

“GUERRA CIVIL”: DEVE O STF SER O NOSSO SUPER-HERÓI?

Matheus Passos Silva, Clidenor Carvalho de Sousa Júnior

Resumo: O cinema é um dos elementos centrais da “cultura pop” na atualidade, com destaque para os filmes de super-heróis. Neste contexto o *Marvel Studios* lançou em 2016 o filme “*Capitão América: Guerra Civil*”, o qual traz como pano de fundo o seguinte questionamento: devem os super-heróis agirem livremente ou devem ser supervisionados por alguma agência governamental? O questionamento é relevante para o âmbito jurídico no que diz respeito à atuação verificada, em tempos recentes, pelas inúmeras instâncias dos tribunais brasileiros, atuação esta que, se desmedida, leva ao chamado “ativismo judicial” – de maneira que o magistrado acabe por se apresentar, em última instância, como um “super-herói” para a sociedade brasileira. Busca-se, neste artigo, mostrar que este ativismo judicial é perigoso, especialmente para sociedades tais quais a brasileira que acabam por aceitar o surgimento de “salvadores da pátria”, o que leva, em última instância, à fragilização da própria noção de Estado democrático de direito. O artigo se divide em três partes: na primeira apresenta-se, de maneira breve, a relação entre Direito e cinema com base no filme “*Capitão América: Guerra Civil*”; na segunda o artigo traz, como estudo de caso, o *habeas corpus* 126.292, do Supremo Tribunal Federal, que relativizou o princípio da presunção da inocência; por fim, são feitos apontamentos sobre as consequências do ativismo judicial para a sociedade brasileira. O artigo se fundamenta no método indutivo e usa como técnica de pesquisa a bibliográfica, sendo fundamentado no próprio texto legal, bem como em jurisprudência e em doutrina brasileira e estrangeira.

Palavras-chave: Cinema; Direitos fundamentais; Presunção de inocência; Democracia; Cidadania.

Abstract: *Movies are one of the central elements of today's popular culture, especially superhero films. In this context Marvel Studios released in 2016 the film “Captain America: Civil War”, which brings in its background the following question: should superheroes act freely or should they be supervised by a government agency? The question is relevant in the Brazilian legal context due to the alleged excessive action, in recent times, by numerous instances of Brazilian courts, leading to the so-called “judicial activism” – so that the magistrate will eventually present himself or herself, ultimately, as a “superhero” to the Brazilian society. It is aimed, in this article, to show that this judicial activism is dangerous, especially for societies such as the Brazilian one which end up accepting the emergence of so-called “saviors of the nation”, so that this leads, ultimately, to the weakening of the notion of democratic rule of law. To achieve this objective, the article is divided into three parts: the first presents briefly the relationship between law and movies based on the film “Captain America: Civil War”; the second brings as a case study the habeas corpus 126,292 from Brazilian Supreme Court, which relativized the principle of presumption of innocence; finally, notes are made on the consequences of judicial activism for Brazilian society. The article is based on the inductive method and uses a bibliographic research technique, being based on legal texts as well as in jurisprudence and in Brazilian and foreign doctrine.*

Keywords: *Movie theater; Fundamental rights; Presumption of innocence; Democracy; Citizenship.*

Introdução

A relação entre Direito e cinema existe já há bastante tempo. Por um lado, inúmeros são os filmes e séries “*de advogado*”, como muitas vezes são chamados aqueles que tratam de questões do mundo jurídico, podendo ser indicados, apenas de maneira exemplificativa, dentre tantos outros, os filmes *O júri*, *Questão de honra*, *O julgamento de Nurenberg*, *Filadélfia*, *Advogado do diabo* e *O juiz*, e as séries *Suits*, *The good wife*, *How to get away with murder*, *Law and order*, *Boston legal* e *Breaking bad*. Por outro lado, o tema é estudado no meio acadêmico não apenas por meio de cursos ministrados por universidades tais quais a USP e a UFRJ, por exemplo, mas também por meio de livros publicados sobre o tema e ainda por meio de palestras e eventos acerca desta temática¹.

Vale destacar, entretanto, que não são apenas os filmes e séries “*de advogado*” que analisam temas jurídicos. Um dos principais tipos de filme da atualidade – os *filmes de super-heróis* – também trazem inúmeras pistas que podem ser analisadas sob uma perspectiva acadêmica, posto que os temas tratados refletem ideias presentes na sociedade. Um tema extremamente relevante é o da responsabilidade civil dos super-heróis: quem é o responsável pela reconstrução de prédios, por exemplo, após sua atuação? Outro tema relevante e que levanta questionamentos filosófico-jurídicos importantes é o seguinte: os super-heróis salvam muitas pessoas, mas suas ações, eventualmente, acabam por deixar mortos ou feridos pelo caminho. Neste contexto é juridicamente aceitável o cálculo utilitarista de que “morreram 10, mas salvaram-se 1.000”?

Além destes questionamentos, é relevante que se pergunte: o mundo precisa de super-heróis? Ou por outras palavras: é necessário o surgimento de alguém – no caso, de um magistrado – que se apresente frente à sociedade como tendo “*superpoderes*” para que a justiça seja concretizada ou pode o cidadão brasileiro, que vive sob a égide de um Estado de direito, confiar nas instituições e ter a certeza de que estas irão cumprir seu papel institucional de concretizar o Direito com vistas à garantia da justiça? É sobre este tema que este artigo irá se debruçar.

