o Conselho Nacional de Justiça e contra o Conselho Nacional do Ministério Público; (Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

<sup>17</sup> II - julgar, em recurso ordinário:

a) o *habeas corpus*, o mandado de segurança, o *habeas data* e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão;

b) o crime político;

<sup>18</sup> III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

a) contrariar dispositivo desta Constituição;

b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;

c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.

d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal. (Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

Como mencionado, o Judiciário é o órgão responsável pela guarda e interpretação do texto constitucional, devendo agir nas inúmeras situações em que o Texto Magno estabelece. Uma vez provocado, caberá ao Poder Judiciário, através dos juízes, proteger e garantir os direitos fundamentais previstos constitucionalmente, os quais por vezes são desrespeitados pelas (in)ações dos Legisladores e Administradores representantes do Poder Executivo.

Logicamente, ainda que aja estritamente nas situações previstas constitucionalmente, caberá ao intérprete do Texto Magno valer-se do seu intelecto para preencher a lacuna jurídica existente, haja vista que embora a Constituição de 1988 tenha antecipado a situação que exige a aplicação de seu texto, ela não estabelece de que modo a utilização ocorrerá, diferenciando-se de acordo com a situação real analisada.

A título de ilustração, cumpre mencionar que mesmo para Hans Kelsen, tido como o pai do positivismo, a norma jurídica poderia ser encarada como uma “moldura que deveria ser preenchida durante o processo hermenêutico, pois contém diversos espaços em branco”<sup>19</sup>.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, assim como todas as leis, realiza-se através da atividade intelectual do intérprete, todavia, a sua interpretação diferencia-se das demais normas, pois o seu texto conta com conceitos e categorias jurídicas de elevado grau de generalidade e abstração, o que por vezes ocasiona a intromissão do Judiciário em competências que inicialmente são atribuídas aos poderes Legislativo e Executivo.

Cumpre esclarecer que muito do elevado grau de generalidade e abstração dos conceitos e categorias jurídicas trazidas no texto constitucional deve-se ao modelo institucional adotado e ao fato de o conteúdo do próprio Texto Magno ter o caráter eminentemente político. Tais características são determinantes para que as técnicas de interpretação das normas constitucionais diferenciem-se dos métodos empregados para definição do sentido e alcance das demais normas jurídicas.

Como mencionado pelo Ministro Celso de Mello ao citar Francisco Campos em seu discurso proferido em nome do Supremo Tribunal Federal na solenidade de posse do Ministro Gilmar Mendes, ocorrido na Presidência da Suprema Corte do Brasil, em 23.04.2008, verifica-se que “A Constituição está em elaboração permanente nos tribunais incumbidos de aplicá-la (...). Nos Tribunais incumbidos da guarda da Constituição, funciona, igualmente, o poder constituinte”<sup>20</sup>.

---

<sup>19</sup> KELSEN, Hans (1999 *apud* TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. São Paulo: *Revista GV*, 2012).

<sup>20</sup> Disponível em: <[www.stf.gov.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/discursoCM.pdf](http://www.stf.gov.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/discursoCM.pdf)>. Acesso em 04 de novembro de 2016.

Isto posto, constata-se que caberá ao Judiciário criar o direito diante da análise do caso concreto, pois conforme mencionado por Ávila (2008, *apud* NELSON; DE MEDEIROS, 2015 p. 17) “o intérprete não só constrói, mas *reconstrói* sentido, tendo em vista a existência de significados incorporados ao uso linguístico e construídos na comunidade do discurso”. Desta forma, é de fácil comprovação a importância que a criação jurídica pela via da interpretação do texto constitucional assume, a qual sempre deverá ter como parâmetro a realidade social vigente e a incessante busca pela realização dos direitos fundamentais.

Justifica-se assim o papel de preponderância que o Supremo Tribunal Federal assume enquanto órgão de cúpula do Judiciário, pois, devido ao papel institucional que lhe é atribuído através do texto constitucional, é como se no Brasil tudo exigisse um parecer definitivo do Pretório Excelso ao interpretar de que forma os comandos constitucionais incidirão nas relações sociais que lhe são apresentadas através de ações judiciais.

Por tais razões, o Supremo Tribunal Federal não tem mais voltadas para si apenas as atenções de especialistas e operadores do Direito, passando os seus julgados a fazerem parte do cotidiano de todos os cidadãos. A cada julgamento proferido pelo STF, os quais são amplamente televisionados através da “TV Justiça” e divulgados pela Internet, os indivíduos vão se habituando (e esperando) que delicadas questões sociais sejam decididas pela Corte Suprema.

