

**FUNDAÇÃO EDUCACIONAL MACHADO DE ASSIS
FACULDADES INTEGRADAS MACHADO DE ASSIS
CURSO DE DIREITO**

LISIANE MORAES CARDOSO GINDER

**PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E O NOVO ENTENDIMENTO DO STF
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO**

Santa Rosa
2017

LISIANE MORAES CARDOSO GINDER

**A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E O ENTENDIMENTO DO STF
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO**

Monografia apresentada às Faculdades Integradas Machado de Assis, como requisito parcial para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Ms. Renata Maciel

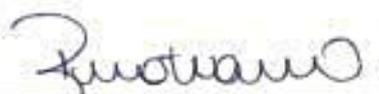
Santa Rosa
2017

LISIANE MORAES CARDOSO GINDER

**PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E O NOVO ENTENDIMENTO DO STF
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO**

Monografia apresentada às Faculdades Integradas Machado de Assis, como requisito parcial para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Banca Examinadora



Prof.^a Ms. Renata Maciel – Orientadora



Prof.^a Esp. Aline Palermo Guimarães



Prof.^a Ms. Denise Tatiane Girardon dos Santos

Santa Rosa, 12 de julho de 2017.

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho primeiramente a Deus por me dar saúde e forças para superar as dificuldades. Ao meu filho, João Pedro, com quem amo partilhar a vida. Por fim, agradeço aos meus pais, a quem rogo todas as noites pela minha existência, obrigada Pai e Mãe.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a minha orientadora, Renata Maciel, a qual teve paciência e ajudou na conclusão desse trabalho. Ao pai do meu filho, Edelberto Ginder, pelo apoio nos momentos de dificuldade, o qual fez com que eu não desistisse. Também agradeço a todos os professores e a Instituição pelo apoio nessa jornada tão importante que é cursar uma Faculdade.

Agradeço todas as dificuldades que enfrentei se não fossem elas, eu não teria saído do lugar. As facilidades nos impedem de caminhar. As críticas nos auxiliam muito.

Chico Xavier

RESUMO

Este trabalho aborda o princípio de presunção de inocência e o novo entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF), quanto à possibilidade de prisão do acusado antes de esgotada a fase recursal. A situação problema gerada é saber em que medida o entendimento do STF acerca da prisão do acusado, ainda que não esgotada a fase recursal, confronta o texto constitucional em relação ao princípio da presunção de inocência. O estudo trabalha com a hipótese de que, possibilitar a prisão do acusado em segunda instância, possam ocorrer conflitos de direitos e restrições para o cidadão, sendo assim, tal decisão aplicada pelo STF precisa ser questionada, a fim de compreender se confronta a Constituição Federal de 1988, no tocante ao princípio da presunção de inocência. A pertinência do tema abordado deve-se ao fato de que cada vez mais a sociedade contemporânea vislumbra seus direitos e nesta esteira acaba por indagar a aplicação do novo entendimento do STF. No decorrer do trabalho, inicialmente, são apresentados conceitos pertinentes ao princípio da presunção de inocência e sua evolução histórica no Brasil, para que se possibilite, então, compreender o entendimento do STF acerca da aplicação desse princípio basilar do Direito brasileiro. Por conseguinte, é abordada a origem do termo *ativismo judicial*, sua conceituação e aplicação pelo judiciário brasileiro ao longo dos anos. Por fim, é realizada uma análise jurisprudencial acerca da decisão proferida pelo STF em Fevereiro de 2016 no julgamento do (HC) 126.292/SP, e do julgamento do (HC) 84.078/MG, para em seguida, estabelecer os possíveis impactos gerados pela decisão proferida em Fevereiro de 2016. A metodologia adotada é a hipotético-dedutiva, posto que, foi arguida hipótese, e para a confirmação, foi realizado estudo que acarretou em conclusões. Assim, ao final dos estudos, concluiu-se que ocorreu a mitigação do princípio da presunção de inocência perante o julgamento do (HC) 126.292/SP, e que tal decisão poderá gerar inconsistências jurídicas, insegurança diante das decisões proferidas pelo STF, além de provocar problemas prisionais e condenações injustas, sem a consideração de fatores e princípios fundamentais na defesa do acusado.

Palavras-chave: Ativismo judicial, Princípio da presunção de inocência, Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

This work deals with the principle of presumption of innocence and the new understanding of the Federal Supreme Court (STF) regarding the possibility of arrest of the accused before the appeal phase has been exhausted. The problem is the extent to which the STF's understanding of the imprisonment of the accused, even though the appeal phase has not been exhausted, confronts the constitutional text with regard to the principle of the presumption of innocence. The study works with the hypothesis that, to enable the arrest of the accused in the second instance, conflicts of rights and restrictions can occur for the citizen, and thus, such a decision applied by the STF needs to be questioned in order to understand whether it confronts the Federal Constitution 1988 on the principle of the presumption of innocence. The pertinence of the topic addressed is due to the fact that increasingly contemporary society envisions their rights and in this way ends up asking the application of the new understanding of the STF. In the course of the study, concepts related to the presumption of innocence and its historical evolution in Brazil are presented, so that it is possible to understand the STF's understanding of the application of this basic principle of Brazilian Law. Therefore, the origin of the term judicial activism, its conceptualization and application by the Brazilian judiciary over the years is approached. Finally, a jurisprudential analysis is made of the decision rendered by the STF in February 2016 in the judgment of (HC) 126.292 / SP, and of the judgment of (HC) 84.078 / MG, and then establish the possible impacts generated by the decision Pronounced in February 2016. The methodology adopted is hypothetical-deductive, since, hypothesis was argued, and for the confirmation, a study was carried out that led to conclusions. Thus, at the end of the studies, it was concluded that mitigation of the principle of presumption of innocence before the judgment of (HC) 126,292 / SP occurred, and that such a decision could generate legal inconsistencies, insecurity in face of decisions handed down by the STF, besides Cause prison problems and unjust convictions, without consideration of fundamental factors and principles in the defense of the accused.

Key words: Judicial activism, Principle of presumption of innocence, Supreme Court.

LISTA DE ABREVIações, SIGLAS E SÍMBOLOS.

ADC - Ação Declaratória de Constitucionalidade

Art. – Artigo

ANPR - Associação Nacional dos Procuradores da República

HC – Habeas Corpus

Nº – Número

PEN – Partido Nacional Ecológico

P. – Página

OAB – Ordem dos Advogados do Brasil

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

§ – Parágrafo

% – Porcentagem

[...] – Supressão de trecho da citação

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA	13
1.1 CONCEITO E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO BRASIL	13
1.2 O ENTENDIMENTO DO STF ACERCA DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.....	19
2 ATIVISMO JUDICIAL	24
2.1 ORIGEM CONCEITO E APLICAÇÃO DO ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL....	24
2.2 O ATIVISMO JUDICIAL E SUA INTERRELAÇÃO COM O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.....	30
3 O ENTENDIMENTO DO STF ACERCA DA POSSIBILIDADE DE PRISÃO ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA E A MITIGAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA	35
3.1 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DO ENTENDIMENTO DO STF SOBRE POSSIBILIDADE DE PRISÃO ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA	35
3.2 POSSÍVEIS IMPACTOS GERADOS.....	41
CONCLUSÃO	45
REFERÊNCIAS.....	50

INTRODUÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso realiza um estudo acerca do princípio de presunção de inocência e o entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF), quanto à possibilidade de prisão do acusado antes de esgotada a fase recursal. Tem como enfoque a análise do princípio da presunção de inocência e sua aplicabilidade, conforme entendimento do STF, uma vez que, no mês de Fevereiro do ano de 2016, houve decisão no sentido de possibilitar a execução da pena depois de decisão condenatória confirmada em segunda instância.

Diante disso, a situação problema gerada é saber em que medida o novo entendimento do STF acerca da prisão do acusado, ainda que não esgotada a fase recursal, confronta o texto constitucional em relação ao princípio da presunção de inocência.

O objetivo do estudo é analisar o novo entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF), que decidiu pela possibilidade de prisão do acusado antes de esgotada a fase recursal, a fim de compreender se confronta a Constituição Federal de 1988, no tocante ao princípio da presunção de inocência. Para tanto, se busca estudar a doutrina e legislação pertinente ao princípio da presunção da inocência; pesquisar o ativismo judicial, bem como, sua relação com o princípio da presunção de inocência e aplicação nas decisões do STF e analisar jurisprudências, leis e doutrina, para compreender as consequências da nova proposta da corte constitucional.

O estudo trabalha com a hipótese de com a pretensão punitiva do Estado, em possibilitar a prisão do acusado em Segunda Instância, possa ocorrer conflitos de direitos e restrições para o cidadão, sendo assim, tal decisão aplicada pelo STF precisa ser questionada.

A pertinência do tema abordado deve-se ao fato de que cada vez mais a sociedade contemporânea vislumbra seus direitos e nesta esteira acaba por indagar a aplicação do novo entendimento do STF. Decisão, esta, histórica, pois preconiza que o acusado poderá iniciar o cumprimento da pena ainda que não tenham sido esgotadas todas as instâncias recursais. Basta que o duplo grau de jurisdição

avaliar a decisão inicial, diante de tal situação resta legitimado o início do cumprimento da pena, independente de possível reforma nas instâncias superiores.

Para o desenvolvimento do presente trabalho, como base de pesquisa foram utilizados autores como BARROSO (2016), NUCCI (2004), OLIVEIRA (2012), dentre outros, jurisprudências e artigos pertinentes à pesquisa. Sendo que utiliza-se, também, da legislação pertinente, para compreender a mitigação do princípio da presunção de inocência e suas garantias. Para satisfazer os objetivos propostos nesse trabalho, será necessário proceder à análise a respeito do tema por meio de pesquisa de natureza teórica, com tratamento qualitativo dos dados e com finalidade explicativa.

Como método, será utilizado o hipotético-dedutivo, que consiste na construção da pesquisa baseada nas hipóteses, ou seja, caso as hipóteses sejam verdadeiras o afirmado na pesquisa também será. Serão utilizados pressupostos fundamentados na doutrina, na jurisprudência e na norma aplicada, a fim de verificar a sua veracidade em relação ao princípio da presunção de inocência e o novo entendimento do STF. Nos métodos de procedimento, será adotado o histórico, que coloca os dados da pesquisa sob uma perspectiva histórica e o comparativo, a fim de verificar semelhanças e explicar divergências, como caráter instrumental secundário e a fim de possibilitar que institutos e conceitos sejam analisados em uma retrospectiva e possam ser cotejados de forma pertinente ao tema proposto.

No capítulo inicial, são apresentados conceitos pertinentes ao princípio da presunção de inocência e sua evolução histórica no Brasil, para então compreender o entendimento do STF acerca da aplicação desse princípio basilar do Direito brasileiro. Em sequência, é abordada a origem do termo ativismo judicial, bem como sua conceituação e aplicação pelo judiciário brasileiro, principalmente pelo STF, ao longo dos anos.

Por fim, no terceiro capítulo, é realizada uma análise jurisprudencial acerca da decisão proferida pelo STF em Fevereiro de 2016 no julgamento do (HC) 126.292/SP, e do julgamento do (HC) 84.078/MG, no intuito de compreender a divergência de uma decisão para outra em apenas 9 anos, para em seguida, estabelecer os possíveis impactos gerados pela decisão proferida em Fevereiro de 2016.

Sendo assim, no decorrer do trabalho se poderá verificar a trajetória do princípio da presunção de inocência no Direito brasileiro, sua compreensão e

mitigação pelo STF ao longo de sete anos (2009 à 2016), o ativismo judicial adotado pela Suprema Corte, além das possíveis consequências da prisão do acusado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

1 O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

É sabido que no convívio social, o respeito e a garantia dos direitos do cidadão são fundamentais, visto que, a própria Constituição Federal brasileira prevê inúmeras garantias e direitos ao cidadão. Na referida Constituição, todos são assegurados de direitos fundamentais, tais como a liberdade, a saúde, a dignidade da pessoa humana, a qualidade de vida. Nesse contexto, o princípio da presunção de inocência, que também é garantido pela Lei Suprema, e por Tratados internacionais, tem seu cerne no ato de respeitar o estado de inocência em que todo acusado se encontra até que sua sentença transite em julgado.

