



Leonardo Yarochevsky: Procura-se um constitucionalista

17/08/2016

Em tempos de caça aos Pokémons que “vivem” e “circulam” pelas ruas, praças e shoppings, os constitucionalistas comprometidos com a Constituição da República e com o Estado democrático de direito — pelo menos os que foram alçados ao Supremo Tribunal Federal — desapareceram ou se esconderam atrás do populismo penal ou de uma sempre questionável moralidade da justiça.

Quando o STF por maioria de votos (sete votos a quatro) relativizou e mitigou o princípio da presunção de inocência ao julgar o HC 126.292 — no dia 17 de Fevereiro de 2016 — passando a entender ser possível a execução provisória da pena após o julgamento pela 2ª instância e afastou a exigência constitucional decorrente do princípio da presunção de inocência (artigo 5º, LVII, da Constituição da República) de que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, o Estado de Direito foi assaltado.

A decisão do Supremo Tribunal Federal, a um só tempo, afrontou o texto Constitucional (artigo 5º, inciso LVII, da Constituição da República), Tratados Internacionais — que o próprio Estado Brasileiro ratificou como a Convenção Americana de Direitos Humanos (artigo 8º, 2[4]) — a própria legislação processual penal (artigo 283 do Código de Processo Penal) e também sua própria jurisprudência (HC 84.078/MG, de 5/2/2009[5]). [1]

Não é despendendo lembrar que o princípio da presunção de inocência — consagrado na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 — proclamado no artigo 5º, LVII da Constituição da República, está inserido no Título II que trata “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”. Razão pela qual respeitáveis constitucionalistas referem-se aos dispositivos proclamados no citado artigo 5º da CR como cláusulas pétreas. Direitos fundamentais que não podem ser alterados nem mesmo por uma nova Constituição já que se trata de conquistas históricas que não permitem retrocesso.

Para Paulo Bonavides, “a garantia constitucional qualificada ou de primeiro grau garante a inalterabilidade do preceito tanto por via legislativa ordinária como por via constituinte derivada; a regra constitucional é protegida simultaneamente contra a ação de dois legisladores: o legislador ordinário e o legislador constituinte — este último dotado de competência para emendar a Constituição. A garantia constitucional se apresenta tão rígida que não consente sequer seja objeto de deliberação a proposta de emenda sobre a matéria constante da cláusula constitucional de exclusão sobre a qual não incide assim o poder de reforma”. [2]

Desde a enxada decisão do STF, controvérsias em torno das consequências da relativização do princípio constitucional da presunção de inocência tem fomentado o debate no próprio Supremo, nos diversos tribunais e na academia.

Recentemente (julho de 2016) o decano da Corte ministro Celso de Mello concedeu liminar (HC 135.100 MC/MG) para garantir ao réu com condenação confirmada em segunda instância pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais o direito de permanecer em liberdade até o trânsito em julgado da decisão condenatória. O ministro Celso de Mello foi um dos quatro que votou no sentido de se aguardar a decisão definitiva — o trânsito em julgado — para que, somente assim, quando não couber mais recurso comece o condenado a cumprir sua pena, não admitindo execução provisória de sentença penal condenatória.

No referido HC o ministro Celso de Mello assim se manifestou:

“Prematura de quaisquer medidas que afetem ou que restrinjam a esfera jurídica das pessoas em geral. É por isso que ninguém, absolutamente ninguém, pode ser tratado como se culpado fosse antes que sobrevenha contra ele condenação penal transitada em julgado, tal como tem enfatizado a jurisprudência desta Suprema Corte:

O POSTULADO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA IMPEDE QUE O ESTADO TRATE, COMO SE CULPADO FOSSE, AQUELE QUE AINDA NÃO SOFREU CONDENAÇÃO PENAL IRRECORRÍVEL. — A prerrogativa jurídica da liberdade — que possui extração constitucional (CF, art. 5º, LXI e LXV) — não pode ser ofendida por interpretações doutrinárias ou jurisprudenciais que culminem por consagrar, paradoxalmente, em detrimento de direitos e garantias fundamentais proclamados pela Constituição da República, a ideologia da lei e da ordem (...)” HC 96.095/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

Outra polêmica foi causada pela decisão do ministro Luiz Edson Fachin, do STF, que revogou uma decisão do presidente da corte, Ricardo Lewandowski, que, também, contrariava entendimento da decisão da maioria dos ministros — dia 17 de fevereiro — sobre o início do cumprimento antes do trânsito em julgado.

Responsável pelo plantão do STF durante o recesso do tribunal, em julho, Lewandowski concedeu habeas corpus para liberar o prefeito eleito de Marizópolis (PB) a responder processo em liberdade, mesmo depois de ter sido condenado pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região.

O prefeito José Vieira da Silva foi afastado do cargo em julho, após ser condenado a cumprir pena no regime semiaberto em razão da prática dos crimes de fraude a licitação e desvio de recursos públicos. Para Lewandowski, a execução da pena antes do esgotamento dos recursos propostos pela defesa do condenado configura um "constrangimento ilegal".