Ao cumprirem o seu desiderato os ministros do Supremo Tribunal Federal deverão estar cômicos de que, diferentemente do que afirmado por Lassalle, a Constituição de um país é bem mais que um pedaço de papel cuja capacidade de regular e de motivar está limitada aos fatores reais de poder, estes entendidos como as decisões decorrentes dos poderes políticos. Como bem ressaltado por Konrad Hesse<sup>21</sup>, a Constituição é determinada pela realidade social e, ao mesmo tempo, determinante em relação a ela, não devendo ser considerada, necessariamente, a parte mais fraca em caso de eventual conflito. E o referido jurista segue afirmando que todos os interesses passageiros, ainda quando realizados, não conseguem compensar o imensurável ganho decorrente do demonstrado respeito ao texto constitucional, mormente naquelas situações em que a sua observância manifesta-se incômoda.

Ademais, caberá aos intérpretes da Constituição, no caso em análise, aos Ministros do Supremo Tribunal Federal, estabelecerem a ligação entre o Texto Magno e a realidade social, principalmente diante da relação de interdependência entre os comandos constitucionais e a situação em que a sociedade se encontra. O estabelecimento do aludido elo

---

<sup>21</sup> HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Traduzido por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1991. P. 25/26

se faz necessário para que os ministros possam formular as suas decisões, haja vista que a força normativa da Constituição relaciona-se com a força das questões sociais que são trazidas ao seu julgamento e requerem ser normatizadas<sup>22</sup>.

Ao tratar sobre a conexão existente entre a dinâmica social e a constitucional, Oscar Vilhena Vieira cita Justen Filho, o qual afirma:

(...) há um fenômeno de interação entre o meio social e a constituição, com efeitos reflexos e permanentes. Uma constituição influencia e determina a organização social, mas a sociedade também vivencia as normas constitucionais (que produz) de modos variáveis e dinâmicos. Por isso, o texto constitucional comporta diferentes interpretações e, ao longo da trajetória de um povo, vão-se alterando as concepções jurídicas acerca do significado e extensão das normas (e, mesmo, princípios) constitucionais. A dinamicidade dos processos sociais se reflete sobre a constituição, de modo que as inovações vivenciadas ao interno da sociedade são influenciadas pela disciplina jurídica, mas também se refletem sobre o Direito, mesmo sobre aquele pré-existente<sup>23</sup>.

Para Justen Filho toda Constituição poderia ser encarada como uma soma de princípios e regras cuja extensão e conteúdo possuem natureza dinâmica. E quanto à necessidade do permanente diálogo entre as realidades sociais e constitucionais o referido jurista aduz que “se a constituição permanecesse inalterada, cristalizada segundo a conformação do momento original, haveria uma dissociação entre direito e sociedade, que não é apenas indesejável, mas é impossível”<sup>24</sup>.

Ressalte-se que, ao julgarem, os Ministros deverão inocularem em suas decisões os ideais e objetivos trazidos constitucionalmente, sem que olvidem o que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 representa para a nossa sociedade.

Ao tratar sobre as funções atribuídas a Constituição de 1988 Luís Roberto Barroso afirma:

Por essa razão, a Constituição deve desempenhar dois grandes papéis. Um deles é o de estabelecer as regras do jogo democrático, assegurando a participação política ampla, o governo da maioria e a alternância no poder. Mas a democracia não se resume ao princípio majoritário. Se houver oito católicos e dois muçulmanos em uma sala, não poderá o primeiro grupo deliberar jogar o segundo pela janela, pelo simples fato de estar em maior número. Aí está o segundo grande papel de uma Constituição: proteger valores e direitos fundamentais, mesmo que contra a vontade circunstancial de quem tem mais votos<sup>25</sup>.

---

<sup>22</sup> NELSON, Rocco Antônio Rangel Rosso; DE MEDEIROS, Jackson Tavares da Silva. Reflexões sobre o ativismo judicial. In: UERJ. *Revista da Faculdade de Direito*. Rio de Janeiro: RFD, n. 27, 2015, p. 2

<sup>23</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002. p. 9.

<sup>24</sup> *Ibidem*, p. 9.

<sup>25</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Rio de Janeiro: Thesis. vol. 5, nº. 1, 2012. p. 6

Como mencionado pelo Ministro, caberá a Constituição Federal de 1988 estabelecer as regras do jogo democrático, exemplificando que a defesa de valores e direitos fundamentais deverá ocorrer mesmo que seja contra a vontade de quem ocasionalmente possui mais votos.