“Guerra Civil”: o cinema e a responsabilização jurídica dos super-heróis

O estúdio de cinema *Marvel Studios* é uma empresa subsidiária da *Marvel Entertainment*, responsável pela criação de inúmeras “*histórias em quadrinhos*” (doravante *HQs*) originárias da *Marvel Comics*, das quais destacam-se alguns dos super-heróis mais conhecidos na atualidade, tais como o *Homem-Aranha*, o *Homem de Ferro* e o *Capitão América*. Por questões de licenciamento de personagens para o cinema, o *Marvel Studios* não possui os direitos para realizar filmes tendo por base outros super-heróis também bastante conhecidos, tais como os *X-men* e o *Quarteto fantástico*.

O *Marvel Studios* criou a partir de 2008, com o filme *Homem de Ferro*, o que se conhece na “*cultura pop*” por “*Universo Cinematográfico Marvel*” (UCM), que corresponde a uma

¹ A título de exemplo, o curso de Direito da Faculdade Projeção (DF) realizou, durante os anos de 2007 e 2009, o projeto “*Películas e ideias*”, em que filmes eram apresentados aos alunos e seu conteúdo era analisado por pelo menos três professores, sendo que cada professor analisava o filme apresentado com base em sua área de especialização.

história principal contada não apenas em um único filme, mas sim de maneira compartilhada a partir da perspectiva de diversos filmes. Significa dizer, por outras palavras, que cada personagem tem seus filmes e suas histórias particulares, mas estas se relacionam em algum momento com os filmes e histórias de outros personagens de maneira que sejam apresentadas ligações de um a outro com o objetivo final de se contar a história do UCM como um todo. Estima-se que os filmes do UCM – 13 no total até o momento – tenham rendido ao *Marvel Studios* o total de 9,3 bilhões de dólares². O ápice do UCM foi o filme *Vingadores*, de 2012, em que todos os heróis até então apresentados de maneira individual em seus respectivos filmes – *Homem de Ferro*, *Hulk*, *Capitão América* e *Thor* – se uniram para formar o grupo de super-heróis cujo nome dá título ao filme.

Por sua vez, o filme “*Capitão América: Guerra Civil*” (doravante apenas “*Guerra Civil*”) é o filme mais recente do UCM. Lançado no Brasil no dia 28 de abril de 2016, o filme traz às telas a adaptação de uma das HQs mais famosas da década de 2000 e que tem o mesmo título do filme. Ainda que a história do filme seja simplificada em relação à apresentada na HQ, a premissa é a mesma: os super-heróis têm posições distintas em razão de determinado acontecimento e entram então em uma “guerra civil” que acaba por dividir o grupo.

No caso do filme “*Guerra Civil*”, a premissa está no fato de que o governo dos Estados Unidos (EUA) quer colocar os *Vingadores* sob o controle de um painel especial da Organização das Nações Unidas (ONU). Tal controle – apresentado no filme com o nome de “*Acordos de Sokóvia*” – se afigura como necessário tendo-se em vista fatos ocorridos em outros filmes do UCM – nomeadamente a destruição de Nova Iorque em *Os Vingadores*, a destruição de Washington (capital dos EUA) em *Capitão América: Soldado Invernal* e ainda a destruição de Sokóvia (país fictício criado pela Marvel) em *Vingadores: Era de Ultron*. Para o governo dos EUA – e para os governos dos outros países que apoiam os “*Acordos de Sokóvia*” – os super-heróis precisam de alguma forma ser responsabilizados pelos seus atos³. Mais que isso: em “*Guerra Civil*” apresenta-se a ideia de que a população mundial está dividida, parte dela sentindo-se satisfeita com as ações do grupo de super-heróis e parte dela sentindo-se insatisfeita dados os danos colaterais resultantes das ações do grupo.

Em decorrência desta proposta, os *Vingadores* subdividem-se em dois grupos. De um lado tem-se o *Homem de Ferro*, que se sente culpado principalmente após ser pressionado pela

² As informações são do site americano *Box Office Mojo*. Destaca-se que o filme “*Capitão América: Guerra Civil*” ainda está mundialmente em cartaz no momento de redação deste artigo (maio de 2016), de maneira que a cifra provavelmente irá aumentar.

³ A ideia de responsabilização de super-heróis não é exclusividade do *Marvel Studios*. A *Warner Bros.*, estúdio responsável pela adaptação para o cinema das HQs da *DC Comics* (empresa responsável por outros super-heróis também bastante conhecidos, como o *Super-homem*, o *Batman* e a *Mulher Maravilha*), também trouxe à tela a questão da responsabilização dos super-heróis por suas ações em seu recente filme “*Batman v. Superman*”, ainda que de maneira diferente da presente em “*Guerra Civil*”. Tal repercussão surgiu especialmente em decorrência das críticas negativas recebidas pelo estúdio após o filme “*Homem de Aço*”, de 2013, em que o *Super-homem*, para vencer o vilão do filme, destruiu boa parte da cidade fictícia de *Metropolis*, causando prejuízos financeiros e incontáveis perdas humanas junto à população civil.

mãe de um rapaz que morreu na batalha de “Sokóvia” como resultado das ações dos *Vingadores* e, portanto, decide apoiar os “*Acordos de Sokóvia*” com o argumento de que os super-heróis precisam trabalhar em conjunto com os governos representados na ONU visando a minimizar os danos colaterais resultantes de suas ações. Por sua vez, o *Capitão América*, ainda que reconheça os danos colaterais para a população civil, discorda dos “*Acordos de Sokóvia*” por acreditar que os mesmos iriam limitar a liberdade de atuação dos super-heróis, já que estes estariam autorizados a agir apenas quando o já citado painel da ONU assim considerasse necessário.

