**CENTRO UNIVERSITÁRIO PARA O DESENVOLVIMENTO DO ALTO VALE
DO ITAJAÍ – UNIDAVI**

EDGAR LUIS CECCONELLO SOUZA

**A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA
EM FACE DA GARANTIA DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA**

**Rio do Sul
2021**

EDGAR LUIS CECCONELLO SOUZA

**A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA
EM FACE DA GARANTIA DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA**

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito, pelo Centro Universitário para o Desenvolvimento do Alto Vale do Itajaí - UNIDAVI

Orientador: Prof. Mestre Leonardo Marcondes Machado.

Rio do Sul

2021

Dedico este trabalho a meus pais Ocimar e Carmen, que não mediram esforços para que eu pudesse concluir mais essa etapa da minha vida. Bem como dedico aos meus avós paternos Edgar e Geci, e aos meus avós maternos Luiz Claudino e Maria Estela *in memoriam*. Amo vocês eternamente!

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao professor Leonardo pela orientação para elaboração deste trabalho, bem como a toda equipe Unidavi. Agradeço também aos meus pais e aos meus irmãos, que fizeram tudo que estava ao seu alcance para que eu pudesse alcançar mais uma conquista na minha vida e por nunca desistirem de mim!

RESUMO

O presente trabalho propõe uma análise jurisprudencial e doutrinária de direito processual penal, sob o viés constitucional, da execução antecipada da pena, após esgotamento das instâncias ordinárias, e a ofensa ao princípio da presunção de inocência no Estado Democrático de Direito. A pesquisa apresenta uma breve exposição histórica e filosófica da relação do Estado com a sociedade e seus direitos fundamentais, bem como uma breve análise das motivações e argumentos que levaram a Corte Suprema a modificar o entendimento que relativiza tão basilar preceito legal do nosso ordenamento jurídico e argumentos contrários à decisão. Prevista constitucionalmente, a presunção de inocência, somente é afastada com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. A ruptura deste entendimento pelo Supremo Tribunal Federal, restringindo o direito de defesa, é examinada, ainda, pelas lentes do movimento garantista e do populismo punitivo penal. Para o presente trabalho foi utilizado o método de abordagem indutivo, o método de procedimento monográfico e a técnica de pesquisa bibliográfica. Nas considerações finais, abordar-se-á a parte principal do tema, mostrando a comprovação total, parcial ou não comprovação da hipótese básica apresentada na introdução do trabalho.

Palavras-chave: Presunção de Inocência. Supremo Tribunal Federal. Execução da Pena.

ABSTRACT

This work proposes, through a method of bibliographic research, a jurisprudential and doctrinal analysis of criminal procedural law, under the constitutional bias, the early execution of the sentence, after exhaustion of ordinary instances, and infringement of the principle of the presumption of innocence in the democratic rule of law. The research presents a brief historical and philosophical exposition of the state's relationship with society and its fundamental rights, as well as a brief analysis of the motivations and arguments that led the Supreme Court to modify the understanding that relativizes so basic legal precept of our legal order and arguments contrary to the decision. Provided for constitutionally, the presumption of innocence, is only removed with the final judgment of the criminal damning. The rupture of this understanding by the Supreme Court, restricting the right of defense, It is examined, still, by the lenses of the guarantor movement and criminal punitive populism. For the present work, the inductive approach method, the monographic procedure method and the bibliographic research technique are used. In the final considerations, the main part of the theme will be addressed, showing a total proof, partial or non-proof of the basic hypothesis in the introduction of the work.

Keywords: Presumption of Innocence. Supreme Federal Court. Execution of the Sentence

Sumário

RESUMO.....	5
1 INTRODUÇÃO.....	8
2 O ESTADO COMO PRODUTO DA VONTADE DA SOCIEDADE E O GARANTISMO.....	10
2.1 O ESTADO COMO PRODUTO DA VONTADE DA SOCIEDADE	10
2.2 A DEMOCRACIA E O GARANTISMO PENAL.....	12
2.3 O ATIVISMO JUDICIAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL..	17
3. A GARANTIA CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A INCONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA.....	22
3.1 A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA COMO PRINCÍPIO E DIREITO FUNDAMENTAL NA PERSECUÇÃO PENAL BRASILEIRA.....	22
3.2 PRISÃO PROVISÓRIA E PRISÃO DECORRENTE DE SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA TRANSITADA EM JULGADO	25
3.3 A INCONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA PENDENTE DE RECURSO ESPECIAL E RECURSO EXTRAORDINÁRIO	27
4. DO ARGUMENTO DA DEFESA SOCIAL PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	32
4.1 DA DEMORA NO JULGAMENTOS RECURSAIS NOS TRIBUNAIS SUPERIORES COMO FONTE GERADORA DE IMPUNIDADE E INSATISFAÇÃO SOCIAL E DO ARGUMENTO DA DEFESA SOCIAL	32
4.2 O POPULISMO PUNITIVO PENAL.....	37
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	42
REFERÊNCIAS.....	45

1 INTRODUÇÃO

O objeto do presente Trabalho de Curso é realizar análise acerca do tema A (In)constitucionalidade da Execução Provisória da Pena em Face da Garantia da Presunção de Inocência.

O objetivo geral do trabalho é investigar se a prisão após o esgotamento das instâncias penais ordinárias, à medida em que o acusado vai sendo condenado, viola o princípio da presunção de inocência.

Os objetivos específicos são: a) analisar os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais acerca da presunção de inocência; b) discutir se a execução provisória da pena após condenação em segunda instância ofende o princípio da presunção de inocência e c) demonstrar que a relativização do princípio da inocência viola garantia constitucional do cidadão.

Na delimitação do tema levanta-se o seguinte problema: é (in)constitucional a execução provisória da pena, à medida em que o acusado vai sendo condenado nas instâncias ordinárias, em face da garantia da presunção de inocência?

Para o equacionamento do problema levanta-se a seguinte hipótese: supõe-se que a execução provisória da pena prisão após o esgotamento das instâncias penais ordinárias, à medida em que o acusado vai sendo condenado, viola a garantia da presunção de inocência. Assim, antecipar a execução da pena de um cidadão que ainda deve ser tratado como inocente, é medida punitivista desproporcional, devendo ser respeitado o devido processo legal e garantir a presunção de inocência.

O método de abordagem a ser utilizado na elaboração desse trabalho de curso será o indutivo e o método de procedimento será o monográfico. O levantamento de dados será através da técnica da pesquisa bibliográfica.

Com enfoque na relativização do princípio de presunção de inocência pelo Tribunal Supremo do Brasil, inicia-se o capítulo 1 com estudo na origem do estado como produto da vontade da sociedade e a preservação inata da liberdade trazida por pensadores como Immanuel Kant, John Locke e Rousseau, analisamos o Estado Democrático de Direito e seu papel na preservação dos direitos fundamentais que estrutura toda a sua dinâmica política.

Analisa-se a teoria do garantismo penal como ferramenta de base de busca pela equidade na aplicação das leis pelo Estado, delimitando o controle estatal e a diminuição da violência na esfera criminal. O ativismo político do Supremo Tribunal Federal em seus diversos aspectos legais e seu papel como ator político.

Mais adiante, no capítulo 2 analisa-se o princípio da presunção de inocência como direito fundamental na persecução penal brasileira. Sendo recepcionado pela Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso LVII e lei infraconstitucional, como definição temporal do estado de culpabilidade do agente e o estado de inocência como regra de tratamento e breve análise sobre prisão provisória e prisão decorrente de sentença penal condenatória em trânsito em julgado e a inconstitucionalidade da execução provisória da pena pendente de recurso especial e recurso extraordinário afetando o princípio *in dubio pro reo*.

O capítulo 3 finaliza a pesquisa com apontamentos sobre o argumento de defesa social, alegado pelo Supremo Tribunal Federal como ponto central de seu discurso quando na defesa da execução antecipada da pena antes do trânsito em julgado da sentença, o clamor público na manutenção da ordem e o movimento do punitivíssimo popular penal.

O presente Trabalho de Curso encerrar-se-á com as Considerações Finais nas quais serão apresentados pontos essenciais destacados dos estudos e das reflexões realizados sobre o tema, avaliando os argumentos que são movimentados pelos ministros do Supremo Tribunal Federal para justificar a flexibilização de garantias processuais penais, especialmente do princípio da presunção de inocência, para o início do cumprimento da pena antes do trânsito em julgado, a fim de compreender como se operou, e como se continua operando, a transformação do entendimento constitucional sobre o tema.

2 O ESTADO COMO PRODUTO DA VONTADE DA SOCIEDADE E O GARANTISMO

2.1 O ESTADO COMO PRODUTO DA VONTADE DA SOCIEDADE

Estado é uma entidade política que se originou do anseio de associação e progresso do homem, que encontrou na vida em sociedade muitos benefícios evolutivos. A sociedade é o fruto da vontade humana. Ultrapassando o interesse individual, surge o interesse público, ou bem comum que precisa ser regulamentado e resguardado.

Com um território proclamado como do povo, independente de outros povos, soberano, organizado como um Estado Moderno.

Para Immanuel Kant, como parte da sociedade o ser humano abre mão de sua natureza individualista selvagem para assumir seu papel numa sociedade de leis.

