

**OS RISCOS DE SE RELATIVIZAR DIREITOS CONSTITUCIONAIS
FUNDAMENTAIS EM PERÍODO DE CRISE ECONÔMICA, POLÍTICA E SOCIAL:
UMA ANÁLISE DOS HCS 126.292 E 152.752 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.**

THE RISKS OF RELYING FUNDAMENTAL CONSTITUTIONAL RIGHTS IN A
PERIOD OF ECONOMIC, POLITICAL AND SOCIAL CRISIS: AN ANALYSIS OF HCS
126.292 AND 152.752 OF THE SUPREME FEDERAL COURT.

Rafael Almeida Gonçalves¹

Ricelle Brandão Barros²

RESUMO

O presente trabalho busca demonstrar os riscos de se tomar uma decisão judicial diante de um cenário de crise política, econômica e social, principalmente quando essa decisão acaba por relativizar direitos fundamentais, como no caso dos HCs nº 126.292 e 152.752, em que o princípio da presunção de inocência foi claramente violado, princípio esse que era considerado um marco na carta constitucional de 1988 contra o autoritarismo que vigia até então. Será abordado o posicionamento do STF na aplicação do referido princípio desde a CF/88 até os últimos julgamentos, bem como, as críticas que estão sendo levantadas à atual posição do supremo sobre a relativização do princípio constitucional da presunção de inocência. O artigo é resultado de pesquisas bibliográficas, a partir da revisão de literaturas atinentes às temáticas abordadas, utilizando-se, para tanto, o método dialético.

Palavras-chave: Relativização; direitos fundamentais; HCs 126.292 e 152.752; STF.

ABSTRACT

This paper aims to demonstrate the risks of making a judicial decision facing a scenario of a political, economical and social crisis, specially when that decision ends up to relativize fundamental rights, as in the case of the HCs nr. 126.292 and 152.752, in which the principle of presumption of innocence was clearly violated, such principle that was considered a milestone in the Constitution of 1988 against the authoritarianism that existed until then. The position of STF will be approached in the application of the quoted principle since the Constitution of 1988 until the latest judgments, as well the criticism being raised about the current position of the STF about the relativization of the constitutional principle of presumption of innocence. The article is the result of bibliographic research, from the review of literature pertinent to the themes approached, using for that end the dialectical method.

¹ Mestrando em Direito pelo Centro Universitário de Guanambi – UniFG. Email: rafaelgoncalves.rag@gmail.com

² Mestranda em Direito pelo Centro Universitário de Guanambi - UniFG; Vice Coord^a. e professora do curso de Direito na Faculdade Independente do Nordeste – FAINOR. Email: ricelle_barros@hotmail.com

keywords: Relativization; fundamental rights; presumption of innocence; HCs 126.292 and 152.752; STF.

1. INTRODUÇÃO

O Brasil vive tempos de crise econômica, financeira e política e a sensação de impunidade ronda o Poder Judiciário e a população, mas até onde a necessidade de equilíbrio entre o princípio da presunção de inocência e a busca pela efetividade da prestação da função jurisdicional está atrelado a atender a valores caros não apenas ao acusado, mas à sociedade diante do intrincado e complexo sistema de justiça criminal que o país tem?

Em 28 de março de 1989, quando da vigência da Constituição Federal de 1988, ainda não existia maturidade para a interpretação do texto constitucional no que diz respeito ao art. 5º, LVII³, referente à aplicabilidade do princípio da presunção de inocência.

Assim tanto nos anos de 1989 (HC nº 67245/MG) quanto em 1991 (HC nº 68.726/DF) tinha-se o entendimento do cumprimento da pena após condenação em segunda instância como não violador do art. 5º, LVII da Constituição Federal, pois, seguia-se o entendimento de que o recurso especial e extraordinário não teriam efeito suspensivo e, por não caber mais discussão da matéria fático-probatória, isso, por si só, faz com que o referido princípio não esteja sendo desrespeitado.

Somente em 2009, por meio do HC nº 84078/MG de relatoria do Ministro Eros Grau que se entendeu conforme a constituição a execução da pena após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, respeitando-se assim o princípio constitucional da presunção de inocência. Esse último entendimento foi mantido no Supremo Tribunal Federal até o ano de 2016, quando, levando-se em consideração o contexto social do Brasil, que vem enfrentando uma grave crise política, financeira e social, mudou seu posicionamento, passando a relativizar o princípio constitucional da presunção de inocência nos julgamentos dos HCs nº: 129.292 e 152.752.

