HABEAS CORPUS Nº 152752: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E FRAGILIZAÇÃO DO GARANTISMO CONSTITUCIONAL

HABEAS CORPUS Nº 152752: FEDERAL SUPREME COURT AND FRAGILITY OF THE CONSTITUTIONAL GUARANTEE

Martônio Mont'Alverne Lima[1]

Cícero Vital Silva[2]

DATA DE RECEBIMENTO: 24/09/2019
DATA DE APROVAÇÃO: 30/11/2019

RESUMO: O artigo visa demonstrar a mitigação da função garantista, exercida pelo Supremo Tribunal Federal, através do rompimento da harmonia entre os poderes e pela relativização de princípios basilares, como o da presunção de inocência. Fato que será analisado tendo como pano de fundo a denegação do HC n° 152752.

PALAVRAS CHAVE: Supremo Tribunal Federal. Garantismo. HC 152752. Presunção de inocência.

ABSTRACT: The article aims to demonstrate the mitigation of the guaranteed function, exercised by the Federal Supreme Court, by breaking the harmony between the powers and the relativization of basic principles, such as the presumption of innocence. This will be analyzed against the background of the denial of HC No. 152752.

KEYWORDS: Supreme Court. Guarantee. HC 152752. Presumption of Innocence.

INTRODUÇÃO

A partir de 1988, o ordenamento jurídico brasileiro passou a estruturar-se por meio de uma principiologia de respeito a direitos e garantias individuais. Entretanto,

[1] Pós-Doutor em Direito pela Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main. Contato: barreto@unifor.br
[2] Mestrando em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Contato: cicerovitaladvocacia@gmail.com.

o Supremo Tribunal Federal, em diversas decisões, especificamente quando do julgamento do HC de número 152752, vem mitigando princípios basilares da Constituição, como o da presunção de inocência quando, na medida em que, antes do trânsito em julgado de uma condenação não-definitiva (em 2° instância), manteve a prisão do ex-presidente Luís Inácio Lula da Silva.

Coadunando-se com tal aspecto, tem-se, como objeto geral do presente artigo, demonstrar como a ação da Suprema Corte, ao relativizar o princípio da presunção de inocência, agride a estrutura da Constituição, eliminando-se, assim, o papel garantista que deveria ser realizado pelo Supremo Tribunal Federal, em nome de uma contestável realização de justiça.

Como objetivos específicos, busca-se demonstrar a ocorrência, nos últimos anos, de uma ação contrária ao garantismo, exercida pela Suprema Corte, mas, também, de desmedidas interferências na esfera dos outros poderes que perpassam o limite estabelecido constitucionalmente para o STF, tendo como pano de fundo o julgamento do HC de número 152752.

A metodologia utilizada, quanto ao tipo, é bibliográfica por se desenvolver tendo como referência fontes publicadas em livros, artigos, dissertações, leis e teses. Em relação à utilização dos resultados, será pura porque tem como meta a ampliação dos saberes a respeito do tema, buscando-se atualizar o conhecimento sobre o objeto de estudo.

Quanto aos objetivos de pesquisa, é exploratória em virtude da exploração de fontes científicas, fatos e observações que explicam o tema em análise e, quanto à abordagem ao problema, é qualitativa, já que os dados não são tabulados de forma a apresentar um resultado preciso, mas, ao contrário, são retratados de forma descritiva, levando-se em conta aspectos tidos como relevantes.

No primeiro capítulo, conceitua-se o garantismo, explicando os aspectos que lhe são inerentes, bem como se debate em que medida este se faz presente na Constituição de 1988, mais especificamente, por meio do garantista princípio da presunção de inocência inserido no artigo 5° da Constituição de 1988.

No segundo capítulo, trata-se, especificamente, a respeito do julgamento do HC de número 152752, realizando-se um breve introito sobre o caso para, logo após, ser feito um debate a respeito da fragilização do papel do Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição, na medida em que relativiza o garantista princípio da presunção de inocência por meio de um julgamento, essencialmente, político e contrário ao garantismo.

Com base em todo o exposto, buscar-se-á conceituar e compreender o importante instituto do garantismo e os aspectos relacionados, especialmente, observando-se a presença deste na Constituição de 1988, notadamente, por meio do princípio da presunção de inocência e a relativização deste por parte do Supremo Tribunal Federal.

Nessa perspectiva, será analisado o caso específico do HC de número 152752 no qual se observou a fragilização do garantismo inserido na Constituição Federal, quando, por interesses políticos, permitiu-se a relativização do princípio da presunção de inocência na medida em que se possibilitou a prisão do paciente antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

1 O GARANTISMO INSERIDO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

1.1 Conceito de garantismo

O garantismo, inobstante ter sido vinculado, inicialmente, ao Direito Penal, assumiu um protagonismo próprio, na medida em que os Estados Democráticos de Direito, erigidos, especialmente, no pós-guerra. Resulta o garantismo numa resposta do constitucionalismo dirigente ao liberalismo de assistência, ou seja, aquele liberalismo que apenas assistia sua forma democrática, sem maior intervenção, seja na política, seja na economia. As tragédias da primeira e da segunda guerras mundiais serviram para mostrar a incapacidade do liberalismo de oferecer garantias democráticas mais amplas. Não sem razão que as constituições como a do Mérixo de 1971 e de Weimar de 1919 procuraram o “compromisso mínimo” entre capital e trabalho, a ponto de estabelecerem garantias econômicas para todos. Era a transformação do cidadão político também em cidadão econômico. Nesta matriz

estão as origens do garantismo constitucional que elevaram à condição de cláusula pétrea o respeito às garantias individuais.