“O ato pela qual um povo se constitui num Estado é o contrato original. A se expressar rigorosamente, o contrato original é somente a ideia desse ato, com referência ao qual exclusivamente podemos pensar na legitimidade de um Estado. De acordo com o contrato original, todos (omnes et singuli) no seio de um povo renunciam à sua liberdade externa para reassumi-la imediatamente como membros de uma coisa pública, ou seja, de um povo considerado como um Estado (universi). E não se pode dizer: o ser humano num Estado sacrificou uma parte de sua liberdade externa inata a favor de um fim, mas, ao contrário, que ele renunciou inteiramente à sua liberdade selvagem e sem lei para se ver com sua liberdade toda não reduzida numa dependência às leis, ou seja, numa condição jurídica, uma vez que esta dependência surge de sua própria vontade legisladora”¹

Então como preservar a liberdade inata do ser humano enquanto salvaguarda a segurança e o contentamento da vida em sociedade? De acordo com Weffort para Rousseau², um contrato social, no qual se prima pela soberania da sociedade, isso seria possível. O interesse comum, segundo Rousseau, leva indivíduo contar com a cooperação daqueles que lhe são semelhantes, porém, em outros momentos, a concorrência faria com que a

¹ KANT, Immanuel. **A Fundamentação da Metafísica dos Costumes. A Doutrina Universal do Direito**, Portugal: Ed. EDIÇÕES 70, LDA. 2007, p. 158.

² WEFFORT, Francisco C. (org.). *Os clássicos da política*. 12ª ed. São Paulo: Editora Ática, 1999. p. 207.

desconfiança aflorasse e se sobressaíssem atitudes individualistas, assim, sugeriu a determinação da igualdade entre todos.

Neste sentido, John Locke defende no Segundo Tratado do Governo Civil³ que, sem o Estado intermediando as divergências e fiscalizando a aplicação das leis, o homem, por sua natureza, usaria a força como meio de alcançar a solução de seus interesses individuais, gerando conflitos sem fim.

Mantendo a soberania do povo, tendo o mesmo como elaborador e cumpridor deste contrato, compreendendo que acatar as determinações legais que escreve para si mesmo seria um ato de liberdade, estando, ainda, a vontade do Estado, subjugada a vontade geral do povo. Aquele governa os direitos do cidadão sem ser um obstáculo aos seus ideais individuais e coletivos. Representando o povo, um legislador, num Estado onde a democracia prevalece.

O povo submete sua liberdade à um Estado legítimo, regido por leis, que tem o poder de criar, executar e punir.

O art. 1º da Constituição Federal (2021), declara que “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos (...) Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.⁴

O conceito de Estado no Brasil é de um poder tripartido, ou seja, dividido em três poderes independentes, o Poder Legislativo que cria as leis através dos legisladores, o Poder Executivo, que executa estas leis através de nossos governantes e o Poder Judiciário que julga aqueles que infringirem essas leis, seguindo as regras também estabelecidas pelos legisladores.

O art. 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos traz em seu texto: “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos.

³ LOCKE, John, **Segundo Tratado do Governo Civil**, Clube do Livro Liberal, São Paulo: Editora Vozes

⁴ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm Acesso em: 22 de fevereiro de 2021.

Dotados de razão e consciência, devem agir uns para com os outros em espírito e fraternidade.”⁵

O ser humano e a defesa de sua dignidade, seu direito mais nobre, é a base do Estado Constitucional de Direito. A Constituição emana da vontade do povo, que como cerne, tem a garantia de seus direitos fundamentais estruturando toda a dinâmica política do estado democrático.

2.2 A DEMOCRACIA E O GARANTISMO PENAL

Após a conquista positivada dos direitos fundamentais, seja através das Constituições do Estado, sejam Declarações Universais de Direito, faz-se necessário assegurar o cumprimento destas garantias.

O Processo Penal serve, dentro de um Estado Democrático de Direito, como instrumento vital e inseparável de garantia dos direitos do acusado, como ferramenta de salvaguarda de direitos humanos fundamentais e do arbítrio do Estado.

Num Estado de Direito, o governante não detém absoluto poder sobre seus governados, apenas a lei está acima de todos. Faz-se mister garantir a equidade na aplicação das leis pelo Estado, especialmente na punição de inocentes, como num modelo de contenção, a teoria garantista discorre sobre o respeito ao devido processo legal.

Como ensina Renato Brasileiro sobre os limites de punir do Estado:

“Quando o Estado, por intermédio do Poder Legislativo, elabora as leis penais, cominando sanções àqueles que vierem a praticar a conduta delituosa, surge para ele o direito de punir os infratores num plano abstrato e, para o particular, o dever de se abster de praticar a infração penal. No entanto, a partir do momento em que alguém pratica a conduta delituosa prevista no tipo penal, este direito de punir desce do plano abstrato e se transforma no jus puniendi in concreto. O Estado, que até então tinha um poder abstrato, genérico e impessoal, passa a ter uma pretensão concreta de punir o suposto autor do fato delituoso. Surge, então, a pretensão punitiva, a ser compreendida como o poder do Estado de exigir de quem comete um delito a submissão à sanção penal. Através da pretensão punitiva, o Estado procura tornar efetivo o *ius puniendi*, exigindo do autor do delito, que está obrigado a sujeitar-se à sanção penal, o cumprimento dessa obrigação, que consiste em

⁵ **Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU**, 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 19 de janeiro de 2021.

sofrer as consequências do crime e se concretiza no dever de abster-se ele de qualquer resistência contra os órgãos estatais a que cumpre executar a pena. Todavia, esta pretensão punitiva não pode ser voluntariamente resolvida sem um processo, não podendo nem o Estado impor a sanção penal, nem o infrator sujeitar-se à pena. Em outras palavras, essa pretensão já nasce insatisfeita. Afinal, o Direito Penal não é um direito de coação direta. Apesar de o Estado ser o titular do direito de punir, não se admite a imposição imediata da sanção sem que haja um processo regular, assegurando-se, assim, a aplicação da lei penal ao caso concreto, consoante as formalidades prescritas em lei, e sempre por meio dos órgãos jurisdicionais (*nulla poena sine iudicio*).⁶

O processo regular a que se refere o autor é o devido processo legal ao qual deve ser submetido o réu. Conforme preconizado no art. 5º, LIV da Constituição Federal: “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (CRFB, art. 5º, LIV). Este é um princípio basilar concernente às garantias individuais e limites estabelecidos ao poder estatal. Legitimado como um direito fundamental e público de detenção de todos os cidadãos de um Estado.

Com um conceito complexo, abrangendo a liberdade em seu sentido mais amplo, o devido processo legal, de acordo com o professor Calixto, “há certo consenso de que o *due process of law* carrega a ideia de que todos os litigantes têm direito a um processo justo, não apenas na forma, mas, sublinhe-se, também no conteúdo”⁷, serve à tutela dos bens da vida.

O devido processo legal, desde sua origem, representa o desígnio dos limites legais ao poder estatal, rege o exercício da autoridade e a preservação da liberdade. Mais do que a salvaguarda aos procedimentos legais, assegura aos cidadãos um processo justo, livre de arbitrariedades estatais, quando existir o risco de serem privados de sua liberdade e de sua propriedade.

No aspecto processual do devido processo legal, como discorre Calixto, ele garante mais que uma técnica procedimental que rege o funcionamento do processo:

no Estado Democrático de Direito, é necessário aceitar o valor nele implícito: a defesa e tutela das liberdades dos cidadãos por meio de garantias preestabelecidas, verdadeiras técnicas jurídicas, a serviço

⁶ LIMA, Renato Brasileiro, **Manual de Processo Penal, Vol. Único**, Salvador: Editora Jus Pudivum, 2016. p. 10.

⁷ CALIXTO, Rubens Alexandre Elias, **O Devido processo Legal**, Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca, – v.11, n.2, dez. 2016 p. 235.

das partes e conflito, com a finalidade de uma sentença justa, hipótese em que se exige do procedimento flexibilidade para o atendimento dos interesses em conflito; certeza, para a garantia dos direitos que se questionam; fluidez e celeridade, para que seja pronta a solução ou cessação da ameaça... a doutrina brasileira tem empregado a locução devido processo legal unicamente nesse sentido processual, como se percebe da enumeração, v.g., que se fez das garantias delas oriundas: a) direito à citação e ao conhecimento do teor da acusação; b) direito a um rápido e público julgamento; c) direito ao arrolamento de testemunhas e à notificação das mesmas para comparecimento perante os tribunais; d) direito ao procedimento contraditório; e) direito de não ser processado, julgado ou condenado por alegada infração às leis *ex post facto*; f) direito à plena igualdade entre acusação e defesa; g) direito contra medidas ilegais de busca e apreensão; h) direito de não ser acusado nem condenado com base em provas ilegalmente obtidas; i) direito à assistência judiciária, inclusive gratuita; j) privilégio contra a autoincriminação.⁸

A guarda dos direitos fundamentais através do Direito Penal é a base da teoria do Garantismo penal, promovendo um equilíbrio entre as diversas funções designadas aos direitos fundamentais. Elaborada e definida por Luigi Ferrajoli, como:

o movimento jurídico-penal que busca a legitimação da intervenção punitiva do Estado, pela garantia da observância por este a direitos e garantias individuais e coletivos. Ou seja, tanto o direito material penal quanto o processual penal e a execução penal devem seguir certos preceitos para que não se desvirtuem dos objetivos do Estado Constitucional e Democrático de Direito, qual seja, proteger direitos fundamentais. Conforme se verá, a intervenção estatal só poderá validamente acontecer se estiver de acordo com os ditames estabelecidos na Constituição, esta, verdadeiro limite formal e material à atuação estatal na seara penal.⁹

Desenhado considerando a vida em comunidade, não a vida de um indivíduo que vive isolado, assim, as liberdades devem ter suas limitações, sendo a intervenção do legislador legítima.

As violações aos direitos fundamentais individuais tão marcantes na história da humanidade, com demonstrações de governos totalitários, onde muito pouco das garantias almejadas pela sociedade foram respeitadas, fez com que eclodissem movimentos políticos e sociais de redemocratização pelo mundo, não sendo diferente no Brasil, sendo uma consequência da evolução histórica dos direitos da humanidade.

