

A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E O ABANDONO DO PAPEL CONTRAMAJORITÁRIO PELO PODER JUDICIÁRIO

*THE PRESUMPTION OF INNOCENCE AND ABANDONMENT OF THE COUNTER-
REPRODUCTIVE ROLE BY THE JUDICIARY*

Agnes Carolina Hüning¹

Rafael Fonseca Ferreira²

SUMÁRIO: Introdução; 1. O polêmico *habeas corpus* 126.292; 2. O sepultamento da presunção de inocência; 3. A (in)separação dos poderes; 4. O abandono do papel contramajoritário pelo Poder Judiciário; 5. As novas posturas do Poder Judiciário em face da CF; 6. Dever do Cidadão; Considerações finais; Referências das fontes citadas.

RESUMO

A decisão proferida no Habeas Corpus 126.292 gerou uma série de discussões no âmbito jurídico, uma vez que relativizou o direito fundamental da presunção de inocência, previsto na Constituição de 1988. Esse "sepultamento" revela o abandono do papel contramajoritário pelo Poder Judiciário, que cedeu às pressões midiáticas, uma vez que utilizou, para tanto, argumentos de ordem subjetiva. Esse protagonismo revela a invasão da jurisdição constitucional as demais esferas de poder, fazendo com que o Judiciário acabe por infringir outro princípio constitucional, que constitui cláusula pétrea na Constituição Federal, o da separação dos poderes. Todavia, em um Estado Democrático de Direito, instituído a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, essas posturas não podem prevalecer, o Judiciário não pode ter atitudes ativistas que acabem por tolher direitos dos cidadãos brasileiros. Diante disso, cabe aos cidadãos parte desse Estado Democrático agirem para frear esse protagonismo em defesa de seus direitos constituídos.

Palavras-chave: Presunção de Inocência; Poder Judiciário; Contramajoritário; Ativismo Judicial; Cidadania.

¹ Mestranda em Direito e Justiça Social pela Universidade Federal do Rio Grande FURG (2016). Pós-graduada em Direito Público pela Escola Superior do Ministério Público FMP (2015). Advogada (OAB/RS 85.527), graduada pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul UNIJUI (2012). E-mail: agnes.huning@gmail.com

² Pós-Doutorando sob a supervisão do Prof. Dr. Lenio Luiz Streck, Doutor e Mestre em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS; Especialista em Comércio Exterior e Relações Internacionais pela Universidade de Caxias do Sul - UCS. Professor efetivo da Universidade Federal do Rio Grande - FURG - Faculdade de Direito. E-mail: rafaelferreira@furg.br

ABSTRACT

The Habeas Corpus decision 126,292 generated a series of legal discussions, since it relativized the fundamental right of the presumption of innocence, foreseen in the Constitution of 1988. This "burial" reveals the abandonment of the countermajoritarian role by the Judiciary, that yielded Mediatc pressures, since it used, for that, subjective arguments. This protagonism reveals the invasion of the constitutional jurisdiction the other spheres of power, causing the Judiciary to end up infringing another constitutional principle, which constitutes a stony clause in the Federal Constitution, the separation of powers. However, in a Democratic State of Law, instituted after the promulgation of the Federal Constitution of 1988, these positions can not prevail, the Judiciary can not have activist attitudes that end up harming the rights of Brazilian citizens. Faced with this, it is up to the citizens of that Democratic State to act to stop this role, in defense of their constituted rights.

Keywords: *Presumption of Innocence; Judicial power; Countermajority; Judicial Activism; Citizenship.*

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como tema "A Presunção de Inocência e o Abandono do papel Contramajoritário", no qual buscar-se-á analisar o problema da decisão proferida no *Habeas Corpus* número 126.292, no qual por maioria dos votos de 7 Ministros contra 4, ocorreu uma mudança de posicionamento do Supremo Tribunal Federal que acabou por sepultar ou extinguir a presunção de inocência de nosso ordenamento, uma vez que permitiu o início da execução da pena após a confirmação da sentença em segundo grau de jurisdição, ou seja, antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Nesse sentido, os objetivos do seguinte trabalho serão analisar o polêmico *habeas corpus* 126. 292, proferido em 17 de fevereiro de 2016, bem como, evidenciar o abandono do papel contramajoritário pelo Poder Judiciário.

