

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E JULGAMENTOS PENAIS: CONSIDERAÇÕES EM DIREITO COMPARADO

JUDICIAL REVIEW AND CRIMINAL TRIALS:
CONSIDERATIONS IN COMPARATIVE LAW

JOÃO PAULO GOMES MASSARO¹

FERNANDA CAROLINA DE ARAÚJO IFANGER²

LUCAS CATIB DE LAURENTIIS³

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo principal analisar os julgamentos do caso de tortura praticado pela GSS pela Suprema Corte de Israel e do *Habeas Corpus* 126.292 pelo Supremo Tribunal Federal, sob a ótica do voto do Ministro Luís Roberto Barroso, visando a promover uma reflexão a respeito do instituto do Controle de Constitucionalidade através do estudo destes casos. Para tanto, o artigo empregou a análise individual de cada um dos casos escolhidos e, em sequência, da análise de obras bibliográficas a respeito do assunto. Os resultados obtidos pela pesquisa demonstraram que ambos os casos envolvem situações nas quais o Controle de Constitucionalidade foi empregado de forma a legitimar determinados posicionamentos em detrimento da ordem jurídica. Por derradeiro, foi possível observar que o Controle de Constitucionalidade é um instituto cuja aplicação inadequada pode acarretar a mais variada gama de prejuízos, em que pese possa, também, ser considerado como uma importante ferramenta de manutenção da ordem jurídica constitucional.

Palavras-chave: controle de constitucionalidade; *Habeas Corpus* 126.292; julgamentos de tortura em Israel.

1 Mestrando em Direito (Centro de Ciências Humanas e Sociais Aplicadas) Pontifícia Universidade Católica de Campinas. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-8438-7905>

2 Professora titular categoria A1 da PUC-Campinas. Membro do corpo docente permanente do Programa de Pós-Graduação stricto sensu em Direito (PPGD) da PUC-Campinas. Orientadora de mestrado. Professora da disciplina Direito Penal na Faculdade de Direito da PUC-Campinas. Doutora em Direito pela Universidade de São Paulo (2014), mestre em Direito Pela Universidade de São Paulo (2010), Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas (2006). Membro do grupo de pesquisa "Direito e Realidade Social" (CNPq/PUC-Campinas), com atuação na linha de pesquisa "Direitos Humanos e Políticas Públicas", principalmente em temas envolvendo Direito Penal, Criminologia, Direitos Humanos e Legislação Juvenil. LATTES: <http://lattes.cnpq.br/5457771059463212>. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-1072-5545>

3 Professor Titular Categoria A1 da PUC-Campinas. Coordenador e membro do corpo docente do Programa de Pós-Graduação stricto sensu em Direito (PPGD), vinculado à linha de pesquisa "Cooperação Permanente Internacional e Direitos Humanos". Mestre e Doutor em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Foi pesquisador visitante com bolsa CAPES sanduíche da Albert Ludwigs Universität Freiburg e do Instituto Max Planck de Freiburg. É especialista em Direito constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Foi pesquisador e professor político convidado da Fundação Escola de Sociologia e de São Paulo e Membro da Comissão de Direito Constitucional da OAB-SP. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-5596-6695>

Como citar esse artigo:/How to cite this article:

MASSARO, João Paulo Gomes; IFANGER, Fernanda Carolina de Araújo; LAURENTIIS, Lucas Catib de. Controle de constitucionalidade e julgamentos penais: considerações em direito comparado. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, v. 16, n. 3, p. 380-396, 2021. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v16i3.8407>.

ABSTRACT

The present article has, as its main objective, to analyze the trials of the GSS Torture Case by Israel's Supreme Court and the Habeas Corpus 126.292, by the Brazilian Supreme Court under the point of view of Minister Luís Roberto Barroso's vote, aiming to reflect on the Judicial Review institute through the analysis of such cases. For such task, the article has employed the individual analysis of each one of the chosen cases and, in sequence, analyzed bibliographic works on the matter. The results attained by the research showed, therefore, that both cases involve situations in which the Judicial Review has been employed to grant legitimacy to determined positionings to the detriment of the legal order. Ultimately, it was possible to observe that the Judicial Review is an institute whose inadequate application can cause the most diverse range of damages, although it can also be considered as an important tool in the task of maintenance of the constitutional order.

Keywords: *judicial review; Habeas Corpus 126.292; Israeli torture trials.*

1. INTRODUÇÃO

O controle de constitucionalidade é um tema controverso. Isso desde sua criação no julgamento do caso *Marbury v. Madison* pela Suprema Corte Norte-Americana no ano de 1803. Afinal, se os juízes podem controlar a validade de leis, quem controla a validade da decisão do juiz? De toda forma, partindo das premissas formuladas pelo referido julgamento, viu-se a reiteração da prática ora em comento pelo Poder Judiciário nos mais diversos países ao longo do tempo, sendo possível observar julgamentos emblemáticos que permitem profundas reflexões a respeito da atuação do Poder Judiciário em face de atos legislativos específicos. Essa discussão que ganha importância na avaliação dos limites impostos ao referido Poder e subsequente verificação de violação das competências a ele inerentes.

Este artigo analisará o controle de constitucionalidade sob a ótica de dois julgamentos paradigmáticos a respeito da questão. O primeiro deles relacionado à série de julgamentos desempenhada pela Suprema Corte de Israel a respeito da prática de tortura pelo Serviço de Segurança Geral do país (GSS) entre os anos de 1971 e 1986. O segundo é o julgamento do Habeas Corpus 126.292, julgado pelo Supremo Tribunal Federal em 2016. O objetivo é demonstrar que há muitas semelhanças não só nos resultados, mas também na forma de construção desses julgamentos. Fora isso, busca-se indicar os problemas das argumentações desenvolvidas nas razões decisórias desses julgados. Após, serão apresentadas objeções à configuração teórica e prática dos sistemas de controle de constitucionalidade, analisando-se criticamente a forma como esses julgamentos lidam com esses problemas.

2. O CASO DE TORTURA DO SERVIÇO DE SEGURANÇA GERAL DE ISRAEL

Trata-se aqui do julgamento relacionado à apreciação da prática de tortura pelo Serviço de Segurança Geral do Estado de Israel (GSS)⁴. O cenário do julgamento inicia-se em junho de 1987, data na qual, após um escândalo envolvendo a prática de abusos físicos pelo GSS durante o interrogatório de um soldado israelense, o Presidente da Suprema Corte de Israel, Meir Shamgar, nomeou uma comissão de inquérito com o propósito de apreciar as práticas de interrogatório radicadas pelo GSS (IMSEIS, 2001, p. 333). O relatório produzido, denominado Relatório da Comissão Landau, evidenciou que, entre os anos de 1971 e 1986, o GSS havia empregado “pressão física” em procedimentos de interrogatório aplicados em suspeitos de origem Palestina, procedimento utilizado para a obtenção de condenações junto aos Tribunais Militares Israelenses. Ademais, reconheceu o documento que os oficiais da GSS haviam praticado o crime de perjúrio em diversos episódios durante o período descrito, em clara violação a normas jurídicas positivadas junto à legislação israelense (IMSEIS, 2001, p. 333-334).

