

**XXV CONGRESSO DO CONPEDI -
CURITIBA**

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA II

ANNA CANDIDA DA CUNHA FERRAZ

HENRIQUE RIBEIRO CARDOSO

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

C758

Constituição e democracia II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;

Coordenadores: Anna Candida da Cunha Ferraz, Henrique Ribeiro Cardoso – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-289-7

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Constituição. 3. Democracia.

I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34



XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA II

Apresentação

A obra em apresentação, originada do Grupo de Trabalho Constituição e Democracia II, no âmbito do XXV Congresso do CONPEDI, sediado na UNICURITIBA, no Paraná, contou com a colaboração de pesquisadores de Programas de Pós-graduação de todo o Brasil. Os temas, que enfrentam a tensão entre a democracia e o constitucionalismo, buscam delinear a interação entre os poderes do Estado em momento de crise institucional que o país vivencia.

Os excessos do Poder Judiciário são contrapostos, em artigos que integram esta obra, às omissões do Poder Legislativo e às falhas de governança e de controle do Poder Executivo. O aporte filosófico e sociológico encontrado nos textos enriquece a discussão, ofertando soluções possíveis que passam necessariamente pelo reforço democrático.

A postura mais ativa do Judiciário é identificada como de perigosa inserção na esfera da democracia, tanto representativa quanto participativa. As decisões do Supremo Tribunal Federal, ao funcionar como legislador positivo, avançam e definem questões não submetidas às necessárias discussões nos foros adequados – especialmente no âmbito do Legislativo.

Os estudos apresentados permitem ao leitor perceber o alcance e o conjunto de problemas identificados por pesquisadores em razão dessa postura mais ativa da Corte Constitucional brasileira.

Profa. Dra. Anna Candida da Cunha Ferraz - UNIFIEO

Prof. Dr. Henrique Ribeiro Cardoso – UFS/UNIT

CONSTITUTIO HABEMUS: O CASO DO HC 126.292

CONSTITUTIO HABEMUS: THE CASE HC 126.292

Raissa Carly Fernandes Macêdo Osterno

Claudio Ladeira De Oliveira

Resumo

Analisa-se o novo entendimento do STF acerca da presunção de inocência dentro do HC 126.292, perquirindo-se a (i)legitimidade do Pretório Excelso ao alongar o limite semântico da norma constitucional. Após a digressão histórica até a consolidação do direito fundamental da presunção de não culpabilidade, conjuga-se a hipertrofia funcional do Judiciário decorrente do movimento neoconstitucionalista, perpassando o exame crítico do protagonismo judicial, até a exposição da claudicância interpretativa do STF acerca do tema, cuja maioria decidiu pelo afastamento da inocência com a ratificação condenatória em segundo grau de jurisdição. O método de abordagem é dedutivo, a técnica de pesquisa é bibliográfica.

Palavras-chave: Presunção de inocência, Jurisdição constitucional, Democracia, Hc 126.292

Abstract/Resumen/Résumé

Analyzes the new understanding of the Supreme Court about the presumption of innocence within the HC 126.292, inquiring to (i)legitimacy of the Praetorium Exalted to stretch the semantic limits of constitutional rule. After the historical tour to consolidation of fundamental right of presumption of not guilty, combines the functional hypertrophy of the judiciary resulting from neoconstitucionalist movement, passing the critical examination of the judicial role, to the exposure of oscillation interpretative STF on the subject, whose most decided by the withdrawal of innocence with conviction ratification second degree of jurisdiction. The approach method is deductive, the research technique is literature.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Presumption of innocence, Constitutional jurisdiction, Democracy, Hc 126.292

INTRODUÇÃO

Com os desdobramentos políticos e institucionais do Estado Democrático de Direito ensejou-se uma hipertrofia funcional do Judiciário cuja legitimação está atrelada ao respeito às novas técnicas hermenêuticas constitucionais, evitando-se que subsistam excessos e/ou arbitrariedades por parte dos magistrados. Apesar disso, o fenômeno do protagonismo judicial e as diversas teorias que tecem e discutem sobre a correta postura da Corte Constitucional demonstram a controvérsia teórica e a problemática prática atinentes ao tema.

Dessa forma, propõe-se, através de um exame crítico do julgamento do HC 126.292, precedente que consubstancia uma nova exegese acerca do direito fundamental da presunção de inocência, averiguar a legitimidade do conteúdo decisório consignado pelos magistrados do Supremo, notadamente no que tange à função de protetor máximo da Constituição Federal.

Assim sendo, o item um trata de todo o percurso histórico, no Brasil e no mundo, até a consagração da garantia do estado de inocência, a qual é expoente de limitação da execução punitiva do Estado sobre o indivíduo, o que aclama o grande ideal do segundo pós-guerra, a dignidade da pessoa humana.

Já o item dois retrata detidamente as transformações paradigmáticas do estado e do constitucionalismo aptas a adensar o mister da Jurisdição Constitucional. Intenta-se perquirir o alcance da legitimidade da justiça constitucional, bem como os riscos iminentes à hipergênese do Poder Judiciário, o que implica uma maior liberdade decisória aos juízes suscetível de culminar em arbitrariedades exorbitantes das fronteiras semânticas da Constituição.

Em continuidade e casuisticamente, expõe-se uma acurada apreciação do HC 126.292, que mudou diametralmente, em restrito espaço temporário, a jurisprudência do STF no que tange ao âmbito interpretativo da presunção de inocência, com os devidos fundamentos trazido pelo relator, o ministro Teori Zavascki, bem como os apresentados pela corrente que restou vencida.

A confecção deste artigo deu-se através da utilização do método dedutivo de abordagem. Procedeu-se, em sua redação, com o emprego do método monográfico, utilizando-se de pesquisas realizadas através da análise de documentação indireta, no caso pesquisa bibliográfica.

1 O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Ao analisar historicamente o princípio da presunção de inocência, sabe-se que na pré-história não havia se falar da referida diretriz normativa, uma vez prevalecer a barbárie e a autodefesa.

Já na antiguidade, mormente no Direito Romano, surgem as primeiras noções para a solidificação desse preceito, pois o germinal do princípio da inocência está intimamente ligado com outro cânone penal, qual seja, o do *in dubio pro reo* (FERRAJOLI, 2002).

