

O ATIVISMO JUDICIAL INESPERADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL FACE AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Carla Batista de Souza Silva¹

Resumo

O presente artigo visa analisar o princípio da presunção de inocência assegurado pela Constituição Federal, como uma garantia fundamental e a forma como este vem sendo aplicado pelo Supremo Tribunal Federal, bem como a atuação desse, o qual possui a função precípua de resguardar o texto disciplinado na Carta Magna, mas que na tentativa de elidir mudanças que julgam necessárias no ordenamento jurídico acaba por interpretar o texto explicitado na norma de forma a alterar entendimento já consolidado, acarretando assim uma superação ao sistema positivista Civil Law, adotado no ordenamento jurídico brasileiro, em detrimento do sistema Common law, inaugurando com isso um direito pós-positivista, em consonância ao fenômeno do Ativismo Judicial.

Palavras-chave: Estado Democrático de Direito, Presunção de Inocência, Ativismo Judicial

RESUMEN

El presente artículo pretende analizar el principio de la presunción de inocencia asegurada por la Constitución Federal, como una garantía fundamental y la forma en que éste viene siendo aplicado por el Supremo Tribunal Federal, así como la actuación de ese, el cual posee la función preponderante de resguardar el texto disciplinado en la Carta Magna, pero que en el intento de eludir cambios que juzgan necesarios en el ordenamiento jurídico acaba por interpretar el texto explicitado en la norma de forma a alterar entendimiento ya consolidado, acarreando así una superación al sistema positivista Civil Law, que se adoptó en el ordenamiento jurídico brasileño, en detrimento del sistema Common law, inaugurando con ello un derecho post-positivista, en consonancia con el fenómeno del Activismo Judicial.

Palabras clave: Estado Democrático de Derecho, Presunción de Inocencia, Activismo Judicial

1 INTRODUÇÃO

O poder judiciário deve alcançar os anseios da sociedade, mas não ficar refém desta, posto que o populismo judicial é tão ruim, quanto qualquer outro, quando isento de limitações. Desse vértice, o presente artigo possui a finalidade de demonstrar a função do Judiciário, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, a qual se embasa precipuamente na proteção da Constituição Federal, devendo exarar suas decisões em conformidade com as normas e princípios nela dispostos para que haja o efetivo resguardo da mesma.

¹ SILVA, Carla Batista de Souza. Graduada em Direito pela Faculdade Eduvale de Avaré. carlabs7@live.com

Ocorre, porém, que há decisões em que a Suprema Corte tem deixado de lado essa função precípua, na tentativa de suprimir a falta de mudanças que julgam necessárias no ordenamento jurídico, como ocorreu na decisão proferida em 17 de fevereiro de 2019, no *Habeas Corpus* 126.292, onde o princípio da presunção de inocência, sofreu alterações. Isso porque, a interpretação do Supremo Tribunal Federal desde o ano de 2009 girava no sentido de considerar o réu culpado somente a partir do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, mas a partir da decisão proferida no âmbito do Habeas Corpus supracitado, passou a considerar-se o réu culpado a partir da decisão proferida em 2ª instância, possibilitando assim a execução provisória da pena.

Dessa maneira, o positivismo, existente pelo sistema de direito adotado no ordenamento jurídico brasileiro, denominado *Civil Law*, está sendo superado em detrimento do sistema *Common Law*, inaugurando assim um direito pós-positivista, posto que mesmo existindo as normas positivadas, o judiciário decide com base no empirismo, de forma que as interpretações feitas por eles alterem de forma consubstancial o que está disciplinado na norma.

Em consonância a tal interpretação que se baseia em um pós-positivismo, muito se comenta sobre o fenômeno do Ativismo Judicial, levando-se em conta a gama de opiniões doutrinárias referente ao tema, tanto contrárias, como favoráveis, por se tratar de um fenômeno que vem ganhando força no mundo jurídico e sendo feito de forma constante nas decisões do poder judiciário, inclusive no âmbito do Supremo Tribunal Federal, como ocorreu na decisão supracitada.

2 ANALISE SISTÊMICA DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

O “Princípio da presunção de inocência, ou da não culpabilidade”, surgiu primeiramente, em âmbito mundial para posteriormente ser inscrito no ordenamento jurídico brasileiro, com o intuito de dar uma maior segurança aos direitos dos seres humanos, sendo a Carta Magna um parâmetro para o arcabouço de todas as leis existentes no país, por isso ao serem editadas devem estar em consonância com a norma maior, por não estarem no mesmo plano jurídico.

