

**O ATIVISMO JUDICIAL “ANTIDIALÓGICO” À LUZ DA MUTAÇÃO
CONSTITUCIONAL DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA:
UMA (DES)PROTEÇÃO DE GARANTIAS**

**“ANTIDIOLOGICAL” JUDICIAL ACTIVISM IN THE LIGHT OF CONSTITUTIONAL
MUTATION TO THE PRINCIPLE OF PRESUMPTION OF INNOCENCE:
A (UN)PROTECTION OF GUARANTEES**

Lívia Chaves Leite¹

RESUMO

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do *Habeas Corpus* 126.292/SP, fixou a tese de que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição federal. Realizou, com isso, uma mutação constitucional, utilizando-se de uma prática ativista. Busca-se averiguar, a título de hipótese, se configura um caso de ativismo judicial “antidialógico” (*hard*), considerado uma forma ilegítima de ativismo judicial, violando, conseqüentemente, direitos e garantias individuais e a ordem constitucional. A pesquisa utiliza como referencial teórico a classificação das dimensões de ativismo judicial de Carlos Campos, valendo-se da abordagem de temas como ativismo judicial e mutação constitucional, bem como a teoria do sopesamento de princípios de Robert Alexy. Após realizar as devidas análises sobre o tema, concluiu-se que o Supremo, ao ponderar em detrimento do princípio da presunção de inocência, mitiga uma garantia individual e processual, ferindo a própria dignidade humana, atuando soberanamente diante da Constituição, numa postura antidialógica, com o intuito de fazer prevalecer sua vontade tal como se fosse o intérprete exclusivo, um verdadeiro “dono”, e não guardião. Em relação aos aspectos metodológicos, as hipóteses foram investigadas por meio de pesquisas bibliográficas. A abordagem é qualitativa, procurando aprofundar e abranger as ações e relações humanas, observando os fenômenos sociais. Quanto aos objetivos, é descritiva e exploratória, porque classifica, explica e interpreta os fatos, assumindo a forma bibliográfica, sem interferência do pesquisador.

Palavras-chave: Garantias individuais. Princípio da presunção de inocência. Ativismo judicial.

¹ Mestranda em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Advogada. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa CNPQ Estado, Política e Constituição, sob a orientação do doutor José Filomeno Moraes Filho. E-mail: liviachavesadv@outlook.com.

ABSTRACT

The Federal Supreme Court, in the judgment of Habeas Corpus 126.292/SP, ruled that the execution of a conviction criminal action rendered in an appellate degree, even if a special or extraordinary appeal is presented, does not compromise the constitutional principle of the presumption of innocence by article 5, LVII, of the Federal Constitution. With this, it made a constitutional change, using an activist practice. It seeks to ascertain, by way of hypothesis, whether it is a case of "anti-dialogical" (hard) judicial exercise, an illegitimate form of judicial activism, thereby violating individual rights and guarantees and a constitutional order. A research used as theoretical reference and the dimensions of a judicial initiative of Carlos Campos, with the approach of themes such as judicial activism and transformation, as well as Robert Alexy's theory of principles weighting. After conducting the appropriate analyzes on the subject, it was concluded that the Supreme Court, when considering the principle of presumption of innocence, with an individual and procedural promise, fulfilling a human dignity, acting in a preponderant manner on the constitution, in an anti-dialogical stance, in order to prevail his will to leave his own life, a true owner and does not keep. Regarding the methodological aspects, as hypotheses were investigated through bibliographic research. A qualitative approach is, seeking and encompassing human actions and relationships, observing social phenomena. To the objectives, is descriptive and exploratory, class, explain and interpret the facts, assuming the bibliographic form, without interference of the researcher.

Keywords: Individual guarantees. Principle of presumption of innocence. Judicial activism.

1 INTRODUÇÃO

O Supremo Tribunal Federal, corte de cúpula do Poder Judiciário, destacou-se no cenário jurídico-político brasileiro mormente após a promulgação da constituição federal de 1988, diante de um contexto de redemocratização, no qual os cidadãos passaram a acionar com maior frequência o Judiciário para obter a satisfação de seus direitos e garantias.

Diante disso, viu-se uma prática crescente de decisões proativas por parte da Corte, nas quais o intérprete constitucional não mais aplica a norma ao fato numa subsunção, mas atua como criador do direito, julgando a partir de critérios que vão além da clássica hermenêutica, fenômeno denominado de ativismo judicial. Este pode ser observado sob diversos aspectos ou dimensões, a depender das causas que o induzem.