Tendo em vista os resultados da investigação em tela, a Comissão, apesar da apreciação dos eventos transgressores descritos, trouxe nos resultados de sua pesquisa inúmeros motivos justificadores das práticas radicadas pelo GSS, fundamentando seu entendimento, majoritariamente, no fato de que os atos de “pressão física” empregados pelo GSS na repressão a ações de natureza terrorista praticadas por grupos Palestinos eram diferentes daqueles realizados em qualquer outra situação que não envolvesse a defesa dos interesses estatais.

A Comissão entendeu que, em primeiro lugar, o Estado de Israel não deveria aplicar quaisquer procedimentos a título de condenações criminais em face dos acusados da prática de perjúrio durante o período avaliado, o que acarretaria em uma paralisação desnecessária da máquina estatal em prol da apreciação judicial de tais casos. Manifestou-se, ainda, pela admissibilidade do emprego de práticas de coação, desde que o governo positivasse e mantivesse um acompanhamento regular delas. Concluiu, por fim, que seria admissível o emprego de “pressão física” na busca pela verdade em toda situação na qual o emprego da chamada “pressão psicológica”, isto é, toda forma de coação que não envolvesse a violência física, não fosse suficiente para tanto. Também foi importante para a apreciação desempenhada pela Comissão Landau em seu relatório a abordagem do instituto do “Estado de Defesa”, cuja aplicação aos casos analisados foi defendida pela Comissão. Tal instituto, surgido no Direito Penal Israelense, encontra previsão legal na Seção 34 (11) da Lei Penal Israelense (ISRAEL, 1977) e tem o seguinte conceito:

Um indivíduo não enfrentará responsabilidade criminal por cometer qualquer ato imediatamente necessário ao propósito de salvamento da vida, liberdade, corpo ou propriedade, de si próprio ou de um companheiro, de perigo substancial de sofrimento de dano sério, em resposta a circunstâncias particulares durante um momento específico e ausentes meios alternativos de se evitar o dano.

4 Para maiores informações a respeito do caso, recomenda-se o acesso às informações reunidas pelo Centro de Informações Israelenses para Direitos Humanos nos Territórios Ocupados (B'Tselem), que reúne descrições a respeito dos eventos descritos no seguinte endereço: <https://www.btselem.org/torture>.

Logo, a Comissão entendeu que seria possível a extensão de tal conceito para que ele fosse aplicado a situações nas quais se fizesse necessária a predominância dos interesses do Estado de Israel sobre a liberdade individual do prisioneiro (IMSEIS, 2001, p. 335). Em um momento imediatamente posterior à produção do Relatório da Comissão Landau ocorreu a insurreição palestina denominada *Intifadah*, que eclodiu no ano de 1987 e resultou na prisão e tortura de palestinos acusados da prática de atos de terrorismo no período de 1987 a 1993. Como consequência, a irresignação dos ofendidos se materializou através de pleitos jurisdicionais realizados tanto por vítimas de tortura durante o período em questão, quanto por parte da ONG “Comitê Público contra a Tortura em Israel”, o que chamou a atenção da comunidade internacional e ocasionou também a intervenção do Comitê das Nações Unidas Contra a Tortura por meio de pedidos de esclarecimentos a respeito do assunto ao Estado de Israel. Visando a amainar a pressão gerada pela situação descrita, a Suprema Corte Israelense agendou uma audiência cujo propósito principal era a apreciação das práticas radicadas pelas autoridades durante o período da *Intifadah*.

Em sua apreciação do caso, a Suprema Corte identificou três pontos centrais à avaliação da matéria, sendo o primeiro relativo à concessão de legitimidade pela Lei israelense aos investigadores da GSS para a condução de interrogatórios. Caso verificada uma resposta positiva a seu questionamento, tal ponto seria seguido da discussão a respeito da concessão, por parte das normas aplicáveis, de poderes aos investigadores da GSS para que empregassem meios físicos na condução de interrogatórios. Em sendo verificada uma resposta negativa ao primeiro questionamento, o terceiro ponto a ser tratado seria a possibilidade da alegação, por parte dos membros da GSS, da existência de “estado de defesa” em seu resguardo, nos moldes estabelecidos pela Comissão Landau.

Quanto ao primeiro ponto, a Suprema Corte Israelense entendeu que muito embora não houvesse legislação que atribuísse, de modo específico, qualquer legitimidade aos membros do GSS para a condução de interrogatórios, tal legitimidade poderia ser deduzida a partir de apreciação do artigo 2 (1) do Estatuto de Procedimentos Criminais, que regulamenta o direito de oficiais vinculados à polícia ou a órgãos análogos em desempenharem a condução de interrogatórios (IMSEIS, 2001, p. 340).

Fora isso, a Corte entendeu, com relação à concessão de poderes pela legislação israelense aos membros do GSS no emprego de meios físicos de coação, que isso representa uma grave violação à dignidade e liberdade dos investigados, de sorte que se observa no caso um “choque de valores” entre esses direitos e o “desejo em se descobrir a verdade” esposado pelo Estado de Israel. Por fim, após uma avaliação dos meios de tortura apresentados pelos peticionantes em seu pleito apresentado à Suprema Corte israelense, esta entendeu pela inexistência de autorização, junto à legislação israelense em vigor no momento da apreciação, para a prática dos métodos de coação em questão (IMSEIS, 2001, p. 340).

Finalmente, a respeito do terceiro ponto de discussão aventado, isto é, a aplicabilidade do “Estado de Defesa” como forma de justificativa para a prática dos meios de coação física em estudo, a Corte entendeu que, em que pese ser possível que um membro do GSS indiciado pela prática do crime de tortura aventasse tal instituto em sua defesa, não seria possível que a prática de tortura fosse realizada pelo órgão em questão sob a justificativa de que acobertado pelo instituto. Isso porque, na visão deste Tribunal, o “Estado de Defesa” só se manifestaria

em situações excepcionais, o que não ocorre em interrogatórios por serviços de inteligência (IMSEIS, 2001, p. 340).

Vale destacar que, embora a temática de tortura descrita tenha sido analisada pela Suprema Corte Israelense, também merece destaque o fato de que os cenários político e social de Israel à época do julgamento foram responsáveis pela exigência de um posicionamento da Corte a título de controle de constitucionalidade da ação estatal restritiva dos direitos fundamentais. Essa situação se aproxima do cenário brasileiro observado no julgamento do Habeas Corpus 126.292, no qual, muito embora não se verifique um contexto social tão efervescente quanto o israelense, é possível observar que a importância da matéria discutida e a pressão social foram responsáveis pela provocação do Supremo Tribunal Federal e pelo resultado do julgamento.

