

**O princípio constitucional processual da
presunção de inocência e seu ônus argumentativo:
uma contribuição crítica sobre o papel do poder judiciário
no estado democrático de direito a partir da controvérsia
em torno do julgamento do *habeas corpus* n. 126.292 pelo
Supremo Tribunal Federal ¹**

Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes Bahia ²

Diogo Bacha e Silva ³

Flávio Quinaud Pedron ⁴

Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira ⁵

Introdução

No presente texto, reunimos três contribuições críticas⁶ acerca do papel do Poder Judiciário na efetivação de direitos individuais. Tais textos,

¹ Dedicamos o presente texto ao Professor Doutor Lenio Luiz Streck e ao Professor Doutor Fernando Antonio Nogueira Galvão da Rocha.

² Mestre e Doutor em Direito Constitucional pela UFMG. Pós-Doutorado pela Universidade do Porto. Professor Adjunto da UFOP e IBMEC. Bolsista de Produtividade do CNPq.

³ Mestre em Direito pela FDSM e Doutor em Direito pela UFRJ. Professor da Faculdade de São Lourenço.

⁴ Mestre e Doutor em Direito pela UFMG. Professor da PUC-Minas, IBMEC e Faculdade de Guanambi (Mestrado). Advogado.

⁵ Mestre e Doutor em Direito pela UFMG. Pós-doutorado pela Universidade de Roma III. Professor Titular de Direito Constitucional e Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da UFMG.

⁶ Uma primeira versão foi publicada na coluna *Constituição e Democracia*, no *Empório do Direito*. Disponível em <http://emporiiodireito.com.br/presuncao-de-inocencia-uma-contribuicao-critica/>; <http://emporiiodireito.com.br/em-defesa-do-estado-democratico-de-direito-contr-o-risco-atual-do-estado-tutelar-de-policia-uma-critica-ao-desrespeito-judicial-a-constituicao-e-a-legislacao-processual-penal-no-brasil-por-alexand/>;

com ligeiras modificações, foram publicados na coluna Constituição e Democracia na revista *Empório do Direito*. Em especial, procuramos alertar para o modo como o Poder Judiciário cuida de contribuir para os avanços ou os retrocessos na consolidação do Estado Democrático de Direito, a partir de sua atuação no julgamento de concretos.

No primeiro momento, analisamos o julgamento do HC 126.292, proferido pelo Supremo Tribunal Federal⁷, e a controversa ideia de “mutação constitucional”, contra o próprio texto expresso da Constituição de 1988, no que se refere à garantia da presunção de inocência. Neste sentido, uma atitude decisionista por parte do Supremo Tribunal Federal corre o risco de contribuir para um verdadeiro processo de erosão constitucional, significando um retrocesso quanto à compreensão da presunção de inocência presente na própria jurisprudência anterior do Tribunal⁸.

Na segunda passagem de nosso texto, reconstruímos decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça que, seguindo a tendência no julgamento do HC 126.292, consolida um “Estado tutelar de Polícia”. A atuação do Poder Judiciário passa a se pautar por um pragmatismo de tutela da coletividade em clara afronta aos direitos individuais.

Por último, a título de considerações finais, buscamos, mais uma vez, colocar a questão acerca do papel do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito. Assim, retomamos a crítica a um ativismo judicial que não apenas transborda em judicialização da política, como também inverte as expectativas normativas, quanto à atuação garantista e de efetivação de

<http://emporiiodireito.com.br/sobre-o-poder-judiciario-brasileiro-e-o-risco-do-estado-de-excecao-no-brasil-em-defesa-do-regime-constitucional-democratico-em-tempos-de-morogatei-por-alexandre-gustavo-melo-fra/>

⁷ Quando retomamos este texto, o Supremo Tribunal Federal iniciou o julgamento das ADCs n. 43, 44 e 54 que buscam a declaração de constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal. Sobre isso, ver o essencial artigo de Lenio Streck em <https://www.conjur.com.br/2019-out-21/streck-lendas-mitos-senso-comum-presuncao-inocencia>.

⁸ Bastante ilustrativo disso, a posição do Min. Barroso no HC n. 126.292, disponível em <http://www.conjur.com.br/2016-mai-11/apenas-0035-recursos-stf-absolveram-reus-barroso>. Uma tentativa anterior à do Min. Barroso de justificação *estatística* da relativização da presunção de inocência já havia sido tentada pelo Procurador-Geral da República, Rodrigo Janot, tento merecido uma crítica certa por parte de Lenio Streck (Cf. <http://www.conjur.com.br/2016-abr-25/janot-cria-metodo-juridico-estatistica-nao-counta-tudo>). Incrivelmente, cabe desde já dizer, mesmo para aqueles que defendem a ideia de mutação constitucional, não apenas a adoção de uma suposta mutação *contra legem*, mas também a própria pretensão por parte dos ministros de literalmente decretarem uma mutação constitucional, um processo classicamente tido como não voluntarístico (Cf. PEDRON, Flávio Quinaud. *Mutação constitucional na crise do positivismo jurídico*. Belo Horizonte: Arraes, 2012).

direitos por parte do Judiciário, quando passa a desprezar garantias constitucionais processuais, seja no caso da chamada “relativização da presunção de inocência”, como também no caso da chamada *Operação Lava Jato*.

Em verdade, é dever da doutrina repensar criticamente a atuação do Poder Judiciário na construção do Estado Democrático de Direito e em uma democracia sempre aberta a incorporar novos sujeitos e novos direitos. É o momento candente para tentarmos, mais uma vez, proceder àquilo que Lenio Streck chama, inclusive, de *constrangimento epistemológico*, um papel a ser desempenhado por uma doutrina comprometida com a Constituição democrática.

1. O julgamento do HC. n. 126.292 e uma pretensa “mutação constitucional”⁹.

Com apreensão, assistimos à proclamação do resultado do julgamento do HC. n. 126.292 pelo Supremo Tribunal Federal, no dia 17 de Fevereiro de 2016 (publicado no DJ. 17.05.2016). Nessa decisão o Supremo Tribunal Federal alterou entendimento anterior (HC. n. 84.078/MG) e considerou ser possível a execução provisória da pena após o julgamento pela 2ª instância. Assim, passa o Tribunal a entender que, por razões, inclusive, de eficácia no combate à impunidade e à criminalidade, o princípio da presunção da inocência (ou da não culpabilidade) exaure-se com a confirmação da sentença penal condenatória em 2ª instância, afastando-se a exigência constitucional do trânsito em julgado de sentença penal condenatória (art. 5º, LVII, da Constituição da República). Votaram com o Relator, Min. Teori Zavascki, os Ministros Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Dias Toffoli, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes e restaram vencidos a Ministra Rosa Weber e os Ministros Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski.

⁹ Uma primeira versão encontra-se publicada em <http://emporiododireito.com.br/presuncao-de-inocencia-uma-contribuicao-critica/>.

No voto do Ministro Teori Zavascki¹⁰, condutor do resultado, ficou expresso em suas razões que a presunção de inocência tem fim no juízo de culpabilidade realizado pelas instâncias ordinárias, já que eventuais recursos de natureza extraordinária para o STF e para o STJ, em nosso ordenamento, não se prestam ao reexame de fatos e provas. Ademais, o Relator também realiza analogia com a Lei de Ficha Limpa (Lei Complementar n. 135/2010) que consagra inelegibilidade quando houver condenação por alguns crimes proferida por órgão colegiado. Ainda, cita legislações e entendimentos de países como Inglaterra, Estados Unidos, Canadá, Alemanha, França, Portugal, Espanha e Argentina, indicando que nesses países a execução penal tem início *antes* do trânsito em julgado da sentença condenatória.

No entanto, a decisão do Supremo Tribunal Federal, a um só tempo, desconsidera frontalmente o texto constitucional (art. 5º, LVII, da Constituição da República), Tratados Internacionais – que o próprio Estado Brasileiro ratificou como a Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 8º, n. 2¹¹) –, a própria legislação processual penal (art. 283 do Código de Processo Penal) e também sua própria jurisprudência (HC 84.078/MG, de 05/02/2009¹²).

O Ministro Marco Aurélio foi enfático em reconhecer que “o Supremo acabou de rasgar a Constituição”¹³ e acrescentaríamos: rasgou a Constituição, documentos internacionais, a própria lei vigente e, por corolário, o Estado de Direito e além também da sua própria sua jurisprudência.¹⁴

¹⁰ Disponível em <http://www.conjur.com.br/2016-fev-17/leia-voto-relator-prisao-condenado-segundo-grau>

¹¹ “2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa” (grifos nossos). Sobre o modo com que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos interpreta o *Pacto de San José* quanto à toda espécie de “prisões preventivas” (ou seja, de “todo o período de privação de liberdade de uma pessoa suspeita de haver cometido um delito, ordenado por uma autoridade judicial e anterior ao trânsito em julgado da sentença”) em face do direito à presunção de inocência, ver em especial o “Relatório sobre o uso das prisões preventivas nas Américas”, disponível em www.oas.org/pt/cidh/ppl/pdfs/Relatorio-PP-2013-pt.pdf. Texto integral em espanhol, disponível em <http://www.oas.org/es/cidh/ppl/informes/pdfs/informe-pp-2013-es.pdf>.

¹² Ementa disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ementa84078.pdf>.

¹³ Fala aos jornalistas, disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/stf-decide-reu-presos-depois-decisao.pdf>, acesso em 19 de Fevereiro de 2016.

¹⁴ Já bastaria isso para afirmar que com tal postura o STF vira completamente às costas para a virtude democrática da Integridade do Direito, como defendida por Ronald Dworkin em: DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. [Direito e Justiça], o que já é suficiente para

Logo após a divulgação do resultado, vezes se levantaram contra o resultado analisando o citado *Habeas Corpus* sob os seus diversos vieses. Para Leonardo Isaac Yarochevsky:

“A decisão do STF atingiu o coração do princípio da presunção de inocência, mas, oxalá, permita que ele sobreviva como princípio, como princípio constitucional, como princípio do Estado Democrático de Direito. Estado Democrático de Direito, que não se satisfaz simplesmente com a democracia formal, mas sobretudo um verdadeiro Estado Democrático de Direito que efetivamente garanta os direitos fundamentais e onde prevaleça a maximização da liberdade e a minimização do poder punitivo estatal”.¹⁵

Thiago Bottino escreveu alertando para o fato de que estatísticas comprovam que muitas vezes a utilização do *Habeas Corpus* serviu para reformar decisões condenatórias proferidas pelos Tribunais de Justiça e pelos Tribunais Regionais Federais, além do que se o problema fosse o excesso de recursos para o trânsito em julgado da sentença, então, somente o Poder Legislativo através de Emenda à Constituição teria legitimidade para modificar a situação e não o Supremo Tribunal Federal, já que não teria legitimidade, nem mandato para tanto¹⁶.

Emílio Peluso Neder Meyer levanta sérios problemas jurídicos quanto a *essa* decisão do STF no *Habeas Corpus* n. 126.292. Ela é violadora de texto expresso da Constituição, expressa ausência de integridade no julgamento, crítica a suposta oposição entre questão de fato e de direito, chama atenção para o retrocesso na proteção dos direitos fundamentais e a ilegitimidade no controle de constitucionalidade por ofensa tanto à perspectiva liberal, quanto à concepção republicana e a uma concepção procedimentalista¹⁷.

afirmar que há um erro de julgamento essencial, que deverá ser corrigido pela própria jurisprudência do Tribunal sob pena de enraizarmos ainda mais tal exegese avessa à proteção de direitos fundamentais.