Assim, referido direito ganhou força em âmbito mundial, não se enquadrando somente como uma norma expressa, como também num princípio. Destarte, consoante disciplina o doutrinador Francisco Amaral (2005, p.445), dispõe que os princípios “são critérios para a ação e para a constituição de normas e de institutos jurídicos [...] Como

diretrizes gerais e básicas, servem também para fundamentar e dar unidade a um sistema ou a uma instituição”.

Infere-se, desse modo que a doutrina entende que o princípio vem com o condão de uniformizar e dar uma solução mais adequada ao caso concreto. Ademais, além do disposto na Declaração dos Direitos do Homem, posteriormente se propagando na Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris, bem como na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, que versava sobre direitos humanos, trazendo em seu bojo dentre as garantias judiciais de modo a se mostra universal, a garantia à inocência até o trânsito em julgado. Sendo tal Convenção ratificada pelo Brasil em 25 de setembro de 1992, através do Decreto nº [678/92](#), portanto, em momento posterior a promulgação da Constituição Federal Brasileira.

Constata-se, desse modo, que o princípio da presunção de inocência surgiu com a intenção de amenizar e conter os abusos existentes em uma época retrógrada, por ser o processo penal inquisitório, onde não havia que se falar em sujeito de direitos, mas sim, mero objeto, um nítido exemplo de autoritarismo, deixando o indivíduo a mercê do Estado, para que esse decidisse de forma que melhor o interessasse, assim, por ser entendido como um princípio necessário, veio com força tamanha que passou a ser positivado e adotado em prestigiadas declarações e tratados, que versam a respeito de direitos humanos, estando expresso, inclusive, no texto constitucional brasileiro de 1988, como um preceito fundamental.

É plenamente perceptível a gama de direitos e garantias fundamentais assegurados ao indivíduo pela Constituição Federal, promulgada em 1988, não era eficaz desde os primórdios do país, isso porque, o Brasil antes disso, sofreu com um golpe de estado, desencadeando o período do Regime Militar, no qual o governo do Brasil ficou à mercê de militares, o qual iniciou em 1964, com fim em 1985, sendo marcado por inúmeras violações aos direitos humanos. Assim, a Constituição Federal Brasileira denominada, por Ulysses Guimarães de "Constituição Cidadã", veio como uma resposta as inúmeras atrocidades e violações que existiram no período ditatorial. Nesse sentido José Afonso da Silva (2006, p. 113), dispõe que: “A concepção liberal do Estado de Direito servirá de apoio aos direitos do homem, convertendo súditos em cidadãos livres.”.

No entanto, raras são as proposições que podem ser consideradas absolutas, reduzindo-se a zero, quando se trata de afirmações referentes aos direitos fundamentais, de modo que nenhum direito fundamental é absoluto, sendo passíveis de relativização, em face

da análise de um direito dever ser feita em conjunto com os demais, de tal modo que a depender do caso concreto um direito fundamental poderá perder para o outro. Nesse sentido inclusive o STF, Pleno no RMS 23.452/RJ sob a relatoria do Ministro Celso de Mello, DJ de 12.05.2000, p.20 dispõe:

OS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS NÃO TÊM CARÁTER ABSOLUTO. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do **princípio de convivência das liberdades** legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de **medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição.** (grifo nosso)

Nesse contexto, tomando aqui por base a presunção de inocência ou não culpabilidade, analisar-se-á as possibilidades de relativização deste direito, posto que “os direitos fundamentais podem ser objeto de limitações, não sendo, pois, absolutos. (...) Até o elementar direito à vida tem limitação explícita no inciso XLVII, a, do art. 5º, em que se contempla a pena de morte em caso de guerra formalmente declarada” (BRANCO, 2007, p. 230 e 231).

Com isso, impende-se destacar que os direitos fundamentais como demonstrado em momento anterior já se referem a limitações as atuações do Estado, mas também possuem limitações, conforme supracitado pela doutrina, mas no que tange ao princípio da presunção de inocência, as limitações estão respaldadas legalmente, podendo ocorrer quando harmonizável com os preceitos dispostos na constituição.

Ocorre que, o ordenamento jurídico brasileiro adota duas espécies de prisão, a saber: a) Prisão-pena e b) prisão processual (ou sem pena), sendo a primeira, aquela imposta posteriormente ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória, não possuindo natureza acautelatória, tendo como intuito a pretensão executória por parte do Estado. Ao passo que a segunda visa assegurar o bom andamento da investigação de modo que o indivíduo ainda não sofreu condenação definitiva, ou seja, após o trânsito em julgado, não sendo considerado culpado, consoante disciplina o princípio da presunção de inocência, mas são casos em que, diante da existência de indícios do fato, no afimco de promover a preservação da ordem pública e posteriormente garantir a efetiva aplicação da legislação penal, se fazem necessárias a aplicabilidade dessas espécies de prisão sem pena, a saber: a) Prisão em flagrante; b) Prisão Preventiva e c) Prisão Temporária.