⁸ CALIXTO, Rubens Alexandre Elias, **O Devido processo Legal**, Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca, – v.11, n.2, dez. 2016 p. 258.

⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**, São Paulo: Ed. 2002, p. 786

Como reflexo, o ordenamento jurídico se transforma, evoluindo para atender aos anseios sociais. Leis e entendimentos dos tribunais que não condigam com o um Estado Social e Democrático, que violem direitos e garantias fundamentais dos cidadãos, não podem ser aplicados. O sujeito de direito deve ser respeitado como tal, frente a outros indivíduos e em especial frente ao poder estatal.

Luciano Feldens apontou o Estado Constitucional de Direito como o único modelo de Estado a servir como base de fomento ao projeto garantista:

O Estado constitucional de Direito é reconhecidamente o único modelo de Estado habilitado a oferecer suporte ao projeto garantista. Estado constitucional de Direito e garantismo são realidades autorreferentes, apontando, em conjunto, para a formulação de técnicas de garantias idôneas destinadas a assegurar o máximo grau de efetividade aos direitos fundamentais.

O garantismo se deve compreender: como uma teoria de base constitucional orientada à otimização dos direitos fundamentais, o que significa, em Direito, assegurar juridicamente (garantir) a sua realização, tarefa constitucionalmente imposta ao legislador a partir das próprias normas jusfundamentais, competindo-lhe editar os instrumentos necessários à tutela desses direitos frente a suas principais ameaças (os indivíduos e o Estado), de modo a minimizar as agressões oriundas de particulares e a conter a arbitrariedade dos poderes públicos¹⁰

Cademartori e Xavier explicam como a teoria garantista pode servir de base para o fornecimento de subsídio teórico para que os operadores de direito possam ajustar suas percepções às práticas do moderno Estado Democrático.

De outro lado, o Estado de Direito, pensado por seus autores como poder político limitado pelo direito, e fruto das lutas sociais dos últimos séculos, vem desconhecendo limites em nome de eventuais minorias aclamativas, fruto de consensos fabricados pela manipulação midiática. Em nome de uma suposta governabilidade medida por padrões de ordem predominantemente econômica, esquecem-se os governantes de voltar os olhos para as necessidades e valores sociais, descuidando da função precípua do Estado de Direito, que é a submissão à sociedade, já que é produto da vontade da mesma.¹¹

Torna-se assim o principal desafio do pensamento jurídico contemporâneo elaborar uma teoria que possa dar conta desses fenômenos, incumprimento dos direitos fundamentais e desviação do

¹⁰ FELDENS, Luciano. **Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos II** Aproximações teóricas sobre o Garantismo – Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010. P. 261

poder Estado real de Direito, a fim de minimizar, senão eliminar, as defasagens entre os modelos postulados e as práticas perversas.¹²

Mais do que a proteção dos direitos individuais e coletivos, a teoria garantista também trata dos deveres do cidadão como um indivíduo integral e a garantia da maior efetividade dos mesmos. Através de premissas assertivas, não prescritivas.

Ferrajoli assentou a Teoria Garantista, nestas premissas que:

não descrevem o que ocorre, mas prescrevem o que deva ocorrer; não enunciam as condições que um sistema penal efetivamente satisfaz, mas as que deva satisfazer em adesão aos seus princípios normativos internos e/ou a parâmetros de justificação externa... Cada uma das implicações deontológicas - ou princípios - de que se compõe todo modelo de direito penal enuncia, portanto, uma condição *sine qua non*, isto é, uma garantia jurídica para a afirmação da responsabilidade penal e para a aplicação da pena. Tenha-se em conta de que aqui não se trata de uma condição suficiente, na presença da qual esteja permitido ou obrigatório punir, mas sim de uma condição necessária, na ausência da qual não está permitido ou está proibido punir.¹³

Estas premissas são os axiomas garantistas, uma relação de dez postulados que definem este modelo desenvolvido por Ferrajoli, sendo o foco do garantismo o próprio Estado Democrático de Direito e visando a mínima intervenção penal com as máximas garantias:

Denomino estes princípios, ademais das garantias, penais e processuais por eles expressas, respectivamente: 1) princípio da retributividade ou da consequencialidade da pena em relação ao delito; 2) princípio da legalidade, no sentido lato ou no sentido estrito; 3) princípio da necessidade ou da economia do direito penal; 4) princípio da lesividade ou da ofensividade do evento; 5) princípio da materialidade ou da exterioridade da ação; 6) princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal; 7) princípio da jurisdicionalidade, também no sentido lato ou no sentido estrito; 8) princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação; 9) princípio do ônus da prova ou da verificação; 10) princípio do contraditório ou da defesa, ou da falseabilidade.¹⁴

No modelo garantista-minimalista, como ensina Flávio Gomes, o garantismo penal não pode operar como promotor de transformação social

¹² CADEMARTORI, Sérgio e XAVIER, Marcelo Coral. "Apontamentos Iniciais Acerca do Garantismo". In: **Revista de Estudos Criminais**, (Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais, ed. 1). Sapucaia do Sul – RS: Notadez Informações LTDA, 2001, p. 20.

¹³ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**, São Paulo: Ed. 2002, p. 74

¹⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**, São Paulo: Ed. 2002, p. 75.

quando essa intervenção não é adequadamente ajustada aos interesses sociais como família e educação.

a atribuição de eficácia limitada aos seus próprios instrumentos de intervenção, onde a norma e as sanções penais são um subsistema do complexo sistema de controle social. A intervenção penal só é adequada e eficaz para condicionar os comportamentos sociais se os objetivos do controle penal coincidem com aqueles do resto dos subsistemas (família, escola, opinião pública, etc.) e interagem positivamente com estes.¹⁵

A Constituição Federal, base de nosso estado democrático, desempenha uma atribuição fulcral no sistema vigente, a partir dela há também novos padrões impressos em matéria penal e processual penal, visando resguardar bens jurídicos e os interesses da sociedade. Na esfera penal, faz-se mister observar os contornos integrais do garantismo.

Como apontam Cademartori e Xavier:

A crença na virtude da razão jurídica e na vocação despótica do poder aparecem como ingredientes de fundo da teoria garantista. Sendo a discricionariedade a essência do poder, a sujeição ao direito é a maior conquista das instituições jurídicas liberais. Neste sentido, o SG pode ser definido como uma técnica de diminuição da discricionariedade e maximização das expectativas garantidas como direitos fundamentais. Assim, as suas forças e fraqueza decorrem ambas da luta individual e coletiva pela defesa dos direitos fundamentais.¹⁶

Este modelo delimita os pressupostos da intervenção penal e suas consequências, a fim de proteger os direitos do cidadão de quaisquer abusos do poder punitivo. A teoria garantista, preconiza esta delimitação de controle estatal, não havendo que se confundir com outras teorias criminológicas com foco na descriminalização o direito penal.

2.3 O ATIVISMO JUDICIAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

¹⁵ GOMES, Luiz Flávio. **Populismo penal midiático: caso mensalão**. São Paulo: São Paulo: Saraiva, 2013, p. 116.

¹⁶ CADEMARTORI, Sérgio e XAVIER, Marcelo Coral. "Apontamentos Iniciais Acerca do Garantismo". In: **Revista de Estudos Criminais**, (Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais, ed. 1). Sapucaia do Sul – RS: Notadez Informações LTDA, 2001, p. 25.

Com a reassunção do regime democrático e os direitos de cargos e funções da magistratura implantados pela Constituição Federal de 1988, os juízes e tribunais assumiram uma atuação política em demandas sociais e econômicas, num papel de pacificação social, que passaram a ser de competência do Poder Judiciário.

O ativismo judicial ocorre quando as cortes se envolvem fortemente na agenda política, tomando decisões que reinterpretem normas que estampam a novas elaborações legislativas.

São diversos os critérios utilizados para identificação do ativismo judicial, de um lado pode representar insatisfações com o conteúdo decisório, meramente um ataque ideológico, ou uma função primordialmente descritiva, conforme discorre Joana Machado:

a decisão judicial orientada por resultados; a decisão judicial criativa; a inobservância de métodos interpretativos considerados mais rigorosos; a superação de precedentes; entre outros. Entre as diversas opções de critérios para identificação de ativismo judicial, qualquer eleição que se realize, por mais rigorosa que se pretenda, corresponde a uma tomada subjetiva de posição. Invocar o rigor do critério não é suficiente para esvaziar a subjetividade de sua escolha. Desse modo, ainda que inconscientemente, tanto a leitura cética sobre ativismo judicial, quanto esta última, incorporam um dualismo epistemológico questionável, entre conhecimento objetivo e ideologia. Sob a ótica cética, diante da ausência de neutralidade na utilização do termo “ativismo judicial”, inevitável se torna condená-lo ao plano da ideologia. Já sob a ótica mais otimista, diante do esforço de sistematização dos critérios utilizados, seria possível reconhecer que a descrição do fenômeno do ativismo é objetiva, isenta de juízos de valor...O dualismo acima verificado remonta premissas de um positivismo metodológico. Ou bem o pesquisador neutraliza seus interesses, e põe-se a conhecer o objeto como ele é, na linha pretendida por Kelsen, em sua Teoria pura do Direito; ou deixa-se mover pela subjetividade, dizendo, em pura ideologia, como o objeto deveria ser... qualquer abordagem sobre “ativismo judicial” constrói-se a partir de um pré-entendimento em torno da conformação e dos limites da atividade jurisdicional. Nesse passo, pode-se estabelecer a seguinte razão inversa: quanto mais ampla for concebida a função jurisdicional, mais estreita será, por decorrência lógica, a definição de ativismo judicial (visto que menor será o espaço para acusação de excessos).¹⁷

¹⁷ MACHADO, Joana de Souza. **Ativismo Judicial no Supremo Tribunal Federal**, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Direito, Rio de Janeiro: 2008, p 19-20.