¹⁵ YAROCHEVSKY, Leonardo Isaac. Com decisão do Supremo, presunção de inocência está na UTI. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2016-fev-17/leonardo-yarochevsky-presuncao-inocencia-uti>

¹⁶ Texto disponível em: <http://jota.uol.com.br/os-problemas-da-decisao-do-stf-sobre-execucao-provisoria-da-pena>.

¹⁷ Texto disponível em: <http://jota.uol.com.br/presuncao-de-inocencia-ate-a-condenacao-em-segunda-instancia>. Para uma crítica à oposição artificial entre questões de fato e de direito, ver: BAHIA, Alexandre Melo Franco. *Recursos extraordinários no STF e no STJ: conflito entre interesses público e privado*. Curitiba: Juruá, 2012.

Também o texto de Cezar Roberto Bitencourt e de Vania Barbosa Adorno Bitencourt, em que asseveram o autoritarismo da Corte por, ao tentar agir como guardião da Constituição, agir na verdade por reescrevê-la e desconsiderar direitos fundamentais, além de gerar imensa insegurança jurídica¹⁸.

E, por fim, Lenio Streck¹⁹ questiona se a postura adotada pelo Min. Teori Zavascki seria diferente, afinal, da anteriormente adotada, quando este era Ministro do STJ, no que se refere à exigência, defendida por esse mesmo Ministro, de que uma declaração de inconstitucionalidade de dispositivos normativos deve ser sempre explícita. Assim, se não houve uma declaração explícita de inconstitucionalidade do disposto no art. 283 do Código de Processo Penal, pela decisão do Supremo Tribunal Federal, bem como não houve edição de enunciado de súmula vinculante quanto ao entendimento adotado naquela decisão, os tribunais; portanto, bem podem não seguir esse entendimento que, conforme Lenio Streck, seria, então, precário, isolado e não amadurecido.²⁰

Obviamente, aderimos às críticas feitas pelos autores acima citados²¹. O que o Supremo Tribunal Federal parece esquecer é que o direito à presunção de inocência é, antes de qualquer coisa, um princípio processual, uma garantia processual e uma regra de argumentação processual. Significa simplesmente que quem tem o ônus da prova é quem acusa e não quem se defende. A presunção de inocência é um princípio basilar do

¹⁸ Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-fev-18/cezar-bittencourt-dia-terror-stf-rasga-constituicao>. Sobre o papel do STF como “guardião da Constituição”, vale lembrar a advertência da Maria Fernanda: “Justamente porque o STF tem a última palavra sobre o que é a Constituição, ele não pode agir como se tivesse a última palavra sobre o que é a Constituição” (SALCEDO REPOLÊS, Maria Fernanda. O papel político do Supremo Tribunal Federal e a hermenêutica constitucional: considerações a partir da teoria, da cultura institucional e da jurisprudência. *Revista do Curso de Direito da Faculdade Metodista Isabela Hendrix*, v. 1, 1º sem. 2003, p. 107. Disponível em: <http://mi-gre.me/t3MKr>).

¹⁹ STRECK, Lenio. Teori do STF contraria Teoria do STJ ao ignorar lei sem declarar inconstitucional. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-fev-19/streck-teori-contraria-teori-prender-transito-julgado>.

²⁰ Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-fev-19/streck-teori-contraria-teori-prender-transito-julgado>. Vale a pena também considerar as colocações de Luciano Feldens e Débora Poeta em Prisão segue condicionada ao trânsito em julgado da sentença condenatória. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2016-fev-19/prisao-segue-condicionada-transito-julgado-sentenca>

²¹ Cf. também, entre outros, Délio Lins e Silva em <http://www.conjur.com.br/2016-fev-19/lins-silva-stf-julgou-materia-requentada-nuvem-mediocridade>. E Borges D’Urso em <http://www.conjur.com.br/2016-fev-18/luiz-durso-antecipar-cumprimento-pena-desastre-humanitario>.

sistema acusatório, do devido processo legal e do modelo constitucional do processo penal nos Estados Democráticos de Direito. Além do que a Constituição da República determina que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, ou seja, até decisão condenatória irreversível (embora o sistema ainda admita meios autônomos de impugnação de decisões judiciais). A comparação com outros países apenas poderia fazer sentido se nossa Constituição não dissesse aquilo expressamente e, de outro lado, em todos os países citados pelo STF a regra sobre prisão antes do trânsito em julgado advém da lei e não de criação jurisprudencial.

Em face da controvérsia que se criou em torno da decisão do STF²², o que também nos causa estranheza é a adesão, em maior ou menor medida, por parte de alguns autores, ao entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do *Habeas Corpus* n. 126.292; ou, ao menos, quanto à impossibilidade de se questionar essa decisão em face do Direito Internacional de Proteção aos Direitos Humanos.

Oscar Vilhena Vieira, por exemplo, em entrevista à *Folha de São Paulo*, afirma textualmente que é a favor da decisão e que “o Supremo seguiu o padrão internacional, que é a dupla jurisdição. Nos EUA é diferente: a prisão ocorre logo após a decisão de primeira instância. O Brasil estabelecer um duplo grau de jurisdição não é um atentado à democracia”²³. Com efeito, Oscar Vilhena Vieira sustenta seu ponto de vista em uma suposta superioridade de outros ordenamentos jurídicos, como se: *já que é assim nos EUA, então em nosso país periférico deve ser também assim*. Esquece-se o autor de mencionar que os EUA são, no que toca ao campo processual penal e prisional, tudo menos um exemplo a ser seguido: a maior população carcerária do mundo; um sistema que, como o nosso, se concentra nos mais pobres e negros (além de hispânicos, no caso dos EUA); um país, enfim, que sustenta uma prisão ilegal e violadora de

²² Ver, p. ex., de um lado, <http://www.conjur.com.br/2016-fev-17/advogados-stf-curvow-opinio-publica-antecipar-pena>. E, de outro, <http://www.conjur.com.br/2016-fev-17/ajufe-comemora-decisao-prisao-condenacao-grau>.

²³ Entrevista disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2016/02/1740916-decisao-do-supremo-nao-viola-a-democracia-afirma-pesquisador.shtml>.

todos os Tratados Internacionais possíveis localizada em Guantánamo. Ademais, o mesmo autor, contudo, reconhece que o Supremo Tribunal Federal realizou uma *mudança* na própria Constituição, sendo que “o ideal seria que a mudança fosse feita por meio de uma emenda constitucional”²⁴, mas “como o Congresso jamais aprovaria tal mudança”²⁵, então está justificada a mudança feita pelo Supremo Tribunal Federal.

Em primeiro lugar, a comparação que faz o autor nos parece inadequada, posto que ela pretende sustentar-se no argumento de uma suposta autoridade que o sistema jurídico norte-americano teria sobre os chamados países “periféricos”. Assim, cabe perguntar: os Estados Unidos são mesmo um modelo de democracia para todo o mundo, inclusive para nós? Por lá, não existem violações a direitos fundamentais? Basta lembrarmos que esse tipo de argumento pode bem esconder uma tentativa de legitimação através de uma violência simbólica por parte de uma “inteligência” com ares de crítica, para consolidar a dominação do modelo de privilégios da elite e dos chamados países centrais na espoliação dos países periféricos²⁶. Uma análise do direito norte-americano e do instituto da presunção de inocência, portanto, deve ser realizada com os rigores metodológicos que o direito comparado requer; fora daí é pura *tolice da inteligência brasileira*, no sentido de Jessé Souza.

²⁴ Entrevista disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2016/02/1740916-decisao-do-supremo-nao-viola-a-democracia-afirma-pesquisador.shtml>.

²⁵ Entrevista disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2016/02/1740916-decisao-do-supremo-nao-viola-a-democracia-afirma-pesquisador.shtml>.

²⁶ Comentando essa exaltação da sociedade americana, Jessé Souza bem elucida: “A cereja do bolo desse quadro pseudocrítico da sociedade brasileira é a ideia de que existem sociedades sem jeitinho, ou seja, sem influência de relações pessoais poderosas decidindo o destino de pessoas concretas, muito especialmente nessa sociedade de conto de fadas para adultos que são os Estados Unidos aos olhos de nossos liberais conservadores. Os Estados Unidos seriam a sociedade da *accountability*, da confiança interpessoal, do respeito à lei impessoal, e da igualdade como valor máximo. Tudo como se o policial norte-americano não batesse com mais força no latino e nos negros pobres, como se o governo, na mutreta e sem assumir, não espionasse aliados e inimigos, como se o eufemismo da desregulação do mercado financeiro – o que é afinal desregular senão abdicar de qualquer controle intencionalmente? – não fosse a senha para corrupção aberta por meio de mecanismos financeiros com um só ganhador: os bancos norte-americanos que se apropriam por meios frequentemente duvidosos do excedente econômico do planeta inteiro. O interesse aqui não é obviamente praticar antiamericanismo, sentimento do qual estou a anos-luz de distância, é apenas irritação contra esse tipo de admiração basbaque e infantil de tão cândida com relação a sociedades tão imperfeitas e dignas de crítica quanto qualquer outra sociedade humana existente” (SOUZA, Jessé. *A tolice da inteligência brasileira: ou como o país se deixa manipular pela elite*. São Paulo: LeYa, 2015, p.88).

Um dia depois de sua entrevista, Oscar Vilhena Vieira, agora em artigo publicado no mesmo veículo, escreve sobre o tema. Explicando que o ministro Cezar Peluso encaminhou ao Congresso proposta de emenda à Constituição, em 2011, para transformar os recursos especiais e extraordinários em verdadeiras revisões criminais, com o intuito de *agilizar* os processos penais e também reduzir a impunidade, e como o Congresso se manteve omissivo em relação a essa emenda, o Supremo Tribunal Federal se insurgiu possibilitando a execução da pena antes do trânsito em julgado. Assim, o autor questiona: “Afim, é assim que ocorre em grande parte das democracias contemporâneas. Por que deveria ser diferente no Brasil?”²⁷. Conclui, então, dizendo:

“Parece sensato. Ocorre, porém, que a Constituição brasileira é diferente das demais. É o ‘trânsito em julgado’ e não o ‘duplo grau’ que estabelece o momento a partir do qual se pode executar uma sentença. É o que está escrito. Não há dúvida de que a ‘benevolência’ constitucional gera morosidade e favorece a impunidade. Corrigir a Constituição, no entanto, não é função do Supremo”²⁸.

O autor, em um primeiro momento, disse que o Supremo Tribunal Federal teria feito aquilo que o Congresso se omitiu para, então, depois dizer que não caberia ao Supremo Tribunal Federal fazer o que fez. Mas que nas “democracias *decentes*” é assim que ocorre, diferentemente da “Constituição *benevolente*” que temos. É bem claro que o autor recua no artigo em relação à opinião manifestada na entrevista, mas não deixa isso claro e nem tem a coragem de dizer que voltou atrás. O que ele também não diz nesse segundo texto é o porquê de a nossa Constituição ser tão “benevolente”; contudo, cremos ser possível ajudá-lo nesse sentido: 20 anos de regime ditatorial, no qual as garantias fundamentais mais básicas foram violentadas à exaustão, talvez só isso já esclareça a razão da

²⁷ Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/colunas/oscarvilhenvieira/2016/02/1741320-presuncao-de-inecencia.shtml>, acesso em 21 de Fevereiro de 2016.

²⁸ Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/colunas/oscarvilhenvieira/2016/02/1741320-presuncao-de-inecencia.shtml>, acesso em 21 de Fevereiro de 2016.