Para tanto, iniciar-se-á abordando o *habeas corpus* 126.292 e quanto ao sepultamento da presunção de inocência pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do mesmo. Feito isso, avançar-se-á para análise da separação dos poderes e o abandono do papel contramajoritário pelo judiciário. Por derradeiro, o presente ruma as novas posturas do Poder Judiciário em face da Constituição

Federal de 1988 e o dever do cidadão frente a essas posturas ativistas do judiciário.

Justifica-se o presente trabalho e sua importância para o mundo acadêmico, uma vez que o princípio da presunção de inocência trata-se de um direito fundamental adquirido por cada cidadão quando da promulgação da Constituição de 1988, sendo assim, o mesmo não pode ser rechaçado pelo Poder Judiciário, muito menos pelo Supremo Tribunal Federal, que possui o dever de zelar pela Constituição Federal. Outrossim, importante referir, ainda, o papel contramajortário do judiciário, que, todavia, abandona-o, uma vez que passa a ceder às pressões sociais e, profere decisões sem fundamentação jurídica, se utilizando, para tanto, argumentos subjetivos de seus Ministros.

Utilizar-se-á para tanto, a hermenêutica-filosófica, encontrada principalmente na obra de Lenio Streck, a qual possui uma postura voltada ao questionamento. Outrossim, pela técnica da pesquisa indireta tem-se como base obras bibliográficas, capazes e suficientes para demonstrar as críticas aos temas estudados.

1 O POLÊMICO *HABEAS CORPUS* 126.292

Uma polêmica foi instaurada em fevereiro de 2016 em torno do Poder Judiciário após a decisão do Supremo Tribunal Federal proferida no *Habeas Corpus* (HC) 126.292, no qual ficou determinado, por maioria dos votos (7x4), a possibilidade de execução da pena em segundo grau, mesmo em caso de haver recursos pendentes de julgamento. Ou seja, o réu que condenado em segunda instância em poderá, desde então, ser compelido a cumprir a pena provisória, mesmo havendo recurso pendente. O que vai de encontro ao princípio da presunção de inocência, consagrado na Constituição Federal de 1988, que prevê a necessidade do trânsito em julgado para iniciar a execução da pena.

O caso em análise teve como origem o processo envolvendo um réu condenado a 5 anos e 4 meses de reclusão, os quais deveriam ser cumpridos inicialmente em regime fechado, pela prática de roubo qualificado, art. 157, §2º, inciso I e II do Código Penal, todavia como direito de recorrer em liberdade. A defesa, então

apelou para o TJ/SP, que negou provimento ao recurso da defesa e expediu mandado de prisão em face do apenado.

Em face disso, a defesa ingressou com o HC 126.292³ no Supremo, alegando que o Tribunal de São Paulo determinou a prisão do réu sem qualquer motivação, o que constitui flagrante constrangimento ilegal, uma vez que o juiz de primeiro grau determinou que o réu pudesse recorrer em liberdade.

Tal *Habeas Corpus* teve como relator o Ministro Teori Zavascki que votou a fim de mudar a jurisprudência do Supremo possibilitando a execução da pena caso o réu condenado em segunda instância, seguido pelos Ministros Edson Fachi, Luís Roberto Barroso, Dias Toffoli, Luiz Fux, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes.

Os demais Ministros como Marco Aurélio, Rosa Weber, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski tiveram os votos divergentes, ou seja, mantiveram o entendimento anterior do Supremo, no qual a sentença só pode ser executada após o trânsito em julgado da decisão condenatória.