3. O JULGAMENTO DO HABEAS CORPUS 126.292 PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O Habeas Corpus 126.292 trata da condenação do paciente ao cumprimento de pena de reclusão em virtude da prática do crime de roubo majorado pelo emprego de arma de fogo. A defesa buscou discutir, primeiro perante o Superior Tribunal de Justiça, depois no Supremo Tribunal Federal, a possibilidade de prisão de réu condenado mesmo em situação na qual ainda pendentes os julgamentos dos recursos dirigidos a essas Cortes. O julgamento em questão desenvolve-se tomando como parâmetro dois momentos distintos a respeito da admissão da prisão de condenados em processos criminais.

Conforme foi dito pelo Ministro Luís Roberto Barroso em seu voto, até o ano de 2009 o Supremo Tribunal Federal afastava a possibilidade de manutenção da liberdade do condenado criminalmente, ainda que pendentes recursos junto a instâncias superiores. No ano de 2009 o Tribunal alterou seu posicionamento, estabelecendo que a execução de sentença, enquanto pendente recurso junto às instâncias superiores, ofendia a ampla defesa e o devido processo legal. Adotou-se, em tal momento, o entendimento de que o réu deveria seguir em liberdade até o julgamento de eventual recurso nas referidas instâncias. O relator do HC, ministro Teori Zavascki, defendeu em seu voto que, em que pese houvesse entendimento em via eminentemente oposta até aquele momento, não havia óbices à mudança dessa jurisprudência para que se autorizasse novamente o cumprimento provisório de pena por acusados em situação de pendência de julgamento de seus casos por tribunais superiores. Em sua manifestação, esse ministro enfatizou que a apreciação das matérias fático-probatórias afetas a casos penais cabe aos juízos de primeiro grau, bem como aos tribunais locais na análise de eventuais recursos de apelação, entendendo como raros os casos nos quais se verifica efetiva mudança na condenação dos réus em sede de julgamento por tribunais superiores.

Por isso, Zavascki conclui que muito embora tal entendimento promovesse limitação ao princípio da presunção de inocência vinculado ao Direito Penal, tal limitação não acarretaria em maiores prejuízos aos casos analisados, uma vez que o referido princípio seria rigorosamente observado durante a tramitação do processo em vias ordinárias. Traz, ainda, em

seu voto precedentes jurisprudenciais de países diversos que corroboravam com sua tese e acrescenta ainda que compete aos recursos de ordem extraordinária o papel de “preservação da higidez do sistema normativo” e não “examinar a justiça ou injustiça de sentenças em casos concretos” (BRASIL, 2016, p. 12).

Por sua vez, Barroso sustenta, em seu voto, que ocorreram dois momentos distintos de mutação constitucional nessa matéria. A primeira tem relação com as consequências trazidas pela instauração dos entendimentos em questão: maior dificuldade de se colocar em prática e justiça criminal. Os reflexos negativos trazidos pelo entendimento instaurado pelo Tribunal no ano de 2009 sintetizam-se através de três argumentos principais. O primeiro é o desincentivo à interposição de recursos com viés protelatório: tal alteração no entendimento da Corte faria com que apenas casos nos quais observada a efetiva necessidade de apelo às instâncias superiores fossem submetidos à apreciação do Supremo Tribunal Federal. Em suas palavras:

No mundo real, o percentual de recursos extraordinários providos em favor do réu é irrisório, inferior a 1,5%. Mais relevante ainda: de 1.01.2009 a 19.04.2016, em 25.707 decisões de mérito proferidas em recursos criminais pelo STF (REs e agravos), as decisões absolutórias não chegam a representar 0,1% do total de decisões (BRASIL, 2016, p. 33).

Aduz ainda o Ministro que a modificação proposta reduziria a seletividade do sistema penal pátrio, uma vez que impediria que a liberdade dos acusados em processos criminais fosse condicionada à existência de condições financeiras destes para a contratação de advogados com o objetivo de realização dos recursos em questão (BRASIL, 2016, p. 7-8). Por fim, afirma que o entendimento até então esposado pela jurisprudência do STF ocasionou o descrédito do sistema de justiça penal junto à sociedade brasileira, em razão da existência de acusados em liberdade mesmo após sua condenação, em situações nas quais se tornava possível que nem mesmo chegassem a cumprir pena diante da possibilidade de prescrição da pretensão punitiva relativa a tais ações (BRASIL, 2016, p. 8).

Com base em tais premissas, Barroso sustenta que a retomada de entendimento esposado em momento inicial se mostraria como a medida mais razoável diante dos reflexos que a mudança perpetrada havia ocasionado, fundamentando seu entendimento em uma análise combinada entre os textos dos incisos LVII⁵ e LXI⁶ do artigo 5º da Constituição Federal. Afirma-se nesse ponto que, muito embora não exista trânsito em julgado da sentença penal condenatória no momento processual em discussão, seria clara a diferenciação promovida pelo texto constitucional entre os institutos da culpabilidade e da prisão, cabendo, desta forma, tratá-los de forma diferente.

Por fim, conclui Barroso seu voto trazendo à discussão a teoria de Robert Alexy ao afirmar que deve ser realizada a ponderação entre o princípio da presunção de inocência previsto e o interesse constitucional na efetividade da lei penal. Em reforço aos argumentos trazidos em seu entendimento, sobretudo com relação aos três aspectos fundamentais que alega serem salutares à apreciação da matéria, Barroso estabelece que seria possível, portanto, a mitigação do princípio da presunção de inocência em prol da efetividade da lei penal.

5 LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

6 LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei.

4. CONSIDERAÇÕES CRÍTICAS A RESPEITO DOS CASOS

Após a descrição dos julgamentos, é viável analisá-los sob o prisma conceitual do controle de constitucionalidade, para que se possa refletir sobre as decisões apreciadas e sobre o papel do mecanismo em estudo dentro do Judiciário. Com esse objetivo, nos itens seguintes serão trazidas novas considerações acerca do controle de constitucionalidade. Tal sistema deriva da supremacia da Constituição e envolve tanto situações nas quais a edição de atos normativos ocasione contrariedades ao teor da Constituição quanto situações nas quais a ausência de normas aplicáveis a determinados casos implique na violação a preceitos constitucionais (SILVA, 2005, p. 46-48).