Constituição “cidadã” ter tanto cuidado em proteger aquele que está sujeito à violência do Estado. Isso para não falarmos de um sistema direcionado, desde sempre, para um tipo específico de *clientela*, para quem o Estado aparece, normalmente, apenas como violência e força. Interessante é ler a crítica de alguns segundo a qual quem tem recursos pode pagar um bom advogado para que este se valha dos “mecanismos” que supostamente teriam sido criados para protelar uma condenação. O problema, então, não seria, por um lado, coibir em concreto situações de abuso e, por outro, garantir meios adequados de defesa a todos? Para resolver uma distorção precisamos jogar fora “a água da banheira com a criança dentro”?

Essa “mudança” realizada pelo Supremo Tribunal Federal só poderia ser, segundo alguns, uma tentativa de “mutação constitucional”. Mas é possível falar em mutação *constitucional contra legem*?

Advogando o que seria uma pretensa “mutação constitucional”, cabe tecer algumas considerações sobre o artigo de José Ribas Vieira e Ranieri Lima Resende. Esse texto busca, sobretudo, analisar se eventualmente a decisão do STF teria ou não ofendido a Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica²⁹. Respeitosamente, cabe dizer, desde já, que discordamos do ponto de vista apresentado pelos autores.

Antes de tudo, é preciso lembrar que a ideia de “mutação constitucional” é pensamento oriundo da crise do positivismo alemão do final do século XIX e início do século XX, uma tentativa de solução ou de explicação sociológica para um problema hermenêutico.³⁰

Veja-se bem, falar em uma “mutação constitucional”, já de início, aponta para uma saída que somente faz sentido dentro da tradição do Positivismo Jurídico. Que a Ciência Jurídica de outrora faça uso de tal leitura é ainda compreensível. Contudo, juristas atuais defenderem a

²⁹ Disponível em: <http://jota.uol.com.br/execucao-provisoria-da-pena-confirmada-pela-segunda-instancia-uma-causa-para-a-corte-interamericana-de-direitos-humanos>.

³⁰ Cf. JACOBSON, Artur J. e SCHLINK, Bernhard. *Weimar: A Jurisprudence of crisis*. Berkeley: University of California, 2000, p. 46; p. 54-57; e: PEDRON, Flávio Quinaud. *Mutação constitucional na crise do positivismo jurídico*. Belo Horizonte: Arraes editores, 2012.

possibilidade de “mutações constitucionais” pode soar, no mínimo, anacrônico. Seja porque o paradigma jurídico atual reivindica normatividade para os princípios jurídicos, seja porque esse mesmo paradigma exige que se leve em consideração de forma adequada o papel do judiciário em uma democracia.

Dessa forma, é necessário um rápido olhar sobre o que significa epistemologicamente a doutrina de uma “mutação constitucional”, a partir do contexto de seu desenvolvimento, até para espancar qualquer dúvida acerca da imprestabilidade de seu uso no momento atual:

- Em um primeiro momento, a referência a essa ideia é feita em face de efetivas mudanças de interpretação da Constituição do Império Alemão, de 1870, constituindo a “mutação constitucional” uma espécie de explicação para essas mudanças, percebidas, sobretudo, pela Teoria do Estado como um problema de defasagem entre o texto constitucional e as práticas sociais.³¹
- Em um segundo momento, a ideia de “mutação constitucional” ressurge no contexto do debate sobre a crise dos métodos jurídicos na Alemanha.³² Nesse contexto, Dau-Lin³³ afirmará – baseando-se em Smend – que as “mutações constitucionais” são elementos fundamentais para a manutenção da unidade do Estado. Disso ele tira uma conclusão pessimista: *não há nenhum mecanismo jurídico que seja capaz de controlar as instâncias mais altas do Estado e de vinculá-las ao cumprimento da Constituição*.³⁴

Com isso, nos parece que a doutrina constitucional brasileira defensora de uma “mutação constitucional” parece olvidar – seja por déficit epistemológico, ou talvez por uma perversidade ideológica – que historicamente a figura de uma “mutação constitucional” sempre foi utilizada pela história constitucional para uma “desculpa elegante” para justificar o descumprimento da Constituição e o decisionismo de um Judiciário

³¹ JELLINEK, Georg. *Reforma y mutación de la constitución*. Trad. Christian Förster. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

³² PEDRON, Flávio Quinaud. *Mutação constitucional na crise do positivismo jurídico*. Belo Horizonte: Arraes editores, 2012, p. 101.

³³ DAU-LIN, Hsü. *Mutación de la Constitución*. Tradução de Pablo Lucas Verdú e Cristian Förster. Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública, 1998.

³⁴ PEDRON, Flávio Quinaud. *Mutação constitucional na crise do positivismo jurídico*. Belo Horizonte: Arraes editores, 2012, p. 119-120.

descomprometido com bases democráticas, revivendo as célebres palavras de Lassalle e reduzindo a Constituição a uma *mera folha de papel*. Como afirmam Lenio Streck, Martonio Mont’Alverne Barreto Lima e Marcelo Cattoni:

“Em síntese, a tese da mutação constitucional advoga em última análise uma concepção decisionista da jurisdição e contribui para a compreensão das cortes constitucionais como poderes constituintes permanentes. Ora, um tribunal não pode mudar a constituição; um tribunal não pode *inventar* o direito: este não é seu legítimo papel como poder jurisdicional, numa democracia”.³⁵

Também deveria ser estranho – ou pelo mesmo vergonhoso – notar que se realizarmos uma pesquisa empírica sobre os julgados do Supremo Tribunal Federal,³⁶ este tem uma jurisprudência absurdamente vacilante e frágil acerca do conceito do que seja uma “mutação constitucional”; de modo a reduzir anos de teoria e história do constitucionalismo alemão a um mero

³⁵ STRECK, Lenio; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto; CATTONI, Marcelo. *A nova perspectiva do STF sobre controle difuso*. Disponível em http://www.conjur.com.br/2007-ago-03/perspectiva_stf_controle_difuso. Citamos todo o trecho: “Não se pode deixar de frisar, destarte, que a mutação constitucional apresenta um grave problema hermenêutico, no mínimo, assim como também de legitimidade da jurisdição constitucional. Com efeito, a tese da mutação constitucional é compreendida mais uma vez como solução para um suposto hiato entre texto constitucional e a realidade social, a exigir uma “jurisprudência corretiva”, tal como aquela a que falava Büllow, em fins do século XIX (veja-se, pois, o contexto histórico): uma jurisprudência corretiva desenvolvida por juizes éticos, criadores do Direito” (Gesetz und Richteramt, Leipzig, 1885) e atualizadores da constituição e dos supostos envelhecimentos e imperfeições constitucionais; ou seja, mutações constitucionais são reformas informais e mudanças constitucionais empreendidas por uma suposta interpretação evolutiva. Essa tese foi formulada pela primeira vez em fins do século XIX e inícios do século XX por autores como Laband (Wandlungen der deutschen Reichsverfassung, Dresden, 1895) e Jellinek (Verfassungsänderung und Verfassungswandlung, Berlim, 1906), e mereceu mais tarde conhecidos desenvolvimentos por Hsü-Dau-Lin (Die Verfassungswandlung, Leipzig, 1932). Como bem afirmam os professores Artur J. Jacobson (New York) e Bernhard Schlink (Berlim), em sua obra *Weimar: A Jurisprudence of crisis* (Berkeley: University of California, 2000, p. 45-46), o dualismo metodológico positivismo legalista-positivismo sociológico que perpassa toda a obra de Jellinek *Verfassungsänderung und Verfassungswandlung* (Berlim, Häring, 1906) e que serve de base para a tese da mutação constitucional (*Verfassungswandlung*), impediu o jurista alemão de lidar normativamente com o reconhecimento daquelas que seriam “as influências das realidades sociais no Direito”. A mutação constitucional é assim tida como fenômeno empírico e não é resolvido normativamente: “Jellinek não apresenta um substituto para o positivismo legalista, mas apenas tenta suplementá-lo com uma análise empírica ou descritiva dos processos político-sociais”. Na verdade, o conceito de mutação constitucional mostra apenas a incapacidade do positivismo legalista da velha *Staatsrechtslehre do Reich* alemão de 1870 em lidar construtivamente com a profundidade de sua própria crise paradigmática. E não nos parece que esse fenômeno possui similaridade no Brasil. E mesmo em Hsü-Dau-Lin” (referido pelo ministro Eros Grau) e sua classificação “quadripartite” do fenômeno da mutação constitucional não leva em conta aquilo que é central para o pós-segunda guerra e em especial para a construção do Estado Democrático de Direito na atualidade: o caráter principiológico do direito e a exigência de integridade que este direito democrático expõe, muito embora, registre-se, Lin tenha sido discípulo de Rudolf Smend, um dos primeiros a falar em princípios e espécie de fundador da doutrina constitucional alemã pós-segunda guerra.”

³⁶ O que foi de fato levada a cabo na obra PEDRON, Flávio Quinaud. *Mutação constitucional na crise do positivismo jurídico*. Belo Horizonte: Arraes editores, 2012, p. 52.

recurso retórico (vazio de significação), seguidamente repetido. Isto é, banalizou-se a noção no interior do Supremo Tribunal Federal de que quando algum Ministro quer proferir uma decisão inovadora, este alega proceder a uma “mutação constitucional” (onde muitas vezes é mesmo caso, se não de emenda, ao menos de percepção mais sofisticada hermeneuticamente e politicamente responsável da dinâmica constitucional).

De mais a mais, admitir a mutação constitucional é pretender que o sistema jurídico seja um conjunto de regras apenas, ignorando por completo a dimensão principiológica existente em um Ordenamento Jurídico, sob as balizas do paradigma pós-positivista, como já afirmamos. Logo, tal instituto não se sustenta ao descobrirmos que o direito deve ser pensado a partir de um projeto coletivo de uma comunidade de princípios e que a interpretação deve sempre ter um caráter construtivo.³⁷ Por isso, deve-se substituir a ideia de “mutação constitucional” pela integridade na construção interpretativa do direito.³⁸

E, ainda, mesmo para aqueles que admitem a sua utilização, jamais se admite interpretações *contra legem*, - interpretações contrárias ao próprio texto constitucional (o que Dau-Lin denominada por mutação inconstitucional e tanto condenava)³⁹ - e ainda, que a “alteração de sentido” a que se chama de mutação não seria algo “construído” pelo Judiciário, mas apenas reconhecido pelo mesmo.⁴⁰

Mesmo admitindo a “mutação constitucional” – o que já não se sustenta na atual quadra histórica do Direito, pois agir assim significaria

³⁷ DWORKIN, Ronald. *Império do Direito*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. 2ª edição. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2007.

³⁸ PEDRON, Flávio Quinaud. *Mutação constitucional na crise do positivismo jurídico*. Belo Horizonte: Arraes editores, 2012.

³⁹ DAU-LIN, Hsü. *Mutación de la Constitución*. Tradução de Pablo Lucas Verdú e Cristian Förster. Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública, 1998.