No entanto, o Ministro Celso de Mello sob a relatoria do HC 80.719, 2001, dispõe:

A privação cautelar da liberdade individual reveste-se de **caráter excepcional**, somente devendo ser decretada em situações de absoluta necessidade (...).O princípio constitucional da não-culpabilidade, em nosso sistema jurídico, consagra

uma regra de tratamento que impede o Poder Público de agir e de se comportar, em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao réu, como se estes já houvessem sido condenados definitivamente por sentença do Poder Judiciário (Grifo nosso).

Nessa esteira, portanto, essas prisões são revestidas de caráter excepcionalíssimo, somente se justificando por possuir natureza cautelar, visando que ao final seja revestido de eficiência, evitando que ocorra deslindes a causa.

3 DIREITO COMPARADO

Por excelência o primórdio no mundo jurídico não se iniciou com todas as normas já positivadas, razão pela qual, durante um longo tempo, o Direito fora pautado em usos sociais, regras costumeiras daquela sociedade a que a norma seria aplicada, dando existência desta feita ao sistema jurídico intitulado Common Law. Porém, insta acentuar que “o common law não foi sempre como é hoje, mas a sua principal característica sempre esteve presente: **casos concretos são considerados fonte do direito**”. (WAMBIER, 2009, p. 54, grifo nosso), ou seja, a essência sempre foi a mesma, de modo que os casos em si seriam a própria fonte do direito, não se fazendo necessária a existência de normas positivadas, posto que as normas de conduta são reconhecidas pelos Tribunais nos países em que se aplica o referido sistema.

De outro vértice, ocorreu para alguns países sob a influência Romana, a necessidade de se positivar as normas que se baseavam em precedentes, de tal modo que passou a codificar as normas, abarcando de maneira genérica, casos particulares com a possibilidade de ocorrer em momento posterior, intitulado *Civil Law*, onde os juristas e operadores do Direito usufruirão destas normas positivadas, adequando a mesma ao caso concreto, em prol do cliente.

Notória pela junção de doutrinas que o sistema ou família apta a reger a aplicação das leis, adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro é o Civil Law, isso formalmente. No entanto, esta concepção vem sendo deturpada, sendo este, inclusive, o entendimento do ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal, que em palestra apresentada durante o 18º Congresso Internacional de Direito Constitucional, organizado pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP) explanou que o “nosso sistema caminha a passos largos para o *common law*”, isso porque como demonstrado o Common Law é pautado em precedentes, bem como habilita o juiz realizar análise de cada caso, podendo alterar o posicionamento de maneira substancial.

Nessa esteira, no momento em que o sistema jurídico brasileiro, adota como fonte do direito a jurisprudência, isso abre margens para que posteriormente, seja aplicada nos demais

casos que versam sobre a mesma matéria, diferenciando somente no ponto que a jurisprudência não possui, em tese força vinculante, ou seja, poderá o magistrado agir em consonância com o código escrito, no entanto, dá margens para que decida casos análogos da mesma maneira, como é o caso do Common Law, causando cada vez mais uma superação ao Civil Law, isso porque “No Brasil, sob a vigência da Constituição de 1988, o Judiciário, paulatinamente, deixou de ser um departamento técnico especializado do governo para se tornar um verdadeiro poder político.” (BARROSO, 2015, p.28).

Essa alteração na maneira de como decidem as questões que chegam ao judiciário, utilizando-se os magistrados de jurisprudências, bem como normas principiológicas decorrem pelo fato de que nem sempre o Legislativo estará apto a produção de leis, sendo o Judiciário instigado a proferir decisões para àqueles que procuram, isso porque a Constituição em seu artigo 5º, inciso XXXV dispõe sobre a indeclinabilidade da jurisdição, ficando o juiz vinculado a dar uma decisão sobre casos que cheguem ao judiciário, em razão disso ocorre uma aproximação dos sistemas de direito.

4 ATIVISMO JUDICIAL INESPERADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

O Supremo intervém de forma ostensiva em diversos ramos do sistema nacional brasileiro, ocasionando aos estudiosos dos sistemas de direito, um certo desconforto, posto que não há mais aquele Civil Law existente de maneira clara, aliás, o judiciário cada vez mais distante disso.

Isso ocorre de maneira mais acalorada, posto que “sob a vigência da Constituição de 1988, o Judiciário, paulatinamente, deixou de ser um departamento técnico especializado do governo para se tornar um verdadeiro poder político.” (BARROSO, 2015, p.28), assim ocorreu o “aumentou a demanda por justiça na sociedade e, conseqüentemente, juízes e tribunais foram crescentemente chamados a atuar, gerando uma judicialização ampla das relações sociais no país” (BARROSO, 2015, p. 28), não podendo o judiciário ficar tão somente ligado a letra fria da lei, ocorrendo para BARROSO (2015), uma superação ao formalismo jurídico. Dando uma aparição cada vez maior ao fenômeno denominado ativismo Judicial.