4.1 1 CONSIDERAÇÕES CRÍTICAS A RESPEITO DO JULGAMENTO DO CASO DE TORTURA

Com relação ao julgamento do caso de tortura da GSS, Imseis (2001) apontou críticas que permitem que se tenha uma noção mais ampla a respeito dos conceitos nele envolvidos. Em um primeiro momento, o autor aduz que o julgamento não abrangeu todas as formas de tortura empregadas pelo GSS na condução de interrogatórios, uma vez que o Relatório da Comissão Landau apenas descreveu as formas de tortura envolvidas na atuação do órgão em um anexo sigiloso, o qual foi mantido quando do julgamento da ação pela Suprema Corte Israelense. Isso porque, muito embora esta tenha determinado a divulgação dos métodos de coerção aplicados, isto não chegou a acontecer. Isso acarretou a recusa pelo Estado de Israel em apresentar os dados solicitados em razão da inexistência de ordem oficial, sugerindo este, contudo, a possibilidade de exibição em vídeo das torturas empregadas, o que foi rejeitado pelas vítimas que propuseram a ação (IMSEIS, 2001, p. 341).

Tendo em vista os obstáculos encontrados na demonstração das técnicas de tortura empregadas, a Suprema Corte estruturou seu julgamento sobre as cinco formas de tortura relatadas pelos autores e das quais tinha-se ciência no momento do julgamento, sendo elas: chacoalhões violentos, *shabeh* (situação em que as vítimas eram colocadas sentadas em cadeiras em posições extremamente desconfortáveis com a cabeça coberta por longos períodos de tempo), “agachamentos de sapo”, aperto excessivo de algemas e privação de sono prolongada. O julgamento se restringiu, portanto, apenas às formas de tortura mencionadas, não abrangendo qualquer outra modalidade de que se tivesse notícia. Ademais, nenhum inquérito adicional a respeito do assunto foi levantado, tendo em vista que a Suprema Corte Israelense não determinou a exibição obrigatória dos anexos sigilosos que tratam do assunto. A Corte evitou o tratamento integral do problema enfrentado, julgando parcialmente o cenário trazido a seu conhecimento pelos autores da ação.

Por conseguinte, muito embora a Suprema Corte tenha entendido como inadequado o emprego de meios de tortura física para fins de obtenção da verdade, tal julgamento restringiu-se às formas de tortura cuja existência foi provada. Neste sentido, Amand (2000, p. 676) afirma que tal dimensão do julgamento não barrou a prática da tortura pelo GSS, mas sim permitiu que ela fosse aplicada pelo órgão desde que isso não ocorresse nas formas abordadas no julgamento, que representam uma porcentagem ínfima dentre os diversos meios de tortura de cujo emprego se tem notícia.

Fora isso, o julgamento abordou apenas as práticas empregadas pelo GSS. Isso quer dizer que se excluiu de seu âmbito outros órgãos de defesa do Estado de Israel, tais como as Forças de Defesa de Israel (IDF) e a própria polícia israelense. Não houve, portanto, qualquer restrição ao emprego de tortura por estes órgãos (IMSEIS, 2001, p. 342). Enfim, a abordagem desempenhada pela Suprema Corte Israelense se restringiu à análise da prática de tortura pelo GSS radicada durante a fase de interrogatório do processo de prisão de acusados pelo órgão, não abrangendo, portanto, qualquer prática desempenhada em momentos pós-prisão e/ou pré-interrogatório, o que legitimaria, portanto, seu emprego nestas situações.

Por tudo isso, a decisão da Suprema Corte Israelense não vedou a prática dos “meios físicos” de coerção pelo fato de constituírem ato de tortura. Ela simplesmente apontou que seria necessária a regulamentação, por parte de um novo diploma legal, das práticas adotadas pelo GSS. Em realidade, o procedimento adotado pela Corte foi o de omitir-se na discussão relativa à prática de tortura, remetendo-a a questões de ordem exclusivamente técnica quando, em realidade, deveria adotar contornos que abrangessem as situações políticas e sociais envolvidas no caso (IMSEIS, 2001, p. 346).

Esses argumentos remetem à análise de Troper (2003, p. 109-110) a respeito do controle de constitucionalidade, que aborda de forma crítica a concepção da Constituição e o controle de constitucionalidade como mecanismos que tenderiam a evitar desequilíbrios no choque entre maiorias e minorias qualitativas dentro de um processo democrático, evitando, portanto, a opressão dos interesses destas por aquelas. Esse autor foi enfático, em sua análise, ao estabelecer que tal premissa não se sustenta, uma vez que uma Corte com o poder de revisar a conformidade das leis de acordo com uma declaração de direitos vaga não encontraria nenhum obstáculo em adotar uma interpretação alinhada com interesses majoritários. Os interesses de minorias seriam, portanto, facilmente oprimidos por tal interpretação, que contraria com a devida legitimação pela Constituição vigente. O autor afirma ainda que o ato pelo qual uma corte constitucional declara que representantes do povo excederam os limites de seu poder é um ato de pura interpretação e não de avaliação empírica, de modo que ficaria ao alvedrio dos integrantes desse órgão o papel de decidir se determinada lei expressa ou não a vontade do povo.

Nesse sentido, o julgamento da Suprema Corte Israelense é exemplar. A interpretação legal buscou, nesse caso, somente confirmar os comportamentos dos atores estatais e os interesses da maioria qualitativa. Isso foi destacado pelo próprio julgamento quando se observa que nele é analisado o confronto entre os interesses do Estado de Israel e aqueles dos indivíduos submetidos a interrogatório sem que apresentassem efetiva ameaça ao Estado. Nesse caso, como em todos os demais, a ponderação entre os interesses estatais e os direitos dos indivíduos leva à eliminação destes e à proteção daqueles.

4.2 CONSIDERAÇÕES CRÍTICAS A RESPEITO DO JULGAMENTO DO *HABEAS CORPUS* 126.292

Nessa linha de raciocínio, o julgamento do HC 126.292 foi a segunda alteração de entendimento do Supremo Tribunal Federal ao longo de um curto intervalo de tempo (2009 a 2016), sendo que uma terceira alteração ocorreria três anos depois. Em todos esses casos, o Tri-

bunal realizou atividade de mera interpretação legal, não havendo qualquer embasamento empírico no caso, muito embora os argumentos suscitados pelo voto do Ministro Luís Roberto Barroso busquem demonstrar o contrário.

Fora isso, o julgamento está baseado na figura retórica do choque entre a preservação do princípio da presunção de inocência e a experiência prática do Tribunal com relação à manutenção da liberdade dos acusados enquanto pendente recurso. Em nenhum momento há a demonstração empírica e fática do quanto a restrição da presunção de inocência favorece a preservação da segurança pública. Até porque esse tipo de demonstração é impossível, vez que esses valores são não só diversos, mas incomensuráveis (LAURENTIIS, 2017, p. 151).

