



ESCOLA DE MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A relação entre o princípio da vedação ao retrocesso e o julgamento do HC 126.292/SP pelo
Supremo Tribunal Federal

Augusto Miranda Reis

Rio de Janeiro
2016

AUGUSTO MIRANDA REIS

**A relação entre o princípio da vedação ao retrocesso e o julgamento do HC 126.292/SP
pelo Supremo Tribunal Federal**

Artigo científico apresentado como exigência
de conclusão de Curso de Pós-Graduação
Lato Sensu da Escola da Magistratura do
Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica Areal

Néli Luiza C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro

2016

A RELAÇÃO ENTRE O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO E O JULGAMENTO DO HC 126.292/SP PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Augusto Miranda Reis

Graduado pela Universidade Candido Mendes do Rio de Janeiro – Méier. Advogado. Pós-graduando pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo: O princípio da vedação ao retrocesso é princípio integrante histórico-evolutivo da sociedade moderna, que impede o retrocesso dos direitos e garantias fundamentais conquistados no meio social. A partir do julgamento do HC. 126.292/SP realizado pelo Supremo Tribunal Federal, o colegiado entendeu, na seara penal, pela possibilidade de execução da pena a partir do julgamento de 2ª instância, dando nova interpretação ao princípio da presunção de inocência. A interpretação sugere um aspecto restritivo da presunção de inocência, o que cria um embate em relação ao princípio da vedação ao retrocesso. Esse é o cenário que embasa a elaboração deste artigo, haja vista a atualidade do tema e relevância social, além das conseqüências advindas da decisão proferida pelo colegiado atingir inúmeros processos em andamento no Poder Judiciário. O artigo tem por escopo abordar a origem histórica do princípio da vedação ao retrocesso e sua aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro, a amplitude da decisão proferida pelo Corte Constitucional, assim como os paradigmas estabelecidos pelo ordenamento em relação à decisão destacada.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Vedação ao Retrocesso. Garantias Constitucionais. Presunção de Inocência. HC nº 126.292/SP. Controle Difuso de Constitucionalidade. Pactos Internacionais. Cláusulas Pétreas.

Sumário: Introdução. 1. O Princípio da Vedação ao Retrocesso e Sua Aplicabilidade. 2. A Decisão do STF no HC nº 126.292/SP - A Presunção de Inocência e Efeitos da Decisão em Controle Difuso de Constitucionalidade. 3. Implicações da Decisão: Pactos Internacionais e Cláusulas Pétreas Constitucionais. Conclusão. Referência.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no *habeas corpus* nº 126.992/SP que possibilita a execução de pena após a decisão condenatória proferida por órgão julgador de 2ª instância e sua eventual incompatibilidade em relação ao texto constitucional e garantias firmadas em pactos internacionais de direitos humanos de que o Brasil é signatário. Procura-se demonstrar que a decisão colide com o

princípio da vedação ao retrocesso, contudo é imprescindível avaliar as conseqüências do posicionamento adotado pelo Corte Constitucional em controle difuso de constitucionalidade.

Para tanto, serão abordados os posicionamentos do relator do *habeas corpus* nº 126.292/SP, Min. Teori Zavascki, e do vogal, Min. Celso de Mello, além das posições doutrinárias a respeito do tema, de modo a discutir os argumentos postos em pauta e se o princípio da vedação ao retrocesso é violado em sua essência, no que concerne às garantias constitucionais dispostas.

A doutrina constitucionalista brasileira é unânime no sentido de que a cláusula que faz proibição do retrocesso em âmbito social traduz, nos limites de sua concretização, absoluta dimensão negativa no que concerne aos direitos sociais assegurados, de modo que, quando atingidos, não podem ser suprimidos, tampouco reduzidos. Dessa forma, há contraponto em relação à decisão proferida pela Corte Suprema em que se questiona: a execução de sentença condenatória proferida em 2ª instância implica na supressão do princípio da presunção de inocência garantido pela Constituição?

Nesse diapasão, como esclarecimento, visa a apresentar os conceitos da presunção de inocência e da vedação ao retrocesso, assim como de controle difuso de constitucionalidade. Tem-se ainda o objetivo de confrontar as decisões distintas e apresentar uma conclusão acerca de possível alternativa que preserve a presunção de inocência em toda sua amplitude.