Alexandre Campos, explica que o conceito de ativismo judicial, não é estático, devem estar inseridos na avaliação conceitos de local, época e estrutura constitucional a serem consideradas em contextos particulares:

A identificação e avaliação do ativismo judicial não podem, portanto, ser desvinculadas das estruturas constitucionais que, em lugares e épocas distintas, disciplinam a dinâmica de funcionamento dos poderes e as relações entre indivíduos e Estado, tampouco das práticas jurídico-culturais, políticas e sociais contemporâneas.¹⁸

No ordenamento jurídico brasileiro, o princípio da separação dos Poderes previsto no art. 2º da Constituição Federal, apregoa que “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.¹⁹ Baseado na independência e harmonia entre os órgãos do poder político, a distribuição foi pensada de maneira que cada Poder, tenha atributos predominantes à sua esfera de atuação. Resultando na não relação de subordinação ou dependência do exercício de suas funções. Não obstante, os Poderes podem exercer funções típicas uns dos outros, subsidiariamente, de maneira cooperativa, desde que não interfira no desempenho de sua função precípua.

O Supremo Tribunal Federal encontra-se no centro da política brasileira, o que levanta o questionamento de estar se desviando do adequado exercício da função jurisdicional, invalidando os outros poderes estatais.

Alexandre Campos discorre sobre a condição do judiciário no papel de ator político, que deve exercer sua atuação dentro do poder textos legais e outras determinantes judiciais.

Isso significa que, mais do que uma escolha deliberada das cortes, elas são requeridas pelos diversos atores políticos e sociais, a decidir sobre estes conflitos cruciais contemporâneos. Ou seja, a condição das cortes como atores políticos responde em larga medida, a fatores externos, máxime a demanda de judicialização da política. Esse fenômeno cria uma estrutura de oportunidades para que as cortes

¹⁸ CAMPOS, Alexandre Azevedo. **Ativismo Judicial no Supremo Tribunal Federal**. Dissertação de Mestrado na Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito. 2012, p. 149.

¹⁹ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm Acesso em: 13 de março de 2021.

avancem seu poder político-normativo, isto é, pratiquem ativismo judicial.²⁰

Transformações institucionais trazidas pela Constituição Federal de 1988 fortalecendo o acesso à justiça e a conscientização da população na busca por seus direitos, envolvem o judiciário num papel central de solução de conflitos, para Campos:

A nova constituição criou um modelo político que está longe de ser puramente majoritário, ao invés, impôs rígidos limites às decisões das maiorias de cada tempo, em particular o respeito aos direitos fundamentais, regulou um espaço importante da vida política e social e confia ao Supremo - órgão sem lastro majoritário - a garantia de validade prática desses limites. Para tanto, a Constituição outorgou à Corte um número impressionante de competências e instrumentos decisórios, fortalecendo-a sobremaneira e dando início a um amplo e contínuo processo de concentração de poderes de decisão em sua jurisdição.²¹

Num novo papel constitucional, o Supremo vem tomando decisões políticas, muitas vezes controversas como no julgamento do HC 126.292/SP, de relatoria do Ministro Zavascki, em que modificou sua jurisprudência e firmou o entendimento no sentido de permitir a execução provisória da pena após a confirmação de condenações criminais em segunda instância pelos Tribunais de Justiça²². Decisão que aparentou para muitos do mundo jurídico ser uma decisão política influenciada pelo clamor das vozes populares, dividindo os Ministros do Supremo. O Brasil vive um processo de judicialização política, que analisaremos mais à frente.

Para Massa e Kallás, o ativismo judicial permeia entre a promoção da democracia e dos direitos fundamentais e a violação de garantias constitucionais e funções institucionais pela atuação jurisdicional, quando a legislação brasileira é omissa e aberta a interpretações diversas e em casos que o legislativo

²⁰ CAMPOS, Alexandre Azevedo. **Ativismo Judicial no Supremo Tribunal Federal**. Dissertação de Mestrado na Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito. 2012, p. 141-142.

²¹ CAMPOS, Alexandre Azevedo. **Ativismo Judicial no Supremo Tribunal Federal**. Dissertação de Mestrado na Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito. 2012, p. 216.

²² Este entendimento foi posteriormente revisto pelo plenário do STF através das Ações Diretas de Constitucionalidade 43, 44 e 54, como apresentaremos nos capítulos seguintes.

considera controverso demais para um posicionamento partidário e remete ao judiciário, demandando do juiz que decida com base em casos anteriores semelhantes, decidindo com igualdade e coerência, afastando-se de descrições muito diversas da prática jurídica dos tribunais até então.

Portanto, o que se identifica é uma maior demanda pela judicialização de questões política e socialmente relevantes, especialmente de direitos fundamentais, uma vez que, constitucionalizar implica levar estes temas controvertidos à análise do judiciário, tanto temas ligados à esfera pública quanto temas ligados às relações privadas. [...] No Brasil, o que se nota é uma tendência legislativa à introdução dos padrões de coerência e integridade pelas mudanças e exigências trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015. Entretanto, a corte constitucional brasileira ainda demonstra estar mais adepta a fazer sopesamento de princípios quando da prolação de suas decisões, tal como proposto por Robert Alexy - embora o faça de forma um pouco desvirtuada - do que a adotar a inflexibilidade de Dworkin, que não admite a não aplicação ou a relativização de um princípio que esteja insculpido dentro do arcabouço normativo vigente. Ao tratar de direitos fundamentais, nota-se no judiciário certa ausência de padrões de igualdade quando da promoção de direitos fundamentais, de modo que, o que se propõe é equalização das decisões e adoção dos critérios de coerência e integridade, a fim de se promover a democracia e conferir a guarda e a igualdade de tratamento que os direitos fundamentais demandam e, por consequência, maior segurança jurídica e unidade dentro do direito²³.

O princípio de presunção de inocência, como princípio fundamental inscrito em nossa estrutura judiciária, na visão de Dworkin estaria sofrendo relativização, padrão do sistema judiciário brasileiro.

O Supremo interpretou a decisão como um equilíbrio à justiça social e entendeu, na época da decisão, não ferir o princípio da presunção de inocência, até mais recente reformulação da decisão em 2019. A seguir será apresentada uma análise sobre a garantia constitucional da presunção de inocência e a execução antecipada da pena.

²³ MASSA, Laila Nader Mendes e KALLÁS FILHO, Elias. Leitura Moral da Constituição e Ativismo Judicial: a questão da legitimidade democrática das decisões judiciais no Brasil sob a perspectiva de Ronald Dworkin. **DESC - Direito, Economia e Sociedade Contemporânea**. Vol. 2, ° 1, p. 245-257. Campinas: Jan/Jun 2019. Disponível em: <<https://doi.org/10.33389/desc.v2n1.2019.p245-257>> Acesso em: 18 de maio de 2021, p.251 e 255.

3. A GARANTIA CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A INCONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA

3.1 A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA COMO PRINCÍPIO E DIREITO FUNDAMENTAL NA PERSECUÇÃO PENAL BRASILEIRA

O princípio da presunção de inocência assegurado na Constituição de 1988, previsto em diversos diplomas internacionais, é garantido como um direito fundamental. Direitos fundamentais são direitos protetivos do ser humano, direitos básicos, que garantem a cada indivíduo existir dignamente numa sociedade regulada por um poder Estatal. Direitos estes positivados na Constituição.

Para Aury Lopes e Gustavo Badaró a presunção de inocência é um direito político do indivíduo:

Todo indivíduo nasce livre e tem a liberdade entre seus direitos fundamentais. Tal direito, contudo, não é absoluto. A liberdade pode ser juridicamente restringida. Para tanto, é necessário expressa previsão legal e a observância de um devido processo legal. O direito à liberdade é assegurado por várias garantias, dentre as quais se incluem a “presunção de inocência”. A presunção de inocência assegura a todo e qualquer indivíduo um prévio estado de inocência, que somente pode ser afastado se houver prova plena do cometimento de um delito. O estado de inocência somente será afastado com o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória.²⁴

O princípio da presunção de inocência é um dos princípios básicos do Estado de Direito e de garantia processual penal, não precisa ser positivado, para Aury Lopes e Gustavo Badaró o princípio é recepcionado pela Constituição, “exige uma pré-ocupação nesse sentido durante o processo penal, um verdadeiro dever imposto ao julgador de preocupação com o imputado, uma preocupação de tratá-lo como inocente”²⁵, previsto no artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal:

²⁴ LOPES JR., Aury e BADARÓ, Gustavo Henrique. **Presunção de inocência: Do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória**. Consulente: Maria Cláudia de Seixas, 2016, p. 8.

²⁵ LOPES JR., Aury e BADARÓ, Gustavo Henrique. **Presunção de inocência: Do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória**. Consulente: Maria Cláudia de Seixas, 2016, p. 10.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;²⁶

Aury Lopes aponta que há uma demarcação temporal para o fim da presunção de inocência que é o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Muito importante sublinhar que a presunção constitucional de inocência tem um marco claramente demarcado: até o trânsito em julgado. Neste ponto nosso texto constitucional supera os diplomas internacionais de direitos humanos e muitas constituições tidas como referência. Há uma afirmação explícita e inafastável de que o acusado é presumidamente inocente até o “trânsito em julgado da sentença penal condenatória”.²⁷

Garantir ao investigado ou acusado, durante a persecução penal, um estado de não culpável, como dever de tratamento, para Aury Lopes e Badaró indica que ele não pode ser equiparado ao condenado definitivo. Nosso sistema jurídico é baseado no conceito jurídico de culpabilidade, estado de inocência.

Ao contrário, seu status é absolutamente igual ao de quem nunca foi investigado ou processado. Assim, não se pode admitir contra ele, com efeito automático da imputação ou mesmo de decisões judiciais, uma prisão obrigatória, representando antecipação de juízo de culpa e execução antecipada de uma pena que, a despeito de provável, ainda não é certa²⁸.