> O Estado Democrático de Direito, tão em voga nos tempos atuais, devido à evolução dos ideais sociais, políticos, filosóficos e humanitários, é uma situação jurídico-política na qual todos são completamente iguais perante a lei, partindo dessa igualdade, a máxima proteção dos direitos humanos, sendo esta proteção aplicada a todo e qualquer cidadão. Assim, o Estado Democrático de Direito é aquele que visa garantir o respeito às liberdades fundamentais e aos direitos do cidadão, criando um sistema de proteção jurídica. Portanto, claro fica que o garantismo é o principal instrumento da concretização desta proteção juridicamente organizada para impedir que as garantias fundamentais pelas quais o Estado é obrigado não sejam prejudicadas. (FERREIRA, 2016, online)

Pode-se também entender o garantismo como uma teoria, de base iluminista, de recuperação da razão humana sobre o místico. Luigi Ferrajoli, por exemplo, a concebe como um modelo normativo de Direito, mas que, ao mesmo tempo, é crítico ao próprio Direito vigente, representando, assim, uma forma de filosofia política.

> A palavra garantismo pode ser compreendida sob três acepções: pela primeira, Garantismo designa um modelo normativo de direito, quanto ao Direito Penal, de extrema legalidade, próprio do Estado de Direito. No plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognoscitivo ou de poder mínimo, no plano político como uma técnica de tutela capaz de minimizar a violência e de maximizar a liberdade e no plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à potestade punitiva do estado em garantia dos direitos dos cidadãos. Em consequência, é Garantista todo o sistema penal que se ajusta normativamente a tal modelo e satisfaz de maneira efetiva. (FERRAJOLI, 1997)

Como um modelo normativo que é, deve, necessariamente, tal filosofia política estar vinculada ao poder estatal, de forma a concretizar direitos fundamentais a todos os cidadãos, permitindo-se, assim, a efetivação do que constituições garantistas, como a brasileira, preveem, sob pena de se constituir um Estado alheio ao que é representado pelo garantismo.

Quanto ao caráter crítico, faz-se, no garantismo, o contraste entre o que é tido como válido (o que se admite como positivado), o dever ser e o que é efetivo, ou seja, o real, o que pode ser compreendido como o ser do Direito. Nessa perspectiva, quando tais aspectos não se coadunam, passa-se a viver uma crise no garantismo, que deixa de existir concretamente, emergindo, assim, o aspecto crítico. Quanto ao

caráter político, o garantismo, representa, na verdade, uma filosofia, uma justificação da política vigente (externa), sendo o resultado da consubstanciação da relação desta com a ética, indo além da mera explicação jurídica (interna), resultante do confronto entre Direito e moral, validade e justiça.

> Ocorre que, ao contrário da leitura reducionista que predomina em *terrae brasilis*, Ferrajoli introduz o garantismo, apresentando seus três sentidos — (1) como modelo normativo, (2) como teoria do Direito e (3) como filosofia política —, e em seus livros subsequentes afirma, categoricamente, que seu trabalho não se limita à esfera do Direito (Processual) Penal, mas se aplica às demais áreas do conhecimento jurídico igualmente marcadas por uma crise estrutural das garantias que caracterizam o estado de direito. (Trindade, 2013, online)

Independentemente de qualquer aspecto mais formalista em relação ao conceito de garantismo, o ponto mais proeminente dessa teoria é aquele que o encara como um meio de tutelar os direitos fundamentais, constituindo-se como um caminho que deve nortear a aplicação de qualquer Constituição em que se busque tal desiderato.

> O garantismo, portanto, se configura como a teoria do sistema das garantias dos direitos fundamentais, que analisa, valoriza e elabora os dispositivos jurídicos necessários à tutela dos direitos civis, políticos, sociais e de liberdade sobre os quais se fundam as hodiernas democracias constitucionais (IPPOLITO, 2011).

Assim, o garantismo, mais do que um termo representa uma teoria protetiva que busca preservar a dignidade do ser humano, resguardando e buscando a concretização dos direitos fundamentais, permitindo que estes não sofram abalos por interferência de qualquer outro, mesmo que este seja o próprio Estado.

1.2 A presença do garantismo na Constituição de 1988

O constitucionalismo moderno elevou os direitos sociais a um patamar jamais visto, distanciando-se do absenteísmo do Estado. Tratava-se de, por meio de uma função proativa, impulsionar o Estado à prestação de direitos e garantias por meio de um dirigismo constitucional com o objetivo de concretizá-los.

