

**XXVII ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI SALVADOR – BA**

**TEORIAS DO DIREITO, DA DECISÃO E REALISMO
JURÍDICO**

LORENA DE MELO FREITAS

MARIA DOS REMÉDIOS FONTES SILVA

DANIEL OITAVEN PAMPONET MIGUEL

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. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

T314

Teorias do direito, da decisão e realismo jurídico [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFBA
Coordenadores: Lorena de Melo Freitas; Maria dos Remédios Fontes Silva; Daniel Oitaven Pamponet Miguel –
Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-639-0

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

Tema: Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Salvador, Brasil).

CDU: 34



XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI SALVADOR – BA

TEORIAS DO DIREITO, DA DECISÃO E REALISMO JURÍDICO

Apresentação

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

**O JULGAMENTO DO HC Nº 126.292: O STF DIANTE DA VEDAÇÃO DO
RETROCESSO SOCIAL**

**THE JUDGMENT OF THE HC Nº 126.292: SUPREME COURT BEFORE THE
SEALING OF SOCIAL RETROCESS**

**Ricardo Maurício Freire Soares
Tauana Fernandes Fontenelle ¹**

Resumo

O artigo analisará o HC nº 126.292 sob perspectiva do retrocesso social diante da violação da presunção de inocência, ampliando o conhecimento jurídico no estudo dogmático que direciona a ciência do Direito, engajando uma provocação sobre arbitrariedades cometidas em decisões que acabam por ferir direitos e garantias. A violação da presunção de inocência é um afrontamento a Constituição que é fonte do processo penal brasileiro, as Leis infraconstitucionais e todos os atos praticados no sistema jurídico brasileiro devem estar de acordo com este princípio sob a pena de serem declarados inconstitucionais.

Palavras-chave: Retrocesso, Presunção de inocência, Constituição

Abstract/Resumen/Résumé

The article will analyze HC nº 126.292 under perspective of the social retrogression before the violation of the presumption of innocence, extending the legal knowledge in the dogmatic study that directs the science of Law, engaging a provocation on arbitrariness committed in decisions that end up hurting rights and guarantees. The violation of the presumption of innocence is a violation of the Constitution that is the source of the Brazilian criminal procedure, the infraconstitutional Laws and all the acts practiced in the Brazilian legal system must be in accordance with this principle under penalty of being declared unconstitutional.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Retreat, Presumption of innocence, Constitution

INTRODUÇÃO

O tema apresentado possui relevância diante da observação que se deve ter o profissional do Direito ao princípio da vedação do retrocesso social, de forma a evitar que as decisões comprometam os direitos fundamentais, os princípios gerais do direito e a dignidade da pessoa humana. No caso em questão é possível identificar grave violação ao princípio da presunção de inocência.

A interpretação constitucional deve ser levada mais a sério, é preciso cuidado ao realizar um estudo prático acerca da aplicabilidade das normas jurídicas. O Supremo Tribunal Federal realiza um papel fundamental na sociedade e algumas de suas decisões vêm provocando discussões intermináveis no âmbito da violação de direitos e garantias fundamentais. Compreende-se que a Corte Superior é o guardião da Carta Magna e tem como principal objetivo evitar que qualquer ato entre em conflito com as normas constitucionais, logo, ele precisa cumprir o papel destinado a si de modo a garantir a segurança jurídica.

Este artigo tem como objetivo geral analisar o julgamento do HC nº 126.292 sob a perspectiva da vedação do retrocesso social, provocando todos numa reflexão acerca das arbitrariedades cometidas nas decisões judiciais, que acabam ferindo direitos, garantias

fundamentais. Para tanto, desenvolveu-se a seguinte problemática: em que medida o julgamento do HC nº 126.292 provoca o retrocesso social?

A violação do princípio da presunção de inocência é o ponto chave desta discussão jurídica. Entretanto, para alcançar a presente resposta pretende-se trabalhar com seguintes objetivos específicos: compreender a previsão constitucional do princípio da vedação do retrocesso

social; analisar a posição do Supremo Tribunal Federal sobre a proibição do retrocesso e demonstrar diante de uma análise crítica o retrocesso social no julgamento do HC nº 126.292/SP de 17 de fevereiro de 2016, abordando pontos relevantes acerca do princípio constitucional da presunção de inocência.