Para o Ministro Barroso, esse choque deve ser solucionado por meio da aplicação da teoria da ponderação de Robert Alexy. O princípio da proporcionalidade permitiria, nesse sentido, perceber que a restrição ao princípio da presunção de inocência seria compensada pelos ganhos havidos na proteção da credibilidade e efetividade do Poder Judiciário brasileiro. Como regra geral e de acordo com o modelo adotado no direito brasileiro, a aplicação dessa técnica envolve o emprego de três testes (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), que permitiriam que se alcançasse o adequado sopesamento entre as normas fundamentais em choque e lhe dariam um adequado parâmetro para a solução do conflito.

No caso, há graves problemas com relação ao emprego da técnica desenvolvida por Alexy, uma vez que, muito embora em sua decisão o Ministro Barroso traga conceitos da obra do referido autor, não se observa o adequado desenvolvimento destes dentro da metodologia desse auto. Na realidade, esse voto se aplica a ponderação de forma direta, sem que aborde, em tal processo, os demais passos da teoria de Alexy. Trata-se, portanto, de um exercício puro e simples de ponderação e voluntarismo. Esse problema se agrava pela utilização de uma forma não convencional do teste da proporcionalidade. De acordo com o Ministro:

O princípio da proporcionalidade, tal como é hoje compreendido, não possui apenas uma dimensão negativa, relativa à vedação do excesso, que atua como limite às restrições de direitos fundamentais que se mostrem inadequadas, desnecessárias ou desproporcionais em sentido estrito. Ele abrange, ainda, uma dimensão positiva, referente à vedação à proteção estatal insuficiente de direitos e princípios constitucionalmente tutelados. A ideia é a de que o Estado também viola a Constituição quando deixa de agir ou quando não atua de modo adequado e satisfatório para proteger bens jurídicos relevantes. Tal princípio tem sido aplicado pela jurisprudência desta Corte em diversas ocasiões para afastar a incidência de normas que impliquem a tutela deficiente de preceitos constitucionais (BRASIL, 2016, p. 42).

Proteção deficiente quer dizer, portanto, proporcionalidade enquanto forma e instrumento de controle de omissões legislativas. Essa é uma aplicação interessante e altamente contraditória desse teste. Ela causa interesse e espanto, pois o princípio ou regra da proporcionalidade sempre foi visto e foi construído durante séculos como um instrumento de controle de intervenções estatais na área de proteção dos direitos fundamentais. Enquanto instrumento de controle de intervenções, é mais do que óbvio que a aplicação desse teste pressupõe a identificação de uma ação estatal restritiva dos direitos fundamentais – no caso, da presunção de inocência. Mais do que isso, todo o teste da proporcionalidade foi concebido e é estruturado como uma forma de avaliação da relação de causalidade entre meios e fins (BARAK, 2012), o que permite a avaliação empírica da restrição imposta ao direito fundamental e sua eventual

relação com o fim perseguido pelo Estado com esse ato. No caso da proteção deficiente isso não ocorre de forma alguma. Nessa hipótese o que se avalia não é uma ação, mas uma omissão do Estado e, como todos sabem, a omissão de um ato é um não-ato – um nada. E o nada não pode, por definição física, não pode causar absolutamente nada. Não há a mínima pista de como e porque a proporcionalidade poderia realizar essa operação milagrosa: saber em que medida o nada afeta os direitos fundamentais ou os interesses do Estado

Isso mostra que, ao utilizar a figura da proteção deficiente, o julgador (ministro ou juiz) não está mais controlando uma atividade estatal prévia. Ele se transforma aqui no criador das normas e regras que, a seu ver, são as mais adequadas a proteger, fomentar ou resguardar os direitos fundamentais e os objetivos do Estado. O que não é explicado ou demonstrado pelos defensores dessa figura e pelos julgadores que a utilizam é como e porque – com base em qual critério – eles escolhem as medidas que consideram mais adequadas para a proteção e tutela dos direitos fundamentais. Alguns exemplos, para ilustrar. O direito fundamental à liberdade de locomoção pode ser realizado das mais diversas formas: as pessoas poder ir para casa de bicicleta, skate, carro, ônibus ou helicóptero. O Estado deve disponibilizar todos esses meios de transporte a todas as pessoas ou só um deles? Se deve fornecer só um, qual? O problema pode se multiplicar: se há uma variedade de tratamentos possíveis de uma doença (câncer, reumatismo ou insuficiência renal), o Estado deve oferecer todos os meios de cura, tratamentos e remédios, ou só um? No caso do Direito penal e da política criminal há a mesma dúvida: para combater de forma eficaz o crime, o que deve ser feito? Contratar mais policiais, juízes, promotores? Comprar mais equipamentos, instrumentos de investigação, instrução, inteligência e coleta e compartilhamento de provas? Educar as pessoas e distribuir a renda de forma mais igualitária? Ou, além de tudo isso, é necessário também mudar as leis e a Constituição? Essa não é uma escolha fácil. Ela envolve variáveis empíricas, sociais, econômicas e ideológicas. Trata-se aqui, por isso, de uma escolha política, que deve ser realizada única e exclusivamente por representantes eleitos, que tenham competência para criar regras e normas gerais e abstratas, não por juízes (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 50).

Não existe prova ou técnica jurídica que fundamente a escolha entre medidas completamente díspares e há tanta disparidade entre a contratação de policiais e a elaboração de leis punitivas quanto entre a escolha entre ir à churrascaria ou à sorveteria. É tudo uma questão de gosto e opção. A questão que não tem resposta na decisão do HC ou nos textos escritos por quem defende a teoria dos princípios é: por que, afinal de contas, as pessoas devem aceitar as escolhas realizadas por juízes nessas situações? Por que a escolha entre as opções de política criminal são realizadas sem maiores problemas por juízes, mas a escolha do que se vai jantar é tratada de forma diferente? Tudo é uma questão subjetiva e de opção, mas se aceita de forma natural que o juiz diga – com base em uma figura mal fundamentada como a proteção deficiente – se é melhor para todos criar uma lei – no caso, uma norma constitucional – mais punitiva ou construir escolas. Por quê? Existem duas respostas a essa pergunta. Primeiro, as pessoas pensam que juízes têm algum poder mágico que os fazem ser mais inteligentes e virtuosos, pelo simples fato de conhecerem a lei. Isso as leva a pensar que qualquer escolha realizada por juízes – mesmo aquelas que não têm nenhuma base legal – são melhores do que as decisões realizadas por pessoas. Elas se esquecem que juízes são pessoas, que toda e qualquer pessoa é falível, pois todos têm uma capacidade limitada de absorver informações e processar dados – ninguém, nem os juízes, são perfeitos. O que se faz quando se transfere a competência decisória para juízes não é necessariamente, portanto,

criar uma decisão melhor. Com isso simplesmente se transfere a possibilidade de errar por último (WALDRON, 2006).