Luís Roberto Barroso segue discorrendo sobre a função do Supremo Tribunal Federal enquanto guardião e intérprete do texto constitucional, alertando-nos para o seguinte aspecto:

E o intérprete final da Constituição é o Supremo Tribunal Federal. Seu papel é velar pelas regras do jogo democrático e pelos direitos fundamentais, funcionando como um fórum de princípios – não de política – e de razão pública – não de doutrinas abrangentes, sejam ideologias políticas ou concepções religiosas<sup>26</sup>.

A afirmação acima corrobora a inarredável necessidade de os Ministros do Pretório Excelso atuarem considerando os ideais e comandos constitucionais e decidirem levando em consideração o que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 representa para a nossa sociedade, haja vista que ela retorna a um modelo político jurídico focado na democracia, promovendo a ampliação das liberdades civis e dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos.

Agir de maneira diversa, afastando ou até mesmo reformulando os comandos constitucionais sem considerar as retromencionadas funções atribuídas a Constituição de 1988 e a realidade vigente na sociedade, seria contrariar o Texto Magno e abandonar o seu papel de guardião da Carta Política<sup>27</sup>.

#### **4 ANÁLISE DAS DECISÕES QUE INDEFIRIRAM OS PEDIDOS CAUTELARES FORMULADOS NAS AÇÕES DECLARATÓRIAS DE CONSTITUCIONALIDADE 43 E 44 – A MUTILAÇÃO DA GARANTIA CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE NÃO CULPABILIDADE**

Este artigo analisará de que maneira o Pretório Excelso, através dos seus Ministros, decidiu pela alteração da interpretação do comando constitucional que prevê o princípio da presunção de não culpabilidade<sup>28</sup>, tendo este sido o entendimento proferido na decisão que

---

<sup>26</sup> Ibidem.

<sup>27</sup> DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Gasparetto. *Ativismo e autocontenção judicial no controle de Constitucionalidade* [s.n] p. 3 e 4

<sup>28</sup> Nas palavras do eminente professor Walter Nunes, em sua obra “*Teoria constitucional do processo penal: limitações fundamentais ao exercício do direito de punir no sistema jurídico brasileiro*”, p. 500 e ss., a previsão do princípio da presunção de não culpabilidade entre os direitos fundamentais é uma das inovações trazidas no

indefere os pedidos liminares das ações declaratórias de constitucionalidade de números 43 e 44.

As referidas ADC's foram ajuizadas pelo Partido Ecológico Nacional (PEN) e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB), respectivamente, tendo ambas o pedido liminar que objetivava o reconhecimento da constitucionalidade dos novos termos do artigo 283 do Código de Processo Penal (CPP) (Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941), cuja redação foi dada pela lei 12.403/2011. Estabelece o aludido dispositivo:

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.

De acordo com o entendimento das entidades responsáveis pelo ajuizamento das referidas Ações Declaratórias de Constitucionalidade, a nova redação do artigo 283 do Código de Processo Penal pretende condicionar o início do cumprimento da pena de prisão ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Em ambas as ADC's, de relatoria do ministro Marco Aurélio Mello, busca-se declarar que a aplicação do retromencionado artigo está em plena consonância com o texto constitucional, haja vista que a Constituição da República Federativa do Brasil ao tratar no Título II Dos Direitos e Garantias Fundamentais, em especial dos direitos e deveres individuais e coletivos, estabelece em seu artigo 5º, LVII que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Cumprido esclarecer, para os que não são habituados a lidarem com termos jurídicos (presumindo-se a compreensão da expressão para os estudantes e operadores do Direito), o que viria a ser o trânsito em julgado mencionado no comando constitucional.

Trânsito em julgado pode ser encarado como o esgotamento de vias recursais, entretanto, não quer dizer que todo o réu utilizará de todos os recursos previstos, mas terá o direito subjetivo de fazer uso de todos eles, vez que estão legalmente previstos. Isto posto, verifica-se que segundo os comandos constitucionais, somente será considerado culpado

---

bojo da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e, para ele, a escolha pelos constituintes originários para a utilização desta terminologia é digna de encômios, haja vista que se houvesse sido acolhido o termo “princípio da presunção de inocência”, haveria a inviabilidade de todo o sistema processual, sobretudo no que concerne às medidas de natureza cautelar. Em seu entender, caso os constituintes originários tivessem preferido o termo “princípio da presunção de inocência”, para iniciar-se um processo a prova quanto à culpabilidade do agente deveria ser idêntica àquela que dá a certeza material. Com base nestas considerações o ilustre mestre afirma que o nome correto é o da presunção de não culpabilidade, haja vista que ele vigora, com toda a sua essência, quando o juiz, com o seu pronunciamento, pode firmar a culpabilidade do acusado.

aquele que tem em seu desfavor uma sentença, ou até mesmo acórdão, condenatória (o) após o trânsito em julgado<sup>29</sup>.