⁴⁰ Por isso o desacerto na defesa de mutação tal qual pretendida por Gilmar Mendes quando votou na Reclamação n. 4335: ao fim e ao cabo, era o STF – ou, mais precisamente, o Min. Gilmar – quem pretendia que teria havido uma mudança na Constituição, implicando em uma revogação tácita de dispositivo constitucional. Mesmo dentro da teoria da mutação constitucional a tese não se sustentava porque, no caso, não se encontrava qualquer indício – fora da vontade expressa pelo Ministro em seu voto – de que tivesse surgido uma expectativa generalizada sobre a questão. Cf. STRECK, Lenio; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto; CATTONI, Marcelo. *A nova perspectiva do STF sobre controle difuso*. *Consultor Jurídico*, 03.08.2007. Disponível em http://www.conjur.com.br/2007-ago-03/perspectiva_stf_controle_difuso.

ignorar o Direito como formado a partir conjunto de princípios norteados pela integridade – é de se chegar à conclusão de que o seu pretense emprego fora feita em completo descompasso com o texto constitucional e, ainda, com uma argumentação de fundo *utilitarista* com o objetivo de suprimir direitos e garantias, o que torna tudo ainda mais grave – é dizer, o argumento de um juiz/Tribunal deve ser guiado por questões de princípio e não de política; deve decidir porque assim diz a melhor leitura do Direito e não porque isso vai gerar uma melhor sensação de segurança ou de uma resposta àquele setor punitivista da opinião pública.

Se o Tribunal fosse defender a tese de uma “mutação”, ele precisaria enfrentar a história institucional que veio antes dele, mostrando uma mudança social de interpretação que tenha gerado uma leitura diversa – e plausível constitucionalmente – do instituto. Mas por óbvio isso não aconteceu.

Há uma exigência de fundo face aos tribunais em geral, mas, principalmente, aos Tribunais de cúpula, que construam entendimentos estáveis. Assim, eles têm um ônus ainda maior quando pretendem superar entendimentos anteriores; não podem, pois, simplesmente inovar sem enfrentar as razões (a *ratio decidendi*) postas no caso anterior. Não por outra razão o que dispõe o CPC/2015 no inciso VI do §1º do art. 489⁴¹. Não é possível que a única razão para que o STF decida hoje de forma diferente que ontem seja a composição diversa da Corte: mesmo que haja novas pessoas a ocuparem as cadeiras, a decisão sempre é da instituição e se compreendemos o Direito como um sistema coerente e íntegro, então o Tribunal, para alterar seu posicionamento, precisa enfrentar decisões anteriores e assumir o ônus argumentativo de mostrar que aquelas estavam “equivocadas” e que a melhor leitura é a atual. Isso implica assumir uma teoria dos erros institucionais, como leciona Dworkin.⁴²

⁴¹ THEODORO JR., Humberto, NUNES, Dierle, BAHIA, Alexandre Melo Franco e PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. 3ª ed. RJ: Forense, 2016.

⁴² DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. [Direito e Justiça].

Cabe repetir: a tese da mutação constitucional, portanto, nada mais é do que a defesa de uma concepção *decisionista* da jurisdição constitucional – logo, antidemocrática –, que acaba por transformar o Supremo Tribunal Federal em um poder constituinte permanente.⁴³

Isso é inadmissível em um Estado Democrático de Direito. Novamente, o Supremo Tribunal Federal nada mais fez do que “substituir um texto por outro texto”⁴⁴. Veja-se que o que o Tribunal fez, na prática, foi trocar a expressão “até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (art. 5º, LVII da CF/88) por “até acórdão condenatório em 2ª instância” (HC. n. 126.292). Qual a legitimidade da jurisdição constitucional para substituir o texto constitucional?

Ora, há toda uma história institucional que não pode ser simplesmente desconsiderada: trânsito em julgado jamais será, para o Direito Processual, sinônimo de condenação em segundo grau. Simplesmente porque são institutos próprios. E desconsiderar essas diferenças é desprezear o princípio constitucional do devido processo legal.

Para além da referência a uma suposta “mutação constitucional”, o texto de José Ribas Vieira e de Ranieri Lima Resende defende que a decisão do Supremo Tribunal Federal não ofende qualquer dispositivo da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, nem qualquer precedente da Corte Americana de Direitos Humanos, já que não há qualquer garantia convencional de cumprimento da sentença condenatória condicionada ao trânsito em julgado⁴⁵.

Além de o artigo de Ribas e Resende infelizmente desconhecer inteiramente o entendimento da Comissão Interamericana de Direito Humanos sobre o direito à presunção de inocência, especialmente frente às chamadas

⁴³ STRECK, Lenio; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; LIMA, Martonio Mont' Alverne Barreto. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. *Revista Argumenta*, n. 7, ano 2007, p. 45-68.

⁴⁴ STRECK, Lenio; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; LIMA, Martonio Mont' Alverne Barreto. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. *Revista Argumenta*, n. 7, ano 2007, p. 45-68.

⁴⁵ Disponível em: <http://jota.uol.com.br/execucao-provisoria-da-pena-confirmada-pela-segunda-instancia-uma-causa-para-a-corte-interamericana-de-direitos-humanos>.

prisões decretadas antes do trânsito em julgado de decisões condenatórias, como no caso do “Relatório sobre o uso das prisões preventivas nas Américas”⁴⁶, cabe lembrar que a Convenção Americana exige dos Estados signatários o respeito ao sistema de garantias que esses próprios Estados legalmente adotam. Ora, não é nem preciso adotar a tese do transconstitucionalismo para perceber, em razão das remissões recíprocas entre a Constituição e o Pacto de San José, que o desrespeito ao próprio sistema de garantias legal e constitucionalmente adotados internamente também viola o Pacto e o Direito Internacional de Proteção aos Direitos Humanos (especificamente, art. 8º, n. 2, primeira parte, da Convenção Americana).

Ademais, essa decisão do STF sobre a presunção de inocência vem corroborar, arriscadamente, uma linha de relativização em matéria penal e processual penal, que pode bem ser chamada de *jurisprudencialismo penal*. Como sabemos, numa visão garantista, o Direito Penal e o Processo Penal devem submeter-se à legalidade em sentido formal e material. Essa linha de relativização nos parece já estar presente, inclusive, na discussão sobre o “estado de coisas inconstitucional”, na medida em que o Tribunal tenta assumir, ainda que em parte, uma tarefa de governo em matéria de política criminal que cabe constitucionalmente ao Legislativo e ao Executivo, sob o argumento da falência da política.⁴⁷ Mais uma vez, o STF prova que não é papel dele esse tipo de coisa, até porque, em razão de o direito à presunção de inocência ser uma cláusula pétrea, nem mesmo o Congresso democraticamente eleito tem legitimidade para relativizar uma garantia como essa.

Por fim, cabe dizer que a decisão no *Habeas Corpus* n. 126.292 pelo Supremo Tribunal Federal desrespeita, ademais, a ideia alardeada por

⁴⁶ Cabe conferir o modo com que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos interpreta o *Pacto de San José* quanto ao direito de **presunção de inocência**, frente a toda espécie de “prisões preventivas” (ou seja, de “todo o período de privação de liberdade de uma pessoa suspeita de haver cometido um delito, ordenado por uma autoridade judicial e anterior ao trânsito em julgado da sentença”). “Relatório sobre o uso das prisões preventivas nas Américas”, disponível em www.oas.org/pt/cidh/ppl/pdfs/Relatorio-PP-2013-pt.pdf. Texto integral em espanhol, disponível em <http://www.oas.org/es/cidh/ppl/informes/pdfs/informe-pp-2013-es.pdf>.

⁴⁷ Para uma crítica certaíra à ideia de “Estado de coisas inconstitucional”, ver STRECK, Lenio. Estado de coisas inconstitucional é uma nova forma de ativismo. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo>.

tantos quanto à “proibição do retrocesso”⁴⁸. Se o STF alcançou um certo entendimento mais favorável, como é possível que pouco tempo depois volte atrás? Temos visto muitos dos que saúdam essa decisão do STF dizendo que até 2009 esse era o entendimento e que apenas em 2010 é que houve mudança. O que este argumento está sustentando – inclusive refazendo um histórico pré-88 – é que o erro do passado deve prevalecer? Ora, se o STF em 2010 enfrentou entendimentos anteriores e avançou para uma nova compreensão que percebeu mais adequada ao atual constitucionalismo, qualquer novo entendimento dos Tribunais no sentido de “andar para trás” precisará estar escorado em uma mudança da Constituição, uma vez que o caráter aberto de interpretação do texto constitucional se dá apenas em um sentido: o da ampliação dos direitos e dos sujeitos de direitos: §2º do art. 5º da Constituição da República. Aliás, para aqueles que gostam de citar “o exemplo dos EUA”, vale lembrar que cláusula similar se encontra na Emenda n. IX da Constituição daquele país.⁴⁹

Mais uma vez, com tudo isso, vem à memória a advertência de Boaventura de Sousa Santos quanto aos perigos do ativismo judicial, já que tanto pode caminhar em um sentido progressista quanto conservador; neste último caso, configurando uma verdadeira “contrarrevolução jurídica”.⁵⁰

2. Pelo Estado Democrático de Direito contra os riscos do atual “Estado Tutelar de Polícia”⁵¹

Falávamos acima sobre a decisão do STF no HC. n. 126.292. Pois bem, passados alguns dias daquela decisão e já pudemos sentir a tônica que os

⁴⁸ Cabe reconhecer que Ribas e Rezende, ao final de seu texto, referem-se, contudo, a esse problema. Cf. <http://jota.uol.com.br/execucao-provisoria-da-pena-confirmada-pela-segunda-instancia-uma-causa-para-a-corte-interamericana-de-direitos-humanos>

⁴⁹ “A enumeração de certos direitos na Constituição não poderá ser interpretada como negando ou coibindo outros direitos inerentes ao povo”.

⁵⁰ SANTOS, Boaventura de Sousa. *A contrarrevolução jurídica*. Disponível em: <<http://www.uc.pt/iii/novidades/CES-boaventura-contrarevolucao12-09>>.

⁵¹ Uma versão anterior deste tópico foi publicada em <http://emporiadodireito.com.br/em-defesa-do-estado-democratico-de-direito-contra-o-risco-atual-do-estado-tutelar-de-policia-uma-critica-ao-desrespeito-judicial-a-constituicao-e-a-legislacao-processual-penal-no-brasil-por-alexand/>.

tribunais lhe darão. Mais uma vez, o sentido da Constituição e da lei estão em disputa.

É bem verdade que, fôssemos um sistema jurídico acostumado a lidar com os precedentes, os Tribunais e os juízes poderiam praticar um verdadeiro *sub silentio overruling*⁵² ou uma superação implícita da decisão do STF, sem falar na erosão do precedente para se chegar a uma decisão oposta ao decidido, o chamado *undermining*⁵³. Para tanto, bastaria que os Tribunais e juízes aplicassem um artigo de lei ainda em vigor que, ao que tudo consta, não foi objeto de declaração de inconstitucionalidade, o art. 283 do CPP.

Mas a recepção que a ideia de precedentes sofreu em nosso sistema jurídico é a de que eles não servem no processo de argumentação das partes – como ocorre nos países de *common law* –, mas sim como ponto final do processo de argumentação⁵⁴. Assim, as decisões proferidas pelas mais altas Cortes são cegamente seguidas pelos juízes inferiores, que não se preocupam em aplicar o direito à sua melhor luz no caso concreto, nem em aplicar o direito reconstruindo as circunstâncias do caso em questão e comparando-as às circunstâncias do caso precedente, como Dworkin⁵⁵ e Günther⁵⁶ nos ensinam.

Daí que a consequência é trágica para o ordenamento, como se vê no caso que aqui analisamos. De um lado, não se aplica adequadamente o precedente e, de outro, desconsideram-se as normas legais vigentes. Ou seja, não somos um sistema de *common law* e estamos deixando de ser um sistema de *civil law*⁵⁷. Sistemas de jurisdição mista (*mixed jurisdiction*) são uma tendência mundial (dos dois lados dos grandes sistemas “puros”);

⁵² GERHARDT, Michael J. *The power of precedent*. Oxford: Oxford University Press, 2008. p. 35.