Segundo, as pessoas que argumentam com fúria e paixão contra todos os “beneficiados” pela regra da presunção de inocência provavelmente nunca estiveram ou se colocaram na pele de quem se defende de um processo penal injusto. Elas invertem, assim, a regra do juiz Blackstone – “é melhor livrar cinco culpados do que prender um inocente” (BARADARAN, 2011, p. 737) – pois não só pensam que a regra punitiva atingirá com mais probabilidade o culpado do que o inocente, mas também acreditam que eles nunca estarão no lugar do culpado condenado ou do inocente injustiçado. Não é só paradoxal constatar que essas mesmas pessoas buscam a justiça e utilizam todos os meios disponíveis no direito para se defender quando são denunciadas pela prática de um crime. Mais grave e perturbador é constatar que essas mesmas pessoas utilizam o discurso da busca da justiça igualitária – dizem, como o Ministro Barroso, que a presunção de inocência cria um sistema penal seletivo, que pune pobres e salva ricos (BRASIL, 2016, p. 34) – para chegar à conclusão de que todos devem ser privados de um direito fundamental. Como se retirar o direito de uns fosse criar automaticamente mais direitos para outros. Aqui o argumento não é só autoritário, mas hipócrita.

Da mesma espécie são as afirmações, também encontradas no voto do Ministro Barroso, segundo as quais existe um número ínfimo de recursos extraordinários nos quais os acusados são libertados após o julgamento de recursos de ordem constitucional. Se isso for verdade, o que importa? As pessoas que tenham tido êxito em seus recursos (especiais ou extraordinários) são menos importantes do que as que não tiveram a mesma sorte? E não seria essa uma constatação que leva justamente à conclusão oposta à que chega Barroso: o fato de uma pessoa que seja tenha sido beneficiada pela regra da presunção de inocência já é mais do que suficiente para justificar a existência e defesa dessa regra. Afinal, não é justamente essa a função do judiciário: defender minorias (uma única pessoa que ganhou o recurso extraordinário) contra a vontade da maioria?

Merece também destaque o terceiro ponto elencado pelo Ministro Luís Roberto Barroso na fundamentação de seu voto, em que sustenta que a impossibilidade de recolhimento prisional dos condenados em primeiro grau contribui para o descrédito do sistema penal diante da sociedade, uma vez que daria margem à prescrição da pretensão punitiva e incitaria o sentimento de impunidade tanto nos réus em processos de natureza penal quanto na sociedade de forma geral:

Em terceiro lugar, o novo entendimento contribuiu significativamente para agravar o descrédito do sistema de justiça penal junto à sociedade. A necessidade de aguardar o trânsito em julgado do REsp e do RE para iniciar a execução da pena tem conduzido massivamente à prescrição da pretensão punitiva ou ao enorme distanciamento temporal entre a prática do delito e a punição definitiva. Em ambos os casos, produz-se deletéria sensação de impunidade, o que compromete, ainda, os objetivos da pena, de prevenção especial e geral. Um sistema de justiça desmoralizado não serve ao Judiciário, à sociedade, aos réus e tampouco aos advogados. (BRASIL, 2016, p. 34)

O Ministro parece evidenciar com o seu voto que mais importante do que o cumprimento da lei ou ainda a elucidação dos crimes é combater o descrédito do sistema de justiça penal junto à sociedade, bem como a sensação de impunidade trazida pela demora no início do

cumprimento da pena, que só podem ser adequadamente enfrentadas, segundo se deduz de seu voto, com a veloz aplicação da pena.

Alterações radicais sobre o sistema de cumprimento de penas, tais como a observada neste julgamento tendem a se aproximar da criação de penas indefinidas e arbitrárias, características de Estados Absolutistas, o que rompe não apenas com as diretrizes do judiciário como também com as do Estado Democrático de Direito. (BUSATO, 2016, p. 71)

Fomentando a reflexão e trazendo uma abordagem sobre os motivos que levam o judiciário à adoção de medidas tais como a decorrente do voto aqui tratado, Maya e Lorenzoni (2019, p. 193) partem das considerações de Ulrick Beck no livro *La Sociedad de Riesgo. Hacia una Nueva Modernidade* ao defenderem que a sociedade pós-moderna, caracterizada pela impossibilidade da população em controlar as causas de seu medo, tem como peculiaridade uma busca incessante pela prevenção de crimes que sequer podem ser conhecidos ou previstos, o que gera a tomada de uma série de decisões, que infiltram-se nos mais variados âmbitos sociais, abrangendo desde a atuação do judiciário até a adoção de políticas públicas, caracterizadas pelo desespero e pela tentativa de controle social, resultando na chamada sociedade de risco.

Neste sentido, portanto, a mentalidade apontada se reflete nas políticas criminais através da adoção de medidas que visam a efetivação de um ideal de segurança que visa proteger de tal forma a sociedade contra toda forma de crime que termina por tolher, paradoxalmente, as liberdades individuais em prol de uma ideia de segurança absoluta.

Como consequência prática de tal cenário sobre os poderes constituídos, destaca-se, portanto, um incremento nas pressões sociais sobre os poderes legislativo e judiciário com o propósito de provocação destes para que atendam a demandas por maior segurança, discurso este que sofre fortes influências do meio midiático e tende a sujeitar as medidas adotadas por estes poderes à influência do populismo penal, em total contrariedade com seus propósitos fundamentais. (MAYA; LORENZONI, 2019, p. 194).

Contudo, as medidas tomadas pelo judiciário, nesse sentido, não podem lograr êxito já que partem de uma concepção meramente simbólica do direito penal e tendem a combater uma sensação de impunidade que, justamente por ser uma sensação, pode estar totalmente desvinculada da realidade do cenário social e dos números concretos da criminalidade.

Ao comentar o posicionamento do STF, afirma Santos que:

a decisão aposta no controle da criminalidade com penas criminais, assumindo a política criminal repressiva inspirada na Criminologia etiológica, interessada na eficiência e na efetividade do controle social, ao contrário da Criminologia crítica, que explica a criminalidade pelas desigualdades estruturais e institucionais da formação social capitalista e, por isso, está interessada em garantir o cidadão contra a violência do Estado (SANTOS, 2019, p. 3).

Ao discutir a racionalidade penal moderna, bem ilustrada no julgamento ora em análise, Pires (2004) assevera ela que estabelece uma relação entre crime e pena de modo que se acredita que somente esta pode diminuir o crime. Essa nova forma de pensar as questões penais implica em um processo mais recente de juridicização da opinião pública.