No decorrer desse capítulo abordar-se-á, em um primeiro momento os conceitos pertinentes a esse princípio e sua evolução histórica no Brasil, para que em sequência se possa compreender o entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca da aplicação desse princípio basilar do Direito brasileiro.

1.1 CONCEITO E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO BRASIL

Inicialmente, antes de adentrar na questão histórica do princípio da presunção de inocência, se faz necessário estabelecer o que significam e a importância dos princípios para o Direito. Diante disso, os princípios possuem um importante papel na Lei brasileira, principalmente na Constituição Federal de 1988, e esses princípios diferenciam-se das regras, pois têm em seu cerne, ideais, objetivos gerais a serem atingidos e indicam a visão e compreensão sobre todo o sistema jurídico brasileiro, e possuem amplitude interpretativa (SIRVINSKAS, 2009).

É de importe destacar que os princípios exercem função importante, pois incidem como regra de aplicação do Direito e influenciam as Leis, a jurisprudência, a doutrina.

Nesse sentido, observa-se que os princípios são de suma importância na aplicação e análise de decisões, logo, esses são objetos de grande interesse da atual doutrina jurídica, pois compõem a plataforma moral jurídica (BETIOLI, 2014).

Desta maneira, vale salientar que os princípios também servem para facilitar a análise dos fundamentos relacionados ao direito, uma vez que servem para [...] balizar o procedimento do legislador, do magistrado e do operador do direito.

O princípio pode ser utilizado em várias ciências [...] traz consigo a noção de início de alguma coisa. Em outras palavras, princípio é o valor fundamental de uma questão jurídica, um ponto indiscutível e aceito pela sociedade [...]. (SIRVINSKAS, 2009, p. 53).

Logo, é de considerar-se que os princípios são linhas mestras, isto é, as principais diretrizes do sistema jurídico, uma vez que apontam os rumos a serem seguidos pela sociedade e obrigatoriamente pelos órgãos do governo. Eles expressam o querer popular, os objetivos da legislação da administração e da jurisdição, por isso não devem ser contrariados, mas sim prestigiados (ATALIBA 2001).

Diante disso, é visto que os princípios têm papel fundamental no mundo jurídico, pois são por meio deles que as decisões são traçadas, novos rumos nas leis são tomados e é por meio deles que são garantidos direitos a todos os cidadãos.

De acordo com Betioli, com o Pós-Positivismo:

[...] surge a força normativa autônoma e preponderante dos princípios, servindo de arcabouço para o ordenamento jurídico. O pós-positivismo, com seu modelo de regras e princípios, [...] injetou no ordenamento jurídico elementos morais, padrões de justiça, valores, rearticulando aspectos vinculados ao direito natural. (BETIOLI, 2014, p. 187).

Conforme acima exposto, os princípios possuem vínculo direto com a moral e padrões de justiça, o que não ocorria na fase jusnaturalista, onde os princípios eram mera diretriz dirigida ao legislador. Ocorre que atualmente, a maior contribuição do pós-positivismo foi acoplar ao sistema de regras e princípios o sistema de direitos fundamentais, de forma a respeitar a aplicabilidade e efetividade máxima da concretização dos mesmos (BETIOLI, 2014). Posto isso, é visto que desde o princípio o ser humano violava de alguma forma as regras de convivência, ao ferir os semelhantes e comunidade em que vivia, tornando fundamental a aplicação de punições para manter a sociedade sadia.

Conforme os ensinamentos do penalista Nucci, as sanções na antiguidade se davam da seguinte forma:

Inicialmente, aplicava-se a sanção como fruto da libertação do clã da ira dos deuses, em face da infração cometida, quando a reprimenda consistia, como regra, na expulsão do agente da comunidade, expondo-o a própria sorte.[...] Diante disso, terminava gerando uma contra-reação e o círculo vicioso tendia a levar ao extermínio de clãs e grupos. [...] Vislumbrando a

tendência destruidora da vingança privada, adveio o que se convencionou denominar de vingança pública, quando o chefe da tribo ou da clã assumiu a tarefa punitiva. A centralização de poder fez nascer uma forma mais segura de repressão, sem dar margem ao contra-ataque. Nessa época, prevalecia o critério do talião[...], acreditando-se que o malfeitor deveria padecer o mesmo mal que causara a outrem. Não é preciso ressaltar que as sanções eram brutais, cruéis e sem qualquer finalidade útil, a não ser apaziguar os ânimos da comunidade, acirrados pela prática da infração grave. [...]. (NUCCI, 2004, p. 59).

Atualmente, as punições não são brutais, repressivas e cruéis, todavia, têm a mesma função, punir o culpado pelos erros cometidos, mas de forma que se garanta sua defesa e legítimo processo legal.

Dentro desse contexto, é de importe mencionar o princípio da presunção de inocência, princípio processual penal que será destaque na presente pesquisa e conhecido por vários doutrinadores como Estado de inocência, ou ainda mesmo o princípio de presunção de não culpabilidade, sendo consagrado por diversos diplomas internacionais e positivado no Direito Brasileiro com a Constituição de 1988.

O referido princípio teve sua origem, no Direito Romano, com a menção da regra do *in dubio pro reo* (na dúvida, a favor do réu), sendo demasiadamente atacado e invertido na inquisição da Idade Média, momento em que passou a existir uma suposta evolução para a presunção de culpabilidade (LOPES JÚNIOR, 2012).

Sobre essa evolução da presunção de inocência ocorrida na Idade Média, esse princípio foi ofuscado e invertido, pelas práticas inquisitoriais desenvolvidas na época, pois no processo penal medieval a insuficiência da prova, existindo uma suspeita ou uma dúvida de culpabilidade, equivalia a uma semi prova, que acarretava em um juízo de culpabilidade. Só no início da idade moderna o princípio foi reafirmado com firmeza por Hobbes, onde esse menciona que não entende como se pode falar de delito sem que tenha sido pronunciada uma sentença, nem como seja possível infligir uma pena sem uma sentença prévia (FERRAJOLI, 2002).

Sendo assim, o princípio da presunção de inocência, positivou-se pela primeira vez no artigo 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), inspirado na razão iluminista por Voltaire, Rousseau e posteriormente foi reafirmado no artigo 26 da Declaração Americana de Direitos e Deveres (1948) e no artigo 11 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, na Assembleia das Nações Unidas (1948) (BONFIM, 2009). Dentro desse contexto a referida Declaração dos

Direitos Humanos de 1948 em seu art. XI dispõe:

Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual tenha sido assegurado todas as garantias necessárias a sua defesa. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948).

Tal princípio norteia várias Leis e ainda a Convenção Americana, sobre os Direitos Humanos, conhecida como pacto de San José da Costa Rica, em seu art. 8, refere que “Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa.” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1978).

Tal princípio é tão importante que é um dos basilares do nosso direito brasileiro, uma vez que por meio deste princípio o acusado passa a ser sujeito de direitos dentro de uma relação processual. Um dos grandes motivos deste princípio ser adotado pelo direito brasileiro foi o caso dos Irmãos Naves no qual eles sofreram muito por um erro jurídico e foram simplesmente torturados, sem haver qualquer prova concreta para o crime que havia acontecido naquela cidade de Mineira de Aragua. Assim, o princípio da presunção de inocência:

Consiste no direito de não ser declarado culpado senão mediante sentença transitada em julgado ao término do devido processo legal, em que o acusado tenha se utilizado de todos os meios de prova pertinente para sua defesa, (ampla-defesa) e para destruição da credibilidade das provas apresentadas pela acusação contraditória. (LIMA, 2012, p.1).

Sendo assim, é visto que o princípio da presunção de inocência é de extrema importância, vez que, evita julgamentos errôneos, sem fundamentos legais ou sem provas que justifiquem a condenação. De acordo com Moraes, em regra, direitos constitucionais estabelecidos como direitos fundamentais, individuais e democráticos são de eficácia e aplicabilidade imediata, sendo que a própria Constituição Federal, em sua norma, determina o mencionado, ao demonstrar que as normas que definem direitos e garantias fundamentais têm sua aplicação de forma imediata (MORAES, 2007).

Ainda, é um instituto previsto no artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal de 1988. Este princípio refere-se a uma garantia processual pela prática de uma infração penal, que estabelece ao acusado a garantia de não ser considerado culpado até que a sentença penal condenatória transite em julgado.

A Constituição Federal pretende pela inserção do princípio da presunção da inocência em seu rol, que este princípio seja significativo e benéfico para os indivíduos. A nossa Lei Suprema leciona em seu artigo 5º, inciso LVII: “Ninguém será culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.” (BRASIL, 1988). Como se vê, tal princípio é responsável por tutelar a liberdade dos indivíduos, logo toda legislação infraconstitucional deverá absorver e obedecer tal princípio.

Nesse sentido, Lenza leciona:

Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Assim nada mais natural que inversão do ônus da prova, ou seja, a inocência presumida cabendo-lhe ao MP ou a parte acusadora (na hipótese de ação penal privada provar a culpa) caso não o faça a ação penal devesse ser julgada improcedente. (LENZA, 2014, p.1223)

Assim, de importe é mencionar que o princípio da presunção da inocência é trazido pela Constituição Federal, de forma implícita, não declarando a inocência do acusado. Portanto ele não é necessariamente possuidor da culpa pela prática do fato que lhe é imputado. A presunção de inocência é pressuposto de ser o réu inocente. Mesmo que esse princípio não estivesse normatizado na Declaração dos Direitos do Homem ou na outorgada Carta Magna, assim mesmo ele seria garantia fundamental, pois a presunção de inocência não precisa estar positivada em nenhum lugar (CARVALHO, 2001).

Para melhor compreensão da importância e eficácia desse princípio José Afonso da Silva caracteriza os princípios fundamentais, como princípios que: “[...] visam, essencialmente, definir e caracterizar a coletividade política e o Estado numerar as principais opções políticas constitucionais.” (SILVA, 2008, p. 94).

Nesse sentido, ao destacar ainda a importância do princípio e momentos em que se aplica, Avena menciona que:

[...] o princípio da presunção de inocência deve ser considerado em três momentos distintos: na instrução processual, como presunção legal relativa de não culpabilidade, invertendo-se o ônus da prova; na avaliação da prova, impondo-se seja valorada em favor do acusado quando houver dúvidas sobre a existência de responsabilidade pelo fato imputado; e, no curso do processo penal, como parâmetro de tratamento acusado, em especial no que concerne à análise quanto à necessidade ou não de sua segregação provisória. (AVENA, 2010, p. 30 *apud* CAPEZ, p. 44).

Na aplicação processual do princípio de presunção de inocência é de salientar que esse se aplica aos fatos, uma vez que implica em demonstrar a ocorrência do delito e se o acusado é realmente autor do fato delituoso. Assim, Bonfim destaca que o princípio da presunção de inocência:

[...] não é princípio absoluto [...] uma vez provada a autoria do fato criminoso. No caso em que não for provada a existência do fato, não existir prova de ter concorrido para a prática da infração penal ou não existir prova suficientemente segura para fundamentar o juízo condenatório (art. 386, II, V e VII, do CPP) será o juiz obrigado a absolver o acusado, não se lhe podendo imputar a culpa por presunção. [...] a decretação a prisão sem a prova cabal da culpa somente será exigível quando estiverem presentes elementos que justifiquem a necessidade da prisão (de modo geral, provas que, embora não demonstrem cabalmente a culpa do acusado, sejam suficientes para constituir suspeita válida de que o acusado efetivamente seja culpado – o *fumus boni juris*, ou fumaça do bom direito – e existência de risco social no caso em que não seja decretada sua prisão – o *periculum liberatis*). Sem esses elementos, que devem ser avaliados em cada caso concreto, a prisão se torna ilegal, podendo ser atacada por via do *habeas corpus*. (BONFIM, 2009, p. 46 – grifos do autor).

Assim se percebe que, mesmo não sendo um princípio absoluto, visto que devem ser analisados diversos fatores, esse favorece o acusado em relação a garantir sua liberdade, pois se o acusado não apresentar risco à sociedade e não existirem provas que gerem suspeitas de culpa, o acusado deve responder o processo em liberdade.

A partir de todo o mencionado, é de destaque que o princípio da presunção de inocência ganhou solidez e a aplicabilidade foi garantida de forma mais eficaz.

Atualmente, o referido princípio deveria ser garantidor de direitos e assegurar à sociedade o direito a liberdade, na busca pela garantia de que não sejam considerados culpados por algum delito sem sentença penal condenatória transitada em julgado.