Inicia-se o primeiro capítulo apresentando-se o princípio da vedação ao retrocesso sob a ótica doutrinária e jurisprudencial, em se tratando da toada evolutiva do Direito Constitucional.

O segundo capítulo aprofunda a temática, introduzindo a decisão no *habeas corpus* nº 126.292/SP à luz do princípio da presunção de inocência. Trata, ainda, do efeito da decisão em sede de controle difuso de constitucionalidade, no que concerne à possível vinculação do Poder Judiciário como um todo aos termos decisórios.

O terceiro capítulo se presta a observar os pactos internacionais sobre o tema de que o Brasil é signatário e o efeito que as cláusulas pétreas denotam as garantias constitucionais nelas contidas, confrontando-os com a interpretação dada pelo Supremo na decisão e se concluindo a respeito de possível violação ao *efeito cliquet*.

A pesquisa que será realizada terá natureza qualitativa, em moldes de metodologia bibliográfica, parcialmente exploratória e qualitativa, aprofundando-se em jurisprudência, doutrina e artigos científicos, haja vista ser necessário que o conteúdo seja aprofundado de forma ampla, especialmente por se tratar de tema relevante socialmente, que acarreta em implicações sérias, dentre elas: impacto no sistema carcerário, novas perspectivas a serem adotadas pelo Poder Judiciário e ponderação principiológica da garantia constitucional insculpida.

1 – O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO E SUA APLICABILIDADE

O princípio da vedação ao retrocesso possui sua origem ideológica na jurisprudência firmada pelos tribunais europeus, especialmente o alemão, o espanhol e o português. As decisões proferidas por esses tribunais se alinharam no sentido de que as conquistas relativas a direitos fundamentais sociais adquiridos ao longo da evolução, não poderiam ser abolidas ou restringidas no futuro.

A evolução social em âmbito interno e externo, internacional, aprofunda a consolidação de determinadas garantias, não podendo elas ser sobrepujadas por quaisquer alterações que as minimizem ou mesmo retirem sua eficácia. É nessa linha de raciocínio que se posiciona José Roberto Machado:

As questões afetas aos direitos humanos devem ser analisadas na perspectiva do reconhecimento e consolidação de direitos, de modo que uma vez reconhecido determinado direito como fundamental na ordem interna, ou, em sua dimensão global na sociedade internacional, inicia-se a fase de consolidação. A partir daí, não

há mais como o Estado regredir ou retroceder diante dos direitos fundamentais reconhecidos, o processo é de agregar novos direitos ditos fundamentais ou humanos.¹

A vedação ao retrocesso, também conhecida por efeito cliquet ou proibição da evolução reacionária, segundo destaca Canotilho, significa dizer que os direitos não são suscetíveis de retroação, sendo possível somente o avanço em relação à proteção dos direitos individuais conquistados ao longo da história por um determinado povo. Pelo que destaca o autor, seria inconstitucional qualquer medida que se efetivasse no sentido de revogar direitos sociais regulamentados, sem que outros meios fossem criados de forma a compensar a revogação.²

Nessa linha de raciocínio, vale tecer alguns comentários a respeito de poder constituinte, com o fito de esclarecer o quanto o princípio da vedação ao retrocesso tem impactos no ordenamento jurídico.

Como se sabe, o poder constituinte, de titularidade do povo, é o poder capaz de criar uma nova Constituição. Nesses termos, observa-se a classificação do poder constituinte em originário e derivado. O segundo é um poder derivado de uma Constituição já estabelecida, sendo, portanto, limitado, condicionado as regras constitucionais vigentes. Já o primeiro se trata de um poder inaugural, autônomo e incondicionado, haja vista que, em regra, não se submete a qualquer limitação.

