



REVISTA DE ESTUDOS JURÍDICOS

UMA BREVE ANÁLISE DO ACÓRDÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DO HC 126.292/SP À LUZ DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Recebido em:	31/10/2016
Aprovado em:	28/11/2016

Angélica Ferreira Rosa¹

Everton Moreira de Oliveira ²

RESUMO: Em 17 de Fevereiro de 2016, o Supremo Tribunal Federal finalizou o julgamento do HC 126.292/SP. Na oportunidade, foi acordado pelos ministros daquele tribunal que a execução provisória de acórdão penal de segunda instância, sobre o qual pode recair recurso especial ou extraordinário, não macula o mandamento do art. 5º, LVII da CF/88. Este trabalho, por meio do método bibliográfico e da técnica de coleta documental, analisando a legislação vigente, doutrina e jurisprudência, irá tratar sobre a inconformidade da decisão do STF com a imediata aplicação do Princípio Fundamental da Presunção de Inocência na seara do Direito Processual Penal e verificar os traços de ativismo judicial presentes no caso.

PALAVRAS-CHAVE: Princípio da Presunção de Inocência. Ativismo Judicial. Direitos e garantias Fundamentais.

¹ Doutorado em andamento na Universidade Federal do Paraná 2016 na área de concentração Relações Sociais, linha de pesquisa Novos Paradigmas do Direito e orientação do Doutor Elimar Szaniawski. Mestrado em direitos de personalidade pelo Centro Universitário de Maringá-Unicesumar. Formada pela Universidade Estadual de Maringá. Participa constantemente de eventos, congressos, palestras e simpósios e desenvolve projetos nas áreas Direito da Família, Direito Constitucional e Direito Civil, com ênfase nos direitos de personalidade. É advogada inscrita nos quadros da OAB 71475 Pr. Advogada dativa da Comissão de ética da subseção de Maringá-Pr. Jurada do Tribunal do Júri de Maringá-Pr. angelicaferreirarosa@hotmail.com

² Graduando da Faculdade Campo Real. Guarapuava-Pr.



REVISTA DE ESTUDOS JURÍDICOS

ABSTRACT: On 17 February 2016, the Supreme Court concluded the trial of HC 126.292/ SP. On that occasion, it was agreed by the ministers of that court that the provisional execution of the criminal judgment of the second instance, on which may fall special or extraordinary appeal, not macula the commandment of art. 5, LVII of CF/88. This work, through the bibliographical method and documentary collection technique, analyzing legislation, doctrine and jurisprudence, will treat on the nonconformity of the Supreme Court's decision to the immediate application of the Fundamental Principle of Presumption of Innocence in the harvest of the Criminal Procedural Law and check the traces of judicial activism present in the case.

KEYWORDS: Principle of Presumption of Innocence. Judicial activism. Fundamental rights and guarantees.

1 INTRODUÇÃO

Em 17 de fevereiro de 2016, o plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu, por maioria de votos, que é possível a execução provisória de pena privativa de liberdade, quando incabível a substituição, confirmada pela segunda instância sem, no entanto, fazer-se coisa julgada. Grosso modo, os tribunais que confirmem a sentença condenatória de pena privativa de liberdade do juízo de primeira instância podem, desde logo, expedir mandado de prisão em desfavor do réu, mesmo sem o trânsito em julgado da ação.

O recurso julgado pelo STF visava impedir a execução da sentença condenatória alegando, dentre outras razões – não centrais ao tema aqui tratado –, a inexistência do trânsito em julgado da ação penal. A decisão do tribunal acerca do caso foi desfavorável à concessão do Habeas Corpus, ou seja, manteve-se a decisão da segunda instância de decretar a prisão do réu.

O julgamento acerca do tema foi resolvido em sete votos denegando o HC e quatro votos concedendo-o, o que mostra certa – e boa – discussão sobre o tema.

Na oportunidade, os ministros que acompanharam o Ministro-Relator Teori Zavascki, entenderam que a execução provisória era possível e não tinha o condão de macular o princípio constitucional da Presunção de Inocência.



REVISTA DE ESTUDOS JURÍDICOS

Este trabalho irá analisar o disposto no art. 5º, LVII/CF88 bem como a doutrina, jurisprudência e legislação pertinente ao tema, a fim de investigar quais as implicações que a decisão do STF causou sobre a aplicação desse direito fundamental, positivado não apenas na nossa Constituição Federal, mas em Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos que o Brasil ratificou.

