

ESTADO DE EXCEÇÃO NO BRASIL: A RELATIVIZAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO *HABEAS CORPUS* 126.292

Manuela Gonçalves Abreu Souza (IC) e Arthur Roberto Capella Giannattasio (Orientador)

Apoio: PIVIC Mackenzie

RESUMO

Esta pesquisa se propõe a investigar a temática que envolve o estado de exceção, tema estudado em diversas áreas do direito a partir das discussões em torno do conceito schmittiano de estado da exceção, o presente texto examina como fontes primárias o acórdão do *Habeas Corpus* 126.292; *Habeas Corpus* 84.078, *Habeas Corpus* 152.752 e da medida cautelar nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade n.º 43 e 44, todas julgadas pelo Supremo Tribunal Federal e secundárias, que são, os conceitos de estado de exceção para Carl Schmitt, Walter Benjamin e Giorgio Agamben, bem como processualistas penais como Aury Lopes Jr., Gustavo Badaró, Rubens Casara, Fernando Hideo, entre outros. No julgamento do *Habeas Corpus* 126.292, o Supremo Tribunal Federal agiu como fonte de exceção ao suspender o princípio da presunção de inocência, permitindo a chamada execução antecipada da pena. Com efeito, ao relativizar os princípios constitucionais, parcela da comunidade jurídica brasileira passou a denunciar o esvaziamento das garantias fundamentais pelo judiciário. Mas não apenas isso: a partir da chave de leitura adotada, conclui-se que por meio de tal decisão, o Supremo Tribunal Federal interferiu no jogo político, bem como produziu medida de exceção.

Palavras-chave: Estado de exceção permanente; presunção de inocência; polity, politics e policy.

ABSTRACT

This research aims to investigate the theme involving the state of exception, a theme studied in several areas of law from the discussions around the Schmittian concept of the state of exception, the present text examines as the primary sources the *Habeas Corpus* judgment 126.292; *Habeas Corpus* 84.078, *Habeas Corpus* 152.752 and the precautionary measure in Declaratory Constitutionality Actions No. 43 and 44, all of them judged by the Federal Supreme Court and secondary, which are the concepts of state of exception for Carl Schmitt, Walter Benjamin and Giorgio Agamben, as well as criminal prosecutors such as Aury Lopes Jr., Gustavo Badaró, Rubens Casara, Fernando Hideo, among others. In the judgment of *Habeas Corpus* 126,292, the Federal Supreme Court acted as a source of exception by

suspending the presumption of innocence principle, allowing the early execution of the sentence. As result, by relativizing constitutional principles, part of the Brazilian legal community began to denounce the emptying of fundamental guarantees by the judiciary. But not only that: from the reading key adopted, it is concluded that by means of such a decision, the Federal Supreme Court interfered in the political game, as well as produced na exception measure.

Keywords: Permanent state of exception; presumption of innocence; polity, politics e policy;

1. INTRODUÇÃO

Ao final do século XVII o movimento denominado constitucionalismo moderno se desenvolveu com a finalidade de limitar o poder político defronte as liberdades individuais, fortemente influenciado pelos princípios liberais. A Constituição cidadã de 1988, principal marco da redemocratização após o período da ditadura cívico-militar brasileira, sofreu grande influência desse movimento. Na atualidade, o Brasil está sendo considerado como país com democracia de baixíssima intensidade (SANTOS, 2018) ou já no período da pós democracia (CASARA, 2017, p. 183).

A Constituição de 1988 apresenta-se como um marco do período democrático brasileiro. A divisão dos três poderes, o limite ao exercício do poder estatal, especialmente em relação aos seus agentes e a garantia dos direitos fundamentais são as peças chaves que garantem o “tipo ideal” (WEBER, 1999, p. 193) de um Estado Democrático de Direito.

As democracias contemporâneas caracterizam-se por alguns elementos chaves indispensáveis¹ que estabelecem os parâmetros para o jogo político. Para assegurar o processo político democrático identificamos 3 dimensões distintas os quais denominamos de: *polity*, *politics* e *policy* (COUTO; Arantes, 2006).

A primeira dimensão da política democrática é a *polity*, é o pacto constitucional, define as regras estáveis do jogo político, ou seja, é a base que assegura que as outras dimensões ocorram de forma estável. A *polity* resguarda, portanto, os direitos fundamentais e possui caráter soberano. Já a *politics* é o próprio jogo político, são as relações dinâmicas entre os atores do processo político. E, por fim, encontramos a *policy*, que é definido como o resultado do jogo político, ou seja, são as decisões governamentais.

O julgamento do *Habeas Corpus* n.º 126.292 realizado pelo Supremo Tribunal Federal em 2016 introduziu no ordenamento jurídico a execução antecipada da pena. Embora a norma brasileira não mencione a expressão “presunção de inocência”, o art. 5.º, inciso LVII da Constituição Federal, diz expressamente: “Ninguém será considerado culpado até o **trânsito em julgado** de sentença penal condenatória”, ou seja, até que não se caiba mais qualquer recurso.