A decisão do Supremo Tribunal Federal mudou a jurisprudência permitindo prisão a partir da decisão de segunda instância e este comportamento acaba por trazer grandes discussões acerca de princípios que norteiam o constitucionalismo brasileiro: vedação ao retrocesso social, dignidade da pessoa humana, segurança jurídica, presunção de inocência.

A abordagem do tema será feita por meio do método dialético, envolvendo análise de textos e obras correlatas, análise jurisprudencial específico do julgamento do HC nº 126.292, com um constante retorno às bases da pesquisa nos termos idealizados, verificando-se a cada etapa concluída os avanços da pesquisa, para que, em um verdadeiro exercício dialético sejam alcançados os objetivos pretendidos. .

1. O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL E SUA PREVISÃO CONSTITUCIONAL

Este capítulo propõe colocar em prática o conhecimento acerca dos estudos direcionados ao princípio da vedação do retrocesso social de forma a compreender a sua previsão constitucional e esclarecer que o retrocesso que aqui destacamos surge diante da violação ao princípio da presunção de inocência, oportunizando a insegurança jurídica.

A problemática da proibição de retrocesso guarda íntima relação com a noção de segurança jurídica. (...) a idéia de segurança jurídica encontra-se umbilicalmente vinculada também à própria noção de dignidade da pessoa humana. Com efeito, a dignidade não restará suficientemente respeitada e protegida em todo o lugar onde as pessoas estejam sendo atingidas por um tal nível de instabilidade jurídica que não estejam mais em condições de, com um mínimo de segurança e tranquilidade, confiar nas instituições sociais e estatais (incluindo o Direito) e numa certa estabilidade das suas próprias posições jurídicas. (SARLET, 2007, p.436/437)

A vedação do retrocesso está fortemente amparada pela Constituição Federal de 1988, que diante das conquistas dos direitos e garantias fundamentais proíbe qualquer interpretação que diminua ou suprima tais direitos dos cidadãos. Vale esclarecer que este princípio está entrelaçado com os outros do ordenamento jurídico brasileiro, de modo que, a inobservância de qualquer um deles impactará gravemente na proibição do retrocesso social.

A ideia de vedação ao retrocesso não estar de tal forma difundida na comunidade jurídica brasileira, mas seus efeitos começam a ser acolhidos gradativamente no âmbito da doutrina e da jurisprudência pátria, associados à primazia axiológica do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, como marco para fundamentação e legitimização dos direitos fundamentais. (SOARES, 2013)

Daí iniciamos a compreensão da sua previsão constitucional. A violação do retrocesso social será identificada diante de qualquer confronto com direitos, garantias, princípios constitucionais. Os juristas não podem deixar de aplicar a lei sem a observância dos princípios, sob o argumento de que além de ferir direitos fundamentais estaria, portanto, provocando um retrocesso social. Recorremos à observação de Celso Antônio Bandeira de Mello, para demonstrar a importância dos princípios no Direito:

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio violado, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, costúmia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. (MELLO, 2000, p. 748)

A ideia de Celso Antônio Bandeira de Mello certifica ainda mais a noção de que a violação de um princípio traz como consequência o retrocesso social. A limitação da atuação de um poder está ancorada na observância de um princípio constitucional, as garantias constitucionais são verdadeiros escudos contra o abuso do poder estatal. Existem princípios que fundam a instrumentalidade constitucional e conduzem a uma nova leitura de todos os institutos do Direito Brasileiro.

A ideia de vedação ao retrocesso social parte da afirmação de que as conquistas relativas aos direitos fundamentais não podem ser elididas pela supressão de normas jurídicas progressistas. Então, a vedação ao retrocesso permite que se possa impedir, pela via judicial, a revogação de normas infraconstitucionais que complementem direitos fundamentais do cidadão.