Assim, de importe é mencionar, que com o decorrer dos anos, as decisões judiciais também tiveram destaque e suas peculiaridades, em algum momento impuseram obrigações sem o devido embasamento legal, ou seja, sem previsão legal expressa. Isso decorre de uma nova interpretação, embasada em princípios e cláusulas abertas, para a tomada de decisões, e isso ocorre de forma notória, no Supremo Tribunal Federal, que será abordado no tópico a seguir.

1.2 O ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ACERCA DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

É inegável que o Supremo Tribunal Federal (STF) inúmeras vezes, têm de se valer da análise de princípios constitucionais e cláusulas abertas, para a tomada de decisões, uma vez que, a própria Lei não prevê regulamentação, ou se prevê, deixa a desejar em seu contexto.

Assim, ante a omissão legislativa, o STF tem de utilizar-se do necessário para a tomada de suas decisões. Além de seus poderes conferidos, e a maneira como ocorrem algumas decisões, é com base em princípios.

A Lei Brasileira bem como a aplicação dos princípios pertinentes a ela é influenciada pelos acontecimentos, pela evolução social e pelo clamor popular, e nesse sentido, ao STF cabe como órgão da cúpula do Poder Judiciário e quem guarda a Constituição, o dever de, em grau de recurso decidir inúmeras discordâncias judiciais, relacionadas às questões inconstitucionais. Assim, a partir de suas decisões são geradas Súmulas, as quais são facilitadoras do direito pois simplificam os entendimentos de diversos julgados, ou seja, para as mesmas questões (divergências jurisprudências) a mesma base de sentença (BRASIL, 2011).

Conforme acima mencionado, o STF como cúpula do Poder Judiciário deve guardar a Constituição, isto é, garantir que suas Leis e princípios sejam seguidos de forma correta, e como base disso, destaca-se o artigo 102 da Constituição Federal:

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; [...]Parágrafo único. A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei. § 1º A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei. (Transformado em § 1º pela Emenda Constitucional nº 3, de 17/03/93) § 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo. (Incluído em § 1º pela Emenda Constitucional nº 3, de 17/03/93). (BRASIL, 1988).

Diante do exposto, entre as principais atribuições do STF está a de julgar a ação direta de inconstitucionalidade de Lei ou ato normativo federal ou estadual, a

ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, a arguição de descumprimento de preceito fundamental decorrente da própria Constituição, dentre outros cabimentos.

Na área penal, é de destaque a competência para julgar, 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, entre outros (BRASIL, 2011).

Já em grau de recurso, sobressaem-se as atribuições de julgar, em recurso ordinário, o habeas corpus, o mandado de segurança, o habeas data e o mandado de injunção decidido em única instância pelos Tribunais Superiores, e, em recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida contrariar dispositivo da Constituição (BRASIL, 2011).

Além do mencionado, a partir da Emenda Constitucional n. 45/2004, foi introduzida a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal aprovar, depois de reiteradas decisões sobre matéria constitucional, súmula com efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal (BRASIL, 2011).

Em razão de todas as possibilidades de julgados pelo STF, demonstra-se que punir é necessário na atualidade e sempre foi. Assim, diante a punição de acusados, o processo é um caminho necessário para se chegar à pena ou a não pena, tornando-se imprescindível que se respeitem as regras do devido processo penal para isso (LOPES JUNIOR, 2016).

Diante do exposto, menciona-se que, no período de sete anos (2009 a 2016), o STF mudou drasticamente o entendimento sobre o princípio da presunção de inocência. Em 2009, o então ministro Eros Grau, decidiu que um acusado só pode ser preso depois de sentença condenatória transitada em julgado. Uma decisão que reafirmava o princípio da presunção de inocência previsto no art. 5º LVII, na CF. Ao determinar que enquanto houvesse recursos pendentes não poderia ocorrer execução provisória de sentença, atentando-se para o fato de que recursos especiais e extraordinários também têm efeito suspensivo.

Na época, o presidente da OAB, Cezar Brito, afirmou que é uma decisão coerente com o Estado Democrático de Direito, mas existe celeridade do judiciário em seus julgamentos porque acusados estarão soltos na sociedade enquanto estará tramitando o julgamento (BITENCOURT, 2016).

Em 2009, com este entendimento do STF, optou-se por correr o risco de deixar criminosos soltos, ao confiar que o judiciário fosse tomar providências em tempo hábil, para punir os que merecem e não deixar indivíduos inocentes presos por longo tempo (BITENCOURT, 2016).

Entende-se assim, que a decisão proferida pelo STF, não atinge a prisão cautelar a qual é devidamente aplicada em benefício do Estado e com função processual, pois a decisão não se destina a punir antecipadamente, visto que não tem caráter de sanção (prisão). No entanto, se fosse proferida de forma punitiva, ofenderia os princípios constitucionais, tais como a presunção de inocência e o devido processo legal.

Em 2009 o já mencionado Ministro Eros Grau ainda afirmou enfaticamente que é proibida a execução da pena antes do fim do processo, pois quem ler o texto constitucional em juízo perfeito saberá que a Constituição assegura que nem a Lei ou decisão judicial imponham ao réu sanção antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Enfatiza também que se não for respeitado o princípio da presunção prescrito pela Constituição, seria melhor sairmos com um porrete na mão, a arreventar a espinha de quem nos contrariar. Segundo ele, a prisão só poderia ser decretada a título cautelar, nos casos de prisão em flagrante, prisão temporária ou preventiva (RONCAGLIA, 2009).

Cronologicamente, em 2016, o STF, mudou totalmente o entendimento sobre o princípio da presunção de inocência, afrontando a Lei Suprema brasileira.

Ao negar o Habeas Corpus, (HC) 126292, na sessão do dia 17 de fevereiro de 2016, por maioria de votos, o Plenário do STF entendeu que a possibilidade de início da execução da pena condenatória após a confirmação da sentença em segundo grau não ofende o princípio constitucional da presunção da inocência. Para o relator do caso, ministro Teori Zavascki, a manutenção da sentença penal pela segunda instância encerra a análise de fatos e provas que assentaram a culpa do condenado, o que autoriza o início da execução da pena (BRASIL, 2016a).

A decisão indica mudança no entendimento da Corte, que desde 2009, no julgamento da HC 84078, condicionava a execução da pena ao trânsito em julgado da condenação, mas ressalvava a possibilidade de prisão preventiva. Até 2009, o STF entendia que a presunção da inocência não impedia a execução de pena confirmada em segunda instância (BRASIL, 2016a).

Em razão disso a prisão do condenado deve ocorrer depois que a sentença for confirmada em segunda instância, antes de serem esgotados todos os recursos possíveis da defesa. Assim, a partir de tal decisão, serão possíveis pedidos de prisão imediata de réus que aguardam julgamento de recursos.

O relator ministro Teori Zavascki, ressaltou em seu voto que, até que seja prolatada a sentença penal, confirmada em segundo grau, deve-se presumir a inocência do réu. Todavia, após esse momento, exaure-se o princípio da não culpabilidade, até porque os recursos cabíveis da decisão de segundo grau, ao STJ ou STF, não se prestam a discutir fatos e provas, mas apenas matéria de direito (BRASIL, 2016a).

Como exemplo, o ministro lembrou que a Lei Complementar 135/2010, conhecida como Lei da Ficha Limpa, expressamente consagra como causa de inelegibilidade a existência de sentença condenatória proferida por órgão colegiado. “A presunção da inocência não impede que, mesmo antes do trânsito em julgado, o acórdão condenatório produza efeitos contra o acusado” (BRASIL, 2016a).

Além da decisão do dia 17 de Fevereiro de 2016, o STF reafirmou a decisão já mencionada, por maioria do Plenário Virtual do Supremo Tribunal Federal (STF) no sentido de que é possível a execução provisória do acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, mesmo que estejam pendentes recursos aos tribunais superiores. A decisão foi tomada na análise do Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 964246, que teve repercussão geral reconhecida. Logo, a tese firmada pelo STF deve ser aplicada nos processos em curso nas demais instâncias (BRASIL, 2016b).

O ministro citou ainda o estudo de direito comparado para mostrar que em nenhum país do mundo, depois de observado o duplo grau de jurisdição, a execução de uma condenação fica suspensa, aguardando eventual referendo de Tribunal Supremo. Listou, como exemplos, as legislações de Inglaterra, Estados Unidos da América, Canada, Alemanha, França, Portugal, Espanha e Argentina (BRASIL, 2016b).

Com esses argumentos, o ministro Teori Zavascki se manifestou pela existência de repercussão geral na matéria e, no mérito, e fixou a tese de 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” (BRASIL, 2016b).

Assim, caberá agora aos operadores do Direito saber percorrer o caminho sinuoso que o novo entendimento da Suprema Corte traçou, ao punir quem mereça punição e não cometendo injustiças utilizando a própria Lei. Por conseguinte, em um Estado Democrático de Direito, a liberdade é a regra, a restrição à liberdade é a exceção. Para a sociedade viver em harmonia, paz e civilizadamente precisam-se de regras, boa conduta e normas jurídicas, sendo essas normas jurídicas chamadas de ordenamento jurídico. E o que se diz se não obedecermos a esse ordenamento jurídico? Com certeza sofreremos sanções disciplinares.

Nos últimos anos, o STF trabalhou de forma ativa em questões da vida do brasileiro, inúmeras foram às decisões envolvendo questões políticas e morais em que a Suprema Corte posicionou-se e destacou-se perante a sociedade, assim, é de importe analisar, no próximo Capítulo, o ativismo judicial, que tem grande relação com o momento atual e decisões do STF, destacando sua origem, conceito e como influência na Lei brasileira, bem como, a relação com o princípio da presunção de inocência.

2 ATIVISMO JUDICIAL

O ativismo judicial ao longo dos anos têm se sobressaído em inúmeras decisões e situações jurídicas nacionais e internacionais, e é tratado como uma postura proativa do Poder Judiciário, devido à interferência de maneira regular nas ações dos demais poderes. Isso se dá ao fato de certa omissão legislativa, e a maneira como ocorrem algumas decisões, se enquadram como forma de ativismo judicial. Diante do exposto se faz necessário compreender a origem desse termo tão popular atualmente, bem como sua conceituação e aplicação pelo Judiciário brasileiro ao longo dos anos.

2.1 ORIGEM CONCEITO E APLICAÇÃO DO ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL

O fenômeno do ativismo judicial se deu no decorrer dos anos em diferentes partes do mundo, onde as Supremas Cortes destacaram-se como protagonistas de decisões que envolviam questões políticas, sociais e econômicas. Essas decisões tiveram destaque devido as suas peculiaridades, pelo fato de que em algum momento impuseram obrigações sem previsão legal expressa. Isso decorre de uma nova interpretação, embasada em princípios e em cláusulas abertas, para a tomada de decisões (KOERNER, 2013).

Logo, pode-se conceituar o ativismo judicial como um termo que tem sido utilizado para apreciar as instituições e agentes judiciais nas democracias contemporâneas e que possui distintas designações, como modelo ou programa a atitude ou comportamento dos juízes, ou, ainda, uma tendência das decisões judiciais em conjunto (KOERNER, 2013). Para Miarelli e Lima o termo ativismo judicial pode ser conceituado como:

[...] o papel criativo dos tribunais ao fazerem uma contribuição nova para o direito, decidindo sobre a singularidade ao caso concreto, formando o precedente jurisprudencial, antecipando-se, muitas vezes, à formulação da própria lei. Diante de necessidades que forjam uma determinada interpretação, do texto de lei, é o momento em que o esforço do interprete faz-se sentir. Tem-se como ativismo judicial, portanto, a energia emanada dos tribunais no processo da criação do direito. (MIARELLI; LIMA, 2012, p. 34).

Nesse sentido, o ativismo judicial contradiz a ideia na qual o juiz ou tribunal deve apenas citar os preceitos contidos em textos legais, uma vez que há liberdade consciente e prudente, em respeito aos princípios constitucionais, dentre eles o da segurança jurídica, de criação dos tribunais pautada na interpretação legal e na efetivação dos direitos constitucionais (MIARELLI; LIMA, 2012).