⁵³ CROSS, Rupert; HARRIS, J.W. *El precedente en el derecho ingles*. Madrid: Marcial Pons, 2012. p. 158.

⁵⁴ BAHIA, Alexandre; BACHA E SILVA, Diogo. O novo CPC e a sistemática dos precedentes: para um viés crítico das reformas processuais. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, n. 46, p. 38 a 71, jan./jun. 2015.

⁵⁵ DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

⁵⁶ GÜNTHER, Klaus. *The sense of appropriateness: Application discourses in morality and law*. Trad. John Farell. New York: State University of New York, 1993.

⁵⁷ BACHA E SILVA, Diogo. A valorização dos precedentes e o distanciamento entre os sistemas civil law e common law. In: *Direito jurisprudencial: volume II*. WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; MARINONI, Luiz Guilherme; MENDES, Aluisio Gonçalves (orgs.). São Paulo: Editora RT, 2014.

contudo, o que deve haver é uma soma – de experiências, de práticas, de esforços, de ganhos havidos nas tradições – e não o abandono de todos os ganhos da construção anterior em troca de uma vulgata do novo.

Igualmente, diríamos, também correremos o sério risco de estarmos abandonando o Estado de Direito (*Rule of Law*) para estabelecermos uma espécie de *Estado Tutelar de Polícia*, um verdadeiro “estado de exceção interpretativo”, como alerta Lenio Streck⁵⁸.

Assim, veja-se que o Superior Tribunal de Justiça, no dia 03 de março de 2016, através de sua Sexta Turma, julgou Embargos de Declaração no Recurso Especial n. 1.484.415/DF (Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, DJe. 14.04.2016), para determinar a execução da pena do ex-Deputado Distrital e ex-Governador Benedito Domingos, que foi condenado pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal, sem que houvesse o trânsito em julgado da referida condenação⁵⁹ – e a justificativa que foi dada foi a referida mudança de entendimento do STF.

Nesse caso, o Ministério Público postulou nos autos do Recurso Especial a expedição de mandado de prisão, à vista do entendimento sufragado pelo Supremo Tribunal Federal, muito embora houvesse embargos de declaração apostos pela defesa.

Nosso objetivo não é, obviamente, discutir o caso concreto e as circunstâncias que os cercam. Pretendemos problematizar a forma inadequada com que o Superior Tribunal de Justiça procurou seguir o novo entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca da possibilidade de execução da pena antes do trânsito em julgado de decisão condenatória.

Nos termos do voto do Relator, Min. Rogério Schietti Cruz, no item que se refere ao novo entendimento do Supremo Tribunal Federal, quer ele fazer crer que o STF aplicou entendimento “mite” ou “dúctil” de Gustavo Zagrebelsky “para quem o direito é disciplina prática,

⁵⁸ STRECK, Lenio. Hermenêutica e positivismo contra o estado de exceção interpretativo. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2016-fev-25/senso-incomum-hermeneutica-positivismo-estado-excecao-interpretativo>.

⁵⁹ O caso, em junho de 2016, ainda estava pendente de julgamento de Embargos de Divergência opostos contra a decisão.

necessariamente ancorada na realidade”⁶⁰. Segundo confia o Ministro, o julgamento do STF teve como móvel um quadro caótico do processo penal brasileiro, muito em virtude – segundo ele – do alto número de meios recursais existentes no Código de Processo Penal e demais legislações esparsas, contabilizando um total de 20 (vinte) meios recursais e de impugnação aos atos jurisdicionais para a defesa⁶¹: “em diversos pontos dos votos dos eminentes juízes que participaram da sessão ocorrida em 17 de fevereiro próximo passado, assinalou-se, como móvel para a referida guinada jurisprudencial, a gravidade do quadro de ‘desarrumação’ do sistema punitivo brasileiro, máxime por permitir a postergação da definição do juízo de condenação, mercê dos inúmeros recursos previstos na legislação processual penal”⁶².

Assim, está claro para o Relator⁶³ que o entendimento do Supremo Tribunal Federal destinar-se-ia a promover uma “arrumação” no sistema processual brasileiro; apesar de que ele também afirme que o mais adequado seria o caminho legislativo que, no entanto, foi frustrado quando da apresentação da chamada “PEC dos Recursos”.

Isto é, se o Legislativo, ainda que, inclusive, como poder constituinte derivado, não fez seu trabalho ou então pretendeu de início fazê-lo violando as cláusulas pétreas do art. 6o, § 4º, da Constituição, não cabe a um Tribunal assumir tarefa legislativa que não é sua. Noutras palavras, tem-se o agravamento do problema da inércia do Legislativo ou mesmo de sua atuação inconstitucional – se é que o caso da chamada “PEC dos Recursos” é de inércia ou de vontade expressa –, com a avocação espúria de uma espécie de “poder constituinte” por parte de um Tribunal. Ora, se o Supremo Tribunal Federal – assim como qualquer órgão público e cada

⁶⁰ Voto disponível em: http://www.stj.jus.br/static_files/STJ/Midias/arquivos/RESp1484415.pdf.

⁶¹ O estranho é que não se viu nenhuma voz do Poder Judiciário atribuindo a culpa da morosidade na escassez de recursos, nos tempos mortos do processo, na má-gestão processual e até na desídia de servidores públicos.

⁶² Voto disponível em: http://www.stj.jus.br/static_files/STJ/Midias/arquivos/RESp1484415.pdf.

⁶³ E os que o acompanham: a decisão não foi unânime, havendo dois votos vencidos.

cidadão (nos termos propostos por Peter Häberle⁶⁴) – é um guardião da Constituição, ele não pode se comportar como se fosse “dominus” dela, sob pena de frustrar a coparticipação democrática de todos nos processos constitucionais, *privatizando-a* a alguns poucos.

O Relator, Min. Rogério Schietti Cruz, continua alegando que, em sua “opinião”, a correção do sistema punitivo deveria ser realizada por meio da modificação da redação do princípio da presunção da não culpabilidade. Bastaria, então, “escrever tal princípio em nossa Carta Magna sem fazer referência ao trânsito em julgado da sentença; algo como “todos devem ser considerados inocentes até que se prove o contrário”, ou “o acusado em um processo penal deve ser considerado inocente até que se prove sua culpa.”⁶⁵.

No entendimento do Min. Rogério Schietti Cruz, tal modificação redacional não ofenderia a garantia da vedação de supressão ou abolição dos direitos e garantias individuais (art. 60, §4º, IV da CR/88), já que manteria incólume o núcleo essencial da presunção de inocência:

“Reafirmo que não se cogita, ainda que remotamente, de abolir ou diminuir essa verdadeira conquista civilizatória. Contudo, preservado o núcleo essencial dessa garantia, não haveria razão para se impedir que, ajustada sua redação por meio de reforma constitucional, fosse alcançado o salutar e desejado equilíbrio entre os interesses individuais e os interesses sociais que permeiam tanto a persecução quanto a punição de autores de condutas criminosas”⁶⁶.

Entretanto, o Relator não escreve nenhuma linha a respeito da proibição do retrocesso em matéria de direitos fundamentais e se tal se aplica também ao princípio da presunção de inocência – além de não levar a sério o que dispõe o §4º do art. 60 da Constituição, igualmente parece se esquecer de que, se a Constituição é um projeto aberto, o é para se permitir a

⁶⁴ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*. Porto Alegre Fabris, 2002.

⁶⁵ Voto disponível em: http://www.stj.jus.br/static_files/STJ/Midias/arquivos/RESp1484415.pdf.

⁶⁶ Voto disponível em: http://www.stj.jus.br/static_files/STJ/Midias/arquivos/RESp1484415.pdf.

inclusão de novos direitos e de novos sujeitos e nunca o inverso⁶⁷. Com efeito, mesmo aqueles que, como Gomes Canotilho, admitem que o princípio da irreversibilidade não se constitui em um núcleo duro, também acreditam na irrazoabilidade de uma desproporcional e retroativa afetação de direitos subjetivos incorporados ao patrimônio do cidadão⁶⁸.

A questão é que uma pseudo-arrumação que o Poder Judiciário pretende fazer em nosso sistema processual tem uma simples conotação já denunciada tantas vezes por Lenio Streck: ao invés de combatermos a doença, simplesmente matamos o doente.

De fato, a simples modificação redacional de um dispositivo constitucional contribui para a reestruturação da dinâmica processual? Não seria preciso uma modificação no próprio exercício da jurisdição ao invés da ingênua crença de que se mudarmos a sintática de um texto normativo então estariam resolvidos nossos problemas?

De toda forma, toda eventual mudança no sistema processual penal, seja legislativa, seja mesmo pela discutível via jurisprudencial (já que o Direito Processual Penal submete-se à legalidade, a não ser que novo entendimento jurisprudencial seja construído em favor das garantias do acusado), deve respeitar a Constituição da República e não representar um retrocesso em matéria de garantia de direitos fundamentais. Seja o novo entendimento do STF em relação à possibilidade de execução da pena antes do trânsito em julgado da decisão condenatória, seja uma proposta de emenda que venha a alterar a redação da Constituição ou da legislação infraconstitucional que desconsidere a exigência do trânsito em julgado da decisão condenatória para a execução da pena, repetimos, é inconstitucional.

O problema maior na fundamentação do voto do Relator, Min. Rogério Schietti Cruz, ainda é o aspecto abordado acerca do art. 283 do Código de Processo Penal e sua relação com o que foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal. Ele reconhece que o art. 283 do CPP, com a redação dada

⁶⁷ Como já salientamos acima, citando o §2º, do art. 5º, da CR/88 e a Emenda n. IX à Constituição dos EUA.

⁶⁸ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. 2ª ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2008. p. 111.

pela Lei 12.403/11, veio expressamente aduzir que toda e qualquer prisão antes do trânsito em julgado deveria ser caráter cautelar⁶⁹. No entanto, em face da decisão do STF, a aplicação do art. 283 do CPP deveria ser *afastada*, segundo o Min. Rogério Schietti Cruz, haja vista que tal regra teria como fundamento o princípio da não culpabilidade, que o próprio Supremo Tribunal Federal deu conta de conferir nova interpretação:

[O] “art. 283 do Código de Processo Penal encontra sua essência no princípio constitucional da presunção de não culpabilidade. Logo, se o próprio Pretório Excelso, ao interpretar o princípio constitucional da presunção de não culpabilidade, entendeu pela possibilidade de execução provisória da pena após a prolação de acórdão condenatório, não vejo como uma interpretação a regra infraconstitucional possa contraditar o alcance de sentido que foi emprestado ao princípio que dá sustentação a essa regra infraconstitucional, porquanto, sob a perspectiva kelseniana, as normas inscritas na Carta Maior se encontram no topo da pirâmide normativa, à qual todo o sistema jurídico deve se conformar”⁷⁰.