De fato, apesar de passar por relativo aperfeiçoamento jurídico ao longo dos séculos, o estado de inocência sofreu profunda retrogradação a partir da baixa Idade Média, o que perdurou até a emersão da Revolução Francesa. Nesse interstício o réu era considerado um objeto de investigação e não sujeito de direitos, pois o sistema que imperava era o inquisitivo, de cujas características se extrai a inexistência da garantia da presunção de inocência. Dentre outras peculiaridades, o sistema inquisitivo contempla a figura do magistrado enquanto um terceiro parcial escolhido e a mando do rei. Dessa forma, a acusação poderia se consubstanciar *ex officio*; ademais, a qualquer momento a decisão poderia ser revista, depreendendo-se que inexistia trânsito em julgado da decisão; outrossim, o procedimento era secreto e não admitia contraditório (FERRAJOLI, 2002).

Posteriormente, consagrando o ideário iluminista do século XVIII, a França revolucionária, no bojo da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), legitimou o princípio da presunção da inocência. Ressalte-se que já em 1764, dantes mesmo da norma acima referida, o Marquês de Beccaria, em sua obra *Dos Delitos e Das Penas*, assentou: “O acusado não deve ser encerrado senão na medida em que for necessário para o impedir de fugir ou de ocultar as provas do crime” (BECCARIA, 2002; p. 40).

Não obstante o desenvolvimento do conceito e sua efetividade em um documento de relevante validade normativa, os diversos sistemas totalitários do séc. XX, de índole nazifascista e latino-americanos, refrearam o progresso desse direito fundamental, o qual, apenas no segundo pós-guerra, retoma à pauta jurídica internacional, notadamente no bojo da Declaração Universal dos Direitos do Homem, engendrada pela Organização das Nações Unidas (1948).

Destaque-se que esse princípio também foi consagrado em diversas outras declarações internacionais, tais como a Convenção Europeia para a Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (1950), a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (2000), a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos (1981), a Declaração Islâmica sobre Direitos Humanos (1990), o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966) e a Convenção Americana de Direitos Humanos (1969).

No que tange à seara nacional, a presunção da inocência, primeiramente foi consagrada no art. 5º, LVII da CF/88, com a seguinte redação: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”.

Com a positivação constitucional do referido preceito fundamental em 1988, houve uma posterior reestruturação do arcabouço normativo adjetivo, com vistas à consolidação jurídica da presunção de inocência. Nesse sentido, destaca-se a Lei 11.719/08, a qual revogou o regramento encartado no art. 594 do Código de Processo Penal de 1941, dispositivo esse que condicionava a interposição de recurso contra sentença condenatória ao prévio recolhimento do réu à prisão, isto é, o condenado em primeiro grau não podia apelar em liberdade. Ademais, ressalte-se a Lei 12.403/11, a qual revogou o art. 393, I do CPP, cuja disposição prescrevia que era efeito da sentença condenatória “ser o réu preso ou conservado na prisão, assim nas infrações inafiançáveis, como nas afiançáveis enquanto não prestar fiança”. Ambos os dispositivos não se compatibilizavam com o princípio da presunção de inocência, postulado que foi angariado no decorrer de séculos e é garantia expressa da atual Carta Maior do país.

Ressalte-se, ainda, na legislação infraconstitucional, outro expoente de efetivação do princípio em apreço, qual seja, a promulgação, pela lei 11.719/08, do art. 387, §1º do CPP, cuja redação explicita que na sentença “o juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, a imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar[...]”; bem como da lei 12.403/11, que inseriu o artigo 283 no CPP. Essas regras, concretizam, sobremaneira, o postulado da não possibilidade de cumprimento de pena, antes do réu ser declarado culpado, excetuando-se, por sua vez, apenas a prisão preventiva e eventuais medidas cautelares. Desse modo, Clariá Olmedo *apud* Tourinho Filho assevera: “as medidas de coerção pessoal que contra aquele se ditam somente devem ter caráter cautelar e provisório, e estar limitadas ao estritamente necessário”¹.

Mencione-se que para alguns constitucionalistas, a exemplo de Gilmar Ferreira Mendes (2012), o princípio da presunção de inocência já era adotado no Brasil muito antes de sua expressão na Carta Magna de 1988, uma vez ressaltar a consagração dessa garantia em um julgamento histórico no Tribunal Superior Eleitoral, no qual os ministros reconheceram a inconstitucionalidade de dispositivo federal que prescrevia que seriam inelegíveis os cidadãos que estivessem respondendo à processo penal. De fato, o indigitado acórdão do TSE tinha

¹ Tradução literal de: “las medidas de coerción personal que contra aquél se dicten sólo deben tener carácter cautelar y provisional, y estar limitadas a lo estritamente necesario” (FILHO, 2008; p. 64)

como substrato jurídico o argumento de que o art. 153, §36, da Constituição de 1967², destacava o caráter elástico do rol dos direitos fundamentais consagrados à época, uma vez que admitia a recepção de garantias advindas da adesão brasileira a pactos internacionais, como era o caso da Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948).

Em sentido diverso, Tourinho Filho assevera que antes da Carta Maior de 1988 o princípio da presunção de inocência nunca foi integrado ao ordenamento jurídico brasileiro, mesmo o país tendo participado da votação juntamente das nações unidas quando da elaboração da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão (1948). Isso porque, na sistemática jurídica brasileira, mormente no Código de Processo Penal, constavam expressamente regras que restringiam compulsoriamente a liberdade do acusado antes da declaração final de culpabilidade, mesmo em casos que não se configuravam medidas preventivas ou cautelares (FILHO, 2008)³.

Apesar da referida divergência doutrinária acerca da efetiva recepção do estado de inocência, resta claro que o postulado em análise foi explicitado no rol de direitos fundamentais da Carta Magna de 1988, bem como foi ratificado pela adesão do país à Convenção Americana dos Direitos Humanos⁴, em conformidade com o permissivo constitucional do art. 5º, §2º⁵.

Além dessa Convenção, o Brasil também aderiu ao Estatuto de Roma, o qual também reitera, em seu art. 66⁶, o estado de inocência do réu até a prova de sua culpa, o que se faz através do direito aplicável. Assim, de acordo com a CF/88, a presunção de inocência prevalece até o trânsito em julgado da condenação. No mesmo sentido, tem-se o art. 105 da Lei de Execuções Penais, o qual prescreve que “transitando em julgado a sentença que aplicar

² Art. 153. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]§ 36. A especificação dos direitos e garantias expressos nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota.

³ “[...] uma vez que o princípio da inocência jamais foi obedecido e catado, chega-se a inarredável conclusão de que a adesão do nosso Representante junto à ONU, àquela Declaração, foi tão-somente poética, lírica, com respeitável dose de demagogia diplomática...E estávamos em pleno regime democrático”. (FILHO, 2008; p. 70)

⁴ Pacto de São José da Costa Rica. Artigo 8º - Garantias judiciais. 2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa.