O método dialético foi empregado nesse trabalho no sentido de que a partir da realidade da decisão do plenário do STF, a qual confrontada com a tese de que, na verdade, o acórdão desrespeita a Constituição federal de 1988, a garantia processual decorrente do Princípio da Presunção de Inocência e, inclusive, influi negativamente no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

2 O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.

O princípio da Presunção da Inocência está explícito na Constituição Federal de 1988 no art. 5º, LVII, onde se ordena que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Em vista disso ninguém pode ser punido antes de sua culpa ser demonstrada, sem que incida sobre a sentença condenatória qualquer espécie de recurso ou mesmo possibilidade de adentrar em fase recursal.

Ao definir princípios, Guilherme de Souza Nucci entende:

Princípio, etimologicamente, significa causa primária, momento em que algo tem origem, elemento predominante na constituição de um corpo orgânico, preceito, regra, fonte de uma ação. Em direito, princípio jurídico quer dizer uma ordenação que se irradia e imanta os sistemas de normas, conforme ensina José Afonso da Silva (Curso de direito constitucional positivo, p.85), servindo de base para a interpretação, integração, conhecimento e aplicação do direito positivo. Cada ramo do Direito possui princípios próprios, que informam todo o sistema, podendo estar expressamente previstos em lei ou ser implícitos, isto é, resultar da conjugação de vários dispositivos legais, de acordo com a cultura jurídica formada com o passar dos anos de estudo de determinada matéria. O



REVISTA DE ESTUDOS JURÍDICOS

processo penal não foge à regra, sendo regido, primordialmente, por princípios, que, por vezes, suplantam a própria literalidade da lei.³

Tal é a importância dos princípios não só para o direito, mas para todas as áreas do saber humano que Miguel Reale em sua obra afirmou:

“[...] toda forma de conhecimento filosófico ou científico implica a existência de princípios, isto é, de certos enunciados lógicos admitidos como condição ou base de validade das demais asserções que compõem dado campo do saber”.⁴

Portanto, é necessário, em toda ação penal, observar o Princípio da Presunção de Inocência – dentre outros - como ponto central para a harmonia e racionalização de todo sistema jurídico-criminal em busca, efetivamente, da condenação apenas de quem teve culpa demonstrada de uma maneira inequívoca, imputando ao cidadão, pela prática da infração penal, a pena necessária e suficiente para reprovação de sua conduta e prevenção de futuras ocorrências, à luz do mandamento do art. 59 do Código Penal brasileiro.

O princípio objeto deste trabalho data da época da Revolução Francesa, trata-se da ideia de que o condenado só pode ser punido depois de demonstrada sua culpa, o qual teve sua primeira aparição dentre o mundo das normas no período iluminista. Segundo o processualista Tourinho Filho:

Na verdade, há mais de duzentos anos, o art. 9º da Declaração dos Direitos do Homem, de 26-8-1789, proclamava: “Todo homem é considerado inocente, até o momento em que, reconhecido como culpado, se for indispensável sua prisão, todo rigor desnecessário, empregado para efetua-la, deve ser severamente reprimido pela lei”.⁵

³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, pg 39.

⁴ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, pg 303.

⁵ FILHO, Fernando da Costa Tourinho. **Processo Penal**. vol 1. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2004,pg 89.



REVISTA DE ESTUDOS JURÍDICOS

A ideia central do Princípio da Presunção de Inocência está no mundo jurídico há mais de dois séculos. Encontra-se, inclusive, na obra *Dos delitos e das penas* de Beccaria, entendimento que correspondente ao que temos modernamente: “um homem não pode ser considerado culpado antes da sentença do juiz”.⁶

Após a sua positivação na Declaração dos Direitos do Homem, fez-se presente na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, no art. 11, *in verbis*:

Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.⁷

Além desses dispositivos, o entendimento da presunção da inocência do acusado foi aceito pela Convenção Americana dos Direitos Humanos, conhecida como Pacto São José da Costa Rica, em seu art. 8º, I ao dizer que “toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”. Esse pacto foi ratificado no Brasil por meio do Decreto Legislativo nº 27, de 26 de maio de 1992.