Diante dessa problemática, levantam-se as seguintes hipóteses: a possibilidade de aniquilamento de outros direitos fundamentais; a insegurança jurídica; aprofundamento da instabilidade social, política e econômica.

³ Art. 5º, LVII: ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acessado em 07 de julho de 2018.

O debate sobre o presente tema é de extrema atualidade e se justifica diante da gravidade dos possíveis riscos de se decidir pela aniquilação de direitos fundamentais numa situação de crise, na intenção de amenizar os anseios populares, quando, na verdade, é possível que se esteja causando justamente o contrário. Dessa forma, pretende-se despertar argumentos de reflexão sobre o tema, no sentido de contribuir para um debate amplo e convergente.

Assim, feito essa breve e necessária introdução sobre como o tema em debate se passou na Suprema Corte, coloca-se como objeto deste trabalho a discussão sobre quais os riscos jurídicos que recaem numa mudança de entendimento sobre as garantias consubstanciadas nos direitos fundamentais em momento de crise.

O método de abordagem deste trabalho será o dialético, tendo em vista que será realizado um confronto entre as teorias que foram desenvolvidas sobre o tema proposto para, ao final, sugerir e propor soluções ao problema acima citado de forma satisfatória.

O procedimento a ser adotado é o histórico e comparativo, haja vista que será feito um enfoque sobre a evolução dos fundamentos das decisões acima citadas, realizando-se, então, uma comparação entre elas.

A técnica empregada para realizar o trabalho será a documental e bibliográfica, através de livros, artigos e decisões judiciais sobre o tema, sendo que os procedimentos a serem abordados terão um caráter diacrônico, porque visam ao estudo e compreensão das teorias através de uma evolução no tempo; e comparativo, porque permite estabelecer um paralelo entre elas.

2. ANÁLISE HISTÓRICA DA POSIÇÃO DO STF NA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA A PARTIR DA CF/88

A efetividade da prestação jurisdicional sempre deve se pautar no que versa a Constituição Federal de 1988, em respeito à supremacia constitucional. E o processo judicial precisa ter garantias constitucionais a fim de se evitar arbitrariedades estatais.

Quando se fala de sentença penal condenatória por Tribunal de 2º grau e, com isso, a possibilidade de execução provisória da pena sem ter a prisão natureza cautelar,

incorre-se conseqüentemente numa afronta a fases processuais, assim como vilipêndio ao princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade⁴.

Essa ocorrência, por si só, quebra o principal vetor do processo penal com a Constituição Federal, trazendo instabilidade jurídica sobre os direitos e garantias fundamentais. Haja vista que a noção dos direitos fundamentais foi construída lentamente, à medida que a humanidade passava a compreender suas ações e seus direitos como algo a ser respeitado e preservado⁵.

A inserção do princípio da presunção da inocência pela CF/88, art. 5º, LVII, bem como, pelo art. 283 do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei nº: 12.403/2011, que repetiu o dispositivo constitucional vieram, expressamente, com o fim de garantir a não culpabilidade e o estado de inocência do acusado até o trânsito em julgado da ação⁶.

Antes de o referido princípio vir expresso na CF/88, o ordenamento jurídico brasileiro, de forma implícita, já introduzia sua aplicação⁷. Sua trajetória foi longa e conturbada, e com o passar do tempo ganhou mais solidez e aplicabilidade. Importa relatar que, quando da vigência do texto constitucional, ainda não existia maturidade para a interpretação do dispositivo, no que diz respeito ao art 5º, LVII, referente à aplicabilidade do princípio da presunção de inocência.

Em 28 de março de 1989, ainda na euforia do nascimento da Carta Constitucional de 1988 o Ministro Adir Passarinho da 2ª turma do STF, no HC nº 67245/MG, de um réu primário e sem antecedentes criminais, foi instado a se manifestar sobre o art. 5º, LVII, do recente texto democrático. Nessa oportunidade ele afirmou que o Recurso Extraordinário não possui efeito suspensivo, conforme art. 637 do Código de Processo Penal, pelo que não teria óbice à execução da pena após condenação do indivíduo em segunda instância⁸.

⁴ TÁVORA, Nestor. **Curso de direito processual penal**. JusPodivm, 2016. p. 71.

⁵ Idem.

⁶ Idem.

⁷ A presunção de inocência, presunção de não culpabilidade e estado de inocência são denominações tratadas como sinônimas pela mais recente doutrina. Não há utilidade prática na distinção. Trata-se de princípio que foi inserido expressamente no ordenamento jurídico brasileiro pela Constituição de 1988. Antes, já se invocava sua aplicação, por decorrer do sistema, de forma implícita. A CF/1988 cuidou do estado de inocência de forma ampla, isto é, de modo mais abrangente que a Convenção Americana de Direitos Humanos (ratificada pelo Brasil: Decreto nº 678/1992, na medida em que estabeleceu que "toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa" (art. 8º, 2), enquanto aquela dispôs como limite da presunção de não-culpabilidade o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. (Idem).