Não é, adverte o autor, que o sistema penal delegue o poder de decisão ao público, mas sim que decide se, quando e como o público será integrado. Nesse contexto, “pode-se pergun-

tar se os tribunais penais não estão em via de se tornar mais próximos do exercício da função do sistema político em alguns aspectos-chave do processo de tomada de decisões” (PIRES, 2004, p. 49). Portanto, é possível perceber, através da análise do referido excerto do voto do Ministro Barroso, a adoção de um discurso focado em atender a anseios populares, trazendo à discussão argumentos que atendem aos referidos anseios, o que faz com que ganhe contornos políticos em detrimento de discussões focadas em aspectos jurídicos.

Por todos os argumentos apontados, o julgamento deste HC é absolutamente frágil não só em sua construção teórica e dogmática, mas também em suas consequências práticas. Sob o prisma prático, a antecipação do trânsito em julgado em casos criminais está em conflito com o sistema processual como um todo. Os atos de execução civil importem em levantamento ou alienação de bens existem caução, o que garante o executado contra eventuais danos decorrentes do erro judiciário (art. 520, IV, CPC). Não tem sentido executar provisoriamente a sentença penal se o sistema processual não garante ao executado esse mesmo nível de proteção (LAURENTIIS, 2013). Sob a perspectiva teórica, como já foi aqui dito, não tem sentido nenhum falar em proteção deficiente e o juiz que utiliza essa figura não é mais julgador que defende a Constituição e aplica as normas jurídicas, mas sim é um tirano que quer impor sua própria vontade. Um lobo travestido na pele de cordeiro.

4.3 CONSIDERAÇÕES CRÍTICAS A RESPEITO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Nesse ponto, é possível contrapor as teorias de Robert Alexy e Michel Troper a respeito do controle de constitucionalidade para que se perceba a dimensão da discussão envolta nos julgamentos analisados. Alexy (2000, p. 40-41) defende que, muito embora a presença de uma jurisdição de natureza constitucional seja um meio de controle do processo democrático, suas desvantagens podem sobrepujar as vantagens de sua instituição caso não se verifique a adequada atuação do judiciário em tais atividades. Em última instância, a criação de um poder jurisdicional arbitrário só pode ser evitada se os juízes se comportarem como uma instância de reflexão neutra e racional, que tratam o processo político de forma distanciada. Só assim o poder exercido pelos juízes pode ser aceito na sociedade: os argumentos apresentados pelos juízes devem formar um discurso racional jurídico-constitucional que encontre o devido respaldo social e não ganhe contornos de imperatividade injustificada.

Troper (2003, p. 108), por sua vez, diz que o controle de constitucionalidade não é um meio pelo qual se assegura a supremacia da Constituição, mas sim um instrumento que assegura a supremacia das normas constitucionais produzidas pela autoridade que o exerce. Em contraponto à teoria de Alexy, o autor não entende que controle de constitucionalidade seja um reflexo direto da democracia (TROPER, 2003, p. 110). Existem muitos países democráticos (Reino Unido e Nova Zelândia), que não adotam nenhuma forma de controle de constitucionalidade das leis. Mais do que isso: uma vez que o poder de decisão a respeito da transposição de limites dos poderes é atribuído ao judiciário a atividade interpretativa dos tribunais se torna discricionária, pois suas decisões podem alterar normas e regras, sem nenhuma justificativa empírica. Partindo de tal premissa, justificar o controle de constitucionalidade considerando-o como um reflexo da democracia seria um argumento fundado em uma distorção do próprio conceito de democracia, uma vez que esta seria concebida, não como um sistema de autono-

mia ou como o poder do povo exercido através de oficiais eleitos, mas sim o poder exercido em nome do povo por representantes dentre os quais apenas alguns teriam sido eleitos.

A análise do autor a respeito das justificativas apresentadas pela doutrina para o emprego do controle de constitucionalidade permite, ainda, que se perceba um viés complementar entre suas ideias. Na verdade, Troper (2003, p. 120) não entende o controle de constitucionalidade como essencialmente falho. Suas críticas apontam unicamente às justificativas empregadas pela doutrina a respeito de sua importância dentro do processo democrático. Para ele, essas justificativas são incorretas. As cortes constitucionais exercem poder discricionário através de tal atividade e não agem de forma apartada do poder Legislativo ao verificarem a compatibilidade entre determinadas normas e a Constituição, mas sim de forma conjunta. Portanto, é uma ilusão criada pelo próprio judiciário dizer que o controle de constitucionalidade sempre e necessariamente protege os mais fracos e oprimidos. Os julgamentos aqui analisados comprovam essa tese.

Ao se analisar em conjunto as ideias de Troper e Alexy, é possível observar que os argumentos de Alexy sobre os riscos da prática inadequada do controle de constitucionalidade encontram um importante complemento na teoria de Troper. Afinal, todo instituto, inclusive o controle de constitucionalidade, está sujeito ao erro e à discricionariedade dos tribunais e julgadores. Existe sempre a tendência à criação de cenários nos quais seu emprego se dê com base nas percepções particulares dos membros dos tribunais. Por isso mesmo, a atuação jurisdicional deve ser pautada pela cautela e pelo minimalismo: juízes devem solucionar os conflitos que lhes são apresentados, sem criar teorias generalizantes e sem ultrapassar as capacidades cognitivas e institucionais do órgão ao qual estão vinculados. O que aparta esses dois atores é a crença no potencial da razão e do diálogo para controlar as decisões dos julgadores. Para Alexy, a razão pode e deve ser materializada no diálogo institucional travado não só entre os membros do tribunal (deliberação interna), mas também entre esses atores e a sociedade como um todo (deliberação externa). Isso quer dizer que “a tarefa de diálogo entre o tribunal e outros atores quaisquer que sejam pode ser exercida tanto pelos juízes no seu atuar individual fora do tribunal quanto e mais importante para os objetivos deste trabalho por meio do diálogo entre poderes, de um “diálogo constitucional” (SILVA, 2009, p. 213).

Essa metáfora – “diálogo institucional” – por um lado dificulta a análise, pois não se sabe ao certo qual é o parâmetro para se aferir se uma corte decide de forma dialógica e fundamentada. Sem isso, as decisões judiciais podem simplesmente se reportar a essa metáfora não só para justificar sua decisão, mas também para imunizar seu conteúdo contra eventuais críticas. O diálogo se converte, assim, em um instrumento de incremento do poder judicial (LECLAIR, 2003). Fora isso, a metáfora do diálogo convida os juízes a se dirigirem ao público e à sociedade como um todo, como se a decisão judicial necessitasse de aprovação geral para se legitimar. Esse é um caminho perigoso, que gera não só a politização, mas a radicalização da justiça, pois o público é o *locus* do confronto ideológico e o juiz que se insere no público assume, necessariamente, um dos lados desse conflito.