Instituto idêntico é descrito na primeira parte do art. 66 do Estatuto de Roma do Tribunal Internacional, “toda a pessoa se presume inocente até prova de sua culpa perante o Tribunal, de acordo com o direito aplicável”. O Estatuto de Roma foi promulgado no Brasil pelo Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002.

Portanto, até adentrar expressamente na legislação pátria e ser positivado no art. 5º, LVII da Constituição Federal de 1988, o Princípio da não-culpabilidade percorreu longo caminho dentre os pactos internacionais de direitos humanos.

⁶ BECCARIA, Cesare Bonesana. *Dos delitos e das Penas*. 1. ed. São Paulo: Edipro, 2013, pg 40.

⁷ **DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS DE 1948**. Disponível em: < <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf> > Acesso em: 15 out. 2016.



2.1 A PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA COMO GARANTIA PROCESSUAL

A Constituição Federal de 1988 em seu art. 5º, nos seus incisos e parágrafos trouxe o rol de direitos e garantias fundamentais, os quais assistem a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no país.

Para Paulo Bonavides “os direitos fundamentais são o oxigênio das Constituições democráticas”⁸, tal é a importância desses direitos, indispensáveis a cada ser humano e que devem assistir todos para que seja possível ter uma vida digna.

Os direitos fundamentais objetivam preservar a dignidade da pessoa humana. Gilmar Mendes e Paulo Gonet Branco entendem que os direitos fundamentais são o núcleo da proteção da dignidade da pessoa e ainda, asseveram ser a Constituição o local adequado para positivá-los.⁹

A matéria é tão relevante que possui algumas características especiais frente a outras espécies normativas presentes no ordenamento jurídico. Dentre elas, Pedro Lenza, resumindo a matéria, nos dá um rol de características determinadas por David Araújo e Serrano Nunes Júnior: historicidade, universalidade, limitabilidade, concorrência, irrenunciabilidade, inalienabilidade e imprescritibilidade¹⁰. Por meio dessas características, afirma-se que os direitos fundamentais são dotados de caráter histórico e têm como destinatários todos os homens, sem qualquer tipo de distinção.

Além da sua destinação, os direitos podem ser exercidos cumulativamente, razão pela qual, por vezes necessitam de interpretação para que o magistrado aplique a solução mais justa ao caso em que tenha conflito de direitos fundamentais. Por fim, os direitos fundamentais não têm conteúdo patrimonial, nem pode ser denegado pelo seu destinatário, podendo e, devendo, ser exercido a qualquer tempo.

Percebe-se que o legislador constituinte foi cuidadoso ao tratar da matéria, garantindo no § 1º do art. 5º da CF88 que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” e, inclusive, englobando todo direito que a legislação pátria entenda como

⁸ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2001, pg 340.

⁹ MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. **Curso de Direito Constitucional**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, pg 135.

¹⁰ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, pgs 1146-1147.



REVISTA DE ESTUDOS JURÍDICOS

fundamental mesmo que descrito fora do emblemático art. 5º, como é visto no art. 5º, § 2º da CF88: “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Mendes e Branco, ao tratar da aplicabilidade direta como característica dos direitos fundamentais, aduz que “verifica-se marcado zelo nos sistemas jurídicos democráticos em evitar que as posições afirmadas como essenciais da pessoa quedem como letra morta ou que só ganhem eficácia a partir da atuação do legislador”.¹¹ Ou seja, a característica da aplicabilidade imediata existe para que os direitos positivados como mais importantes dentro de determinada ordem jurídica sejam efetivados em um plano concreto e não permaneçam apenas no texto da lei.

Sendo assim, acerca dos princípios constitucionais, entende-se que estes devêm ser observados, não só pela função judiciária do Estado, mas igualmente por sua função legislativa e executiva quando da realização de suas funções típicas e atípicas.

No rol dos direitos fundamentais, algumas garantias constitucionais são positivadas e atingem principalmente o âmbito do Direito Penal e Direito Processual Penal. Dentre elas, neste, damos destaque ao estado de inocência.

Tratando das garantias constitucionais, Bonavides assevera:

As garantias constitucionais tanto podem ser garantias da própria Constituição (acepção lata) como garantias dos direitos subjetivos expressos ou outorgados ou outorgados na Carta Magna, portanto, Remédios jurisdicionais eficazes para a salva desses direitos (Acepção estrita).

Na primeira acepção as garantias são concebidas para manter a eficácia e a permanência da ordem constitucionais contra fatores desestabilizantes, sendo em geral a reforma da constituição [...].