> Assim é que a Constituição da República é a norma maior, sendo o fundamento de validade material e formal do sistema. Decorre disto o

> fato de que todos os dispositivos e interpretações possíveis, inclusive o de transformar substantivo em adjetivo – exclusivamente –, como acontece com o art. 144, § 4º, da CR, por exemplo, devem perpassar pelo seu controle formal e material, não podendo ser infringida ou modificada ao talante dos governantes públicos, mesmo em nome da maioria – esfera do indecidível –, dado que as Constituições rígidas, como a brasileira de 1988, devem sofrer processo específico para reforma, ciente, ainda, da existência de cláusulas pétreas. Na prática, a aplicação de qualquer norma jurídica precisa sofrer a preliminar oxigenação constitucional de viés garantista, para aferição da constitucionalidade material e formal da norma jurídica. (ROSA,2011)

De acordo com Xerez (2012), a concretização dos direitos fundamentais dar-se-ia por meio de um conjunto de ideias e práticas orientadas à atribuição de máxima eficácia às normas de direito fundamental, com a finalidade de efetivação destes direitos. Portanto, concretizar um direito fundamental envolve aspectos teóricos (os fundamentos) e aspectos práticos (relativos à interpretação e aplicação).

A partir do instante em que o constituinte originário opta por erigir uma Constituição alicerçada em toda uma principiologia de defesa de direitos fundamentais, faz-se necessária a criação de mecanismos capazes de protegê-los. Reside, justamente neste ponto, a necessidade de ser ater ao garantismo, na medida em que este se constitui como um escudo protetor contra as tentativas de fragilizar o exercício de tais Direitos.

> No Brasil, da mesma maneira como ocorreu na Argentina, na Colômbia e no México, o garantismo foi importado precisamente durante o período de redemocratização, marcado pela promulgação das novas cartas constitucionais e pela imposição de respeito aos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos, sobretudo aqueles de liberdade, contra as arbitrariedades do Estado (Trindade, 2013, online).

Cademartori (1991) ressalta a necessidade de se garantir, a todos os cidadãos (principalmente, os processados criminalmente, pela peculiar situação que ocupam), tanto os direitos positivados bem como o devido respeito ao princípio da legalidade, especialmente, em constituições rígidas, como a brasileira.

> A Teoria Garantista representa, ao mesmo tempo, o resgate e a valorização da Constituição como documento constituinte da sociedade. Esse resgate constitucional decorre, justamente, da necessidade da existência de um núcleo jurídico irredutível/fundamental capaz de estruturar a sociedade, fixando a forma e a unidade política das tarefas estatais, os procedimentos

> para a resolução de conflitos emergentes, elencando os limites materiais do Estado, as garantias e direitos fundamentais e, ainda, disciplinado o processo político-jurídico do Estado, aberto ao devir. (ESPÍNDOLA, 1988, p. 95)

Assim, existe uma mútua interferência entre garantismo e qualquer Constituição que se proponha a garantir direitos fundamentais (não, necessariamente, a escrita), não se podendo falar que aquele possa ser efetivado, concretizado sem a existência desta. Por isso que a Constituição precisa elencar os direitos e garantias fundamentais, bem como os limites de atuação do Estado para com o cidadão.

> As constituições do século XX reconheceram outros direitos fundamentais e suas garantias, além dos direitos de liberdade inseridos no Estado de Direito pela tradição liberal. O garantismo redefine os conceitos do constitucionalismo, substancializando-os. A validade das leis infraconstitucionais tem como parâmetro material as normas constitucionais. Tutelar os direitos fundamentais é objetivo central do garantismo. Através da estrita legalidade, também o legislador está submetido à lei. (GIL, p.6 2006)

Tratando-se, especificamente, da análise da Constituição de 1988, verifica-se, em diversos de seus artigos e incisos (principalmente, no artigo quinto), a opção do constituinte pela teoria garantista, na medida em que assumiu uma responsabilidade que, inclusive, ultrapassa o meramente positivado, posto ter inserido normas capazes não, apenas, de manutenção, mas, ainda, de implementação do garantismo.

1.3 O garantista princípio da presunção de inocência

O princípio da presunção de inocência, petrificado no artigo 5° da Constituição Federal, inciso LVII, determina que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, ou seja, não pode haver a definição da culpabilidade do indivíduo, antes de se esgotarem todas as instâncias recursais.

Tal princípio, no entanto, não é originalmente brasileiro. Na verdade, remonta à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (século XVIII) e à Declaração Universal dos Direitos Humanos, da Organização das Nações Unidas, de 1948, além de estar presente em diversos outros regramentos normativos espalhados ao redor do mundo, em diferentes épocas.

Em relação ao à Alemanha, embora não haja um modelo de quatro possíveis instâncias, como no caso brasileiro, espera-se que haja o trânsito em julgado da sentença para que se possa decretar a privação da liberdade, que, nesse país, um processo é considerado terminado depois da decisão do Bundesgerichtshof (BGH), que é o guardião da lei federal, como é o Superior Tribunal de Justiça brasileiro.

> Quem defende que a prisão possa ser executada já depois da decisão de segundo grau, mesmo ainda havendo recursos pendentes de julgamento, costuma citar os sistemas dos Estados Unidos e da França como mais eficientes. Lá, dizem, as prisões são executadas depois da primeira confirmação. O sistema da Alemanha, no entanto, pode ser mais "comparável" ao nacional. Citado como bom exemplo, o modelo alemão também espera o trânsito em julgado da condenação para prender. (CANÁRIO, 2016)

Em Portugal existe influência europeia nos mesmos moldes que ocorre no Brasil, ou seja, assumindo tal princípio como um direito fundamental. Assim, segundo a Constituição da República portuguesa, em seu artigo 32, 2, todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa (PORTUGAL, 1976).

