

ESTABILIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA NAS SUPREMAS CORTES: UMA ANÁLISE DA CONSTRUÇÃO DA CONFIANÇA PÚBLICA A PARTIR DOS MODELOS NORTE-AMERICANO E BRASILEIRO

STABILIZATION OF JURISPRUDENCE IN THE SUPREME COURTS: AN ANALYSIS OF THE BUILDING OF PUBLIC TRUST BASED ON THE AMERICAN AND BRAZILIAN MODELS

Gabriel Wedy¹

Professor nos Programas de Pós-Graduação e na Escola de Direito (Unisinos, Porto Alegre/RS, Brasil)

Audrey Santarosa Pozza²

Mestra em Direito Público (Unisinos, Porto Alegre/RS, Brasil)

ÁREA(S): direito público.

RESUMO: O texto contém uma análise de entendimentos esposados pela Suprema Corte norte-americana em alguns de seus casos históricos que podem auxiliar na compreensão da evolução do posicionamento da Corte quanto a sua atuação e também

no que se refere à estabilização jurisprudencial dela. Também abarca análise do julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro, sobre a possibilidade, ou não, de decretação de prisão em segunda instância, que resultou em oscilação no posicionamento da Corte nos últimos anos. Esse fenômeno será confrontado

¹ Juiz Federal. Pós-Doutor, Doutor e Mestre em Direito. *Visiting Scholar* pela Columbia Law School e pela Universität Heidelberg. Autor de diversos artigos e livros no Brasil e no exterior. Ex-Presidente da Associação dos Juízes Federais do Brasil (Ajufe). E-mail: gtweddy@gmail.com. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/4878672254938180>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-6187-6167>.

² Pós-Graduada em Advocacia no Regime Próprio de Previdência Social pela Esmafe/PR. Pós-Graduada em Direito Tributário pelo Centro Universitário Leonardo da Vinci. Pós-Graduada em Direito Previdenciário pela Universidade Anhanguera (Uniderp). Graduada em Direito pela Universidade de Caxias do Sul/RS. Advogada. E-mail: audreyspozza@gmail.com. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/8809031496562016>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-8958-461X>.

com casos da Suprema Corte norte-americana que servirão para, além de demonstrar a complexidade destes *hard cases*, deixar evidenciada a importância da consolidação da jurisprudência no que tange a valores como tutela da democracia e proteção dos direitos individuais.

ABSTRACT: *The text contains an analysis of the decisions made by the US Supreme Court in some of its landmark cases, which can help to understand the evolution of the Court's position in terms of its actions and also in terms of its stabilization of jurisprudence. It also includes an analysis of the judgment handed down by the Brazilian Supreme Court on the possibility, or not, of ordering imprisonment at the second instance, which has resulted in an oscillation in the Court's position in recent years. This phenomenon will be compared with cases from the US Supreme Court, which will not only demonstrate the complexity of these hard cases, but also the importance of consolidating jurisprudence with regard to values such as the protection of democracy and individual rights.*

PALAVRAS-CHAVE: Brasil; democracia; Estado de Direito; Estados Unidos; Suprema Corte.

KEYWORDS: *Brazil; democracy; rule of law; United States; Supreme Court.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Da tradição jurídica do *civil law* e da *common law* e a possibilidade comparativa; 2 Breves considerações sobre casos que envolvem o debate democrático e a independência dos poderes decididos pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América; 3 O Supremo Tribunal Federal brasileiro e o ativismo judicial; 4 Promoção da confiança nas Cortes e nas decisões judiciais; Conclusão; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 The legal tradition of civil law and common law and the possibility of comparison; 2 Brief considerations on cases involving the democratic debate and the independence of powers decided by the Supreme Court of the United States of America; 3 The Brazilian Supreme Court and judicial activism; 4 Promoting confidence in the Courts and judicial decisions; Conclusion; References.*

INTRODUÇÃO

A atual conjuntura política brasileira demonstra uma grave crise das instituições democráticas. Desconfiança, insegurança e condições trágicas na educação cívica culminaram, inclusive, nos ataques terroristas às sedes dos três poderes no fatídico e recente 8 de janeiro de 2023.

Dentre as mais variadas hipóteses de estudo que a Teoria do Estado Contemporâneo oferece, o presente texto ficará focado, para fins de espelhamento científico, na análise de entendimentos esposados pela Suprema Corte norte-americana em alguns de seus casos históricos que podem auxiliar na compreensão da evolução do posicionamento da Corte e na estabilização de sua jurisprudência.

Também serão procedidas considerações sobre o julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal (STF) brasileiro acerca da possibilidade, ou não, de decretação de prisão em segunda instância, antes do trânsito em julgado da decisão, que resultou em oscilação no posicionamento do referido sodalício nos anos recentes.

Esse fenômeno será confrontado com casos da Suprema Corte norte-americana que servirão para, além de demonstrar a complexidade desses *hard cases*, deixar evidenciada a importância da estabilização da jurisprudência no que tange a valores como tutela da democracia e proteção dos direitos individuais, mesmo considerando a diferença entre os sistemas jurídicos analisados, como o *civil law* no Brasil e a *common law* nos Estados Unidos.

O STF, nesse cenário, tem desempenhado papel importante na defesa da democracia e da tutela dos direitos individuais, muito embora, é bem verdade, não esteja isento de críticas acadêmicas que podem surgir em relação às suas decisões no campo da hermenêutica constitucional.

1 DA TRADIÇÃO JURÍDICA DO CIVIL LAW E DA COMMON LAW E A POSSIBILIDADE COMPARATIVA

O *civil law*, como tradição jurídica, remonta ao direito romano e, para além da sua caracterização como sistema jurídico cuja fonte primordial do Direito seria o direito positivado, deve ser compreendido como uma ideia mais profunda para além dos códigos. No direito romano, havia outras fontes do Direito, como as deliberações do Conselho da República e os pareceres dos jurisconsultos³.

Como refere Roberto Mangabeira Unger: “O direito preexistiu e ultrapassou as leis, muito embora as leis tenham modificado o Direito”⁴, ou

³ UNGER, R. M. *O movimento de estudos críticos do Direito*: outro tempo, tarefa maior. Tradução: Lucas Fucci Amato. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2017. p. 228/229.

⁴ *Ibidem*, p. 229.

seja, desde sua origem, o *civil law* não era apenas um sistema jurídico baseado em um conjunto de normas escritas, e o Direito convolou-se numa “história transformada em instituições, sustentado por uma visão compartilhada”⁵.

Resta claro que a tradição do *civil law* não é, e tampouco o era, em seus primórdios, estruturada unicamente sob o alicerce do direito positivado, recebendo a influência da prática, da moral e da jurisprudência.

De outro lado, a *common law* como tradição jurídica conhecida por sua origem inglesa tem boa parte de seus princípios insculpidos em julgamentos proferidos pelos tribunais superiores⁶. Esses julgamentos da *common law* possuem como característica um maior detalhamento em suas prescrições que o próprio *civil law*⁷.

Marinoni esclarece que:

Quando se diz que o juiz do *common law* cria o direito, não se está pensando que a sua decisão tem a mesma força e qualidade do produto elaborado pelo Legislativo, isto é, da lei. A decisão não se equipara à lei pelo fato de ter força obrigatória para os demais juízes.

Porém, seria possível argumentar que a decisão, por ter força obrigatória, constitui direito. O *common law* considera o precedente como fonte de direito. Note-se, contudo, que quando um precedente interpreta a lei ou a Constituição, como acontece especialmente nos Estados Unidos, há, evidentemente, direito preexistente com força normativa, de modo que seria absurdo pensar que o juiz, neste caso, cria um direito novo. Na verdade, também no caso em que havia apenas costume, existia direito preexistente, o direito costumeiro.⁸

⁵ *Ibidem*, p. 229.

⁶ TETLEY, W. Jurisdições mistas: direito consuetudinário vs direito civil (codificado e não codificado) (Parte I). Tradução própria. *Rev. Dr. Unif.*, p. 597, 1999-3.

⁷ *Ibidem*, p. 597.

⁸ *Ibidem*, p. 19.

A partir disso, é possível verificar que algo do que outrora era apenas mais uma diferença entre ambas as tradições já demonstra ser uma aproximação entre os sistemas, como, por exemplo, a doutrina inglesa do *stare decisis*, que obriga os tribunais de piso a seguirem as decisões proferidas pelos tribunais superiores⁹, característica predominante da *common law* que já foi, em parte, incorporada em algumas tradições de *civil law* como no Brasil.

Essa obrigação de os tribunais seguirem as decisões dos tribunais superiores está prevista no art. 927 do Código de Processo Civil, que os delimita da seguinte forma: as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; os enunciados de súmula vinculante; os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; e a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais os juízes e tribunais estiverem vinculados.

Por outro lado, o art. 926 trouxe a necessidade de os tribunais uniformizarem sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. Essa característica é similar a um traço marcante do sistema da *common law*, ou seja, a necessidade de respeito aos precedentes.

Mas aqui há de se fazer a ressalva apontada por Lenio Streck no sentido de que um precedente não nasce para vincular, mas obriga contingencialmente buscando a alcançar a integridade do direito¹⁰, sob pena de tentar buscar respostas antes das perguntas e pretender solução para eventuais problemas interpretativos¹¹.

Apesar de ser imenso o caminho a trilhar pela busca de um sistema de precedentes na tradição do *civil law* que compreenda e alcance o sentido da integridade e coerência do Direito, é fato que a importância das decisões dos tribunais superiores, como às do Supremo Tribunal Federal no Brasil, permite a comparação entre as tradições jurídicas, especialmente no que se refere à

⁹ *Ibidem*, p. 614.