O pedido de declaração de constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal decorre da controvérsia inaugurada com a decisão proferida pelo próprio Pretório Excelso no *Habeas Corpus* (HC) nº. 126.292, no qual, através de julgamento por maioria, o Plenário da Corte entendeu como válido o cumprimento da pena de prisão antes do trânsito em julgado da condenação, tendo retornado a fazer uso do entendimento jurisprudencial que prevalecia até o ano de 2009<sup>30</sup>.

Apesar da clareza do comando constitucional em apreciação, o qual dispõe que a prisão somente deverá ocorrer em situações excepcionais ou posteriormente ao trânsito em julgado da sentença condenatória, no dia 05/10/2016 o Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, 6 a 5, indeferiu os pedidos cautelares formulados nas ADCS 43 e 44, tendo mantido o entendimento já proferido pela Corte em fevereiro do corrente ano, permitindo a possibilidade de prisão após uma condenação por colegiado de segunda instância.

Seis dos onze ministros do Supremo Tribunal Federal entenderam que qualquer indivíduo poderá começar a cumprir a pena desde que tenha sido condenado por um tribunal de Justiça ou por um Tribunal Regional Federal (TRF), ainda que disponha de recursos pendentes de apreciação no Superior Tribunal de Justiça (STJ) ou no próprio Pretório Excelso.

O referido entendimento poderá continuar sendo utilizado em todos os casos que versem sobre o mesmo tema e que estejam tramitando perante o Judiciário. Saliente-se que caso algum juiz não o acompanhe, a sua decisão poderá ser objeto de recurso.

Decidiram pela decretação da prisão logo após a condenação em segunda instância os ministros Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Teori Zavascki, Luiz Fux, Gilmar Mendes e a atual presidente da Suprema Corte, a ministra Carmém Lúcia, a qual deu o voto de Minerva para indeferir os pedidos cautelares formulados nas ADCS 43 e 44, de autoria do Partido Ecológico Nacional (PEN) e Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), respectivamente.

---

<sup>29</sup> Assad, Thathyana Weinfurter. *Do aniversário ao epitáfio: a Constituição e o STF* – Disponível em: <[http://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/392429576/do-aniversario-ao-epitafio-a-constituicao-e-o-stf?utm\\_medium=email&utm\\_source=email-notification](http://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/392429576/do-aniversario-ao-epitafio-a-constituicao-e-o-stf?utm_medium=email&utm_source=email-notification)> Acesso em 07 de novembro de 2016.

<sup>30</sup> AÇÕES pedem reconhecimento de norma do CPP que trata da presunção de inocência – *Portal do STF*, 2016 Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=317545>>. Acesso em 07 de novembro de 2016.

Por outro lado, decidiram pelo cumprimento do comando constitucional de presunção de não culpabilidade e votaram pela não decretação da prisão antes de se esgotarem todos os recursos: o relator do processo: o Ministro Marco Aurélio Mello, tendo sido acompanhado por Rosa Weber, Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski e Celso de Mello.

O julgamento conjunto das ações declaratórias de constitucionalidade 43 e 44 teve início em setembro de 2016, oportunidade em que o Ministro Marco Aurélio Mello solicitou que todas as pessoas que estavam encarceradas e ainda tinham recursos pendentes de análise em tribunais superiores fossem colocadas em liberdade.

Impende colacionar alguns argumentos trazidos pelos ministros que foram favoráveis e contrários a execução de pena sem que haja o trânsito em julgado da sentença condenatória de segundo grau, e isto se faz necessário para que possamos analisar qual a linha de argumentação defendida por cada um dos juízes da Suprema Corte.

Inicialmente cumpre consignar que acompanhando Edson Fachin, os ministros Luís Roberto Barroso e Luiz Fux decidiram pela execução de pena logo após a prolação de sentença de segunda instância, e defenderam o seu voto argumentando que não agir deste modo seria frustrar o sentimento de justiça e contribuir para “inefetividade” do processo penal.

São necessários alguns esclarecimentos quanto a estes argumentos. A alegada “inefetividade” do processo penal mencionada pelos ministros é decorrente da quantidade dos muitos recursos previstos, bem como em virtude dos prazos e espécies de prescrições penais existentes. Ocorre que se existem muitos recursos, caberá ao legislador, escolhido democraticamente pela sociedade e possuidor da representatividade popular necessária, empreender a diminuição de seu amplo rol. Não caberá aos ministros do STF trazerem para si esta atribuição buscando o alegado reestabelecimento da efetividade do processo penal.