⁵ Vale ressaltar que, analisando-se comparativamente a literalidade do dispositivo constitucional brasileiro e o pacto internacional, há diferença crucial quanto ao alcance procedimental da presunção da inocência. Isto é, de acordo com a constituição de 1988, haveria presunção de inocência até o trânsito em julgado da sentença condenatória; por outro lado, a regra de matiz internacional denota que o estado de inocência subsistiria até a ratificação condenatória feita por tribunal de segundo grau, isto é, poderia ser afastada a inocência antes da preclusão condenatória, bastando a reafirmação em duplo grau jurisdicional.

⁶ Artigo 66. Presunção de Inocência. 1.Toda a pessoa se presume inocente até prova da sua culpa perante o Tribunal, de acordo com o direito aplicável. 2.Incumbem ao Procurador o ônus da prova da culpa do acusado. 3.Para proferir sentença condenatória, o Tribunal deve estar convencido de que o acusado é culpado, além de qualquer dúvida razoável.

pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução”.

Assim, consolida-se o entendimento de que, no Brasil, o estado da não inocência só será verificado quando se efetivar o trânsito em julgado da condenação, em outras palavras, quando não couber mais qualquer tipo de recursos. De fato, consoante a atual ordem constitucional, a preclusão condenatória é o divisor de águas legítimo para rechaçar a inocência e assentar a culpabilidade do acusado.

2 A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

No intuito de perscrutar o alcance da legitimidade do Supremo Tribunal Federal no desempenho de seu mister jurisdicional constitucional, viabilizando-se o discernimento crítico da decisão proferida no bojo do HC 126.292, alvitra-se pertinente a ponderação acerca da trajetória histórica dos arquétipos estatais, bem como do imanente refinamento constitucionalista até sua atual expressão substancial, cuja maturação ensejou reflexos vultosos no horizonte jurídico, notadamente no papel institucional do Poder Judiciário.

De fato, ao romper com o arcabouço político absolutista, o Estado Liberal tratou de engendrar um sistema normativo cingido ao propósito de superar as incongruências do Antigo Regime. Assim, inspirado nas concepções iluministas do século XVIII, o estado revolucionário desloca o eixo tensivo do Executivo (efígie do absolutismo) para o Legislativo (expressão da soberania popular). Remodelam-se os contornos funcionais do direito, este doravante calcado em uma dogmática de índole positivista, notadamente pelo caráter utilitário e ordenador da nova sistemática, em superação à metafísica jusnaturalista, desvelando-se o triunfo do privado sobre o público. Desse panorama defluiu uma posição coadjuvante da Constituição, a qual tinha como escopo precípua o firmamento de garantias individuais e limitadoras da ingerência estatal. Ademais, ante o primado da lei e a velada acepção de sua completude, edificou-se uma hermenêutica direcionada a apetrechar o intérprete de técnicas para superação de vicissitudes de natureza sintática e semântica, de cujo pragmatismo se assentou a gravura de um juiz “boca da lei”, segregando o Judiciário à margem do processo de construção e aperfeiçoamento do direito.

Diante dos conflitos sócio-políticos transcorridos no final do século XIX e início do século XX⁷, descortinaram-se as contradições do paradigma liberal-individualista, do qual

⁷ No campo político, destacam-se as ofensivas expansionistas das potências internacionais, responsáveis por suscitar conflagrações bélicas de escala mundial. No âmbito socioeconômico, sobreleva-se o desequilíbrio entre

dimanava um impróprio absentismo estatal, inapto a suscitar uma igualdade material, conservador das assimetrias sociais. À vista disso, ganha força e projeção um influxo constitucional de incorporação de direitos fundamentais de segunda geração, a consubstanciar compromissos positivos da sociedade política. Observa-se, então, o deslocamento focal na direção do Executivo, mormente pela assunção da incumbência de promoção do equilíbrio gregário através de proativas políticas públicas. Todavia, a despeito da consagração constitucional dos direitos sociais, sua efetivação ficava ao alvedrio de eventuais planos de governo. Constatase, então, que a Constituição não galgava posição cumeeira na ordem jurídica, tampouco era reconhecida como paradigma normativo cogente.

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, evidenciou-se inexorável a reforma do arquétipo estatal para superação dos dilemas de uma ordem essencialmente positivista. Avulta-se o debate internacional acerca da função do direito, notadamente para esquadrihar o papel da Constituição no bojo da ordem jurídica. Dessas reflexões são engendrados os pilares paradigmáticos do Estado Democrático de Direito, hábeis a consubstanciar incremento normativo-qualitativo aos modelos precedentes. Assim, alicerçado sobre as ideias de normatividade constitucional, programaticidade dirigente e proclamação ostensiva de direitos sociais, o Estado Democrático de Direito suscita a renovação valorativa da ordem jurídica, compreendendo-se o direito, doravante, como elemento transformador da sociedade. Dessa forma, diante da compleição compromissária e coercitiva do texto constitucional, suplanta-se a visão liberal de intangibilidade e onipotência do Legislativo, bem como se compele o Executivo no sentido de satisfazer as diretrizes do Estado Social.

A sistemática exurgente tem latente a ideia de subordinação do poder constituído ao poder constituinte, cujas aspirações se encontram encartadas em uma Constituição rígida e vinculante. Isto é, não se afere mais a legitimidade das leis tão somente pelo respeito formal ao princípio democrático (regra da maioria) e/ou ao processo legislativo. Mais do que isso, para apuração de sua validade jurídica, as disposições legais devem manter compatibilização com os preceitos da Constituição, sob pena de serem rechaçadas do ordenamento. No mesmo sentido, caso o Executivo seja ocioso quanto à satisfação dos programas do *Welfare State* explícitos no texto magno, afigura-se a inconstitucionalidade por omissão, ensejando-se a subversão dos desígnios constituintes e a perturbação da ordem jurídica.

Dessa conjuntura sucede o redirecionamento de copiosas tensões de matiz política para o Judiciário, o qual é compelido a aquilatar, casuisticamente, a congruência

capital e trabalho, aguçando movimentos paredistas, avigorando o discurso socialista e ensejando em quadros conspícuos de recessão econômica.

constitucional das leis e dos atos administrativos. Opulenta-se substancialmente a “Inafastabilidade de Jurisdição” enquanto direito fundamental, sobrevivendo um gradativo aditamento de instrumentos de acesso à justiça, a ensejar a hipertrofia funcional do Judiciário, com a atribuição, ao juiz, de uma função proativa no processo de afirmação da cidadania e da justiça substantiva. Incumbência laboriosa, levando-se em consideração, por vezes, o cariz abstrato, vago e/ou ambíguo do texto constitucional, impondo aos magistrados o manejo proficiente de técnicas interpretativas sofisticadas⁸, com vistas à revelação do sentido e alcance material das normas da Constituição.