Ainda que o filme seja produzido para “mero” entretenimento, é impossível não levar em consideração o questionamento que o mesmo faz em relação à eventual ponderação de valores – não apenas morais, mas também jurídicos – feita pelos super-heróis, especialmente quando se considera que tais valores são fundamentais para a ordem jurídica brasileira. De um lado tem-se a defesa da aceitação das “*regras do jogo*”, inclusive no que diz respeito à assunção de responsabilidades por fatos que eventualmente saiam do controle do agente. Ou seja, vislumbra-se claramente a defesa do princípio da *legalidade* no que concerne às ações dos super-heróis – princípio este que pode, inclusive, ser entendido no filme como sendo apresentado no seu aspecto da legalidade *do Estado*, que é aquela que preceitua que o Estado só pode fazer aquilo que a lei lhe autoriza.

Por outro lado, tem-se a preocupação de que tais “*regras do jogo*” não sejam suficientes para se fazer “*aquilo que moralmente tem de ser feito*”, ou seja, tem-se o receio de que a *liberdade individual* seja sufocada, ou até mesmo suprimida, em nome do cumprimento de leis que não foram necessariamente criadas por aqueles a quem tais leis se aplicam. Da mesma forma, tem-se também o receio de que estas regras possam ser utilizadas não para se garantir e concretizar a justiça, mas sim como mecanismo de manipulação para a consecução de interesses escusos por parte daqueles que definem tais regras.

Está, assim, posto o debate ideológico que se apresenta como fio condutor da história do filme: deve-se cumprir a lei ou deve-se “*fazer a coisa [moralmente] certa*”⁴? O debate, curiosamente, possui algumas semelhanças com a atuação do poder Judiciário na atual realidade brasileira, como se mostrará a seguir.

O ativismo judicial em ação: o *habeas corpus* 126.292 e a relativização da presunção de inocência

A dicotomia *seguir a lei vs. fazer o que é (moralmente) necessário* se apresenta em evidência na atuação do poder Judiciário brasileiro, vindo a resultar no que se conhece por *ativismo judicial*⁵. O tema será analisado à luz da recente decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) no *habeas corpus* (HC) 126.292, como se mostrará a seguir.

Os princípios da legalidade e da separação de poderes

⁴ Conforme o título do livro de Sandel (2012).

⁵ Segue-se aqui a definição de Barroso (2009, p. 6), para quem “o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição [por parte do poder Judiciário], expandindo o seu sentido e alcance [para além da letra da lei]”.

Em termos históricos, o atual Estado de direito – cujo fundamento principal é a Constituição – surgiu ainda em fins do século XVIII como resultado direto das chamadas “revoluções liberais” daquele período – a Revolução Americana e principalmente a Revolução Francesa. Estas revoluções deixaram de legado, para a história do direito constitucional, inúmeros aspectos que viriam posteriormente a se consolidar como verdadeiros fundamentos do atual modelo de Estado constitucional, sendo dois destes aspectos os mais relevantes para o argumento que aqui se pretende desenvolver: o da *legalidade* e o da *separação de poderes*.

O princípio da legalidade está presente em inúmeros dispositivos da *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, de 1789. A título exemplificativo, o art. 4º traz que os limites das ações dos cidadãos só podem ser definidos em lei. Já o 6º, talvez o mais importante do texto, traz a ideia de Rousseau de que a lei é resultado da vontade geral dos cidadãos, bem como a de que *todos os cidadãos são iguais perante a lei*⁶. O art. 7º traz à mente o princípio da legalidade do Estado, ao prever que “ninguém pode ser acusado, preso ou detido senão nos casos determinados pela lei”, enquanto o art. 9º tem como redação que “todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado” (SÃO PAULO, 2016). Como dito *supra*, estes artigos são meramente exemplificativos, já que a ideia de cumprimento à lei – tanto por parte do cidadão *quanto também por parte do Estado*, ainda que esta última ideia não esteja explícita no texto – perpassa praticamente todos os artigos desta *Declaração*.

Significa dizer, portanto, que um dos elementos essenciais do Estado de direito contemporâneo é justamente o fato de que o próprio Estado se autolimita, já que só pode agir conforme aquilo que a lei lhe autoriza fazer. Esta é, inclusive, uma das principais diferenças apontadas por Mendes (2014, p. 1322, grifo nosso) do Estado de direito em relação a um Estado absoluto ou de polícia: enquanto nestes o governante pode fazer o que bem entender, no Estado de direito “o princípio da legalidade [...] opõe-se a qualquer tipo de poder autoritário e *a toda tendência de exacerbação individualista e personalista dos governantes*”.

Da mesma forma, a *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão* traz em seu art. 16 o outro elemento central de todo e qualquer Estado democrático de direito da atualidade: é o princípio da *separação de poderes*. Afirma este artigo da *Declaração* que “a sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição” (SÃO PAULO, 2016). O princípio, entronizado no art. 2º da Constituição de 1988 (BRASIL, 2016b, p. 5), tem origem no pensamento de Locke e foi desenvolvido posteriormente por Montesquieu e está diretamente relacionado ao equilíbrio entre os poderes, por um lado, e à garantia da liberdade individual por meio da não concentração de poder em um único órgão governativo, por outro. Em outras palavras, também o princípio da separação de poderes surgiu como mecanismo para limitar o poder absoluto e para evitar o arbítrio do governante – limites estes que parecem não ser sido considerados pelo STF quando do julgamento do *habeas corpus* 126.292, como se verá a seguir.

O habeas corpus 126.292

⁶ Texto este que, como se sabe, está explicitamente presente no *caput* do art. 5º da Constituição brasileira de 1988 (BRASIL, 2016b, p. 5).