Todavia, para essa “mudança de entendimento” houve uma desconstrução desse princípio? Quais foram os argumentos e fundamentos para o abandono desse princípio constitucional da presunção de inocência, implementado pela Constituição Federal de 1988? Os fundamentos tiveram coerência e integridade? Essas são algumas questões que serão analisadas a seguir.

2 O SEPULTAMENTO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

O Brasil recepcionou a presunção de inocência, constante no artigo 8.2 Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), celebrada em 22 de novembro de 1969 estabeleceu: “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa.”⁴, do qual se tem a expressa recepção. Não

³ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4697570>. Acesso em 11 de novembro de 2016.

⁴ Disponível em: http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.Convencao_Americana.htm. Acesso em 11 de novembro de 2016.

bastasse isso, posteriormente o mesmo foi consagrado na Constituição Federal de 1988 em seu art. 5º, inciso LVII, determinando que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória⁵", diante disso, a prisão somente se justifica após esse trânsito em julgado, tendo como regra geral a liberdade dos cidadãos, sob pena da parte requerida inpetrar um *habeas corpus*, como no caso referido acima.

Como muito brilhantemente refere Breno Melaragno Costa⁶ sob o aspecto constitucional o princípio da presunção de inocência norteia o legislador ordinário no momento de criação das normas, evitando assim, que surjam leis que desprezem a inocência da parte requerida até o trânsito em julgado de uma sentença condenatória. Por outro lado, impede que durante a tramitação do processo possa-se presumir o réu culpado.

Todavia, na decisão proferida no HC 126.292, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição Federal, criaram um novo conceito para trânsito em julgado, bem como para a presunção de inocência, restringindo um direito fundamental de mais ou menos 8 (oito) séculos, o qual foi colocado em "xeque" por argumentos predatórios. Não sendo feita a necessária desconstrução do instituto, proferindo-se, assim, uma decisão sem coerência e integridade⁷, uma vez que baseada em argumentos moralistas e midiáticos, que acaba por tolher um direito fundamental concedido a população lá em 1215, por João Sem-Terra.

Os Ministros que foram a favor dessa "mudança de jurisprudência" utilizaram como motivação, argumentos como a sensação de impunidade que é gerada até o trânsito em julgado da sentença condenatória, ou seja, torna-se o cidadão

⁵ Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 14 de novembro de 2016.

⁶ COSTA, Breno Melaragno. Princípio Constitucional da Presunção de Inocência. In: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco e FILHO, Firly Nascimento. **Os Princípios da Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001.P.346.

⁷ Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-abr-23/observatorio-constitucional-jurisdicao-fundamentacao-dever-coerencia-integridade-cpc>. Acesso em 14 de novembro de 2016.

culpado por algo que é de responsabilidade do judiciário, como o sistema prisional e o sistema de justiça. A pressão midiática, foi outra justificativa utilizada pelos Ministros que foram a favor dessa mudança de entendimento. Mas é as garantias constitucionais atribuídas aos magistrados servem de que? Essas garantias presentes no art. 95 da Constituição Federal, como: vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade salarial, não tem um fim maior? Tem sim, justamente os juízes e magistrados tem o papel de guardiões da Constituição, e das demais leis infraconstitucionais, ainda que para isso, tenham de proferir decisões que irão de encontro aos pensamentos de uma maioria, por isso de sua função contramajoritária. Dessa forma, o judiciário não se comover com o clamor social, ou com pressões midiáticas, muito menos, motivar suas decisões com base nisso.

Outro argumento, perigoso, utilizado pelo Ministro Gilmar Mendes, foi o de que agora o Estado olharia mais para os presídios. Mas será que o Supremo fez um estudo do impacto que essa decisão pode gerar no sistema carcerário brasileiro? Como é possível perceber no decorrer no texto, nenhum desses argumentos é de direito, todos constituem justificativas subjetivas, que respondem a uma pressão social, justamente o contrário do proposto com a promulgação da Constituição de 1988.