Contudo, a exceção à incondicionalidade do poder constituinte originário é, justamente, o princípio da vedação ao retrocesso. Dessa forma, não poderia uma nova Constituição abolir, limitar, ou destituir as garantias estabelecidas socialmente. Ou seja, mesmo em se tratando de uma nova Constituição com toda sua essência autônoma e ilimitada,

¹MACHADO, José Roberto. Direitos humanos: Princípio da vedação do retrocesso ou proibição de regresso. Disponível em: <http://blog.ebeji.com.br/direitos-humanos-principio-da-vedacao-do-retrocesso-ou-proibicao-de-regresso/>. Acesso em: 12 abr 2016

²CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p 468

não se pode retroceder em matéria de direitos fundamentais, haja vista que o poder constituinte é de titularidade do povo, que no contexto histórico-evolutivo consolidou tais direitos.

Por essa concepção ideológica, se nem mesmo uma nova Constituição poderia retroceder socialmente, tampouco poderiam o poder constituinte derivado, a legislação infraconstitucional e a jurisprudência. Nesse sentido, por sinal, já se manifestou o Supremo Tribunal Federal em decisão de relatoria do Min. Celso de Mello:

A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL COMO OBSTÁCULO CONSTITUCIONAL À FRUSTRAÇÃO E AO INADIMPLEMENTO, PELO PODER PÚBLICO, DE DIREITOS PRESTACIONAIS. – O princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive. – A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, v. G.) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculo a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. Doutrina. Em consequência desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstando-se de frustrar – mediante supressão total ou parcial – os direitos sociais já concretizados.³

Como guardião da Constituição, cabe ao Supremo Tribunal Federal, órgão do Poder Judiciário estabelecido pela Constituição Federal, a função de interpretar o ordenamento jurídico de forma a preservar as garantias constitucionais estabelecidas, assim como observar os limites impostos pelo texto constitucional e pela vedação ao retrocesso. Dessa forma, não poderia decidir de forma a limitar ou suprimir os direitos e garantias constitucionais.

Vale ressaltar que o Supremo Tribunal Federal é órgão criado pelo poder constituinte originário. Como já destacado, nem mesmo o próprio poder constituinte originário poderia suprimir ou limitar direitos fundamentais consolidados. Por tal entendimento, impossível se

³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE n. 639337-AgR/SP. Relator Ministro Celso de Mello. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627428>>. Acesso em: 13 abr 2016.

visualizar que um órgão criado pelo poder constituinte originário poderia efetivar algo que esse próprio poder não poderia.

Nesse contexto conclui-se que o Supremo Tribunal Federal não poderia tomar qualquer decisão que limitasse garantia constitucional consolidada e que se faz crítica à decisão proferida no *habeas corpus* nº 126.292/SP⁴, a qual, esta, será objeto de estudo no próximo capítulo.

2 – A DECISÃO DO STF NO HC Nº 126.292/SP: A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E EFEITOS DA DECISÃO EM CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE

O Supremo Tribunal Federal, em 17.2.2016, proferiu decisão no *habeas corpus* nº 126.292/SP, que destacou a possibilidade de execução provisória do acórdão penal condenatório proferido em julgamento de apelação, ainda que esteja sujeito a recursos de qualidade extraordinária. Afirmou o colegiado que tal possibilidade não comprometeria o princípio da presunção de inocência.⁵

Em fundamentação, os ministros destacaram que deveria ser realizada uma verdadeira reflexão acerca do alcance da presunção de inocência, para que se buscasse a aplicação do princípio vinculada a efetividade da função jurisdicional.

Como é cediço, o princípio da presunção de inocência tem morada no art. 5º, LVII da Constituição. Pela leitura do princípio se estabelece que ninguém será considerado culpado senão após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.⁶

⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 126292. Relatora: Ministro Teori Zavascki. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo814.htm>>

⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 126292. Relatora: Ministro Teori Zavascki. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo814.htm>>

⁶ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 19 set. 2016

Desse modo, para o Supremo Tribunal Federal, quando o réu é condenado em primeira instância estar-se-ia destacado o juízo de culpabilidade, sendo superado o juízo presuntivo de inocência previsto no texto constitucional e no Código de Processo Penal. Por conseguinte, em sede de apelação, com a confirmação da sentença condenatória de primeira instância, estaria terminado o exame do conteúdo probatório da condenação, o que ilidiria a presunção de inocência.