Jamais iremos nos opor ao fato da Constituição ser o cume de nosso ordenamento jurídico, donde as demais leis devem retirar seu fundamento de validade formal e material. Mas o Min. Rogério Schietti Cruz se esquece de que a Constituição não é aquilo que o Supremo Tribunal Federal diz que ela é – como se este fosse o superego de uma sociedade órfã, nos termos postos por Ingeborg Maus para criticar o ativismo do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha⁷¹. Fosse assim poderíamos prescindir

⁶⁹ Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito **ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.** (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011). Recentemente, o Conselho Federal da OAB propôs ADC em relação a esse dispositivo, colocando, pois, o STF, nas palavras de Lenio Streck, “em uma sinuca de bico” (Cf. <http://www.conjur.com.br/2016-fev-29/streck-adc-decisao-hc-126292-sinuca-stf> e <http://www.conjur.com.br/2016-mai-20/oab-supremo-suspenda-prises-antes-transito-julgado>). A petição dessa ADC encontra-se disponível em <http://s.conjur.com.br/dl/oab-stf-declare-constitucional-prisao.pdf>.

⁷⁰ Voto disponível em: http://www.stj.jus.br/static_files/STJ/Midias/arquivos/RESp1484415.pdf, acesso em 05 de Março de 2016.

⁷¹ MAUS, Ingeborg. O Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Trad. Martonio Barreto Lima e Paulo Albuquerque. *Revista Novos Estudos CEBRAP*, nº 58, nov. de 2000. Disponível em http://novosestudos.uol.com.br/v1/files/uploads/contents/92/20080627_judiciario_como_superego.pdf. Ver também: BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Ingeborg Maus e o Judiciário como superego da sociedade. *Revista CEJ*, Brasília, n. 30, jul./set. 2005.p. 10-12. Disponível em: <http://www.if.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/672/852>.

de um texto escrito e deixarmos o Supremo Tribunal Federal conduzir nossa vida em sociedade.

Ademais, não é o Superior Tribunal de Justiça o guardião da legislação infraconstitucional, de acordo com suas funções constitucionalmente estabelecidas? Acaso positivo, como o Superior Tribunal de Justiça pode deixar de aplicar as leis vigentes neste País?

Basta lembrarmos que o Supremo Tribunal Federal em nenhum momento declarou a inconstitucionalidade do art. 283 do CPP, fazendo um “drible hermenêutico” (Streck) para aplicar a pena provisoriamente antes do trânsito em julgado.

E a própria decisão do Superior Tribunal de Justiça também realiza um “drible hermenêutico” para evitar a aplicação do art. 283 do CPP. Vale salientar, nos termos com que denuncia Lenio Streck: uma lei só poderá deixar de ser aplicada se: a) se for inconstitucional, declarada em controle difuso ou concentrado, b) se for possível uma interpretação conforme a Constituição, c) se for o caso de nulidade parcial sem redução de texto, d) no caso de uma inconstitucionalidade parcial com redução de texto, e) se se estiver em face de resolução de antinomias e f) no caso do confronto entre regra e princípio⁷².

No caso em questão não nos parece que o Superior Tribunal de Justiça tenha declarado a inconstitucionalidade do art. 283 do CPP. Aliás, com a pretensão de seguir um entendimento jurisprudencial do STF, a decisão acaba por infringir decisão vinculante do Supremo Tribunal Federal. É que, conforme o enunciado 11 da súmula vinculante do STF, “viola a cláusula de reserva de plenário (CR, art. 97) a decisão de órgão fracionário de Tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte”.

Em primeiro lugar, órgão fracionário, exceto se já houver entendimento anterior do órgão especial, não pode afastar a aplicação da lei no

⁷² Seu rol detalhado está em: STRECK, Lenio. *Verdade e consenso*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 605-606.

caso concreto e negando vigência ao ato normativo em vigor, sob pena de violação da regra *full bench* do art. 97, da Constituição da República. Fosse para declarar a inconstitucionalidade do art. 283 do CPP, então o caso deveria ser afetado ao plenário do Superior Tribunal de Justiça que somente seria declarada pela maioria absoluta dos seus Ministros.

Assim, na busca da celeridade processual, o Superior Tribunal de Justiça acaba de dar um tiro pela culatra. É que dessa decisão caberá tanto reclamação ao STF por violação ao entendimento expresso no enunciado 11 da Súmula Vinculante, quanto Recurso Extraordinário com fundamento no art. 97 da Constituição Federal.

Por isso, perguntamos, mais uma vez: qual o papel que deve exercer o Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito? É o da defesa da Constituição e da lei democráticas. E se os sentidos da Constituição e da lei estão em disputa, cabe aos cidadãos, aos movimentos sociais e à sociedade civil organizada lutarem jurídica e politicamente por uma prática institucional que respeite os direitos e as garantias fundamentais, especialmente, contra o sério risco do estabelecimento de um Estado Tutelar de Polícia entre nós.

No dia posterior à decisão tomada pelo Superior Tribunal de Justiça e aqui analisada, o ex-Presidente Lula foi conduzido coercitivamente a uma Delegacia da Polícia Federal em um aeroporto em São Paulo para prestar depoimento por meio de decisão dada pelo Juiz Federal Sérgio Moro. Ora, o mandado de condução coercitiva foi determinado por despacho do Juiz sob o argumento, injustificável, de se evitarem confrontos entre manifestantes⁷³.

Tão logo a condução coercitiva ocorria, juristas já corretamente denunciavam a inconstitucionalidade e a ilegalidade da medida, que ofendeu os arts. 218 e 260 do Código de Processo Penal que determinam a

⁷³ Veja-se, pois, o teor do despacho: “Colhendo o depoimento mediante condução coercitiva, são menores as probabilidades de que algo semelhante ocorra, já que essas manifestações não aparentam ser totalmente espontâneas” Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/pf-violou-lei-penal-ordem-moro-conduzir.pdf>.

intimação prévia, tanto para testemunha quanto para acusado, ao ato de “condução coercitiva”⁷⁴.

As associações de magistrados logo se apressaram em emitir uma nota buscando argumentar que não houve excesso ou ofensa à Constituição e às leis vigentes, tal como a nota apresentada pela Associação de Juizes Federais do Brasil (Ajufe)⁷⁵, e nem qualquer apelo midiático por parte da atuação dos agentes públicos no mandado de condução coercitiva.

É bom lembrar que emitir uma nota em termos meramente retóricos não transforma como que em um passe de mágica um ato abusivo, ilegal, inconstitucional em ato válido. No Estado de Direito, não faz o menor sentido que qualquer um que tenha de depor em inquéritos e processos judiciais seja conduzido coercitivamente sem intimação prévia – nunca foi essa a práxis anterior e, esperamos, nem será no futuro.

Em verdade, como muito bem afirma Leonardo Yarochevsky, o que houve no caso foi um sequestro, travestido de condução coercitiva⁷⁶, que deverá, inclusive, ser objeto de responsabilização nas mais diferentes esferas.

Analisando os acontecimentos, tanto da decisão do STF e do STJ restringindo garantias constitucionais e, agora, a decisão da Justiça Federal em conduzir coercitivamente o ex-Presidente Lula a depor sem intimação prévia, cabe, mais uma vez, reafirmar o papel constitucional a ser desempenhado pelo Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito, o da garantia da Constituição e da lei sem, contudo, que, para isso, se pretenda

⁷⁴ Por todos, o qual subscrevemos, ver: STRECK, Lenio. Condução coercitiva de ex-presidente Lula foi ilegal e inconstitucional. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-mar-04/streck-conducao-coercitiva-lula-foi-ilegal-inconstitucional> e YAROCHEWSKY, Leonardo. O Estado penal não tem limites. Disponível em: <http://emporiadodireito.com.br/o-estado-penal-nao-tem-limites-por-leonardo-isaac-yarochevsky/>. Ver também, entre outros, no mesmo sentido a posição do ex-Ministro da Justiça, do Governo FHC, José Gregori, disponível em http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2016/03/160303_gregori_lula_pf_ms. Min. Marco Aurélio, do STF, disponível em <http://www.brasil247.com/pt/247/poder/219739/Marco-Aur%C3%A9lio-Moro-atropelou-regras.htm>. Gilberto Bercovici, disponível em <http://www.vermelho.org.br/noticia/277174-1>. Celso Antônio Bandeira de Mello, disponível em <http://www.redebrasilatual.com.br/politica/2016/03/ato-contralula-equivale-a-uma-confissao-de-medo-diz-bandeira-de-mello-6999.html>. Fábio Konder Comparato, disponível em <http://www.vermelho.org.br/noticia/277158-1>. E Pedro Serrano, disponível em <http://www.cartacapital.com.br/politica/eu-tenho-pouca-esperanca-de-que-a-constituicao-e-a-lei-sejam-observados>.

⁷⁵ Disponível em: <http://www.ajufe.org/imprensa/noticias/juizes-federais-rebatem-qualquer-alegacao-de-ofensa-a-democracia-e-a-constituicao-na-operacao-lava-jato/>.

⁷⁶ Yarochevsky, Leonardo. O Estado penal não tem limites. Disponível em: <http://emporiadodireito.com.br/o-estado-penal-nao-tem-limites-por-leonardo-isaac-yarochevsky/>, acesso em 05 de março de 2016.

usar a Constituição ou lei contra elas mesmas, por meio de interpretações restritivas, violadoras de direitos e garantias constitucionais⁷⁷.

Vale lembrar aqui o diagnóstico já feito por Jessé Souza, antes mesmo dos referidos acontecimentos:

“São os órgãos de controle como TCU, MP e Polícia Federal, aliados aos “Juízes justiceros”, incensados pela mídia conservadora como os novos heróis do povo (leia-se classe média conservadora), como os novos representantes da vontade geral (ou seja, os interesses econômicos do 1% mais rico); supostamente acima da política, que são os novo candidatos a incorporar o poder moderador da pseudo-democracia tutelada brasileira”⁷⁸.

Ora, veja-se, por exemplo, que os representantes do Ministério Público podem se associar a uma mídia interessada economicamente e ideologicamente nos resultados de uma investigação criminal⁷⁹. Ministério Público que se autoproclama salvador de nosso processo político e da condução da coisa pública. É preciso, então, estabelecer um limite de responsabilidade para ele. Ao invés de mirar seus poderes institucionais para instituir um Estado policialesco, é preciso que o Ministério Público aja de acordo com suas funções de defesa da democracia e da Constituição e também às minorias políticas, como dizem Álvaro Ricardo de Souza Cruz e Gustavo Hermont Corrêa:

“Este apelo para o Ministério Público não é apenas a defesa da democracia e do Estado de Direito. O apelo que se faz é pela defesa da humanidade do ser humano. Apelo pelo respeito ao Outro. Respeito aos direitos dos excluídos, dos

⁷⁷ E, cabe dizer, o Judiciário também não pode se amesquinhar à defesa de privilégios corporativos, como muito bem critica, p. ex., Thomas Bustamante em *O Corporativismo nas Prerrogativas do Poder Judiciário e a Anamatra: de Ronald Dworkin a Ray Charles e Miles Davis*. Disponível em: <http://jota.uol.com.br/o-corporativismo-nas-prerrogativas-do-poder-judiciario-e-a-anamatra-de-ronald-dworkin-a-ray-charles-e-miles-davis>, acesso em 05 de Março de 2016.

⁷⁸ SOUZA, Jessé. *A tolice da inteligência brasileira: ou como o país se deixa manipular pela elite*. São Paulo: LeYa, 2015. p. 260.

⁷⁹ Disponível em: <http://jornalgn.com.br/blog/weden/cartel-de-midia-e-mp-uma-relacao-delicada-por-weden>, acesso em 06 de Março de 2016.

hipossuficientes, dos órfãos, dos estrangeiros. Respeito aos invisíveis da sociedade, como os moradores de rua e os presidiários”⁸⁰.