Para Ramos (2012), o ativismo judicial indica as fronteiras fluidas, mas necessárias, entre dois mundos distintos, o da política e o do direito, onde o fato de ultrapassar as funções típicas do juiz, como a criação legislativa, representa uma agressão ao princípio da separação dos poderes. O ativismo judicial produziria, assim, riscos, uma vez que o juiz extrapolaria suas funções, distanciar-se-ia de seus quadros de referência e atuaria sob o efeito de influências indesejáveis. Logo, o ativismo judicial poderia representar uma desordem jurídica, ao ponto de infringir o próprio princípio da segurança jurídica.

Assim, os juízes passariam a fazer Lei e não apenas interpretá-la, violariam a separação dos poderes e a delegação constitucional que receberam, sem responsabilidade perante os representados, o que poderia provocar a mudança da Constituição sem a alteração do seu texto (RAMOS, 2012). De acordo com o autor, a amplidão das decisões tomadas pelas Supremas Cortes tem efeitos generalizados muito além das partes estipuladas nos processos, e por meio de decisões de cunho ativista, o Judiciário intervém no Poder Legislativo, o que pode ocasionar certa insegurança jurídica, uma vez que essas decisões podem não se tornar estáveis quando um Tribunal muda, seguidamente, as decisões aplicadas.

Em contrapartida, Barroso (2008) menciona que o termo ativismo judicial não se relaciona com o uso indevido do poder e sim na busca mais profunda dos comandos constitucionais, ou seja, está ligado à ideia de ocupação de brechas deixada pelo Legislativo. Em outra concepção do ativismo judicial, na visão de Miarelli e Lima (2012), seria a de que o problema normativo se coloca em novos termos porque o próprio ordenamento jurídico se tornou inadequado. Nesse sentido, o ativismo jurídico se coloca como um desdobramento do dever dos juízes de tornar a constituição efetiva e não somente interpretá-la, diante da inoperância de outros poderes e a omissão legislativa.

Precisamente, o ativismo judicial representa uma intromissão exagerada do Judiciário nos assuntos de competência de outros Poderes. Por meio de uma interpretação que amplia as suas atribuições e acaba por subjugar em certas

hipóteses as demais Instituições (OLIVEIRA, 2012). Assim, tão importante quanto sua conceituação é a origem desse termo, que se pode atribuir à dogmática processual da doutrina alemã e aos estudos da ciência política norte-americana (SILVA, 2013).

O termo ativismo judicial foi utilizado para designar aquele magistrado que, considera as desigualdades fáticas entre as partes decorrentes do modelo liberalistano decorrer do processo, e, tal contexto foi empregado, primordialmente, pelo autor Franz Klein, no ano de 1901, o qual afirmou que as legislações processuais devem reforçar o papel do juiz na fase probatória de forma que o permita apoiar as partes mais vulneráveis, tornando-se, assim, um juiz ativista (SILVA *apud* NUNES, 2009, p. 79-80).

Na análise norte-americana, o termo ativismo judicial foi empregado por Arthur Schlesinger Júnior, que no ano de 1947 dividiu os juízes da Suprema Corte em ativistas e de auto contenção, isto é, enquadrou os ativistas como os que entendiam sobre justiça social e os de auto contenção os preocupados com as decisões na forma da Lei, conservadores. Conforme segue:

[...] surgiu com a publicação do artigo intitulado “The Supreme Court: 1947” na Revista Fortune, no ano de 1947 de autoria do jornalista Arthur Schlesinger Jr. Na ocasião, o referido jornalista dividiu os juízes da Suprema Corte Americana em “Ativistas” e de “Auto Contenção”. Explicou que os ativistas propendiam em usar seu poder de julgar, ou melhor, para efetivar o que entendiam sobre justiça social. Já os juízes denominados de auto-contenção preocupavam-se mais com a forma, com o conservadorismo que a legislação impunha (JUNIOR; MEYER *apud* TOURINHO LEAL, 2010, p.3).

O referido termo é crescentemente usado desde sua emergência nos Estados Unidos após a Segunda Guerra Mundial (KOERNER, 2013), e, de fato, desde esse período verificou-se, na maior parte dos países ocidentais, um avanço da justiça constitucional sobre a política majoritária, que é a feita no âmbito do Legislativo e do Executivo, tendo por combustível o voto popular (BARROSO, 2008). Ainda em relação à atuação da Suprema Corte norte-americana, o ativismo judicial serviu para modificar a prática política dos Estados Unidos em prol dos direitos individuais, apenas com uma adequada interpretação do caso levado à apreciação judicial (SILVA *apud* BARROSO, 2012).

Em outros países as decisões tomadas por suas Cortes também estiveram relacionadas ao ativismo judicial e influenciaram de forma direta em questões

políticas, sociais e econômicas, conforme demonstra Barroso:

No Canadá, a Suprema Corte foi chamada a se manifestar sobre a constitucionalidade de os Estados Unidos fazerem testes com mísseis em solo canadense. Nos Estados Unidos, o último capítulo da eleição presidencial de 2000 foi escrito pela Suprema Corte, no julgamento de Bush v. Gore. Em Israel, a Suprema Corte decidiu sobre a compatibilidade, com a Constituição e com atos internacionais, da construção de um muro na fronteira com o território palestino. A Corte Constitucional da Turquia tem desempenhado um papel vital na preservação de um Estado laico, protegendo-o do avanço do fundamentalismo islâmico. Na Hungria e na Argentina, planos econômicos de largo alcance tiveram sua validade decidida pelas mais altas Cortes. Na Coreia, a Corte Constitucional restituiu o mandato de um presidente que havia sido destituído por impeachment. (BARROSO, 2008, p.2).

Em âmbito brasileiro, o ativismo judicial foi incorporado especialmente após 1988. Inicialmente como parte da judicialização da política e mais recentemente nas discussões jurídicas sobre o Supremo Tribunal Federal (STF), sendo usado em sentido crítico ou elogioso, a partir de diversos marcos intelectuais e posições políticas (KOERNER, 2013).

Como se pode ver, todos os casos acima mencionados demonstram a linha tênue entre política e justiça, e no caso do Brasil, suas decisões de cunho político e constitucional levadas ao STF, tiveram destaque no ano de 2008, o qual foi o auge do ativismo judicial brasileiro (BARROSO, 2008).

Logo, é de importe mencionar que no referido ano o STF decidiu no âmbito de ações diretas de inconstitucionalidade, ações declaratórias de constitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental, questões como:

a) o pedido de declaração de inconstitucionalidade, pelo Procurador-Geral da República, do art. 5 da Lei de Biossegurança, que permitiu e disciplinou as pesquisas com células-tronco embrionárias (ADI n. 3.150); o pedido de declaração da constitucionalidade da Resolução n. 7, de 2006, do Conselho Nacional de Justiça, que vedou o nepotismo no âmbito do Poder Judiciário (ADC 12); o pedido de suspensão dos dispositivos da Lei de Imprensa incompatíveis com a Constituição de 1988 (ADPF 130). (BARROSO, 2008, p. 4-5).

Diante do exposto, em relação às decisões judiciais no Brasil, menciona-se que o STF inúmeras vezes, precisou se valer da análise de princípios constitucionais e cláusulas abertas, para a tomada de decisões, uma vez que, a própria Lei não prevê regulamentação e se prevê de deixar a desejar em seu contexto.

Nos últimos anos o STF trabalhou de forma ativa em questões da vida do

brasileiro, inúmeras foram às decisões envolvendo questões políticas e morais em que a Suprema Corte posicionou-se e destacou-se perante a sociedade.

Destaca-se, no intuito de compreensão da atuação do ativismo judicial, por meio do STF, que o Estado brasileiro adota a forma de federação a qual é marcada como um dos princípios fundamentais da república e uma de suas principais características é a autonomia assegurada às pessoas federativas. Logo, essa autonomia não representa uma liberdade sem limites e nem seria admissível, caso assim fosse. Ou seja, essa garantia há de se estabelecer nos termos da Constituição Federal, conforme preceitua o artigo 18, o que significa que a autonomia mencionada se trata de garantia limitada e condicionada ao controle de constitucionalidade (FILHO, 2013).

Essa autonomia não compreende que exista participação individual de cada ente da federação e sim que todos devem atuar coletivamente em prol do interesse público, de modo que se aliem para atingir uma única meta, ou seja, as demandas da sociedade (FILHO, 2013).

Diante desse aspecto, em relação aos Poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário), cada qual tem sua função. Todavia, essa regra possui sua atipicidade a fim de permitir que qualquer um dos Poderes desempenhe função que originalmente não lhe pertencia. Logo, o ativismo judicial marca uma transformação e representa a possibilidade de o Judiciário proferir sentenças que condenem o Estado ao cumprimento de certas obrigações (TEIXEIRA, 2013).

Assim o ativismo judicial é associado a uma participação mais ampla e intensa do Poder Judiciário, em relação à concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes (Executivo e Legislativo) (BARROSO, 2008).

Nessa discussão há posições defensoras e controversias, e nas palavras de Oliveira:

Os defensores do ativismo afirmam que o protagonismo da atuação do Poder Judiciário decorre da necessidade de proteção dos direitos das minorias contra a vontade das maiorias eventuais. A democracia não pode ser resumida à vontade da maioria, mas deve englobar, necessariamente, a promoção e a proteção dos direitos fundamentais. Em sentido contrário, alguns afirmam que o ativismo viola o princípio constitucional da separação de poderes ao admitir a intromissão indevida do Judiciário nos outros Poderes, judicializando a política (ou politizando o Judiciário). (OLIVEIRA, 2012, p. 13).

No Brasil, conforme já mencionado, em relação a esse protagonismo judiciário, os tribunais, com ênfase ao STF, notadamente têm exercido papel mais ativo no controle dos atos legislativos, inclusive, em decisões que influenciam diretamente a população, onde interpreta os princípios constitucionais para a tomada de suas decisões, e isso traz uma nova realidade hermenêutica (JUNIOR; MEYER, 2013).

Nessa acepção muitas das decisões, de posição ativista pelo STF, se fizeram pelos princípios constitucionais, de forma a extrair uma ideia que não estava explícita em Lei, e, em parte, esse ativismo pode ser visto de forma positiva, pois potencializa o alcance das normas, para além do legislador ordinário. Porém, assim como benefícios, podem ocorrer riscos mediante o ativismo judicial.

Essa interpretação dos princípios, juntamente da crise da legitimidade da democracia representativa brasileira abriram caminho para o protagonismo do Poder Judiciário nos últimos anos (OLIVEIRA, 2012). Nesse contexto, se pode mencionar que a crescente judicialização das relações sociais contribuiu para esse protagonismo Judiciário, uma vez que, com o aumento de questões políticas que passaram a ser discutidas em juízo e, as pressões dos diversos processos de globalização, culminaram na dificuldade das relações sociais e na necessidade de se recorrer ao Judiciário para a resolução de conflitos que outrora eram resolvidos em outras esferas da sociedade. Dessa maneira, o ativismo judicial surgiu em um cenário de alta complexidade social e fragmentação de estruturas importantes na sociedade tais como as morais e religiosas, as quais contribuem na resolução de controvérsias (TEIXEIRA, 2012).

Os possíveis riscos envolvem a legitimidade democrática, a politização da justiça, bem como, a falta de capacidade institucional do Judiciário para decidir determinadas matérias (BARROSO, 2008).

É visto que diante de cláusulas constitucionais abertas, vagas ou fluidas – como dignidade da pessoa humana, eficiência ou impacto ambiental, - o poder criativo do intérprete judicial se expande a um nível quase normativo [...] Mas somente pode agir dentro das possibilidades e dos limites abertos pelo ordenamento jurídico [...] suas decisões deverão respeitar sempre as fronteiras procedimentais e substantivas do Direito; racionalidade, motivação, correção e justiça. (BARROSO, 2008, p.18-19).

Sendo assim, uma vez, que certo tema seja constante no Texto Constitucional, incumbe ao Supremo Tribunal Federal o dever de zelar e efetivar o

mesmo. Logo:

Uma Constituição inoperante e ineficaz não pode ser considerada uma Constituição zelada. E para não incorrer neste risco, o Supremo Tribunal Federal preenche os espaços deixados pelos demais poderes e zela pela Constituição da República, no momento que a torna efetiva. Todavia, a questão ganha novos contornos quando se está diante da proteção de direitos sociais constitucionalmente previstos e que, na maioria das vezes, implicam na elaboração e execução de políticas públicas. Em face da omissão dos outros Poderes nessa matéria, o Supremo Tribunal Federal quando provocado torna efetivos tais direitos adentrando na seara dos demais Poderes e se utilizando do ativismo judicial. (JUNIOR; MEYER, 2013, p. 11).