¹ O jogo político ocorre de acordo com regras preestabelecidas. 2. As eleições são periódicas e se sucedem por meio de sufrágio universal. 3. Os mandatos dos eleitos são limitados, tanto temporalmente como no que concerne ao alcance de suas decisões e ações. 4. A vontade majoritária da população e as decisões de seus representantes eleitos prevalecem nos limites das regras preestabelecidas. 5. A oposição é participante legítima do jogo e não deve encontrar impedimentos para chegar ao poder pelo voto popular. 6. Os governantes são responsáveis perante o eleitorado, prestando-lhe contas. 7. Os direitos civis clássicos são garantidos, viabilizando o desenrolar da competição política – direitos fundamentais operacionais. 8. São assegurados direitos sem os quais os atores políticos não se disporem a participar da competição democrática – direitos fundamentais condicionantes. COUTO, ARANTES. Constituição, Governo e Democracia no Brasil, 2016.

A relativização da presunção de inocência pelo julgamento do *Habeas Corpus* 126.292 parece sinalizar muito mais do que um desencontro entre a finalidade da norma processual penal e o resultado subsequente de sua aplicação. Considerando o perfil da população carcerária brasileira, pode-se antecipar que o afastamento de tal garantia apenas poderá reproduzir a tradicional lógica de aprisionar determinado perfil de pessoas: os inimigos, os indesejados, excluídos historicamente e perseguidos pelo sistema penal (ZAFFARONI, 2007, p. 12).

O sistema prisional brasileiro possui cerca de 812.564 mil presos. Segundo banco de monitoramento de prisões do Conselho Nacional de Justiça, os dados mostram que, do total da população carcerária 337.126 (41,5%) são presos provisórios (CNJ, 2019). Há a percepção de que o perfil da população carcerária reflete uma tradicional dinâmica de exclusão de segmentos sociais; com efeito, como todo sistema jurídico, a jurisdição penal é uma instituição que parece funcionar no sentido de preservar dominação de grupos majoritários em detrimento de minorais, como por exemplo mulheres e negros (MOREIRA, 2017).

O princípio da presunção de inocência é um elemento chave na primeira dimensão do processo político democrático: a *polity*. Em outros termos, entende-se que, além de ser garantia fundamental individual no processo penal constitucionalmente garantida, sua preservação é chave para manter a estabilidade do processo político e da estrutura do Estado Democrático de Direito. Argumenta-se assim que, concordar com a mudança excepcional da presunção de inocência implica introduzir uma exceção na condução das próprias regras da *polity* – o que afeta não apenas a teoria política do direito, mas também a dimensão prática da sociedade.

O presente texto analisará a relativização da presunção de inocência realizada pela Suprema Corte brasileira no *Habeas Corpus* n.º 126.292, a fim de compreender as razões jurídicas de introdução da exceção e de apontar suas consequências para a sociedade e para a *polity*. E, para tanto, a pesquisa está dividida dessa forma:

A primeira parte (1.1) descreve os métodos de coleta e de interpretação utilizados para desenvolver a pesquisa que fundamenta o presente texto: uma pesquisa (i) qualitativa baseada em (a) análise documental e (b) revisão bibliográfica e (1.2) as informações interpretadas a partir de uma perspectiva contemporânea sobre o conceito de estado de exceção. A segunda parte esclarece o que é o princípio da presunção de inocência e o problema jurídico da prisão em segunda instância (2.1), e analisa como o Supremo Tribunal Federal analisou a possibilidade da execução antecipada da pena (2.2). A terceira parte (2.3) discute os resultados encontrados a partir do conceito agambeniano de estado de exceção e sua relação com a prisão em segunda instância pelo Supremo Tribunal Federal. A ideia é demonstrar como o judiciário se mostrou como fonte de exceção - e não de direito - e que

essa dinâmica afeta a democracia brasileira por tocar uma condição sensível da *polity* nacional.

1.1 Análise documental e revisão bibliográfica

Para desenvolver essa pesquisa foram lidos os autos do *Habeas Corpus* n.º 126.292, bem como seu acórdão, onde contém o relatório e os votos dos Ministros e Ministras do Supremo Tribunal Federal. Essa decisão abriu espaço para que o judiciário brasileiro executasse a pena com acórdão condenatório proferido em segunda instância.

Também foram realizadas análises dos acórdãos do *Habeas Corpus* n.º 68.726, julgado em 1991, e do *Habeas Corpus* n.º 152.752/SP, julgado em 2009. Ambos discutiam se a presunção de inocência se mostra compatível com a execução da sentença antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória. O primeiro *Habeas Corpus* assentou que a presunção de inocência não impedia a prisão decorrente de acórdão que, em apelação, confirmou a sentença penal recorrível. Em 2009 o tema voltou a ser debatido na Suprema Corte no julgamento do segundo *Habeas Corpus*, onde a Corte decidiu procedente à ordem e por sete votos decidiu que a presunção de inocência se mostra incompatível com a execução da pena antes do trânsito em julgado da condenação.