Desta forma, é interessante destacar que a vedação do retrocesso desponta como o núcleo essencial dos direitos sociais, constitucionalmente garantido, já realizado e efetivado através de medidas legislativas, devendo-se considerar inconstitucionais quaisquer medidas estatais que, sem a criação de outros esquemas compensatórios, se traduzem numa anulação, revogação ou aniquilação desse núcleo. (SOARES, 2013)

Ao apresentar a ideia de vedação ao retrocesso em matéria de direitos fundamentais Ricardo Mauricio destaca a interpretação sistemática:

No sistema jurídico brasileiro, a ideia de uma vedação ao retrocesso em matéria de direitos fundamentais decorre da interpretação sistemática e teleológica dos princípios constitucionais do Estado Democrático de Direito (art. 1º, caput), do desenvolvimento nacional (art. 3º, II), da máxima eficácia das normas definidoras de direitos fundamentais (art. 5º, parágrafo primeiro) da segurança jurídica (art. 5º, XXXVI), e sobretudo, da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III). (SOARES, 2013)

Deste modo, a compreensão da previsão constitucional do princípio da vedação do retrocesso social consiste em afirmar que ao Estado não é permitido, uma vez alcançado determinado grau de efetivação dos direitos fundamentais constitucionalmente garantidos, atuar no sentido de negar a realização desses direitos. Afirma-se então, que não se pode retroagir aos direitos já alcançados, sobre esta questão destaca-se a ideia de Canotilho que corresponde justamente a este ponto abordado:

A ideia aqui expressa também tem sido designada como proibição de "contra-revolução social" ou da "evolução reaccionária". Com isso quer dizer-se que os direitos sociais económicos (ex.: direito dos trabalhadores, direito à assistência,

direito à educação), uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma *garantia institucional* e um *direito subjectivo*. (...) A violação do núcleo essencial efectivado justificará a sanção de inconstitucionalidade relativamente a normas manifestamente aniquiladoras da chamada "justiça social". Assim, por ex., será inconstitucional uma lei que extinga o direito a subsídio de desemprego ou pretenda alargar desproporcionalmente o tempo de serviço necessário para a aquisição do direito à reforma. (...) O princípio da **proibição de retrocesso social** pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efectivado através de medidas legislativas (...) deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam, na prática, numa "anulação", "revogação" ou "aniquilação" pura e simples desse núcleo essencial. (BARROSO, 2001, p. 158)

Verifica-se que o princípio do retrocesso é uma expressão do princípio do Estado Social, implícito na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, inclusive através do preâmbulo quando é possível encontrar a primeira referência a um dever estatal de assegurar os direitos sociais quando dispõe que a Assembléia Nacional Constituinte se reuniu para “instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais”. Não só isso, é possível identificar o princípio constitucional do não retrocesso social em todo texto constitucional.

Para Luís Roberto Barroso:

apesar de o princípio do não-retrocesso social não estar explícito, assim como o direito de resistência e o princípio da dignidade da pessoa humana (para alguns, questão controvertida), tem plena aplicabilidade, uma vez que é decorrente do sistema jurídico-constitucional, entende-se que se uma lei, ao regulamentar um mandamento constitucional, instituir determinado direito, ele se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser absolutamente suprimido. (BARROSO, 2001, 158)

Todos os argumentos apresentados sobre a proibição do retrocesso nos impulsiona a compreensão de que o princípio da presunção de inocência no julgamento do HC 126.292/SP foi gravemente violado, tendo em vista que o processo penal dentro do sistema jurídico funciona como um “instrumento de efetivação das garantias constitucionais, e atua a serviço da máxima eficácia do sistema de garantias constitucionais do indivíduo” (LOPES JUNIOR, 2012, p.69/70). É paradoxo compreensão diversa.

A tendência de todos os povos é sempre evoluir, com objetivo de alcançar novos direitos, novas conquistas. A evolução progressiva dos direitos não pode ser livremente estagnada ou retrocedida pelo legislador ou pela administração pública, tão pouco pelo Judiciário, por tal motivo a importância da compreensão dos princípios, pois devido à sua conformação principiológica é que se alcançará o ponto ótimo da sua observação.

Assim, diante da compreensão de que o princípio da vedação do retrocesso deverá ser considerado pelo julgador sempre que se pretender a diminuição ou supressão da eficácia já alcançada pelas normas constitucionais que prevêm direitos, faz-se necessário partir para o segundo tópico desta pesquisa de forma a analisar a posição do Supremo Tribunal Federal.