O Estado deve provar a culpa do indivíduo, que deve ser tratado como inocente até o trânsito em julgado da sentença, marco final da presunção de inocência, sob pena de retornarmos ao Estado arbitrário, como ensina Marcos Antônio Bandeira:

O legislador Constituinte Brasileiro de 1988, no afã de modificar este modelo de Estado autoritário de forma definitiva e sem querer correr

²⁶ BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm Acesso em: 23 de março de 2021.

²⁷ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal** – 17. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 140.

²⁸ LOPES JR., Aury e BADARÓ, Gustavo Henrique. **Presunção de inocência: Do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória**. Consulente: Maria Cláudia de Seixas, 2016, p. 14.

maiores riscos, resolveu elevar a status de cláusula pétrea o princípio da presunção de inocência, inscrevendo-o no Art. 5º, LVII da nossa CF, constituindo-se no princípio reitor do processo penal e pelo qual é identificado o Estado Brasileiro como um Estado Democrático de Direito. Como base no princípio da presunção de inocência qualquer pessoa acusada de um crime deve ser considerada e tratada durante todo o desenvolvimento do processo como possível inocente, até que sobrevenha uma sentença condenatória transitada em julgado.²⁹

De caráter amplo, resguardando o imputado durante todo o procedimento de persecução penal, a inserção deste princípio na Constituição Federal de 88 marca o rompimento de um modelo de Estado de culpabilidade utilizado como poder de controle social, para uma forma de assegurar a efetividade do processo penal.

Para Sérgio da Cunha, em sanção penal, a presunção de inocência do acusado não quer dizer o mesmo que inocente do ilícito até que sentenciado, mas que somente poderá ser considerado como culpado aquele que assim foi considerado, por um juiz natural, em processo regular.³⁰ Houve por parte do legislador constituinte uma presunção de não culpabilidade, mas não de inocência, no intuito de assegurar a possibilidade de ele ser investigado e processado, não frustrando a possibilidade de ele ser culpado.

Coerentemente, regras devem ser seguidas para que a persecução ocorra de maneira a respeitar o acusado, o *in dubio pro reo* e a regra de tratamento. Cabe ao Estado provar a culpabilidade sem dúvidas razoáveis, vez que a inocência, ou não culpabilidade já é presumida e ainda não deve o juízo tratar o acusado ou investigado como culpado sem condenação definitiva. A regra de tratamento deve ser respeitada e seguida dentro e fora do processo, para evitar a estigmatização do acusado.

²⁹ BANDEIRA, Marcos Antônio Santos. **Revista Entre Aspas**, vol .4. O princípio da presunção de inocência como norma de tratamento no processo penal brasileiro. Universidade Corporativa TJBA Salvador - Bahia Disponível em: <https://unicorp.tjba.jus.br/pdfrevistas/o-principio-da-presuncao-da-inocencia-2/> Acesso em: 23 de março de 2021.

³⁰ CUNHA, Sérgio Sérvulo da. **Princípios Constitucionais**, 2. ed. – São Paulo: Saraiva, 2013. p. 140

3.2 PRISÃO PROVISÓRIA E PRISÃO DECORRENTE DE SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA TRANSITADA EM JULGADO

A prisão preventiva é prisão cautelar de natureza processual, decretada antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, devendo estar presentes os requisitos legais e autorizadores, previstos no art. 312 e seguintes do Código de Processo Penal Brasileiro, garantindo todos os direitos constitucionais, dentre eles a presunção de inocência.

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

§ 1º A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares

§ 2º A decisão que decretar a prisão preventiva deve ser motivada e fundamentada em receio de perigo e existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada.³¹

A indispensabilidade de se separar prontamente o acusado, havendo motivações de ordem cautelar ou instrumental-processual é o que caracteriza esse tipo de prisão, não podendo a decisão ser baseada no mérito, convertendo-se em antecipação da pena, violando, portanto, o princípio da presunção de inocência. A liberdade é a regra e a prisão deve ser dotada de excepcionalidade.

Sobre o tema discorre Norberto Avena:

[...] motivos que ensejam a decretação da custódia e sobre os quais deve-se assentar a decisão judicial deferitória, sendo relacionados ao segundo requisito genérico das medidas cautelares, qual seja, o *periculum in mora* (*periculum libertatis*) – risco de que a demora das investigações ou da tramitação processual venha a prejudicar o ajuizamento da ação penal ou a prestação jurisdicional. Consistem estes fundamentos nos seguintes: garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, conveniência da instrução criminal e segurança da aplicação da lei penal. Evidentemente, a prisão preventiva poderá ser decretada a partir da presença de apenas um destes elementos, não sendo necessária a coexistência de todos ao mesmo tempo. Todavia, se dois ou mais deles coexistirem, maior será a legitimidade

³¹ BRASIL. Código de Processo Penal. Decreto Lei Nº 3.689, de 3 DE OUTUBRO de 1941. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/De13689.htm>

do decreto prisional e, via de consequência, menores as possibilidades de sua revogação posterior.³²

São manifestações claras, para Aury Lopes e Badaró, “na presunção de inocência a vedação de prisões processuais automáticas ou obrigatórias e a impossibilidade de execução provisória ou antecipada da sanção penal”.³³

A motivação no decreto de prisão preventiva deve ser justa e clara, indicando os elementos concretos que comprovem a efetiva necessidade, nos termos dos art. 282, § 6º e arts. 311, 312 e 313 do Código de Processo Penal, sob pena de constituir antecipação de pena.

Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

I - Necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais;

II - Adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

§ 6º A prisão preventiva somente será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar, observado o art. 319 deste Código, e o não cabimento da substituição por outra medida cautelar **deverá ser justificado de forma fundamentada nos elementos presentes do caso concreto, de forma individualizada.** (grifo nosso)³⁴

A condenação penal se dá quando a sentença transitou em julgado, ou seja, não cabe mais recursos para defesa como discorre Pacelli:

Somente se permitirá a prisão antes do trânsito em julgado quando se puder comprovar quaisquer das razões que autorizem a prisão preventiva, independentemente da instância em que se encontrar o processo. Esclareça-se, ao propósito, que a prisão temporária, ao contrário da preventiva, somente é cabível na fase de investigação, já que instituída para o fim de melhor tutelar o inquérito policial, nos termos da Lei nº 7.960/89. Já a veremos. Por isso, apenas as razões da prisão preventiva (art. 311, art. 312 e art. 313, CPP) poderão justificar a custódia cautelar no curso do processo.³⁵

³² AVENA, Norberto. **Processo Penal**, 12. ed., Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020. p. 1885.

³³ LOPES JR., Aury e BADARÓ, Gustavo Henrique. **Presunção de inocência: Do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória**. Consultante: Maria Cláudia de Seixas, 2016.p. 9.

³⁴ BRASIL. Código de Processo Penal. Decreto Lei Nº 3.689, de 3 DE OUTUBRO de 1941. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>

³⁵ PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 17ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2013, p. 619.

Previsto no art. 283 do Código de Processo Penal, além da fundamentação por parte da autoridade judiciária competente, ninguém poderá ser preso, além da prisão cautelar, senão em virtude de sentença transitada em julgado.

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado.³⁶

A Constituição Federal de 88 define em seu art. 60, §4º, as cláusulas pétreas, dispositivos do texto constitucional que não podem sofrer nenhuma alteração, e dentre elas estão os direitos e garantias individuais, na qual a presunção de inocência se enquadra.

3.3 A INCONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA PENDENTE DE RECURSO ESPECIAL E RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Existem no Brasil garantias constitucionais e convencionais que impedem a execução antecipada da pena: o trânsito em julgado e do duplo grau de jurisdição.

O princípio do duplo grau de jurisdição, efetivado através da interposição de recursos, tem origem no dever de possibilitar determinados órgãos do Poder Judiciário a revisão de decisões proferidas por juízes ou tribunais sujeitos à sua jurisdição. De acordo com Norberto Avena: O duplo grau, em última análise, objetiva assegurar a efetiva prestação jurisdicional, traduzindo-se como um pressuposto necessário à justa composição da lide".³⁷

De previsão taxativa, como recursos, buscam a reforma, a invalidação ou a integração da decisão, e ainda impedir que o julgamento impugnado se torne precluso ou transite em julgado, o recurso extraordinário tem como objeto

³⁶ BRASIL. Código de Processo Penal. Decreto Lei Nº 3.689, de 3 DE OUTUBRO de 1941. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>

³⁷ AVENA, Norberto. **Processo Penal**, 12. ed., Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020. p. 2270.

questões de direito constitucional, enquanto que o recurso especial questões de direito infraconstitucional Federal.

O recurso especial objetiva preservar a hegemonia das leis infraconstitucionais, previsto no art. 105, III, da Constituição Federal e no art. 541 do Código de Processo Civil. O recurso extraordinário previsto no art. 102, III, alínea a à d, é instrumento processual-constitucional cujo propósito é garantir o exame de eventual afronta à Constituição resultante de decisão judicial proferida em última ou única instância.

Nos termos do art. 102, §2º da Constituição Federal, as decisões declaratórias de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade têm eficácia *erga omnes*.

art. 102, § 2.o, da CF, “as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal”.