Assim, o ativismo ocorre pelo Supremo Tribunal Federal a fim de dirimir conflito os quais a legislação ainda não atingiu, ou seja, ainda não alcançado pelo Poder Legislativo, sendo nesse viés uma necessidade, isso porque para ele a inconstitucionalidade omissiva,

pode acarretar prejuízos aos direitos fundamentais do cidadão, devendo ser corrigida de alguma maneira, como ocorreu, a título exemplificativo no caso das uniões homoafetivas, sendo nestes casos uma necessidade não alcançada pelo poder legislativo, inclusive, para BARROSO (2015, p.29), surge uma cultura pós-positivista, pois quando “a solução dos problemas jurídicos não se encontra integralmente na norma jurídica, surge cultura jurídica pós-positivista. Se a solução não está toda na norma, é preciso procurá-la em outro lugar”

No entanto, neste artigo levar-se-á em contra, o ativismo judicial quando praticado de forma inesperada, interferindo em direitos fundamentais, de modo a refletir na segurança jurídica, a qual é base no Estado Democrático de Direito, ou dar uma efetividade ao direito coletivo, quando sopesado com outros princípios existentes no ordenamento jurídico brasileiro.

Ocorre que, o Supremo age de maneira inesperada quando profere decisões com interpretações divergentes ao explicitado na norma, já tido como direito fundamental, causando polêmicas massivas no âmbito doutrinário, igualmente no que tange à segurança jurídica, assim analisar-se-á o comportamento da Suprema Corte face ao princípio da presunção de inocência, onde o Supremo agindo de maneira proativa, alterou seu entendimento consolidado desde 2009, no tocante ao Princípio da Presunção de Inocência, possuindo o Acórdão argumentos contrários e favoráveis, que serão brevemente vistos aqui.

O Princípio da presunção de inocência previsto de forma expressa na Constituição Federal se vê a margem das interpretações do Supremo Tribunal Federal, isso porque, há renomados doutrinadores que entendem que o princípio é assegurado já no 2º grau de jurisdição, não necessitando passar pelas vias extraordinárias, já que as mesmas não são dotadas de efeito suspensivo, de outro lado, a doutrina fundamenta que transito em julgado possui um conceito claro, não pairando dúvidas.

Assim, estando longe de um consenso com relação a sua aplicabilidade, em 2009, esse empasse doutrinário chegou ao Supremo Tribunal Federal, através do Habeas Corpus nº 84.078, onde o então relator, ex ministro Eros Grau, expôs em sua decisão que a não concessão da ordem ao referido HC implicaria em amputação das garantias fundamentais, dispondo inclusive em sua relatoria (GRAU, 2009) que “Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direito”.

Ademais, ressaltou no que concerne as instâncias extraordinárias, que estas fazem parte do conjunto de defesa do acusado, isso porque “a ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito, engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária.” De tal modo que “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.” (GRAU, 2009, p.11).

Todavia, em contrapartida a tese do Relator, os votos contrários afirmaram que a Constituição assegura tão somente o duplo grau de jurisdição, não havendo que se falar em 3º grau de jurisdição, pois nem o Pacto de San José da Costa Rica o assegurou, conforme voto do então ministro Joaquim Barbosa, defendendo, ainda que os recursos extraordinários não são dotados de efeito suspensivo, nesse sentido, inclusive, a Súmula 267 do Superior Tribunal de Justiça, a qual dispõe que “A interposição de recurso, sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória não obsta a expedição de mandado de prisão”, isso porque nas instâncias extraordinárias não se discutia matérias fáticas, o que não obstava a execução provisória da pena (BARBOSA, 2009, p. 88).

Malgrado os sólidos argumentos favoráveis a execução da pena, o entendimento do foi pela concessão do Habeas Corpus de modo a suspender a liminar que pretendia executar provisoriamente a pena, em observância ao disciplinado na Carta Magna, sendo este o entendimento consolidado pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, proporcionando segurança jurídica àqueles que buscam o poder judiciário, pois o entendimento estaria em conformidade com a Constituição.