¹⁰ STRECK, L. L. *Dicionário de Hermenêutica*: 50 verbetes fundamentais da teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 2. ed. Belo Horizonte: Coleção Lenio Streck de Dicionários Jurídicos; Letramento; Casa do Direito, 2020. p. 352 e 353.

¹¹ *Ibidem*, p. 353.

estabilização da jurisprudência com fulcro na segurança jurídica e na própria integridade do Estado de Direito.

2 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE CASOS QUE ENVOLVEM O DEBATE DEMOCRÁTICO E A INDEPENDÊNCIA DOS PODERES DECIDIDOS PELA SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

Para uma Constituição que não previa expressamente, no seu texto original, a revisão judicial das decisões administrativas e da legislação de regência que pudessem ferir o texto constitucional de 1787, o respeito e a aceitabilidade dos americanos ao poder de revisão judicial exercido por sua Suprema Corte são notáveis e mundialmente reconhecidos, muito embora não se desconsidere a existência de inúmeras discussões jurídicas acerca dos limites de atuação da mencionada Corte, a despeito de, por vezes, ser confrontada com o argumento das conhecidas mazelas que podem ser promovidas pelo “governo dos juízes”¹² não eleitos.

Esse é, sem dúvida, um grande problema do Judiciário, que vem sendo analisado por juristas, tanto estrangeiros quanto brasileiros, com bastante profundidade há muitos anos, a exemplo de Christopher Wolfe¹³, Ran Hirschl¹⁴, Mark Tushnet¹⁵ e, dentre nós, Lenio Streck¹⁶ e Clarissa Tassinari¹⁷. O ativismo indiscriminado do Poder Judiciário, certamente, não é benéfico ao regime democrático, pois permite que cidadãos não escolhidos pelo povo, investidos no poder togado, usurpem a vontade popular que deve ser manifestada por representantes eleitos, nos parlamentos, como referia Montesquieu, e pelo povo, no debate público, quando este pode deliberar diretamente em plebiscitos e referendos como reminiscências de uma democracia direta como defendida de certa forma por Rousseau. Entretanto, esse enfoque não poderia

¹² LAMBERT, E. *Le Gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis, l'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*. Paris: Libraires-Éditeurs. 1921.

¹³ WOLFE, C. *The rise of modern judicial review: from constitutional interpretation to judge-made law*. Boston: Littlefield Adams Quality Paperbacks, 1994.

¹⁴ HIRSCHL, R. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 251, 2009.

¹⁵ TUSHNET, M. *Taking the constitution away from the courts*. Princeton: Princeton University Press, 2000.

¹⁶ STRECK, L. L. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. E-book.

¹⁷ TASSINARI, C. *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do Judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. E-book.

ser avaliado adequadamente no presente estudo com a profundidade que merece, pois fugiria da proposta da análise de mudança de entendimento das Cortes Supremas e de suas implicações no que se refere à segurança jurídica e à promoção da confiança.

A Suprema Corte dos Estados Unidos da América iniciou seus trabalhos após a aprovação do Judiciary Act de 1789 e com a sua primeira sessão em 1790¹⁸. Como reminiscência histórica, vale mencionar o *hard case* decidido em 1803, *Marbury v. Madison*. Nesse precedente, o “então Chief Justice John Marshall reconheceu expressamente em seu voto a autoridade do Tribunal para invalidar leis que conflitassem com a Constituição. Marshall, portanto, adotou a *teoria hamiltoniana* da revisão judicial”¹⁹.

A importância deste julgado, no que se refere à estabilização da jurisprudência da Suprema Corte norte-americana, reside no fato de que o tribunal declarou, de modo pioneiro, a inconstitucionalidade de legislação federal. Nesse contexto, há de se considerar a tradição da *common law*, na qual se inserem os Estados Unidos da América (EUA), bem como o ano da decisão (1803), pós-Revolução Francesa e Americana. Foi a partir desse precedente que se construiu a possibilidade da revisão judicial pela Suprema Corte no país e nas democracias ocidentais.

O caso originou-se de conhecido conflito político entre o então Presidente John Adams, federalista, e seu sucessor republicano, Thomas Jefferson, que não cansava de referir que “quanto menos poderosa fosse a Suprema Corte, melhor seria para o país”²⁰. O Presidente Adams, antes de transmitir seu cargo, nomeou vários juízes “na calada da noite”, entre os quais estava William Marbury, para juiz de paz no Distrito de Columbia²¹.

Marbury, diante disso, escreveu ao novo Secretário de Estado, James Madison, questionando o que havia ocorrido com o cargo que lhe fora prometido²². Tendo sido ignorado, Marbury pensou em processar Madison,

¹⁸ SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. Disponível em: <https://www.supremecourt.gov/about/historyandtraditions.aspx>. Acesso em: 3 fev. 2023, às 9h55.

¹⁹ BREYER, S. *Making our democracy work*. A judge’s view. New York: Alfred A. Knopf, 2010. p. 27. Tradução não oficial.

²⁰ BREYER, ref. 20, p. 28.

²¹ *Ibidem*, p. 29.

²² *Ibidem*, p. 29.

mas havia uma dúvida sobre competência territorial, pois um tribunal estadual poderia ter reservas quanto a envolver-se numa disputa sobre um cargo federal, e os republicanos já haviam começado a afastar juízes estaduais com simpatias federalistas²³. Se Marbury ingressasse com a ação no distrito de Columbia, o seu caso seria julgado por uma Corte presidida por um juiz republicano – e o Congresso tinha dado a tribunais federais como esta autoridade para ouvir apenas uma categoria restrita de casos que poderia não incluir o referido caso em sua competência²⁴.

A saída que Marbury encontrou foi ingressar com uma ação de cunho mandamental com a finalidade de obrigar o secretário de Estado a entregar o cargo para o qual havia sido nomeado pelo ex-presidente, fundamentando seu pedido em uma disposição legal federal que dizia que a Suprema Corte poderia “emitir ordens, em casos garantidos pelos princípios e pelos usos da lei, para serem cumpridos por quaisquer tribunais com a finalidade de assegurar o exercício de cargos para os quais as pessoas haviam sido nomeadas pelas autoridades federais, entre as quais o Presidente da República”²⁵.

O tribunal, por sua vez, considerou que, se uma lei ordinária estivesse em conflito com a Constituição, a Corte deveria aplicar a Constituição, e não a referida lei. Nesse sentido, decidiu o Tribunal que a lei que permitia ao Tribunal ouvir o caso, como uma questão originária, era inconstitucional, e, assim sendo, o Tribunal não poderia apreciar a demanda; consequentemente, não poderia expedir a pleiteada decisão mandamental²⁶.

Era preciso, sob a ótica do tribunal, diminuir a preocupação e a apreensão do povo focada na possibilidade de os tribunais decidirem questões que não fossem de sua competência constitucional ou, ainda, desnecessárias. Possível infração por parte da Corte nesta regra de competência poderia esvaziar o Poder Legislativo e enfraquecer a democracia. Essa decisão permitiu a proteção de direitos constitucionais dos indivíduos e a revisão da legalidade das atividades do executivo, deixando claro, portanto, “o papel jurídico fundamental e

²³ *Ibidem*, p. 29.

²⁴ *Ibidem*, p. 29.

²⁵ *Ibidem*, p. 29.

²⁶ BREYER, ref. 20, p. 34.

superior da Constituição, a natureza do *expertise* judicial e a necessidade de se evitar uma legislatura todo-poderosa”²⁷.

Note-se que, nesse caso, o tribunal preferiu declarar a inconstitucionalidade de lei que o permitia dar a ordem mandamental pretendida por Marbury a se envolver na questão eminentemente política entre John Adams e seu sucessor Thomas Jefferson.

Na construção da confiança dos cidadãos na Suprema Corte dos EUA ao longo da história do tribunal, também foram proferidas decisões nas quais os Estados negavam-se a cumpri-las, como no caso dos índios Cherokee (na década de 1830), quando a tribo recorreu ao Poder Judiciário para proteger seus direitos de titulação sobre suas terras ancestrais no norte da Geórgia. E a tensão entre o Poder Executivo e o Poder Judiciário pôde ser demonstrada pelo fato de que a decisão da Suprema Corte, ao declarar explicitamente que a Geórgia não poderia confiscar as terras dos índios, também não impediu que o então “Presidente Jackson enviasse tropas federais para o Estado, com a finalidade de expulsar os índios das suas glebas”²⁸.

Esse, aliás, foi um retrocesso histórico no constitucionalismo americano, pois, sem a autorização do chefe e do governo Cherokee, “representantes federais levaram membros da tribo para se reunir em Washington e negociar um tratado. Lá eles chegaram a um acordo desfavorável ao povo indígena, pois este previa a remoção da tribo para o oeste”²⁹.

Esse acordo obscuro foi imediatamente submetido ao Senado como um “tratado” que o confirmou, mesmo que com margem apertadíssima (um voto), o que redundou na retirada forçada dos Cherokees de suas terras pelas tropas federais. Os índios permaneceram protestando irredimidos com o “acordo” realizado, sendo referida rota de despejo chamada de “Trilha das Lágrimas”, porque muitos morreram³⁰ neste malsinado caminho.

O caso deixou claro à Suprema Corte que, ao menos naquele momento histórico, o presidente, o Congresso, os estados e o público não seguiriam uma decisão do Tribunal verdadeiramente impopular (na época assim o era). Esse fato, aliás, fez a Corte voltar a “testar” seu poder de revisão judicial somente

²⁷ *Ibidem*, p. 35.