2. A POSIÇÃO DO STF SOBRE A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO

Ao observar algumas decisões é possível identificar que a Corte não tem se proposto a realizar um enfrentamento do referido princípio e este é mais um motivo que nos leva a escrita do presente artigo científico, resguardando a viabilidade social e jurídica do estudo. Deste modo, o segundo objetivo específico pretende analisar a posição do Supremo Tribunal Federal sobre a proibição do retrocesso.

Os magistrados precisam se posicionar sobre o retrocesso social, muitas lides se comprometem em retardar direitos, suprimir ou diminuir a eficácia de normas constitucionais, e as decisões apesar de reconhecer, por muitas vezes, o prejuízo acarretado, não são justificadas pela vedação do retrocesso. Verdade que pode parecer óbvio fazer menção ao princípio, mas se não são demonstrados através das escritas das decisões, parece não surgir

efeito para o mundo jurídico, pois apenas a partir da jurisprudência este princípio será exteriorizado.¹

Para tornar compreensível a ideia supracitada, tomemos como base o princípio da dignidade da pessoa humana, que ainda que possua a sua descrição literal em texto constitucional, como em diversas outras legislações, a sua aplicabilidade se tornou bem mais eficaz quando disseminada pelas decisões judiciais.

Portanto, em relação ao princípio da vedação do retrocesso social, o Supremo Tribunal Federal tem deixado a desejar, não enfrentado a questão com o respeito e atenção merecida. Com efeito, não foram localizados julgados em que a proibição ao retrocesso tenha funcionado como o fundamento determinante para o julgamento, mas apenas alguns casos em que a questão foi analisada de forma tangencial.

Já nos posicionamos no de sentido de que o objeto deste estudo é a análise do julgamento do HC nº 126.292, entretanto faz-se necessário observar que sobre o retrocesso social, o STF lançou o primeiro pronunciamento por meio do acórdão prolatado na ADI nº 2.065-0-DF, na qual se debatia a extinção do Conselho Nacional de Seguridade Social e dos Conselhos Estaduais e Municipais de Previdência Social. Não obstante o STF não tenha conhecido da ação, por maioria, por entender ter havido apenas ofensa reflexa à Constituição, destaca-se o voto do relator originário, Ministro Sepúlveda Pertence, que admitia a inconstitucionalidade

1 Essa compreensão deve ter como parâmetro a cultura constitucional defendida por Manoel Jorge da Silva e Neto na obra “O constitucionalismo brasileiro tardio” (2016), já que as jurisprudências é um excelente meio de disseminação do texto constitucional. Precisa-se de juristas com capacidade para aplicar a máxima efetividade da constituição, fundamentar decisões considerando a proibição do retrocesso é o meio mais eficaz para alcançar tal objetivo.

de lei que simplesmente revogava lei anterior necessária à eficácia plena de norma constitucional e reconhecia uma vedação genérica ao retrocesso social.²

Vejamos então que ainda que o Supremo Tribunal Federal já o tenha adotado em algumas oportunidades como fundamento em seus julgados, não conseguimos identificar um posicionamento consolidado acerca de sua aplicabilidade como fonte de direito, ou quanto a sua previsão legal.

Precisa-se de mais decisões como o voto da Ministra Cármen Lúcia, no julgamento da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 4543-MC/DF), que na oportunidade questionava-se a constitucionalidade do art. 5º, da Lei n. 12.034/2009, que pretende estabelecer uma nova sistemática para o sistema eleitoral brasileiro, verifiquemos parte dele:

Esse princípio da proibição de retrocesso político há de ser aplicado tal como se dá quanto aos direitos sociais, vale dizer, nas palavras de Canotilho “uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjetivo. O princípio em análise limite a reversibilidade dos direitos adquiridos em clara violação do princípio da proteção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito econômico, social e cultural, e do núcleo essencial da existência mínima inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana” (CANOTILHO, J.J. Gomes – Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Almedina, 3ª. Ed., p. 326).

Apesar do voto da Ministra Cármen Lúcia, na totalidade dos votos, o Supremo Tribunal Federal não considerou o Princípio da Proibição do Retrocesso como parte implícita ou explícita da Constituição Federal, servindo apenas como argumento subsidiário a outros que estão expressamente previstos para embasar decisões por ele proferidas e aí justificamos a análise de forma tangencial.