Aliando-se aos que foram favoráveis à execução da pena sem que haja o esgotamento das vias recursais, Teori Zavascki ressalta que em outros países como a Inglaterra, Estados Unidos, Canadá, Alemanha, França, Portugal, Espanha e Argentina a pena de prisão ocorre antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

Com a devida vênia aos argumentos trazidos pelo ministro Teori Zavascki, não podemos olvidar que nenhum destes países tem no bojo de sua constituição a concepção de presunção da não culpabilidade semelhante à prevista no artigo 5º, inciso LVII do Texto Maior brasileiro.

Em seu voto o ministro Gilmar Mendes afirmou:

Presidente, a mim parece que, aqui encerrando, não há nenhuma dúvida de que a realidade mostra que nós precisamos sim levar em conta não só o aspecto normativo

- que ao meu ver legitima a compreensão da presunção de inocência nos limites aqui estabelecidos a partir do voto do relator, como também [...] levar em conta a própria realidade que permite que exigir o trânsito em julgado formal transforme o sistema num sistema de impunidade [...].

O ministro acerta ao afirmar que a interpretação constitucional deverá ter como parâmetro a realidade social vigente, entretanto, ao ser favorável a execução de pena sem que haja o trânsito em julgado da sentença de segundo grau deturpa a verdade dos fatos e desconsidera que a interpretação constitucional sempre deverá ter como desiderato a busca incessante pela realização dos direitos fundamentais estabelecidos no Texto Maior, sendo este o caso do princípio da não culpabilidade.

Por fim, coube à presidente do Supremo Tribunal Federal desempatar o julgamento que culminou com o indeferimento dos pedidos cautelares nas ADCS 43 e 44, tendo a ministra Carmem Lúcia se manifestado da seguinte maneira: “quando a Constituição estabelece que ninguém poderia ser considerado culpado até a sentença condenatória transitada em julgado não excluía a possibilidade de ter o início da execução”.

Com o devido respeito aos sobreditos ministros e aos seus votos, a seguir será demonstrado o equívoco cometido através de seus entendimentos, o que será feito utilizando-se como substrato os entendimentos encartados nas decisões dos ministros que decidiram aplicar os comandos constitucionais e reconheceram o real significado do direito fundamental da presunção da não culpabilidade.

Posicionando-se de maneira contrária à prisão após a condenação em segunda instância, o ministro Marco Aurélio Mello, relator do caso, ressalta que a literalidade do dispositivo constitucional não deixa brechas para dúvidas: a culpa é pressuposto da reprimenda e a constatação ocorre apenas com a preclusão maior.

Também mencionando a clareza dos termos do comando constitucional, a ministra Rosa Weber acompanhou na íntegra o voto do ministro Marco Aurélio Mello, tendo afirmado que:

Se a Constituição, no seu texto, com clareza, vincula o princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade a uma condenação transitada em julgado, não vejo como possa chegar a uma interpretação diversa, ainda que comungue com a imensa das premissas que embasaram os votos da divergência.

Perfilhando-se a estes entendimentos, o ministro Ricardo Lewandowski frisa que cerca de 32, 3% dos Habeas Corpus (HC) que são levados ao Superior Tribunal de Justiça acarretam mudanças na pena, ainda que para amenizar o seu regime de cumprimento. Em suas palavras:

Isso indica que houve algum tipo de erro, ainda que seja um erro processual, um erro quanto ao regime prisional. Se se mantiver alguém em regime fechado que deve cumprir sua pena em regime aberto, isso é abominável ao meu ver. Só por isso já não se justifica a prisão após a decisão de segundo grau.

Por fim, em seu voto o ministro Celso de Mello enfatizou a importância do princípio da presunção da não culpabilidade, haja vista ser este um valor fundamental e exigência imperiosa do postulado da dignidade da pessoa humana. E o mais antigo ministro da Corte Suprema sustenta que “mesmo que se trate de pessoa acusada da suposta prática de crime hediondo e até que sobrevenha sentença penal condenatória irrecorrível, não se revela possível presumir-lhe a culpabilidade”<sup>31</sup>.

Em que pese a clareza do texto constitucional ao prever que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória (art. 5º, inciso LVII da CRFB/88), o que não abre espaço para quaisquer tipos de dúvidas, ao indeferir os pedidos cautelares nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44 e permitir a execução antecipada da pena depois da confirmação da condenação por uma decisão de segundo grau, o Supremo Tribunal Federal realiza uma superinterpretação da norma, impondo a sua vontade enquanto intérprete do Texto Magno.