Um forte exemplo de ativismo judicial da Suprema Corte brasileira, foi a decisão proferida no mês de fevereiro de 2016, na qual o STF passou a entender que a presunção de inocência do réu se estende até o momento em que ele tem o direito de recorrer da pena antes do trânsito em julgado. Assim, ficou estabelecido que, o acusado pode ser preso se condenado em segunda instância e não responde em liberdade, em caso de Recurso à Suprema Corte.

A coerência da decisão só será sustentada diante de decisão que respeite o conjunto normativo, ou seja, as fronteiras procedimentais e substantivas do Direito: motivação, correção e justiça, as quais já foram mencionadas anteriormente, e que no caso da decisão proferida em Fevereiro de 2016, feriu o princípio da presunção de inocência, o qual é previsto pela própria Constituição Federal.

A partir disso, a fim de que se possa entender as decisões proferidas pela Suprema Corte e aplicação do ativismo, se faz necessária à compreensão da relação entre o ativismo judicial e os princípios constitucionais com ênfase ao princípio da presunção de inocência, o qual tem forte influência na decisão acima mencionada e será debatido no tópico seguinte.

2.2 O ATIVISMO JUDICIAL E SUA INTERRELAÇÃO COM O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

A prática do ativismo judicial é associada à interpretação dos princípios de acordo com o caso concreto, quando a Lei deixa lacunas para isso, no intuito de suprir a inércia dos demais Poderes, principalmente do Poder Legislativo. No Supremo Tribunal Federal, isso se trata, em verdade, de um remédio para acabar com a omissão dos demais Poderes no cumprimento das normas constitucionais.

É, de certa forma, um modo de se consolidar o Texto Constitucional (JUNIOR; MEYER, 2013).

Muitas são as decisões do STF que têm por sua base os princípios constitucionais e esses possuem um alto grau de generalidade e indeterminação, sendo que, diante disso, requerem concretização por via interpretativa. Logo, essa necessidade de concretização por meio da interpretação é o ponto chave a se considerar para determinar uma das mais significativas modificações na racionalidade jurídica empregada ao intérprete do direito no momento de decidir uma controvérsia (TEIXEIRA, 2012). Ainda, em relação aos princípios, Teixeira menciona que:

Por se consubstanciarem em normas dotadas de maior abrangência, os princípios servem de conteúdo e sentido às normas constitucionais singularmente consideradas ou aos sistemas constitucionais dos diversos Estados, uma vez que representam as pautas axiológicas de uma sociedade política em um determinado momento de seu processo histórico. Devem ser consideradas como princípios de um ordenamento jurídico todas aquelas orientações e determinações de caráter geral e fundamental que se possam inferir da estrutura sistemática, da coordenação hierárquica e da racionalidade jurídica presente em todo o sistema normativo. (TEIXEIRA, 2012).

Sendo assim, os princípios podem indicar o que é melhor para determinada situação jurídica e são bastante utilizados perante a omissão ou brechas da lei. Constantemente, temas polêmicos e desafiadores são debatidos no STF, a ele são submetidas a julgamento questões complexas, tais como pesquisas com células-tronco embrionárias, direito de greve dos servidores públicos, a prisão de acusados em segunda instância antes do trânsito em julgado de uma ação. Logo, o Poder Judiciário se estendeu a aspectos políticos e morais da sociedade representados nos assuntos julgados pelos diversos tribunais (MENEZES, 2013).

Nessa perspectiva é essencial adentrar à relação que importa a essa pesquisa, qual seja, do ativismo judicial com o princípio da presunção de inocência o qual é tão importante quanto qualquer outro princípio sendo fundamental sua correta interpretação e aplicação no direito e decisões tomadas pela Suprema Corte brasileira.

Tal princípio norteia várias Leis e, de acordo com a Convenção de Direitos Humanos, é garantidor de que toda pessoa acusada de um ato delituoso tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1978).

A relação desse princípio com o ativismo judicial se dá inicialmente pelas inúmeras decisões proferidas pelo STF ao longo dos anos, que possuíam relação com o princípio da presunção de inocência, mais precisamente entre 2009 a 2016.

Em 2009, o então Ministro Eros Grau, decidiu que um acusado só poderia ser preso depois de sentença condenatória transitada em julgado. Uma decisão que reafirmava o princípio da presunção de inocência previsto no art. 5º LVII, na CF (BRASIL, 1988).

Tal decisão determinou que, enquanto houvesse recursos pendentes, não poderia ocorrer à execução provisória da sentença, atentando-se para o fato de que recursos especiais e extraordinários também têm efeito suspensivo (BITTENCOURT, 2016).

Cronologicamente, em 2016, o STF, mudou totalmente o entendimento sobre o princípio da presunção de inocência, afrontando a Lei Suprema brasileira, ou seja, por meio de interpretação – hermenêutica – alguns ministros, não sua totalidade, optaram por negar o Habeas Corpus, (HC) 126292, na sessão do dia 17 de fevereiro de 2016. Por maioria de votos, o Plenário do STF entendeu que a possibilidade de início da execução da pena condenatória após a confirmação da sentença em segundo grau não ofende o princípio constitucional da presunção da inocência (BRASIL, 2016a).

Logo, essa é uma decisão que afronta a Constituição, seria o caso de um ativismo judicial que gera certa insegurança jurídica, uma decisão que possivelmente levou em conta o clamor de parte da sociedade a qual indagava do porquês dos acusados estarem soltos enquanto estaria tramitando o processo. Todavia, entende-se que não se valeu do ideal pertinente ao princípio da presunção de inocência (HACHEM, 2016).

Por conseguinte, se faz necessário analisar o artigo 283 do Código de Processo Penal, o qual estabelece 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, 1941).

No caso, se o STF pretendia declarar a inconstitucionalidade desse dispositivo, deveria fazer de forma expressa e indicar o dispositivo da Constituição

utilizado como parâmetro para invalidar essa previsão legal. Todavia não o fez e nem seria viável, uma vez que o enunciado já se encontra em plena consonância com o artigo 5º, inciso LVII da CF, o qual estabelece que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (HACHEM, 2016).

Diante disso, Alves (2016) baseando-se no pensamento de Kmiec (2004), aponta que existem três formas de manifestação do ativismo judicial presentes na decisão proferida pelo STF em 2016, a primeira seria o afastamento das regras metodológicas, a segunda seria a não aplicação de precedentes e por fim, desempenho de atribuições da esfera de atuação dos demais Poderes.

A primeira manifestação que está presente no afastamento das regras metodológicas de interpretação, nesse caso, da Constituição Federal, se pode usar como exemplo, a entrevista concedida pelo presidente da ANPR (Associação Nacional dos Procuradores da República), o qual afirmou que o Brasil é o país mais garantista do mundo, graças a uma interpretação equivocada do artigo 5º, inciso LVII, da Constituição de 1988, uma vez que, não há o que ser interpretado nesse artigo, pois fica claro que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (ALVES, 2016).

Logo, diante do exposto, no artigo 5º inciso LVII está claro que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Entretanto, ao decidir como decidiu o STF em 2016, esse extraiu que é permitida a prisão do indivíduo, após julgamento em segunda instância, mas, nesse caso, ainda não haveria o trânsito em julgado da ação.

Verifica-se então, que, ao desconsiderar a presunção de inocência até o trânsito em julgado, o STF desviou-se do objetivo visado pela norma, que é a garantia individual do acusado de não ser tratado pelo Estado e pela sociedade como culpado até decisão irrecorrível (ALVES, 2016).

É de importe destacar que, em 2009, por 7 votos a 4, mesmo coro da decisão tomada em 2016, o STF já havia debatido sobre a questão da prisão em segunda instância e seguido o que a Constituição prevê, ou seja, seguiu os precedentes legais e decidiu que o cumprimento da pena iniciaria após o trânsito em julgado, quando não coubesse, mais nenhum recurso (ALVES, 2016).

Por conseguinte, outra face do ativismo judicial, se refere à predisposição do STF para que, em nome da defesa e concretização dos direitos fundamentais, desempenhe atribuições da esfera de atuação dos demais Poderes. E, essa forma

de ativismo empregada na decisão proferida pelo STF em 2016, demonstrou o embate entre vontade popular x direitos fundamentais (ALVES, 2016).

Ainda em relação à decisão do (HC) 126.292/SP, é de importe destacar o voto do Ministro Luís Roberto Barroso, o qual argumentou que a condenação de primeiro grau, mantida em recurso de apelação, inverte a presunção de inocência, bem como, que qualquer acusado em processo criminal tem direito a dois graus de jurisdição, sendo esse seu devido processo legal. A partir disso, a presunção de não de inocência estaria desfeita (BARROSO, 2016).

Logo, a interrelação do princípio da presunção de inocência com o ativismo judicial fica clara diante das decisões proferidas pelo STF cronologicamente entre 2009 e 2016, uma vez que, o ativismo judicial manifestado pelos tribunais interferiu na vida da população brasileira, em seu contexto social e político, bem como, no princípio da presunção de inocência e sua interpretação na Constituição Federal.

Diante disso, será conveniente analisar o entendimento do STF em relação à possibilidade de prisão antes do trânsito em julgado e de que forma as decisões proferidas provocam a mitigação do princípio da presunção de inocência.

3 O ENTENDIMENTO DO STF ACERCA DA POSSIBILIDADE DE PRISÃO ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA E A MITIGAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Para compreensão da decisão da Suprema Corte brasileira a cerca da possibilidade da prisão antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, cabe analisar de forma completa e minuciosa tal decisão. Sendo assim, cabe ressaltar que a decisão proferida pelo STF em Fevereiro de 2016 no julgamento do (HC) 126.292/SP, esse promoveu uma grande modificação em sua jurisprudência quando determinou a prisão do acusado após a confirmação de condenações criminais em segunda instância. Essa decisão promoveu grande mudança, uma vez que, desde 2009, no julgamento do (HC) 84.078/MG, o Tribunal mantinha vinculada a prisão do acusado apenas após o trânsito em julgado da condenação, e preservava o que estabelecia o princípio da presunção de inocência, conforme Constituição Federal de 1988.

Logo, se faz necessária a análise da decisão proferida, tal como, a modificação na jurisprudência da Suprema Corte, e, como essas provocaram a mitigação do princípio da presunção de inocência. Para, por fim, se estabelecer os possíveis impactos gerados por essa decisão proferida em Fevereiro de 2016.

3.1 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DO ENTENDIMENTO DO STF SOBRE POSSIBILIDADE DE PRISÃO ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA

Primeiramente, caberelembrar a decisão proferida em 05 de Fevereiro de 2009, no (HC) 84.078/MG, na qual constava a seguinte ementa: “[...] Inconstitucionalidade da chamada “execução antecipada da pena”. Art. 5º, LVII, da Constituição do Brasil. Dignidade da Pessoa Humana. Art. 1º, III, da Constituição do Brasil”.

Nesse diapasão, pode-se destacar que em 2009 o pensamento dos Ministros da Suprema Corte se valia de acordo com o que a Constituição estabelecia, e havia a prevalência dos seus princípios, tal como o princípio da presunção de inocência, tanto, que por maioria dos votos foi concedido o Habeas Corpus ao impetrante. Em outro trecho do referido (HC), o relator Min. Eros Grau menciona em seu voto que:

[...] a nada se prestaria a Constituição se esta Corte admitisse que alguém viesse a ser considerado culpado – e ser culpado equivale a suportar

execução imediata de pena - anteriormente ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Quem lê o texto constitucional em juízo perfeito sabe que a Constituição assegura que nem a lei, nem qualquer decisão judicial imponham ao réu alguma sanção antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. (BRASIL, 2009, p. 1057).

Mediante o exposto, cabe partir para a análise da decisão proferida pela mesma Suprema Corte, no ano de 2016, a qual trouxe à tona uma análise diferente do que prevê a Constituição Federal brasileira e seus princípios, e mudou a jurisprudência atual em relação à prisão do acusado em segunda instância.

Tal decisão influenciou no alcance do princípio da presunção de inocência, já que, até então, esse era aplicado e apenas se findava com a definitiva execução da sentença, ou seja, quando não coubessem mais recursos e o acusado fosse considerado culpado, conforme (HC) 84.078/MG. Logo, as penas de prisão que só poderiam ser aplicadas após o trânsito em julgado, passaram a ser possíveis de imediato após a decisão em segunda instância. Nesse sentido, cabedestacar que o STF alegou no julgamento do (HC) 126.292, 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. (BRASIL, 2016, p.1).