²⁸ *Ibidem*, p. 44.

²⁹ BREYER, ref. 20, p. 44.

³⁰ *Ibidem*, p. 44.

quase meio século após³¹. Seguindo a tradição da *common law*, a Suprema Corte, a fim de que não se inviabilizasse a revisão judicial construída por meio do caso *Marbury*, optou por se fortalecer enquanto instituição democrática e aguardar para voltar a decidir acerca da inconstitucionalidade.

Em que pese a ausência da revisão judicial da Suprema Corte nesse período de quase cinquenta anos, houve uma preponderância do interesse da segurança institucional, estratégia que, para o tribunal, contribuiu para a estabilização de sua jurisprudência, fortalecimento de sua respeitabilidade e construção da confiança.

A Suprema Corte também cometeu graves erros, como na infame decisão do caso *Dred Scott* de 1857, considerada por Stephen Breyer “uma das piores decisões do Tribunal e que pode muito bem ter ajudado a provocar a guerra da secessão”³².

Dred Scott, por sinal, foi um escravo vendido por seu *proprietário original* a um médico do exército que o levou, após estadas em várias bases militares em diversos Estados, para um território livre de escravidão, onde possuía família constituída com outra ex-escrava. Após a morte de seu *proprietário*, mesmo após anos residindo e prestando serviços ao seu *dono* em território livre da escravidão, permaneceu *pertencendo* à viúva e ao irmão dela, o que motivou Dred a procurar os seus direitos primeiro em um tribunal estadual, e depois em um tribunal federal, argumentando, basicamente, que sua longa permanência em um território livre fez dele legalmente um homem livre³³.

O caso somente chegou à Suprema Corte em 1854 quando a questão da escravidão estava altamente politizada e polarizada: parte do país (Sul) contra eventual abolição e a outra (Norte) que esperava que a Suprema Corte acabasse com essa instituição infame³⁴. Em uma de suas mais vexatórias decisões, a Suprema Corte, por maioria, “considerou que a permanência por três anos de Dred Scott no território livre de Wisconsin e no estado livre de Illinois não o havia emancipado da condição de escravo”³⁵.

³¹ *Ibidem*, p. 45.

³² *Ibidem*, p. 46.

³³ BREYER, ref. 20, p. 47.

³⁴ *Ibidem*, p. 49.

³⁵ *Ibidem*, p. 53.

A decisão foi altamente repudiada, tendo auxiliado, inclusive, na eleição do Presidente Lincoln, que levantou, em seus célebres discursos, a bandeira antiescravagista:

Embora historiadores debatam o papel preciso de Dred Scott ao provocar a Guerra Civil, a decisão pelo menos energizou o Norte antiescravista. Tornou-se o grito de guerra do Partido Republicano e contribuiu para a indicação e eleição de Lincoln como presidente. Essas circunstâncias, juntamente com outras, ajudaram a desencadear a mais feroz Guerra entre os Estados. Após a guerra, a nação acrescentou a décima terceira, décima quarta e décima quinta emendas à Constituição, acabando com a escravidão e garantindo igualdade de tratamento, direitos de voto e direitos civis básicos para os escravos recém-libertados.

Em um nível mais pessoal: o Justice Benjamin Curtis, prolator do voto vencido, renunciou ao Tribunal imediatamente após a decisão de Dred Scott. O Chief Justice Taney, prolator do voto condutor, permaneceu na Corte até sua morte. E Dred Scott e sua família foram comprados por um filho de seu proprietário original, Peter Blow, que os libertou posteriormente. Em pouco mais de um ano, no entanto, Scott morreu de tuberculose.³⁶

A própria Corte entende, até os dias atuais, essa decisão como vexatória. Em sua época, o Chief Charles Evans Hughes chegou a referir que a decisão foi uma “‘ferida auto infligida’ que quase destruiu a Suprema Corte”³⁷.

Outros casos com destino diverso se seguiram décadas após; entre estes, está *Brown v. Board of Education*, quase um século depois de *Dred Scott*, que justamente viabilizou a tutela dos direitos das minorias raciais com base na proteção oferecida pela cláusula de igual proteção da Décima

³⁶ *Ibidem*, p. 57.

³⁷ *Ibidem*, p. 58.

Quarta Emenda da Constituição³⁸. A Suprema Corte, nesse caso, decidiu pela violação dessa Emenda e considerou que a segregação racial nas escolas do Sul era inconstitucional, mas apenas com o apoio fundamental do presidente “conseguiu fazer cumprir essa decisão”. Esse fenômeno, por certo, ilustra a ligação muitas vezes necessária entre a aplicação efetiva dos comandos judiciais e a cooperação política do Poder Executivo³⁹.

Durante esse julgamento, importante grifar, quem ocupava o cargo de Chief Justice era Earl Warren, advogado e ex-governador republicano da Califórnia, período que restou conhecido como a Corte Warren, por sua relevância histórica em virtude de decisões judiciais progressistas, que declararam importantes direitos e garantias constitucionais⁴⁰.

Durante a Corte Warren, já havia importantes reflexões, no âmbito da Suprema Corte, acerca da necessidade de diversas formas de fundamentação marcadas pela necessidade de uma análise hermenêutica atenta aos direitos das minorias:

A presunção de constitucionalidade pode ter margem mais estreita quando a legislação parece, à primeira vista, estar compreendida numa proibição específica da Constituição, tal como as das dez primeiras emendas, consideradas igualmente específicas quando entendidas como contidas na Décima Quarta emenda...

Não será necessário, agora, considerar se uma lei que restringe aqueles processos políticos dos quais, via de regra, pode-se esperar que provoquem a revogação das leis indesejáveis, deverá estar sujeita a uma análise judicial mais rigorosa (no contexto das proibições gerais da Décima Quarta Emenda) do que a maioria dos outros tipos de legislação.

Também não será necessário procurar saber se considerações do mesmo naipe devem influenciar

³⁸ *Ibidem*, p. 64.

³⁹ BREYER, ref. 20, p. 64.

⁴⁰ ELY, J. H. *Democracy and distrust: a theory of judicial review*. Cambridge: Harvard University Press, 1980. p. 100.

o controle de leis direcionadas a certas minorias religiosas [...] ou de nacionalidade [...] ou raciais [...]; se o preconceito contra minorias separadas e isoladas (*discrete and insular minorities*) pode ser uma condição especial que tende a restringir seriamente o funcionamento dos processos políticos em que costumamos nos basear para proteger as minorias, e que pode exigir, nessa mesma medida, um exame judicial mais minucioso.⁴¹

Aqui se percebe que a Corte conferiu a devida importância à defesa das emendas constitucionais que protegiam os então novos direitos das minorias, declarando a necessidade do controle constitucional para conferir-lhes a devida garantia.

Ainda sobre a decisão do caso *Brown v. Board*, por exemplo, John Hart Ely faz o seguinte comentário:

O primeiro parágrafo é puro interpretacionismo: ele diz que a Corte deve aplicar as disposições “específicas” da constituição. Vimos, no entanto, que o interpretacionismo é incompleto: existem disposições na Constituição que exigem mais do que isso. O segundo e o terceiro parágrafos nos dão uma versão do que esse algo mais poderia ser. O segundo parágrafo afirma que é função da Corte manter a máquina do governo democrático funcionando como deveria, garantir que os canais da participação e da comunicação políticas permaneçam abertos. O terceiro parágrafo assevera que a Corte também deve se preocupar com o que a maioria faz com as minorias, mencionando particularmente as leis “direcionadas a” minorias religiosas, nacionais e raciais e os que têm preconceito contra elas.⁴²

⁴¹ *Ibidem*, p. 100.

⁴² ELY, ref. 41, p. 101.

Aliás a expressão *interpretacionismo* necessita ser bem entendida: para Kelsen, ela possui um sentido de aplicação do direito positivo contido na ordem jurídica⁴³. A palavra, por si só, remete o leitor mais incauto a um sentido contrário, ou seja, de necessidade de se interpretar, de se alargar alguns conceitos específicos utilizando-se dos recursos hermenêuticos disponíveis ao intérprete da lei.

John Hart Ely, portanto, entende que a proposta do segundo e terceiro parágrafos não foram adequadamente desenvolvidas pela doutrina norte-americana a fim de que pudesse alcançar, de fato e de direito, uma *democracia* plena, em que o controle popular e o igualitarismo como ideais estivessem incorporados, apesar de, por vezes, serem incompatíveis, como, por exemplo, quando “o controle popular parece dar à maioria o poder de, superando em número de votos a minoria, privar os membros desta dos bens que desejarem”⁴⁴.

Então, verifica-se já uma preocupação com a questão de “oportunidade de participar quer nos processos políticos mediante os quais os valores são identificados e ponderados, quer nos benefícios concretos alcançados por meio desses processos”⁴⁵, bem como a necessidade de uma teoria de interpretação adequada, os quais igualmente contribuem para a estabilização da jurisprudência.

3 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL BRASILEIRO E O ATIVISMO JUDICIAL

O Supremo Tribunal Federal é uma Corte jovem do ponto de vista histórico, pois inaugurou suas atividades como órgão máximo do Judiciário brasileiro em 28 de fevereiro de 1891, quando quinze juízes, presididos pelo Visconde de Sabará, reuniram-se no Solar do Marquês do Lavradio, no Rio de Janeiro, para algumas deliberações. De lá para cá, após várias mudanças, o STF, em 1960, instalou-se em Brasília⁴⁶.