Ainda, foi realizada no presente artigo análise do acórdão das Ações Declaratórias de Constitucionalidade n.º 43 e 44, indeferidas liminarmente. O pleito dessas ações é declarar constitucional o artigo 283 do Código de Processo Penal que proíbe a execução da pena antes do trânsito em julgado e dessa forma, revogar a decisão no HC n.º 126.292 pronunciado em fevereiro de 2016. O plenário indeferiu a medida cautelar nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade e manteve, portanto, o entendimento de que se pode executar a pena com decisão em 2.º grau. O Relator, Ministro Marco Aurélio, liberou o mérito de ambas as ações para ser discutida no plenário da Suprema Corte e o julgamento depende do Presidente, Ministro Toffoli, pautá-las.

Em dezembro de 2018 o Ministro Marco Aurélio, concedeu medida liminar na Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 54, decisão também examinada para realização do presente artigo, que foi apresentada pelo PCdoB. A liminar pedia a suspensão das prisões ocorridas antes do trânsito em julgado de sentença condenatória. Com essa decisão, o Relator, suspendeu as prisões decretadas após decisão em segunda instância.

Diante disso, em processo que tramita na Justiça Federal de Curitiba foi realizado pedido de liberdade para réu condenado em segunda instância (Execução provisória n.º 5014411-33.2018.4.04.7000) com fundamento na liminar do Ministro Marco Aurélio que determinava a libertação dos presos sem o esgotamento de todos os recursos referentes a condenação. O pedido foi negado pela juíza de primeiro grau, fato jurídico de relevância, tendo

em vista o descumprimento de determinação de Ministro do Supremo Tribunal Federal por uma magistrada de primeira instância. O atual presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Dias Toffoli, cassou a decisão do Relator, após seis horas da decisão².

A análise das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43, 44 e 54 estavam pautadas para abril de 2019, porém foram adiadas pelo Presidente Dias Toffoli.

O princípio da presunção de inocência está definido *à priori* na Constituição Federal Brasileira e *a posteriori* aparece em alguns dispositivos da legislação ordinária. Para compreender o conteúdo jurídico desse princípio, foi realizada revisão bibliográfica de juristas nacionais que desenvolveram suas considerações a partir da dogmática jurídica.

Nestes termos, foi realizada consulta de livros e de artigos científicos publicados pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais e no portal de periódicos da CAPES, a partir de palavras-chaves como “democracia”, “presunção de inocência”, “estado de exceção permanente”, “direito penal do inimigo”, “garantias fundamentais” e “processo penal”.

1.2 Método de interpretação

Para realizar a interpretação do presente problema foram analisados como fontes secundárias os conceitos de exceção de Giorgio Agamben, Hans Kelsen, Walter Benjamin e Carl Schmitt e juristas contemporâneas brasileiros como Bercovici, Alysson Mascaro e Pedro Estevam Serrano.

Os estudos jurídicos se dedicam permanentemente na busca de um modelo estatal ou mesmo de interpretação que acabe ou pelo menos amenize os abusos de poder cometidos por atores estatais.

Carl Schmitt no livro Teologia Política expõe sua teoria do decisionismo, aonde diz a célebre frase: "soberano é quem decide sobre o estado de exceção" (1979, p. 11). A soberania é no pensamento *schmittiano*, peça chave para compreender a exceção e a relação entre o político e o jurídico.

Segundo Schmitt é na decisão que o soberano decide se "a normalidade deve continuar a ser regra ou se, em função de uma ameaça essa normalidade, a exceção deve ser declarada", e dessa forma, o soberano pode suspender a constituição e os direitos fundamentais.

Schmitt afirma que a soberania não pode ser compartilhada com o povo, cabe somente ao "príncipe" o papel último e determinante, em suas palavras "é por isso que a prerrogativa de revogar a legislação em vigor (...) é neste ponto a marca própria da soberania." (SCHMITT,

² Todas as decisões que decorreram a partir da cautelar na ADC 54 foram analisadas por se tratarem de decisões importantes para a compreensão da dinâmica que se dá a partir do tema. Essas decisões provocam atenção da população pois atinge o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva que está preso após decisão em segunda instância.

1979, p.15).

Na esteira desse pensamento, o estado de exceção serve para garantir a ordem quando o estado está sob ameaças, nessa situação de excepcionalidade o direito recua para que o Estado possa continuar. Assim,

todo direito é "direito em situação" O soberano estabelece e garante o conjunto da situação em sua totalidade. Ele tem monopólio dessa decisão última. Aí reside a essência da soberania do Estado, e juridicamente a justa definição a lhe dar não é aquela do monopólio da coerção ou da dominação, mas de um monopólio da decisão. (SCHMITT, 1979, p. 20).

As principais características do estado de exceção para Schmitt são; (i) O soberano é quem decide sobre a exceção e; (ii) é no estado de exceção que se verifica quem é o soberano. Schmitt defende uma ditadura "*comissarial*" (instaura a ordem) aonde o ditador tem uma função constitucional.