² Sobre a proibição do retrocesso também vale destacar outras decisões: as ADIs nºs 3.105-8-DF e 3.128-7-DF, o MS nº 24.875-1-DF e a ADI nº 3.104-DF. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul também já analisou o tema na Apelação Cível nº 70004480182, que foi objeto do RE nº 617757 para o STJ. A matéria mereceu análise também pela 1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais da Seção Judiciária do Mato Grosso do Sul – Processo nº 2003.60.84.002458-7.

Entendemos que este se trata de um princípio implícito, ou seja, para o seu uso, é preciso que seja feita uma comparação entre o direito anterior e o atual direito questionado. Para que se possa falar em retrocesso, é inescusável que primeiro haja progresso e não podemos/devemos tratar o Brasil sob o aspecto regressista e/ou estático.

O Supremo Tribunal Federal, órgão máximo do poder judiciário, responsável pelas interpretações autênticas e vinculantes, deve deixar claro acerca dos diversos casos jurídicos que implicam no retrocesso social. Os ministros precisam falar mais sobre o assunto, desenvolver fundamentos sobre o tema, discutir mais, a necessidade do respeito ao princípio da vedação ao retrocesso não é levada a sério. Se fosse, muitos problemas brasileiros seriam evitados.

3. UMA ANÁLISE SOBRE O JULGAMENTO DO HC Nº 126.292 DE 17 DE FEVEREIRO DE 2016

A violação do princípio da presunção de inocência é o ponto chave desta discussão jurídica. Diante desta violação, não temos como pensar que o Brasil não retrocedeu, principalmente por conta da observação do progresso constitucional. “O progresso constitucional está em avançar na submissão do poder ao Direito e no respeito das liberdades, assim como em dispersar ao máximo o poder, que é no que consiste, em última instância, o constitucionalismo.” (VALENCIA VILLA, 1997, p. 43)

Na desconsideração de princípio basilar, resguardado pela carta magna, retrocede direito previsto constitucionalmente, ou seja, há o retrocesso social. Deste modo, pretendemos neste tópico demonstrar diante de uma análise crítica o retrocesso social no julgamento do HC nº 126.292 de 17 de fevereiro de 2016.

Para o emérito doutrinador Tourinho Filho (2012), a nomenclatura “presunção de inocência” não deve ser interpretada em sua forma literal, e sim como uma vedação a imposição de pena antecipada anterior ao trânsito em julgado da sentença condenatória.

Portanto, para o estudioso a presunção de inocência pode ser definida como um princípio que tutela a liberdade e dignidade do acusado, figurando como “o coroamento do *due process of law*” (TOURINHO FILHO, 2012, p.89), é uma consequência do sistema acusatório que rege o processo penal brasileiro, fazendo com que o ônus da prova recaia sobre o acusador que será o Estado, representando a sociedade nas ações penais públicas ou mediante representação do ofendido nos casos de ação penal privada.

Decerto, a presunção de inocência ou da não culpabilidade, como alguns preferem dizer, é um princípio norteador do Direito brasileiro, expressamente previsto, não somente na Constituição em seu artigo 5º, inciso LVII, mas também no artigo XI da Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, no artigo 8º, inciso 2, da Convenção Americana de Direitos Humanos e no artigo 14, inciso 2, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, que versa sobre direitos e garantias humanitárias, do qual o Brasil é parte signatária.

Os princípios e garantias consagradas no texto constitucional não podem ser ignorados ou desrespeitados e a Suprema Corte deve reafirmá-los, defendê-los e impedir decisões que os contrariem, reformando-as ou caçando-as, exatamente o contrário do que fez neste julgamento. E, sobre a importância dos princípios nós já analisamos no primeiro capítulo e aqui registramos mais uma vez a sua importância.

A decisão prolatada no HC 126.292 vai de encontro às garantias sociais e humanitárias já incorporadas no Estado democrático de direito, principalmente porque ao julgar o HC 84.078, em 05 de fevereiro de 2009, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da execução provisória da pena contra o réu e também a não recepção constitucional do artigo

637 do Código de Processo Penal, que dispõe sobre a ausência do efeito suspensivo aos recursos extraordinários.