Em se tratando de interpretar o texto constitucional, amiúde o Supremo Tribunal Federal realiza a alteração difusa do texto, com o intuito de realizar uma

perfeita simbiose entre a constituição e o meio social circundante. Essa alteração compreende o sentido, alcance ou significado da norma sem, contudo, alterar sua literalidade. É o caso do fenômeno da mutação constitucional, o qual, por tratar-se de manifestação do Poder Constituinte Difuso, não encontra formalidades específicas, o que, de outra mão, não o isenta de observar limites.

Com relação aos limites impostos às mutações constitucionais, em que pese não se possa estabelecerlos objetivamente, há matérias vitais para o Estado Democrático de Direito que precisam ser observadas e, com isso, limitam a atuação do intérprete.

Nesse sentido é que se passa a analisar o julgamento do *Habeas Corpus* 126.292/SP, que significou uma virada de jurisprudência do Supremo acerca da possibilidade da execução provisória da pena a partir de decisão condenatória em segunda instância, matéria que já foi objeto de mutação constitucional por duas vezes pela Corte, uma em 2009 e outra, mais recentemente, em 2016, quando firmou a tese de que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência.

Passa-se a verificar os argumentos favoráveis à relativização utilizados pelos ministros, analisando o sopesamento realizado entre princípios, quais sejam, o da presunção de inocência e o da efetividade da prestação jurisdicional, e em que medida o menor peso atribuído àquele compromete e mitiga garantias e direitos fundamentais. Ademais, se tal decisão se trata de um caso de ativismo judicial antidialógico (*hard*), considerado uma forma ilegítima de ativismo judicial, violando, conseqüentemente, a ordem constitucional.

Com relação aos aspectos metodológicos, as hipóteses foram investigadas por meio de pesquisas bibliográficas. A abordagem é qualitativa, procurando aprofundar e abranger as ações e relações humanas, observando os fenômenos. Quanto aos aspectos metodológicos, trata-se de estudo descritivo-analítico, desenvolvido por meio de pesquisa bibliográfica e documental, abrangendo o estudo de legislação e jurisprudência nacionais, bem como dados publicados por fontes oficiais.

É uma pesquisa pura, pois se prestará a ampliar o conhecimento, por parte do pesquisador, do tema abordado, para tomada de nova posição, não implicando uma transformação direta na realidade; qualitativa, uma vez que tratará do aspecto

comportamental humano diante de determinados fenômenos sociais e jurídicos, preocupando-se com o aprofundamento e a abrangência da compreensão das ações e relações humanas; descritiva, pois intenciona descrever, analisar, classificar e interpretar os fatos relativos ao problema apresentado; e exploratória, buscando reunir informações e opiniões diversas sobre o problema a ser investigado.

2 ATIVISMO JUDICIAL E SUA DIMENSÃO ANTIDIALÓGICA (HARD)

O ativismo judicial no Brasil ainda é um fenômeno recente se comparado à realidade de países como Estados Unidos e Alemanha, que, desde o século XIX, já têm lidado com atuações ativistas de suas Cortes. Consoante Valle², o termo foi cunhado pela primeira vez pela revista americana *Fortune*, num artigo denominado *The Supreme Court: 1947*, em que se discutia a ideologia e o perfil dos juízes que à época integravam a Suprema Corte, sendo estes ativistas e campeões de autocontenção.

A discussão acerca do tema ganhou vulto no cenário sociopolítico nacional a partir da ascensão do Poder Judiciário, com ênfase na atuação do Supremo Tribunal Federal, observada após a promulgação da Constituição Federal de 1988. Com a redemocratização do país, assistiu-se ao reforço do papel institucional do Poder Judiciário, principalmente em razão da maior facilidade do acesso à Justiça através da criação de Juizados Especiais e da Defensoria Pública, por exemplo. Essa conjuntura fez do Judiciário brasileiro um ator proeminente no controle dos poderes políticos e na solução dos conflitos³.

A ideia de ativismo judicial está, pois, associada a uma participação mais ampla e intensa do judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no âmbito de atuação dos outros dois Poderes⁴. Refere-se à superação da figura do “juiz boca da lei”, atuando o magistrado como verdadeiro criador do direito, julgando para além do que prevê a norma, passando a utilizar como critérios hermenêuticos suas convicções morais e políticas.