Com a decisão adotada, não só políticos sem foro privilegiado, como o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva e o deputado cassado Eduardo Cunha (PMDB-RJ) poderão vir a ser impactados com o novo entendimento imposto pelo Supremo Tribunal Federal. Todos aqueles que dependem da retificação de sentença proferida na instância de primeiro grau estarão sujeitos, em um só momento, a lidarem com a lentidão do sistema judiciário; a falência do sistema carcerário brasileiro – em iminente colapso; e a descrença na segurança jurídica - por que não dizer nos próprios comandos constitucionais.

Ao decidir desta maneira a Suprema Corte desconsidera a semelhança, ou melhor, a reprodução do comando constitucional que prevê o princípio da não culpabilidade previsto de forma diversa, porém com o mesmo sentido, nos termos do artigo 283 do Código de Processo Penal, objeto das ADCS 43 e 44.

Diante da situação narrada verifica-se que o Pretório Excelso afirma o que a Constituição não diz, contrariando o texto constitucional e assumindo a posição de constituinte originário e legislando. Esta atitude é um exemplo claro de ativismo judicial, haja vista que os Ministros decidiram, cedendo às pressões midiáticas e populares, contrariar o texto constitucional e dar novo

---

<sup>31</sup> RAMALHO, Renan. Supremo mantém possibilidade de prisão a condenados em 2ª instância. *GI*. 2016. Disponível em <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2016/10/supremo-mantem-prisao-apos-condenacao-em-segunda-instancia.html>>. Acesso em: 07 de novembro de 2016.

significado ao direito fundamental e ao princípio constitucional da presunção da não-culpabilidade, trazidos nos termos do art. 5º, inciso LVII.

Desta forma questiona-se: Como o STF poderá cumprir o seu desiderato sem imiscuir-se nas funções dos demais poderes? Como poderá agir sem contrariar o próprio texto constitucional?

## **5 RACIONALIZAÇÃO DA ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ENQUANTO INTÉRPRETE DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**

Como demonstrado no decorrer deste texto, graças aos comandos estabelecidos constitucionalmente caberá ao Judiciário a função de guarda da Constituição, tendo o Supremo Tribunal Federal papel de preponderância neste desiderato, haja vista que o próprio texto constitucional outorga-lhe a função de seu protetor e intérprete.

Caberá ao intérprete do Texto Magno, valendo-se da abstração e generalidade dos princípios constitucionais, agir com o intuito de defender as garantias e direitos fundamentais assegurados à todos os indivíduos, mesmo que para isso seja necessário interpretar de maneira contrária o que é estabelecido através da legislação ordinária. Do mesmo modo, também deverá considerar que atualmente a Constituição funciona como uma espécie de “filtro” para a interpretação de todos os demais ramos jurídicos, tendo os direitos fundamentais especial importância nesta ação, vez que compõem a essência da forma normativa da própria Constituição.

Em que pese todas as considerações realizadas, verifica-se que ao indeferirem aos pedidos liminares das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44, as quais possuem como objetivo a confirmação de que os novos termos do artigo 283 do Código de Processo Penal estão em consonância com os comandos constitucionais, os Ministros do Pretório Excelso não cumpriram com os ideais estabelecidos constitucionalmente e desconsideraram as funções que a Constituição possui no seio da sociedade.

Não se pode esquecer que os ministros da Corte Suprema, assim como os demais julgadores, são pessoas que possuem uma história, memórias, sentimentos, orientações ideológicas, morais e políticas, sofrendo influências destes fatores para que possam formular as suas opiniões e posicionamentos. Ocorre que por tratar-se de um órgão técnico, o Supremo Tribunal Federal deverá decidir as questões que lhe são trazidas não só considerando-se a realidade vigente, mas também deverá, e principalmente, levar em consideração que também é responsável pela efetivação dos direitos fundamentais que são trazidos no bojo do texto

constitucional, no caso em comento o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade.

Ao julgar, a Corte Suprema deverá considerar que é dotada de poder representativo, agindo em nome do povo e, por esta razão, deve satisfações à sociedade. Os ministros deveriam ter ponderado que ao atuarem como legisladores positivos, e foi o que fizeram ao irem contra o comando constitucional de que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, eles não contribuem para reestabelecer a “efetividade do processo penal”, mas, a bem da verdade, geram instabilidade institucional e, por consequência, insegurança jurídica.

Para que haja a racionalização das atividades do Supremo Tribunal Federal enquanto intérprete do Texto Magno, ao decidirem os ministros deverão evocar as garantias constitucionais que lhes foram outorgadas, representadas na vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos, as quais lhes possibilitam decidirem de acordo com o que estabelece a Constituição sem que sintam-se pressionados pela mídia e pelos clamores sociais e julguem objetivando determinados fins específicos de um determinado grupo.