A sociedade não pode, e não deve, abrir mão dos seus direitos, em virtude do Estado não cumprir com os seus deveres. Como bem relatou o Ministro Marco Aurélio⁸ vive-se tempos estranhos, pois se está abrindo mão de um direito fundamental, previsto constitucionalmente, em virtude de um clamor social, o que configura uma atuação protagonizada do Poder Judiciário, que acaba por invadir a competência dos Poderes Legislativo e Executivo, indo assim, de encontro a outro princípio constitucional, o da separação dos poderes.

⁸ Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/2/art20160225-06.pdf>. Acesso em 14 de novembro de 2016.

3. A (IN)SEPARAÇÃO DOS PODERES

A Constituição Federal de 1988 consagrou, em seu art. 2º, o Princípio da Separação dos Poderes, ao prever que “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”⁹ Não bastasse isso, este ainda constitui cláusula pétrea, previsto no art. 60, §4º, inciso III. Dessa forma, pode-se perceber que se a Constituição estabelece essa divisão de poderes da república eles tem uma razão de ser, ou seja, cada um deles deve desenvolver o seu papel. Mas e qual o papel do Poder Judiciário?

Todavia, o Judiciário tem demonstrado, assim como fez nesse HC, o seu protagonismo no momento de proferir suas decisões, decisões essas que podem estar motivadas, todavia não estão fundamentadas, ou seja, se utilizam de argumento de política e subjetivos e acabam indo além dos limites estabelecidos em lei, praticando assim, o chamado ativismo judicial, que é brilhantemente definido pelo por Lenio Luiz Streck, em seu Livro Verdade e Consenso como: “um juiz ou tribunal que pratica ativismo quanto decide a partir de argumento de política, de moral, enfim, quando o direito é substituído pelas convicções pessoais de cada magistrado (ou de um conjunto de magistrado)”, o que demonstra a (in)separação dos poderes, e a invasão do Judiciário aos demais poderes.

Contudo, os magistrados não podem dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa, pois pau que bate em Chico, bate em Francisco, ou seja, se a população em um passado, não muito remoto, permitiu e aplaudiu decisões que iam além do previsto em lei, por serem criativas e do bem, hoje a mesma que se depara com a violação de um princípio fundamental consagrado na Constituição Federal. Entretanto, se admitiram o desrespeito Constitucional para “cima”, não se pode impedir a violação para “baixo”¹⁰.

⁹ Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 14 de novembro de 2016.

¹⁰ Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-fev-25/senso-incomum-hermeneutica-positivismo-estado-excecao-interpretativo>. Acesso em 15 de novembro de 2016.

Mas e qual o papel do Poder Judiciário? O Judiciário deve desenvolver seu papel de fiscal dos Poderes Legislativo e Executivo por isso tem a função contramajoritária, ou seja, não é por acaso que ele consta como o último descrito no rol dos poderes previstos pela CF em seu art. 2º, uma vez que os demais poderes são escolhidos ou eleitos por uma maioria, já os juízes e magistrados não, o que demonstra essa sua função de ir contra as maiorias, quando necessário, para a defesa da Constituição, não devendo sofrer, nem com as pressões midiáticas, nem com as pressões da população, uma vez que conta com um rol de garantias para tanto.

4 O ABANDONO DO PAPEL CONTRAMAJORITÁRIO PELO PODER JUDICIÁRIO

Por tudo que já foi dito, pode-se constatar essa invasão do Poder Judiciário aos Poderes Legislativo e Executivo, o que demonstra o total abandono de seu papel contramajoritário, e o que é mais intrigante, no ano em que essa Constituição chamada cidadã fez 28 anos. Mas porque a jurisdição é contramajoritária? Isso porque os que representam a população nos demais poderes são eleitos pelo povo, ou seja, pela maioria, por isso majoritários. Contudo, consoante dito anteriormente, se a função do Judiciário é a de fiscalizar os demais poderes, desenvolve então, um papel contra essas maiorias, a fim de defender a Lei Suprema, ou seja, a Constituição Federal.