No entanto, com a ideologia específica que penetrou no judiciário, denominada ativismo judicial, no qual o Supremo lança mão de uma interpretação das normas a luz de princípios, como por exemplo da efetividade das decisões, se considerou em 2016 a necessidade de se analisar novamente pelo pleno a possibilidade da execução provisória da pena, desse modo, em sede de Habeas Corpus, tomando por base que ocorre o exaurimento da possibilidade de examinar provas já nas instâncias ordinárias, não haveria que se falar em aguardar o trânsito em julgado das decisões, isso porque, cabe as instâncias extraordinárias apenas realizarem análise de direito, não sendo para Gilmar Mendes, essas instâncias desdobramentos do princípio do duplo grau de jurisdição, por não serem dotados de efeito suspensivo, tendo apenas efeito devolutivo.

Assim, a impossibilidade de análise de provas, e a inexistência de efeito suspensivo aos recursos extraordinários, para o Ministro: “Faz sentido, portanto, negar efeito suspensivo aos recursos extraordinários, como o fazem o art. 637 do Código de Processo Penal e o art. 27, § 2º, da Lei 8.038/1990, posto que o artigo 637 do Código de Processo Penal dispõe que “o recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença”.

Desta feita, não haveria porque aguardar o trânsito em julgado, por ser a decisão já apta a produzir seus efeitos.

Já o ministro Luiz Roberto Barroso, entendeu também como o relator, acrescentando que as vias extraordinárias beneficiam tão somente aqueles que possuem recursos para protelar o andamento do processo, a fim de alcançar uma prescrição a pretensão executória da pena, de modo a reforçar a “seletividade do sistema”, e consequente sensação de impunidade pela sociedade. Ademais o ministro Luiz Fux (2016, p. 57) defende que a Declaração Universal dos Direitos do homem nada fala em trânsito em julgado, sendo, portanto o réu passível de ser culpado já antes da decisão passada em julgado, incitando ainda que os Tribunais Superiores não são semideuses e é quase impossível um agente ser considerado culpado em todas instâncias e isso alterar-se nas vias extraordinárias, colocando ainda a infinidade de recursos existente no ordenamento jurídico brasileiro como uma “situação absolutamente teratológica” (2016,p.60).

Ressalta-se ainda que por cerne das posições teve a insatisfação social com o princípio da presunção de inocência, como era visto desde de 2009, isso em razão da sensação de impunidade provinda do sistema judiciário, posto que “[...] A incongruência social alude a uma relação de incompatibilidade entre as normas jurídicas e os standards sociais; corresponde a um vínculo negativo entre as decisões judiciais e as **expectativas dos cidadãos**.”(MELLO, apud FUX, 2016, p.60, grifo nosso).

De outro vértice os votos favoráveis a manutenção do entendimento provindo de 2009 foi embasado precipuamente na guarda da Constituição Federal, seguindo a linha tênue do Habeas Corpus 84.078, cujos argumentos já foram mencionados, aliados ao voto da Ministra Rosa Weber que votou pela manutenção do entendimento em prol da segurança jurídica, a qual para ela deve pairar na sociedade, evitando alterações drásticas, aliou-se a mesma o argumento de que Lewandoski, o qual dispõe sobre a taxatividade da Carta Magna no tocante á presunção de inocência, dispondo que Isso é absolutamente taxativo, categórico; não vejo como se possa interpretar esse dispositivo.

Por desfecho, aliado aos argumentos do relator, votaram a maioria do pleno, sendo decidido por 7x4 a possibilidade de a decisão proferida em sede de apelação ser apta a produzir seus efeitos, alterando de forma consubstancial o entendimento existente desde 2009, possibilitando a execução antecipada da pena, negando ordem ao Habeas Corpus.

No entanto, a alteração consubstancial do entendimento da Suprema Corte gerou polêmica no âmbito jurídico, isso porque, os Tribunais passaram a aplicar o entendimento do Supremo como se força vinculante tivesse, acarretando posteriormente de modo indireto a

necessidade do Supremo analisar as Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) 43 e 44, proposta pelo Partido Nacional Ecológico (PEN) e pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), com o objetivo de ser declarada a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal, o qual foi alterado em 2011, conforme defende a doutrina, justamente com a finalidade de evitar conflitos com relação ao limite estipulado, tanto pela constituição, igualmente pelo CPP, chamado de “transito em julgado”. No entanto a decisão do Supremo foi que o artigo supra não tem o condão de impedir o início da execução da pena após condenação em segunda instância.

Assim, vêm os Tribunais em maioria significativa determinando o cumprimento da pena já a partir da decisão de 2ª instância, e segundo o ministro, diversas dessas decisões estão chegando ao Supremo e sendo suspensas, inclusive o Ministro Gilmar Mendes, em decisão proferida no Habeas Corpus 142.173 explanou que o “STF, com o julgamento do HC 126.292/SP, não legitimou toda e qualquer prisão decorrente de condenação de segundo grau. Nós admitimos que será permitida a prisão a partir da decisão de 2º grau, mas não dissemos que ela é obrigatória.” E nessa mesma esteira, outras diversas decisões foram proferidas, gerando no âmbito jurídico um empasse no que tange a Segurança Jurídica, muito bem defendida pela Ministra Rosa Weber no famigerado Habeas Corpus 126.292.