Neste caso, ceder à pressão popular seria encetar um ativismo judicial nocivo aos termos constitucionais e as próprias garantias dos indivíduos, pois em nome da vontade popular se negaria direitos que lhes são inerentes, tendo como intento apenas a satisfação de interesses de determinado grupo social. Tal atitude foge por completo da racionalidade jurídica esperada do Pretório Excelso. Ao discorrer sobre a prejudicialidade desta forma de ativismo judicial Anderson Vichinkeski Teixeira aduz:

Diante disso, a forma mais nociva de ativismo judicial é aquela que vincula o julgador a um setor ou setores sociais específicos, em detrimento de indivíduos cujos interesses se encontram juridicamente protegidos, os quais teriam no Judiciário o espaço derradeiro para a sua proteção. Não se confunda essa prática com julgar influenciado por orientações pessoais, pois, conforme já falamos, qualquer indivíduo possui preferências políticas, religiosas e morais (bem como sexuais, gastronômicas, enológicas, etc.), mas isso não impede que a decisão esteja em plena conformidade com o ordenamento jurídico vigente. Isso parece algo pacífico e sem maiores complicações. A nocividade maior do ativismo judicial ocorre quando a decisão judicial tem um *fim político* e depende da *negação à tutela de interesses legítimos* de alguma parte da ação, fundamentando-se em argumentos que transcendem a racionalidade jurídica<sup>32</sup>.

---

<sup>32</sup> TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. São Paulo: *Revista GV*, 2012 p. 48

Ao decidirem, os ministros deverão estar cientes de que a sua atividade enquanto intérpretes da Constituição não se limita a darem respostas a um caso concreto mas, principalmente considerando-se as características das decisões definitivas de mérito nas ações do controle concentrado, as quais segundo os comandos do art. 102, § 2º possuem eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, considerarem os impactos que seus entendimentos produzirão na realidade, bem como se a decisão servirá de instrumento para a proteção dos direitos fundamentais trazidos no texto constitucional.

Ressaltando os cuidados que deverão ser tomados por todos os magistrados, no caso em análise pelos ministros do Pretório Excelso, Luís Roberto Barroso aduz:

O juiz, por vocação e treinamento, normalmente estará preparado para realizar a justiça do caso concreto, a microjustiça. Ele nem sempre dispõe das informações, do tempo e mesmo do conhecimento para avaliar o impacto de determinadas decisões, proferidas em processos individuais, sobre a realidade de um segmento econômico ou sobre a prestação de um serviço público. (...) Em suma: o Judiciário quase sempre pode, mas nem sempre deve interferir. Ter uma avaliação criteriosa da própria capacidade institucional e optar por não exercer o poder, em autolimitação espontânea, antes eleva do que diminui.<sup>33</sup>

Ao dar nova interpretação ao comando constitucional que prevê que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, tendo isto ocorrido através do indeferimento dos pedidos liminares das ADCS 43 e 44, o STF não está protegendo as regras constitucionais, mas criando novas regras ao seu alvedrio. Ressalte-se que esta competência, considerando-se o sistema democrático no qual estamos inseridos, deverá ser exercida por órgãos representativos, sujeitos a mecanismos de controle popular. Ao criar regras e não proteger as existentes, a Corte Suprema será cobrada pelas consequências de seus atos, porém, por tratar-se de órgão de cúpula do Poder Judiciário, não existem instrumentos institucionais para que estas cobranças sejam realizadas<sup>34</sup>.

Diante da ausência de mecanismos institucionais eficazes a serem utilizados na cobrança e controle dos atos do Pretório Excelso, é patente a urgente necessidade que este órgão possua de racionalizar a sua atuação. Isto ocorrerá quando o Pretório Excelso conscientizar-se de sua própria capacidade institucional, considerando que existem algumas questões que são melhores decididas pelos outros poderes, sendo este o caso da redução da quantidade de recursos processuais penais; considerar as garantias institucionais que lhe são outorgadas, haja vista que sendo dotado de poder representativo, deverá satisfazer à toda a

---

<sup>33</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Rio de Janeiro: Theses. vol. 5, nº. 1, 2012. p. 8

<sup>34</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena Vieira, *Supremocracia*, São Paulo: *Revista GV*, 2012, P. 13.

sociedade e não apenas a uma parcela dela; e, por fim, estar cômico de que as consequências das suas decisões ultrapassam o caso concreto apreciado, refletindo na vida de toda a população.

Espera-se que na decisão de mérito a ser proferida no julgamento conjunto das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44 o Supremo Tribunal Federal esteja consciente de que é a “Corte de Justiça” brasileira, representando um fórum de princípios e de razão pública e não de ideologias políticas, para que assim possa proteger e não mutilar os comandos constitucionais. Desta forma, confirmará que é a inocência, e não a culpabilidade, que é presumida.