⁴³ KELSEN, H. *General Theory of Law and State*. Cambridge: The President and Fellows of Harvard College, 1945. p. 272-273.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 101.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 102.

⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/hotsites/130anos/index.html>. Acesso em: 6 fev. 2023, às 11h39.

Diferentemente dos Estados Unidos da América, no Brasil, desde a primeira Constituição Republicana, em 1891, sempre houve previsão expressa da competência constitucional do Supremo Tribunal Federal⁴⁷.

⁴⁷ “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I – processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993) b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República; c) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 23, de 1999) d) o *habeas corpus*, sendo paciente qualquer das pessoas referidas nas alíneas anteriores; o mandado de segurança e o *habeas data* contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal; e) o litígio entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Território; f) as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta; g) a extradição solicitada por Estado estrangeiro; h) (Revogado pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) i) o *habeas corpus*, quando o coator for Tribunal Superior ou quando o coator ou o paciente for autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 22, de 1999) j) a revisão criminal e a ação rescisória de seus julgados; l) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões; m) a execução de sentença nas causas de sua competência originária, facultada a delegação de atribuições para a prática de atos processuais; n) a ação em que todos os membros da magistratura sejam direta ou indiretamente interessados, e aquela em que mais da metade dos membros do tribunal de origem estejam impedidos ou sejam direta ou indiretamente interessados; o) os conflitos de competência entre o Superior Tribunal de Justiça e quaisquer tribunais, entre Tribunais Superiores, ou entre estes e qualquer outro tribunal; p) o pedido de medida cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade; q) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal; r) as ações contra o Conselho Nacional de Justiça e contra o Conselho Nacional do Ministério Público; (Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) II – julgar, em recurso ordinário: a) o *habeas corpus*, o mandado de segurança, o *habeas data* e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão; b) o crime político; III – julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição. d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal. (Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)”

Inevitável notar a vasta abrangência de competências deferidas pelo constituinte originário e derivado ao STF – um dos motivos, aliás, que pode causar não apenas morosidade, mas necessidade de se alargar demasiadamente o âmbito de atuação da Corte, dificultando muito a prestação jurisdicional para os ministros em suas decisões.

Há de se ressaltar que essa problemática suscita maiores oportunidades de ocorrência de ativismo judicial⁴⁸; esse fenômeno foi sistematizado por Clarissa Tassinari nas seguintes perspectivas:

a) como decorrência do exercício do poder de revisar (leia-se, controlar a constitucionalidade) atos do demais poderes; b) como sinônimo de maior interferência do Judiciário (ou maior volume de demandas judiciais, o que, neste caso, configuraria muito mais a judicialização); c) como abertura à discricionariedade no ato decisório; d) como aumento da capacidade de gerenciamento processual do julgador, dentre outras. Ressalte-se que, apesar de ser possível identificar essas tendências no contexto da doutrina brasileira, fica difícil encontrar o que se poderia chamar de *posicionamentos puros*. Na verdade, o que se pretende referir é que, na maioria das vezes, estes enfoques acabam se misturando e se confundindo, sem que haja, portanto, um compromisso teórico de se definir o que seja o ativismo.⁴⁹

Muitas vezes essas perspectivas de abordagem do ativismo judicial se confundem⁵⁰, dificultando a pretensão de conceituação e definição jurídica de determinada expressão, assim como se verá no julgamento do STF adiante abordado, no qual foram discutidos os limites do direito fundamental e da garantia constitucional da presunção de inocência.

⁴⁸ “[...] um juiz ou tribunal pratica ativismo quando decide a partir de argumentos de política, de moral, enfim, quando substitui o Direito é substituído pelas convicções pessoais de cada magistrado (ou de um conjunto de magistrados).” (STRECK, ref. 17, posição 17598 de 17816)

⁴⁹ TASSINARI, ref. 18, posição 479 de 4071.

⁵⁰ *Ibidem*.

3.1 DA POSSIBILIDADE DA PRISÃO APÓS A CONDENAÇÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA E O DIREITO CONSTITUCIONAL FUNDAMENTAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

A presunção de inocência é uma garantia constitucional e um direito fundamental de primeira dimensão (art. 5º, LVII). De fato, no *Habeas Corpus* nº 84.078-7, de 05.02.2009, o Supremo Tribunal Federal concedeu a ordem pretendida pelo impetrante, julgando, no caso concreto, a inconstitucionalidade do art. 637 do Código de Processo Penal (CPP), que estabelecia que o recurso extraordinário não teria efeito suspensivo, e, assim os autos originais poderiam baixar para que se efetuassem a execução da pena.

O julgamento foi fundamentado no art. 5º, LVII, e considerada como válida a Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/1984), que condiciona a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória.

Essa irrepreensível interpretação constitucional, conferida naquele momento, demonstrou-se adequada à garantia constitucional da presunção de inocência, e, por isso, tanto temporal, quanto materialmente, sobrepôs-se ao art. 637 do CPP, que não foi redigido nos termos da Constituição Cidadã de 1988.

Cabe mencionar trecho desse julgamento:

Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual.⁵¹

⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão proferido no *Habeas Corpus* nº 84.078-7 em 05.02.2009. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>. Acesso em: 7 fev. 2023, às 11h05, p. 02.

Entretanto, em 17.02.2016, por meio do *Habeas Corpus* nº 126.292, o Supremo Tribunal Federal, por maioria, denegou ordem pretendida por impetrante e alterou, em pouco tempo, o entendimento firmado pela Corte anteriormente, passando a permitir a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário.

Foi relator do referido *habeas corpus* o saudoso Ministro Teori Albino Zavascki e foram votos vencidos a Ministra Rosa Weber e os Ministros Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski, que fizeram claro alerta para os riscos de violação ao princípio da presunção de inocência, uma das características constitucionais mais importantes do Estado Democrático de Direito brasileiro.

Naquele tempo, o bafejar das ruas por duras punições aos acusados de crimes era imenso, especialmente em virtude das decisões do Juiz Sérgio Moro, que eram muito divulgadas pela mídia e especialmente nas redes sociais. Juristas garantistas e experientes, de grande maturidade de vida e jurídica, pouco foram ouvidos na época.

O Ministro Marco Aurélio, no entanto, alertou, na oportunidade, para os riscos da violação do regime democrático com a alteração de forma inesperada, não planejada, da jurisprudência do STF sobre tema tão importante como *a liberdade do cidadão*:

Presidente, não vejo uma tarde feliz, termos jurisprudenciais, na vida deste Tribunal, na vida do Supremo.

Há pouco, concluímos, considerada maioria escassa, por diferença de um voto, no sentido do não cabimento do *habeas corpus* contra ato de membro do Tribunal. Revelei preocupação quanto à reprodução dessa óptica nos Tribunais Superiores, nos vinte e sete Tribunais de Justiça e nos cinco Tribunais Regionais Federais. Já, agora, com o voto de integrantes que buscam sempre a preservação da jurisprudência, revemos jurisprudência, que poderia dizer até mesmo recente, para admitir o que ressaltou em votos na Turma como

execução precoce, temporã, açodada da pena, sem ter-se a culpa devidamente formada.

Esses dois pronunciamentos esvaziavam o modelo garantista, decorrente da Carta de 1988. Carta – não me canso de dizer – que veio a tratar dos direitos sociais antes de versar, como fizeram as anteriores, a estrutura do Estado. Carta apontada como cidadã por Ulisses Guimarães, um grande político do Estado-país, que é São Paulo, dentro do próprio País.

Tenho dúvidas, se, mantido esse rumo, quanto à leitura da Constituição pelo Supremo, poderá continuar a ser tida como Carta cidadã.⁵²

Em votos vencidos, a minoria formada também demonstrou extrema consternação e preocupação com a mudança que se estabelecia naquele momento, especialmente com a possibilidade de aumento da população carcerária ao arrepio da previsão expressa de conhecidos direitos constitucionais individuais fundamentais como o direito ao devido processo legal formal e substancial. De acordo com o Ministro Ricardo Lewandowski, em histórico voto:

Assim como fiz, ao proferir um longo voto no HC 84.078, relatado pelo eminente Ministro Eros Grau, eu quero reafirmar que não consigo, assim como expressou o Ministro Marco Aurélio, ultrapassar a taxatividade desse dispositivo constitucional, que diz que a presunção de inocência se mantém até o trânsito em julgado. Isso é absolutamente taxativo, categórico; não vejo como se possa interpretar esse dispositivo. Voltando a, talvez, um ultrapassadíssimo preceito da antiga escola da exegese, eu diria que *in claris cessat interpretatio*. E aqui nós estamos, evidentemente, *in claris*, e aí não podemos interpretar, *data venia*.⁵³

⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão proferido no *Habeas Corpus* nº 126.292, julgado em 17.02.2016. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 7 fev. 2023, às 12h02, p. 76.

⁵³ Acórdão proferido no *Habeas Corpus* nº 126.292, ref. 53, p. 97.

De fato, a alteração, de inopino, de entendimentos jurisprudenciais, bafejados pela histeria popular e pela sanha punitivista que ameaçam a democracia e os direitos fundamentais, como a garantia da presunção de inocência, não poderia ser procedida sem uma ampla maturação e debate no seio da sociedade ao longo de anos ou até décadas, sob pena de gerar graves desconfiças nos valores democráticos e no Poder Judiciário como instituição a ser respeitada.