Desta feita, o Professor Lênio Streck (2016) indaga: se você aceita que o STF ultrapasse os limites semânticos da Constituição para uma decisão que lhe agrada, amanhã o que você dirá se a decisão, igualmente ativista e indo além dos tais limites, não lhe agrada?”

4.1 A (In)ofensividade a um direito fundamental base no empirismo

Diante da alteração do entendimento no que tange ao Princípio da Presunção de inocência, verifica-se que a interpretação proativa da Suprema Corte possui o condão maior de atender anseios sociais, ou seja, embasada no empirismo, isso porque, inclusive, em decorrência de uma mídia invasora, onde “Quase tudo transmitido ao vivo, em tempo real. A vida transformada em *reality show*.” (BARROSO, 2015, p.31), ocorre a intensificação massiva de opiniões populares, dispondo que o sistema não funciona, cobrando assim atuação do Poder Judiciário.

Nessa esteira, por óbvio que a Suprema Corte se vê na condição de dar uma resposta à sociedade, assim, por não ser revestido nenhum princípio de caráter absoluto, e conforme disciplina FACHIN (2016, p.39) não pode o princípio da presunção de inocência ser visto sozinho, dando ao mesmo status de “super. princípio”, devendo ser analisado em conjunto

com os demais, argumentando que a sociedade não pode sofrer o ônus de um processo penal com essa imensidão de recursos.

De outro vértice, o jurista Eros Grau acerca da fundamentação embasada no empirismo, ou seja, naquilo que a sociedade clama, dispõe que:

Em certo momento a violência integra-se ao cotidiano da nossa sociedade. E isso de modo a negar a tese do homem cordial que habitaria a individualidade dos brasileiros. Nesses momentos **a imprensa lincha, em tribunal de exceção erigido sobre a premissa de que todos são culpados até prova em contrário, exatamente o inverso do que a Constituição assevera**. É bom que estejamos bem atentos, nesta Corte, em especial nos momentos de desvario, nos quais as massas despontam na busca, atônica de uma ética, qualquer ética, o irremediavelmente no **“Olho por olho, dente por dente”**. Isso nos incumbe impedir no exercício da prudência do direito, para que prevaleça contra qualquer outra, momentânea, incendiária, ocasional, a forma normativa da Constituição, sobretudo nos momentos de exaltação. **Para isso fomos feitos, para tanto estamos aqui**. (GRAU, 2009, p. 38-39)

Ademais, em comentário referente a necessidade de o Supremo estar a par do clamor social, por estar a imprensa visando a decisão que ali seria proferida, pretendia transferir o HC para ser decidido pelo pleno (QO no HC 85.298-0-SP), Eros Grau então explanou que “o fato de a imprensa tocar ou não no assunto, a mim não incomoda. Já estou imune ao clamor público. Para mim, o que importa é o **clamor da Constituição**. Isso em primeiro lugar”. (HC 85.298, 2005, p.13, grifo nosso).

Outrossim, no que concerne ao fundamento de que o aguarde ao trânsito em julgado para acarretar a produção de efeitos da decisão, geraria uma potencialização da criminalidade, passando o Estado a ser incentivador da impunidade em face da quantidade densa de recursos do ordenamento e morosidade do poder judiciário, destaca-se a doutrina de Cezar Roberto Bitencourt (2011) **“O ônus da inoperância do Estado não pode mais recair sobre os ombros do cidadão acusado, preso ou solto**. (Grifo nosso)

Por conseguinte, o renomado jurista Aury Lopes Junior, 2016, destaca no que tange as decisões do Supremo, que “se uma decisão penal precisa corresponder às expectativas sociais criadas, que se institua a pena de morte, a tortura para obter a confissão, a prova ilícita para qualquer das partes, o julgamento imediato e sem dilação probatória(...)”.

O que problematiza para além disto é que fica o mundo jurídico a mercê da turma do Supremo que o caso vai cair, isso porque conforme afirma LEWANDOWSKI, 2017, p.23 sob a Relatoria do Habeas Corpus 137.063, que “mesmo após o julgamento do HC 135.292/SP, o Eminentíssimo Ministro Marco Aurélio deferiu liminares para suspender a execução provisória da pena, como pode ser visto nos HCs 144.712-MC/SP, 145.380-MS/SP, 146.006-MC/PE”. Ressalta-se também que inclusive Gilmar mendes já deferiu liminar, alterando seu