Isto significa, como discorre Avena, “que o resultado destas demandas é de observância obrigatória em todas as esferas do Poder Judiciário e nas demais mencionadas no dispositivo constitucional”.³⁸

Ambos os recursos, especial e extraordinário visam assegurar uma segurança no sistema jurisdicional, não analisam casos concretos, não cabendo assim o reexame de fatos ou de provas, devendo ser a questão necessariamente de direito objetivo. Uma interpretação baseada na hermenêutica seria simplista demais, vez que os recursos não se limitam a julgar questões abstratas de direito, para Aury Lopes e Badaró:

nos modelos como o brasileiro, em que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, ao julgarem, respectivamente, o recurso extraordinário e o especial, não se limitam a resolver em abstrato a questão de direito constitucional ou federal posta em discussão, mas além disso, e a partir da premissa adotada “aplicam o direito aos fatos” (CPC, art. 1034, caput), julgando a causa ao dar ou negar provimento ao recurso, não seria exagero ver nesse modelo, ainda que em recurso nos quais não se discuta a questão fática, um predomínio da função de proteção do direito subjetivo do recorrente e, somente em caráter secundário, a tutela da constituição ou da lei federal, enquanto direito

³⁸ AVENA, Norberto. **Processo Penal**, 12. ed., Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020. p. 108.

objetivo. Seriam, pois, recursos mais voltados à tutela do *ius litigatoris* do que do *ius constitutionis*³⁹.

No ano de 2016 o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário Habeas Corpus 126.292 TJ/SP entendeu que, uma vez determinada ou mantida a condenação do réu pelos Tribunais de segunda instância, a pena privativa de liberdade poderia ser executada provisoriamente, sem a violação do princípio constitucional da presunção de inocência.

O argumento principal defendido é o de que nos recursos especial e extraordinário não há julgamento fático, não havendo reforma da decisão de mérito do acórdão do tribunal local. Com essa decisão o tribunal passou a adotar sistema do duplo grau para derruir a presunção de inocência.

O ministro Zavascki se ampara neste argumento:

Ressalvada a estreita via da revisão criminal, é, portanto, no âmbito das instâncias ordinárias que se exaure a possibilidade de exame de fatos e provas e, sob esse aspecto, a própria fixação da responsabilidade criminal do acusado. É dizer: os recursos de natureza extraordinária não configuram desdobramentos do duplo grau de jurisdição, porquanto não são recursos de ampla devolutividade, já que não se prestam ao debate da matéria fático-probatória. [...] Os recursos ainda cabíveis para instâncias extraordinárias do STJ e do STF – recurso especial e extraordinário – têm, como se sabe, âmbito de cognição estrito à matéria de direito.⁴⁰

Questões de direito podem ser levantadas alterando a condenação, como exemplificam Aury Lopes e Badaró:

e elas podem alterar apreciação da prova, a errada aplicação das regras de experiência, a utilização de prova ilícita, a nulidade da prova, o valor legal da prova, as presunções legais, ou a distribuição do ônus da prova, pois todas estas questões não são “de fato”, mas “de direito”. Nesse campo, também deve ser aceito o recurso contra decisões para controlar a valoração probatória quanto aos princípios gerais da experiência, os conhecimentos científicos, as leis do pensamento e, até mesmo, os fatos notórios. O controle da motivação também é admissível em recurso especial e extraordinário, [...] da falta de completude da valoração realizada no juízo das questões de fato, seja pelo juiz de primeiro grau, seja pelo tribunal local, no caso de regras

³⁹ LOPES JR., Aury e BADARÓ, Gustavo Henrique. **Presunção de inocência: Do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória**. Consultante: Maria Cláudia de Seixas, 2016.p. 22.

⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 126.292 / SP. Márcio Rodrigues Dantas e Relator do HC nº 313.021 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Teori Zavascki. 17 de fevereiro de 2010. p. 9. Disponível Em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>

gerais da experiência e leis lógicas do pensamento somente serão fundamento para o recurso de cassação, quando sua inobservância ou errônea aplicação torne a sentença sem fundamento, e por isso infrinja a regra que exige que todas as decisões sejam fundamentadas, sob pena de nulidade⁴¹.

Noutro argumento, a ministra Ellen Gracie, no habeas corpus nº 84.078/MG e o ministro Roberto Barroso, no habeas corpus nº 126.292/SP, é o de que sacrificar o princípio da não culpabilidade é sobrepujado pelos benefícios de “proteção da efetividade e da credibilidade da justiça, sobretudo diante da mínima probabilidade de reforma da condenação, como comprovaria algumas estatísticas trazidas aos autos”⁴²

Em oposição à decisão do Supremo o ministro Ricardo Lewandowski:

“Assim como fiz, ao proferir um longo voto no HC 84.078, relatado pelo eminente Ministro Eros Grau, eu quero reafirmar que não consigo, assim como expressou o Ministro Marco Aurélio, ultrapassar a taxatividade desse dispositivo constitucional, que diz que a presunção de inocência se mantém até o trânsito em julgado. Isso é absolutamente taxativo, categórico; não vejo como se possa interpretar esse dispositivo. Voltando a, talvez, um ultrapassadíssimo preceito da antiga escola da exegese, eu diria que *in claris cessat interpretatio*. E aqui nós estamos, evidentemente, *in claris*, e aí não podemos interpretar, data vênia”.⁴³

O ministro Celso de Mello, no habeas corpus nº 84.078/MG, sustenta seu posicionamento baseado na natureza jurídica da prisão cautelar que não tem o intuito de punir, mas de atuar como “um instrumento destinado a atuar em benefício da atividade desenvolvida no processo penal”.⁴⁴

⁴¹ LOPES JR., Aury e BADARÓ, Gustavo Henrique. **Presunção de inocência: Do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória**. Consultante: Maria Cláudia de Seixas, 2016.p. 25

⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 126.292 / SP. Márcio Rodrigues Dantas e Relator do HC nº 313.021 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Teori Zavascki. 17 de fevereiro de 2010. p. 47-49. Disponível Em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em 12 janeiro 2021.

⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 126.292 / SP. Márcio Rodrigues Dantas e Relator do HC nº 313.021 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Teori Zavascki. 17 de fevereiro de 2010. p. 97. Disponível Em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em 12 janeiro 2021.

⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 84.078-7 / MG. Omar Coelho Vitor Relator: Min. Eros Grau. 28 de fevereiro de 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>>. Acesso em 10 de janeiro 2021.

Na ementa declarou-se que a execução provisória da pena seria uma possibilidade, e não uma obrigatoriedade, porém, como afirma Gilmar Mendes, que vem sendo empregada pelas instâncias inferiores de maneira quase que mecânica, para todos os casos e em qualquer situação, “independentemente da natureza do crime, de sua gravidade ou do quantum da pena a ser cumprida”.⁴⁵

Em tal momento, votei com a maioria, pois entendi que a presunção de inocência teria âmbito de proteção passível de conformação pela legislação ordinária, que poderia definir o que se considera como “culpado”, e, em casos justificáveis, isso permitiria o início da execução provisória da pena. A partir de tal precedente, monocraticamente, os Ministros do STF têm aplicado a jurisprudência do Supremo no sentido de que a execução provisória da sentença já confirmada em sede de apelação, ainda que sujeita a recurso especial e extraordinário, não ofende o princípio constitucional da presunção de inocência, consoante decidido no HC 126.292/SP.⁴⁶

Já no ano de 2019 o Plenário do Supremo Tribunal Federal restabeleceu o entendimento da impossibilidade de execução provisória da pena antes de esgotados todos os recursos e do trânsito em julgado da decisão condenatória, salvo atribuição expressa de efeito suspensivo ao recurso cabível, através da votação das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43, 44 e 54, em relação ao art. 283 do Código de Processo Penal. Não impede, no entanto que o acusado responda o processo preso ou que tenha sua prisão decretada em segundo grau, desde que atendidos motivadamente os requisitos cautelares regulados pelo art. 312 do Código de Processo Penal.

Os requerentes das Ações Declaratórias de Inconstitucionalidade advogam, resumidamente, que o dispositivo 283 do Código de Processo Penal seja compatível com o artigo 5º, inciso LVII, da Carta Magna de 1988 e com o princípio processual penal do *in dubio pro reo*.

Na prática, no Brasil, acusados já vinham cumprindo pena antecipadamente, quando banalizada a prisão preventiva, sem o devido processo legal, como explana Marcos Bandeira:

O cenário brasileiro já há algum tempo vinha destoando dessa construção teórica constitucional, pois as pessoas acusadas da prática de uma infração penal grave acabavam cumprindo antecipadamente a

⁴⁵ MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 15ª. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 775.

⁴⁶ M MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 15ª. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 774.

pena sem as garantias do contraditório e da ampla defesa, ou seja, eram presas antes de um julgamento justo, por força da banalização da decretação da prisão preventiva por parte de alguns juízes criminais brasileiros, principalmente, quando embasava a medida extrema na necessidade de garantir a ordem pública. Com efeito, os juízes criminais brasileiros ignoravam o princípio constitucional da presunção da inocência e aplicavam de forma acrítica o Código de Processo Penal de vulnerável, 1941.⁴⁷

Com a decisão do Supremo em 2016 muito do cenário da execução penal no Brasil se tornou evidente. Muitas vezes na tentativa de aplacar a insatisfação social com a morosidade e impunidade da justiça brasileira, a execução antecipada da pena, não só fere direitos básicos e princípios constitucionais, mas abarrota o sistema prisional.

Analisaremos a seguir o argumento da defesa social alegado pelo Supremo Tribunal Federal e suas ramificações na ordem social e no sistema prisional brasileiro.

4. DO ARGUMENTO DA DEFESA SOCIAL PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

4.1 DA DEMORA NO JULGAMENTOS RECURSAIS NOS TRIBUNAIS SUPERIORES COMO FONTE GERADORA DE IMPUNIDADE E INSATISFAÇÃO SOCIAL E DO ARGUMENTO DA DEFESA SOCIAL.