A maior prova disto são os longos períodos de reflexão adotados pela Suprema Corte dos Estados Unidos para troca do seu entendimento em precedentes firmados ao longo da história, marca característica das instituições americanas como o Congresso, a imprensa livre e a sociedade civil, que garantem também o *rule of law*⁵⁴, espécie de Estado de Direito como por nós concebido⁵⁵ e da democracia.

Após referida decisão, foi ajuizada a Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 43 (ADC 43) pelo então Partido Ecológico Nacional (PEN), atualmente Patriota (PATRI)⁵⁶. No dia seguinte, ou seja, em 20.05.2016, fora protocolada também a Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 44

⁵⁴ Esta é a posição de Erik Posner (POSNER, E. The Dictator's Handbook, p. 1-18. In: SUNSTEIN, C. *Can it happen here? Authoritarianism in America*. New York: HarperCollins Publishers, 2018), Cass Sunstein (SUNSTEIN, C. *Lessons from the America Founding*, p. 57-80. In: SUNSTEIN, C. *Can it happen here? Authoritarianism in America*. New York: HarperCollins Publishers, 2018) e Tyler Cowen (COWEN, T. *Could fascism come to America*, p. 37-56. In: SUNSTEIN, C. *Can it happen here? Authoritarianism in America*. New York: HarperCollins Publishers, 2018), embora a este respeito, citando o caso Korematsu, seja cético Bruce Ackerman (ACKERMAN, B. *States of Emergency*, p. 221-232. In: SUNSTEIN, C. *Can it happen here? Authoritarianism in America*. New York: HarperCollins Publishers, 2018). Todavia, Stone entende que na Era Trump, um presidente que nada entende da história americana e das precondições da democracia, existe uma verdadeiramente séria ameaça ao Estado de Direito, à democracia e às liberdades constitucionais. Assim, "[...] Today, in the era of Trump – a president who understands nothing of our history or of the necessary preconditions of our democracy – we face a truly serious threat to the rule of law, to our democracy, and to our constitutional freedoms" (STONE, G. R. *It can't happen here*, 429-450. In: SUNSTEIN, C. *Can it happen here? Authoritarianism in America*. New York: HarperCollins Publishers, 2018. p. 445).

⁵⁵ Neste sentido, de modo esclarecedor, Lord Tom Bingham: "Although the rule of law is, obviously, an English expression, familiar in the UK and in countries such as Ireland, the United States, Canada, Australia and New Zealand, whose law has been influenced by that of Britain, it is also meaningful in countries whose law is influenced by the jurisprudence of Germany, France, Italy, the Netherlands and Spain. In Germany for instance, reference is made to the *Rechtsstaat*, in France to *État de droit*, which, literally translated, mean the law-governed state" (BINGHAM, T. *The Rule of Law*. London: Penguin Books, 2011. p. 7).

⁵⁶ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/comunicacao/noticias/2018/Abril/aprovada-alteracao-do-nome-do-partido-ecologico-nacional-pen>. Acesso em: 8 fev. 2023, às 11h40.

(ADC 44) pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, subscrita, entre outros, pelo Professor e jurista Lenio Luiz Streck, que aduziu que a ADC 43 e a ADC 44 buscavam basicamente a mesma coisa: conferir eficácia à garantia constitucional da presunção de inocência.

A Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 54 foi proposta em 18.04.2018 pelo Partido Comunista do Brasil com o mesmo objetivo de declaração de constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, na redação dada pela Lei nº 12.403, de 04.05.2011⁵⁷.

Referidas ações declaratórias (ADC 43, 44 e 54) foram julgadas procedentes em 07.11.2019 e assentada a constitucionalidade do art. 283 do CPP, na redação dada pela Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011, vencidos o Ministro Edson Fachin, que julgava improcedente a ação, e os Ministros Alexandre de Moraes, Roberto Barroso, Luiz Fux e Cármen Lúcia, que a julgavam parcialmente procedente para conferir interpretação conforme.

A relatoria foi do então Ministro Marco Aurélio, o qual ressaltou, em seu Relatório, que acreditava que a tribuna do Supremo era uma tribuna livre, que no Colegiado havia um somatório de forças distintas, que aqueles que o integravam complementavam-se mutuamente e ainda que o sodalício era um órgão democrático por excelência onde vencia a maioria⁵⁸. Ou seja, o STF, naquele momento, retomou, em grande estilo, o papel de guardião da Constituição e porta-voz da razão pública no aspecto constitucional.

⁵⁷ A evolução legislativa desse dispositivo foi a seguinte (vênia para citar com tacha, a fim de demonstrar dispositivo já revogado): “Art. 283. A prisão poderá ser efetuada em qualquer dia e a qualquer hora, respeitadas as restrições relativas à inviolabilidade do domicílio. Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011). (Vide ADC nº 43) (Vide ADC nº 44) (Vide ADC nº 54) Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência) § 1º As medidas cautelares previstas neste Título não se aplicam à infração a que não for isolada, cumulativa ou alternativamente cominada pena privativa de liberdade. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011). § 2º A prisão poderá ser efetuada em qualquer dia e a qualquer hora, respeitadas as restrições relativas à inviolabilidade do domicílio. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011)” (BRASIL. Palácio do Planalto. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 8 fev. 2023, às 12h07).

⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344949163&text=.pdf>. Acesso em: 8 fev. 2023, às 17h54, p. 28.

De fato, como relatou o referido ministro em seu voto:

O abandono do sentido unívoco do texto constitucional gera perplexidades, observada a situação veiculada: pretende-se a declaração de constitucionalidade de preceito que reproduz o texto da Constituição Federal. Não vivêssemos tempos estranhos, o pleito soaria extravagante, sem propósito; mas, infelizmente, a pertinência do requerido nas iniciais surge inafastável.⁵⁹
[...]

O quadro revelador de delinquências de toda ordem, de escândalos no campo administrativo, considerada corrupção inimaginável, apenas conduz à marcha processual segura, lastreada nos ditames constitucionais e legais. Longe fica de respaldo a reescrever-se a Constituição Federal e a legislação que dela decorreu, muito menos pelo Supremo, em desprezo a princípio básico da República – o da separação e harmonia dos poderes. Não é o fato de o Tribunal assim o ser, de os pronunciamentos que formalize não ficarem sujeitos a revisão judicial, que levará ao desrespeito à ordem jurídico-constitucional, sob pena de perda da legitimidade das decisões que profira e de não se saber onde se parará. A Instituição, responsável pela higidez da Lei Maior, exerce papel de importância única e dele não pode, repita-se à exaustão, despedir-se, ante o risco de vingar o critério de plantão, desmando de toda ordem, a inquietude na vida gregária.⁶⁰

Nesse mesmo julgamento, o voto do Ministro Alexandre de Moraes, que restou, ao final, vencido, foi no sentido de “conceder interpretação conforme à Constituição Federal ao art. 283 do CPP, de maneira a se admitir o início da

⁵⁹ *Ibidem*, p. 34.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 39.

execução da pena, seja privativa de liberdade, seja restritiva de direitos, após decisão condenatória proferida por Tribunal de 2º grau de jurisdição”⁶¹.

Entre inúmeros outros argumentos insertos neste voto vencido, encontra-se:

Exigir o trânsito em julgado ou decisão final do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal para iniciar a execução da pena aplicada após a análise de mérito da dupla instância judicial constitucionalmente escolhida como juízo natural criminal seria subverter a lógica de harmonização dos diversos princípios constitucionais penais e processuais penais e negar eficácia aos diversos dispositivos já citados em benefício da aplicação absoluta e desproporcional de um único inciso do art. 5º, com patente prejuízo ao princípio da tutela judicial efetiva. A tutela judicial efetiva, com efeito, exige o início da execução provisória da pena como marco interruptivo da prescrição penal, de maneira a impedir a inefetividade da jurisdição penal em face da ocorrência de grandes lapsos temporais entre a sentença ou acórdão condenatório e eventual início do cumprimento da pena após o trânsito em julgado, postergado pela demora nos julgamentos dos recursos especiais e extraordinários.⁶²

E ainda:

As exigências decorrentes da previsão constitucional do princípio da presunção de inocência não são desrespeitadas mediante a possibilidade de execução provisória da pena privativa de liberdade, quando a decisão condenatória observar todos os demais princípios constitucionais interligados, ou seja, quando o juízo de culpabilidade do acusado tiver sido firmado

⁶¹ *Ibidem*, p. 63.

⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal, ref. 59, p. 61 e 62.

com absoluta independência pelo juízo natural, a partir da valoração de provas obtidas mediante o devido processo legal, contraditório e ampla defesa em dupla instância e a condenação criminal tiver sido imposta, em decisão colegiada, devidamente motivada, de Tribunal de 2º grau, com o consequente esgotamento legal da possibilidade recursal de cognição plena e da análise fática, probatória e jurídica integral em respeito ao princípio da tutela penal efetiva.⁶³

Já a Ministra Rosa Weber, entendendo que o art. 283 do CPP estava espelhando conformidade ao texto constitucional, expressou:

Entre as alterações promovidas pelo legislador, foi dada nova redação ao art. 283 do CPP, justamente para conformar a regência normativa das hipóteses de prisão positivadas na legislação processual penal à observância da presunção de inocência assegurada na Constituição da República, tal como dimensionada por esta Suprema Corte no citado precedente (HC 84078/MG). Assim, na dicção do art. 283 do CPP, em sua redação atual, a prisão somente pode ocorrer nas seguintes hipóteses:

- (i) em flagrante delito;
- (ii) por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado; ou
- (iii) por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, no curso da investigação criminal ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

É esse o preceito normativo cuja constitucionalidade é questionada no presente feito, repisou.