A par da tensão institucional instaurada, o princípio da Separação dos Poderes conclama profunda reformulação, incitando-se, oportunamente, a seguinte problemática: qual a legitimidade democrática da Jurisdição Constitucional, notadamente em seu mister de avaliar/controlar atos de poderes investidos pelo voto popular, uma vez que os membros do Judiciário não são eleitos democraticamente? Tal indagação consubstancia uma das questões mais controvertidas da ciência jurídica contemporânea, agravada pela compreensão de que a atividade interpretativa das normas constitucionais pressupõe, minimamente, a realização de conjecturas de índole política, revelando uma velada subjetividade, suscetível de ensejar excessos arbitrários do Judiciário.

Sensível à relevância do tema, Streck (2013) sobreleva o corolário fenômeno do protagonismo judicial:

A questão é que o protagonismo judicial (gênero que abrange ativismo judicial e judicialização da política) em graus variados pode vir a embargar ou nulificar uma série de opções do legislador, o que gera uma forte tendência ao manejo de movimentos políticos contra o Judiciário buscando um maior controle e uma maior contenção de suas decisões. [...] Assim, enquanto se tem no ativismo judicial – uma das modalidades de protagonismo – a feição promotora dos fins sociais (pro)postos na Constituição, na outra face do protagonismo judicial, a judicialização, encontra-se um movimento migratório do poder decisório próprio do Legislativo para o Judiciário. Tal movimento ocorre como uma espécie de estratégia de transferência de poderes (que se movimentam do Legislativo para o Judiciário), sonogando uma série de temas controversos do debate público. (STRECK: 2013, p. 47)

Decorre, então, a necessidade do aprofundamento de uma adequada teoria da decisão judicial (STRECK, 2013), viabilizando-se o congruente desempenho da jurisdição constitucional, apto a evitar que o Judiciário empreenda julgamentos com base em critérios não jurídicos ou que ultrapassem os limites semânticos dos textos, rechaçando-se uma postura subjetivista e/ou “decisionista” dos magistrados, que poderia malferir a produção democrática

⁸ Tendo em vista que os cânones da Hermenêutica Clássica (e.g. gramatical, sistemático, sociológico, teleológico) estão enleados à exegese de normas com estrutura de regra (direito privado), edificou-se uma Nova Hermenêutica cônica da peculiaridade textual da Constituição e respeitadora do viés político/ideológico de suas normas, calcada nos seguintes princípios: a) unidade da constituição; b) concordância prática; c) efeito integrador; d) força normativa da constituição; e e) máxima efetividade.

da norma. De fato, os juízes não podem decidir conforme sua “vontade”, uma vez que, estão vinculados a “uma espécie de DNA do direito, formado pela doutrina *lato sensu* e a jurisprudência, o que faz com que seja obrigado a obedecer à coerência e à integridade do direito” (STRECK: 2013, p. 117).

2.1 A JUSTIÇA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

Analizados os desdobramentos jurídico-políticos do Estado Democrático de Direito, notadamente sobre horizonte funcional do Poder Judiciário, em face da prescrição encartada no art. 1º da Constituição Federal de 1988⁹, importa esmiuçar os reflexos dessa nova conjuntura na ordem normativa brasileira, inquirindo-se, ademais, sua acomodação no bojo das decisões do Supremo Tribunal Federal.

Além de designar expressamente que a República Federativa do Brasil constitui Estado Democrático de Direito, a CF/88 ratifica tal perfil ao entabular direitos fundamentais (individuais, coletivos e sociais), alinhavar-se enquanto um estatuto rígido, bem como por contemplar um sistema de controle de constitucionalidade das leis, patenteando-se a supremacia da Carta Magna, bem como o desígnio transformador do constituinte para implantação das políticas do Estado Social.

Não obstante a farta prescrição de direitos, passadas quase três décadas da data promulgativa, notabiliza-se ainda uma precária eficácia normativa, decorrente da denominada “baixa constitucionalidade” (STRECK, 2013) brasileira, circunstância que se espalha sobre a eficiência decisória da corte constitucional. De acordo com Streck (2013), para o assentamento desse quadro, contribuíram os seguintes fatores:

[...] os curtos períodos de democracia vividos pelo País e a conseqüente falta de autonomia do Supremo Tribunal Federal; as primeiras décadas de controle difuso sem mecanismos de extensão dos efeitos das decisões; a tardia inserção do controle concentrado de constitucionalidade (apenas em 1965); o tardio ingresso do Brasil na era do constitucionalismo do Estado Democrático de Direito [...]. (STRECK: 2013, pp. 121-122)

Por outro lado, evidencia-se relativa manutenção de uma tradição doutrinária calcada no positivismo exegético, atrelada a uma dogmática jusprivatista, provocando-se “mixagens teóricas” incompatíveis, ambiente propício a arbitrariedades e decisionismos por parte do Judiciário. Assim, catalisado pelo perfil do ensino jurídico, alheio às forçosas reflexões de ordem filosófica, o jurista brasileiro permanece refratário à necessária ruptura paradigmática,

⁹ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I – a soberania; II – a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V – o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

fundamental para edificação de uma metodologia autêntica (STRECK, 2013). Disso decorre, dentre outros fatores, o deslumbramento de juristas e tribunais pela ordem infraconstitucional, ensejando-se, numa situação limite, o disparate de se interpretar a Constituição conforme a legislação ordinária.

A despeito da prescrição encartada no §1º do art. 5º da CF/88¹⁰, resta evidente que vários direitos fundamentais contemplados na Lei Maior, notadamente os de índole social, não são “auto-executáveis”, carecendo de uma postura positiva do Estado, de cuja inação germina a pretensão cidadã de demandar a tutela jurisdicional cabível. Reconhece-se, dessa forma, a contribuição que a justiça constitucional traz para a efetividade do texto magno. Todavia, não se pode depreciar a densidade cognitiva da incumbência atribuída ao Supremo Tribunal Federal, evidenciando-se arrojados latentes, a exemplo do que alerta Bercovici *apud* Streck (2013, p. 122):

“[...] implica o risco de o STF decidir “contra a Constituição”, considerando-se “o dono da Constituição, interpretando-a em desacordo com seus princípios fundamentais”, usurpando, assim, “poderes constituintes”.