A repercussão da mídia em torno de crimes específicos, a vociferação popular em busca de uma justiça eficiente na punição de crimes previstos influenciou as mudanças jurisprudenciais sobre o princípio da presunção de inocência. Buscando uma ruptura no padrão de impunidade percebido pela sociedade quando se fala em punição estatal e a falta de agilidade, enfraquecendo a tutela dos bens jurídicos, o Supremo Tribunal Federal alterou o entendimento, possivelmente sem a profunda consideração dos reflexos desta decisão nos direitos fundamentais e na própria ordem social.

⁴⁷ BANDEIRA, Marcos Antônio Santos. **Revista Entre Aspas**, vol .4. O princípio da presunção de inocência como norma de tratamento no processo penal brasileiro. Universidade Corporativa TJBA Salvador - Bahia Disponível em: <https://unicorp.tjba.jus.br/pdfrevistas/o-principio-da-presuncao-da-inocencia-2/> Acesso em: 23 de março de 2021.

Entende-se justificável a prisão preventiva para a garantia da ordem pública quando a manutenção do acusado em liberdade, pela sua elevada periculosidade, pode gerar insegurança social em virtude do justificado, porém abstrato, receio de que volte a delinquir. Para a decretação da prisão preventiva baseado na ordem pública, deve restar comprovado a efetiva necessidade da restrição cautelar para evitar a reiteração na prática delitiva, como vimos anteriormente, com sua previsão no art. 312 do Código de Processo.

Neste sentido, Nucci, discorre:

quanto à garantia da ordem pública, que se entende pela expressão a necessidade de se manter a ordem na sociedade, que, em regra, é abalada pela prática de um delito. Se este for grave, de particular repercussão, com reflexos negativos e traumáticos na vida de muitos, propiciando àqueles que tomam conhecimento da sua realização um forte sentimento de impunidade e de insegurança, cabe ao Judiciário determinar o recolhimento do agente. A garantia da ordem pública deve ser visualizada pelo binômio gravidade da infração + repercussão social.⁴⁸

Em decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em HC 126.292, a favor da possibilidade de execução provisória da pena os ministros Carmen Lúcia, Luiz Fux, Teori Zavascki, Luís Roberto Barroso, Gilmar Mendes, Dias Toffoli e Edson Fachin, foram votos vencidos os ministros Celso de Mello, Ricardo Lewandowski, Rosa Weber e Marco Aurélio, a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal.

Nesta vertente temos o argumento da proteção social que defende a aplicação da lei penal em defesa da sociedade coletiva e não do indivíduo, como ensina Pacelli:

a prisão para a garantia da ordem pública não se destina a proteger o processo penal, enquanto instrumento de aplicação da lei penal. Dirige-se, ao contrário, à proteção da própria comunidade, coletivamente considerada, no pressuposto de que ela seria duramente atingida pelo

⁴⁸ NUCCI, Guilherme, **Código de processo penal comentado**. 4. ed., São Paulo: RT, 2005. p. 581.

não-aprisionamento de autores de crimes que causassem intranquilidade social⁴⁹

O ministro Luís Roberto Barroso, entende que a alteração na interpretação do princípio da presunção de inocência pela corte é no sentido de alcance das normas e que os intermináveis recursos são responsáveis por aumentar o trabalho do sistema judiciário com o objetivo da obtenção de garantias aos acusados:

A impossibilidade de execução da pena após o julgamento final pelas instâncias ordinárias produziu três consequências muito negativas para o sistema de justiça criminal. Em primeiro lugar, funcionou como um poderoso incentivo à infundável interposição de recursos protelatórios. Tais impugnações movimentam a máquina do Poder Judiciário, com considerável gasto de tempo e de recursos escassos, sem real proveito para a efetivação da justiça ou para o respeito às garantias processuais penais dos réus. No mundo real, o percentual de recursos extraordinários providos em favor do réu é irrisório, inferior a 1,5%. Mais relevante ainda: de 1.01.2009 a 19.04.2016, em 25.707 decisões de mérito proferidas em recursos criminais pelo STF (REs e agravos), as decisões absolutórias não chegam a representar 0,1% do total de decisões.⁵⁰

O ministro Celso de Melo também demonstrou preocupação com a delonga causada com as interposições de recursos e a visão de impunidade causada pela mesma:

Consta a observação de um correspondente estrangeiro chocado com o excesso de prisões provisórias e depois com o fato de que pode ser que, se eles obtiverem um habeas corpus, demorem, ou talvez nem venham a ser presos na execução, tendo em vista todas as delongas que o sistema permite ⁵¹

Quando a repercussão social influencia a decisão judicial de privação cautelar de liberdade, sem a comprovação do real e inequívoco abalo social ensejados pela prática de crimes de alta gravidade, abre-se portas para a

⁴⁹ PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 17ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2013, p. 556.

⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 126.292 / SP. Márcio Rodrigues Dantas e Relator do HC nº 313.021 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Teori Zavascki. 17 de maio de 2010. p.32. Disponível Em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>.

⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 126.292 / SP. Márcio Rodrigues Dantas e Relator do HC nº 313.021 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Teori Zavascki. 17 de maio de 2010. p.64. Disponível Em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>

utilização do Estado Judiciário como carrasco executor de vinganças privadas ao invés do reestabelecimento da paz social.

Para Aury Lopes Jr:

“O “clamor público”, tão usado para fundamentar a prisão preventiva, acaba se confundindo com a opinião pública, ou melhor, com a opinião “publicada”. Assevera ainda que há que se atentar para uma interessante manobra feita rotineiramente: explora-se midiaticamente, um determinado fato (uma das muitas operações com nomes sedutores, o que não deixa de ser uma interessante manobra de marketing policial), muitas vezes com proposital vazamento de informações, gravações telefônicas e outras provas colhidas, para colocar o fato na pauta pública de discussão (a conhecida teoria do agendamento). Explora-se midiaticamente, o pedido de prisão vem na continuação, sob o argumento da necessidade de tutela da ordem pública, pois existe um “clamor social” diante dos fatos. Isso é, constrói-se midiaticamente o pressuposto da posterior prisão cautelar. Na verdade, conclui o professor, a situação fática apontada nunca existiu; trata-se de argumento forjado”⁵²

Ferrajoli, sobre a garantia da isenção e a justiça em julgamentos penais expostos a publicidade opressiva:

A publicidade da sentença, em nossa tradição processual, foi instituída como garantia do julgamento correto e dos direitos dos acusados, como alternativa ao sigilo que caracterizava o antigo processo inquisitorial. Na sociedade do entretenimento de hoje, está acontecendo exatamente o oposto. Também aqui há um problema de deontologia, neste caso do jornalismo: o respeito devido ao investigado, bem como aos juízes, e a concepção da instauração do processo penal como garantia de defesa do investigado, e não como uma condenação. A imprensa, por outro lado, está sempre em busca de escândalos, mesmo ao custo de construir monstros para expor ao pelourinho público.⁵³

Grande parte das decisões que decretam a medida cautelar preventiva de liberdade são fundamentadas na garantia da ordem pública, o que é uma medida de ordem excepcional, tornou-se corriqueira. Sem um consenso quanto ao seu significado, nem por doutrina quanto por jurisprudência, por ser muito abstrata. Por esta razão, aceitar que está em concordância com a Constituição Federal

⁵² LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 9ª ed. rev., ampl e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 440.

⁵³ HAIDAR, Rodrigo. Populismo Judicial é a mais perversa forma de populismo, entrevista com Luigi Ferrajoli. **Revista Consultor Jurídico**, Conjur. Ética e Justiça. 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-abr-24/entrevista-luigi-ferrajoli-professor-teorico-garantismo-penal>>.

torna-se questionável, violando o princípio da presunção de inocência e o do devido processo legal, vez que a liberdade é a base da presunção de inocência e muito mais harmônico com a Constituição Federal.

Geraldo Prado em seu discurso para o III Congresso da Associação Latino-americana de Direito Penal e Criminologia (ALPEC) em 2014, falou sobre o fenômeno da expansão da prisão preventiva no Brasil e sua utilização como instrumento de antecipação da pena e controle de punitivo social:

[...] há obrigação do Estado membro que consiste em não restringir a liberdade do preso para além dos limites necessários para garantir que, em liberdade, o acusado não prejudicará a coleta de evidências ou dificultará a ação da Justiça. E a Corte concluiu que esta mesma obrigação exclui a possibilidade de ser considerado suficiente, para ordenar a prisão, as características pessoais do acusado e a gravidade da teoria do crime atribuídos a ele. O Tribunal reafirma que “a prisão preventiva é uma medida cautelar e não punitiva”. [...] A proibição imposta pela Corte Interamericana de Direitos Humanos configura um obstáculo ao uso da prisão preventiva como instrumento de antecipação da pena e do controle social punitivo e, sem medo de errar, esta é uma das principais consequências políticas da aplicação do princípio da presunção de inocência. (livre tradução)⁵⁴

Em mesmo discurso, Prado aponta a falta de controle de convencionalidade, que funciona como um controle de validade de normas complementarmente ao controle de constitucionalidade, referindo-se a textos de convenções internacionais de direitos humanos das quais o Brasil é signatário, apontando a falta de conhecimento dos membros do judiciário quanto os referentes normas. Em especial ele aponta a vedação da prisão preventiva *ex officio* prevista no art. 311 do Código de processo penal.