⁶³ *Ibidem*, p. 63.

E se indaga: o art. 283 do CPP é compatível com a Lei Fundamental?

Pontuo que em absoluto cabe a esta Corte decidir se o desenho que o art. 283/CPP estampa é o melhor, o mais desejável, ou o mais afinado com esta ou aquela concepção ideológica quanto aos fins da persecução criminal. Compete-lhe tão somente definir se a opção do legislador, a opção do Parlamento brasileiro encontra impedimento na Carta Política, ou, dito de outra forma, se com ela guarda conformidade.⁶⁴

Note-se que não há decisões fáceis, principalmente as que concernem às violações de garantias constitucionais, como a relevante presunção de inocência. Os trechos acima transcritos são apenas algumas partes dos extensos argumentos que culminaram em um acórdão de 488 páginas que, para além do debate técnico e jurídico, mencionaram fatos que acabaram por culminar em graves ameaças aos ministros como nunca antes observado na história republicana e, em especial, no egrégio Supremo Tribunal Federal.

Lenio Streck, neste contexto, refere que existem seis hipóteses em que o juiz está autorizado a deixar de aplicar a lei⁶⁵. São estas:

1ª Hipótese: quando a lei (ou ato normativo) for inconstitucional, caso em que o juiz singular, ao exercer o controle difuso de constitucionalidade, deixará de aplicá-la, e um tribunal deverá declará-la inconstitucional, seja em sede de controle difuso ou concentrado.

2ª Hipótese: quando for o caso de resolução de antinomias jurídicas. Para tanto, o juiz deverá aplicar os clássicos critérios: hierárquico, segundo o qual uma norma superior revoga uma norma inferior; cronológico, mediante o qual uma norma posterior derroga uma norma anterior; especialidade, pelo qual uma norma especial prevalece sobre uma norma geral. Todavia, no plano da legalidade constitucional, é preciso ter cuidado, uma vez que a *lex posterioris* que derroga a *lex anterioris* pode ser inconstitucional, o que torna irrelevante a aplicação do critério.

⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, ref. 59, p. 158.

⁶⁵ STRECK, L. L. *30 anos da CF em 30 julgamentos: uma radiografia do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 300.

3ª Hipótese: quando proceder a uma interpretação conforme a Constituição (*verfassungskonforme Auslegung*), ocasião em que se torna necessária uma adição de sentido ao dispositivo legal para que haja plena conformidade da norma à Constituição. Nesse caso, o texto de lei (entendido na sua “literalidade”) permanecerá intacto. O que muda é a norma (isto é, o sentido do texto), alterado por intermédio de interpretação que a torne adequada à Constituição.

4ª Hipótese: quando realizar uma nulidade parcial sem redução de texto (*Teilnichtigerkklärung ohne Normtextreduzierung*), pela qual permanece a literalidade do dispositivo, sendo alterada apenas a sua incidência, ou seja, ocorre a expressa exclusão, por inconstitucionalidade, de determinada(s) hipótese(s) de aplicação (*Anwendungsfälle*) do programa normativo sem que se produza alteração expressa do texto legal. Assim, se na interpretação conforme ocorre uma adição de sentido; na nulidade parcial sem redução de texto, verifica-se uma abdução de sentido.

5ª Hipótese: quando houver a declaração de inconstitucionalidade com redução de texto, ocasião em que a exclusão de uma palavra conduz à manutenção da constitucionalidade do dispositivo.

6ª Hipótese: quando – e isso é absolutamente corriqueiro e comum – for o caso de deixar de aplicar uma regra em face de um princípio, entendido este não como standard retórico ou enunciado performativo. É por meio da aplicação principiológica que será possível deixar de aplicar uma regra a determinado caso. A aplicação principiológica sempre ocorrerá, já que, de um lado, não há regra sem princípio e que, de outro, o princípio só existe a partir de uma regra. Pensemos, por exemplo, na regra do furto, que é “suspensa” nos casos de insignificância. Tal circunstância, por óbvio, acarretará um compromisso da comunidade jurídica, na medida em que, a partir de uma exceção, casos similares exigirão – graças à integridade e à coerência do Direito – uma aplicação similar. Para tanto, é necessário entender que os princípios têm um caráter deontológico, e não meramente teleológico. Assim, se uma regra só existe – no sentido da *applicatio* hermenêutica – a partir de um princípio que lhe densifica o conteúdo, então a regra só persiste, naquele caso concreto, se não se mostrar incompatível com um ou mais princípios. A regra permanece vigente e válida; ela só deixa de ser aplicada naquele caso concreto. Por outro lado, um princípio só adquire existência hermenêutica por intermédio de uma regra. Logo, é

dessa diferença ontológica (*ontologische Differenz*) que se extrai o sentido para a resolução do caso concreto.

Observa-se, nesse contexto, que os juízes e os tribunais estão vinculados à lei, de maneira que, fora dessas hipóteses, sua atuação será arbitrária e sua decisão inconstitucional.⁶⁶

Acima da Suprema Corte está o Direito, o qual, no Brasil, encontra-se frequentemente em crise, devido a sua perda de autonomia “em face dos seus tradicionais predadores: a moral, a política e a economia”⁶⁷.

Nesse sentido, é fundamental registrar a importância “da relação texto e norma”, pois, “em uma democracia, o texto importa e deve importar; a norma, que necessariamente não coincide com o texto, não tem o condão de se autonomizar do texto”⁶⁸, e esse é realmente aquele ponto em que se pode envidar esforços a fim de se evitar os ativismos judiciais e as nefastas discricionariedades que somente contribuem para o descrédito dessa importante e valiosa instituição que é o Supremo Tribunal Federal e o Judiciário brasileiro como um todo.

4 PROMOÇÃO DA CONFIANÇA NAS CORTES E NAS DECISÕES JUDICIAIS

A construção da confiança nas Cortes está intrinsecamente ligada à proteção aos direitos fundamentais em sua sucessiva jurisprudência, restando clara, na Constituição brasileira, a intenção do constituinte originário em protegê-los não apenas do legislador, mas também do próprio constituinte derivado, ao prever, no art. 60, § 4º, IV, que, entre outros, não seja objeto de deliberação a proposta tendente a abolir os direitos e as garantias individuais.

Nesse sentido, se sequer o constituinte derivado pode abolir direitos e garantias fundamentais, tanto mais impedidos restam os Poderes Executivo, Legislativo e o Judiciário de avançarem sobre os limites sensíveis da Constituição, expressamente mencionados no art. 60, § 4º, IV. Ademais, o constituinte originário não deixou margem a qualquer dissenso sobre o que

⁶⁶ STRECK, ref. 66, p. 300.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 304.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 304.

sejam os direitos e as garantias individuais, como esclarece Ingo Wolfgang Sarlet:

Para além do exposto, verifica-se que todos os direitos fundamentais consagrados em nossa Constituição (mesmo os que não integram o Título II) são, na verdade e em última análise, direitos de titularidade individual, ainda que alguns sejam de expressão coletiva. É o indivíduo que tem assegurado o direito de voto, assim como é o indivíduo que tem direito à saúde, assistência social, aposentadoria etc. Até mesmo o direito a um meio ambiente saudável e equilibrado (art. 225 da CF), em que pese seu habitual enquadramento entre os direitos da terceira dimensão, pode ser reconduzido a uma dimensão individual, pois mesmo um dano ambiental que venha a atingir um grupo quantificável e delimitável de pessoas (indivíduos) gera um direito à reparação para cada prejudicado.⁶⁹

Esses direitos e garantias individuais consagrados, após muita luta política do povo brasileiro, que enfrentou mais de vinte anos de ditadura, aqui fazendo referência específica ao Golpe Militar de 1964, não podem ser objeto de interpretação restritiva ou mera supressão por interesses políticos ou econômicos. Nesse sentido, novamente Ingo Wolfgang Sarlet:

Ainda nesse contexto, cumpre relembrar que a função precípua das assim denominadas “cláusulas pétreas” é a de impedir a destruição dos elementos essenciais da Constituição, encontrando-se, nesse sentido, a sérvio da preservação da identidade constitucional, formada justamente pelas decisões fundamentais tomadas pelo Constituinte. Isto se manifesta com particular agudeza no caso dos direitos fundamentais, já que sua supressão, ainda que tendencial, fatalmente implicaria agressão (em maior ou menor grau) ao princípio da

⁶⁹ SARLET, I. W. *Os direitos sociais como direitos fundamentais: seu conteúdo, eficácia e efetividade no atual marco jurídico-constitucional brasileiro*. 2008. Disponível em: matra4.org.br/artigos-2/cadernos/caderno-10/#_ftn29. Acesso em: 8 fev. 2023, às 15h20.

dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF). Assim, uma interpretação restritiva da abrangência do art. 60, § 4º, IV, da CF não nos parece ser a melhor solução, ainda mais quando os direitos fundamentais inequivocamente integram o cerne da nossa ordem constitucional.⁷⁰

Não há democracia sem respeito aos direitos fundamentais, e, nesse sentido, autores que trabalham o direito constitucional no âmbito transnacional também afirmam essa necessidade, tanto Luigi Ferrajoli⁷¹, por exemplo, ao defender a ideia de uma possível Constituição da Terra, quanto Gunter Teubner⁷², ao defender que, no constitucionalismo social, pela fragmentação

⁷⁰ SARLET, I. W. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 13. ed. rev. e atual. 2. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021. p. 445 e 446.