² Valle, Vanice Regina Lírio do (Org.). *Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal: Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 19-20.

³ Campos, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 181.

⁴ Barroso, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 5.

Streck entende que “[...] um juiz pratica ativismo quando decide a partir de argumentos políticos, de moral, enfim, quando o Direito é substituído pelas convicções pessoais de cada magistrado”⁵. Assim, por um lado, o ativismo judicial é enaltecido como uma interpretação mais criativa e desejável por parte do Poder Judiciário; de outro, é identificado como uma tentativa de usurpação de funções próprias do Poder Legislativo.

Desse modo, o ativismo judicial pode ter várias formas de se expressar, fazendo-se mister a identificação e a categorização das diferentes dimensões do ativismo judicial no Brasil, posto que constitui fenômeno amplo e que advém de diversas causas, sendo adotada no presente trabalho a classificação utilizada por Campos, que o define em cinco dimensões.

A dimensão interpretativa diz respeito ao modo de interpretação dos dispositivos constitucionais, não se limitando à mera aplicação de normas, passando, pois, de mera “boca da lei” para um verdadeiro criador do direito, expandindo ou restringindo o sentido e o alcance das normas. Tem-se, nesta dimensão, a superação do parâmetro kelseniano do juiz constitucional como legislador negativo, passando-se, pois, a reconhecê-lo também como legislador positivo. Ao juiz não cabe mais apenas o conhecimento técnico, mas um lugar de coparticipante na criação do Direito⁶.

A dimensão processual se refere à ampliação de instrumentos processuais que possibilitem que ela atue de forma mais intensa e ativa em processos, por meio da previsão de mais hipóteses de cabimento de ações constitucionais ou de recursos, como outrora se fez, a título de exemplo, com inovação jurisprudencial da reclamação constitucional baseada em poderes implícitos⁷.

Por dimensão estrutural do ativismo judicial se entende o comportamento que, em detrimento da deferência aos demais atores políticos, acaba por interferir em suas decisões e atua livremente em áreas tradicionalmente reservadas a eles. A Corte se sente legitimada a interferir em qualquer matéria por compreender que sempre haverá questões constitucionais a serem levantadas, independentemente da

⁵ Streck, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Livraria Saraiva, 2011, p. 589.

⁶ Barroso, Luís Roberto. “Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)”, em *Revista de Direito Administrativo*, v. 240, 2005, Rio de Janeiro, Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro, pp. 1-42. p. 9.

⁷ Supremo Tribunal Federal: Reclamação 141/SP, sentença de fecha 25 de janeiro de 1952.

manifestação dos demais Poderes, furtando-se, muitas vezes, da devida aplicação do texto constitucional.

Quando se trata do ativismo judicial de Direitos, fala-se da imposição às demais esferas de poder a realização de deveres negativos, referentes às ações estatais regulatórias, investigatórias e coercitivo-penais, e positivos, fundados na igualdade social e na garantia do mínimo existencial, interferindo no dever de legislar, nas políticas públicas e nas decisões alocativas de recursos do Estado⁸.

Por fim, a dimensão antidialógica (*hard*) do ativismo judicial pode ser considerada uma forma ilegítima de ativismo, uma vez que se mostra danosa à harmonia do ordenamento jurídico, havendo uma postura soberana da Corte ante o texto constitucional, com o intuito de fazer prevalecer a sua vontade tal como se fosse o intérprete exclusivo, um verdadeiro “dono”, e não guardião da Constituição.

É como se o STF tivesse a palavra final, única e decisiva acerca da interpretação das regras, dos princípios e dos valores contidos na Lei Maior, exercendo uma verdadeira supremocracia, expressão cunhada por Vieira⁹, referindo-se à expansão da autoridade do Supremo em detrimento dos demais poderes, rompendo com a harmonia entre as três esferas de poder do Estado.

De acordo com Campos, a dimensão antidialógica confere ao STF a tarefa exclusiva de interpretação do texto constitucional, o qual se autoproclama não apenas titular da palavra final sobre o que diz a Constituição, mas também seu único intérprete. Essa dimensão é vista até mesmo como patológica, posto que estanca os demais Poderes em nome da hipertrofia do Judiciário.¹⁰

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal, órgão de Cúpula do Poder Judiciário, ganha destaque quanto às decisões de cunho ativista, utilizando-se dessa prática, amiúde, para dar ensejo a alterações informais do texto constitucional, por meio da mutação constitucional. A alteração constitucional pode se diferenciar em reforma à constituição ou mutação constitucional.