Diante dessa decisão, o Habeas corpus foi denegado e a liminar revogada, com votos vencidos dos Ministros Rosa Weber, Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski, e, o princípio da presunção de inocência, de certa forma, mitigado, uma vez que, a Constituição brasileira traz em si de forma clara e expressa que a garantia da presunção de inocência é válida ao acusado até o trânsito em julgado de ação penal condenatória.

Para a devida compreensão, destaca-se que, o (HC) foi impetrado contra decisão do Ministro Francisco Falcão, Presidente do Superior Tribunal de Justiça, o qual indeferiu o pedido de liminar no (HC) 313.021/SP. Nos autos do referido (HC) o paciente foi condenado à pena de 5 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do crime de roubo majorado (art. 157, 2º, I e II do CP), com direito de recorrer em liberdade. A defesa, então apelou para o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que negou provimento ao recurso e determinou a expedição de mandado de prisão contra o paciente. Logo, contra a ordem de prisão

decretada, a defesa impetrou *habeas corpus* no Superior Tribunal de Justiça, e, novamente o pedido foi indeferido (BRASIL, 2016).

Nesse contexto, no voto do Ministro Teori Zavascki, esse destacou duas Súmulas do STF, que fazem menção a sentença antes do trânsito em julgado e que prevêm essa possibilidade, quais sejam:

Súmula nº 716: Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. **Súmula nº 717:** Não impede a progressão de regime de execução da pena, fixada em sentença não transitada em julgado, o fato de o réu se encontrar em prisão especial. (BRASIL, 2016, grifou-se).

Ainda de acordo com o voto do Ministro Teori Zavascki deve-se considerar que antes de prolatada a sentença penal há de se manter reservas de dúvida acerca do acusado, de acordo com o princípio da presunção de inocência. Todavia, a eventual condenação deve decorrer da análise das provas apresentadas em juízo. Logo, nessa sequência, destaca-se que para o Sentenciante de Primeiro Grau, fica superada a presunção de inocência por um juízo de culpa, e, se houver recurso a Tribunal superior, será nesse juízo de apelação, exaurido o exame sobre os fatos e provas da causa, com a fixação, se for o caso, da responsabilidade penal do acusado – nessa instância é que se concretiza o duplo grau de jurisdição - sob esse aspecto, ocorre a fixação da responsabilidade criminal do acusado (BRASIL, 2016).

A partir daí, o Ministro entende que, aos recursos extraordinários, não cabedebater sobre a matéria fática probatória, e por isso, a presunção de inocência não produziria o efeito de impedir a execução da sentença, ou seja, a presunção de inocência não justificaria a impossibilidade de execução da pena após o juízo de 2º instância, uma vez que “[...]seu domínio mais expressivo é o da matéria de fato e provas apresentadas, e seria nesse nível da função jurisdicional que ficaria definitivamente exaurido o juízo sobre essas matérias”. (BRASIL, 2016, p.6).

Nesse diapasão, além do Ministro Teori Zavascki, os Ministros Edson Faccin, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux e Cármen Lucia também negaram o *habeas corpus* e decidiram pela prisão do acusado em segunda instância. Cabe ressaltar qual conteúdo que contribui para compreensão de seus votos, e dentre eles, é de importe destacar o voto do Ministro Luís Roberto Barroso, o qual estruturou o voto em três partes. Logo, a parte I se refere ao delineamento da controvérsia; na parte II são

apresentados os fundamentos jurídicos para a possibilidade de execução da condenação penal após a decisão de 2º grau, e, por fim, a parte III, expõe os fundamentos pragmáticos para o novo entendimento.

Assim, o Ministro justifica que o novo sentido ou alcance do mandamento constitucional pode decorrer de uma mudança na realidade fática ou de uma nova percepção do Direito no cenário atual, podendo os princípios ser aplicados com maior ou menor intensidade, bem como alega que, no momento em que se dá a condenação em segunda instância, estabelecem-se a materialidade do delito, a autoria e a impossibilidade de rediscussão de fatos e provas. Assim o Ministro afirma que:

[...] a partir de uma ponderação entre os princípios constitucionais envolvidos e à luz do mandamento da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente, é possível concluir que a execução provisória da pena aplicada a réu já condenado em segundo grau de jurisdição, que esteja aguardando apenas o julgamento de RE e de REsp, não viola a presunção de inocência. Em verdade, a execução da pena nesse caso justifica-se pela necessidade de promoção de outros relevantes bens jurídicos constitucionais. (BRASIL, 2016, p. 43).

Na sequência ainda menciona a razoável duração do processo como dever do Estado, produzir o melhor resultado possível para a sociedade, além do equilíbrio e funcionalidade do Sistema de Justiça Criminal e quebra do paradigma de impunidade, como razões para o voto proferido (BRASIL, 2016). Já o Ministro Luiz Fux, alegou que a presunção de inocência, está calcada na regra de que uma pessoa é inocente até que seja considerada culpada. Assim, o Ministro, indaga a seguinte equação, “[...] o cidadão tem a denúncia recebida, ele é condenado em primeiro grau, é condenado no juízo da apelação, condenado no STJ e ingressa presumidamente inocente no Supremo Tribunal Federal.” Nesse sentido, conclui que o mencionado efetivamente não corresponde à expectativa da sociedade em relação a presunção de inocência (BRASIL, 2016, p. 58). Para a Ministra Cármen Lucia:

[...] ninguém poderá ser considerado culpado e não condenado. [...] consequências para além do Direito Penal, inclusive com base na sentença penal transitada, é uma coisa; quer dizer, algo é dizer que ninguém será considerado culpado, e esta é a presunção de inocência que foi discutida na Constituinte. [...] as consequências eventuais com o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória haverão de ser tidas e havidas após o trânsito em julgado, mas a condenação que leva ao início de cumprimento de pena não afeta este princípio estabelecido inclusive em documentos internacionais. (BRASIL, 2016, p. 61).

Por fim, em relação ao voto do Ministro Edson Faccin, esse ressalta o revolvimento da matéria fática, nas instâncias ordinárias, salientando que as Cortes Superiores, podem apenas dar aos fatos afirmados nos acórdãos recorridos nova definição jurídica, mas não nova versão, e, concluiu que as instâncias ordinárias são soberanas no que diz respeito à avaliação das provas e à definição das versões fáticas apresentadas pelas partes (BRASIL, 2016).

Sendo assim, diante dos votos acima citados, observa-se que todos os Ministros de alguma forma, seja clara ou subjetivamente, mencionam a resolução em segunda instância, dos processos criminais, como forma de solucionar um paradigma de impunidade e expectativa da sociedade, uma vez que, nessa instância são analisadas as provas e o STF ser apenas uma instância que dá aos acórdãos nova definição jurídica, mas não nova versão.

Em relação aos votos vencidos dos Ministros Rosa Weber, Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski, cabe aqui ressaltar o mencionado pelo Ministro Marco Aurélio:

[...] Reconheço que a época é de crise. Crise maior. Mas justamente, em quadra de crise maior, é que devem ser guardados parâmetros, princípios e valores, não se gerando instabilidade, porque a sociedade não pode viver aos sobressaltos, sendo surpreendida. Ontem, o Supremo disse que não poderia haver a execução provisória, quando em jogo a liberdade de ir e vir. (BRASIL, 2016, p. 77).

Nessa mesma linha de pensamento, o Ministro ainda afirma que, o preceito do princípio da presunção de inocência não permite interpretações (BRASIL, 2016).

Assim, diante do exposto, cabe indagar, com base na ementa do (HC) 84.078/MG, que, “A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados, não do processo penal”. (BRASIL, 2009, p. 1049).

No caso do (HC) 126.292/SP, se houvesse o prestígio ao princípio constitucional da presunção de inocência pela Suprema Corte, esta seria inundada por recursos especiais, extraordinários e subseqüentes agravos e embargos. Sendo assim, diante da decisão pela prisão antes do trânsito em julgado da ação penal condenatória, essa pode ser apontada como uma jurisprudência defensiva que amputa garantias processuais (BRASIL, 2009).

Salienta-se assim que, em 05 de Outubro do ano de 2016, em julgamento às Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) números 43 e 44, impetradas pelo Partido Nacional Ecológico (PEN) e pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), os Ministros do STF por 6 votos a 5, reafirmaram a decisão da prisão em segunda instância (BRASIL, 2016b).

Os referidos ADCs tinham o intuito de conceder medida cautelar para suspender a execução antecipada da pena de todos os acórdãos prolatados em segunda instância, com a alegação de que o julgamento do (HC) 126.292/SP, pelo STF gerou grande controvérsia jurisprudencial acerca do princípio constitucional da presunção de inocência, uma vez que, mesmo sem força vinculante, os tribunais do país passaram a adotar o mesmo posicionamento, o que produziu uma série de decisões que ignoraram o disposto no artigo 283 do Código de Processo Penal (BRASIL, 2016b).

No tocante ao indeferimento das ADCs, o Ministro Edson Fachin destacou em seu voto que a Constituição não tem a finalidade de outorgar uma terceira ou quarta chance para a revisão de uma decisão que não agrada ao acusado. Para ele retomar o entendimento anterior ao julgamento do (HC) 126.292/SP não seria cabível e afastou o argumento de irretroatividade do entendimento jurisprudencial prejudicial ao réu, entendendo que tais regras se aplicam apenas às leis penais, mas não à jurisprudência (BRASIL, 2016b).

Já o Ministro Ricardo Lewandowski ressaltou que o artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal é claro quando estabelece que a presunção de inocência deve ser mantida até trânsito em julgado e que não há como fazer uma interpretação contrária pois o dispositivo é taxativo (BRASIL, 2016b).

Assim, diante do comparativo dos votos na decisão do (HC) 126.292/SP e os votos no indeferimento das ADCs 43 e 44, se pode verificar que já ocorreu certa divergência, uma vez que na primeira votação sete Ministros foram favoráveis a prisão do acusado em segunda instância antes do trânsito em julgado da ação penal condenatória, todavia, na decisão das ADCs, os ministros que optaram pelo indeferimento foram seis.

Por conseguinte, no dia 26 de Maio de 2017, o Ministro Gilmar Mendes se posicionou por rever a decisão de prisão em segunda instância instaurada na jurisprudência do STF em 2016, no intuito de autorizar o cumprimento de pena somente após decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ). (SOUZA, 2017).

Alguns ministros da Suprema Corte apontam para um meio termo entre a decisão de 2009 e 2016, para que a prisão só ocorra após pronunciamento do STJ, o que levaria a execução da pena para depois da terceira instância. Outro argumento para uma nova votação foi a morte do Ministro Teori Zavascki e sua substituição pelo então Ministro Alexandre de Moraes (SOUZA, 2017).

Sendo assim, todos esses fatos e possíveis reviravoltas na jurisprudência do STF, geram certa insegurança jurídica dentre outros impactos na sociedade e no judiciário, questões essas, que cabem serem destacadas no próximo capítulo.

3.2 POSSÍVEIS IMPACTOS GERADOS

A decisão interposta pelo STF ao permitir a prisão do acusado em segunda instância antes do trânsito em julgado de ação penal condenatória, no julgado do (HC) 126.292/SP, trouxe à tona grande discussão no âmbito jurídico e social, além de ter provocado diversas dúvidas quanto à segurança jurídica, devido processo legal e principalmente ao direito de liberdade e presunção de inocência do acusado.

Em relação ao sistema judiciário brasileiro, é inegável que os recursos direcionados aos tribunais superiores, STF e STJ, demoram a serem julgados, e, que, essa demora gera incômodo legítimo na sociedade. Todavia, embora se possa prever que grande parte as decisões não serão modificadas, esse fato não justifica que o restante dos acusados deva sofrer penas que, poderão como consequência do julgamento recursal, ser consideradas indevidas (BOTTINO, 2016).

Logo, com a decisão proferida no (HC) 126.292/SP, no qual, o STF optou em possibilitar que os condenados cumpram a devida pena em prazos mais curtos – logo após decisão em segunda instância - mesmo que isso possa englobar também pessoas inocentes que aguardam por um parecer da Suprema Corte. Com isso, o STF também garantiu que menos (HCs) subam para decisão em terceira ou até mesmo quarta instância, uma vez que vários tribunais tomam por base a jurisprudência do STF em suas decisões.