Na segunda acepção já não se trata de obter uma garantia para a Constituição e o direito objetivo na sua totalidade, mas de estabelecer uma proteção **direta e imediata aos direitos fundamentais**, por meio de remédios jurisdicionais próprios e eficazes, providos pela ordem constitucional mesma.¹² (**Grifos nossos**)

¹¹ MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. **Curso de Direito Constitucional**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, pg 153.

¹² BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2001, pg 488.



REVISTA DE ESTUDOS JURÍDICOS

O pensamento do autor, portanto, vai de encontro com a ideia de que as garantias fundamentais servem para garantir o Estado Democrático de Direito e a efetivação dos direitos fundamentais estabelecidos na Constituição Federal.

Enquanto garantia processual, o Princípio da Presunção de Inocência impede que o réu, ou investigado, tenha direitos maculados antes de sua culpa ser demonstrada. Pressupõe que para o Estado retirar direitos do cidadão haja sentença condenatória declarada, após cumpridos todos os seus requisitos e desde que, durante o processo, todos os princípios tenham sido obedecidos piamente.

Dessa maneira, percebe-se a finalidade das garantias processuais no sentido de impedir arbitrariedades por parte do Estado, por meio da figura do magistrado, contra – principalmente, mas não só – a liberdade individual de cada homem ou mulher que venha a ser parte em uma relação processual.

Acerca da finalidade, especificamente, do Princípio da Presunção de Inocência dentro do direito processual, Nucci enuncia:

Tem por objetivo garantir, primordialmente, que o ônus da prova cabe à acusação e não à defesa. As pessoas nascem inocentes, sendo esse o seu estado natural, razão pela qual, para quebrar tal regra, torna-se indispensável que o Estado-acusação evidencie, com provas suficientes, ao Estado-juiz, a culpa do réu.¹³

Por conseguinte, as garantias fundamentais, no âmbito do direito instrumental, visam assegurar que todos os direitos do réu permaneçam imaculados de modo que, uma vez condenado, nenhum direito além daquele atingido pela sentença penal condenatória tenha sido, ou venha a ser, suprimido, reduzido ou excluído pela atividade jurisdicional.

¹³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, pg 85.



2.2 O ESTADO DE INOCÊNCIA ENQUANTO DESDOBRAMENTO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A Constituição Federal de 1988 arrola como fundamento da República Federativa do Brasil, em seu art. 1º, III, a dignidade da pessoa humana. Acerca de uma conceituação sobre o que é a dignidade da pessoa humana, Ingo Wolfgang Sarlet enuncia:

[...] o conteúdo da dignidade da pessoa humana, não há como negar, de outra parte, que uma conceituação clara do que efetivamente seja esta dignidade, inclusive para efeitos de definição de seu âmbito de proteção como norma jurídica fundamental, revela-se no mínimo difícil de ser obtida, isso sem falar na questionável (e questionada) viabilidade de se alcançar algum conceito satisfatório do que, afinal de contas, é e significa a dignidade da pessoa humana hoje, não sendo evidentemente à toa que já houve quem – ao referir-se à dignidade humana – falou de uma “tese não interpretada” (Theodor Heuss).¹⁴

Mostra-se, por consequência, uma dificuldade substancial em se definir um conceito desse fundamento da república. A doutrina não conseguiu, por ora, traçar linhas gerais no sentido de um entendimento universal acerca desse conceito.

Diversos fatores concorrem para obstar a concretização de um conceito, inclusive o termo dignidade que é amplo e necessita de uma valoração para sua definição. Em sua fala acerca da dificuldade de conceituação da dignidade humana, Sarlet dá uma definição do que ela – a dignidade - seria:

Uma das principais dificuldades, todavia – e aqui recolhemos a lição de Michael Sachs -, reside no fato de que no caso da dignidade da pessoa, diversamente do que ocorre com as demais normas jus fundamentais, não se cuida de aspectos mais ou menos específicos da existência humana (integridade física, intimidade, vida, propriedade, etc.), mas, sim, de uma qualidade tida como inerente ou, como preferem outros, atribuída a todo e qualquer ser humano, de tal sorte que a dignidade – como já restou evidenciado – passou a ser habitualmente definida como **constituindo o valor próprio que identifica o ser humano como tal**, definição esta que, todavia acaba por não contribuir muito para uma

¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, pgs 48-49.