Na Itália, de acordo com Daniela Lustosa Lopes

> Na Itália por seu turno, com o surgimento da presunção de inocência ocorreu uma resistência quanto a sua incorporação pois vivia uma época de autoritarismo do Estado, e logo, a sua aplicação impediria o interesse de alcançar seus ditos inimigos. Na sua Constituição de 1947, em seu art. 27, com nítido viés democrático, trouxe expressamente o princípio, que de modo diverso do Brasil, no lugar de colocar “até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” coloca “até condenações definitivas”, não resguardando diferenças quanto à aplicação da norma. Inclusive, o acusado não é considerado réu na Itália enquanto tiver meios de modificação da situação penal. (LOPES, 2018, online)

De acordo com Alexandre Vilela, no que pertine à codificação francesa.

> Quer a jurisprudência, quer a doutrina francesa recentes, afirmam a vigência do princípio no ordenamento jurídico francês, mas insistem especialmente na sua incidência no âmbito probatório, como regra determinante de absolvição em caso de incerteza, com o consequente ônus da prova para acusação, sem que se lhe atribua qualquer espécie de relevo em relação à disciplina da prisão preventiva. (VILELA, 2000)

Em relação à codificação argentina, no artigo terceiro, o Princípio de inocência, em que Nadie puede ser considerado ni tratado como culpable hasta tanto una sentencia firme, dictada en base a pruebas legítimamente obtenidas, desvirtúe el estado jurídico de inocencia del que goza toda persona. (ARGENTINA, 2014)

Em relação à codificação chilena, nas palavras de Humberto Nogueira Alcalá

> Estamos por tanto, frente a un co-detentor de la potestad punitiva del Estado, lo cual amenaza siempre desbordar frente a un imputado que aparece en una posición de desigualdad ante ese formidable adversario, y debe por ello ser protegido por las instancias más elevadas de la organización jurídica mediante la garantía de un procedimiento estrictamente formalizado y regulado, que le asegure un tratamiento equilibrado y, sobre todo, capaz de preservar la presunción de inocencia que constituye el instrumento básico para su defensa.(ALCALÁ, 2005, v. 11, p. 227).

Independentemente de onde estivesse codificado, o objetivo evidente era limitar os abusos do Estado contra o cidadão, evitando-se, assim, arbitrariedades, permitindo que todos seriam presumidamente inocentes e que não poderia haver o encarceramento, exceto em situações excepcionais e por um período de tempo razoável. Assim, mesmo sem ser denominado como tal, exsurgia, nessa perspectiva, o garantismo, mesmo que de forma incipiente.

Em respeito a essa perspectiva, é que o constituinte originário optou pela liberdade, garantindo-a como regra, por meio de uma escolha que se coadunou com o melhor desenvolvimento do direito, permitindo-se o amplo exercício do direito fundamental a liberdade em toda a sua plenitude, sem amarras e de forma livre. Nas palavras do Ministro Marco Aurélio.

> O dispositivo não abre campo a controvérsias semânticas. A Carta Federal consagrou a excepcionalidade da custódia no sistema penal brasileiro, sobretudo no tocante à supressão da liberdade anterior ao trânsito em julgado da decisão condenatória. A regra é apurar para, em execução de título judicial condenatório precluso na via da recorribilidade, prender. A exceção corre à conta de situações individualizadas nas quais se possa concluir pela incidência do disposto no artigo 312 do Código de Processo Penal. (MARCO..., 2016, online)

Por mais que se tenha condenado um réu, em outras instâncias, a prisão é caso de exceção, sustentável, tão somente, quando o condenado provisório oferece risco claro, de algum modo, à sociedade, devendo, ademais, ser mantida, pelo

tempo, estritamente, necessário. Fazer diferente disso é afrontar o garantismo presente no texto constitucional.

2 A RELATIVIZAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO HC 152752

2.1 Breve escopo sobre o caso

O paciente, Ex-Presidente da República, foi condenado, por meio de sentença prolatada pelo juiz Sérgio Moro, pelos crimes de corrupção passiva e lavagem de dinheiro. Tal decisão foi confirmada, com acréscimo na pena, pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF 4) que aumentou a pena da primeira instância para pouco mais de 11 anos.

A Defesa do Ex-Presidente, no entanto, objetivando impedir a execução provisória da pena, após o STJ, também, ter optado pela manutenção de sua prisão, impetrou um Habeas Corpus, o de número 152752, no Supremo Tribunal Federal que, por meio de uma votação apertada, sendo seis votos a favor do cumprimento provisório da prisão e cinco contra, entendeu que o paciente poderia ser encarcerado.

Em seu voto, o relator Edson Fachin argumentou que o STJ, quando entendeu como cabível o início do cumprimento provisório da pena, o fez por obediência ao que já se encontrava definido na jurisprudência do próprio STF, desde 2016 no julgamento do HC 84078/MG, não havendo, até a presente data, revisão de tal decisão em sede de controle abstrato de constitucionalidade, cabível, apenas, após o julgamento meritório das ADCs 43 e 44.