Observa-se que em 2009 o STF possuía outro entendimento, diferente em relação à presunção de inocência e a prisão do acusado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. No entanto, do referido ano até hoje, ocorreram alterações, tanto no que concerne aos integrantes do STF, quanto no que se refere ao entendimento dos Ministros. Diante disso, cria-se uma insegurança

jurídica, uma vez que, para a sociedade cada vez que ocorre mudança nos Ministros da Suprema Corte, poderá ocorrer mudança no entendimento desse magistrado, algo que, não se pode esperar em um Estado de Direito (BOTTINO, 2016).

Além disso, para o autor outra questão inerente ao tema está ligada à legitimidade do STF para, por meio de interpretação constitucional, redefinir uma garantia individual que é a presunção de inocência, a qual não exige interpretação, visto que o texto da Lei é claro e específico. Logo, nem mesmo o Congresso Nacional poderia abolir esse princípio para punir alguém antes do trânsito em julgado, conforme previsão no artigo 60 parágrafo 4º, inciso IV: “A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] IV- os direitos e garantias individuais”(BOTTINO, 2016).

Para Meyer (2016), a decisão proferida pelo STF em 2016 é questionável sob inúmeros aspectos, tais como: o gravíssimo problema carcerário brasileiro; violação textual da Constituição; ausência de integridade; oposição infundada em matéria de fato e matéria de direito; retrocesso em termos de direitos fundamentais; e, ilegitimidade no exercício do controle de constitucionalidade.

Sob os aspectos elencados acima, o autor os justifica que, em relação à violação do texto constitucional, a própria Constituição Federal de 1988 estabelece que para o afastamento do princípio da presunção de inocência deve ocorrer o trânsito em julgado da ação e mais, além da violação ao artigo 5º inciso LVII da Constituição é também violado outro princípio garantidor previsto no inciso XXXVI, o qual preserva a garantia da coisa julgada (MEYER, 2016).

No tocante à ausência de integridade do STF, na decisão tomada em Fevereiro de 2016, buscou-se superar um precedente à custa de um dispositivo principiológico enunciador de um direito fundamental que está em clara sintonia com as normas do Direito Internacional dos Direitos Humanos e em diálogo com as normas do Constitucionalismo Estrangeiro (MEYER, 2016).

Quanto à distinção entre matéria fática e matéria de direito, essa não se mantém de pé ante uma perspectiva hermenêutica e interpretativa do Constituição. Como saber se a prisão preventiva não é mera antecipação da pena descabida sem analisar os fatos? Isso não seria possível (MEYER, 2016).

Em relação ao retrocesso, o STF já havia reconhecido a proibição em termos de direitos fundamentais, logo, devem ser excluídas situações de desfazimento de

conquistas estabelecidas por determinado patamar de direitos fundamentais (MEYER, 2016).

Por fim, a decisão do (HC) 126.292/SP é flagrantemente uma desconstitucionalização de um direito fundamental, consolidado como cláusula pétrea, sobrepondo-se o STF ao Congresso Nacional, uma vez que, nem pela via de emenda constitucional seria tolerável abolir um direito fundamental, que nesse caso seria a presunção de inocência ante à prisão do acusado antes do trânsito em julgado da ação penal condenatória (MEYER, 2016).

Cabe assim ressaltar, diante de toda a análise realizada, que ao proferir a decisão da prisão em segunda instância do acusado, negando-lhe a liberdade enquanto aguarda os recursos cabíveis, o STF transpareceu curvar-se aos interesses da sociedade, observando apenas esse senso de justiça e não tomando por consideração os impeditivos de tal decisão, logo, tal decisão gera uma grande insegurança jurídica, uma vez que, o Supremo deveria garantir os direitos individuais do acusado e da sociedade, todavia os ignora, diante de tal decisão.

Nesse contexto, pode-se indagar que o STF colocou a sociedade em um cenário de completa incerteza em relação aos impactos sociais e financeiros da nova orientação fixada e acarretou em um possível problema carcerário, visto que atualmente o Brasil já possui uma situação extremamente precária em relação aos presídios, os quais não tem a mínima condição de garantir o mínimo da dignidade humana (MUDROVITSCH; CARVALHO, 2016).

Nesse sentido, é de importe mencionar que a superlotação carcerária brasileira resulta na desumanização e conseqüentemente dificulta o cumprimento das diretrizes e finalidades da aplicação da pena, bem como reduz de forma drástica o poder de ressocialização, visto que o cumprimento de uma pena fixada deve proceder-se de forma digna e humana, conforme os preceitos positivados na Lei de Execuções Penais. Isto é, o aumento da população carcerária tornaria vulnerável um cenário, que já é de caos e desrespeito as disposições legais e de dignidade humana (BEM; GODOY, 2014).

Logo, admitir a execução da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, conforme decisão do STF diante ao (HC) 126.292/SP, é, além de flagrante violação ao princípio da presunção da inocência, previsto na Constituição Federal, uma contribuição prejudicial ao cenário de crise econômica, visto que, diante da decisão tomada há de se pensar em uma expansão de infraestrutura do

sistema carcerário, o que seria disfuncional, uma vez que a própria tendência mundial é de diminuição desse sistema (BEM; GODOY, 2014).

Assim, cabe ressaltar que o STF diante de suas prerrogativas e responsabilidades deve ser:

O intérprete máximo da Constituição, no caso brasileiro o STF, ao concretizar a norma constitucional, será responsável por estabelecer a força normativa da Constituição, não podendo alterar a repartição de funções constitucionalmente estabelecidas pelo constituinte originário, como é o caso da separação de poderes, no sentido de preservação do Estado de Direito. O seu intérprete final não pode chegar a um resultado que subverta ou perturbe o esquema organizatório-funcional constitucionalmente obedecido. Nos momentos de crise, acima de tudo, as relações entre Parlamento, o Executivo e a Corte Constitucional deverão ser pautadas pela irrestrita fidelidade e adequação à Constituição. (LENZA, 2012, p. 157).

Nesse sentido, o STF ao tomar a decisão de prisão do acusado em segunda instância antes do trânsito em julgado, não se deteve a irrestrita fidelidade e adequação à Constituição de 1988, além de ter deixado de aplicar técnicas processuais legalmente possíveis e previstas em Lei, sobretudo previstas na própria Constituição, que traz de forma clara as garantias e direitos individuais e principalmente a presunção de inocência.

Sabe-se que o ordenamento jurídico brasileiro possui muitos recursos, inclusive estes recursos podem ser formas protelatórias para muitos acusados se livrarem do sistema prisional. Todavia, isso não deveria tornar-se motivo para não se aplicar as normas ao caso concreto, conforme previsão legal Constitucional. Ao certo, mudanças deveriam ocorrer no sistema processual penal, enxugando o número de recursos e/ou os requisitos para estes. O STF não deve lançar jurisprudências conflitantes cada vez que os rumos políticos do país se alteram (BEM; GODOY, 2014).

Por fim, destaca-se que a mitigação do princípio da presunção de inocência perante o julgamento do (HC) 126. 126.292/SP ainda acarretará em muitas discussões, inconsistências jurídicas, além de grande insegurança, diante das decisões proferidas pelo STF, as quais poderão provocar problemas carcerários e condenações injustas, sem a consideração de fatores e princípios fundamentais na defesa do acusado, no intuito de garantir o bem mais precioso, a liberdade.

CONCLUSÃO

É sabido que no convívio social, o respeito e a garantia dos direitos do cidadão são fundamentais, visto que, a própria Constituição Federal brasileira prevê inúmeras garantias e direitos ao cidadão. Na referida Constituição, todos são assegurados de direitos fundamentais, tais como a liberdade, a saúde, a dignidade da pessoa humana, a qualidade de vida. Nesse contexto, o princípio da presunção de inocência, que também é garantido pela Lei Suprema, bem como, por tratados e convenções internacionais, tem seu cerne no ato de respeitar o estado de inocência em que todo acusado se encontra até que sua sentença transite em julgado.

Sendo assim, como hipótese da presente pesquisa, coube indagar a pretensão punitiva do Estado, em possibilitar a prisão do acusado em segunda instância, se diante disso, poderiam ocorrer conflitos de direitos e restrições para o cidadão, devendo tal decisão aplicada pelo STF ser questionada. Logo, no decorrer do desse trabalho se pôde verificar que com certeza ocorreram conflitos de direitos e restrições ao cidadão diante da decisão proferida pelo STF em Fevereiro de 2016, uma vez que mitigou a garantia de presunção de inocência do acusado, ao possibilitar a prisão em segunda instância antes do trânsito em julgado da ação penal condenatória. O próprio Ministro Gilmar Mendes, no dia 26 de Maio de 2017, se posicionou por rever a decisão de prisão em segunda instância instaurada na jurisprudência do STF em 2016, no intuito de autorizar o cumprimento de pena somente após decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ). (SOUZA, 2017).

Assim se percebe que, o princípio da presunção de inocência favorece o acusado em relação a garantir sua liberdade, pois se o acusado não apresentar risco à sociedade e não existirem provas que gerem suspeitas de culpa, o acusado deve responder o processo em liberdade.

Atualmente, o referido princípio deveria ser garantidor de direitos e assegurar à sociedade o direito a liberdade, na busca pela garantia de que não sejam considerados culpados por algum delito sem sentença penal condenatória transitada em julgado.

É inegável que o Supremo Tribunal Federal (STF) inúmeras vezes, têm de se valer da análise de princípios constitucionais e cláusulas abertas, para a tomada de decisões, uma vez que, a própria Lei não prevê regulamentação, ou se prevê, deixa

a desejar em seu contexto.

A Lei Brasileira bem como a aplicação dos princípios pertinentes a ela é influenciada pelos acontecimentos, pela evolução social e pelo clamor popular, e nesse sentido, ao STF cabe como órgão da cúpula do Poder Judiciário e quem guarda a Constituição, o dever de, em grau de recurso decidir inúmeras discordâncias judiciais, relacionadas às questões inconstitucionais (BRASIL, 2011).

No decorrer dos anos, as decisões judiciais tiveram destaque e peculiaridades, pois em algum momento impuseram obrigações sem o devido embasamento legal, ou seja, sem previsão legal expressa. Isso decorre de uma nova interpretação, embasada em princípios e cláusulas abertas, para a tomada de decisões, e isso ocorre de forma notória, no Supremo Tribunal Federal.

Nos últimos anos, o STF trabalhou de forma ativa em questões da vida do brasileiro, inúmeras foram às decisões envolvendo questões políticas e morais em que a Suprema Corte posicionou-se e destacou-se perante a sociedade.

Nesse contexto, o ativismo judicial ao longo dos anos têm se sobressaído em inúmeras decisões e situações jurídicas nacionais e internacionais, e é tratado como uma postura proativa do Poder Judiciário, devido à interferência de maneira regular nas ações dos demais poderes. Isso se dá ao fato de certa omissão legislativa, e a maneira como ocorrem algumas decisões, se enquadram como forma de ativismo judicial.

A prática do ativismo judicial é associada à interpretação dos princípios de acordo com o caso concreto, quando a Lei deixa lacunas para isso, no intuito de suprir a inércia dos demais Poderes, principalmente do Poder Legislativo.

No Supremo Tribunal Federal, isso se trata, em verdade, de um remédio para acabar com a omissão dos demais Poderes no cumprimento das normas constitucionais. É de certa forma um modo de se consolidar o Texto Constitucional (JUNIOR; MEYER, 2013).

Um forte exemplo de ativismo judicial da Suprema Corte brasileira, é decisão proferida no mês de fevereiro de 2016, (HC) 126.292/SP, na qual o STF passou a entender que a presunção de inocência do réu se estende até o momento em que ele tem o direito de recorrer da pena antes do trânsito em julgado. Assim, ficou estabelecido que, o acusado pode ser preso se condenado em segunda instância e não responde em liberdade, em caso de Recurso à Suprema Corte. Isso

demonstrou o embate entre vontade popular x direitos fundamentais.

Logo, a interrelação do princípio da presunção de inocência com o ativismo judicial fica clara diante das decisões proferidas pelo STF cronologicamente entre 2009 e 2016, uma vez que, o ativismo judicial manifestado pelos tribunais interferiu na vida da população brasileira, em seu contexto social e político, bem como, no princípio da presunção de inocência e sua interpretação na Constituição Federal.