⁸ Campos, 2014, p. 275.

⁹ Vieira, Oscar Vilhena. “Supremocracia”, em *Revista Direito GV*, v. 4, n. 2, 2008, São Paulo, Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas de São Paulo, pp. 441-464. p. 445.

¹⁰ Campos, *op. cit.*, p. 282.

3 MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL E O *HABEAS CORPUS* 126.292/SP

Nesse sentido, além das alterações formalizadas no texto constitucional, como a revisão e as emendas constitucionais, merecem destaque as alterações difusas do texto constitucional, mediante processos não formais, como consequência das mudanças estabelecidas no ambiente social e político¹¹.

A mutação constitucional é a alteração informal do texto, modificando-se seu sentido, alcance ou significado, sem que se altere a literalidade. Está atrelada ao argumento de necessidade de atualização da Constituição por meio de uma interpretação evolutiva, que mantenha a sua força normativa, evitando que seu texto se torne engessado e destoante da realidade social¹².

Há, pois uma necessidade de adequação sociológica da constituição para que conviva em perfeita simbiose com o meio circundante, afinal, o direito não é ciência que se cultive com indiferença ao modelo de sociedade onde o homem vive e atua¹³. Todavia, uma vez sendo expressão do Poder Constituinte Difuso, essa modificação informal da Constituição não segue um padrão específico de formalidades, embora não prescindia de respeitar alguns limites.

Isto posto, entende-se que há matérias vitais para a existência e continuidade de uma constituição, sendo tais matérias limitadoras da atividade de alteração informal. Matérias diretamente ligadas ao Estado Democrático de Direito, ao Poder Constituinte, a direitos fundamentais e à dignidade da pessoa humana, por exemplo, caso sofressem a tentativa de serem subvertidas, seria como atentar contra a própria sobrevivência da Carta Magna. Estabelecer-se-iam, assim, limites axiológicos, fixando-se, *a priori*, a impossibilidade de modificá-los.

Destarte, o *Habeas Corpus* nº 126.292/SP, julgado em 2016 pela Suprema Corte, foi considerado pelo ministro Roberto Barroso como um caso de mutação constitucional¹⁴. Trata-se de decisão paradigmática que modificou o entendimento do STF acerca da possibilidade da execução provisória da pena

¹¹ Ferraz, Anna Candida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. 2 ed. São Paulo: Edifio, 2015, p. 6.

¹² Sacchetto, Thiago Coelho. “As mutações constitucionais no contexto brasileiro de crise da representação democrática”, em *e-Pública*, v. 2, n. 1, 2015, Lisboa, Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, pp. 123-140. p. 128. Disponível em: <http://www.scielo.mec.pt/pdf/epub/v2n1/v2n1a07.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2019.

¹³ Bonavides, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 217.

¹⁴ Supremo Tribunal Federal: Habeas Corpus 126292/SP, sentença de fecha 25 de janeiro de 1952, p. 35.

após confirmação da condenação em segunda instância, fixando a tese segundo a qual “[...] a execução de decisão penal condenatória proferida em segundo grau de jurisdição, ainda que sujeita a recurso especial ou extraordinário, não viola o princípio constitucional da presunção de inocência ou não culpabilidade”¹⁵. Este tema se encontrava adormecido desde 2009, quando do julgamento do *Habeas Corpus* nº 84078-MG¹⁶, no qual ficou a execução da pena condicionada ao trânsito em julgado.

O princípio da não culpabilidade, positivado no ocidente desde a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789¹⁷, está previsto no artigo 5º¹⁸, inciso LVII, da Constituição Federal de 1988. Ele prevê que ninguém pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Trata-se de uma proteção ao *jus libertatis* do indivíduo frente ao arbítrio do Estado na aplicação de seu *jus puniendi*. Tal princípio visa estabelecer uma série de garantias, mormente no âmbito do processo penal, evitando que o indivíduo sofra restrições à sua liberdade sem que os fatos a ele imputados sejam comprovados pelo órgão acusatório, pois, não os sendo, a absolvição é de rigor. Consoante Nogueira Alcalá:

*La presunción de inocencia es así el derecho que tienen todas las personas a que se considere a priori como regla general que ellas actúan de acuerdo a la recta razón, comportándose de acuerdo a los valores, principios y reglas del ordenamiento jurídico, mientras un tribunal no adquiera la convicción, a través de los medios de prueba legal, de su participación y responsabilidad en el hecho punible determinada por una sentencia firme y fundada, obtenida respetando todas y cada una de las reglas del debido y justo proceso, todo lo cual exige aplicar las medidas cautelares previstas en el proceso penal en forma restrictiva, para evitar el daño de personas inocentes mediante la afectación de sus derechos fundamentales, además del daño moral que eventualmente se les pueda producir.*¹⁹

Numa leitura clara da literalidade do dispositivo, fica evidente o intuito de preservar o estado de inocência até que haja o trânsito em julgado. Todavia, sete ministros apresentaram argumentos favoráveis à relativização do princípio, sendo

¹⁵ Supremo Tribunal Federal: Habeas Corpus 126292/SP, sentença de fecha 25 de janeiro de 1952, p. 54.

¹⁶ Supremo Tribunal Federal: Habeas Corpus 84078/MG, sentença de fecha 5 de fevereiro de 2009.

¹⁷ França. Assembleia Nacional. *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*. Paris: Assembleia Nacional, 1789. Disponível em: http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf. Acesso em: 12 ago. 2019.

¹⁸ Art. 5º, LVII, CF/88: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.” (Brasil. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 17 ago. 2019).

¹⁹ Nogueira Alcalá, Humberto. “*Consideraciones sobre el derecho fundamental a la presunción de inocencia*”, en *Revista Ius et Praxis*, v. 11, n. 1, 2005, Talca, Universidad de Talca, pp. 221-241.

eles os ministros Teori Zavaski, Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Gilmar Mendes, Luiz Fux, Dias Toffoli e Carmen Lúcia.

Os argumentos utilizados foram os de que o duplo grau de jurisdição ocorre genuinamente nas instâncias ordinárias, com a análise do acervo fático-probatório; que nenhuma norma pode ser considerada como um superprincípio, nem mesmo o da não culpabilidade; que a possibilidade de aguardar o trânsito em julgado dá ensejo a interposição indiscriminada de recursos protelatórios; que a havendo abusos ou irregularidades, o condenado disporá de remédios constitucionais com efeito suspensivo; que há um descrédito do sistema de justiça penal pelo sentimento de ineficiência; e que a presunção de inocência esperada pela sociedade não é a prevista na Constituição, mas na Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU.²⁰

4 FLEXIBILIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A (DES)PROTEÇÃO DE DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

Está-se diante de um sopesamento entre o princípio da não culpabilidade e o da efetividade da prestação jurisdicional. Os princípios, como mandamentos de otimização²¹, na visão de Alexy, ao colidirem, são objeto de sopesamento, com o intuito de definir qual dos interesses, abstratamente, têm maior peso diante do caso concreto. Em que pese nenhum dos princípios seja absoluto, ou seja, goze de uma precedência, *a priori*, sobre o outro, não se pode crer que as condições do caso concreto fazem com que se dê maior peso à efetividade da prestação jurisdicional em detrimento de uma garantia individual intimamente vinculada à dignidade humana.

O ministro Gilmar Mendes, inclusive, observou a repercussão internacional da jurisdição penal do país, aduzindo que, não faz muito, o *The Economist* fez uma análise negativa da jurisdição criminal no Brasil²². Todavia, priorizar a efetividade da prestação jurisdicional em detrimento de uma garantia individual considerada cláusula pétrea, não a torna efetiva, de fato, mas mitigadora de direitos e garantias processuais sem as quais não se pode conceber um Estado Democrático de Direito.

²⁰ Supremo Tribunal Federal: Habeas Corpus 126292/SP, sentença de fecha 25 de janeiro de 1952.

²¹ Alexy, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 99.

²² Supremo Tribunal Federal: Habeas Corpus 126292/SP, sentença de fecha 25 de janeiro de 1952, p. 64.

Essa interpretação não encontra respaldo no texto constitucional, mas busca responder a anseios sociais, justificando, de modo engenhoso, uma mutação constitucional para satisfazer a vontade dos intérpretes independentemente dos limites que o ordenamento jurídico impõe. Ao alterar a interpretação do princípio da não culpabilidade, deu-lhe um sentido absurdo que não encontra respaldo no ordenamento pátrio, criando exceções que a Constituição não prevê e ultrapassando os limites semânticos do próprio texto. Não há como ir além da taxatividade do dispositivo constitucional somente para satisfazer as intenções do intérprete e buscar respostas rápidas aos problemas relacionados à ineficiência da jurisdição criminal do país.