Embora a defesa tem argumentado que as decisões do STF não teriam força vinculante, o Ministro rebateu afirmando que o TRF-4 editou súmula própria, de número 122, em que seria permitido o início do cumprimento provisório de pena após a condenação em segunda instância, não se podendo argumentar que tal Tribunal se manteve vinculado ao STF

O Ministro Alexandre de Moraes seguiu o Relator pontuando que o STF, durante, apenas, cerca de 7 anos, dos aproximadamente, 30 anos de Constituição, compreendeu ser cabível o não cumprimento da pena após a condenação em

segunda instância. Além disso, argumentou que, dos 34 ministros que atuaram na Corte, somente 9 ministros mantiveram-se contrários à possibilidade de execução provisória da pena após a condenação em segunda instância.

O Ministro Luis Roberto Barroso concordou com o Relator e pontuou que, durante o período em que se proibia a prisão após a segunda instância, o Judiciário foi bombardeado por inúmeros recursos que se apresentavam tanto como procedimentos protelatórios como geradores de prescrição, além de tornar a justiça seletiva, na medida em que, apenas, os mais ricos poderiam utilizarem-se da ampla defesa

Em relação ao princípio da presunção de inocência, o Ministro, em clara inspiração alexyana, ressaltou que tal Princípio não seria uma regra absoluta, necessitando de ponderação com outros, bem como com valores constitucionais presentes no Ordenamento Jurídico, ou seja, relativizou-o, entendendo-o como negociável em clara afronta ao garantismo.

A Ministra Rosa Weber em um voto, para alguns, confuso, optou por seguir a jurisprudência do STF, a despeito de sua posição pessoal, argumentando que, em sede de HC, não seria possível rever tal entendimento a contento, defendendo que o momento adequado seria, quando da análise em plenário, do tema em comento, de forma abstrata.

O Ministro Luiz Fux, seguindo o Relator, argumentou que o artigo 5°, LVII da Constituição Federal, não condicionaria o cumprimento provisório da pena após o trânsito em julgado, podendo, assim, ser possível o encarceramento antes, caso se realizasse uma interpretação sistemática da Constituição de 1988.

Finalmente, concretizando a maioria favorável à prisão em segunda instância, a então Presidente Carmem Lúcia acompanhou o Relator, utilizando-se de um argumento de política judiciária, tal qual fizera o Ministro Luís Roberto Barroso, defendeu que não permitir a execução da pena, após o esgotamento dos recursos ordinários, levaria à impunidade.

A Ministra argumentou, ainda, mantendo o mesmo entendimento quando do julgamento do HC 84078/MG, em 2009, quando foi voto vencido, que o cumprimento

antecipado da pena não ofenderia o princípio da não culpabilidade, não prejudicando, assim o princípio da ampla defesa. E mais: afirmou que a Constituição, também, asseguraria a efetividade do Direito Penal e da aplicação da pena de prisão. O que chama a tenção é que nenhum dos ministros enfrenta o argumento da cláusula pétrea que recai sobre os direitos e garantias individuais e que se consubstancia no segundo momento constitucional da vedação ao cumprimento antecipado da pena antes do trânsito em julgado de uma sentença. Aqui se trata de um nítido exemplo onde o STF se tornou senhor da Constituição.

2.2 A fragilização do papel do STF como guardião da Constituição

Considerando-se os argumentos dos ministros favoráveis a antecipação do cumprimento da pena, verifica-se que, na defesa de seus votos, não apenas relativizaram princípios basilares do ordenamento jurídico, mas, ainda, fragilizaram o garantismo inserido na Constituição com a utilização do argumento de implementação da justiça.

Surpreende o argumento do Relator que contestou a tese da defesa, afirmando que, embora a jurisprudência, mesmo do STF, não vinculasse o restante do Poder Judiciário, a súmula do TRF-4 *(sic)* seria legítima para admitir a prisão em segunda instância:

> Assim, o trânsito em julgado da sentença penal condenatória ocorre no momento em que a sentença ou o acórdão torna-se imutável, surgindo a coisa julgada material. Não há margem exegética para que a expressão seja interpretada, mesmo pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido de que o acusado é presumido inocente, até o julgamento condenatório em segunda instância, ainda que interposto recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal ou recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça. (BADARÓ, 2018, online).

O Ministro Alexandre de Moraes, seguindo o Relator, optou por vincular a guarda da Constituição a um dado estatístico, concentrando-se no fato de que, em apenas cerca de 7 anos, dos aproximadamente, 30 anos de Constituição, o STF compreendeu não ser possível o cumprimento da pena após a condenação em segunda instância e que, dos 34 ministros que atuaram no Supremo Tribunal

Federal, somente 9 mantiveram-se contrários à possibilidade de execução provisória da pena após a condenação em segunda instância.