posicionamento exteriorizado no HC 126.292, assim mesmo com argumentos fortes de ambos os lados, não se tem uma segurança de que ao chegar ao Supremo, qual será a decisão proferida, isso ocorre porque, como bem assegura o jurista Lênio Streck, (2016) as decisões que visam saciar a sociedade não são dotadas de segurança jurídica, pelo contrário, é “volátil”, momentânea, não possui cláusula pétrea, é passageiro.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante dos fundamentos acima expostos, impende-se considerar que o Supremo Tribunal Federal com o advento da Constituição Federal passou a exercer um papel proativo paulatinamente ponderado pela doutrina, de modo que, sua atuação com o intuito de dar efetividade aos direitos constantes na Carta Magna, interfere nos poderes Legislativo e Executivo. Ocorre que os poderes de fato, nem sempre se encontram aptos a produção de leis para efetivar direitos sociais, tornando assim o Supremo legitimado para tanto, na medida em que é guardião da Constituição Federal e deve encarregar-se de dar efetividade aos preceitos nela contidos de maneira expressa.

Não obstante, porém, o nosso sistema utilizado para aplicação dos direitos ser o Civil Law, formalmente assentado pela doutrina, esse vem sendo superado por um sistema Common Law à brasileira, uma vez que embasa casos concretos em decisões já proferidas em casos análogos, aqui denominada de jurisprudências, no entanto o modo como tratam a Common Law aqui é um tanto quanto diferente do sistema americano ou mesmo do inglês, porém vem ganhando espaço no ordenamento jurídico brasileiro, possibilitando em certos casos inclusive uma mudança da legislação, como se o próprio poder judiciário na atuação da Suprema Corte, estivesse reescrevendo a norma, como é o caso da presunção de inocência. Um direito que custou para ser construído e adequado ao ordenamento jurídico brasileiro, diante das interpretações do Supremo foi alterado de forma consubstancial, perfazendo aos olhos dos processualistas em massa uma reescrita do texto, de modo a obstaculizar a uniformidade da segurança jurídica, prezada de maneira grandiosa pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Nessa ocasião, transparece o porquê intitular como inesperado o ativismo judicial quando conduzido pelo Supremo Tribunal Federal de forma a alterar aquilo explicitado na norma como um direito fundamental, embasando a decisão em anseios sociais, acalorados pela instigação massiva das mídias que dia após dia lançam informações para induzir a sociedade com um lado do acontecimento, de modo a tornar qualquer um formador de

opinião, somente com base em uma notícia, o qual pouco se importa com o contexto e fazendo com que isso reflita no judiciário, dando margem assim a postura ativista do judiciário na tentativa de elidir as ponderações da sociedade. Deixando marginalizada a Constituição Federal, o qual ele tinha a função maior de ser guardião da mesma.

Por certo que há uma imensidão de recursos no âmbito do processo penal brasileiro, o que pode acarretar tamanha sensação de impunidade, todavia vivemos num Estado Democrático de Direito, ou seja, sob o império da lei, não devendo assim os fins servirem para justificar os meios, bem como, não pode a ineficiência do Estado em punir o agente pelas suas ações recair sobre os indivíduos, isso porque, suprimir direitos e garantias que foram conquistados com tanto empenho, pode acarretar retrocessos ao que tem-se por Estado Democrático de Direito.

Nessa esteira, os retrocessos de direitos fundamentais com relação a atividade punitiva do Estado, poderá pôr em cheque o sistema de garantias processuais penais dispostas na Carta Magna, deixando que a o bem jurídico tutelado, nesse caso, a liberdade do cidadão fica à mercê do ponto de vista do judiciário, isso porque há decisões conflitantes com a alteração da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, acarretando forte lesão ao que temos por segurança jurídica, bem como podendo colocar em cheque a primazia da Constituição Federal.

Por conseguinte, tem-se que as decisões que confrontam os sistemas de direito possuem o viés de saciar anseios da sociedade de forma empírica, bem como de uma mídia invasora, o que a longo prazo poderá ocasionar injustiças irreversíveis, ao ponto, inclusive, de transgredir direitos humanitários, pois quando se suprime um direito ou uma garantia constitucional abre margens para que outros direitos sejam suprimidos, os quais tardaram para ser conquistados e passam a estar deturpados de maneira abusiva, com fundamento em premissas questionáveis e momentâneas, deixando marginalizado, portanto, o Estado, garantista e democrático de direito, o qual é o cerne da Constituição Federal, desta feita o ativismo quando feito de forma inesperada e sem limites possíveis, interfere não só em um caso, mas no Estado por inteiro.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. **Direito Civil. Introdução**. 5. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 445.

BARROSO, Luís Roberto. **Ano do STF: Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Revista Consultor Jurídico. 22 de dezembro de 2008. Acesso em: 15 out. 2017.