3 A INTERPRETAÇÃO DO STF NO HC 126.292

3.1 A OSCILAÇÃO INTERPRETATIVA DO STF QUANTO À PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

O estado de inocência é uma garantia processual constitucional que respeita a liberdade do indivíduo e está diretamente atrelada ao Estado Democrático de Direito. Não obstante a cognoscível expressão do constituinte originário, o Supremo, como hermeneuta constitucional restou por, em menos de uma década, oscilar o entendimento desta diretriz normativa a níveis diametralmente opostos.

Nesse sentido, cabe mencionar três momentos da exegese dada ao art. 5º, LVII da CF/88. Primeiramente, a jurisprudência dominante da Suprema Corte aclarava a compreensão de que o réu poderia iniciar o cumprimento da pena quando condenado por tribunal de segunda instância, porquanto este seria o último espaço de discussão fática. Tal entendimento, segundo a Suprema Corte, apesar do requisito do trânsito em julgado expresso na CF/88 já vigente, encontrava embasamento na legislação infraconstitucional, posto que era permitida a prisão após a sentença condenatória no CPP e ainda, os recursos especial e/ou extraordinário eram recebidos, como regra, apenas com efeito devolutivo¹¹.

¹⁰ §1º. As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

¹¹ Habeas corpus. - O Plenário desta Corte, ao julgar, em 28.6.91, o HC 68.726, de que foi relator o Sr. Ministro Néri da Silveira, decidiu, por unanimidade de votos, que não ofende o princípio do artigo 5., inciso LVII, da Constituição Federal a prisão do réu condenado, embora ainda sem ter transitado em julgado a decisão

Posteriormente, no julgamento emblemático do HC 84.078, no ano de 2009, a Corte Constitucional, coadunando-se com a Lei Fundamental, trouxe a interpretação de que a prisão (excepcionando casos cautelares) somente deveria ocorrer quando do trânsito em julgado da sentença condenatória, e não com a condenação em segundo grau de jurisdição, estabelecendo, literalmente, na ementa do julgado:

HABEAS CORPUS. 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 entendimento, a Suprema Corte conciliou o manancial fundamental do Estado Democrático de Direito, notadamente o devido processo legal, no que tange ao respeito ao direito de defesa e à dignidade da pessoa humana com a conjuntura infraconstitucional, mormente a LEP (art. 105), que valida a necessidade do trânsito em julgado da condenação para o cumprimento da pena, contrariando, pois, alguns dispositivos do Código de Processo Penal, agora já revogados, consoante mencionado no item 1, e outros que tiveram seu entendimento superado ou modificado, como o art. 637 do CPP que aduz que os recursos extraordinários não têm efeito suspensivo, o que ensejaria na desnecessidade de esperar o trânsito em julgado para o cumprimento da pena, já que em segunda instância se encerraria a discussão fática do caso.

Remonta-se à passagem do relator, o ministro Eros Grau, nessa emblemática decisão que corrobora para o entendimento de que a efetivação do princípio da inocência, subprincípio do Estado Democrático de Direito, equivale à consagração dos ditames democráticos:

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 Ordem concedida.

Não obstante a recente mudança jurisprudencial acima exposta, em 17/02/16, houve novamente *overruling*¹² na corte constitucional brasileira. O julgamento foi proferido no bojo do HC 126.292¹³, tendo o STF, por maioria (7 x 4), avocado a interpretação dada outrora, no

condenatória, razão por que, alias, e perfeitamente compatível com o citado dispositivo constitucional a norma do par-2. do artigo 27 da Lei 8038/90 que determina que os recursos extraordinário e especial serão recebidos no "efeito devolutivo". Habeas corpus indeferido.

¹² Termo trazido do inglês para definir o mecanismo de mudança de precedente de um Tribunal.

¹³ Ementa: CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. 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

sentido de que, com a condenação em segundo grau de jurisdição, a pena já podia ser provisoriamente cumprida, mesmo não havendo qualquer requisito que ensejasse prisão preventiva ou outra medida cautelar.

Importante mencionar que o caso dentro do qual se operou a reviravolta jurisprudencial versa sobre um réu condenado, em primeira instância, por roubo qualificado, a uma pena de 5 anos e 4 meses, com o direito de apelar em liberdade, porquanto não havia motivos que ensejasse na prisão preventiva. No caso, houve apelação somente da defesa para o Tribunal de Justiça de São Paulo cuja ordem foi de manutenção da condenação e, ainda, expedição de mandado de prisão para o réu, que deveria iniciar o cumprimento de sua pena em regime fechado.

Diante da decisão pretoriana, a defesa impetrou HC para o STJ, o qual, por decisão monocrática do relator, denegou a ordem. Permanecendo, dessa forma, a decretação do cumprimento provisório da pena. Irresignada, a defesa impetra novo *writ*, dessa vez com destino ao STF (HC 126.292). Liminarmente, o relator, ministro Teori Zavascki, concede a ordem alegando que houve violação ao estado de inocência e ao entendimento daquela Corte, que já tinha precedente no sentido da necessidade do trânsito em julgado da decisão para o início da execução da pena. No entanto, em sentido inteiramente contrário à liminar foi o voto e os fundamentos do relator na data do julgamento do caso em discussão, o qual considerou possível a execução provisória da pena, mesmo antes do trânsito em julgado da condenação. Na sessão, o relator foi acompanhado por mais seis ministros da casa, havendo divergência dos ministros Marco Aurélio, Celso de Melo, Ricardo Lewandowski e Rosa Weber. Quanto aos fundamentos utilizados, debruça-se a seguir sob os do relator, em cotejo com os votos vencidos.

3.2 FUNDAMENTOS DO RELATOR NO HC 126.292.

Inicialmente o relator diz que averigua dois pontos em seus embasamentos, quais sejam: o alcance do princípio da presunção de inocência e a busca do equilíbrio entre esse princípio e a efetividade da função jurisdicional penal. Nesse ínterim estabelece como pontos nevrálgicos para seu voto que:

artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado. (HC 126292, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100 DIVULG 16-05-2016 PUBLIC 17-05-2016)

a) Mesmo na vigência da CF/88 prevalecia o entendimento da Corte Magna da execução provisória da pena¹⁴, notadamente porque o art. 669 do CPP permite a execução da pena condenatória antes do trânsito em julgado; o art. 27, §2º da Lei 8.038/90 tece que o recurso extraordinário e especial têm efeito devolutivo e o art. 637 do CPP vai no mesmo sentido; as súmulas 716 e 717 atestam a reiteração da jurisprudência no que tange à progressão de regime quando o réu já está cumprindo a pena antes do trânsito em julgado da decisão;

b) O Brasil, ao aderir à Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, recepcionou os direitos fundamentais de defesa inerente ao processo, possibilitando a produção ampla de prova e a condição de sujeito de direitos do condenado, presumindo-se este inocente. No entanto, a amplitude do estado de inocência se esvai a partir da condenação em segundo grau, onde há a possibilidade de ampla devolutividade. Isto é, a partir de então não mais se fala em revisão probatória. Destarte, não infringe o princípio constitucional a execução da pena já em segundo grau, especialmente porque os recursos aos tribunais superiores, como citado acima, têm o efeito apenas devolutivo.