Os dois princípios *supra* apresentados são basilares para a análise da decisão de 17 de fevereiro de 2016 proferida pelo STF no HC 126.292. Em resumo, o HC 126.292 trouxe a situação de M. R. D.⁷, condenado em primeira instância no estado de São Paulo, pelo crime de roubo circunstanciado (art. 157, 2º, I e II, do Código Penal brasileiro), sofrendo uma pena de 5 anos e 4 meses de prisão, mas com direito de recorrer em liberdade: “permito ao sentenciado M. R. D. que, querendo, recorra em liberdade desta decisão. Anoto, desde logo, que qualquer atitude sua em relação à vítima ou a qualquer das testemunhas importará na decretação de sua prisão preventiva” (BRASIL, 2015a, p. 2-3).

A defesa, não satisfeita com a decisão, impetrou recurso no Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ-SP), o qual negou o recurso da defesa e expediu o mandado de prisão determinando o início da pena privativa de liberdade, sem nenhuma fundamentação: “Expeça-se mandado de prisão contra o acusado M.” (BRASIL, 2015a, p. 3). Em decorrência do mandado de prisão, a defesa postulou recurso no Superior Tribunal de Justiça (STJ), que também negou o cabimento de recurso com fundamento em seu regimento interno (BRASIL, 2015a, p. 1-2).

Ato contínuo, a defesa impetrou HC no STF. No dia 5 de fevereiro de 2015, de modo liminar, o Ministro Teori Zavascki decidiu pela soltura do acusado. No dia 15 de dezembro de 2015 o Ministro Zavascki apresentou para a Segunda Turma do STF a indicação para análise do HC 126.292 no Plenário do STF, em decorrência da decisão de execução antecipada da pena ser ilegal por estar em desacordo com a jurisprudência do STF, especialmente tendo-se como base jurisprudência anterior da Corte Constitucional fundada no HC 84.078 (BRASIL, 2015b).

No dia 17 de fevereiro de 2016 o Plenário do STF analisou o HC 126.292 (BRASIL, 2015b), reiterando a decisão do TJ-SP que negou o direito do acusado de recorrer em liberdade no processo. Desta forma, tem-se como consequência que bastará uma decisão em segunda instância, estadual (de um Tribunal de Justiça) ou regional (Tribunal Regional Federal)⁸, para que seja instruído o início da execução penal, já que haverá a antecipação da execução da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

A argumentação do STF no HC 126.292 se fundamenta na ideia de que “a manutenção da sentença penal pela segunda instância encerra a análise de fatos e provas que assentaram a culpa do condenado, o que autoriza o início da execução da pena”. Neste sentido, o relator afirmou que após a sentença em segunda instância “exaure-se o princípio da não culpabilidade, até porque os recursos cabíveis da decisão de segundo grau, ao STJ ou STF, não se prestam a discutir fatos e provas, mas apenas matéria de direito” (BRASIL, 2016c).

A decisão do STF ocasionou uma mudança da jurisprudência da Corte. O anterior HC 84.078 de 2009 foi decidido por maioria de votos – 7 votos favoráveis e 4 contrários –, tendo se estabelecido naquele momento que não seria possível admitir, em conformidade com os preceitos constitucionais e com a chamada *Lei de Execução Penal* (Lei nº

⁷ Apesar do nome do cidadão aparecer explicitamente nas decisões judiciais citadas neste artigo, optou-se aqui pela não indicação do nome.

⁸ Segundo o organograma do poder Judiciário no Brasil a primeira instância nas unidades da federação são os Foros/Varas Especializadas (Juizes de Direito). Imediatamente acima na segunda instância estão os Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal (Desembargadores). Ademais, na Justiça Federal a primeira instância são as Seções Judiciárias/Varas (Juizes Federais), bem como, logo acima se encontra na segunda instância os Tribunais Regionais Federais (Juizes Federais). BRASIL, 2016a.

7.210/84), a antecipação da pena *antes do trânsito em julgado* do processo. Dessa forma, o acusado não poderia ser preso, à exceção da situação de prisão a título cautelar (prisão preventiva ou temporária), e poderia recorrer em liberdade em todos os níveis até o esgotamento dos recursos nas instâncias do poder Judiciário. Significa dizer, portanto, que tal posicionamento anterior ao HC 126.292 consolidava o entendimento já pacífico da doutrina, tendo em vista a ampla legislação que indicava para esse caminho majoritário do Supremo.

Houve ativismo judicial por parte do STF (?)

Parece ser incontestado no Brasil o sentimento de que, em adaptação do ditado popular, a Justiça – ou melhor seria dizer o poder Judiciário – “*tarda e falha*”. Muitas vezes o cidadão acaba por escolher outras formas de solucionar seus conflitos – seja de maneira direta, seja por meio de um mediador – e desta forma evita procurar os tribunais por acreditar que a via judicial é a mais demorada e, provavelmente, a mais ineficiente na solução de suas demandas e na resolução de seus problemas (LIMA JÚNIOR; SILVA, 2011, p. 342).

Neste contexto, parece ser possível afirmar que o cidadão brasileiro anseia por maior efetividade e eficiência da “justiça” no Brasil. Inúmeras são as manifestações, especialmente em redes sociais, de cidadãos que se colocam como favoráveis a processos sumários, que “*resolvam de uma vez por todas*” o problema com o qual se deparam. Talvez seja este o motivo que leve a que 50% da população concorde com a frase “bandido bom é bandido morto” (PAGNAN, 2015) e que 87% da população aprove a redução da maioria penal de 18 para 16 anos (DATAFOLHA, 2015) – ambas as estatísticas parecendo comprovar, de uma forma ou de outra, que a população acredite que a “justiça” precisa ser “rápida e eficiente”.