REVISTA DE ESTUDOS JURÍDICOS

compreensão satisfatória do que efetivamente é o âmbito da proteção da dignidade, na sua condição jurídico-normativa.¹⁵(grifos nossos)

É lógico, então, entender que, para os que coadunam com a definição proposta acima, todas as situações que são naturais ao homem pelo fato, simplesmente, de serem homens, concorrem para a dignidade da pessoa humana. Assim o é para o estado de inocência do ser humano, natural ao homem, e que perdura enquanto não for demonstrada qualquer espécie de culpa.

Nesse sentido, Aury Lopes Jr, citando entendimento de Amilton Bueno de Carvalho aduz que “o Princípio da Presunção de Inocência não precisa estar positivado em lugar nenhum: é ‘pressuposto’ – para seguir Eros -, nesse momento histórico, da condição humana”.¹⁶

Assim, baseando-se na afirmação acima grifada, entende-se que a positivação pelo Poder Público do Princípio da Presunção de Inocência se demonstra como corolário lógico da dignidade da pessoa humana pelo nosso ordenamento jurídico.

Faz-se necessário, então para salvaguardar o fundamento da República imaculado, que se respeitem todos os princípios que lhe são decorrentes. O desrespeito a qualquer um desses princípios derivados irá expor à perigo a efetivação e concretização real, no seio da sociedade, do respeito à dignidade humana, como foi o caso de recente julgado do Supremo Tribunal Federal.

3 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O HC 126.292/SP E A DECISÃO DO STF

Conforme relatório do Habeas Corpus 126.292/SP impetrado no Supremo Tribunal Federal, o objetivo deste era obstar a execução de mandado de prisão expedido pelo Superior Tribunal de Justiça, em face do indeferimento do HC 313.021/SP pelo Presidente do Superior Tribunal de Justiça, Ministro Francisco Falcão.

¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, pg 49.

¹⁶ JÚNIOR, Aury Lopes. **Direito Processual Penal**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, pg 217.



REVISTA DE ESTUDOS JURÍDICOS

Dentre as alegações feitas no HC levado ao STF está a inexistência do trânsito em julgado da sentença condenatória, fato este que, para a impetrante, acarretaria na impossibilidade da expedição de mandado de prisão em desfavor do paciente, ou seja, alegou-se a inexistência de coisa julgada.

No ensinamento de Alexandre Freitas Câmara “pode-se, pois, definir a coisa julgada como a imutabilidade da sentença (coisa julgada formal) e de seu conteúdo (coisa julgada material), quando não mais cabível qualquer recurso”.¹⁷

Ainda sobre o fenômeno da coisa julgada, Mirabete expressa:

Prolatada a sentença e intimadas as partes, se não for interposto recurso no prazo previsto em lei a decisão torna-se definitiva, inalterável. Interposto recurso e esgotadas as vias para o reexame da sentença, a última manifestação do órgão jurisdicional, confirmando ou modificando a decisão de primeiro grau, também se torna imutável a decisão.¹⁸

Portanto, trânsito em julgado é uma expressão que designa o término do processo que busca a satisfação do interesse jurídico. Logo, uma vez que o processo transitou em julgado, a Constituição Federal de 1988 em seu art. 5º, XXXVI garante que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

Nessa linha de raciocínio, a impetrante do HC entendeu que o Mandado de Prisão expedido no processo, sem que o mesmo fosse julgado, acarretou em mácula ao art. 5º, LVII da Constituição Federal que ordena que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

O plenário do STF, no entanto, teve um entendimento diferenciado acerca da matéria. O acórdão proferido foi no sentido de indeferir o pedido pelo placar de sete a quatro. Os ministros que votaram pelo indeferimento, acompanhando o Ministro-Relator Teori Zavascki, foram Edson Fachin, Luíz Roberto Barroso, Luiz Fux, Dias Toffoli, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes.

¹⁷ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. vol. 1. 7 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2002, pg 402.

¹⁸ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 8 ed. São Paulo: Atlas, 1998, pg 471.