Ocorre que em 17 de fevereiro de 2016, em sede de julgamento do HC 126.292/SP, o Supremo Tribunal Federal decide mudar sua jurisprudência e passar a permitir que, depois de decisões de segundo grau que confirmem condenações criminais, a pena de prisão já seja executada.

Teori Zavascki, relator do HC 126.292, sustentou que a manutenção da sentença penal pela segunda instância coloca fim a análise de fatos e provas que assentaram a culpa do condenado, determinando o início da execução da pena. Esta posição parte do pressuposto de que a presunção da inocência impera até a confirmação em segundo grau da sentença penal condenatória, sendo que, após esse momento, exaure-se o princípio da não culpabilidade, é o réu passa, então, a presumir-se culpado.

Parece não ter levado em consideração Zavascki o art.5º, inciso LVII, da Constituição Federal. É de fácil compreensão que o dispositivo não faz distinção entre a natureza da decisão que transita em julgado, exigindo apenas que a culpa somente seja formada com a integralidade da decisão da qual não caiba mais recurso. Sabe-se que a prisão é uma das medidas mais gravosas que pode existir, uma vez configurada restrição à liberdade, deve ser garantido o direito de esgotar todos os meios do sistema, ultimando-se com o trânsito em julgado da condenação.

O que realmente devemos destacar é que ignorando solenemente a legislação processual penal (art. 283 do Código de Processo Penal), a Corte decidiu pela relativização da presunção de inocência (artigo 5º, LVII, da CF) mediante uma tentativa de se forjar novo significado para a palavra “culpado”, supostamente em maior harmonia com o que chamou de efetividade da função jurisdicional do Estado. Também desconsiderou os Tratados Internacionais – que o

próprio Estado Brasileiro ratificou como a Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 7.º, n. 2 e art. 8.º, n. 2) e também sua própria jurisprudência (HC 84.078/MG, de 05/02/2009).

O ministro Fux, ao justificar a sua posição de seguir o voto, argumentou que, nesse caso, “houve uma deformação eloquente da presunção de não culpabilidade” na Constituição Federal. Para o ministro, “isso não corresponde à expectativa da sociedade”. “Quando uma interpretação constitucional não encontra eco no tecido social, quando a sociedade não a aceita, ela [a interpretação] fica disfuncional. É fundamental o abandono dos precedentes em virtude da incongruência social.

Entretanto, Marco Aurélio, seguindo o raciocínio desempenhado neste estudo, alegou que a decisão esvaziou “um modelo garantista decorrente da Carta de 1988. Carta que, não me canso de dizer, veio a tratar os direitos sociais antes de versar, como fizeram as anteriores, a estrutura do Estado.” Lembrou ainda dos dizeres de Ulysses Guimarães sobre a “Constituição Cidadã”. “Tenho dúvidas, presidente, se mantido esse rumo quanto à leitura dessa carta pelo Supremo Tribunal Federal, ela poderá continuar a ser tida como uma carta cidadã.”

Celso de Mello ao retratar sobre a violação da presunção de inocência afirmou que este princípio “representa uma notável conquista histórica dos cidadãos em sua permanente luta contra a opressão do Estado e o abuso de poder”. E essa garantia, continua, diferencia democracias de regimes autoritários. Como exemplo, o ministro lembra que, no Estado Novo (1937-1945), os brasileiros tinham que provar que eram inocentes. Ora, o Ministro foi absolutamente feliz ao enfatizar que os princípios, direitos e garantias fundamentais limita a atuação do poder, como defendemos.

A conclusão de toda essa atrocidade cometida pela Suprema Corte é de ausência de sentimento constitucional³. A jurisdição constitucional precisa desempenhar melhor a sua atividade, defender com mais veemência a Constituição e trabalhar em busca da máxima efetividade, precisa-se avançar com o verdadeiro constitucionalismo,

A relativização de princípios não é um argumento que deva ser considerado para justificar violação de direito constitucional. Na verdade, a decisão do HC 126.292 parece nos reportar a uma possibilidade de mutação constitucional, desrespeitando ademais, a ideia alardeada por tantos quanto à “proibição do retrocesso”.