Se nos primeiros anos de vigência da nova Constituição, diante da inércia dos Poderes Legislativo e Executivo para tomarem medidas e ações necessárias ao cumprimento das normas e à realização dos objetivos constitucionais, parcela significativa da doutrina jurídica brasileira apostou na atuação concretizadora do Judiciário, naquilo que muitos chamaram de “neonconstitucionalismo” ou mesmo de “constitucionalismo da efetividade”, cabe dizer que essa legitimação ou o “empoderamento” judicial, sustentado doutrinariamente, jamais teve o sentido de uma “carta branca” para que a Jurisdição brasileira viesse a tutelar paternalisticamente o processo político democrático ou, o que agora vivemos, sob o argumento paternalista da eficácia na condução de políticas a que, diga-se, não cabe a ele, Judiciário, realizar, e muito menos um “cheque em branco” para que passasse a desrespeitar os direitos fundamentais mais comezinhos dos cidadãos, expondo o País ao risco de uma espécie de Estado Tutelar de Polícia.

O risco dessa forma de Estado policialesco é sobejamente conhecido em nossa história nacional: esteve presente no Brasil da última ditadura, no qual políticos, sindicalistas e trabalhadores, professores, estudantes, jornalistas, funcionários públicos, minorias sociais em geral e mesmo militares foram cassados, perderam seus cargos e empregos, foram impedidos de trabalhar e de contratar, além de monitorados, perseguidos, sequestrados, violentados, exilados e assassinados por agentes do regime ou com a sua cumplicidade – a partir de denúncias e de acusações, fossem clandestinas ou mesmo formais, sobre seus posicionamentos ideológicos. Tudo o que não precisamos é a instauração de qualquer versão de autoritarismo, antiga ou mesmo futurista, como no já clássico “Minority Report”⁸¹.

⁸⁰ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza, CORRÊA, Gustavo Hermont. Ministério Público: um super-herói em busca de responsabilidade. In: CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (org.) *O outro e o direito*. Vol. II. Belo Horizonte: Arraes, 2015. p. 155.

⁸¹ Sobre isso, ver STRECK, Lenio. O pacote anticorrupção do Ministério Público e o fator *Minority Report*. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2016-mar-03/senso-incomum-pacote-anticorrupcao-mpf-fator-minority-report>. Ver também STRECK, Lenio. Pacote retroage mais de mil anos. Disponível em <http://zh.clicrbs.com.br/rs/opiniao/noticia/2016/02/lenio-streck-pacote-retroage-mais-de-mil-anos-4984832.html>.

É, portanto, inadmissível que alguém se comporte ilegitimamente como se estivesse acima da Constituição e da lei democráticas, ainda que sob o argumento de protegê-las, ou que pretenda, assim, como uma espécie de novo poder moderador, tutelar (ainda que sob o argumento “mite”, “dúctil”, de um Zagrebelsky lido, todavia, pelo Min. Schietti), o processo político democrático: a democracia não necessita de tutores – ao contrário, ela é negada quando alguém/alguma instituição se arvora a tal papel.

3. Considerações finais: O Poder Judiciário Brasileiro e o risco do Estado de Exceção no Brasil: Em defesa do regime constitucional-democrático em tempos de “Morogate”⁸²

Em meados de março deste ano, o Professor Leonardo Avritzer, do Departamento de Ciência Política da UFMG, lançou a obra *Impasses da Democracia no Brasil*,⁸³ em que analisa o atual momento político vivido até então no País, propondo, de início, um contraponto às reflexões propostas por Paulo Arantes e por Marcos Nobre sobre o tema⁸⁴. Para desenvolver a sua análise, Avritzer volta suas atenções para o que chama de *impasses da democracia no Brasil*, “uma crise de crescimento e de

⁸² Uma primeira versão deste tópico encontra-se em <http://emporiiododireito.com.br/sobre-o-poder-judiciario-brasileiro-e-o-risco-do-estado-de-excecao-no-brasil-em-defesa-do-regime-constitucional-democratico-em-tempos-de-morogate1-por-alexandre-gustavo-melo-fra/>. “Morogate” é termo cunhado por LENIO STRECK para se referir à interceptação telefônica ilegal de conversa entre a Presidente Dilma e o ex-Presidente Lula, bem como à posterior divulgação pública, também ilegal, do conteúdo dela, feita pelo Juiz Sérgio Moro, na semana passada, que gerou verdadeiro risco de convulsão social. Explica Lenio Streck: “Imaginemos que, para pegar um presidente, sejam feitos vários grampos envolvendo pessoas que o cercam, como a secretária executiva. A vingar a tese de Moro de que não há mais sigilo [em conversas envolvendo autoridades, desde que elas não tenham sido diretamente grameadas], todos os segredos da República poderiam ser divulgados. Uma cadeia de contatos que exporiam todo tipo de assunto que o Presidente da República falasse com pessoas sem foro”, analisa Lenio. “Quem examinar esse fato à luz da democracia, dirá: Moro foi longe demais.” STRECK, Lenio em Canário, Pedro e Vasconcellos, Marcos de. Sérgio Moro divulgou grampos ilegais de autoridades com prerrogativa de foro. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2016-mar-16/moro-divulgou-grampos-ilegais-autoridades-prerrogativa-foro>. Também RODAS, Sérgio. Moro reconhece erro em grampo de Dilma e Lula, mas mantém divulgação. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2016-mar-17/moro-reconhece-erro-grampo-dilma-lula-nao-reclua>.

⁸³ AVRITZER, Leonardo. *Impasses da Democracia no Brasil*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016.

⁸⁴ AVRITZER, Leonardo. *Impasses da Democracia no Brasil*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016, p. 22-27; em especial, p. 25-27. Ver: ARANTES, Paulo. *O tempo do mundo: e outros estudos sobre a era da emergência*. São Paulo: Boitempo, 2014. E NOBRE, Marcos. *Imobilismo em movimento: da abertura democrática ao governo Dilma*. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

evolução da cultura democrática no país”.⁸⁵O autor apresenta, então, cinco elementos em que esse impasse está centrado, dentre eles, o novo papel do Judiciário brasileiro.⁸⁶

Também, em diversos textos, temos colocado a questão sobre qual deve ser esse papel no Estado Democrático de Direito e tocamos um ponto-chave: o “empoderamento”, por grande parte da doutrina jurídica pátria, do chamado “ativismo judicial”, como meio de efetivação de direitos⁸⁷.

De certa forma, a própria doutrina jurídica se viu nutrida de esperança pelo ativismo judicial quando, em determinados momentos, esse empoderamento discursivo possibilitou que Judiciário e Ministério Público fiscalizassem os Poderes Executivo e Legislativo, combatessem a corrupção e exigissem transparência, garantissem a concretização de direitos e a implementação de políticas sociais, mesmo em face da inércia decisória dos outros poderes republicanos. Colocado em uma posição ímpar na atual Constituição, tendo adquirido autonomia face aos poderes e ampliadas suas competências na esfera cível, o Ministério Público foi louvado por muitos por seu protagonismo no uso de instrumentos de defesa de direitos, como nas várias Ações Cíveis Públicas, de quem é o principal titular,

⁸⁵ AVRITZER, Leonardo. *Impasses da Democracia no Brasil*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016, p. 9.

⁸⁶ Dentre os cinco elementos analisados por Avritzer do impasse da democracia brasileira, ao novo papel do Judiciário não é dedicado um capítulo específico da obra, mas somente algumas importantes passagens. Ver, em especial, AVRITZER, Leonardo. *Impasses da Democracia no Brasil*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016, p. 9 (na Introdução); p. 110-112 (por referência à Operação Lava Jato); p. 116-119 (sobre “os limites do presidencialismo de coalizão e a da judicialização”).

⁸⁷ BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco Moraes, BACHA E SILVA, Diogo, CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. A decisão do STF sobre o impeachment representa uma judicialização da política? Uma resposta a Luis Werneck Vianna. Disponível em <http://emporiiodireito.com.br/a-decisao-do-stf/>. BAHIA, Alexandre, BACHA E SILVA, Diogo, CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade, PEDRON, Flavio Quinaud. Presunção de Inocência: uma contribuição crítica à controvérsia em torno do julgamento do Habeas Corpus n.º 126.292 pelo Supremo Tribunal Federal. Disponível em <http://emporiiodireito.com.br/presuncao-de-inocencia-uma-contribuicao-critica/>. BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco Moraes, BACHA E SILVA, Diogo, CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Em defesa do Estado Democrático de Direito contra o risco atual do Estado Tutelar de Polícia: Uma crítica ao desrespeito judicial à Constituição e à legislação processual penal no Brasil. Disponível em: <http://emporiiodireito.com.br/em-defesa-do-estado-democratico-de-direito-contra-o-risco-atual-do-estado-tutelar-de-policia-uma-critica-ao-desrespeito-judicial-a-constituicao-e-a-legislacao-processual-penal-no-brasil-por-alexand/>. Sobre a crítica ao conceito, ver: BACHA E SILVA, Diogo. Ativismo no controle de constitucionalidade: a transcendência dos motivos determinantes e a (i)legítima apropriação do discurso de justificação pelo Supremo Tribunal Federal. Belo Horizonte: Arraes editores, 2013. E STRECK, Lenio, entre inúmeros outros artigos, “O Rubicão e os quatro ovos do condor: de novo, o que é ativismo?” Disponível em <http://www.conjur.com.br/2016-jan-07/senso-incomum-rubicao-quatro-ovos-condor-ativismo>.

atuando, sem muita modéstia – ou muita crítica da doutrina –, como substituto processual, que age na defesa de uma população que supostamente ignoraria os vários direitos que lhe foram assegurados pela Constituição e que, por isso, precisaria, segundo esse discurso, de um especial protetor e promotor de seus direitos⁸⁸.

O ativismo judicial era visto com ares progressistas, ainda que, apesar do risco de um efeito colateral, pudesse conduzir à paternalista “judicialização da política”, substituindo, inclusive, as escolhas democráticas feitas pelos atores sociais e políticos por escolhas do Poder Judiciário e do Ministério Público; uma boa parte da doutrina entendia que valia a pena correr esse risco. E ele foi, muitas vezes, o não-dito de todos os acadêmicos que, de alguma forma, cuidaram de escrever sobre o tema⁸⁹.

Essa suposta dimensão emancipatória do ativismo tem se perdido – ou se mostrado cada vez mais equivocada – no que pode ser denominado de “sanha punitivista” atual de setores do Judiciário ou do Ministério Público, que vêm tratando questões políticas e sociais, no Brasil, como questão de polícia ou mesmo criminais. Pior, não raro certos membros daquelas duas instituições sequer reconhecem legitimidade à crítica especializada que eles têm sofrido.⁹⁰

⁸⁸ Uma constatação desse protagonismo – seja do Judiciário, seja do Ministério Público pode ser visto, por exemplo, aqui: “A incapacidade de representação dos interesses coletivos pelos canais da democracia representativa e as dificuldades de defesa e garantia dos direitos sociais pelos mecanismos de adjudicação da dogmática jurídica colocam a magistratura diante de um problema sem precedentes (...). [O] uso do Judiciário como canal garantidor e reconhecedor de novos direitos dá início (...) a dupla ruptura do modelo tradicional de democracia representativa. De um lado, transfere várias decisões vinculantes do Parlamento para o Judiciário. De outro, revaloriza o papel do poder judiciário” (CAMPILONGO, Celso F. Magistratura, Sistema Jurídico e Sistema Político. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direito e justiça: a função social do judiciário*. 2ª ed. São Paulo: Ática, 1994. p. 117-118). Ver também: VIANNA, Luiz Werneck (org.). *A democracia e os três poderes*. 1ª reimpr., Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: Luperj/Paperj, 2003; RODRIGUES, Horário W. (et al.) (org.). *O terceiro poder em crise: impasses e saídas*. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, 2003. STRECK, Lenio. O protagonismo judicial existe ou é imaginação de alguns? Disponível em <http://www.conjur.com.br/2013-jun-13/senso-incomum-ativismo-existe-ou-imaginacao-alguns>.