⁸ Supremo Tribunal Federal. HC nº: 67.245/MG. Relator: Min. Aldair Passarinho.

Dois anos depois, em 28/06/1991, foi a vez do plenário do Supremo Tribunal Federal se manifestar sobre o supracitado dispositivo constitucional no HC nº 68.726/DF de relatoria do Ministro Néri da Silveira. Aqui, novamente, o Supremo, por unanimidade, entendeu que o cumprimento da pena após condenação em segunda instância não viola o art. 5º, LVII da Constituição, pois o recurso especial e extraordinário não tem efeito suspensivo⁹.

Passados 18 (dezoito) anos dessa discussão plenária, com maior maturidade de análise e interpretação do texto constitucional, em 05/02/2009, o Supremo, por seu pleno, volta a discutir a matéria no HC nº 84078/MG de relatoria do Ministro Eros Grau. E, aqui firma a posição de que a prisão antes do trânsito em julgado viola os arts. 1º, III e 5º, LVII da Constituição, sendo inconstitucional a execução antecipada da pena e uma afronta a dignidade da pessoa humana¹⁰.

Nesse sentido, Eros Grau ao longo do seu julgamento, traz como confirmação do seu entendimento a decisão do STF, na RE nº: 482.006, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, com base no princípio da presunção de inocência: “a impossibilidade de antecipação de qualquer efeito afeto à propriedade anteriormente ao seu trânsito em julgado”¹¹. Com isso Eros Grau informa que se pela garantia de propriedade, o STF a unanimidade, mantém o preceito constitucional da presunção de inocência até o trânsito em julgado da sentença, porque não fazê-lo quando se está diante da garantia de liberdade, e assim aborda que:

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 qual¹².

Chegando ao fim dessa digressão histórica, nos reportamos ao ano de 2016, mais precisamente em 17/02/2016 quando, no meio de um cenário de grave crise política, financeira e social, o Supremo, por seu pleno, volta a discutir no tema, no HC nº 126.292/SP.

⁹ Supremo Tribunal Federal. HC nº: 68.726/DF. Relator: Min. Néri da Silva.

¹⁰ A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão. (Supremo Tribunal Federal. HC nº: 84.078/MG. Relator: Min. Eros Grau).

¹¹ Idem.

¹² Idem.

E, por maioria dos votos, denegam a ordem, na justificativa de que há necessidade de se manter um equilíbrio entre o princípio da presunção de inocência e a efetividade da função jurisdicional, de forma que possa atender os valores caros não apenas dos acusados, mas também da sociedade, considerando o intrincado e complexo sistema de justiça criminal.

Os ministros que votaram contra o HC nº 126.292/SP entendem que os recursos de natureza extraordinária não trazem desdobramentos de duplo grau de jurisdição, não são recursos de ampla devolutividade, considerando que não discutem mais a matéria fático-probatória, e quando a 2ª instância confirma a condenação do juiz de 1º grau, nesse momento, ocorre uma espécie de preclusão da matéria, no que diz respeito aos fatos, e por essa razão é possível falar em relativização da presunção de inocência. Ainda chegaram a abordar que a Lei Complementar nº 135/2010 (Lei da Ficha Limpa) quando previu a inelegibilidade a existência de sentença condenatória por crimes relacionados, quando confirmada a sentença pelo Tribunal, a presunção de inocência, nessa situação, não impede que antes do trânsito em julgado da ação, já ocorra a produção dos seus efeitos¹³.

Em análise à decisão do HC 126.292/SP é possível perceber que, ao longo dos votos, os ministros não fazem nenhuma abordagem ao art. 283 do Código de Processo Penal que, com a nova redação dada pela Lei nº: 12.403/2011 que repetiu o dispositivo constitucional do art. 5º, LVII. O silêncio do STF, nessa questão, traz grande ameaça a segurança jurídica do país.¹⁴

Da mesma forma foi o julgamento do HC nº 152.752/PR, mais conhecido HC do Lula, em virtude de ter como paciente o ex-Presidente da República Luís Inácio Lula da Silva, em que por maioria dos votos os ministros decidiram por não acolher o *habeas corpus* seguindo o entendimento de que a execução provisória da pena, após a confirmação em segunda instância, não viola o princípio da presunção de inocência¹⁵.