Desse modo, vê-se uma patologia hermenêutica intimamente vinculada à atuação proativa do Supremo Tribunal Federal, caracterizando a decisão como uma forma ilegítima de ativismo, posto que claramente há uma postura soberana da Corte ante o texto constitucional, com o intuito de fazer prevalecer a sua vontade tal como se fosse o intérprete exclusivo, um verdadeiro “dono”, e não guardião da Constituição. Além de afrontar a ordem constitucional, rompe com a harmonia entre as três esferas de poder do Estado, fazendo as vezes do Legislador, além de ferir o Estado Democrático de Direito ao relativizar uma garantia fundamental.

Esse tipo de atuação da Suprema Corte imprime novos desafios ao Direito, contribuindo para legitimar uma crise de efetividade do programa jurídico-político dos direitos humanos e fundamentais²³. A falta de efetividade dos direitos constitucionalmente garantidos leva a uma crescente desvalorização de sua força normativa e à falta de confiança no discurso dos direitos fundamentais. O Estado, em vez de proteger os direitos dos indivíduos expressamente previstos, aparece como devedor de uma postura ativa, no sentido de uma proteção integral e global dos direitos fundamentais²⁴. Nesse sentido, Bazán aduz que:

Es preciso reiterar que el Estado contemporáneo es Estado Constitucional, en cuyo contexto la Constitución ocupa un lugar central en el sistema jurídico (junto a los instrumentos internacionales universales y regionales

²³ Sarlet, Ingo Wolfgang. “Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988”, em Sarlet, Ingo Wolfgang (Org.): *Direito público em tempos de crise: estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel*. Livraria do advogado, Porto Alegre, 1999. p. 140.

²⁴ Sarlet, Ingo Wolfgang. “Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais”, em Sarlet, Ingo Wolfgang (Org.): *A constituição concretizada: construindo as pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 118.

*básicos en materia de derechos humanos con valencia homóloga a la de la Carta Fundamental) y ostenta fuerza normativa.*²⁵

Outrossim, não se pode olvidar que é indissociável a relação entre dignidade da pessoa e os direitos fundamentais, mesmo onde a dignidade não esteja referenciada expressamente, na condição de valor informador da ordem jurídica²⁶. Essa decisão, além de ferir a própria dignidade, dá ensejo a uma mudança na jurisprudência do STF fazendo com que se aplique indefinidamente em casos vindouros, numa contínua afronta constitucional, esvaziando a força normativa da Constituição, como nos *Habeas Corpus* 149120-AgR/PI²⁷ e 138.890-AgR/PE²⁸, em 2017, e no *Habeas Corpus* 152752-PR²⁹ do ex-presidente Lula em 2018.

5 CONCLUSÃO

Destarte, teceu-se considerações acerca da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do *Habeas Corpus* nº 126292/SP, buscando verificar se se trata de um ativismo judicial na dimensão *hard* ou antidialógica, com a consequente mitigação de direitos e garantias fundamentais, bem como da ordem constitucional. Para tanto, abordou-se, a temática do ativismo judicial, o qual pode ter várias formas de se expressar, razão pela qual se fez uma identificação e categorização das diferentes dimensões do ativismo judicial no Brasil. Ademais, buscou-se fazer uma análise do fenômeno da mutação constitucional a partir de seu conceito, seus pressupostos e seus limites. Abordou-se o princípio da presunção de inocência previsto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, que prevê que ninguém pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, sob à ótica do sopesamento de princípios.

Nesta senda, tendo em vista a decisão proferida no *Habeas Corpus* nº 126292/SP, por 7 (sete) votos a 4 (quatro), fez-se, então, apurado dos fundamentos que embasaram os votos favoráveis. Dentre os argumentos, prevaleceram aqueles

²⁵ Bazán, Víctor. “La interacción del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno en Argentina”, en *Estudios Constitucionales*, año 5, n. 2, 2007, Santiago, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, pp. 137-183. p. 144.

²⁶ Sarlet, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 119.

²⁷ Supremo Tribunal Federal: Agravo Regimental no Habeas Corpus 149120 AgR/PI, sentença de fecha 1º de dezembro de 2017.

²⁸ Supremo Tribunal Federal: Agravo Regimental no Habeas Corpus 138890 AgR/PE, sentença de fecha 7 de março de 2017.