E a população, porque não vai as ruas para defesa de seus direitos? O que se esperar de cidadãos, que não se identificam e nem pertencem ao Estado Democráticos de Direito? Acaba-se, assim, por "lavar as mãos" em relação as transformações políticas, permitindo ou legitimando a atuação do judiciário. Dessa forma, os "ruins" se estabelecem porque os bons se omitem. É justamente isso que ocorre.

A sociedade que forma esse Estado Democrático de Direito, a qual com a Constituição Federal de 1988, teve, uma gama de direitos fundamentais e sociais

concedidos, esse PLUS¹¹ normativo que visava justamente garantir esse Estado Democrático, buscando expurgar os elementos autoritários anteriores. Esses cidadãos, que possuem esses direitos, devem lutar para que os mesmos não sejam deles retirados. Já se teve tempos bem piores e a população não entregou o ouro. A sociedade tem que estar em jogo, deve se posicionar, fazer constrangimentos políticos, buscando assim as mudanças que acham necessárias, pressionando, o Poder Legislativo, pensando mais no momento de votar.

E se tudo que foi justificado nos votos do Ministros que foram a favor dessa mudança não acontecer? Como ele poderá voltar atrás? Por isso esses comportamentos sociais não podem ser resolvidos por decisões judiciais. Se assim fosse, as quotas teriam terminado com o racismo e a possibilidade de casamento por pessoas do mesmo sexo teriam diminuído o preconceito.

Por isso que os questionamentos são mais importantes que as respostas, porque das respostas, basta escolher uma. O mais importante é que estas levam a reflexão, ao diálogo. Olhe-se, especificamente, para a resposta dada a “relativização” da presunção de inocência, para não dizer o sepultamento da mesma, ele diminui morosidade do judiciário? A sensação de impunidade? Vai diminuir o volume de HCs no STF? Entre outros argumentos apresentados pelo Ministros do Supremo. É preciso refletir antes de apoiar ou não essas decisões, é necessário dar um passo para atrás antes de dar um para frente, pois nada vem do nada, e nada está no mundo à deriva.

5 AS NOVAS POSTURAS DO PODER JUDICIÁRIO EM FACE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Diante disso, o Poder Judiciário deve atuar levando em conta os direitos constituídos democraticamente, e postos na Constituição, conforme a tese de Samuel Freeman que entende a Constituição como um instrumento de soberania,

¹¹ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 150-195. 2013.

que não se limita a definir um procedimento para a elaboração e aplicação as leis, mas sim deve organizar e qualificar estes procedimentos a fim de evitar a usurpação da soberania popular¹².

O direito não está subordinado a política, mas sim é a política que se converte em instrumento de atuação do direito, subordinada aos princípios constitucionais, que geram vinculações positivas como os direitos sociais que devem ser satisfeitos e, negativas como o direito à liberdade que não pode ser violado.

O ativismo judicial, então, decorre de uma postura assumida por um juiz ou órgão na tomada de uma decisão, o que em muitos casos decorre do uso da ideia que a decisão decorre do ato de vontade do magistrado, o que é defendido pelos discricionários, e nos remete a Hans Kelsen e sua Teoria Pura do Direito, o que é criticado por Lenio Streck¹³, uma vez que é a partir disso que se atrela o ativismo, a vontade do julgador. Afirma Garapon que "o ativismo começa quanto, entre várias soluções possíveis, a escolha do juiz é dependente do desejo de acelerar a mudança social, ou pelo contrário, de a travar."¹⁴

Entretanto, o juiz não pode deixar de aplicar a lei. De acordo com Streck ele somente pode fazer isso em seis hipóteses, quais sejam: 1) quando a lei for inconstitucional; 2) no caso de resolução de antinomias (contradição entre duas leis), lembrando que lei posterior derroga a anterior; 3) quando houver a aplicação da nulidade parcial sem redução de texto (juiz deixa de aplicar a lei para determinada situação); 4) ou da interpretação conforme a Constituição (na qual o juiz somará a legislação um certo sentido); 5) quando houver a necessidade de aplicar-se um princípio em detrimento do texto legal, princípios esse basilares, como o princípio da dignidade da pessoa humana e da separação dos poderes.