Ora, parece que o STF, no julgamento do HC 126.292, levou este “*anseio popular*” em consideração ao rever sua própria jurisprudência anterior acerca do tema e ao reinterpretar o art. 5º, LVII da Constituição de 1988, dispositivo este que traz literalmente que “*ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória*” (BRASIL, 2016b, p. 6, grifo nosso). Parece que o STF buscou fazer com que surjam “*soluções rápidas e eficientes*” ao permitir que o cidadão condenado já em segunda instância inicie o cumprimento de sua pena, *a despeito da possibilidade de recurso. Data venia*, é de se considerar a decisão do STF como *claramente ativista*⁹, já que não há nenhum mecanismo de interpretação da lei que, aplicada ao art. 5º, LVII da Constituição, permita um entendimento que vá para além daquilo que está ali expresso.

Por mais que seja possível o acréscimo de valores morais ao domínio jurídico, como afirma Mendes (2014, p. 147), ou por mais que as fronteiras entre o Direito e a Política

⁹ A este respeito veja-se o que afirmam Koerner, Inatomi e Baratto (2011, p. 158, grifo nosso): “[...] O modelo [judicial] exclui uma fonte específica de conflitos nas decisões judiciais, que ocorrem entre juízes (...), ou entre juízes e representantes eleitos: são as divergências a respeito das questões de direito – fundamentais, interpretação, direitos a proteger, direitos e objetivos a promover, procedimentos, o papel, as prerrogativas e as atribuições dos juízes e de outros sujeitos do processo judicial etc. O modelo do juiz aplicador da lei a casos particulares só comporta duas alternativas; o juiz não é ativista quando aplica metodicamente a regra geral aos casos particulares, ou, se for juiz *common law*, busca fielmente, de forma politicamente neutra, a regra, ou o precedente, aplicável ao caso, ou o juiz é *ativista*, quando, para adotar decisões substitutivas das intenções dos representantes eleitos postas na lei, ele faz as suas preferências políticas intervirem no seu ofício de julgar, e com isso distorce a aplicação da lei ou da caracterização do caso sob julgamento”.

sejam atualmente fluidas, como diz Barroso (2009, p. 2), não se pode perder de vista o fato de que, como o próprio Mendes (2014, p. 149, grifo nosso) afirma, “para se definir o âmbito normativo do preceito constitucional, para se delinear a extensão e intensidade dos bens, circunstâncias e interesses atingidos pela norma, *não se prescinde da consideração de elementos da realidade mesma a ser regida*”.

Ora, se o Brasil é um Estado democrático de direito que tem como um de seus fundamentos a *dignidade humana*, parece ser claro que a realidade a que se aplica o art. 5º, LVII é uma realidade delimitada por esta própria dignidade humana. Neste sentido, ao reinterpretar a presunção de inocência como vinculada não mais ao trânsito em julgado da sentença, mas sim à simples “matéria de direito” – o que permitiria, portanto, o início do cumprimento da pena mesmo antes de exaurirem-se todos os recursos –, o STF acaba por colocar por terra um dos pilares deste mesmo Estado democrático de direito, especialmente porque, ao dar nova interpretação a tal norma constitucional, acaba por legislar e, portanto, por infringir o princípio da separação de poderes, já que dá ao preceito constitucional uma interpretação que não condiz com o que se pode extrair do texto. O STF realizou, no dizer de Streck (2016), “uma efetiva alteração do texto constitucional” já que, ainda segundo este mesmo autor, “não há fundamento jurídico constitucional que [...] sustente” a decisão.

Além de ter deixado de lado a separação de poderes – o que ocorre todas as vezes em que qualquer tribunal, não apenas o STF, é ativista – a decisão do STF parece também infringir o próprio princípio da legalidade do Estado conforme supramencionado. Se este princípio defende a limitação do arbítrio dos governantes, ou seja, se postula que estão sujeitos “à lei, respetivamente, a atividade da função jurisdicional e a dos órgãos e agentes administrativos” (MORAIS, 2014, p. 499), parece não haver dúvidas de que o STF foi além do que lhe permite a lei – no caso, a Constituição –, já que buscou reescrevê-la, aniquilando uma garantia fundamental por julgar “inconstitucional o próprio texto constitucional” (STRECK, 2016).

Para complicar ainda mais o posicionamento do STF, vale destacar ainda o fato de que esta Corte Constitucional *não declarou inconstitucional* o art. 283 do Código de Processo Penal (CPP). Tal artigo traz que

ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, *em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado* ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva (BRASIL, 1941, grifo nosso).

Ora, se não há declaração de inconstitucionalidade de uma lei significa dizer que a mesma se encontra em total vigência no ordenamento jurídico brasileiro. Portanto, a interpretação realizada pelo STF acerca do art. 5º, LVII se mostra como ilógica tendo-se em vista o fato de que o órgão jurisdicional continuou a permitir a aplicação da norma constante do art. 283 do CPP. Como é possível que o STF considere como válida a norma do art. 283 do CPP – que exige o trânsito em julgado para a prisão do cidadão – *ao mesmo tempo* em que afirma que não é necessário o trânsito em julgado para o início do cumprimento da pena, como o fez no HC 126.292?

Com base em todo o exposto, parece ser plenamente possível reiterar que o STF extrapolou suas funções, infringindo os princípios da legalidade e da separação de poderes supramencionados. Uma vez que o STF continue por tal caminho, seja neste caso

específico, seja em outros, surge um risco ainda maior ao Estado democrático de direito brasileiro: é a *fragilização da cidadania*, como se verá a seguir.