## **6 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Graças ao modelo institucional estabelecido nos termos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 o atual sistema Judiciário tem de lidar com um número cada vez maior de processos, os quais refletem a necessidade que os indivíduos tem de verem seus direitos garantidos, sobretudo diante da omissão e inércia dos Poderes Legislativo e Executivo.

Isto posto, verifica-se que o Judiciário assume papel de protagonista na sociedade, tendo o Supremo Tribunal Federal grande responsabilidade na defesa da CRFB/88 e na efetivação dos direitos fundamentais que são trazidos em seu bojo.

Para que cumpra estas funções o Pretório Excelso deverá considerar o papel que a própria Carta Política representa, devendo interpretar as normas constitucionais sem ceder a populismos, tentando julgar as normas que são postas à sua análise de acordo com os ideais e garantias constitucionais.

Ao analisarmos os votos dos ministros ao indeferirem os pedidos liminares das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44 verificamos que o STF olvida-se da sua função enquanto protetor da Carta Política e passa a atuar como legislador positivo, criando novas regras quando deveria proteger as já existentes, tendo mutilado o princípio da presunção de inocência ao entender pela possibilidade da execução de pena sem o trânsito em julgado da sentença condenatória de segundo grau, sendo patente a urgente necessidade que o Pretório Excelso possui de racionalizar a sua atuação.

## **REFERÊNCIAS**

AÇÕES pedem reconhecimento de norma do CPP que trata da presunção de inocência – *Portal do STF*, 2016 Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=317545>>. Acesso em 07 de novembro de 2016.

ASSAD, Thathyana Weinfurter. *Do aniversário ao epitáfio: a Constituição e o STF* – Disponível em: <[http://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/392429576/do-aniversario-ao-epitafio-a-constituicao-e-o-stf?utm\\_medium=email&utm\\_source=email-notification](http://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/392429576/do-aniversario-ao-epitafio-a-constituicao-e-o-stf?utm_medium=email&utm_source=email-notification)> Acesso em 07 de novembro de 2016.

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Rio de Janeiro: Thesis. vol. 5, nº. 1, 2012.

BRASIL, *Código Penal*. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <[http://planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 16 de outubro de 2016.

\_\_\_\_\_. Constituição Federal (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 03 de outubro de 2016.

\_\_\_\_\_. Código de Processo Penal. Decreto-lei n. 3.689, 3 de outubro de 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm)>. Acesso em: 20 out. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm)>. Acesso em: 21 out. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 126.292- São Paulo. Relator Min. Teori Zavascki. Brasília, 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 18 out. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 43/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Marco Aurélio. 05 de outubro de 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4986065>>. Acesso em: 21 out. 2016.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números*. Brasília: CNJ, 2016. Anual. 404 f.il. I Poder Judiciário - estatística - Brasil. II Administração pública - estatística - Brasil.

Der Hüter der Verfassung. Tübingen: Mohr, 1931. P. 7

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Gasparetto. *Ativismo e autocontenção judicial no controle de Constitucionalidade* [s.n].

Disponível em: <[www.stf.gov.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/discursoCM.pdf](http://www.stf.gov.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/discursoCM.pdf)>. Acesso em 04 de novembro de 2016.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Traduzido por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1991.

JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002. p. 9.

KELSEN, Hans (1999 *apud* TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política*. São Paulo: Revista GV, 2012).

NELSON, Rocco Antônio Rangel Rosso; DE MEDEIROS, Jackson Tavares da Silva. Reflexões sobre o ativismo judicial. *In: UERJ. Revista da Faculdade de Direito*. Rio de Janeiro: RFD, n. 27, 2015.

RAMALHO, Renan. Supremo mantém possibilidade de prisão a condenados em 2ª instância. *GI*. 2016. Disponível em <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2016/10/supremo-mantem-prisao-apos-condenacao-em-segunda-instancia.html>>. Acesso em: 07 de novembro de 2016.

SILVA JUNIOR, Walter Nunes da. *Teoria constitucional do processo penal: limitações fundamentais ao exercício do direito de punir no sistema jurídico brasileiro* / Walter Nunes da Silva Júnior. Recife (PE), 2005.

TATE, Chester Neal; VALLINDER, Torbjörn. The global expansion of Judicial Power: the judicialization of politics. *In: \_\_\_\_\_ (Orgs.). The global expansion of Judicial Power*. New York: New York University Press, 1995.

VIEIRA, Oscar Vilhena Vieira, *Supremocracia*, São Paulo: *Revista GV*, 2012,