O que chama atenção nesse julgamento foi a mudança de posicionamento adotado pela ministra Rosa Weber, quem foi favorável ao HC nº: 126.292/SP seguindo o entendimento de que, pelo princípio da segurança jurídica, a execução provisória da pena só deve ocorrer em casos excepcionais, ressalvados nesses casos a antecipação do cumprimento da pena, não ferindo o princípio da presunção de inocência, sendo que no HC nº 152.752/PR¹⁶

¹³ Supremo Tribunal Federal. HC nº: 129.292. Relator: Min Teori Zavascki.

¹⁴ Idem

¹⁵ Supremo Tribunal Federal. HC nº: 152.752. Relator: Min. Edson Fachin.

¹⁶ Ver a íntegra do voto da Min. Rosa Weber. (Idem). Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/leia-voto-ministra-rosa-weber.pdf>> Acesso em: 08 jul 2018.

seguiu uma outra linha de raciocínio, contradizendo tudo o que havia exposto no HC nº: 126.292/SP, denegando a ordem no sentido manter a execução provisória da pena.

Novamente, retorna a posição dos anos de 1989 e 1991, ou seja, pela constitucionalidade da prisão após condenação de segunda instância. Ocorre que nas decisões dadas em 1989 e 1991 ainda não existia maturidade jurídica, principalmente no que se refere à interpretação da Constituição, tendo em vista a recente inserção do princípio da presunção de inocência na constituição de 1988.

Passados 30 anos, com todas as discussões que já foram levantadas sobre o tema, e com o entendimento do STF em 2009 no sentido de que a execução penal só deve ser feita após o trânsito em julgado da ação, salvo os casos especiais previstos em lei, mudar o posicionamento criando uma verdadeira controvérsia jurisprudencial no que diz respeito à relativização do princípio constitucional da presunção de inocência é estar diante de uma verdadeira política judiciária.

3- CRÍTICAS A POSIÇÃO ATUAL ADOTADA PELO SUPREMO

Através dos discursos levantados pelos ministros do STF no julgamento dos referidos *habeas corpus*, observa-se que se pautaram na necessidade de equilíbrio entre o princípio da presunção de inocência e a efetividade da função jurisdicional. Ocorre que essa relação faz-nos questionar o que de fato seria a efetividade da função jurisdicional e se ela seria a relativização do princípio da presunção de inocência.

Tudo direciona a crer que sim, isto é, relativizar o princípio da presunção da inocência, para a execução provisória da pena, dentro do contexto social, político e financeiro em que se encontram os brasileiros é realmente está mostrando a efetividade da função jurisdicional.

Entretanto, o princípio supra referido deriva duas vertentes fundamentais: a regra probatória, ou de juízo, segundo a qual a parte acusadora tem o ônus de demonstrar a culpabilidade do acusado e não o acusado de ter que provar sua inocência; e a regra de tratamento, segundo a qual ninguém pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado da ação, o que impede qualquer execução de pena, salvo nos casos excepcionais¹⁷.

O STF, ao mudar seu entendimento relativizando tal princípio, estaria entendendo que a instauração do processo penal, com condenação em 1º grau e confirmação na 2ª

¹⁷ TÁVORA, Nestor. Op. cit., p. 72.

instância já presumiria que há culpa do imputado e não sua inocência, até para tentar justificar seu novo posicionamento. Ocorre que a ordem constitucional vigente não acolhe tal comportamento, já que a presunção é de inocência e não de culpabilidade¹⁸.

O que se observou ao longo dos julgamentos dos HCs nº 129.292 e 152.752, em específico neste último, é o que o ministro Eros Grau em 2009 chama de conveniência do magistrado, não a conveniência do processo penal, para entender que a execução da pena em 2ª instância é possível sem restarem demonstrados os casos especiais para a prisão¹⁹.

O HC nº 152.752 foi levado a plenário de forma equivocada e sem o julgamento das ADCs nº: 43 e 44, e ainda com manifestação do supremo, pela fala da Presidente Cármen Lúcia, de estar se “apequenando”²⁰ caso julgasse antes as Ações Diretas de Constitucionalidade.