⁸⁹ Assim, por exemplo, exaltavam o ativismo judicial doutrinadores tais como BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e política no Brasil contemporâneo. *Revista da Faculdade de Direito – UERJ*, v. 2. n. 21. jan./jun. 2012 e Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, n. 13, p. 71-91, jan./mar. 2009. Por fim, BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis das cortes constitucionais nas democracias contemporâneas. Disponível em <http://s.conjur.com.br/dl/notas-palestra-luis-robertobarroso.pdf>. E sobre o tema do ativismo jurídico, ver <http://www.osconstitucionalistas.com.br/tag/ativismo-judicial>.

⁹⁰ Por exemplo, o episódio recente envolvendo o Professor Thomas Bustamante e a ANAMATRA, que resultou, mais uma vez, num debate sobre o papel da doutrina face ao Judiciário no Brasil. Ver os textos: BUSTAMANTE, Thomas <http://jota.uol.com.br/o-corporativismo-nas-prerrogativas-do-poder-judiciario-e-a-anamatra-de-ronald-dworkin->

De fato, nunca foi o intento da doutrina passar um “cheque em branco” ao Poder Judiciário ou ao Ministério Público. O compromisso deveria ser com a concretização e a efetividade de direitos sociais, econômicos e culturais, sob o pano de fundo da experiência autoritária recente da Ditadura empresarial-militar, em prol das condições materiais ou substantivas para a consolidação da democracia no Brasil.

Como vimos, nos tópicos anteriores, procuramos denunciar os riscos da relativização da presunção de inocência pelo Supremo Tribunal Federal no HC 126.292 e também pela 6ª Câmara Criminal do Superior Tribunal de Justiça no REsp. 1.484.415. Interessante observar que há um pano de fundo comum entre as citadas decisões e a condução coercitiva do ex-Presidente Lula, decretada pelo Juiz Sérgio Moro: uma judicialização do processo penal, tradicionalmente fundado no princípio da reserva de lei ou da legalidade, tem levado à relativização do devido processo legal, da ampla defesa e de outras tantas garantias fundamentais por uma espécie de *jurisprudencialismo* no Brasil – e tais garantias não são meros detalhes, senão a própria essência da Constituição e de nossa opção pelo Estado Democrático de Direito. Se os direitos e garantias fundamentais, assim como o controle democrático das instituições, formam aquele sistema de direitos sobre os quais assentimos ao regular nossas vidas em comum, jurídica e democraticamente (Habermas), então, abrir mão deles é romper com tal compromisso que nos constitui enquanto sociedade política.

Mas o que, afinal, pretendia trazer algum nível de legitimação à *Operação Lava-Jato*?⁹¹ Para além do apelo ético do combate à corrupção, a legitimação assentada no ativismo do Poder Judiciário sempre desempenhou um papel central. Salientamos, contudo, que o mesmo ativismo, quanto implica judicialização da política, pode assumir um papel perverso

a-ray-charles-e-miles-davis; SIQUEIRA, Germano Silveira de <http://jota.uol.com.br/as-falas-do-professor-thomas-bustamante-e-os-papeis-institucionais-da-anamatra>; BUSTAMANTE, Thomas <http://jota.uol.com.br/um-veu-da-ignorancia-para-a-anamatra>; e MEYER, Emilio Peluso Neder, CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade e BUSTAMANTE, Thomas <http://jota.uol.com.br/judiciario-e-ministerio-publico-acima-de-tudo-uma-questao-constitucional>.

⁹¹ Sobre o tema, ver o excelente artigo de GUIMARÃES, Juarez. Por que a Operação Lava Jato está corrompida? Disponível em <http://cartamaior.com.br/?/Editoria/Politica/Por-que-a-Operacao-Lava-Jato-esta-corrompida-/4/33853>

no sistema democrático. Como já alertou Boaventura de Sousa Santos, o reverso do ativismo judicial pode ser a *contrarrevolução jurídica* consistente em um movimento do Poder Judiciário destinado a bloquear, por via judicial, muito dos avanços democráticos conquistados ao longo das duas últimas décadas⁹².

Lenio Streck, ao comentar, por exemplo, a tentativa de aplicação do *Estado de Coisas Inconstitucional*, já alertava para os riscos que corríamos diante da nocividade de um Judiciário ativista e, ainda, na substituição da política pela vontade do Poder Judiciário⁹³.

Agora, quanto à *Operação Lava Jato*, cabe chamar atenção para o fato de que um *ativismo com sinal trocado* ainda continua sendo um *ativismo* que, como todo ativismo que implica judicialização da política, não compreende corretamente o papel constitucionalmente atribuído ao Poder Judiciário numa democracia.

É preciso também alertar que o aumento do poder jurisdicional nem sempre representou, como no caso brasileiro, o incremento de uma cultura do exercício do poder como coisa pública. Isso porque geralmente aquele é o efeito inverso do pretendido, é dizer, apesar de serem partes integrantes das transformações concretas da política, da sociedade e da economia, o aumento do poder jurisdicional pode representar também uma forma de favorecer três grandes grupos: 1) as elites políticas, já que se manteriam longe das vicissitudes da democracia suas preferências políticas particulares como forma de perpetuar sua hegemonia; 2) as elites econômicas, uma vez que vê a constitucionalização do direito de propriedade, da liberdade e do livre exercício profissional como forma de se impor limites à ação governamental de promover o livre mercado e as desigualdades sociais; e, por fim, 3) as elites judiciais e as mais altas cortes, que

⁹² SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. 3ª ed. São Paulo: Cortez, 2011. p. 110-111.

⁹³ STRECK, Lenio Luis. Estado de Coisas Inconstitucional é uma nova forma de ativismo. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo>, acesso em 18 de Março de 2016.

veem nestas o *locus* adequado para a perpetuação de sua influência política e reputação internacional⁹⁴.

Quando, então, o ativismo jurídico transborda em judicialização da política, temos algo, então, preocupante. A questão é ainda mais dramática para o Estado Democrático de Direito quando há, de um lado, o “esquecimento”/esvaziamento da política, e, de outro, sua criminalização⁹⁵. O Poder Judiciário que deveria se ocupar em garantir o exercício de direitos diante da inércia dos demais poderes, acaba exatamente por ser o lugar de violação dos direitos fundamentais.

Interceptações telefônicas ilegais, além das hipóteses permitidas na Constituição, na legislação e em Resolução do Conselho Nacional de Justiça⁹⁶, antecipação da condenação criminal, participação do Poder Judiciário no processo político, inclusive com a tomada de posição partidária, violação ao devido processo legal, à ampla defesa e ao contraditório, são todos fenômenos que colocam em xeque o Estado Democrático de Direito e a Constituição que, é sempre bom frisar, foi promulgada por nós cidadãos e cidadãos brasileiros após um longo processo de lutas democráticas contra o autoritarismo e contra a violação sistemática de direitos – que, também é bom lembrar, contava com a autoria direta ou a cumplicidade das forças militares e policiais de segurança, de parcela do Ministério Público e do Judiciário, no tempo da Ditadura empresarial-militar.

A questão agora, portanto, já não é mais uma disputa teórica a que caberia a correntes doutrinárias divergentes. A questão passa a ser a

⁹⁴ HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2007. p. 11-12.

⁹⁵ NOVAES, Adauto (org.). *O esquecimento da política*. Rio de Janeiro: Agir, 2007.

⁹⁶ Respectivamente: Art. 5º, XII da CR/88, Lei 9296/96 e Resolução n. 59/2008, do CNJ, com redação dada pela Resolução n. 217/2016. Sobre o tema, ver MOREIRA, Rômulo de Andrade. Sobre interceptações telefônicas, prerrogativa de foro, juízes e crime. Disponível em <http://emporiiodireito.com.br/tag/romulo-de-andrade-moreira/>. PRADO, Geraldo. Moro constrange e apequena o STF ou essa “súbita impressão de incesto”. Disponível em <http://emporiiodireito.com.br/%E2%80%8Bmoro-constrange-e-apequena-o-stf/>. Ver também a crítica de Lenio Streck em CANÁRIO, Pedro e VASCONCELLOS, Marcos de. Sérgio Moro divulgou grampos ilegais de autoridades com prerrogativa de foro. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2016-mar-16/moro-divulgou-grampos-ilegais-autoridades-prerrogativa-foro>. VASCONCELLOS, Marcos de e LÉLLIS, Leonardo. Moro quebra sigilo profissional de advogado de Lula e divulga grampos. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2016-mar-16/moro-quebra-sigilo-advogado-lula-divulga-grampos>.

permanência ou não do Estado Democrático de Direito, plasmado na Constituição da República de 1988, diante do risco de um *estado de exceção*, criado com a participação de alguns setores do Poder Judiciário e do Ministério Público.⁹⁷ Lutar pelo Estado Democrático de Direito, não cabe dúvida, significa responsabilizar de forma republicana e democrática aqueles que descumprirem a Constituição da República e a legislação vigente no Brasil, respeitado sempre e de forma inegociável o devido processo legal. Todavia, ninguém, nem mesmo o Poder Judiciário, está acima da Lei.

⁹⁷ Nesse sentido, a “nota à comunidade”, redigida por Professores da Faculdade de Direito da UFMG, disponível em <http://joseluzquadrosdemagalhaes.blogspot.com.br/2016/03/1592-manifesto-de-professores-de.html>: “OS PROFESSORES ABAIXO ASSINADOS, diante dos riscos à estabilidade democrática e ao primado do Estado de Direito verificados nos últimos dias, vêm manifestar o seu compromisso incondicional com a luta pela democracia, pela prevalência dos direitos humanos e pela ordem constitucional. Confiamos que o Poder Judiciário, alicerce fundamental da legalidade e do equilíbrio entre os poderes devidamente constituídos pelo povo em sua Constituição, irá assumir o seu papel de proteger incondicionalmente as garantias processuais inerentes à ampla defesa, ao contraditório, à presunção de inocência e ao devido processo legal. O Judiciário deve atuar para fortalecer o processo político democrático, e repudiar a atuação de seus membros que busquem agir como protagonistas dos juízos políticos e da militância contra ou a favor de qualquer pessoa, partido político ou instituição. As exceções não podem desmoralizá-lo. Detenções discricionárias, vazamentos para a imprensa, punições seletivas, participação de juízes em movimentos políticos, divulgação irregular de gravações (inclusive entre advogados e seus clientes) e quaisquer expedientes probatórios não realizados segundo a mais estrita legalidade não podem, se comprovados, ser tolerados, sob pena de renunciarmos ao principal capital político e moral alcançado pela Constituição de 1988: a democracia, que é um valor inegociável. O combate à corrupção e à apropriação da coisa pública por interesses privados é uma conquista definitiva da sociedade brasileira, mas tem que ser realizado no estrito cumprimento da lei.” *O Ato pela Legalidade*, na Faculdade de Direito da USP: <https://www.youtube.com/watch?v=fxnv1bRP2E&feature=youtu.be>. E Manifesto da Rede para o Constitucionalismo Democrático, <http://www.peticaopublica.com.br/pview.aspx?pi=BR89188>.