Ou seja, o parâmetro a ser utilizado pelo Supremo Tribunal Federal, para a preservação de princípios, como o da presunção de inocência, passou a ser a análise de dados estatísticos, o que se distancia do texto constitucional. O Ministro Luis Roberto Barroso, quando seguiu o Relator, também, desenvolveu uma linha contrária ao garantismo, na medida em que compreendeu ser cabível a prisão, mesmo sem o trânsito em julgado, para se evitar que o réu se utilize de recursos, supostamente, protelatórios e, assim, evitar a prescrição:

> Contudo, é caminho inaceitável aquele que aposta na solução dos problemas da carga de trabalho dos tribunais mediante esvaziamento dos direitos dos cidadãos. Seria abrir um novo capítulo na já suficientemente vergonhosa história da jurisprudência defensiva, autorizando o consequencialismo utilitarista ensimesmado das Cortes Supremas a avançar impiedosamente sobre as mais caras garantias processuais contrajurisdicionais. Institucionalizaríamos a noção de que a capacidade de assimilação do acervo pelo Judiciário é a régua de medição da eficácia dos direitos fundamentais. (SOUSA, 2019, online)

Quanto aos Ministros Fux e Rosa Weber, novamente, ambos mantiveram posturas contrárias ao garantismo, na medida em que o primeiro admitiu que o artigo 5°, LVII da Constituição Federal não vedaria a prisão após a condenação em segunda instância por uma interpretação sistemática, mesmo sem entrar no detalhamento do que seria necessário para tal, limitando-se a uma interpretação rasa desconsiderando o peso envolvido na manutenção do princípio da presunção de inocência.

> Ora, pois, data máxima venia ao entendimento do Supremo, não podemos concordar com o arguido pela maioria de nossos ministros. E isto porque, a norma constitucional é clara e não comporta interpretação, sob pena de, intentando conciliar a presunção de inocência com a execução provisória de pena, extrapolarmos os limites da hermenêutica de interpretação e reescrevermos a norma jurídica, dando-lhe sentido diverso do que o estabelecido pelo constituinte originário. (GENOSO, 2018, online)

Em relação à Ministra Rosa Weber, seguindo o descompasso de seus pares para com o garantismo, após um confuso voto, limitou-se a justificar a escolha em razão de uma decisão anterior do STF pela manutenção da prisão após a condenação em segunda instância, chegando a afirmar, no entanto, que não era o

seu “posicionamento pessoal”, ou seja, nessa perspectiva. Em consonância com a fragilização do garantismo desenvolvida pelos seus pares, a Presidente Carmem Lúcia defendeu a manutenção da prisão em segunda instância, argumentando, como fizeram outros, que decidir diferente levaria a impunidade, compreendendo, assim, ser cabível fragilizar a presunção de inocência em nome da defesa de uma suposta efetividade de um Direito Penal efetivo que, segundo ela, faria parte da Constituição.

> É precisamente o que acontece quando se admite a execução provisória da pena para evitar que eventual demora no julgamento descambe em prescrição. É a autodefesa do tribunal à custa da integridade da garantia da pressuposição de inocência, tal como disciplinada em nosso direito positivo. (SOUSA, 2019, online)

Portanto, em que pese a segurança jurídica dada pelo princípio da presunção de inocência, segundo o qual a prisão somente poderia ter seu cumprimento iniciado após o trânsito em julgado, a maioria do STF manteve-se alheia ao garantismo inserido na Constituição, por entender que manter toda a principiologia constitucional mantenedora de direitos poderia gerar impunidade ou prejudicar o Direito Penal, como um dos pontos mais supostamente consistentes de suas formulações jurisprudenciais.

CONCLUSÃO

Seja qual for o contexto político, o Supremo Tribunal Federal não deve ceder naquilo que a Constituição não cedeu. O argumento da efetividade do Direito Penal nada mais é do a busca da satisfação da opinião pública, fortemente influenciada pelo primário discurso contrário aos direitos humanos, que tem por base geral o imediatismo punitivista. Tal situação não representa a menor novidade nos acontecimentos autoritários e totalitários da experiência do século XX. Uma das melhores lições se pode colher sobre o perigo que se opera quanto tribunais ouvem o “clamor das ruas” , vem do registro de Ernst Fraenkel, jurista alemão de origem judaica, quando de sua obra sobre o *dual State*, como assim foi caracterizado por este Autor o período do nazismo na Alemanha. Em 1937 o Tribunal Superior do Trabalho do Reich alemão fundamentou sua negativa de proteção legal em favor de trabalhadores judeus sob o seguinte argumento:

> ...o reconhecimento dos princípios raciais representados pelo NSADP [*Nationalsozialistische Deutsche Arbeiterpartei* - Partido Nacional Socialista Alemão do Trabalhadores] encontrou também inequívoca penetração entre as amplas camadas da população, mesmo que não pertencentes ao Partido". Quando a Suprema Corte se rende ao terror das ruas, não surpreende que as instâncias inferiores não resistam às tendências antijudaicas do estado de prerrogativa[3].

Tomando-se por base os votos (de acordo com a respectiva análise realizada anteriormente) favoráveis à manutenção da prisão do paciente, infelizmente, não se pode chegar a outra conclusão diferente da que acata ser político o verdadeiro motivo da manutenção da prisão após a condenação em segunda instância, posto em nenhum deles ter sido verificado algum viés, minimamente, garantista.