O pensamento *schmittiano* colidia com o de Hans Kelsen na medida que, para Schmitt, a neutralidade da teoria pura do direito era um reforço dos ideais liberais que protegia a classe burguesa e que o Tribunal Constitucional atribuiria poderes de legislador aos membros da Corte de modo a politizá-lo, gerando assim um rompimento do equilíbrio do sistema constitucional, afrontando a separação dos poderes e consolidando uma aristocracia da toga. Kelsen rebateu os argumentos de Carl Schmitt dizendo que o exercício da jurisdição constitucional protege as minorias contra as incursões da maioria. A ideia de que a política só caberia ao legislativo enquanto o juiz apenas aplica o ordenamento criado é falsa, pois para Kelsen na medida que o juiz é autorizado a avaliar e resolver os conflitos, respeitando os limites, está conferindo-lhe um poder de criação do direito e dessa forma, "dá a função judiciária o mesmo caráter político que possui" (KELSEN, 2007, p. 251). Ainda, para Kelsen a "aristocracia da toga", ou seja, o Tribunal Constitucional tem caráter democrático pois se dá com a nomeação de seus membros e de suas posições jurídicas.

Não foi só Kelsen que respondeu as noções de soberania e estado de exceção de Carl Schmitt. Walter Benjamin também travou debate sobre o conceito de estado de exceção com o jurista alemão. Benjamin afirma que uma das formas de fortalecer a luta antifascista é a de construir conceitos que elucidem a verdadeira face do estado de exceção, que segundo nos demonstra a tradição dos oprimidos é regra geral nos dias de hoje (BENJAMIN, 2005, p. 226). Giorgio Agamben, filósofo que se dedicou a definir o estado de exceção nas democracias ocidentais diz que o estado de exceção "tende cada vez mais a se apresentar como um paradigma de governo dominante na política contemporânea" e por isso tem caráter *permanente* (2004, p. 13). Para Agamben a exceção configura-se como ferramenta de suspensão do ordenamento jurídico (2004, p. 15).

Na teoria Agambeniana a relação entre o direito e a política no Estado de exceção se

misturam e se confundem, fato que coloca “em jogo à suposta diferença entre o político e o jurídico, na qual o soberano é quem decide sobre o estado de exceção” (AGAMBEN, 2004, p. 12).

Muitas vezes o estado de exceção é classificado como um estado “pleromático”, sem divisão dos poderes, facilitando os homens a exercerem seus “plenos poderes”³ (*pleins pouvoirs*), expressão utilizada para caracterizar “possíveis modalidades de ação do poder executivo durante o estado de exceção, mas não coincide com ele” (AGAMBEN, 2004, p. 17). Porém para o autor, a exceção constitui muito mais um estado “kenomático”, um verdadeiro esvaziamento do direito (AGAMBEN, 2004, p. 17).

No livro *Estado de exceção, homo sacer II*, Agamben apresenta a concepção de Rossiter sobre ditadura constitucional, ou estado de exceção, que “em tempos de crise, o governo constitucional deve ser alterado por meio de qualquer medida necessária para neutralizar o perigo e restaurar a situação normal” (AGAMBEN, 2004, p. 21). Ocorre que o estado de exceção não possui mais caráter temporário, mas “tornou-se de fato um paradigma de governo”, ou seja, tornou-se a regra.

O estado de exceção muitas vezes é relacionado ao estado de necessidade, onde encontramos as lacunas do direito. Porém, a exceção não precisa necessariamente preencher uma omissão normativa. O estado de exceção na verdade é uma lacuna artificial, fictícia, que se abre no sistema jurídico (AGAMBEN, 2004, p. 49).

Em verdade, na teoria agambeniana, pode-se afirmar que o estado de exceção não se confunde com estado de sítio, de guerra ou de emergência, exatamente porque é um estado sem direito, onde a emergência vira regra.

O “*iustitium*”, termo utilizado no direito romano, que significa “suspensão do direito” (AGAMBEN, p. 68, 2004) é apresentado para explicar o estado de exceção, ele funciona como uma zona de anomia dentro do direito, é um vazio jurídico (AGAMBEN p. 79, 2004).

1.3 Categorias de Análises das decisões

O acórdão do *Habeas Corpus* 126.292 foi lido na íntegra, posteriormente foi realizada uma tabela onde continha 2 colunas, a primeira com o nome do Relator e dos demais Ministros que julgaram o writ e na segunda coluna os principais argumentos que fundamentaram os votos dos Ministros.

Após a análise dos votos dos Ministros, foi realizada uma tabela onde continham informações de outros julgamentos da Suprema Corte que analisavam casos correlatos, como os Habeas Corpus n.º: (i) 68.726/1991; (ii) 84.078/2009; (iii) 152752/2018 e as Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44.

Essa tabela foi separada em 4 partes, uma para cada julgamento. A primeira coluna

descreve o nome dos Ministros, na segunda se o voto foi favorável ou contrário a execução antecipada da pena e por fim os argumentos norteadores de cada voto proferido nos respectivos julgamentos.