⁷¹ “De esta elemental conciencia nació la idea de dar vida a un movimiento de opinión-cuya primera asamblea se celebró en Roma el 21 de febrero de 2020-dirigido a promover una Constitución de la Tierra capaz de imponer límites y vínculos a los poderes salvajes de los estados soberanos y de los mercados globales, en garantía de los derechos humanos y de los bienes comunes de todos. El aspecto más alarmante y desconcertante de los desafíos y las emergencias actuales es, en efecto, la ausencia de una respuesta política e institucional a su altura, debida al hecho de que estos no forman parte de la agenda política de los gobiernos nacionales y solo podrían ser afrontados con éxito a escala global. De aquí que, en relación con los poderes globales, tanto políticos como económicos, esta respuesta se haya visto como una ampliación del paradigma constitucional que, en el siglo pasado, gracias a la estipulación de constituciones rígidas, ancló las democracias nacionales a las garantías de los derechos fundamentales de sus ciudadanos. Se trata de una refundación del pacto de convivencia pacífica entre todos los pueblos de la Tierra, ya estipulado con la Carta de la ONU de 1945 y con las diversas cartas y convenciones sobre los derechos humanos, pero que hasta ahora resulta ser llamativamente inefectivo a causa de la falta de funciones e instituciones idóneas de garantía de carácter supranacional.” (FERRAJOLI, L. *Por una Constitución de la Tierra: La humanidad en la encrucijada*. Traducción: Perfecto Andrés Ibáñez. Madri: Editorial Trotta, 2022. Versão Kindle)

⁷² A seguir, será discutido se regimes transnacionais estão sujeitos a uma constitucionalização para além de uma mera juridificação tendo-se por base quatro critérios. Deve-se tomar como evidente que, atualmente, não se pode mais restringir a discussão constitucional a critérios de um conceito formal de constituição. Pelo contrário, também as constituições além do Estado Nacional devem satisfazer às exigências de um conceito material de constituição, de acordo com o qual a *Constituição estabelece uma autoridade jurídica originária, ou seja, um sistema jurídico autônomo que, por sua vez, estrutura um processo social* (e não apenas um processo político, como na constituição dos Estados nacionais) e *é legitimado através dele*. As normas dos regimes transnacionais devem passar pelos seguintes testes de qualidade para que elas possam valer como normas constitucionais: (1) *Funções constitucionais*: os regimes transnacionais formam normas que exercem funções que vão além daquelas meramente regulatórias e de resolução de conflitos e assumem funções constitucionais em sentido estrito, a saber, a função de “regras constitutivas e regras limitativas”?; (2) *Âmbitos constitucionais*: é possível identificar de forma comparativa, o jogo recíproco entre processos políticos organizados e a formação espontânea da opinião na esfera pública, algo que é regulado no âmbito organizacional das constituições estatais,

constitucional, o Estado Nacional não é o único sujeito constitucional possível. Ou seja, a fragmentação de processos constitucionais que ocorre nos diversos regimes funcionais é, hoje, uma realidade. Não são apenas as coletividades políticas em sentido estrito que são aptas a assumir um caráter constitucional, mas também os sistemas sociais parciais diversos⁷³. Mesmo nessas doutrinas também resta clara a necessidade de proteção aos direitos fundamentais.

Tanto a proteção genérica da Constituição Federal como a especificamente dos direitos fundamentais devem ser realizadas seguindo-se o princípio da proibição da proteção insuficiente, advinda do Direito alemão e já assentada no julgamento do STF em *Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.327/DF*⁷⁴, que prorrogou o benefício do salário-maternidade, considerando como termo inicial da licença-maternidade e do respectivo salário-maternidade a alta hospitalar do recém-nascido e/ou de sua mãe, o que ocorrer por último, quando o período de internação exceder as duas semanas previstas no art. 392, § 2º, da CLT e no art. 93, § 3º, do Decreto nº 3.048/1999.

Evidente que cabe sempre aos Juízes de Cortes Superiores, com competência constitucional, uma análise hermenêutica no sentido de impossibilidade de cisão entre o conhecimento e a interpretação do Direito, em uma busca constante pela preservação do sentido, da tradição constitucional, da coerência e da integridade, como defende Ronald Dworkin⁷⁵. Se essa rotina

também nas diferentes arenas de constitucionalização nos regimes – jogo recíproco, este, cuja normatização é essencial para um constitucionalismo democrático?; (3) *Processos constitucionais*: as normatizações jurídicas nos regimes constroem uma conexão suficientemente densa com seu contexto social no sentido de uma *nomie community* de modo comparável àquela conexão que as normas constitucionais do Estado nacional têm em relação com a *nomie community* da política?; (4) *Estruturas constitucionais*: os regimes são capazes de formar as estruturas constitucionais tidas como típicas dos contextos dos Estados nacionais, especialmente as conhecidas hierarquias de normas e suas garantias institucionais? (TEUBNER, G. *Fragments constitucionais*: constitucionalismo social na globalização. Coordenação de Marcelo Neves et al. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 145 e 146).

⁷³ TEUBNER, ref. 73, p. 143.

⁷⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5870161>. Acesso em: 18 set. 2023, às 11h.

⁷⁵ “O direito como integridade pede que os juízes admitam na medida do possível, que o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, equidade e o devido processo legal adjetivo, e pede-lhes que os apliquem nos novos casos que se lhes apresentem, de tal modo que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa segundo as mesmas normas. Esse estiole de deliberação judicial respeita a ambição que a integridade assume, a ambição de ser uma comunidade de princípios.” (DWORKIN, R. *Law's Empire*. Cambridge: Belknap Press of Harvard University Press, 1986. p. 291)

não for seguida, corre-se o risco do esvaziamento progressivo da proteção dos direitos fundamentais e, conseqüentemente, do aumento da desconfiança popular nos juízes.

Justamente por isso não é possível falar em proteção aos direitos fundamentais sem a devida atenção à teoria de interpretação, como nos adverte Konrad Hesse:

Para o Direito Constitucional, interpretação tem importância decisiva porque, em vista da abertura e amplitude da Constituição, problemas de interpretação nascem mais frequentemente do que em âmbitos jurídicos, cujas normalizações entram mais no detalhe. Essa importância é aumentada em uma ordem constitucional *com jurisdição constitucional* extensamente ampliada como aquela da Lei Fundamental. Se o Tribunal Constitucional interpreta aqui a Constituição com efeito vinculativo não só para os cidadãos mas também para os órgãos do estado restantes (comparar §31 da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal – BverfGG), então a ideia, fundamentadora e legitimadora dessa vinculação, da vinculação de todo poder estatal à Constituição, somente então pode converter-se em realidade quando as decisões do tribunal expressam o conteúdo da *Constituição* – embora na interpretação do tribunal. Ainda que o tribunal esteja autorizado para determinar com obrigatoriedade esse conteúdo ele, contudo, não é superior à Constituição, à qual ele deve sua existência. Para o cumprimento da tarefa do tribunal e para a vida constitucional em conjunto é, por isso, essencial como é vencida a problemática da interpretação constitucional.

Tarefa da interpretação é encontrar o resultado constitucionalmente “exato” em um procedimento racional e controlável, fundamentar esse resultado racional e controlavelmente e, deste modo, criar

certeza jurídica e previsibilidade – não, por exemplo, somente decidir por causa da decisão.⁷⁶

Nesse sentido, adverte Lenio Streck:

Por isso, a democracia sempre corre perigo se a aplicação do Direito pelos juízes e Tribunais é feita sem uma adequada teoria da decisão judicial, enfim, de uma criteriologia e, finalmente, sem mirar em uma resposta correta, que a partir da Crítica Hermenêutica do Direito denomino de resposta adequada à Constituição.⁷⁷

Para a promoção da confiança do povo nas decisões dos juízes e no Poder Judiciário como instituição, são imprescindíveis a estabilização da jurisprudência e a boa e esclarecida prática hermenêutica.

CONCLUSÃO

Das análises extraídas dos julgamentos tratados no texto, é possível tecer algumas linhas comparativas, em que pesem as diferenças de tradições jurídicas entre a *common law* e o *civil law*. A similitude de ambas está na busca da proteção de direitos fundamentais e na garantia da segurança jurídica que apenas podem ser conquistadas com a estabilização jurisprudencial nas Cortes Supremas e o fortalecimento da confiança do povo nessas instituições, que, em suas decisões, declaram a própria razão pública de uma sociedade bem ordenada, nas palavras conhecidas de John Rawls.

No caso *Marbury v. Madison* (1803), pôde-se perceber a importância da existência de um Tribunal capaz de controlar a constitucionalidade de leis provenientes do Poder Legislativo e atos administrativos do Poder Executivo que não se amoldavam à Constituição. Uma Corte desta magnitude sempre precisa considerar a preservação da segurança jurídica, o princípio da Separação dos Poderes e os objetivos democráticos que estruturam o Estado de

⁷⁶ HESSE, K. *A força normativa da Constituição*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 54 e 55.

⁷⁷ STRECK, ref. 11, p. 388.

Direito na Constituição. Em outras palavras, esta Corte jamais deve permitir a *judicialização* da política, o ativismo indiscriminado e a espetacularização das decisões.

O tribunal estadunidense, no referido precedente, optou, acertadamente, por não se imiscuir nas questões políticas que deram origem à questão de fundo presente no litígio, abstendo-se de decidir, mas declarando, de modo pioneiro, com habilidade e sutileza, que o Estado Juiz pode deixar de aplicar normas ou cumprir atos incompatíveis com o texto constitucional edificado pelos *Founding Fathers*. O juiz deve declarar que são nulas as normas ou atos administrativos contrários ao texto constitucional.