Em despacho assinado no dia 2 de agosto, o ministro Fachin revogou a decisão monocrática do presidente do STF Lewandowski e lembrou que a corte se manifestou de forma colegiada sobre o tema.

Em sua decisão o ministro Fachin destacou que a corte deve conferir "estabilidade" à sua própria jurisprudência. Além disso, o ministro escreveu em sua decisão que o plenário não discutiu "*apenas peculiaridades*" do caso concreto no habeas corpus o que indica a intenção dos ministros de "*indicar a compreensão*" sobre o tema.

Segundo o ministro Luiz Edson Fachin "a decisão proferida no HC 126.292/SP realmente não ostenta caráter *erga omnes* ou vinculante, nada obstante impede que a Corte confira estabilidade a sua própria jurisprudência, ressalvados por evidentes doutos entendimentos divergentes na fixação de teses majoritárias. Entendo que a decisão tomada pelo Plenário não teve, a rigor, como base apenas peculiaridades do referido caso concreto, tanto que culminou na edição de tese que, dentre outras funções, exerce a tarefa de indicar, em sentido geral, a compreensão da Corte Suprema sobre dada matéria".

É lamentável o desprezo dos ministros da mais alta corte do país a Carta Constitucional e aos princípios fundamentais que decorrem do próprio Estado democrático de direito. A volátil "estabilidade da jurisprudência", a questionável "moralidade", a ilusória "impunidade" e outros argumentos inconsistentes não podem servir de alicerce para atropelo do princípio da presunção de inocência que tem assento constitucional entre os direitos e garantias fundamentais da pessoa humana.

Por tudo é triste ver o ministro Luís Roberto Barroso defender a prisão antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória. O ministro afirmou em palestra proferida no último dia 11 de agosto — dia do advogado — que se recusa a *"a integrar um sistema de Justiça desmoralizado"*.

"Temos que criar no Brasil a cultura de que os processos acabam. Os processos devem acabar em seis meses, em nove meses; se for complicado, um ano, e se for muito complicado um ano e meio. Essa cultura de processos que levam 5, 10, até 15 anos é um documento vivo de subdesenvolvimento e precisamos acabar com isso", disse o ministro, no 7º Congresso Brasileiro de Sociedades de Advogados, promovido pelo Sindicato das Sociedades de Advogados dos estados de São Paulo e Rio de Janeiro (Sinsa) na capital paulista, que complementou que só no Brasil há tantos recursos. *"No resto do mundo o recurso não é a regra como é no Brasil. As pessoas se acostumaram tanto com o errado que estão chocadas com o que é certo."* [3]

Ora, gostem ou não, o princípio da presunção de inocência foi a opção feita pela Constituição Cidadã. Não pode o STF, em nome do que quer que seja, revogar o que a Constituição da República proclamou, os ministros não têm esse poder. Nem mesmo o legislador ordinário e o legislador constituinte podem abolir direitos e garantias individuais como pode o Supremo Tribunal Federal cometer a insensatez e a ignomínia de suprimir o direito individual fundamental do acusado não ser considerado culpado até decisão condenatória última, definitiva, transitada em julgado.

A Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 8º, n. 2) proclama que *"toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa"*.

Assim, a corte consagra o princípio da presunção de inocência que em termos práticos, representa o seguinte: *"a) a restrição à liberdade do acusado antes da sentença definitiva só deve ser admitida a título de medida cautelar, de necessidade ou conveniência, segundo estabelecer a lei processual; b) o réu não tem o dever de provar sua inocência; cabe ao acusador comprovar a sua culpa; c) para condenar o acusado, o juiz deve ter a convicção de que*

é ele responsável pelo delito, bastando, para a absolvição, a dúvida a respeito da sua culpa". [4]

Como bem assevera Luigi Ferrajoli[5], o princípio da presunção de inocência é um princípio fundamental de civilidade *"fruto de uma opção garantista a favor da tutela da imunidade dos inocentes, ainda que ao custo da impunidade de algum culpado"*. Na Itália informa ainda Ferrajoli, com o advento do fascismo, a presunção de inocência entrou em profunda crise. Os freios contra os abusos da prisão preventiva deixaram de existir em nome da *"segurança processual"* e da *"defesa social"*, sendo considerada a mesma indispensável sempre que o crime tenha suscitado *"clamor público"*.

Finalmente, em nome da dignidade da pessoa humana, postulado do Estado democrático de direito, procura-se um constitucionalista que faça valer os princípios constitucionais e que faça frente aos argumentos ociosos e de momento, argumentos que apenas fortalecem o autoritarismo e o populismo penal.

[1] Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes Bahia, Diogo Bacha e Silva, Flávio Quinaud Pedron e Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira. Disponível em <
<http://emporiododireito.com.br/presuncao-de-inocencia-uma-contribuicao-critica/>

[2] BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

[3] Disponível em < http://www.conjur.com.br/2016-ago-14/devemos-acostumar-processo-acaba-barroso?utm_source=dlvr.it&utm_medium=facebook

[4] JAYME, Fernando G. Direitos humanos e sua efetivação pela corte interamericana de direitos humanos. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

[5] FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. Trad. Ana Paula Zomer Sica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2016-ago-17/leonardo-yarochewsky-procura-constitucionalista/>