Um dos perigos do ativismo judicial: a fragilização da cidadania

Os super-heróis integram o imaginário popular por serem seres – terrestres ou extraterrestres – com habilidades superiores, acima da média do “*cidadão comum*”. Neste sentido, é possível dizer que em tempos de crise o que este “*cidadão comum*” mais deseja é salvar a sua vida e a de seus entes queridos, em uma espécie de Estado de natureza hobbesiano em que o mais forte sobrevive – e se o cidadão não puder sobreviver às custas de seus próprios recursos, então que um super-herói o salve e o permita sobreviver.

Neste sentido é possível afirmar que o cidadão brasileiro, consciente ou inconscientemente, espera por um super-herói, por um “salvador da pátria”, em decorrência de sua frágil cidadania. Carvalho (2002, p. 11-3) mostra que no Brasil a construção dos direitos dos cidadãos – construção esta que levaria à “*cidadania completa*”, segundo o autor – não seguiu o padrão originado na Inglaterra: enquanto neste país desenvolveram-se os direitos civis, depois os políticos e por fim os sociais – e todos eles surgidos com base em efetiva “*conquista*” por parte do cidadão, em uma luta constante contra o Estado absoluto dos séculos XVI e XVII –, no caso brasileiro houve uma “*inversão da pirâmide dos direitos*”, já que primeiro teriam surgidos os direitos sociais, depois os direitos políticos, acompanhados de alguns direitos civis e, só por fim, a partir da Constituição de 1988, mais direitos civis, sendo que estes ainda estão indisponíveis para inúmeros cidadãos. Além disso, destaca-se que os direitos não foram “*conquistados*”, mas sim “*cedidos*” pelo Estado, o que talvez possa enfraquecer o significado de seu exercício por parte dos cidadãos. Por sua vez, como os vínculos que ligam o cidadão ao Estado seriam mais frágeis no Brasil devido ao próprio período temporal desta ligação – *grosso modo*, surgida apenas a partir da Constituição de 1988 –, a cidadania brasileira também seria frágil, já que dependente muito mais das ações do Estado do que das ações dos próprios cidadãos.

Outro ponto importante que mostra a fragilidade da cidadania no Brasil, confirmando a passividade geral do cidadão brasileiro, diz respeito à expectativa que este coloca nas eleições presidenciais em detrimento das eleições legislativas. Em um Estado democrático de direito é de se considerar que o poder Legislativo seja o mais importante dos três poderes, já que é neste ramo do poder do Estado que o cidadão é representado e é este ramo o responsável por transformar em lei a “*vontade do povo*”, a qual é em princípio expressa pelo voto.

Não é isto, entretanto, o que ocorre no Brasil. Para Carvalho (2002, p. 221, grifo nosso), sendo a História brasileira identificada majoritariamente com a *concessão* de direitos aos cidadãos pelo poder Executivo e não pelo poder Legislativo devido aos longos períodos autoritários vividos pelo Brasil – em que este último poder ou não funcionava ou seu funcionamento era apenas “*de fachada*” –, “*cria-se a imagem, para o grosso da população, da centralidade do Executivo. O governo aparece como o ramo mais importante do poder, aquele do qual vale a pena aproximar-se*”. Em consequência, “*a ação política nessa visão é sobretudo orientada para a negociação direta com o governo, sem passar pela mediação da representação*”. O autor ressalta ainda que “*ligada à preferência pelo Executivo está a busca por um messias político, por um salvador da pátria*”.

Este “*salvador da pátria*”, este “*super-herói*”, entretanto, não está mais no poder Executivo, mas sim no poder Judiciário¹⁰. Tendo passado nos últimos 10 anos por inúmeras crises políticas, parece ser possível afirmar que o poder Executivo brasileiro vem perdendo, pouco a pouco, seu protagonismo político junto ao cidadão, processo este aprofundado especialmente após a eleição de 2014. Em seu lugar surge o poder Judiciário, alçado à categoria de “(*super-*)*herói*” não apenas pelo cidadão – que passa cada vez mais a vê-lo como a *única* (e não mais a *última*) instância de possibilidade para solucionar seus problemas –, mas também pela própria doutrina, com inúmeros livros utilizando-se de analogias heroicas para analisar o trabalho deste poder¹¹.

Esta perspectiva “*heroica*” pode ser simbolizada por dois magistrados em casos recentes e que tiveram repercussão por todo o país: o primeiro deles foi o ex-Ministro do STF Joaquim Barbosa durante o julgamento do chamado “*Mensalão*” – e, coincidentemente, foi este Ministro inúmeras vezes apelidado de *Batman* nas redes sociais, em analogia da toga à capa utilizada por tal super-herói; o segundo caso, mais recente, refere-se ao juiz Sergio Moro, cuja atuação no âmbito da operação chamada “*Lava jato*” também faz com que receba a alcunha de “*herói do povo brasileiro*”.

Tal perspectiva, entretanto, apresenta-se como enganadora e verdadeiramente perigosa quando analisada sob a perspectiva da necessidade de reforço da cidadania no Brasil. A perspectiva é enganadora porque os magistrados, seja de qual instância for, precisam seguir aquilo que está na legislação e não aquilo que se apresenta como “*a vontade do povo*”. Acreditar que o poder Judiciário tem o papel de satisfazer as demandas populares é enganador não apenas porque não possui este poder uma legitimidade democrática “*direta*”, mas apenas “*indireta*” junto à população (ALEXANDRINO, 2016, p. 189), mas também porque permitir que o poder Judiciário atue além das balizas legalmente estabelecidas – infringindo os princípios da legalidade e da separação de poderes, como parece ter sido o caso do STF no HC 126.292 – acaba por minar esta própria legitimidade indireta que o poder Judiciário possui.