O respeitado jurista Lenio Streck, ao Conjur, escreveu um artigo, apontando os sete erros da decisão do referido *habeas corpus*: 1) o deslocamento do HC do seu juízo natural da turma para o plenário; 2) separar a avaliação de mérito do HC a avaliação das teses objetos das ADCs supracitadas; 3) decidir contra a concessão do HC preventivo seguindo a decisão do Tribunal, e em nome do princípio da colegialidade, afrontando a integridade do direito e o conceito do próprio princípio; 4) o posicionamento a possibilidade da execução provisória, assentado apenas a uma espécie de princípio da presunção da “não culpabilidade”; 5) utilização de argumentos políticos; 6) insistência no dualismo metodológico; 7) a confusão que se faz entre a prisão preventiva ou cautelar, e a prisão no cumprimento de um ato punitivo do Estado, nas vias penais²¹.

Os sete pontos levantados por Lenio Streck como sendo os erros cometidos pelo STF são facilmente identificáveis no HC nº: 152.752, e o que foi visto nos votos dos ministros de um modo geral e em específico os que denegaram a ordem é o que o referido autor chama

¹⁸ Idem.

¹⁹ A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados --- não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e extraordinários e subseqüentes agravos e embargos, além do que “ninguém mais será preso”. Eis o que poderia ser apontado como incitação à “jurisprudência defensiva”, que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço. (Supremo Tribunal Federal. HC nº: 84.078/MG. Relator: Min. Eros Grau).

²⁰ O GLOBO. **Revisar a prisão em 2ª instância por Lula seria 'apequenar o Supremo', diz Cármen Lúcia.**

²¹ STRECK, Lenio Luiz. **O STF, sete erros... e um destino! E meu prognóstico, do qual discordo!**

de “juiz protagonista”, o juiz que se acha dono da lei, e quando há limites, decide o que se quer sobre a lei²².

Nesse ponto reporto-me as lições de Ingeborg Maus²³, no artigo que escreveu sobre o “Judiciário como superego da sociedade [...]”. Trazendo o tipo de abordagem hermenêutica do Tribunal Federal Constitucional Alemão, onde não mais se contentando com a aplicação do Direito Positivo, passou a apelar a fundamentos de ordem moral. Isso porque, no contexto histórico da época, após a segunda guerra mundial, a sociedade Alemã estava em construção de uma consciência individual, com demandas determinadas mais por diretrizes sociais, do que pela intermediação de uma figura pública, dominante, que pudesse ser considerada como uma figura paterna, diante de uma “sociedade órfã”.

Nesse cenário em que se vivia a Alemanha, tanto o poder perde em visibilidade e acessibilidade, como a sociabilidade individual perde a capacidade de submeter às normas sociais à crítica autônoma. O que Maus chama, nesse contexto, de “sociedade órfã” é um paradoxo, ratificando o infantilismo dos sujeitos e a consciência de suas relações sociais de dependência que diminuiu. Foi um período em que o indivíduo e a coletividade, foram transformados em meros objetos administrados²⁴.

O contexto exposto mostra a posição de supremacia assumida pelo Poder Judiciário na Alemanha, fazendo-o alcançar à qualidade de “pai” e ditador dos valores de uma sociedade essencialmente carente de tutela e, portanto, “órfã”. E com isso é de se observar que o direito aplicado não era aquele votado pelo Poder Legislativo soberano, mas aquele que o Judiciário entendia como aplicável, sucumbindo-o diante de qualquer teste de legitimidade²⁵.

O que na Alemanha foi o Tribunal por uma questão de pouca importância relativa, como a sincronização dos períodos de legislatura na construção do Estado alemão-ocidental, simplesmente se sentiu motivado a discutir sua própria competência e métodos de interpretação constitucional, menosprezando qualquer limitação constitucional²⁶.

Dessa forma, foi fácil para a Corte Constitucional Alemã criar doutrinas como a da jurisprudência de valores, julgando de acordo com cláusulas gerais, conceitos jurídicos indeterminados e outros parâmetros abertos que não tinham vinculação à letra da

²² Idem. **Presunção de inocência e juiz natural: um dia os textos vão revidar!**.

²³ MAUS, Ingeborg. **O Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”**. Trad. Martônio Lima e Paulo Albuquerque. p. 183-185.

²⁴ Idem.

²⁵ Ibidem. p. 194.

²⁶ Ibidem. p. 191.