2. DESENVOLVIMENTO DO ARGUMENTO

2.1 Para além da garantia processual penal: presunção de inocência como princípio político

O processo penal possui relação direta com a eficácia ou ineficácia de uma sociedade democrática, ele é o termômetro dos elementos autoritários ou democráticos de uma Constituição, sendo a presunção de inocência seu ponto ápice (GOLDISCHMIDT, 1935, p 67).

Em um estado democrático necessariamente deve haver um processo penal democrático (LOPES JR., 2013, p. 60) sendo que “em particular o processo penal é um microcosmos no qual se refletem a cultura da sociedade e a organização do **sistema político**” (LOPES JR.; BADARÓ, 2016 – grifo nosso), sendo a presunção de inocência pressuposto basilar para que se tenha um processo penal que respeite as garantias fundamentais.

Destarte, o direito processual penal sofre influência da estrutura cultural, social e econômica que o gerou e que o coloca em prática (SILVA JARDIM, 2016, p. 115) de modo que “há um valor eminentemente ideológico na presunção de inocência” (LOPES, JR; BADARÓ. 2016).

Assim, a presunção de inocência, antes de tudo, é um princípio **político** (CIRINO, 2019), ele é uma garantia política do cidadão e está assegurada na Constituição Federal de 1988 e em diversos diplomas internacionais de direitos humanos. É previsto também nos artigos 283 e 674 do Código de Processo Penal e no artigo 105 da Lei de Execuções Penais. Na Constituição da República estão previstas as chamadas cláusulas pétreas, ou seja, que não podem ser alteradas ou abolidas (art. 60, § 4.º, IV) pois isso caracterizaria violação dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. Dentro das cláusulas pétreas encontra-se a presunção de inocência (art 5.º, LVII da Constituição Federal).

A partir desse princípio o acusado tem direito ao devido processo legal e a ampla defesa, podendo gozar inclusive do direito ao silêncio, pois não possui qualquer dever de produzir prova contra si mesmo. É uma garantia que marca a posição do acusado como sujeito de direito no processo penal. Dessa forma, a demonstração da prática do crime é ônus da acusação, somente da acusação, onde “a culpa, e não a inocência deve ser demonstrada, e é a prova da culpa – ao invés da inocência, presumida desde o início – que forma o objeto do juízo” (FERRAJOLI, 2010, p. 505).

É possível identificar três dimensões no princípio da presunção de inocência (CIRINO, 2019)⁴:

- (i) **Norma de tratamento.** O tratamento do acusado no decorrer do processo deve ser o de inocente, não permitindo, sob nenhuma hipótese, que seja equiparado ao de culpado;
- (ii) **Norma probatória.** A interpretação deve ser conforme o princípio *in dubio pro reo*, onde a carga probatória é toda da acusação, assim, o acusado, mesmo diante da inércia do estado, deverá ser absolvido caso não seja demonstrada a autoria, a materialidade e a culpabilidade descritas na denúncia.
- (iii) **Norma do Estado.** Garantia do acusado contra as arbitrariedades tanto públicas, quanto privadas. Diante disso, o estado deve tomar as medidas necessárias para assegurar a dignidade do acusado. Para além disso, essa norma deve servir de entrave para autoritarismos e perversões inquisitoriais que promovem o encarceramento em massa.

Isso ocorre porque na jurisdição penal o acusado atua em contramão ao poder do Estado, em posição de coação real e desigualdade processual, sendo a presunção de inocência quem contém o poder estatal.

Dessa forma, tendo em vista que existe um desequilíbrio das forças, o acusado depende da presunção de inocência para ter proteção contra toda forma de arbítrio. Portanto, a presunção de inocência não pode ser flexibilizada em razão da efetividade da jurisdição, conforme argumentado na decisão do *Habeas Corpus* 126.292, que pode ser princípio administrativo, mas não tem *status* de direito fundamental (CIRINO, 2019).

A garantia do estado de inocência de um indivíduo é, portanto, uma garantia política, que blinda tanto os direitos fundamentais individuais, em especial a liberdade, como protege os direitos e interesses sociais do poder repressivo do direito penal que “sempre justificou e legitimou com maior ou menor amplitude e prudência (ou imprudência) o tratamento de algumas pessoas como inimigos” (ZAFFARONI, 2007, p. 189).

Ante o exposto, nota-se que a presunção de inocência tem caráter político, pois funciona como uma garantia social contra o arbítrio, o abuso de poder punitivo do Estado. Este princípio é um mecanismo que garante politicamente a sociedade proteção contra os autoritarismos estatais.

2.2 A (im)possibilidade de prisão em segunda instância e a presunção de inocência no Supremo Tribunal Federal

Em 2016 o plenário do Supremo Tribunal Federal mudou o entendimento consolidado em julgamento anterior, realizado no ano de 2009 no *Habeas Corpus* 84.078/09, permitindo a chamada execução antecipada da pena, ou seja, o início do cumprimento da pena a partir da confirmação de sentença condenatória em segunda instância.