Por sua vez, aceitar que o poder Judiciário atue como um “*super-herói*” com o objetivo de “*salvar a pátria*” é perigoso porque dá ao poder Judiciário uma legitimidade para agir para além daquilo que lhe é esperado, o que em última instância fragiliza o desenvolvimento da cidadania por impedir que o próprio cidadão lute pela concretização dos seus direitos. Por outras palavras, não apenas o ativismo judicial pode se transformar em verdadeiro “*arbítrio do magistrado*”¹² – o que se configura como inadmissível em um Estado

¹⁰ Segundo Furlan (2014, p. 57, grifo nosso), o Estado assistencial não conseguiu – e tampouco o Estado liberal – atender às demandas sociais, o que levou à mutação de tal conformação ao modelo de Estado democrático de Direito. Segundo o autor, tal Estado, ainda incipiente devido à globalização, chegou a ter certa vertente neoliberal, posteriormente abandonada, o que contribuiu para o redimensionamento do poder Judiciário, de modo a equipará-lo aos poderes Executivo e Legislativo, designando ainda a vertente de Cortes Constitucionais. Logo, os agentes do Judiciário interagem no cenário do poder como novos *salvadores da pátria* sob a perspectiva de reforçar o equilíbrio republicano democrático. Contudo, em relação aos “*salvadores da pátria*” o autor assevera que “o desequilíbrio gerado pela condição de salvador da pátria inculcada e assimilada pelos agentes políticos difunde os frutos dos privilégios como aparelhamento de desestabilização do modelo estatal democrático de direito em perfeito regresso ao período absolutista marcado pela ênfase da irresponsabilidade do Rei” (FURLAN, 2014, p. 58).

¹¹ Vejam-se, a título de exemplo, os livros mais recentes de Marcelo Neves, todos eles com referências a deuses – ou a (super-)heróis – em seus títulos: *Entre Têmis e Leviatã* e *Entre Hidra e Hércules*.

¹² São sintomáticas deste “*arbítrio do magistrado*” as palavras de Barroso (2009, p. 2) na época em que ainda não era Ministro do STF: “em um país com o histórico do nosso, a possibilidade de assistir onze pessoas bem preparadas e

democrático de direito – como perpetua a condição de submissão do cidadão brasileiro frente ao Estado, ficando o primeiro a depender da “*boa vontade*” do segundo para ter seus direitos cumpridos e garantidos. É lapidar, neste sentido, o questionamento de Streck (2016): “se você aceita que o STF ultrapasse os limites semânticos da Constituição para uma decisão que lhe agrada, amanhã o que você dirá se a decisão, igualmente ativista e indo além dos tais limites, não lhe agrada?”. Vale dizer: “há uma dimensão substantiva [da Constituição] que não está à nossa livre disposição, não pode ser simplesmente convencionada pelas majorias de ocasião” – muito menos ser convencionada pelas supostas “*boas intenções*” de 11 pessoas que se apresentam como “*super-heróis*” no cenário político-jurídico-social brasileiro.

Portanto, decisões do poder Judiciário como a que resultou no HC 126.292 devem ser combatidas sob pena de permitir que este poder se transforme em um “*super-herói*” que acredita que, por buscar concretizar fins “*moralmente bons*”, pode fazer o que bem entender. Deve-se combater o ativismo judicial porque esta atitude é perniciosa para a cidadania e para a própria democracia, por mais que o resultado das decisões proferidas em decorrência do ativismo judicial seja aquele desejado pela maioria do momento, ou seja, “*popular*”. Como mostra o filme “*Guerra Civil*”, também os super-heróis precisam prestar contas dos seus atos. Ora, se até estes seres superpoderosos devem, de uma forma ou de outra, se submeter à *accountability* de seus atos, se estes seres devem de uma forma ou de outra concretizar a autocontenção de seus poderes sob pena de causarem mais estragos do que benefícios, por que não podem também os membros do poder Judiciário fazer o mesmo?

Considerações finais

O artigo buscou apontar alguns perigos decorrentes do chamado “*ativismo judicial*”, situação na qual o poder Judiciário decide agir além daquilo que dele é esperado e acaba por invadir a esfera de competência formal ou orgânica dos poderes Executivo e Legislativo.

Neste sentido, o artigo trouxe o tema à baila com base em um recurso da “*cultura pop*”, qual seja, o filme “*Guerra Civil*”, do *Marvel Studios*. No filme os super-heróis são chamados a prestar contas pelos danos colaterais provocados por suas ações, sendo que um grupo aceita se submeter à ONU e outro grupo não, dando origem à “*guerra civil*” que intitula o filme.

O argumento é utilizado, na forma de analogia, para se analisar o posicionamento do Supremo Tribunal Federal em seu recente julgamento no *habeas corpus* 126.292, de fevereiro de 2016. Neste *habeas corpus* o STF alterou sua jurisprudência e decidiu que os cidadãos devem iniciar o cumprimento de sua pena assim que a mesma for confirmada pela segunda instância – portanto, sem a necessidade de exaurirem-se todos os recursos, ao arripio do art. 5º, LVII da Constituição de 1988 e sem a declaração de

bem intencionadas decidindo questões nacionais é uma boa imagem”. *Data venia*, não se pode pressupor, ao menos do ponto de vista jurídico, que o destino do país deva depender da vontade de apenas 11 pessoas e, mais ainda, pressupor que estas 11 pessoas sejam “*efetivamente*” bem intencionadas. Valem, como contraponto, as palavras de Morais (2014, p. 499, grifo nosso): “Um Estado democrático que não esteja subordinado à Constituição e à lei não será um Estado de direito, mas um *despotismo maioritário*, marcado pelo arbítrio, pela incerteza e pela falta de garantias contra ofensas aos direitos e à separação de poderes”.

inconstitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal. Ambos os diplomas trazem explicitamente que os cidadãos só devem iniciar o cumprimento da pena após o trânsito em julgado da sentença, o que significa dizer que apenas após todos os recursos é que a pena pode ser aplicada.