Constituição, mas que, pelo contrário, seriam tratados como normas suprapositivas às quais o Judiciário teria sempre acesso mediante o exercício do controle de constitucionalidade das leis. Nesse sentido Lenio Streck relata que:

Uma coisa que não tem sido dita é que o equívoco das teorias constitucionais e interpretativas que estabelecem uma repriminção das teses da *Jurisprudência dos Valores* – mormente em *terrae brasilis* – está na busca de incorporar o *modus* tensionante do tribunal alemão em realidade (tão) distintas, que não possuíam (e não possuem) os mesmos contornos históricos acima retratados. No caso específico do Brasil, onde, historicamente até mesmo a legalidade burguesa tem sido difícil de “emplacar”, a grande luta tem sido a de estabelecer as condições para o fortalecimento de um espaço democrático de edificação da legalidade, plasmado no texto constitucional.²⁷

É importante ressaltar que o diagnóstico dado por Maus não ficou restrito apenas a Alemanha, sendo também visível no Brasil o aumento de popularidade do Judiciário²⁸, sobretudo depois dos últimos julgamentos que se vivencia no país. Infelizmente, ao analisar a fundo os julgamentos dos HCs nº: 129.292 e 152.752, e a forma como foram conduzidos os votos dos ministros, é como se o Brasil estivesse de fato órfão e carente de um judiciário que pudesse solucionar seus problemas políticos e, o STF, neste cenário atual em que se encontra está tentando fazer o papel de “pai” da sociedade.

Mas o que se vê hoje nas decisões judiciais são as superinterpretações, e isso é muito perigoso, pois envolve o excesso interpretativo do Poder Judiciário.²⁹ É importante ter em mente que o juiz, ao tomar uma decisão processual, precisa formar seu convencimento dentro do direito, ou seja, dentro de um sistema de regras e princípios.

Ao analisar o princípio da presunção de inocência o que está em jogo é a análise de uma norma, posto que princípio é norma, e por isso que Lenio Streck aborda que na hermenêutica diz-se que princípios não são valores, pois valores são contingenciais. Isso significa dizer que cada um tem o seu, e como é necessário que haja um padrão, o princípio é um padrão e, por essa razão, não cabe sua relativização para tentar adequá-lo a melhor comodidade social, como foi feito nos *habeas corpus*³⁰.

Em sequência cabe trazer os traços do ativismo judicial que o judiciário brasileiro vem adotando, é o que Streck fala de uma das 5 recepções equivocadas adotadas pelo Direito

²⁷ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?**. p. 21.

²⁸ SILVA, Daniela Juliano. **O Conselho Nacional de Justiça: instrumento de contenção do Judiciário como "superego" da sociedade?**

²⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Assim como nos AAs, sugiro a Jusvoa (Juristas Voluntaristas Anônimos).**

³⁰ Idem. **Direito não pode ser corrigido por valores morais.**

brasileiro³¹. Num primeiro plano, seguindo os ensinamentos do referido autor, ressalta-se que o ativismo judicial não é um fator positivo, é o que ele chama de vulgata da judicialização, é behaviorista, comportamentalista, é quando o juiz se substitui a juízos éticos, morais, econômicos que é um comportamento do legislador e do executivo e não do judiciário. O ativismo norte-americano não é um sentimento constitucional, tem várias facetas nos EUA, mas é um ativismo, a entrada dele no Brasil também vem de forma descontextualizada, alimentando assanha de certo decisionismo no país.³²

Chega-se a um ponto que se vê um total protagonismo judicial no lugar de uma legalidade constitucional. E assim tem-se o julgamento do HC nº 126.292, onde o STF foi omissos com relação aos dispositivos: art. 283 do CPP, e os arts. 105 e 147 da Lei de Execução Penal que preveem a prisão apenas com o trânsito em julgado da ação, desde que não seja de natureza cautelar.

Há duas Ações Diretas de Constitucionalidade nº 43 e 44 ainda pendentes de julgamento, e essa morosidade compromete a ordem e todo o sistema jurídico do país, ainda mais levando em consideração os efeitos que as decisões dos *habeas corpus* estão produzindo de forma incontável em outras ações, até mesmo com efeito colateral, já que, mesmo não tendo efeito *erga omnes*, os tribunais estão adotando posicionamento idêntico, incluindo as ações civis e trabalhistas.

O judiciário anda atendendo os valores da sociedade. Ocorre que o STF não pode e não deve resolver questões políticas/sociais, decidindo de forma que venha agradar os anseios sociais, vivendo de um verdadeiro populismo judicial. Dessa forma o direito perde sua autoridade e fica refém de argumentos metajurídicos.

4- CONSIDERAÇÕES FINAIS

³¹ Essas carências jogaram os juristas brasileiros nos braços das teorias alienígenas. Consequentemente, as recepções dessas teorias foram realizadas, no mais das vezes, de modo acrítico, sendo a aposta no protagonismo dos juízes o ponto comum da maior parte das teorias. Com efeito, houve um efetivo “incentivo” doutrinário a partir de cinco principais posturas ou teorias: a Jurisprudência dos Valores, o realismo norte-americano (com ênfase no ativismo judicial), a teoria da argumentação de Robert Alexy, o neoconstitucionalismo e os métodos interpretativos de Savigny[...]. Idem. **Verdade e Consenso**. p. 79.