c) A partir do art. 1º, I da Lei da Ficha Limpa, infere-se que é possível a execução provisória da pena mesmo sem o trânsito em julgado, porquanto é inelegível aquele que tem contra sua pessoa representação judicial decida por órgão colegiado.

d) No cenário internacional, o estado de culpabilidade se consolida no segundo grau, sendo possível a execução da pena a partir de então. Nesse sentido, o relator cita o voto da Min. Ellen Gracie, no HC 85.886 de 2005, que expõe: “em país nenhum do mundo, depois de observado o duplo grau de jurisdição, a execução de uma condenação fica suspensa, aguardando referendo da Corte Suprema” (STF, 2016; p. 12)

e) Com a emenda 45/2004 reforçou-se que a análise de recurso extraordinário transcende o interesse subjetivo da parte, notadamente pela necessidade de demonstração da repercussão geral, que tem relevância jurídica e não fática, não cabendo, exame de justiça ou injustiça no caso concreto. Nesse ponto traz um dado estatístico sobre RE criminal, que, no lapso de dois anos apenas 4% deles são providos, logo, desprovido substancialmente de caráter modificador de decisões de segunda instância na área penal.

f) O *jus puniendi* do Estado tem o processo como meio para concretização dessa função. Assim, quando não se confere efeito suspensivo aos REsp e RE coaduna-se a presunção de inocência com a efetividade da função jurisdicional. Ressalte-se que os direitos

¹⁴ HC 68.726 (Rel. Min. Néri da Silveira – 28/06/1991).

dos indivíduos não ficam prejudicados já que existe a possibilidade de se pedir a suspensão dos efeitos em casos pertinentes e ainda cabe HC contra atentados contra direitos fundamentais.

Com os argumentos acima o relator conclui 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” (STF, 2016; p. 19)

3.3 FUNDAMENTOS DA CORRENTE VENCIDA NO HC 126.292

À referência aos supremos magistrados que restaram vencidos, o ministro Marco Aurélio destaca o princípio da segurança jurídica, posto que apesar da morosidade da Justiça e da crise da sociedade, esta não pode ser surpreendida com uma oscilação jurisprudencial tão drástica. Ainda mais, que não há margem para interpretação do dispositivo constitucional da presunção de inocência, já que o texto é claro e preciso¹⁵. Além desse arcabouço argumentativo o ministro consigna uma pergunta retórica: caso sobrevenha eventual modificação nos tribunais superiores de decisões condenatórias de segunda instância, como a restrição da liberdade poderia retornar ao indivíduo?

Por sua vez, o ministro Celso de Melo demonstra o germinal e o tortuoso caminho trilhado até a consagração da presunção de inocência enquanto direito fundamental e como preceito do regime democrático, perfilhando desde a inserção na Declaração dos Direitos do Homem em 1789 à consolidação na Declaração da ONU de 1948, bem como expõe todo cenário internacional que também reconhece essa norma-princípio. Nesse sentido expõe:

[...]a repulsa à presunção de inocência – com todas as consequências e limitações jurídicas ao poder estatal que dessa prerrogativa básica emanam – mergulha suas raízes em uma visão incompatível com os padrões ortodoxos do regime democrático, impondo, indevidamente, à esfera jurídica dos cidadãos restrições não autorizadas pelo sistema constitucional. (STF, 2016; pág. 82)

Para ele, caso a culpabilidade seja presumida “será a virtual (e gravíssima) esterilização de uma das mais expressivas conquistas históricas da cidadania: o direito do indivíduo de jamais ser tratado, pelo Poder Público, como se culpado fosse” (STF, 2016; pág. 83). Nesse sentido, reitera o entendimento do STF no HC 84.078, bem como no HC 96.095,

¹⁵ O preceito, a meu ver, não permite interpretações. Há uma máxima, em termos de noção de interpretação, de hermenêutica, segundo a qual, onde o texto é claro e preciso, cessa a interpretação, sob pena de se reescrever a norma jurídica, e, no caso, o preceito constitucional. Há de vingar o princípio da autocontenção. Já disse, nesta bancada, que, quando avançamos, extravasamos os limites que são próprios ao Judiciário, como que se lança um bumerangue e este pode retornar e vir à nossa testa. (STF, 2016; p.77/78)

onde se necessitava do trânsito em julgado para que o réu tivesse afastada sua inocência, elevando quão fundamental é a proteção e defesa da Constituição.

Nesse contexto, o ministro decano critica um dos fundamentos do relator quando expõe que não há se considerar o direito comparado naquele caso quando a Constituição da República Federativa do Brasil é clara e expressa quanto à presunção de inocência no estado nacional.

Acrescenta que o princípio em discussão é um fator de proteção e que é requisito de legitimidade da execução, o que afastaria qualquer menção à execução provisória, antes que houvesse o trânsito em julgado da decisão, e mais, que não há esvaziamento gradativo deste princípio no percorrer dos diferentes graus de jurisdição.

Nesse ínterim, à semelhança do relator, traz dados estatísticos para demonstrar a viabilidade da utilização de recursos extraordinários. Assevera que, desde 2006, 25,2% dos RE foram providos e 3,3% providos parcialmente, isto é, quase 1/3 das decisões criminais oriundas das instâncias inferiores foram parcial ou totalmente reformadas. Desse modo, processos em andamento não poderiam descaracterizar a máxima da inocência.

Por fim, o ministro Celso de Melo, por apego à argumentação, apela para fundamentação infraconstitucional, mormente na Lei de Execuções Penais, que traz como determinação inarredável para a execução da pena, o trânsito em julgado da decisão, arrematando:

Lamento, Senhores Ministros, registrar-se, em tema tão caro e sensível às liberdades fundamentais dos cidadãos da República, essa preocupante inflexão hermenêutica, de perfil nitidamente conservador e regressista, revelada em julgamento que perigosamente parece desconsiderar que a majestade da Constituição jamais poderá subordinar-se à potestade do Estado. (STF, 2016; p. 95)

Por seu turno, a ministra Rosa Weber estabelece que não há fundamento suficiente para modificar a jurisprudência da Suprema Corte, consolidada no HC 84.078, no ano de 2009. Ao final, Ricardo Lewandowski reitera os fundamentos da jurisprudência que pairava no cenário antes do *overruling* em 2016, bem como aqueles utilizados pelo ministro Celso de Melo.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A decisão do mais alto escalão do Poder Judiciário no HC 126.292 demonstrou a inconsistência que paira na corte suprema brasileira, bem como na impropriedade em realizar seu desiderato maior que é proteger a Constituição, resguardando as garantias do Estado Democrático de Direito. Consoante Virgílio Afonso da Silva e Conrado Hübner (2009): “E, se

consistência decisória é uma das maiores contribuições que um tribunal como o STF poderia dar a uma democracia, pode-se dizer que ele tem falhado nessa tarefa”.