A partir da decisão proferida pelo STF em Fevereiro de 2016 no julgamento do (HC) 126.292/SP, esse promoveu uma grande modificação em sua jurisprudência quando determinou a prisão do acusado após a confirmação de condenações criminais em segunda instância. Essa decisão promoveu grande mudança, uma vez que, desde 2009, no julgamento do (HC) 84.078/MG, o Tribunal mantinha vinculada a prisão do acusado apenas após o trânsito em julgado da condenação, e preservava o que estabelecia o princípio da presunção de inocência, conforme Constituição Federal de 1988.

Nesse diapasão, pode-se destacar que em 2009 o pensamento dos Ministros da Suprema Corte se valia de acordo com o que a Constituição estabelecia, e havia a prevalência dos seus princípios, tal como o princípio da presunção de inocência, tanto, que por maioria dos votos foi concedido o Habeas Corpus ao impetrante.

Em relação ao sistema judiciário brasileiro, é inegável que os recursos aos tribunais superiores, STF e STJ, demoram a serem julgados, e, que, essa demora gera incômodo legítimo na sociedade. Todavia, embora se possa prever que grande parte as decisões não serão modificadas, esse fato não justifica que o restante dos acusados deva sofrer penas que, poderão ser consideradas indevidas (BOTTINO, 2016).

Logo, com a decisão proferida no (HC) 126.292/SP o STF optou em assegurar que maioria dos acusados cumpra a devida pena em prazos mais curtos, mesmo que isso possa englobar também pessoas inocentes que aguardam por um parecer da Suprema Corte. Com isso, o STF também garantiu que menos (HCs) subam para decisão em terceira ou até mesmo quarta instância, uma vez que vários tribunais tomam por base a jurisprudência do STF em suas decisões.

Nesse sentido, o STF ao permitir a prisão do acusado em segunda instância antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, não se deteve a irrestrita fidelidade e adequação à Constituição de 1988, além de que, além de ter deixado de aplicar técnicas processuais legalmente possíveis e previstas em Lei,

sobretudo previstas na própria Constituição, a qual traz de forma clara as garantias e direitos individuais e principalmente a presunção de inocência.

Por conseguinte, no dia 26 de Maio de 2017, o Ministro Gilmar Mendes se posicionou por rever a decisão que autoriza a prisão do acusado em segunda instância instaurada na jurisprudência do STF em 2016, ou seja, antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, no intuito de autorizar o cumprimento de pena somente após decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ). (SOUZA, 2017).

Ainda, alguns ministros da Suprema Corte apontam para um meio termo entre a decisão de 2009 e 2016, para que a prisão só ocorra após pronunciamento do STJ, o que levaria a execução da pena para depois da terceira instância. Outro argumento para uma nova votação foi a morte do Ministro Teori Zavascki e sua substituição pelo então Ministro Alexandre de Moraes (SOUZA, 2017).

Sendo assim, todos esses fatos e possíveis reviravoltas na jurisprudência do STF, geram certa insegurança jurídica dentre outros impactos na sociedade e no judiciário.

Logo, destaca-se que a decisão proferida pelo STF e possível nova votação em relação a prisão do acusado em segunda instância, ainda acarretarão em muitas discussões, inconsistências jurídicas, além de grande insegurança. Sendo assim, diante das decisões proferidas pelo STF ao longo dos anos de 2009 à 2016, a última poderá provocar problemas prisionais e condenações injustas, sem a consideração de fatores e princípios fundamentais na defesa do acusado. Cabe destacar que o STF deveria garantir os direitos ao cidadão, no intuito de garantir o bem mais precioso, a liberdade.

Por fim, diante do problema do presente estudo, que tratou da possibilidade da prisão do acusado em Segunda Instância, possibilidade essa proferida em Fevereiro de 2016 pelo STF, e que poderia gerar conflitos de direitos e restrições para o cidadão, além de que estaria em conflito com Constituição Federal de 1988, no tocante ao princípio da presunção de inocência.

Coube assim, ao final dos estudos, concluir que ocorreu sim, a mitigação do princípio da presunção de inocência perante o julgamento do (HC) 126.292/SP, e que tal decisão poderá gerar inconsistências jurídicas, insegurança diante das decisões proferidas pelo STF, além de provocar problemas prisionais e

condenações injustas, sem a consideração de fatores e princípios fundamentais na defesa do acusado.

REFERÊNCIAS

ALVES, Felipe Dalenogare. O ativismo judicial, a tragédia jurídica do dia 17 de fevereiro de 2016 e as dançarinas brasileiras. 24 fev. 2016. **In:** Empório do Direito. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/o-ativismo-judicial-a-tragedia-juridica-do-dia-17-de-fevereiro-de-2016/>>. Acesso em: 01 mai. 2017.

ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **In:** Revista OAB. 2008. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 12 set. 2016.

BARROSO, Luis Roberto. **HC 126.292**. Execução Provisória de Decisão Condenatória em 2º grau. Transcrição do voto oral. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/2/art20160218-01.pdf>>. Acesso em: 02 mai. 2017.

BEM, Bruna Pio do; GODOY, Fabiana Roncaratti P. de. Apontamentos acerca do habeas corpus 126.292 e o início da execução da pena antes do trânsito em julgado de sentença condenatória penal. **In:** Revista Reflexão e Crítica do Direito, ano II, n. 2, p. 43-58, jan/dez. 2014. Disponível em: <www9.unaerp.br/revistas/index.php/rcd/article/download/661/pdf>. Acesso em: 25 mai. 2017.

1.

BETIOLI, Antonio Bento. **Introdução ao direito:** lições de propedêutica jurídica tridimensional. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

BITENCOURT, Cezar Roberto; BITENCOURT, Vania Barbosa Adorno. Reforma Constitucional: Em dia de terror, Supremo rasga a Constituição no julgamento de um HC. **In:** Consultor Jurídico. 18 fev. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-18/cezar-bittencourt-dia-terror-stf-rasga-constituicao>>. Acesso em: 20 jun. 2016.

BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de Processo Penal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009).

BOTTINO, Thiago. Problemas da decisão do STF sobre execução provisória da pena: Supremo mirou o que viu, mas acertou o que não viu. 18 fev. 2016. **In:** JOTA. Disponível em: <<https://jota.info/colunas/supra/os-problemas-da-decisao-do-stf-sobre-execucao-provisoria-da-pena-18022016>>. Acesso em: 25 mai. 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Presidência da República, 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 07 abr. 2016

_____. **Decreto Lei nº 3.689**, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 01 abr. 2017.

_____. **Supremo Tribunal Federal (STF)**. Habeas Corpus nº 84.078 – MG. Impetrante: Omar Coelho Vitor. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Eros Grau, 05 fev. 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>>. Acesso em: 02 mai. 2017.

_____. **Supremo Tribunal Federal (STF)**. Habeas Corpus nº 126.292 - SP. Pacte: Marcio Rodrigues Dantas. Coator: Relator do (HC) nº 313.021 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Teori Zavascki, 17 fev. 2016. p. 1-103. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 10 mai. 2017.

_____. **Supremo Tribunal Federal (STF)**. Institucional. 13 jan. 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/vertexto.asp?servico=sobreStfConhecaStfInstitucional>>. Acesso em 10 nov. 2016).

_____. **Supremo Tribunal Federal (STF)**. Pena pode ser cumprida após decisão de segunda instância, decide STF. 17 FEV. 2016a. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=310153>>. Acesso em: 15 nov. 2016.

_____. **Supremo Tribunal Federal (STF)**. STF reafirma jurisprudência sobre execução da pena após condenação em segunda instância. 11 nov. 2016b. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=329322&caixaBusca=N>>. Acesso em: 15 nov. 2016.

CARVALHO, Amiltom Bueno de. **Lei para que(m)?**. Escritos de Direito e Processo Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FILHO, José dos Santos Carvalho. Federação, eficiência e ativismo judicial. **In**: Revista Bimestral de Direito Público, IP. Belo Horizonte. Ano 15, n. 81, p.31-41. set-out. 2013.

HACHEM, Daniel Wunder. Sepultamento da presunção de inocência pelo STF (e os funerais do Estado Democrático de Direito). **In**: Revista Direito do Estado. n. 86, ano 2016. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/daniel-wunder-hachem/sepultamento-da-presuncao-de-inocencia-pelo-stf-e-os-funerais-do-estado-democratico-de-direito>>. Acesso em: 01 abr. 2017.

JUNIOR, Arthur Bezerra de Souza; MEYER, Samantha Ribeiro. O ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal. Artigo. 2013. p. 1-19. **In**: Publica Direito. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=6f4b7fd3eea0af87>>. Acesso em: 20 mar. 2017.

KOERNER, Andrei. Ativismo Judicial? Jurisprudência constitucional e a política no STF pós-88. **In:** Revista Novos Estudos. ed. 96. jul. 2013. p. 69-85. CEBRAP. Disponível em:<<http://www.scielo.br/pdf/nec/n96/a06n96.pdf>>. Acesso em: 20 mar. 2017.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. v. 1. Impetus: Niterói, 2012.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Pedro. **Direito Constitucional**. 18. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Limite Penal: Fim da presunção de inocência pelo STF é nosso 7 a 1 jurídico. 4 mar. 2016. **In:** Consultor Jurídico. Disponível em:<<http://www.conjur.com.br/2016-mar-04/limite-penal-fim-presuncao-inocencia-stf-nosso-juridico>>. Acesso em: 10 nov. 2016.

MENEZES, Bruno Paiva. Ativismo Judicial: o Supremo Tribunal Federal estaria legislando ? Caso dos mandados de injunção que regulamentam o direito de greve dos servidores públicos. **In:** Biblioteca Digital Câmara dos Deputados. 2013. p. 1- 49. Disponível em:<bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/.../ativismo_judicial_menezes.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2017.

MEYER, Emilio Peluso Neder. Presunção de inocência até a condenação em segunda instância? 19 fev. 2016. **In:** JOTA. Disponível em:<<https://jota.info/artigos/presuncao-de-inocencia-ate-a-condenacao-em-segunda-instancia-19022016>>. Acesso em: 25 mai. 2017.

MIARELLI, Mayara Marinho; LIMA, Rogério Montai de. **Ativismo Judicial e a efetivação de direitos no Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MUDROVITSCH, Rodrigo de Bittencourt; CARVALHO, Felipe Fernandes de. Presunção de inocência e o STF: o problema da falta de modulação de efeitos. É preciso evitar a saturação ainda mais intensa do sistema carcerário. 18 fev. 2016. **In:** JOTA. Disponível em:<<https://jota.info/artigos/presuncao-de-inocencia-e-o-stf-o-problema-da-falta-de-modulacao-de-efeitos-18022016>>. Acesso em: 24 mai. 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

OLVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Ativismo Judicial, pragmatismo e capacidades institucionais – As novas tendências do controle judicial dos atos administrativos.

In:Revista Brasileira de Direito Público – RBDP. Belo Horizonte. Ano 10, n. 39, p. 9-36, out-dez,2012.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Convenção Americana dos Direitos Humanos**. 18 jul. 1978. Disponível em:<<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em: 23 mai. 2016.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2012.

RONCAGLIA, Daniel. Presunção de inocência: É proibida execução de pena antes do fim do processo. 5 fev. 2009. **In:** Consultor Jurídico. Disponível em:<<http://www.conjur.com.br/2009-fev-05/prisao-feita-processo-transitado-julgado-stf>>. Acesso em: 15 nov. 2016.

SILVA, Diogo Bacha e. Os contornos do ativismo judicial no Brasil: O fetiche do Judiciário brasileiro pelo controle dos demais poderes. **In:** Revista de Informação Legislativa, p. 163- 178, ano 50, n. 199, jul-set. 2013.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de Direito Ambiental**. 7. ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva 2009.

SOUZA, André de. Gilmar Mendes estuda rever prisão após segunda instância. 25 mai. 2017. **In:** Jornal O Globo. Disponível em:<<https://oglobo.globo.com/brasil/gilmar-mendes-estuda-rever-prisao-apos-segunda-instancia-21395908>>. Acesso em: 26 mai. 2017.

TEIXEIRA,Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. **In:**Revista Direito GV. São Paulo. v.8, n.1, jan-jun, 2012. Disponível em:< http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322012000100002#8a>. Acesso em: 31 mar. 2017.