³² Do mesmo modo, também o termo *ativismo judicial* vem sendo empregado no Brasil de um modo *tabula rasa*. Note-se: nos Estados Unidos – e esta é/foi a terceira recepção equivocada –, a discussão sobre o governo dos juízes e sobre o ativismo judicial acumulada de 200 anos de história[...]. Ibidem. p. 83.

A partir da análise da bibliografia utilizada na presente pesquisa foi possível verificar a importância dada ao princípio da presunção de inocência na nova ordem constitucional de 1988, haja vista ser visto como salvaguarda do direito fundamental da liberdade de ir e vir, sendo de extrema relevância contra o autoritarismo vigente até então.

Assim, o STF sob argumento de que estava fazendo uma interpretação conforme a Constituição acabou por relativizar o referido princípio mutilando o texto constitucional, se transformando num verdadeiro legislador originário.

A mudança de entendimento do Supremo sobre a possibilidade de relativização dos direitos fundamentais acaba por gerar grave insegurança jurídica, com uma celeuma de decisões judiciais divergentes em todo país, principalmente no presente caso em que a decisão no HC nº 126.292 não gerou o efeito *erga omnes*, mas seguiu a mesma linha de raciocínio do HC nº: 152.752. Assim, o Supremo acaba por tomar suas decisões na tentativa de ser o meio para solucionar os problemas políticos/sociais do país, deixando de lado seu dever de decidir de acordo com o direito, com a constituição.

O princípio da presunção de inocência não é compatível com a execução da sentença antes do trânsito em julgado da condenação.

Com a manutenção dos efeitos dos HCs nº: 126.292 e 152.752, inevitavelmente, isso faz com que o julgamento das ADCs nº: 43 e 44 sejam na declaração da inconstitucionalidade do art. 283 do CPP (redação alterada pela Lei nº 12.403/11). Importa ressaltar que no projeto da reforma do art. 283 do CPP, as principais alterações visavam a impossibilidade de, antes da sentença condenatória transitada em julgado, haver prisão que não seja de natureza cautelar, repetindo, assim, o dispositivo constitucional.

O STF ao denegar os *habeas corpus* supracitados, se continuar mantendo essa mesma linha de interpretação, terá que declarar a inconstitucionalidade dos arts. 283 CPP, 105 e 147 da Lei de Execução Penal.

O grande problema é que os magistrados vêm sofrendo crises de identidade, não sabem mais para quem serve, nem o que devem julgar. Os discursos feitos pelos ministros nos últimos tempos têm sido discursos políticos, estão julgando de forma política.

O que os autores do direito estão vendo são alguns votos e muitos discursos, não se observa mais votos juridicamente fundamentados pela constituição, mas, lamentavelmente, discursos políticos de combate a impunidade da segurança pública. O Supremo é o maior grau existente no Poder Judiciário, e, dessa forma, se comunica com os graus inferiores, por suas

últimas decisões vê-se que não sabem mais o que fazer e a que expectativas devem corresponder. E isso é sintomático de uma crise seria do judiciário brasileiro.

Essa situação afeta o princípio supremo do processo que é a imparcialidade, imparcialidade do afastamento do juiz, é o judiciário entrando onde não deveria. E com isso a população brasileira não tem mais a capacidade de estranhamento, já que se encontra no nível de banalização da barbárie, onde se vê a normalização do funcionamento anormal da justiça do Brasil.

É o Supremo Tribunal Federal atuando como poder constituinte originário, na admissão de argumentos políticos, e disso observa-se que o direito perde sua autoridade e automaticamente fica refém de argumentos metajurídicos, ou seja, argumentos que estão fora do mundo jurídico. Chamamos isso de verdadeiro populismo judicial, sendo que o STF não pode e não deve resolver questões políticos/sociais dando decisões que agradam a sociedade.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Brasília, DF: Senado. 1941.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 07 jul 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC nº: 67.245/MG. Relator: Min. Aldair Passarinho. Paciente: Oscar Gaioso Martins. Coator: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Data de julgamento: 28/03/1989, Segunda Turma, data da publicação: DJ 26/05/1989 PP-08945 EMENT VOL-01543-02 PP-00244. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14673780/habeas-corpus-hc-67245-mg>>. Acesso em: 08 jul 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC nº: 68.726/DF. Relator: Min. Néri da Silva. Paciente: Marco Antônio da Fonseca Loureiro. Impetrante: Fernando Eduardo Ayres da Motta. Coator: Tribunal de Alçada Criminal do Estado do Rio de Janeiro. Data de julgamento: 28/06/1991, Tribunal Pleno, data da publicação: DJ 26/11/1992 PP-21612 EMENT VOL-01685-01 PP-00209. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/751798/habeas-corpus-hc-68726-df>>. Acesso em: 08 jul 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC nº: 84.078/MG. Relator: Min. Eros Grau. Paciente/Impetrante: Omar Coelho Vitor. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Data de julgamento: 05/02/2009, Tribunal Pleno, data da publicação: DJe-035 DIVULG 25/02/2010 PUBLIC 26/02/2010 EMENT VOL -02391-05 PP-01048. Disponível em: <