O controle de constitucionalidade se revela, assim, como um instrumento de dupla face. Ele tanto é capaz de evitar a irregular aplicação das normas e defender os direitos de minorias, quanto pode ser a porta de entrada para as decisões autoritárias e do populismo judicial. Em casos envolvendo a aplicação, interpretação e o controle da validade de leis penais essas características se agravam, não só porque a vida e a liberdade de muitas pessoas se

encontram em questão nesses casos, mas também porque as paixões do público afloram com maior intensidade nesses casos. Nessas situações, os juízes e tribunais devem ter prudência redobrada, evitando inovações e decisões que fujam do conteúdo evidente das regras jurídicas. Não foi isso o que ocorreu nos casos aqui analisados, o que os aproxima e indica a necessidade de uma reflexão constante e de uma avaliação constante e cuidadosa das decisões proferidas pelas Supremas Cortes dos mais diversos países. Não só porque esses órgãos e seus juízes devem decidir questões importantes e sensíveis para a sociedade, mas também porque eles podem ser a fonte das mais diversas iniquidades e injustiças.

5. CONCLUSÕES

Após a apresentação dos cenários fáticos e jurídicos envolvidos em cada um dos julgamentos, foi possível, a título reflexivo, analisar os argumentos embaixadores das técnicas de controle de constitucionalidade aplicadas em cada um, bem como tecer um contraponto dos julgamentos entre si, bem como de cada um com relação ao instituto do controle de constitucionalidade.

Através da análise do julgamento do Caso de Tortura do Serviço de Segurança Geral de Israel, foi possível perceber um cenário no qual a existência de leis vagas legitimou que o controle de constitucionalidade consistisse na interpretação destas mesmas leis pelos membros da Suprema Corte, que o fizeram de acordo com convicções pessoais que acarretaram na legitimação das práticas de tortura, assegurando os interesses do Estado em detrimento de direitos individuais das vítimas de tais casos de tortura.

A análise do julgamento do *Habeas Corpus* 126.292 pelo Supremo Tribunal Federal, por sua vez, permitiu perceber situação diversa, na qual a decisão adotada ganhou contornos políticos, que fizeram com que a discussão levantada fugisse do âmbito jurídico e esbarrasse em discussões de ordem política, o que foi confirmado, ainda, por meio de uma análise focada no âmbito da criminologia a respeito de excerto no qual o Ministro faz alusão ao descrédito do sistema de justiça penal junto à sociedade e à necessidade de combater a sensação de impunidade trazida pela demora no início do cumprimento da pena. Por derradeiro, foi possível perceber que as discussões políticas abordadas nublaram a regular aplicação do controle de constitucionalidade e distorceram sua diretriz primária: a análise de conformidade da situação em tela com os parâmetros traçados pela Constituição.

Logo, por todo o exposto, foi possível refletir sobre o controle de constitucionalidade e sua natureza dúbia, sendo possível perceber que, enquanto, por determinado viés argumentativo, é possível justificar sua aplicação como forma de garantia de direitos fundamentais e da regular aplicação da legislação vigente, por outro, é possível perceber que o instituto dá margem à sua própria subversão em prol de interesses escusos e de discussões que fogem de sua alçada, implicando exatamente naquilo que o instituto visa evitar: a arbitrariedade do judiciário em detrimento de direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. La Institucionalización de los derechos humanos en el Estado Constitucional Democrático. *Derechos y libertades*, [S. l.], n. 8, p. 21-41, 2000.
- AMAND, Matthew G. St. Public Committee against Torture in Israel v. The State of Israel et al: Landmark Human Rights Decision by the Israeli High Court of Justice or Status Quo Maintained. *North Carolina Journal Of International Law And Commercial Regulation*, [S. l.], v. 25, n. 3, p. 655-684, 2000.
- BARADARAN, Shima. Restoring the presumption of innocence. *Ohio State Law Journal*, [S. l.], v. 72, n. 4, p. 724-776, 2011.
- BARAK, Ahron. *Proportionality: constitutional rights and their limitation*. [S. l.]: Cambridge University Press, 2012.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus 126.292-SP*. Relator: Min. Teori Zavascki, 17 de fevereiro de 2016.
- BUSATO, Paulo Cesar. O que não se disse sobre a Decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) a Respeito do Habeas Corpus 126.292 e a Antecipação da Execução da Pena. *Revista justiça e sistema criminal: modernas tendências do sistema criminal*, [S. l.], v. 8, n. 14, p. 55-76, 2016.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- IMSEIS, Ardi. Moderate Torture on Trial: Critical Reflections on the Israeli Supreme Court Judgement concerning the Legality of General Security Service Interrogation Methods. *Berkeley Journal of International Law*, [S. l.], v. 19, p. 328-349, 2001.
- ISRAEL. Lei Penal. 1977.
- LAURENTIIS, Lucas Catib de. *A proporcionalidade no direito constitucional: origem, modelos e reconstrução dogmática*. São Paulo: Malheiros, 2017.
- LAURENTIIS, Lucas Catib de. Presunção de inocência e efeito suspensivo: contradições e perspectivas. *Revista digital de direito público*, [S. l.], v. 2, n. 1, p. 1-28, 2013.
- LECLAIR, Jean. Reflexions critiques au sujet de la métaphore du dialogue en droit constitutionnel canadien. *Revue du Barreau*, [S. l.], número spécial, p. 377-420, 2003.
- MAYA, André Machado; LORENZONI, Pietro Cardia. Ativismo judicial e sociedade de risco: reflexos no âmbito da jurisdição criminal a partir do HC 126.292. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, [S. l.], v. 27, n. 151, p. 189-213, 2019.
- PIRES, Álvaro. A Racionalidade Penal Moderna, o Público e os Direitos Humanos. *Novos Estudos*, [S. l.], n. 68, p. 39-60, mar. 2004.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. Presunção de inocência e inconstitucionalidade da prisão em 2º grau. *Boletim IBC-CRIM*, São Paulo, v. 27, n. 316, p. 3-6, mar. 2019.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros. 2005.
- SILVA, Virgílio Afonso. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 250, p. 197-227, jan. 2009.
- TROPER, Michel. The Logic of Justification of Judicial Review. *International Journal of Constitutional Law*, [S. l.], v. 1, n. 1, p. 99-121, jan. 2003.
- WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review. *Yale L.J.*, [S. l.], v. 115, issue 6, p. 1346-1406, 2006.

Dados do processo editorial

- Recebido em: 06/03/2021
- Controle preliminar e verificação de plágio: 09/03/2021
- Avaliação 1: 16/03/2021
- Avaliação 2: 11/05/2021
- Decisão editorial preliminar: 11/05/2021

- Retorno rodada de correções: 16/05/2021
- Decisão editorial/aprovado: 06/09/2021

Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (SHZF)
- Editor-assistente: 1 (ASR)
- Revisores: 2