¹² STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 177-178. 2013.

¹³ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

¹⁴ GARAPON, Antoine. **O Guardador de Promessas. Justiça e Democracia**. Lisboa: Instituto Piaget, 1998, p. 40-43.

Seguindo a Teoria de Dworkin¹⁵, existem algumas possibilidades de se tentar frear o ativismo, através do seu conceito interpretativo, existe o que ele chama de dimensões interpretativas do argumento jurídico, as quais se constituem através do ajuste e da justificação. O ajuste diz respeito à identificação, a fase interpretativa, a coerência, ou seja, ajustar uma determinada prática social a lei. Contudo, não se confunde com a subsunção, pois para ele nesse caso já haveria uma carga interpretativa no ajuste.

A justificação, compreende a etapa pós-interpretativa, a qual, segundo Dworkin se refere a argumentação, pois não basta que a comunidade esteja convergindo para o mesmo sentido de uma prática social, para dizer que essa é a melhor, é necessária a justificação de porque essa é a mais coerente, o que decorre da melhor argumentação.

Dessa forma, pode-se perceber que a objetividade, tem sim um lugar na interpretação, e não a subjetividade, uma vez que se deve fazer o ajuste as práticas sociais compartilhadas, bem como, construir-se a melhor justificativa possível, pois se fosse o contrário, o tudo no direito seria uma questão de gosto e não de julgamento, ou seja os juízes também tem responsabilidades a serem seguidas e não devem julgar ao seu bel-prazer.

Diante dessa problematiza de aplicação do Direito, que Lenio Streck¹⁶, baseado na Teoria da Interpretação, constrói a Teoria da Decisão Judicial, a qual possui 4 (quatro) elementos, quais sejam: 1) Um novo modo de conceber o ato interpretativo, a qual possibilite aportes filosóficos, a qual agrega o momento da interpretação e aplicação de uma norma, como um acontecimento unitário; 2) A responsabilidade política dos juízes na qual ele relata que o advento do Estado Democrático de Direito também obrigou os juízes perante a sociedade, uma vez que os mesmos passaram a proferir decisões envolvendo direitos sociais, o que deve gerar constrangimento político do juiz perante a comunidade de princípios;

¹⁵ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 224-225.

¹⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 150-195. 2013.

3) Essa responsabilidade política acaba por se desdobrar em dever de fundamentação (art. 93, IX da CF), devendo o juiz fundamentar no momento de proferir sua decisão; 4) Fundamentação com respostas constitucionalmente adequadas, ou seja, observando o dever de cumprimento da Constituição, com a tese da resposta correta (nem a única, nem a melhor, mas a correta), baseada na doutrina de Dworkin.

Não é com juízes protagonistas e solipsistas (instituto que descreve o juiz como um Hércules que confia em suas habilidades pessoais e individuais) que vai se resolver esses problemas, pois assim se está violando a separação dos poderes, posta na Constituição de 88.

O Poder Judiciário não deve se sobrepor aos demais poderes formulando e implementando as políticas públicas não efetivadas pelo Poder Executivo. Entende-se também que o Estado não pode realizar prestações de forma desmedida, comprometendo totalmente os seus recursos, devendo segundo Lenio, estabelecer-se o critério da simples comprovação objetiva de que efetivamente não possui condições econômicas de adimplir com todas as prestações postuladas em juízo.