<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14715763/habeas-corpus-hc-84078-mg>>. Acesso em: 08 jul 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC nº: 129.292. Relator: Min Teori Zavascki. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Impetrante: Maria Claudia de Seixas. Coator: Relator do HC nº: 313.021 do Superior Tribunal de Justiça. Data do julgamento: 17/02/2016. Plenário. Disponível em: <
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 8 jul 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC nº: 152.752. Relator: Min. Edson Fachin. Paciente: Luiz Inácio Lula da Silva. Impetrante: Cristiano Zanin Martins. Coator: Vice-presidente do Superior Tribunal de Justiça. Data de julgamento: 04/04/2018. Plenário, data da publicação: DJe nº 127 27/06/2018. Disponível em: <
<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5346092>>. Acesso em: 08 jul 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC nº: 152.752. Relator: Min. Edson Fachin. Paciente: Luiz Inácio Lula da Silva. Impetrante: Cristiano Zanin Martins. Coator: Vice-presidente do Superior Tribunal de Justiça. Data de julgamento: 04/04/2018. Plenário, data da publicação: DJe nº 127 27/06/2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/leia-voto-ministra-rosa-weber.pdf>. Acesso em: 08 jul 2018.

O GLOBO. **Revisar a prisão em 2ª instância por Lula seria 'apequenar o Supremo', diz Cármen Lúcia**. Disponível em: < <https://oglobo.globo.com/brasil/revisar-prisao-em-2-instancia-por-lula-seria-apequenar-supremo-diz-carmen-lucia-22343363?> Acesso em: 09 jul 2018.

MAUS, Ingeborg. **O Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”**. Trad. Martônio Lima e Paulo Albuquerque. Disponível em: < <http://www.direitocontemporaneo.com/wp-content/uploads/2014/02/JUDICI%C3%81RIO-COMO-SUPEREGO-DA-SOCIEDADE.pdf>>. Acesso em: 8 jul 2018.

SILVA, Daniela Juliano. **O Conselho Nacional de Justiça: instrumento de contenção do Judiciário como "superego" da sociedade?**. Publicado em: 23/06/2014. Disponível em: < <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-conselho-nacional-de-justica-instrumento-de-contencao-do-judiciario-como-superego-da-sociedade,48739.html>>. Acesso em: 8 jul 2018.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso** / Lenio Luiz Streck. - 6. ed. rev. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** – 5. ed. rev. e atual. de acordo com as alterações hermenêutico-processuais do Códigos. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

_____. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica** - 4ª Ed. 2014. Ed. revistas dos tribunais.

_____. **O STF, sete erros... e um destino! E meu prognóstico, do qual discordo!**. Publicado em: 09/04/2018. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2018-abr-09/streck-stf-erros-destino-meu-prognostico-qual-discordo>>. Acesso em: 8 jul 2018.

_____. **Presunção de inocência e juiz natural: um dia os textos vão revidar!**. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2018-fev-08/senso-incomum-presuncao-inocencia-juiz-natural-dia-textos-revidar>>. Acesso em: 8 jul 2018.

_____. **Assim como nos AAs, sugiro a Jusvoa (Juristas Voluntaristas Anônimos)**. Publicado em: 12/04/2018. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2018-abr-12/assim-aas-sugiro-jusvoa-juristas-voluntaristas-anonimos>>. Acesso em: 8 jul 2018.

_____. **Direito não pode ser corrigido por valores morais**. Publicado em: 02/04/2012. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2012-abr-02/valores-morais-nao-podem-nortear-principios-juridicos-lenio-streck>>. Acesso em: 09 jul 2018.

TÁVORA, Nestor. **Curso de direito processual penal**. Nestor Távora, Rosmar Rodrigues Alencar – 11. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: JusPodivm, 2016.

Submissão? 19.09.2018

Aprovação: 20.10.2018