Ora, para aprofundar a análise do argumento usado pelo colegiado, é preciso avaliar a distinção entre os recursos ordinários e os recursos excepcionais. Os recursos de qualidade ordinária tem por finalidade imediata a tutela do direito subjetivo, como o direito subjetivo resulta de uma conjugação entre fato e direito. Nos recursos ordinários é possível se discutir tanto os fatos, como o direito. O recurso excepcional tem como objeto a tutela do direito objetivo. Esse recurso é voltado a tutela do ordenamento, a tutela do direito objetivo. A tutela do direito da parte é relevante, mas é objeto mediato e não objeto. Não se pode neste recurso discutir matéria apenas fática.⁷

Como pode ser visto, o Supremo Tribunal Federal justifica se afastar a presunção de inocência justamente por restar ao réu tão somente se utilizar de um recurso excepcional, que não possibilita o reexame fático e probatório. Tal entendimento é veiculado no verbete nº 7 da súmula do Superior Tribunal de Justiça⁸, ao destacar que em sede de recurso especial – que é recurso classificado como extraordinário – não cabe o reexame de prova.

Melhor fundamentando, o Supremo destaca em sua argumentação que o princípio da presunção de inocência já fora respeitado nas instâncias ordinárias e, dessa forma, ao possibilitar que o magistrado execute a pena a partir de então não acarreta qualquer prejuízo ao ordenamento jurídico brasileiro, consoante o princípio ter sua força normativa advinda da Constituição e restar respeitado.

⁷ NEVES, Daniel Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 4. ed. São Paulo: Método, 2012, p 571-572

⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 7. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/docs_internet/VerbetesSTJ_asc.pdf> Acesso em: 30 set. 2016.

Ainda, cumpre ressaltar que os Ministros destacaram que o princípio é aplicado no Brasil de forma mal intencionada pela defesa. Ou seja, como forma de buscar a prescrição da pretensão punitiva e/ou executória, os advogados de defesa interpõem diversos recursos de caráter protelatórios.

O entendimento do voto vencedor do Supremo Tribunal Federal não parece acertado pela interpretação da doutrina e das normas jurídicas brasileiras. O princípio da presunção da inocência, previsto na Constituição, não faz qualquer ressalva quanto a possibilidade ventilada na decisão. Não pode o intérprete do texto constitucional, realizar uma análise sem se valer da sua origem histórica da presunção de inocência – como conquista da sociedade na luta pelos direitos e garantias fundamentais – e do que o próprio texto constitucional se mostra em sua literalidade.

Em matéria de hermenêutica, deve ser posto em vista, a partir da teoria objetiva, a interpretação da vontade do legislador. A melhor doutrina bem destaca:

Gradativamente a doutrina foi sendo abandonada em favor da teoria objetiva, que leva o intérprete a pesquisar a vontade da lei. Foi a Escola Histórica, com a concepção evolutiva do Direito, quem mais concorreu, ao ver de Hermes Lima, para se construir a moderna teoria da interpretação. Savigny e outros adeptos dessa Escola chamavam a atenção para a importância do pensamento social na formação do Direito, bem como o caráter evolutivo desta. A lei não seria produto de uma só vontade, mas de um querer social.⁹

Conforme se verifica da simples leitura do Art. 5º, LVII da Constituição¹⁰, o texto é de clareza solar no que concerne o ponto em que o réu deixa de se presumir como inocente e passa a ser considerado culpado: o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Ora, a *mens legis* é o ponto de trânsito em julgado que, nada mais é, do que a decisão que não caiba mais recurso ou àquela em que o prazo do recurso tenha se esgotado sem que a parte interessada o interpusesse.

⁹ NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p 268-269

¹⁰ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 19 set. 2016

Não cabe o Supremo Tribunal Federal fazer as vezes de legislador constitucional e restringir o sentido que o texto constitucional destaca de forma literal. Trata-se de garantia constitucional que não pode ser suprimida, somente aumentada.

Outrossim, não pode a Corte Constitucional, como modo de garantir efetividade da jurisdição, suprimir os direitos e garantias fundamentais estabelecidos historicamente, após rompimento de regimes totalitários.