Aqui não se defende que o paciente seja inocente. Tal aspecto, embora fosse passível de abordagem, não é o foco da Constituição. O que se está a debater é que a decisão, na medida em que desrespeita princípios, como o da presunção de inocência, baseando-se em contestáveis argumentos desenvolvidos pelos ministros, torna o viés político como a única possibilidade capaz de justificar o porquê do Supremo Tribunal Federal ter deliberado de forma contrária ao garantismo.

No presente artigo, buscou-se demonstrar o conceito de garantismo, suas origens e a sua respectiva presença, não, apenas, no ordenamento jurídico brasileiro, em especial na Constituição de 1988, mas em distintos momentos da história e em outros ordenamentos jurídicos além do pátrio.

No que pertine ao garantismo, na perspectiva brasileira, demonstrou-se a vinculação deste ao constitucionalismo pátrio, ne medida em que a Constituição de 1988 é alicerçada em diversos princípios, como o da presunção de inocência, no qual se verifica o quão intenso é o fenômeno do garantismo nesta e como este é ínsito ao ordenamento jurídico brasileiro, fazendo parte de sua essência.

Após essa verificação, analisou-se o julgamento do HC de número 152752, inicialmente por meio da descrição do caso em comento e dos votos dos Ministros

[3]No original (FRAENKEL, 2012, p. 144): ... „*die Anerkennung von der NSDAP vetretenen rassischen Grundsätze auch in den breiten, nicht der Partei angehörigen Volksschichten ganz unverkennbare Ausbreitung gefunden hat". Wenn das höchste Gericht vor dem Terror der Straßen kapituliert, ist es nicht verwunderlich, daß die unteren Instanzen den judenfeidlichen Tendenzen des Massnahmensstaates keinen Widerstand entgegensetzen.*

favoráveis ao cumprimento da pena, após a condenação em segunda instância, para, logo após, iniciar um exame dos aspectos mais relevantes nas conclusões de cada um dos juízes.

Com base nessa análise, observa-se um desvirtuamento das precípuas funções do Supremo Tribunal Federal que fragilizou o garantismo em nome da concretização de uma suposta justiça, por meio de falaciosos argumentos que, como demonstrado, não se sustentam se for tomado como referência o que determina a Constituição de 1988.

A fragilização do garantismo, especificamente no caso do HC 152752, concretizou-se no desrespeito ao princípio da presunção de inocência, na medida em que se permitiu a prisão do paciente antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, mesmo havendo previsão constitucional em contrário disseminada em diversos artigos e incisos da Constituição de 1988.

Como justificativa razoável do porquê o Supremo Tribunal Federal agiu em contrário ao exposto, infelizmente, não vem à baila outra explicação que não seja o viés político, desenvolvido por seus integrantes, para referendar uma decisão que afronta sobremaneira o garantismo inserido na Constituição de 1988.

Não se busca realizar a defesa política do condenado em segunda instância, com o mero objetivo de aventar a inocência pela prática de seus supostos crimes. A medida que defende o garantista princípio da presunção da inocência protege todo o arcabouço jurídico constitucional em que se permite, sim, a condenação de criminosos, desde que lhe sejam garantidos o contraditório e a ampla defesa.

Dessa forma, conclui-se que o garantismo é uma escolha teórica constitucional que se faz presente em diversos ordenamentos jurídicos modernos, especialmente, no brasileiro, mas que, inobstante tal constatação, o Supremo Tribunal Federal, na contramão de seu papel constitucional, permitiu sua violação quando ratificou, por maioria, a prisão de um condenado antes do trânsito em julgado de sentença pena condenatória, em afronta ao garantista princípio da presunção de inocência.

REFERÊNCIAS

ALCALÁ, Humberto Nogueira. Consideraciones sobre el derecho fundamental a la presunción de inocência. *In*: **Revista Ius Et Praxis**, Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, *v. 11, n. 1,* jan./jun. 2005. Disponível em: <http://www.revistaiepraxis.cl/index.php/iepraxis/article/view/529/394>. Acesso em: 14 jun. 2017.

ARGENTINA. Codigo Procesal Penal Federal (T.O. 2019). Disponível em: <http://www.saij.gob.ar/27063-nacional-codigo-procesal-penal-federal-to-2019-lns0006496-2019-02-07/123456789-0abc-defg-g69-46000scanyel?>. Acesso em: 14 jun. 2019.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. É temerário admitir que o STF pode "criar" um novo conceito de trânsito em julgado. *In:* **Consultor Jurídico**. 03 abr. 2018. Disponível em < https://www.conjur.com.br/2018-abr-03/badaro-stf-nao-criar-conceito-transito-julgado>. Acesso em 30 maio 2019.

CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de Direito e Legitimidade**: uma abordagem garantista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

CANÁRIO, Pedro. Citada como exemplo, Alemanha espera trânsito em julgado para prender. *In:* **Consultor Jurídico.** 05 out. 2016. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2016-out-05/citada-exemplo-alemanha-prende-transito-julgado>**.** Acesso em 13 jun. 2019.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Precedente judicial como fonte do direito.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

DINAMARCO, Cândido R. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Malheiros, 2008.