REVISTA DE ESTUDOS JURÍDICOS

Em seu voto acerca do tema o Ministro Teori Zavascki trouxe diversas jurisprudências da Corte que integra, ainda as súmulas 716 e 171 que versam sobre execução provisória. Sendo que toda sua fundamentação se deu no sentido de que é perfeitamente possível a expedição de mandado de prisão pela segunda instância sem o trânsito em julgado da sentença condenatória. Enfático quando se expressou:

[...] É natural à presunção de não culpabilidade evoluir de acordo com o estágio do procedimento. Desde que não se atinja o núcleo fundamental, o tratamento progressivamente mais gravoso é aceitável. Esgotadas as instâncias ordinárias com a condenação à pena privativa de liberdade não substituída, tem-se uma declaração, com considerável força de que o réu é culpado e a sua prisão necessária. [...] ¹⁹

Percebe-se que o próprio Ministro, ao se expressar, entende que não há certeza sobre a culpa do réu, apenas há, em verdade, uma presunção de culpa. É justamente esse entendimento que foi amplamente debatido no STF e atacado pelos Ministros Ricardo Lewandowski (Presidente do tribunal à época), Marco Aurélio Mello, Rosa Weber e Celso de Mello.

Da alegação de Teori Zavascki, pode-se inclusive vislumbrar um certo desprezo para com o princípio da imparcialidade do juiz, diretivo das relações processuais enquanto assegurado da função jurisdicional que é resolver as lides aplicando as normas que regulam as relações humanas dentro da sociedade.

Entender que, conforme o processo se delongue por ocasião de interposições sucessivas de recursos, pode-se estabelecer certa valoração da culpa do réu é um desrespeito aos princípios fundamentais e garantias constitucionais assegurados de forma ampla a todos os que forem submetidos a processo no Brasil.

Alinhando-se ao entendimento do Ministro Teoriza Zavascki, Luis Roberto Barroso apresentou seus argumentos em desfavor de provimento ao recurso impetrado no STF. Em sua explanação, o Ministro tratou do assunto de uma maneira superficial no tocante ao pressuposto

¹⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Habeas-corpus nº 126.292. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC126292.pdf>> Acesso em: 11 out. 2016.



REVISTA DE ESTUDOS JURÍDICOS

que autoriza, para a Constituição Federal, a decretação de uma prisão e o cerne da tese consolidada do estado de inocência inerente a cada cidadão:

Ao contrário do que uma leitura apressada da literalidade do art. 5º, LVII da Constituição poderia sugerir, o princípio da presunção de inocência não interdita a prisão que ocorra anteriormente ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória. O pressuposto para a decretação da prisão no direito brasileiro não é o esgotamento de qualquer possibilidade de recurso em face da decisão condenatória, mas a ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, conforme se extrai do art. 5º, LXI, da Carta de 1988.²⁰

Analisando essa afirmação do jurista, chegou-se a um cenário preocupante de insegurança jurídica. Isso se verifica na fundamentação que para se decretar a prisão faz-se necessário, somente, decisão motivada do magistrado. A rigor, verificando o voto do Ministro-relator e a alegação de Luis Roberto Barroso, chega-se à conclusão de que, para ambos os decanos, o magistrado, presumindo culpa pelo processo estar em fase recursal está autorizado a decretar prisão sem que tenha se feito coisa julgada.

Em posicionamento contrário ao do relator, o Ministro Celso de Mello votou pela concessão do Habeas Corpus. Durante o seu pronunciamento, o Decano faz paralelo entre o Estado Democrático de Direito e o Absolutismo Estatal, enunciando que os valores democráticos de uma sociedade são o ponto de distanciamento entre o Estado Absoluto e a capacidade de exercer força abusiva de seu poder sobre os cidadãos:

[...] a Constituição brasileira promulgada em 1988 e destinada a reger uma sociedade fundada em bases genuinamente democráticas é bem o símbolo representativo da antítese ao absolutismo do Estado e à força opressiva do poder, considerado o contexto histórico que justificou, em nosso processo político, a ruptura com paradigmas autocráticos do passado e o banimento, por isso mesmo, no plano das liberdades públicas, de qualquer ensaio autoritário de uma inaceitável hermenêutica de submissão, somente justificável numa perspectiva

²⁰ BARROSO. **O ativismo judicial existe ou é imaginação de alguns?** Revista Eletrônica Consultor Jurídico, jun., 2013. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2013-jun-13/senso-incomum-ativismo-existe-ou-imaginacao-alguns>>. Acesso em: 19 out. 2016.