Cabe ao Poder Judiciário dar efetividade aplicando critérios objetivos quanto a admissibilidade de recursos, condenando a litigância de má-fé – com atuação conjunta do legislativo quanto a previsão de punições mais severas –, dando celeridade na análise dos processos em que se tenha prazos mais justos de possível prescrição da pretensão punitiva/executória; o que não se pode aceitar como justo é suprimir as garantias do lado mais frágil da relação jurídica que se estabelece: o réu.

Por fim, cumpre salientar que a nossa Corte Constitucional tomou a decisão em controle difuso de constitucionalidade.

A boa doutrina destaca o conceito de controle difuso:

Ao revés, o controle de constitucionalidade difuso, concreto, ou incidental, caracteriza-se, fundamentalmente, também no Direito brasileiro, pela verificação de uma questão concreta de inconstitucionalidade, ou seja, de dúvida quanto à constitucionalidade de ato normativo a ser aplicado num caso submetido à apreciação do Poder Judiciário.¹¹

Como pode ser visto, a decisão se deu em um caso concreto em que não se tem por objetivo principal atacar norma possivelmente inconstitucional. Como preleciona a doutrina, os efeitos oriundos de tal decisão são entre as partes do processo, não se irradiando para fora dele. Isso concluiria que, em tese, não seria possível tal decisão servir de parâmetro a ser seguido pelo Judiciário em outros processos.

¹¹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p 1108

Contudo, sabe-se que no Direito brasileiro as decisões proferidas em controle difuso de constitucionalidade tem tomado caráter de precedentes e embasando as decisões futuras proferidas pelo Judiciário, embora ainda seja adotado no Brasil o *civil law*.

A aplicabilidade dos precedentes no Brasil ganhou força em virtude da sociedade demandar do Poder Judiciário maior coesão em suas decisões, de modo a reger as relações jurídicas estabelecidas no meio social. Dessa forma, não seria viável um Judiciário “promíscuo”, ou seja, em que as suas decisões não se mantivessem coerentes.

Desse modo, a decisão proferida pelo Supremo toma um caráter muito mais importante, haja vista que pode servir de paradigma para possibilitar a execução de pena a partir do esgotamento das vias ordinárias de defesa em outros processos. Ou seja, verifica-se um efeito irradiante dessa decisão para o Poder Judiciário.

Porém, vale notar que não se trata de obrigatoriedade de cumprimento por parte dos juízes, haja vista que, em razão de ser decisão em controle difuso de constitucionalidade, trata-se de orientação ao Judiciário, não de uma regra a ser seguida. Logo, pode o magistrado, verificando que haverá prejuízo irremediável ao réu, possibilitar que ele recorra em liberdade a partir de recursos de qualidade extraordinária.

No viés apresentado, a decisão proferida pelo colegiado tem consequências jurídicas sérias, quebrando paradigmas já estabelecidos e conquistas sociais que se restavam sólidas. Há de se fazer a análise do quanto impactante é tal decisão em relação ao comprometimento do Estado brasileiro no cenário internacional, em virtude dos tratados internacionais em que o país é signatário; assim como o fato de o art. 5º da Constituição¹², por inteiro para a unanimidade da doutrina e jurisprudência, ser cláusula pétrea, ou seja, imutável. Tais consequências serão aprofundadas no capítulo seguinte.

¹² BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 19 set. 2016

3 – IMPLICAÇÕES DA DECISÃO - PACTOS INTERNACIONAIS E CLÁUSULAS PÉTREAS CONSTITUCIONAIS

Conforme se verifica do que fora apresentado até o momento, a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no *habeas corpus* nº 126.292/SP¹³ trouxe uma verdadeira quebra de paradigma e impactou diretamente a interpretação do art. 5º, LVII da Constituição¹⁴, além de colidir com pacto internacional de que o Brasil é signatário, qual seja, o Pacto de San José da Costa Rica de 1969¹⁵.

Contudo, antes de tratar do pacto, é válido destacar que o Brasil discursou na Assembléia Geral da ONU de 1948, o que acentuou sua participação na elaboração da Declaração dos Direitos Humanos. Tal declaração, em seu corpo textual, destacou no art. 11 posição clara sobre a presunção de inocência, regendo que “toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não se prova sua culpabilidade, de acordo com a lei e em processo público no qual se assegurem todas as garantias necessárias para sua defesa”¹⁶. Tal declaração foi o primeiro passo para se estabelecer a presunção da inocência como direito aplicado internacionalmente.