ESPÍNDOLA, Angela Araújo da Silveira. A refundação do processo civil e os três desafios à dogmática processual: a tutela preventiva, a tutela coletiva e a virtualização do judiciário. *In:* **Revista de Processo**, São Paulo, v. 37, n. 203, jan. 2012.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de Princípios Constitucionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**: Teoria do garantismo penal. 2. Ed. Tradução de Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco e Rocío Cantanero Bandrés, Madrid:Trotta, S.A.,1997.

_____m. **Derechos y garantías: La ley del más débil**. Madrid: Trotta,1999.

FERREIRA, Eduardo Henrique. O Garantismo Jurídico. *In*: **Conteúdo Juridico**, Brasilia-DF: 29 jul. 2016. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.56359&seo=1>. Acesso em: 30 maio 2019.

FRAENKEL, Ernst. **Der Doppelstaat.** Hamburg: CEP EuropäischeVerlagsanstalt, 2012.

GENOSO, Gianfrancesco. O Garantismo Jurídico. *In*: **Migalhas**, 25 maio 2018. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI280768,91041-O+STF+e+a+presuncao+de+inocencia+principio+em+extincao>. Acesso em: 30 maio 2019.

GIL, Lise Anne de Borba Franzoni. **O garantismo jurídico de Luigi Ferrajoli e a teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy**: uma aproximação teórica. Tese de Doutorado. Florianópolis: UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA, 2006.

IPPOLITO, Dario. O garantismo de Luigi Ferrajoli. *In:* **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito - RECHTD**. Vol. 3. Unisinos. jan-jun. 2011.

LIMA, Patricia Carla de Deus. O Abuso do direito de defesa no processo civil: reflexões sobre o tema no direito e na doutrina italiana. *In*: **Revista de processo,** São Paulo, v. 30, n. 122 , abr. 2005.

LOPES, Daniela Lustosa. *Direito comparado: as vertentes da presunção de inocência*. *In:* **Conteúdo Juridico**. Brasilia-DF: 11 set. 2018. Disponivel em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591247&seo=1>. Acesso em: 14 jun. 2019.

LOPES JÚNIOR, Aury. (Re)descobrindo as teorias acerca da natureza jurídica do processo (penal). *In:* **Revista Brasileira de Ciências Criminais,** São Paulo, v. 75, n. 101, nov./dez. 2006.

Marco Aurélio vota contra prisão após condenação em 2ª instância. *In:* **Migalhas.** Disponível em < https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI244978,71043-Marco+Aurelio+vota+contra+prisao+apos+condenacao+em+2+instancia>. Acesso em 29 maio 2019.

MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil como prêt-à-porter? Um convite ao diálogo para Lenio Streck. *In:* **Revista de processo,** São Paulo, v. 36, n. 194, abr. 2011.

NUNES, Dierle. Processualismo constitucional democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva: a litigância de interesse público e as tendências "não compreendidas" de padronização. *In:* **Revista de processo.** v. 36, n. 199, set. 2010.

PALERMO, Pablo Galain. Mediação penal como forma alternativa de resolução de conflitos: a construção de um sistema penal sem juízes. *In:* **Revista brasileira de ciências criminaisn** v. 19, n. 91, jul./ago. 2009.

PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa**, 1976. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/PAGINAS/CONSTITUICAOREPUBLICAPORTUGUESA.ASPX>. Acesso em: 14 jun. 2019.

ROSA, Alexandre Morais da. **O que é garantismo jurídico?** (Teoria Geral do Direito). Florianópolis: Habitus, 2003.

_____. **Garantismo Jurídico e Controle de Constitucionalidade Material.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011

SOUSA, Diego Crevelin de. Sobre a impossibilidade de prisão pena antes do trânsito em julgado. *In:* **Empório do Direito**. 10 abr. 2019. Disponível em

<https://emporiododireito.com.br/leitura/abdpro-80-sobre-a-impossibilidade-de-prisao-pena-antes-do-transito-em-julgado>. Acesso em 30 maio 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. 5. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SOUZA, Artur César de. **A parcialidade positiva do juiz**. São Paulo: RT, 2008.

STRECK, Lenio Luiz; MOTTA, Francisco José Borges. Um debate com (e sobre) o formalismo valorativo de Daniel Mitidiero, ou "colaboração no processo civil" é um princípio? *In:* **Revista de processo,** São Paulo: RT, v. 37 *,* n. 213, nov. 2012.

TARUFFO, Michele. Abuso de direitos processuais: padrões comparativos de lealdade processual (relatório geral). *In:* **Revista de processo.** São Paulo: RT, v. 34*,* n. 177, nov. 2009.

TRINDADE, André Karam. **Raízes do garantismo e o pensamento de Luigi Ferrajoli**. **Consultor Jurídico**. 08 jun. 2013. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2013-jun-08/diario-classe-raizes-garantismo-pensamento-luigi-ferrajoli>. Acesso em 29 maio. 2019.

VILELA, Alexandra. **Considerações acerca da presunção de inocência em direito processual penal***.* Coimbra: Coimbra editora, 2000.

XEREZ, Rafael Marcílio. **Dimensões da concretização dos direitos fundamentais**: Teoria, Método, Fato e Arte**.** Tese de Doutorado. Salvador: Universidade Federal da Bahia, 2012

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law* e *common law*. *In:* **Revista de processo.** São Paulo: RT, v. 34, n. 172, jun. 2009.