BARROSO, Luís Roberto. **A Razão Sem Voto: O Supremo Tribunal Federal e o Governo da Maioria**.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 827.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Brasília: Diário Oficial da República Federativa do Brasil, 1988.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. HC-QO 85298 – Inteiro Teor**. 2012. [Acesso em 15 out. 2017](#).

[BRASIL, Supremo Tribunal Federal. HC 84.078 – Inteiro Teor](#). 2009. Acesso em 15 out. 2017.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 2. ed. Lisboa: Meridiano, 1978

FAIS, Juliana Marteli; SILVA, Leda Maria Messias da. **Common Law em relação ao Direito Brasileiro**. 2006, p.25-34 Disponível em: <<http://www.cesumar.br/pesquisa/periodicos/index.php/iccesumar/article/viewFile/120/58>>. Acesso em: 30 out. 2017

FERRARI, Rafael. **O princípio da presunção de inocência como garantia processual penal**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 17, n. 3249, 24 maio 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/21862>>. Acesso em: 03 set. 2017.

FERRAZ JÚNIOR, Jairton. **Não podemos tolerar decisões que ferem direitos e garantias fundamentais**. Revista Consulto Jurídico. 07 de agosto de 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-ago-07/jairton-junior-nao-tolerar-decisao-fere-direitos#_ftn9> Não podemos tolerar decisões que ferem direitos e garantias fundamentais>. Acesso em 16 de out. 2017.

GALLAS, Luciano. **A morte dos direitos humanos na ditadura militar**. Publicado em 10 de abril de 2014. Disponível em <<http://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/530137-a-morte-dos-direitos-humanos-na-ditadura-militar>>. Acesso em: 19 de abril de 2017.

IGNACIO JÚNIOR, José Antônio Gomes. **STF: único legitimado à troca de sujeitos constitucionais por deficiência de legitimidade**. Revista Jus Navegandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 17, n. 3180, 16 mar. 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/21302>>. Acesso em: 14 abr. 2017.

JULGAMENTO HISTÓRICO: STF muda jurisprudência e permite prisão a partir da decisão de segunda instância. Publicado em 17 de fevereiro de 2016 Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI234107,51045JULGAMENTO+HISTORICO+STF+muda+jurisprudencia+e+permite+prisao+a>>. Acesso em: 13 de abr. 2017

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**, Martins Fontes, São Paulo, 1987, p. 240

LEITE, Gisele. **Civil law versus common law**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 10 fev. 2017. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?colunas&colunista=2532_&ver=2628>. Acesso em: 30 out. 2017.

LIMA, Flávia Santiago; LEITE, Glauco Salomão. **O ativismo inesperado: quando a corte promove retrocesso em direitos fundamentais**. Publicado em 23/02/2016. Disponível em: <<http://emporiadodireito.com.br/tag/ativismo-inesperado/>>. Acesso em: 13 de abr. 2017.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008

OLIVEIRA, Carolina Borges. **DIFERENÇAS E SEMELHANÇAS ENTRE OS SISTEMAS DA CIVIL LAW E DA COMMON LAW**. Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, 2014, vol. 6, n. 10, Jan.-Jun. p. 43-68.

PAGANELLI, Celso Jeferson Messias; SIMÕES Alexandre Gazetta; IGNÁCIO JÚNIOR José Antônio Gomes Ignácio. **Ativismo Judicial Paradigmas Atuais**. Editora: Letras Jurídicas. 2011,

PILONI, Caroline de Paula Oliveira. **Princípio da não-culpabilidade: aspectos teóricos e práticos**. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3751, 8 out. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/25467>>. Acesso em: 1 out. 2017.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial. Parâmetros Dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

ROESLER, Átila de Rold. **A morte da Constituição cidadã**. Publicado em: 07 de outubro de 2016. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2016/10/07/morte-da-constituicao-cidada/>> Acesso em: 14 de abr. de 2017.

ROMANIUC, Jejson Márcio Silva. **Ativismo judicial e o Supremo Tribunal Federal: Visão crítica sobre os limites da atuação judicial**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11081> Acesso em: 14 de abr. 2017.

STRECK, Lênio Luiz. **Clamor das ruas ou da Constituição?** 2017 O Estado de S.Paulo. 12 maio. 2017. Disponível em: <<http://opinioao.estadao.com.br/noticias/geral,clamor-das-ruas-ou-da-constituicao,70001775264>>. Acesso em: 15 out. 2017.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 12ª ed. Atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **A uniformidade e a estabilidade da jurisprudência e o estado de direito - Civil law e common law**. Revista Jurídica, Porto Alegre, v. 57, n. 384, p. 53-62, out, 2009.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Direito Jurisprudencial**. Vol. I. Revista dos Tribunais, 2012.