Entretanto, o Estado acaba por invocar cláusula da reserva do possível para se exonerar do cumprimento de suas obrigações, pois ela acaba por frustrar o mínimo existencial, que representam as condições mínimas necessárias de vivência digna dos cidadãos, que segundo Ingo Sarlet¹⁷ está ligado a dignidade da pessoa humana devendo ser entendida como condição de possibilidade para a formação de um Estado Democrático de Direito

Dessa forma, Estado não pode se negar a adimplir as suas obrigações, devendo sim se organizar, orçamentária e legislativamente, para conceder aos cidadãos acesso aos seus direitos, sob pena de ocorrer a judicialização, na qual os indivíduos vão ao judiciário em busca da efetivação de seus direitos.

¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade (da pessoa) humana, mínimo existencial e justiça constitucional – Algumas aproximações e alguns desafios. In: LEITE, Georges Salomã; SARLET, Ingo Wolfgang. **Jurisdição constitucional, democracia e direitos fundamentais – Estudos em homenagem ao Ministro Gilmar Ferreira Mendes**. Salvador: JusPodivm, 2012. p. 243.

Diante disso, precisa-se de uma visão mais substancialista na qual o Constituição surge como força normativa de constituir-a-ação do Estado, e não uma mera folha de papel como defendia Ferdinand Lassale. Ademais cabe a sociedade ser mais participativa, o que será trabalhado a seguir.

6 DEVER DO CIDADÃO

E qual o papel dos cidadãos nisso tudo? Para Cornelius Castoriadis¹⁸ não existe autonomia do indivíduo se não houver autonomia da coletividade. Então como se é livre se os cidadãos se encontram sob a lei social?

A primeira condição é a possibilidade de participação da sociedade na formação da lei, tendo essa lei como identidade, mesmo que suas preferências não tenham prevalecido. Liberdade sob a lei significa participação no posicionamento da lei.

Necessita-se, ainda, de indivíduos críticos, com capacidade de compreender a complexidade da democracia, em primeiro ponto. Ainda segundo Castoriadis, não pode existir uma sociedade sem uma definição, mais ou menos segura, de valores substantivos partilháveis, de bens sociais comuns.

A cidadania não ocorre apenas com o voto na época das eleições, cidadania abrange a participação social, pois a conscientização e a participação da sociedade deve ser uma meta desse Estado contemporâneo, pois somente assim vão ocorrer as mudanças necessárias para ser frear o ativismo judicial que ameaça o Estado Democrático de Direito.

Ademais, deve-se buscar um modelo constitucional que vise superar a igualdade simplesmente formal e rumo a uma igualdade material, devendo a Constituição assumir o núcleo fundante do ordenamento jurídico, com a resolução dos conflitos alinhados com os princípios e critérios de compensação constitucionais

Por isso o papel do direito e dos Tribunais deve ser abrir ou garantir um espaço público onde é a sociedade civil que funde o direito. Deve haver uma autonomia

¹⁸ CASTORIADIS, Cornelius. **A ascensão da insignificância – As encruzilhadas do labirinto IV**. Lisboa, 2000, p. 255 e ss.

da sociedade diante do direito, onde a legitimação deve ser produzida nos espaços de índole social-comunicativa e não social-coercitiva.

Consoante refere Joaquim José Gomes Canotilho que a sociedade deve "ter" uma constituição, sendo essa constituição a constituição da sociedade, sendo um "corpo jurídico" de regras aplicáveis ao "corpo social", ou seja, a Constituição é da República, não se referindo apenas ao Estado mas à própria comunidade política, à *res publica*, devendo assim os cidadãos se apropriarem dela.¹⁹ defendendo com unhas e dentes seus direitos fundamentais, constitucionalmente instituídos, não permitindo assim que essas decisões ativistas limitem seus direitos, que forma fundamento para formação de um Estado Democrático de Direito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presunção de inocência é um direito fundamental constitucionalmente imposto. Entretanto, após o HC 126.292 o Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição, proferiu uma decisão que acabou por relativizar a aplicação desse princípio, nos casos de sentença penais condenatórias, o réu somente poderia ser executado no cumprimento da pena após o trânsito em julgado da pena. Contudo, com essa decisão se permitiu a execução da pena caso a sentença condenatória seja confirmada em segundo grau de jurisdição.