Após, há de se fazer a análise do Pacto de San José da Costa Rica. Conforme se depreende da análise histórica, o pacto de San José da Costa Rica foi recepcionado pelo ordenamento jurídico brasileiro como emenda constitucional nos moldes do que determina o art. 5º, §3º, da Constituição¹⁷, o art. 8º traz o rol de garantias judiciais que detém a pessoa. No artigo mencionado, o item 2 destaca que toda pessoa que está sendo acusada de um delito

¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 126292. Relatora: Ministro Teori Zavascki. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo814.htm>> Acesso em: 30 set. 2016.

¹⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 30 set. 2016.

¹⁵ BRASIL. Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf> Acesso em: 30 set. 2016.

¹⁶ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf> Acesso em: 30 set. 2016.

¹⁷ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 30 set. 2016.

penal tem o direito de que tenha sua inocência presumida, enquanto não for comprovada legalmente a culpa do acusado.¹⁸

Pelo que se verifica do texto é possível se observar que o Brasil se comprometeu no cenário internacional a aplicar o Princípio da não-culpabilidade nos julgamentos realizados pelo Poder Judiciário brasileiro.

O que deve ser discutida é a extensão da expressão “inocência presumida” no contexto firmado no tratado internacional e na própria Declaração dos Direitos Humanos.

A palavra “presunção” possui significado de um julgamento baseado em indícios. Já a palavra “inocência” nada mais é do que um estado de quem não é culpado de um crime determinado ou uma falta determinada. A conjugação das duas palavras leva o intérprete a entender que se deve prevalecer o estado de o sujeito não ser considerado culpado durante o julgamento que ainda se baseia em indícios e não em um juízo de certeza.

Pelo que se depreende dos textos destacados no Tratado e na Declaração, enaltecidos no cenário internacional, o alcance da presunção da inocência é maximizado. Ora, é uma conclusão lógica, haja vista que o Estado, no exercício de sua via persecutória penal, detém instrumentos contundentes na investigação dos fatos e na produção probatória. Diferentemente, o sujeito investigado, em tese, não possui a “máquina judiciária” à seu favor, ou seja, não detém dos mesmos meios da persecução de prova de inocência. Por essa diferença ser evidente, a comunidade internacional se posicionou no sentido de maximizar o alcance da presunção de inocência, haja vista a desigualdade ímpar e a necessidade de se equilibrar a balança.

Por tal razão, a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal se mostra em total discrepância com o compromisso assumido pelo Estado brasileiro no cenário internacional, afetando a solidez da postura política adotada pelo país para com a comunidade internacional.

¹⁸ BRASIL. Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf> Acesso em: 30 set. 2016.

Ainda, há de se ressaltar que o princípio da presunção da inocência que, como já fora destacado, está previsto no art. 5º, LVII, da Constituição¹⁹, é considerado como cláusula pétrea no contexto constitucional.

A norma possuir *status* de cláusula pétrea significa afirmar que não pode ser alterada por emenda constitucional. Como o princípio da presunção da inocência está elencado na Constituição no rol de direitos e garantias fundamentais, o estabelecimento do princípio como cláusula pétrea é evidente pela simples leitura do art. 60, §4º, IV, da Constituição²⁰.

Ora, se a norma não pode ter seu texto alterado por um processo legislativo rígido, complexo e de discussão aprofundada, que é o de elaboração de uma emenda constitucional, é inconcebível que o Poder Judiciário – que possui papel de intérprete, e não de legislador – adentre na seara de limitar o alcance da proteção dada ao réu pela Constituição.