REVISTA DE ESTUDOS JURÍDICOS

“ex parte principis”, cujo efeito mais conspícuo, em face daqueles que presumem a culpabilidade do réu, 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.²¹

Assim sendo, depreende-se de sua fala que o Ministro vislumbra o ataque ao princípio da inocência como uma arbitrariedade no processo, contra o réu, cometida pela função judiciária na figura do magistrado. Apesar de voto vencido, a visão que fundamenta a concessão do Habeas Corpus, mostra-se mais adequada no contexto teórico dos direitos fundamentais.

4 HÁ ATIVISMO NA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL?

Antes de adentrar na análise do acórdão proferido pelo STF, faz-se necessárias algumas considerações sobre a própria Constituição enquanto Lei Maior dentro de um Estado Democrático de Direito, e análise das interpretações dos dispositivos constitucionais que atinjam maior grau de satisfação no tocante à concretização das normas constitucionais no seio da sociedade.

Ao pensar sobre a Constituição, Hans Kelsen entende-a como representante do “escalão de Direito positivo mais elevado”.²² Baseando-se no pensamento de Kelsen, constitui-se em verdadeira fonte na produção das demais normas jurídica.

A Constituição é, pois, a base jurídica do Estado, uma vez que dela decorrem todas as situações que concorrem para a realização da sua função legiferante. Nesse contexto, todas as normas jurídicas de determinado povo devêm obedecer, irrestritamente, o texto constitucional.

²¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Habeas-corpus nº 126.292. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC126292.pdf>> Acesso em: 11 out. 2016.

²² KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, pg 155.



REVISTA DE ESTUDOS JURÍDICOS

No dito de Francisco José Borges Motta, “Mais do que isso: reconhecemos a Constituição como topo normativo”.²³

A implicação, para Motta, da definição dada a Constituição, baseado nos pensamentos de Canotilho e Streck, corresponde a dizer que:

A “Constituição programático-dirigente não substitui a política, mas torna-se premissa material da política”, donde resulta que as “inércias do Executivo e falta de atuação do Legislativo passam a poder ser supridas pelo Judiciário, justamente mediante a utilização dos mecanismos jurídicos previstos na Constituição que estabeleceu o Estado Democrático de Direito”.²⁴

Dizer que as atividades típicas das funções executiva e legislativa do Estado podem ser providas pela função judiciária através dos regramentos da Constituição, se ajusta, de certa forma, ao sistema de freios e contra pesos onde as funções estatais, embora independentes e autônomas entre si (art. 2º, CF/88), tem importância no sentido de se autofiscalizarem, ou seja, um função fiscaliza os atos da outra.

Quando da fiscalização de uma função estatal pelo judiciário, é necessário, sobretudo, avaliar qual(is) é(são) a(s) forma(s) de interpretação (hermenêutica) das normas constitucionais mais adequada(s) para que haja concretização dos direitos fundamentais em todos os níveis do Estado (Executivo, Legislativo e Judiciário).

Streck, tratando sobre a eficácia das normas constitucionais estabelece um paradoxo para pedir por uma mudança no papel do magistrado e do poder público, [...] uma Constituição rica em direitos (individuais, coletivos e sociais) e uma prática jurídico-judiciária que, reiteradamente, (só)nega a aplicação de tais direitos, mormente no plano dos direitos prestacionais e dos direitos de liberdade.²⁵

²³ MOTTA, F. J. B. **Levando o direito a sério**: Uma exploração hermenêutica do protagonismo judicial no processo jurisdicional brasileiro. São Leopoldo, RS: UNISINOS, 2009. Originalmente apresentada como dissertação de mestrado, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, 2009, pg 13.

²⁴ Idem, pg 14.

²⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, pg 39.



REVISTA DE ESTUDOS JURÍDICOS

Decorre do raciocínio do jurista que a eficácia plena dos direitos fundamentais, estabelecidos na Constituição, depende da justa aplicação deles (direitos) nas situações da vida que se levam à conhecimento do judiciário, objetivando a satisfação dos interesses jurídicos das partes.

Sob este prisma, percebe-se, principalmente ao pensar sobre o conflito de normas fundamentais, que a hermenêutica, aplicada pelo(s) magistrado(s), no caso concreto é o que, efetivamente, dará solução justa no caso concreto. Ocupa, portanto, papel fundamental quando da atividade jurisdicional do Estado-Juiz, a hermenêutica utilizada.