Assim, a atitude do Supremo, ao ditar uma nova interpretação para compreensão do art. 5º, LVII, já sofreu represália no interior da Casa Constitucional, pois consoante ressaltaram os ministros Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski, esse dispositivo traz à tona visivelmente a aplicação de uma técnica hermenêutica clássica, posto que é norma clara e precisa. Todavia, não houve qualquer temperança quanto à atividade interpretativa dos magistrados supremos, ensejando-se uma criação normativa à revelia do caráter expresso da disposição constitucional. Isto é, a corte excedeu os limites semânticos do texto magno, usurpando do Legislativo a função de criador da norma jurídica, malferindo, conseqüentemente, o princípio democrático. Além da disfunção institucional, evidenciam-se outras impropriedades decorrentes da decisão do STF no caso em discussão.

Ressalte-se a aberta violação ao art. 60, §4º, o qual protege o âmbito constitucional onde está inserido o princípio da inocência prescrevendo-se que nem mesmo o Poder Legislativo (através de emenda) poderia alterar direito fundamental, tratando-se de cláusula pétrea. Em outras palavras, em uma situação limite, para transformação das garantias encartadas no art. 5º da CF/88, haveria necessidade de cosubstanciação de um novo poder constituinte originário.

Ademais, imperioso falar que o art. 283 do CPP (com redação dada pela lei 12.403/2011) deixa claro a necessidade do trânsito em julgado da decisão, espelhando, portanto, o dispositivo constitucional do art. 5º, LVII. Porém, nada se cogitou a respeito do mesmo quando do julgamento do HC 126.292.

Ressalta-se, ainda, a clara norma da proibição *reformatio in pejus*, constante no art. 617 do CPP, a qual impede uma decisão que prejudique o réu caso haja apenas recurso da defesa. Já no processo que ensejou no HC 126.292 ocorrera *reformatio in pejus* na segunda instância, isto é, no TJSP, onde mesmo sem recurso da acusação, o réu, após confirmação da condenação, quedou-se preso (diferentemente da decisão do juízo *a quo* que permitiu apelação em liberdade) para dar início a execução de sua pena. Desse modo, quando o STF manteve o entendimento de execução provisória da pena, na ocasião do julgamento do HC 126.292 impetrado para solucionar a determinação de segundo grau, inovou do ponto de vista interpretativo (tendo em vista o precedente encartado no HC 84.078 de 2009) em prejuízo do acusado. Circunstância juridicamente inconcebível já que novo dispositivo não pode retroagir a não ser para beneficiar o réu.

A despeito do arcabouço normativo falar da irretroatividade da lei, entende-se que a jurisprudência (GOMES, 2008), pelo papel normativo que desempenha hodiernamente, não poderia da mesma forma ser aplicada ao próprio caso que a ensejou, porquanto se qualificaria na mesma situação, superveniência de norma nova prejudicial ao réu. Em outras palavras, tendo como premissa o entendimento ratificado pelo Pretório Excelso em 2009 (no bojo do HC 84.078), a transformação exegética do STF no HC 126.292 consubstancia inegável inovação *in malam partem* e com patente caráter material/penal, notadamente porque alarga a esfera do *ius puniendi*, não podendo ser aplicada naquele caso concreto.

Nesse espaço a persecução penal foi de encontro tanto ao devido processo legal formal como substancial, uma vez que não permitiu todas as garantias de defesa do acusado. O próprio ministro Celso de Melo deixa claro que aquela postura dos magistrados supremos estaria limitando a ampla defesa do acusado. Além do mais, a decisão encontra-se desprovida de razoabilidade e infringe frontalmente disposição expressa da Constituição.

Vale ressaltar ainda que a consistência decisória do Supremo é condição *sine qua non* para satisfação do regime democrático, conquanto, foi exposto acima a variabilidade decisória em curto espaço temporário na suprema corte, demonstrando sobremaneira a falta de segurança jurídica dada à sociedade dentro desse modelo proativo e, neste caso, de substituição ao constituinte originário. Nesse ínterim, Nelson Nery assevera que “Essa história de “Supremo protagonista” é contra o Estado de Direito, isso é autoritário, o Supremo não pode mudar a Constituição”¹⁶.

De fato, o modelo de Estado Democrático de Direito traz como corolário que a atividade judicial seja diferente em relação a outros paradigmas remotos, uma vez prevalecer a força normativa constitucional e o dever de proteção aos valores e garantias de fundamentais. Nesse sentido, uma vez a necessidade de um Poder Judiciário que controle o que seja contrário à Carta Maior, surge fenômeno do protagonismo judicial¹⁷, pois o Poder Judiciário acaba por se debruçar por questões de caráter político-ideológico, não cabendo sua escusa. Nesse sentido, os doutrinadores e grandes teóricos do direito, tentam classificar, repudiar ou justificar/ditar essa postura. Como exemplos de teorias que aplaudem ou refutam tal comportamento jurisdicional, podem ser citados alguns modelos, como: ativista, de moderação, minimalista e o de Waldron (LADEIRA, 2008; 2015).

¹⁶ Entrevista feita pela revista eletrônica Conjur com o jurista Nelson Nery Júnior. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-ago-04/entrevista-nelson-nerj-junior-professor-advogado-parecerista>> Acesso em: 1 set 2016.

¹⁷ Lênio Luis Streck faz a distinção entre as espécies de protagonismo judicial (ativismo judicial e judicialização da política). Ver STRECK, Lênio Luís. Jurisdição Constitucional e Teoria da Decisão. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

Dessa forma, a despeito de um maior aprofundamento, pelo restrito espaço deste artigo e a par da ainda atual controvérsia, bem como diante da falta de unicidade de solução para tal conflito social, político e jurídico, entende-se que, acima de tudo, para preservação do Estado Democrático de Direito, a corte constitucional brasileira deve respeito à Constituição Federal. Por oportuno, cabe trazer, como bem expressa o Professor Doutor Ladeira Oliveira (2015, p. 210):

[...] uma solução limitada, porém promissora, aponta para ao menos duas espécies de medidas conjugadas: reformas institucionais que desestimulem o ativismo judicial, tornando-o mais “custoso” ou simplesmente reduzindo as oportunidades, e a adesão dos tribunais a princípios de auto-restrição judicial.