Já no caso do *Habeas Corpus* nº 126.292, julgado em 17.02.2016, o Supremo Tribunal Federal do Brasil, por maioria, em meio a grave crise político-institucional, fomentada pelos excessos e deslizes da dita Operação Lava-Jato, alterou a própria jurisprudência, consolidada após a Magna Carta de 1988, e passou a permitir o que jamais havia permitido, ou seja, a execução provisória e automática de acórdãos penais condenatórios proferidos em grau de apelação, ainda sujeitos a recurso especial e extraordinário. É bem verdade, no entanto, que os votos vencidos de ministros alertaram para os riscos de uma rápida alteração da jurisprudência e a consequente violação de direitos fundamentais de primeira dimensão previstos na Constituição Federal de 1988.

O entendimento majoritário de 2016, no entanto, foi substituído novamente no ano de 2019, quando foram julgadas procedentes as ações declaratórias (ADC 43, 44 e 54), tendo como resultado, para além da declaração de constitucionalidade do art. 283 do CPP, o reconhecimento da restauração parcial da concretude do princípio e direito constitucional fundamental da presunção de inocência. Essa oscilação jurisprudencial não foi bem recebida por grande parte da sociedade, o que gerou desgaste desnecessário ao Supremo Tribunal Federal, que poderia ter mantido a sua histórica e tradicional jurisprudência que consagrava o direito de apelar em liberdade de qualquer cidadão como regra. A decisão de 2016, ao tentar compor um grave impasse político, de certo modo favoreceu, sem querer, o nefasto punitivismo e a doutrina do chamado direito penal do inimigo e pode ter prolongado e aprofundado a crise e a polarização política. Isto ocorreu igualmente, guardadas as devidas proporções, no caso *Dred Scott*, nos Estados Unidos, que dividiu as preferências políticas entre os Estados do Norte e do Sul em relação à escravidão e que, para alguns, teve

grande contribuição para a eclosão da Guerra da Secessão, que vitimou 750 mil norte-americanos em uma luta fratricida.

Em que pesem as interferências sistêmicas, o Direito, como demonstra a história, não pode se deixar corroer pela política, pela economia ou pelos humores de ocasião da opinião pública, sendo que a pretendida estabilização jurisprudencial também passa pelos princípios da integridade e coerência e, consequentemente, por uma adequada teoria da decisão, que deve sempre ser compatível com o texto constitucional.

Nesse sentido, pôde-se perceber que, no Brasil, a relativização da garantia constitucional da presunção de inocência pelo Supremo Tribunal Federal no ano de 2016 constituiu-se em um equívoco, pois colaborou, de algum modo, para que o Estado Democrático de Direito mergulhasse em uma grave e perigosa crise.

Pode-se dizer, no entanto, para que se faça justiça, que a decisão de 2019 restaurou, em parte, a confiança do povo no Poder Judiciário, que já estava um tanto abalada por colocar em risco uma consagrada garantia constitucional, como a presunção de inocência, da qual goza todo cidadão sem qualquer distinção de cor, raça, credo ou ideologia política. Neste sentido, aí, também, a Suprema Corte dos Estados Unidos, no *Caso Slaughter-House*, decidido em 1873, minorou os nefastos efeitos do comentado *Caso Dred Scott* (1857), ao interpretar a Décima Quarta Emenda da Constituição americana e declarar que ela visava, principalmente, proteger os direitos dos recém-libertados escravos. E, em outra reviravolta jurisprudencial, o referido sodalício acabou, em *Brown v. Board of Education* (1954), com a infamante doutrina segregacionista dos “separados, mas iguais”, estabelecida em *Plessy v. Ferguson* (1896). O caso Brown, sem sombra de dúvida, foi um marco no movimento pelos direitos civis, impulsionando a luta pela igualdade racial nos Estados Unidos e restabelecendo a confiança do povo na Suprema Corte do país ao permitir que negros e brancos pudessem frequentar as mesmas escolas.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, B. States of Emergency, p. 221-232. In: SUNSTEIN, C. *Can it happen here? Authoritarianism in America*. New York: HarperCollins Publishers, 2018.

BINGHAM, T. *The rule of Law*. London: Penguin Books, 2011.

BRASIL. Palácio do Planalto. Disponível em: <http://www4.planalto.gov.br/legislacao/>. Acesso em: 8 fev. 2023, às 12h07.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão proferido no *Habeas Corpus* nº 84.078-7 em 05.02.2009. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>. Acesso em: 7 fev. 2023, às 11h05.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/hotsites/130anos/index.html>. Acesso em: 6 fev. 2023, às 11h39.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344949163&ext=.pdf>. Acesso em: 8 fev. 2023, às 17h54.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5870161>. Acesso em: 18 set. 2023, às 11h.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 7 fev. 2023, às 12h02.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/comunicacao/noticias/2018/Abril/aprovada-alteracao-do-nome-do-partido-ecologico-nacional-pen>. Acesso em: 8 fev. 2023, às 11h40.

BREYER, S. *Making our democracy work*. A judge's view. New York: Alfred A. Knopf, 2010.

COWEN, T. Could fascism come to America, p. 37-56. In: SUNSTEIN, C. *Can it happen here?* Authoritarianism in America. New York: HarperCollins Publishers, 2018.

DWORKIN, R. *Law's empire*. Cambridge: Belknap Press of Harvard University Press, 1986.

ELY, J. H. *Democracy and distrust: a theory of judicial review*. Cambridge: Harvard University Press, 1980.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of the United States. Disponível em: <https://www.supremecourt.gov/about/historyandtraditions.aspx>. Acesso em: 3 fev. 2023, às 9h55.

FERRAJOLI, L. *Por una Constitución de la Tierra: la humanidad en la encrucijada*. Traducción: Perfecto Andrés Ibáñez. Madri: Editorial Trotta, 2022. Versão Kindle.

HESSE, K. *A força normativa da Constituição*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

HIRSCHL, R. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 251, 2009.

KELSEN, H. *General Theory of Law and State*. Cambridge: The President and Fellows of Harvard College, 1945.

LAMBERT, E. *Le Gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis: l'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*. Paris: Libraires-Éditeurs, 1921.

MARINONI, L. G. Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e de *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, Curitiba, n. 49, 2009.

POSNER, E. The Dictator's Handbook, p. 1-18. In: SUNSTEIN, C. *Can it happen here? Authoritarianism in America*. New York: HarperCollins Publishers, 2018.

RAWLS, J. *A theory of justice*. Cambridge: Harvard University Press, 1971.

SARLET, I. W. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 13. ed. rev. e atual. 2. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021.

SARLET, I. W. *Os direitos sociais como direitos fundamentais: seu conteúdo, eficácia e efetividade no atual marco jurídico-constitucional brasileiro*. Disponível em: https://matra4.org.br/artigos-2/cadernos/caderno-10/#_ftn29. 2008. Acesso em: 8 fev. 2023, às 15h20.

STONE, G. R. It can't happen here, 429-450. In: SUNSTEIN, C. *Can it happen here? Authoritarianism in America*. New York: HarperCollins Publishers, 2018.

STRECK, L. L. *30 anos da CF em 30 julgamentos: uma radiografia do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

STRECK, L. L. *Dicionário de hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito*. 2. ed. Belo Horizonte: Coleção Lenio Streck de Dicionários Jurídicos; Letramento; Casa do Direito, 2020.

STRECK, L. L. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. *E-book*.

SUNSTEIN, C. Lessons from the America Founding, p. 57-80. In: SUNSTEIN, C. *Can it happen here? Authoritarianism in America*. New York: HarperCollins Publishers, 2018.

SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. Disponível em: <https://www.supremecourt.gov/about/historyandtraditions.aspx>. Acesso em: 3 fev. 2023, às 9h55.

TASSINARI, C. *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do Judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. *E-book*.

TEIXEIRA, A. S. *Educação e o mundo moderno*. 2. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1977.

TETLEY, W. *Jurisdições mistas: direito consuetudinário vs direito civil (codificado e não codificado)*. Parte I. Tradução própria. Rev. dr. Unif. 1999-3.

TEUBNER, G. *Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização*. Coordenação: Marcelo Neves *et al.* São Paulo: Saraiva, 2016.

TUSHNET, M. *Taking the constitution away from the Courts*. Princeton: Princeton University Press, 2000.

UNGER, R. M. *Democracy realized: the progressive alternative*. London: Verso, 2000.

UNGER, R. M. O movimento de estudos críticos do Direito: outro tempo, tarefa maior. Tradução: Lucas Fucci Amato. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2017.

WEDY, G.; BERTOLUZZI, F. (org.). *Estado de Direito e os riscos do totalitarismo*. Blumenau: Dom Modesto, 2022.

WEDY, G.; COSTA, I. R. da (org.). *Estado de Direito Contemporâneo: reflexões críticas*. Blumenau: Dom Modesto, 2020.

WEDY, G.; FERRI, G. (org.). *O Estado de Direito Contemporâneo e seus desafios*. Blumenau: Dom Modesto, 2021.

WEDY, G.; SOUZA, J. R. O.; ANDRADE, C. B. (org.). *Estado de Direito na pós-pandemia*. Londrina: Thoth, 2022.

WOLFE, C. *The rise of modern judicial review: from constitutional interpretation to judge-made law*. Boston: Littlefield Adams Quality Paperbacks, 1994.

Submissão em: 26.11.2023

(Avaliador A) Avaliado em: 24.07.2025

(Avaliador B) Avaliado em: 30.07.2025

Aceito em: 15.09.2025