O acórdão do *Habeas Corpus* 84.078/MG, que estabeleceu a inconstitucionalidade da execução prematura da pena, precedente alterado, asseverou que “quem lê o texto constitucional em juízo perfeito sabe que a Constituição assegura que nem a lei, nem qualquer decisão judicial imponham ao réu alguma sanção antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória” (GRAUS, 2009).

O Relator do *Habeas Corpus* 126.292, fundamentou em seu voto que “É no âmbito das instâncias ordinárias que se exaure a possibilidade de exames e das provas” (ZAVASCKI, 2016), o Ministro Dias Toffoli, em seu voto, complementa que o trânsito em julgado ocorre quando “se atinge a certeza da formação de culpa”.

Ao reduzir a presunção de inocência ao exame da materialidade do fato a Corte entende que o acusado somente detém *status* de inocente perante a instrução criminal. Dessa forma,

As inúmeras exceções à preclusão da *prova do fato* parecem não importar, como as hipóteses de (i) erro do judiciário sobre prova de autoria, (ii) de violação da legalidade por inexistência de tipo injusto e (iii) de equívoco na fixação da pena – situações de prova de fato objeto de necessário reexame em recursos extraordinários (CIRINO, 2019).

Lembre-se que a interposição de Recursos Especiais e Extraordinários servem para questionar “questões de direito”, dentre elas, por exemplo, encontra-se os critérios de apreciação da prova, (nulidade da prova, ônus da prova, prova ilícita) hipótese que pode ensejar em reforma do acórdão condenatório.

Outro argumento para denegar a ordem do *writ* foi a de que se o acusado perpassa por todas as esferas do judiciário sendo considerado culpado, é impossível que ele chegue ao Supremo Tribunal Federal na qualidade de presumido inocente (FUX, 2016). Em verdade, o que diz o Ministro é que o estado de inocência do acusado, portanto, é gradual e que a cognição dos tribunais é mero rito do processo penal, para ao fim proferir sentença condenatória (ZANOIDE, 2008, p. 483).

A decisão no *Habeas Corpus* 126.292 admite, portanto, que seja executada antecipadamente a condenação, sem a certeza de que o acusado tenha cometido infração penal, o que só ocorre com sentença transitada em julgado. Ao proferir tal decisão, a Corte Maior escolhe encarcerar possíveis inocentes, preferência incongruente com a Constituição Federal e com os princípios de um Estado democrático.

O texto constitucional é expresso: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (artigo 5.º, LVII). Dessa maneira, o entendimento contrário “revela-se uma forma inconstitucional de violência *antigarantista* e usurpação da soberania popular” (HIDEO, 2018, 140).

A presunção de inocência não é matemática para ser reduzida conforme avança o processo nas esferas judiciárias. A própria doutrina constitucional afirma que somente na sentença transitada em julgado, ou seja, que não cabe mais recurso é que se cessa o estado de inocência e o acusado passa ao *status* de culpado (CRETELLA JR, 1990, p. 537).

O acórdão do *Habeas Corpus* 126.292 também foi fundamentado com o argumento de que a presunção de inocência deve estar em equilíbrio com a efetividade da jurisdição penal, princípio este que deve observar valores da sociedade e do acusado.

Essa reflexão parte de uma falsa oposição, pois na realidade o equilíbrio não se dará entre o interesse do acusado e da sociedade, mas sim, “entre *valores da sociedade*, garantida pelo princípio político da *presunção de inocência*, e do Estado, interessado da questão pragmática da *efetividade da jurisdição*” (CIRINO, 2019).

As medidas cautelares nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade n.º 43 e 44, pedem em seu mérito a declaração de constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal, foram negadas em plenário. O Ministro Celso de Mello em voto proferido em Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 43, observou que

Quantas liberdades garantidas pela Carta Política precisarão ser comprometidas para legitimar o julgamento plenário do Supremo Tribunal Federal que, ao instituir artificial antecipação do trânsito em julgado, frustrou, por completo, a presunção constitucional de inocência?

O Supremo Tribunal Federal em 2018 analisou *Habeas Corpus* 152.752 que no mérito pleiteava a concessão da ordem para cessar a execução antecipada da pena até o trânsito em julgado. A ordem foi denegada pois ao entendimento da Corte, a prisão após condenação em segunda instância “atua como desdobramento natural da perfectibilização da condenação sedimentada na seara das instâncias ordinárias.” (STF, HC 152.752, 2018).

Desta feita, é preciso retomar trecho do voto do Ministro Eros Graus no *Habeas Corpus* 94.408:

A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados – não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e extraordinários e subsequentes agravos e embargos, além do que “ninguém mais será preso”. Eis o que poderia ser apontado como incitação à “jurisprudência defensiva”, que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor

operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço.