Portanto, a decisão do Supremo no HC 126.292, autorizadora da execução provisória da pena com a ratificação condenatória em segundo grau de jurisdição, em patente discrepância com o texto expresso do art. 5º, LVII da CF/88, é o reflexo de que a justiça constitucional brasileira não cumpre a função que a engendra e concede sua força, consoante Ruy Barbosa *apud* Tourinho Filho (2008, pp. 73-74):

De nada serviria ao povo que suas instituições baixassem dos céus, ou fossem diretamente plantadas por mãos divinas, se a terra, onde caem, não fosse capaz de produzir a inteireza de ânimo e a coragem do dever, para as executar.

Dessa forma o STF precisa respeitar a segurança jurídica do nosso ordenamento, elevando a Carta Constitucional e não a sobrepondo. Além disso, mesmo que se fale em inefetividade de persecução penal, como arguido pelo relator do HC *in examen*, em virtude da demora até o trânsito em julgado da decisão (instituto que afastaria a inocência e legitimaria a execução da pena), o bojo de uma ação judicial não é o espaço adequado para revolução jurídica/constitucional, o que demandaria novo arranjo de poder constituinte. Caso essa ineficiência da *persecutio criminis* seja realmente genuína, prudente é outorgar à instituição incorporadora da soberania popular (Legislativo) o papel de alterar e elaborar o que for necessário para a efetivação do *ius puniendi*. O que não pode, mais uma vez, é o Supremo, órgão não democrático, com o pretexto de interpretar a Constituição, exceder os limites semânticos do texto magno, usurpando a função normativa do legislador, imiscuindo-se na seara intrínseca ao poder popular.

Por fim, é imperioso que se ressalte, que em julho deste ano, o ministro Celso de Melo, no bojo do HC 135.100, concedeu a ordem para um réu livra-se solto após condenação em segunda instância e início do cumprimento de sua pena, uma vez que a sua manutenção sob cárcere violaria o princípio da presunção de inocência, pois a decisão do HC 126.292 não teve declarado efeitos *erga omnes*. Ainda, releve-se que há duas ações diretas de constitucionalidade impetradas pelo Conselho Federal da OAB e pelo Partido Ecológico Nacional (PEN) para que o STF declare a constitucionalidade do artigo 283 do CPP, o qual tece expressamente sobre a necessidade do trânsito em julgado para que o réu possa ser preso.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Flávio Augusto. **A presunção de inocência e o direito penal do inimigo**. 110 p. Dissertação. Universidade Católica de São Paulo – PUC, São Paulo, 2010. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp138665.pdf>> Acesso em: 10 set. 2016.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Ridendo Castigat Mores. Fonte digital. Disponível em: <<http://livros01.livrosgratis.com.br/eb000015.pdf>> Acesso em 4 ago. 2016.

BRASIL. Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/137604/Constituicoes_Brasileiras_v6_1967.pdf?sequence=9> Acesso em 10 set 2016.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 25 jul 2016.

BRASIL. Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002. **Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional**, Diário Oficial da União, Atos do Poder Legislativo, Brasília-DF, 26 set. 2002 . Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm> Acesso em 3 ago. 2016.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Diário Oficial da União, Atos do Poder Legislativo, Brasília-DF, 13 out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em 25 jul 2016.

BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho 1984. **Institui a Lei de Execução Penal**. Diário Oficial da União, Atos do Poder Legislativo, Brasília-DF, 13 jul. 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm> Acesso em: 1 set 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 126.292** – São Paulo. Relator: Ministro Teori Zavascki. Pesquisa de Jurisprudência. Acórdão, 17 fev. 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000310531&base=baseA cordaos>> Acesso em 5 jul. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 135.100** – São Paulo. Relator: Ministro Celso de Melo. Pesquisa de Jurisprudência. Decisão Monocrática, 01 jul. 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000267003&base=base Monocraticas>> Acesso em 2 set. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 68841** – São Paulo. Relator: Ministro Moreira Alves. Pesquisa de Jurisprudência. Acórdão, 24 set. 1991, Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000028321&base=baseA cordaos>> Acesso em 1 ago. 2016

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 84078** – Minas Gerais. Relator: Ministro Eros Grau. Pesquisa de Jurisprudência. Acórdão, 05 fev. 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000165314&base=baseAcordaos>> Acesso em 1 ago. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 96.095** – São Paulo. Relator: Ministro Celso de Melo. Pesquisa de Jurisprudência. Acórdão, 03 fev. 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2896095%2EENUME%2E+OU+96095%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/z328b9o>> Acesso em: 3 ago. 2016.

CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (1969). Pacto de São José da Costa Rica. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>> Acesso em: 1 set 2016.

DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO DE 1789. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf>. Acesso em 10 set 2016.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO. Adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em 10 set. 2016.

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

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

OLIVEIRA, Cláudio Ladeira. **Democracia e ativismo judicial: algumas considerações sobre suas causas e consequências**. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, v. 16, p. 183-216, 2015. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/297656298_Democracia_e_ativismo_judicial_alguas_consideracoes_sobre_suas_causas_e_consequencias_Democracy_and_judicial_activism_some_considerations_about_causes_and_consequences> Acesso em 17 ago 2016.

OLIVEIRA. Claudio Ladeira de. **Ativismo judicial, autorestrição judicial e o “minimalismo” de Cass Sunstein**. Publicato in Diritto brasiliano il 11/12/2008. Disponível em: <<http://www.diritto.it/docs/27004-ativismo-judicial-autorestri-o-judicial-e-o-minimalismo-de-cass-sunstein>> Acesso em 4 ago 2016.

SILVA, Vírgilio Afonso, HÜBNER, Conrado. O STF e o populismo judicial. Folha de São Paulo, 2009. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz1105200908.htm>> Acesso em: 2 ago 2016.

STRECK, Lênio Luís. **Jurisdição Constitucional e Teoria da Decisão**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 31 ed. São Paulo: Saraiva. 2008, vol. I.

GOMES, Mariângela G. de M. Direito penal e interpretação jurisprudencial: do princípio da legalidade às súmulas sinculantes. São Paulo: Ed. Atlas, 2008.

QUEIROZ, Paulo. Direito Penal Parte Geral. 5 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.