²⁹ Supremo Tribunal Federal: Habeas Corpus 152752/PR, sentença de fecha 7 de março de 2017.

segundo os quais a espera do trânsito em julgado da ensejo a interposição sucessiva de recursos protelatórios e que a demora na execução da pena enseja um descrédito no sistema de jurisdição penal brasileira, com repercussão inclusive internacional.

Diante de tais argumentos, percebe-se um sopesamento entre os princípios da presunção de inocência e o da eficácia da prestação jurisdicional, no qual o STF pretere aquele, mitigando uma garantia constitucional do indivíduo considerada cláusula pétrea, comprometendo sua dignidade e também a própria força normativa da Constituição.

Constatou-se, pois, tratar-se de ativismo judicial em sua dimensão *hard* ou antidialógica, já que tal entendimento vai de encontro ao que prevê a Constituição, desrespeitando os limites impostos ao intérprete, como a ordem constitucional, os princípios constitucionais, os direitos e garantias individuais, bem como os próprios limites semânticos do texto, fazendo com que a Corte se autoproclame não apenas titular da palavra final sobre o que diz a Constituição, mas também seu único intérprete e “dono”.

REFERÊNCIAS

Alexy, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

Barroso, Luís Roberto. “*Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)*”, em *Revista de Direito Administrativo*, v. 240, 2005, Rio de Janeiro, Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro, pp. 1-42.

Barroso, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

Bazán, Víctor. “*La interacción del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno en Argentina*”, em *Estudios Constitucionales*, año 5, n. 2, 2007, Santiago, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, pp. 137-183.

Bonavides, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

Brasil. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 17 ago. 2019.

Campos, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

Ferraz, Anna Candida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. 2 ed. São Paulo: Edifício, 2015.

França. Assembleia Nacional. *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*. Paris: Assembleia Nacional, 1789. Disponível em: http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf. Acesso em: 12 ago. 2019.

Lima, Martonio Mont'alverne Barreto; Mota, Rafael Gonçalves. "O julgamento do *habeas corpus* 126.292/SP pelo Supremo Tribunal Federal sob a ótica do pensamento de Neil Maccormick sobre argumentação da decisão judicial", em *Quaestio Iuris*, v. 11, n. 3, 2018, Rio de Janeiro, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, pp. 1704-1733.

Nogueira Alcalá, Humberto. "Consideraciones sobre el derecho fundamental a la presunción de inocencia", em *Revista Ius et Praxis*, v. 11, n. 1, 2005, Talca, Universidad de Talca, pp. 221-241.

Sacchetto, Thiago Coelho. "As mutações constitucionais no contexto brasileiro de crise da representação democrática", em *e-Pública*, v. 2, n. 1, 2015, Lisboa, Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, pp. 123-140. Disponível em: <http://www.scielo.mec.pt/pdf/epub/v2n1/v2n1a07.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2019.

Sarlet, Ingo Wolfgang. "Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais", em Sarlet, Ingo Wolfgang (Org.): *A constituição concretizada: construindo as pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. pp. 107-163.

Sarlet, Ingo Wolfgang. "Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988", em Sarlet, Ingo Wolfgang (Org.): *Direito público em tempos de crise: estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel*. Livraria do advogado, Porto Alegre, 1999. pp. 140-175.

Sarlet, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

Streck, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Livraria Saraiva, 2011.

Supremo Tribunal Federal: Agravo Regimental no Habeas Corpus 138890 AgR/PE, sentença de fecha 7 de março de 2017.

Supremo Tribunal Federal: Agravo Regimental no Habeas Corpus 149120 AgR/PI, sentença de fecha 1º de dezembro de 2017.

Supremo Tribunal Federal: Habeas Corpus 126292/SP, sentença de fecha 25 de janeiro de 1952.

Supremo Tribunal Federal: Habeas Corpus 152752/PR, sentença de fecha 7 de março de 2017.

Supremo Tribunal Federal: Habeas Corpus 84078/MG, sentença de fecha 5 de fevereiro de 2009.

Supremo Tribunal Federal: Reclamação 141/SP, sentença de fecha 25 de janeiro de 1952.

Valle, Vanice Regina Lírio do (Org.). *Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal: Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF*. Curitiba: Juruá, 2009.

Vieira, Oscar Vilhena. "Supremocracia", en *Revista Direito GV*, v. 4, n. 2, 2008, São Paulo, Escola de Direito da Fundação Getulio Vargas de São Paulo, pp. 441-464.