Dessa forma, há que se considerar que a opção pela execução antecipada da pena realizada pelo Supremo Tribunal Federal viola a Constituição Federal, onde o texto constitucional não dá margens para interpretar de outra forma que não: a proibição de tratar o acusado como culpado sem que tenha ocorrido o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

2.3 O Supremo Tribunal Federal como guardião da exceção?

O Supremo Tribunal Federal ao julgar o *Habeas Corpus* 126.292 alterou o entendimento que se sustentou por 7 (sete) anos e decidiu ser compatível com a Constituição a chamada execução antecipada da pena.

Ao suspender a presunção de inocência, garantia constitucional, a Suprema Corte atua como fonte de exceção por quatro motivos, segundo Fernando Hideo: (i) o *agente* que violou garantia fundamental é a mais alta instância do poder judiciário brasileiro, de modo que o próprio guardião da Constituição afasta norma constitucional, criando insegurança jurídica que pode legitimar abuso de poder pelo judiciário; (ii) pela *forma* com que o Supremo Tribunal Federal interpreta texto constitucional em consonância não mais com as normas postas pela Constituição Federal, mas com referência ao direito estrangeiro, ao “sentimento social de eficácia da lei penal” e à voz das ruas. Em terceiro lugar (iii) o *modo* pelo qual a exceção age de forma seletiva ao perseguir os “inimigos”, afinal a execução antecipada da pena não é obrigatória, mas sim uma “possibilidade jurídica”, conforme julgamento do *Habeas Corpus* 152.752 pelo Supremo Tribunal Federal (HIDEO, 2018, 221). Com efeito,

A expansão dos alvos do sistema penal produz dois efeitos nefastos à sociedade: de um lado, oculta-se a proteção de grupos políticos alinhados à racionalidade neoliberal e das corporações internacionais que dominam o mercado; de outro, intensifica o autoritarismo penal e a violência estatal contra as classes populares tradicionalmente atingidas pela normalidade penal. Portanto, a partir do binômio populismo penal – espetáculo processual se dá a manipulação do processo penal como arma de guerra na luta de classes na contemporaneidade. (HIDEO, 2018, 224).

Em um estado de exceção há um “desacordo entre a finalidade da norma jurídica e o resultado decorrente da sua aplicação” (VALIM, 2017, p. 19). Na literatura agambeniana compreendemos que o estado de exceção tornou-se prática essencial nos estados democráticos (AGAMBEM, 2004, p. 13).

Dessa maneira, o princípio da presunção de inocência encontra-se na primeira

dimensão do processo político democrático: a *polity*. Ou seja, faz parte da base das regras do jogo democrático. Por delinear os processos de competições políticas, ao flexibiliza-lo, o Supremo estremece os contornos fundamentais da democracia brasileira. Mas não só. Ao agir politicamente, o Supremo Tribunal Federal permitiu a eliminação jurídica e física de adversários políticos no período de campanha eleitoral. Nesse sentido,

O tribunal “imparcial” é rechaçado, com as suas garantias jurídicas, é rechaçado, e toma frente uma organização direta da violência de classe, cujas ações são conduzidas unicamente por considerações de oportunidade política (PACHUKANIS, 1988, p. 126).

Gradualmente, por meio das medidas de exceções, se produz uma zona incerta entre democracia e absolutismo (AGAMBEN, 2004, p. 13). Nestes termos, entende-se que, ao negar a lei e aniquilar tanto o direito e sua interpretação tradicional, quanto a política, o Supremo Tribunal Federal parece agir de fato e de direito como o guardião da exceção.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo desse trabalho foi analisar as consequências políticas da decisão do *Habeas Corpus* 126.292, julgado pelo Supremo Tribunal Federal no ano de 2016. A chave de leitura para interpretar referida decisão foi principalmente as teorias de estado de exceção na atualidade do filósofo Giorgio Agamben, bem como as doutrinas de processualistas penais brasileiros.

Como vimos a partir da literatura agambeniana, democracia e estado de exceção não são termos antagônicos, bem como não há *um* estado de exceção, mas sim *estados de exceções*, pois o que ocorre são parcelas de poder que ultrapassam os limites impostos pelo Estado democrático de direito, que, se utilizado de forma sistemática pode ensejar a ruína da democracia (AGAMBEN, 2004, p. 19).

Os votos dos Ministros ao analisar o *Habeas Corpus* supramencionado variaram entre dois principais pontos: (i) presunção de inocência é garantia fundamental, previsto na Constituição Federal e por isso executar a pena antes do trânsito em julgado seria violar a Carta Maior e (ii) A presunção de inocência deve estar em equilíbrio com a efetividade da jurisdição e com o desejo da sociedade e por isso pode ser flexibilizada.

Com esse entendimento o Judiciário brasileiro esvazia o direito fundamental constitucional e fortalece o que Benjamin denomina de “tradição dos oprimidos” (BENJAMIN, 1994, p. 226), quando o direito atua como instrumento de dominação e manutenção das

estruturais sociais.