Não se trata de relativização. Um tribunal não pode mudar a constituição; um tribunal não pode *inventar* o direito: este não é seu legítimo papel como poder jurisdicional, numa democracia. (STRECK, LIMA, CATTONI, 2017)

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da fundamentação apresentada, foi detectado que o julgamento do Habeas Corpus nº 126.292/SP provoca o retrocesso social na medida em que viola princípios e direitos garantidos pela Constituição Federal.

3 A expressão segue aquela adotada por Pablo Lucas Verdú de “sentimento constitucional”. VERDÚ, Pablo Lucas. **O sentimento constitucional: aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

No presente caso é perceptível grave ofensa ao princípio da presunção de inocência e a desconsideração de um princípio constitucional basilar é com certeza um afrontamento a Carta Magna.

A presunção de inocência tem por função tutelar a liberdade dos indivíduos e os princípios e garantias consagradas no texto constitucional não podem ser ignorados ou desrespeitados. A suprema corte deve reafirmá-los, defendê-los e impedir decisões que os contrariem, reformando-as ou caçando-as. Este não foi o comportamento do guardião da Constituição. A decisão prolatada no HC 126.292 vai de encontro às garantias sociais e humanitárias já incorporadas no Estado democrático de direito.

A fundamentação crucial para a decisão é a relativização da presunção de inocência. Com esta argumentação houve o desrespeito ao artigo 5º, LVII, da Constituição Federal, aos Tratados Internacionais, a Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 7.º, n. 2 e art. 8.º, n. 2) e também sua própria jurisprudência (HC 84.078/MG, de 05/02/2009).

Defendemos que o argumento da relativização de princípios está sendo aplicado como justificativa para a violação de direito constitucional. O que na verdade acontece é a mutação constitucional e se decisões assim se tornarem constantes nos tribunais, o sistema constitucional brasileiro enfrentará grandes problemas sociais.

É preciso ultrapassar barreiras, promover o sentimento constitucional e alcançar a máxima efetividade da Constituição são requisitos essenciais para que se consiga alcançar o propósito defendido pelo direito brasileiro.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 5ª ed. alemã. São Paulo: Malheiros, 2008.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes; SILVA, Diogo Bacha e; PEDRON, Flávio Quimaud; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Presunção de Inocência: uma contribuição crítica à controvérsia em torno do julgamento do Habeas Corpus n.º 126.292 pelo Supremo Tribunal Federal**, Disponível em: http://emporiododireito.com.br/presuncao-de-inocencia-uma-contribuicao-critica_/. Acesso em: 13 ago. 2017

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p.158.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI 4543-MC/DF, Requerentes Democratas - DEM. Relator: Min. Marco Aurélio, Brasília, D.J 23 mar. 2012. Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em 18 set. 2017.

CONJUR. Disponível em: <http://www.conjur.com.br>. Acesso em 24 fev 2014.

STRECK, Lenio; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; CATTONI, Marcelo. ***A nova perspectiva do STF sobre controle difuso***. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2007-ago-03/perspectiva_stf_controle_difuso>. Acesso em: 17 ago. 2017.

FILHO, Fernando da Costa Tourinho. **Processo Penal**. . 34 ° Ed. Vol.1. São Paulo: Saraiva, 2012.

FILHO, Fernando da Costa Tourinho. **Processo Penal**. 34 ° Ed. Vol.3. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**. 9° ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 748.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 436-437.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **O constitucionalismo brasileiro tardio**. Brasília: ESMPU, 2016.

SOARES, Ricardo Mauricio Freitas Soares. **A vedação ao retrocesso social**. O Estado da Bahia, 2011. Disponível em <http://www.bahianoticias.com.br>. Acesso em: 15 jun. 2013

STRECK, Lenio; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; CATTONI, Marcelo. ***A nova perspectiva do STF sobre controle difuso***. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2007-ago-03/perspectiva_stf_controle_difuso>. Acesso em: 17 ago. 2017.

VALENCIA VILLA, Hermando. **Los Derechos Humanos**. Madrid: Acento Editorial, 1997, p.43.

VERDÚ, Pablo Lucas. **O sentimento constitucional: aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política.** Rio de Janeiro: Forense, 2004.