O que demonstrou o protagonismo judicial e a conseqüente (in)separação dos poderes, uma vez que os argumentos utilizados para tanto não foram de direito, mas sim argumentos de política, argumentos esse sem nenhum respaldo jurídico, mas sim, advindos da pressão midiática e da comoção popular. Verifica-se assim, o abandono do Judiciário ao seu papel contramajoritário, pois se criado para a defesa da Constituição, mesmo que, para tanto, tenham que ir contra a maioria, por isso de suas garantias constitucionais, justamente para não ceder a essas pressões, mesmo assim o faz. O que esperar do Judiciário?

¹⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4ª. ed. Coimbra: Libraria Almeida, 1997, p. 88.

Consoante afirmado acima, a população deve ir à luta em defesa de seus direitos, já que o guardião dos mesmos não o faz. Não se pode admitir a remoção de direitos fundamentais constitucionalmente adquiridos por argumentos de política. Diante disso, necessita-se de cidadãos mais críticos, que saibam seu papel na construção, ou manutenção de um Estado Democrático de Direito, devendo a Constituição assumir seu núcleo fundante que superar a igualdade simplesmente formal e rumar a uma igualdade material, possibilitando a população mais voz ativa para a defesa desse plus normativo a eles concedidos a fim de expurgar os regimes ditatoriais anteriores.

HÜNING, Agnes Carolina; FERREIRA, Rafael Fonseca. A Presunção De Inocência E O Abandono Do Papel Contramajoritário Pelo Poder Judiciário. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.12, n.2, 2º quadrimestre de 2017. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 14 de novembro de 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso de Habeas Corpus nº 126292**, Relator Min. Teori Zavascki. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4697570>. Acesso em 11 de novembro de 2016

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4ª. ed. Coimbra : Libreria Almeida, 1997.

CASTORIADIS, Cornelius. **A ascensão da insignificância – As encruzilhadas do labirinto IV**. Lisboa, 2000, p. 255 e ss.

CIDH. **Comissão Americana de Direitos Humanos**. http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.Convencao_Americana.htm. Acesso em 28 de novembro de 2016.

COSTA, Breno Melaragno. Princípio Constitucional da Presunção de Inocência. In: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco e FILHO, Firly Nascimento. **Os Princípios da Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

GARAPON, Antoine. **O Guardador de Promessas. Justiça e Democracia**. Lisboa: Instituto Piaget, 1998

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade (da pessoa) humana, mínimo existencial e justiça constitucional – Algumas aproximações e alguns desafios. In: LEITE, Georges Salomã; SARLET, Ingo Wolfgang. *Jurisdição constitucional, democracia e direitos fundamentais – Estudos em homenagem ao Ministro Gilmar Ferreira Mendes*. Salvador: JusPodivm, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 150-195. 2013.

_____. Verdade e Consenso. 4. ed. São Paulo: 2011.

STRECK, Lenio Luiz. **Teori do STF contraria Teori 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>>. Acesso em 11 de nov. de 2016

HÜNING, Agnes Carolina; FERREIRA, Rafael Fonseca. A Presunção De Inocência E O Abandono Do Papel Contramajoritário Pelo Poder Judiciário. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.12, n.2, 2º quadrimestre de 2017. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

STRECK, Lenio Luiz. **O “decido conforme a consciência” da segurança a alguém?** Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-mai-15/senso-incomum-decido-conforme-consciencia-seguranca-alguem>>. Acesso em 11 de novembro de 2016

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição, fundamentação e dever de coerência e integridade no novo CPC.** Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-abr-23/observatorio-constitucional-jurisdicao-fundamentacao-dever-coerencia-integridade-cpc>> Acesso em 14 de novembro de 2016.

STRECK, Lenio Luiz. **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>>. Acesso em 15 de novembro de 2016.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial. Limites de atuação do Judiciário.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

Submetido em: maio/2017

Aprovado em: julho/2017