Por meio da aplicabilidade imediata dos dispositivos que versam sobre direitos e garantias fundamentais, tem-se que a atividade jurisdicional – o processo em si – deve obedecê-los como forma, não só de respeitar o mandamento constitucional, mas de consagrar, na prática, o Estado Democrático de Direito.

Para Francisco José Borges Motta:

[...] desde o momento em que aceitamos a Constituição, em sua materialidade, como topo normativo e interpretativo, em que interpretamos cláusulas constitucionais importantes (como a do devido processo legal, a do contraditório e da ampla defesa) como princípios “abstratos” de moralidade política, que devem, por sua vez, ser tomados como um todo coerente (e cuja importância só se existencializa no caso particular), e que sustentamos que toda atividade judicial é ato de jurisdição constitucional, não podemos mais conviver com um processo (judicial) que não seja embebido dessas noções todas.²⁶

Nesse sentido é que relacionamos a decisão do STF no habeas corpus 126.292/SP com o chamado ativismo judicial ou protagonismo judicial.

²⁶ MOTTA, F. J. B. **Levando o direito a sério:** Uma exploração hermenêutica do protagonismo judicial no processo jurisdicional brasileiro. São Leopoldo, RS: UNISINOS, 2009. Originalmente apresentada como dissertação de mestrado, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, 2009, pg 43.



REVISTA DE ESTUDOS JURÍDICOS

CONCLUSÃO

Em relação a tudo que foi tratado no presente artigo, entende-se que as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal têm criado direitos e garantias que muitas vezes a doutrina entende que contrariam até mesmo os princípios e preceitos constitucionais.

É evidente não se há pretensão de esgotar o tema, pois as discussões são infundáveis, mas alguns entendimentos são considerados salutares, como exemplo, os marcos necessários e indispensáveis, os quais são estabelecidos pela Constituição Federal nas decisões da comunidade política.

Hans Kelsen defendia tal posicionamento em sua teoria Pura do Direito, para ele na pirâmide jurídica tem um ápice, ou seja, um lugar que a Constituição, somente ela, ocuparia, afinal, trata-se da Lei Maior que não pode ser afrontada por nenhuma outra lei que estivesse numa hierarquia inferior, tendo em vista, que não teria eficácia, já que é da Constituição que todas as outras leis partem.

Sendo assim, quando uma decisão do Poder Judiciário não salvaguarda os preceitos constitucionais ocorrem violações, por isso, quando o judiciário age de modo proativo expandindo o seu sentido e alcance ele interpreta a Constituição Federal de 1988, de modo ativo, o ativismo judicial, pode consequentemente produzi-las, pois ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, o que impede que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.

REFERÊNCIAS

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS DE 1948. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>> Acesso em: 15 out. 2016.

ESTATUTO DE ROMA DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL DE 1998. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/segurancapublica/estatuto_roma_tribunal_penal_internacional.pdf> Acesso em: 14 out. 2016.



REVISTA DE ESTUDOS JURÍDICOS

BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos delitos e das Penas**. 1. ed. São Paulo: Edipro, 2013.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

CÓDIGO PENAL BRASILEIRO DE 1948. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm> Acesso em: 12 out. 2016.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Brasília, DF, Senado, 1998.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. vol. 1. 7 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2002.

FILHO, Fernando da Costa Tourinho. **Processo Penal**. vol 1. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Processo Penal**. vol 1. 32 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

JÚNIOR, Aury Lopes. **Direito Processual Penal**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. **Curso de Direito Constitucional**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MOTTA, F. J. B. **Levando o direito a sério**: Uma exploração hermenêutica do protagonismo judicial no processo jurisdicional brasileiro. São Leopoldo, RS: UNISINOS, 2009. Originalmente apresentada como dissertação de mestrado, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, 2009.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 8 ed. São Paulo: Atlas, 1998.



REVISTA DE ESTUDOS JURÍDICOS

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **Manual de processo penal e execução penal**. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito administrativo**. 26 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Habeas-corpus nº 126.292. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC126292.pdf> > Acesso em: 11 out. 2016.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. **O ativismo judicial existe ou é imaginação de alguns?**. Revista Eletrônica Consultor Jurídico, jun., 2013. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2013-jun-13/senso-incomum-ativismo-existe-ou-imaginacao-alguns> >. Acesso em: 19 out. 2016.