Argumentou-se que o posicionamento ativista do STF é prejudicial à própria cidadania, não apenas por ser uma ação que do ponto de vista formal infringe a Constituição, mas também porque do ponto de vista material acaba por perpetuar a “*tradição brasileira*” de submissão e de passividade do cidadão brasileiro frente ao Estado. Em consequência, continua o cidadão a esperar por um “*super-herói*” que irá “*salvar a pátria*”: se antes o “*super-herói*” era um presidente eleito pelo povo, agora o “*super-herói*” se apresenta na figura do “*magistrado todo-poderoso*”.

Conclui-se o texto com a defesa de uma atitude de autocontenção por parte do poder Judiciário. Se “*com grandes poderes vêm grandes responsabilidades*”, compete ao poder Judiciário não exercer os seus “*superpoderes*” da maneira que bem entender, interpretando a norma conforme a vontade das majorias de ocasião, sob pena de trazerem mais prejuízos que benefícios à cidadania brasileira.

Referências

ALEXANDRINO, José Melo. *Lições de direito constitucional*. Vol. II. Lisboa: AAFDL, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Revista Atualidades Jurídicas. *Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB*. Nº 4, jan/fev 2009. Disponível em <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em 7 de maio de 2016.

BRASIL. Portal da Justiça Federal da 5ª Região. Justiça Federal em Alagoas. *Organograma do Poder Judiciário*. [2016a]. Disponível em: <http://www.jfal.jus.br/institucional/organograma>. Acesso em 12 de maio de 2016.

_____. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Decreto-lei nº 3.689*, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em 7 de maio de 2016.

_____. Senado Federal. Secretaria Especial de Informática. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Texto consolidado até a Emenda Constitucional nº 91 de 18 de fevereiro de 2016. Brasília: Senado Federal, 2016b. Disponível em <http://www.senado.gov.br/atividade/const/con1988/con1988_18.02.2016/CON1988.pdf>. Acesso em 7 de maio de 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Medida cautelar no habeas corpus 126.292 São Paulo*. Relator: Min. Teori Zavascki. 5 de fevereiro de 2015. 2015a. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=297592826&tipoApp=.pdf>>. Acesso em 7 de maio de 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Pena pode ser cumprida após decisão de segunda instância, decide STF*. 17 de fevereiro de 2016. 2016c. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=310153>>. Acesso em 7 de maio de 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Plenário julgará HC que discute execução de pena após julgamento de apelação*. 15 de dezembro de 2015. 2015b. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=306391&caixaBusca=N>>. Acesso em 7 de maio de 2016.

CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil. O longo Caminho*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

DATAFOLHA. 87% aprovam redução da maioria. 22 de junho de 2015. Disponível em <<http://datafolha.folha.uol.com.br/opiniaopublica/2015/06/1646200-87-aprovam-reducao-da-maioridade.shtml>>. Acesso em 7 de maio de 2016.

FURLAN, Fabiano Ferreira. *A corrupção política e o Estado democrático de Direito*. Rev., atual. e ampl. 2ª ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014.

KOERNER, Andrei; INATOMI, Celly Cook; BARATTO, Márcia. Sobre o Judiciário e a judicialização. In: MOTA, Mauricio; MOTTA, Luiz Eduardo (orgs.). *O Estado democrático de Direito em questão*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

LIMA JÚNIOR, Asdrubal Nascimento; SILVA, Matheus Passos. Relatório do Projeto “Práticas Investigativas” – Semestre 2010.2. Linha de pesquisa: Percepções sobre a justiça. Revista *Projeção, Direito e Sociedade*. V. 2, n. 2, ago/2011. Disponível em <<http://revista.faculdadeprojecao.edu.br/index.php/Projecao2/article/view/112/100>>. Acesso em 7 de maio de 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. Recurso digital. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MORAIS, Carlos Blanco de. *Curso de direito constitucional: teoria da Constituição em tempo de crise do Estado social*. Tomo II, v. 2. Coimbra: Coimbra, 2014.

PAGNAN, Rogério. Metade do país acha que ‘bandido bom é bandido morto’, aponta pesquisa. *Folha de S.Paulo*. Coluna Cotidiano. 5 de outubro de 2015. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2015/10/1690176-metade-do-pais-acha-que-bandido-bom-e-bandido-morto-aponta-pesquisa.shtml>>. Acesso em 7 de maio de 2016

SANDEL, Michael J. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SÃO PAULO. Universidade de São Paulo. Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. *Declaração de direitos do homem e do cidadão*. 26 de agosto de 1789 [2016]. Disponível em <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-à-criação-da-Sociedade-das-Nações-até-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em 7 de maio de 2016.

STRECK, Lenio Luiz. Teori do STF contraria Teori do STJ ao ignorar lei sem declarar inconstitucional. *Consultor Jurídico*. 19 de fevereiro de 2016. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-19/streck-teori-contraria-teori-prender-transito-julgado>>. Acesso em 7 de maio de 2016.