Contudo, não se pode deixar de ressaltar importante posicionamento que a doutrina adota quanto a possibilidade de se suprimir alguma garantia veiculada em cláusula pétrea, desde que respeitado o seu núcleo essencial:

Há quem aceite que mesmo as cláusulas pétreas não estabelecem a absoluta intangibilidade do bem constitucional por ela alcançado. Diz-se que, conquanto fique preservado o núcleo essencial dos bens constitucionalmente protegidos, isto é, desde que a essência do princípio permaneça intocada, elementos circunstanciais ligados ao bem tornado cláusula pétrea poderiam ser modificados ou suprimidos.²¹

Deve ser observado que a doutrina permite que se suprimam elementos circunstanciais ligados ao bem protegido, o que evidentemente fora extrapolado pela interpretação realizada pelo Supremo Tribunal Federal. O núcleo essencial se mostrou diretamente atingido pela possibilidade de execução de pena a partir da decisão condenatória proferida em 2ª instância de julgamento.

¹⁹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 30 set. 2016

²⁰ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 30 set. 2016.

²¹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p 124.

Sobre esse tema, note que relevante doutrina afirma a importância de se adotar o princípio da máxima efetividade no que concerne à busca do sentido que o legislador constitucional resolvera dar as garantias previstas no texto da Carta:

É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese da atualidade das normas programáticas (THOMA), é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça a maior eficácia dos direitos fundamentais).²²

Pela leitura da importância da técnica interpretativa ilustrada por Canotilho é possível se verificar que a interpretação adotada pelo Supremo Tribunal Federal não se coaduna com a busca do intérprete de perquirir a máxima efetividade do direito veiculado na Carta, haja vista se impor verdadeira limitação do princípio da presunção de inocência. Presumir-se a culpa do réu após o julgamento em 2ª instância, ainda quando pendente recurso, por certo se mostra uma interpretação minimalista do direito trazido no texto constitucional pelo Poder Constituinte Originário.

CONCLUSÃO

A decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no *habeas corpus* nº 126.292/SP que possibilita a execução de pena a partir da decisão condenatória de 2ª instância, por certo, é polêmica. O posicionamento adotado pela maioria dos ministros rompe com os paradigmas jurídicos aplicados no Brasil até então.

Como foi possível se observar, há uma série de óbices jurídicos para que se aplique o entendimento adotado pelo Supremo.

²² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p 227.

O intuito da Corte Constitucional de adotar tal posicionamento se dá, primordialmente, para que o Judiciário busque maximizar a sua efetividade na persecução criminal, como resposta para sociedade do exercício do seu papel no cenário nacional. No caso, busca-se sobrelevar o Judiciário, em meio ao cenário de corrupção que assola os demais Poderes da República.

Contudo, não se mostra viável que o Judiciário exerça papel que lhe é estranho, qual seja, de interpretar o texto constitucional de maneira minimalista, em detrimento ao princípio da máxima efetividade, utilizado para o exercício interpretativo. Não se pode admitir que seja suprimido direito garantido ao cidadão em virtude da morosidade do Judiciário, haja vista que o Estado que deve se aparelhar de forma a garantir a efetividade da prestação jurisdicional.

O princípio da vedação ao retrocesso impede que mudanças textuais e interpretações que diminuam ou restrinjam direitos e garantias conquistadas pela sociedade sejam adotadas pelos Poderes. Foi justamente o que o Supremo fez na decisão em comento. Dessa forma, tal entendimento adotado pela Corte somente fragiliza direitos, consubstanciando-se em verdadeiro retrocesso infundado sem base jurídica sólida e afronta as diretrizes adotadas pelo texto constitucional e pela comunidade internacional.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 19 set. 2016

_____. Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf> Acesso em: 30 set. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. ARE n. 639337-AgR/SP. Relator Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627428>>. Acesso em: 13 abr. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC n. 126292. Relator: Ministro Teori Zavascki. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo814.htm>>. Acesso em: 10 abr. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 7. Disponível em: < http://www.stj.jus.br/docs_internet/VerbetesSTJ_asc.pdf> Acesso em: 30 set. 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

MACHADO, José Roberto. *Direitos humanos: Princípio da vedação do retrocesso ou proibição de regresso*. Disponível em: <http://blog.ebeji.com.br/direitos-humanos-principio-da-vedacao-do-retrocesso-ou-proibicao-de-regresso/>.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

NEVES, Daniel Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 4. ed. São Paulo: Método, 2012.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em: < http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf> Acesso em: 30 set. 2016.