Ao interferir na primeira dimensão da política democrática, a *polity*, que é a base do sistema democrático, o Supremo Tribunal Federal viola a estrutura do estado democrático de direito e intervém no processo político, ao inclusive eliminar fisicamente possível candidato. Em vista disso, ao atuar como fonte de exceção o judiciário se transfigura, aos poucos, na antiga farda.

Apesar da aparente normalidade do funcionamento das instituições democráticas, a violação da garantia constitucional da presunção de inocência é uma, dentre outras medidas de exceções, que vem se espalhando no poder judiciário brasileiro. De modo que, o estado de exceção está cada vez mais permanente na estrutura jurídico-política nacional, o que pode ensejar na aniquilação do Estado Democrático de Direito no Brasil.

4 REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004.

AMARAL, Augusto Jobim. **Presunção de inocência: A pré-ocupação de inocência e o julgamento do HC 126.292/SP pelo STF**. São Paulo: Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, v. 281, 2016.

BADARÓ, Gustavo. LOPES Jr. AURY. **Presunção de inocência: Do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória**. Parecer: Habeas Corpus 126.292. 2016.

BENJAMIN, Walter. Sobre o conceito da história. **Magia e técnica, arte e política: ensaios sobre literatura e história da cultura**. Tradução de Sérgio Paulo Rouanet. 7.ed. São Paulo: Brasiliense, 1994.

BRASIL. **Constituição. Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BERCOVICI, Gilberto. **O direito constitucional passa, o direito administrativo permanece: a persistência da estrutura administrativa de 1967**. São Paulo: Boitempo, 2010.

_____. **Constituição e Estado de exceção permanente: atualidade de Weimar**. Rio de Janeiro: Azougue, 2004.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Impunidade e criminalização em tempos de democracia de baixa intensidade**. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE CIÊNCIAS CRIMINAIS. 2018, São Paulo.

CALLEGARI, André Luis. LINHARES, Raul Marques. **O Direito penal do inimigo como quebra do Estado de Direito: a normalização do Estado de Exceção**. Fortaleza: Revista Opinião Jurídica, v. 14, 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. Coimbra: Almedina, 1993.

CASARA, Rubens. **Estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis e gestão dos indesejáveis**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

CARNELUTTI, Francesco. **As Misérias do Processo Penal**. Campinas: Russel, 2009.

CHAUÍ, Marilena. **Cultura e democracia: o discurso competente e outras falas**. São Paulo: Cortez, 2006.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 1990. v. I.

COUTO, Claudio Gonçalves. ARANTES, Rogério Bastos. **Constituição, Governo e Democracia no Brasil**. Revista Brasileira de Ciências Sociais, vol. 21 n.º 61, 2006.

CIRINO DOS SANTOS. Juarez. **Presunção de inocência e inconstitucionalidade da prisão em 2.º grau** – Boletim do IBCCRIM. Março, 2019. ISSN 1676-3661.

DAHL, Robert A. **Poliarquia: participação e oposição**. São Paulo: Edusp, 1997.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal**. 3ª Edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

FONTANA, Alessandro. **“Du droit de résistance au devoir d’insurrection”**. Paris: ENS, 1999.

FOUCAULT, Robert. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão**. Petrópolis: Vozes, 1987.

GOLDSCHMIDT, James. **Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal**. Barcelona: Bosch, 1935.

JACKOBS, Gunter. Meliá, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo: noções e críticas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

JARDIM, Afrânio Silva. **Direito processual penal: estudos e pareceres**. Salvador: Julpodivm, 2016.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 0070

LOPES, Jr. Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2013.

MOREIRA, Adilson. **O que é discriminação?** São Paulo: Letramento, 2017.

PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

PONTEL, Evandro. **Estado de exceção em Giorgio Agamben.** Revista Opinião Filosófica, v. 03, n.º 02, 2012.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A Gramática do Tempo: para uma nova cultura política.** São Paulo: Cortez, 2006.

SCHMITT, Carl. **Political Theology: Four Chapters on the Concept of Sovereignty.** Cambridge: MIT Press, 1985.

SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. **Autoritarismo e golpe na América Latina: Breve ensaio sobre jurisdição e exceção.** São Paulo: Alameda, 2016.

STF. **Habeas Corpus 126.292/SP.** Relator Ministro Teori Zavascki. J. 17.02.2016.

_____**Habeas Corpus 84.078-7/MG.** Relator Ministro Eros Grau. J. 05.02.2009

_____**Habeas Corpus 152752/PR.** Relator Ministro Edson Fachin. J. 05.05.2018

_____**Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 43 e 44.** Relator Ministro Marco Aurélio. J. 08.02.2018.

VALIM, Rafael. **Estado de exceção: a forma jurídica do neoliberalismo.** São Paulo: Contracorrente, 2017.

WEBER, Max. **A objetividade do conhecimento nas ciências sociais.** São Paulo: Ática, 1999.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O Inimigo no Direito Penal.** Rio de Janeiro: Revan, 2017.

ZANOIDE, Maurício. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial.** Tese (Livre-docente). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2008.