Sob o argumento de defesa social, da garantia da ordem pública e com a finalidade de justificar uma duração mais razoável do processo, sob o argumento de protelação recursal que gera um estado de impunidade e diminuir o descrédito social na justiça, o Supremo aprovou a execução da sentença penal condenatória ainda recorrível. O ministro Joaquim Barbosa, no habeas corpus nº 84.078/MG de 2009, previu tal realidade ao afirmar que:

[...] adotar a tese de que somente com o trânsito em julgado da condenação poderia haver execução penal causará verdadeiro estado

⁵⁴ PRADO, Geraldo. El encarcelamiento provisorio en Brasil: panorama desde la resistencia interna a la aplicación del Pacto de San José de Costa Rica. 2014, p. 8-9. Livre Tradução.

de impunidade – considerando a sobrecarga já consolidada do Poder Judiciário, e em especial dessa Suprema corte -, especialmente para aquele sentenciado que disponha a seu favor de defensor cujo fim precípua seja utilizar-se do maior número possível e imaginável de recursos (e nisto o nosso ordenamento é rico), de molde a estender eternamente o trânsito em julgado do provimento condenatório, situação que em não poucos casos acaba por impor o reconhecimento da prescrição da pretensão executória, frustrando o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, o respeito à vítima e também à própria atuação e trabalho do Poder Judiciário, que findaria por ser nula no fim das contas.⁵⁵

Tanto a lentidão quanto uma rapidez em excesso durante o processo judicial pode causar danos ao acusado, cerceamento de sua defesa ou falha na garantia de seus direitos individuais. O poder judiciário se vê abarrotado tentando atender a todas as demandas às quais lhe são confiadas na busca da resolução dos conflitos de cada indivíduo.

Mesmo com a Emenda Constitucional nº 45 de 30 de dezembro de 2004, que acrescentou o inciso LXVIII ao art. 5º da Constituição Federal: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.” E a garantia do art. 90, inciso XII também da Constituição Federal: “o número de juízes na unidade jurisdicional será proporcional à efetiva demanda judicial e à respectiva população” o que não condiz com a realidade.

A capacidade de resposta do Estado não é efetiva, porém, antecipar a execução da pena privativa de liberdade sob o argumento de celeridade e satisfação social não é a resposta mais adequada.

4.2 O POPULISMO PUNITIVO PENAL

Originado na Europa e América do Norte, chegou à América do Sul se adequando a particularidades das políticas criminais locais construindo uma nova hermenêutica como explica Libério:

⁵⁵ **BRASIL, Supremo Tribunal Federal.** Habeas Corpus n. 84.078-7 / MG. Omar Coelho Vitor e Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Eros Grau. 28 de fevereiro de 2010, p. 96. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>>. Acesso em 12 janeiro 2021.

Numa parte significativa da América Latina, a transição democrática, embora tenha acontecido de maneira não linear, representou um processo de esgotamento dos regimes autoritários, e por conseguinte, a ascensão dos ideais democráticos, do pluralismo político, tolerância à oposição, respeito às liberdades públicas e participação popular nas tomadas de decisão. Esse período, situado entre as décadas de 70 e 80, marca o contexto histórico da virada criminológica nas políticas criminais, com a evidente predominância do populismo punitivo. [...] Uma grande característica do período é a sensação de insegurança, reforçada pelos meios de comunicação e confirmada pelos dados estatísticos produzidos à época. [...] O incremento das agendas político-estruturais dos Estados se deu, portanto, no sentido de maior rigor no combate e punição dos crimes de rua que vinham do sentimento social de insegurança e aumento da criminalidade, mas também de outras condutas que passaram ao âmbito de intervenção penal na região, e particularmente no Brasil.⁵⁶

A definição de populismo punitivo de acordo com Flavio Gomes é:

Pejorativa e/ou criticamente o saber técnico acadêmico – especialmente os minimalistas/garantistas, os adeptos da teoria sociológica do *labelling approach* e alguns setores da criminologia crítica – chama de populista ou o método hiperpunitivista que se vale do (ou que explora o) senso comum, o saber popular, as emoções e as demandas geradas pelo delito e pelo medo do delito, para conquistar o consenso ou apoio da população em torno da imposição de mais rigor penal (mais repressão e mais violência), como “solução” para o problema da criminalidade. Trata-se de um discurso político do inconsciente coletivo, que descansa sobre uma criminologia do homem criminoso, e que explora a insegurança pública como fundamento para a adoção de mais medidas. [...] No campo penal a expressão “populismo” vem sendo utilizada para designar uma específica forma de exercício (e de expansão) do poder punitivo caracterizada pela instrumentalização ou exploração do senso comum, da vulgaridade e da vontade popular.⁵⁷

O populismo penal é conservador, pois busca legitimar a ordem social com enfoque no delito e na repressão, que tem se mostrado ineficiente, independente do partido de esquerda ou direita que assume a direção do país como discorre Flavio Gomes:

não há como deixar de reconhecer que ele tem cumprido uma função, nada nobre, de legitimação da brutal crueldade praticada pelo injusto e discriminatório poder punitivo nacional. Nas últimas décadas, nosso sistema de prevenção e reação ao delito não só não reduziu a violência nem melhorou a sensação de segurança da população como vem sendo regido pelo populismo penal que, na prática, vem

⁵⁶ LIBÉRIO, Alessandro Souza. **Direitos Humanos e Política Criminal: A defesa dos direitos fundamentais para uma intervenção penal legítima**. Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Constitucional do Instituto Brasileiro de Desenvolvimento e Pesquisa. 2020. p. 20

⁵⁷ GOMES, Luiz Flávio. **Populismo penal midiático: caso mensalão**. São Paulo: São Paulo: Saraiva, 2013, p. 18-19.

legitimando o poder punitivo (real) marcado pela crueldade, pela ilegalidade, pela violência, pela corrupção, arrecadação paralela dos agentes públicos, execuções sumárias, mortes nos presídios em série e policiais, vitimização massiva das classes sociais menos favorecidas, punição seletiva e humilhante de alguns casos selecionados de corrupção etc.⁵⁸

Em sua dissertação, Fernanda Vasconcelos, através da análise de dados numéricos e argumentativos, concluiu que, dentro dos critérios de análise utilizados, no Rio Grande do Sul, houve uma adesão ao punitivismo e utilização da prisão preventiva como meio de defesa social e antecipação da pena, punindo o réu por aparentes concepções do mesmo e não do delito por ele praticado:

Também se pode dizer que a utilização dos argumentos para a manutenção da medida de prisão preventiva no parágrafo acima colocados, está ligada a necessidade dos desembargadores de legitimação e acumulação do seu capital simbólico, responsável pelo reconhecimento social do grupo no qual estão inseridos. No entanto, o que predomina é uma argumentação que acredita na antecipação da pena como forma de combate à criminalidade, mesmo que para tanto se necessite romper com os princípios jurídicos e disposições legais, dando a lei uma interpretação extensiva em desfavor do acusado. A necessidade de garantia da ordem pública para a manutenção da tranquilidade social é percebida aqui como um argumento que pode demonstrar a subjetividade decisória do operador do direito, relacionando a sua decisão com o sentimento de pertença ao grupo social que sofre com a criminalidade. [...] Pode-se observar o crescimento de uma demanda social voltada ao punitivismo, fruto da crescente sensação de insegurança, de condutas de grupos que não correspondem a um ideal de consumo contemporâneo. Neste sentido, a expansão do direito penal, reflexo de tal demanda, aparece como uma solução superficial para a proteção da sociedade. O encarceramento massivo passa a ser apresentado como uma maneira —civilizada— de segregar as populações problemáticas, consequências das instâncias sociais e econômicas moderno-tardias. Deixados de lado os elementos que serviam (e que, para muitos ainda servem) como justificação da pena de prisão (reeducação, ressocialização, etc.), a prisão passa a ter sua função prática voltada tanto para satisfazer o sentimento de retribuição social ao delito quanto de controle do risco social provocado pelos indivíduos problemáticos, combatendo pelo confinamento ao perigo que provocam.⁵⁹

O país do paradoxo que defende a vida e a liberdade, na Pesquisa Nacional do Núcleo de estudos da violência (USP) em 2010, constatou que a

⁵⁸ GOMES, Luiz Flávio. **Populismo penal midiático: caso mensalão**. São Paulo: São Paulo: Saraiva, 2013, p. 44.

⁵⁹ VASCONCELLOS, Fernanda Bestettie. **A prisão preventiva como mecanismo de controle e legitimação do campo jurídico**. Dissertação apresentada como requisito para obtenção do título de Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: 2008. p. 158-159, 164.

maioria da população não acredita que a pena privativa de liberdade seja eficiente, porém a mesma pesquisa aponta que a população espera penas punitivas mais severas como medida de contenção da violência, apoiando, inclusive, menos direitos e garantias fundamentais para facilitar investigações policiais. O sentimento de insegurança é manejado politicamente.

O que se busca mais precisamente por meio do populismo penal é o apoio ou consenso em torno de punições rigorosas, reforço da estigmatização de alguns criminosos, uma sociedade fragmentada, carente de pontos de referência pregando a satisfação de um instinto punitivo primitivo de vingança e justiça.

A Judicialização da política ocorre quando a classe política deixa de enfrentar diversos temas de cunho social e político que são conflitivos, muitas vezes com interesses partidários, e transpassam essas decisões para o judiciário.

A crise de representação é mais que evidente, na medida em que esse processo se grava, aumenta a intervenção da Justiça, assim como da mídia que vai conquistando proeminência ao transformar-se em palco de discussão de conflitos. A realidade social está se judicializando cada vez mais. Ocorre que o judiciário passa pela sua maior crise de credibilidade em todos os tempos. É nesse vácuo que entra a mídia, que intensifica a cada dia o processo de mediação da Justiça.⁶⁰

O encarceramento massivo do sistema judiciário nacional, que propõe soluções fáceis para problemas extremamente complexos, pode ser observado no sistema penitenciário com a explosão carcerária. Números divulgados pelo DEPEN em 2021⁶¹ mostram que existem no Brasil 702.069 encarcerados no período de janeiro a junho de 2020, 711.556 no ano de 2001 o número era de 496.600⁶², quando as populações brasileiras eram respectivamente 211.800⁶³ e

⁶⁰ GOMES, Luiz Flávio. **Populismo penal midiático: caso mensalão**. São Paulo: São Paulo: Saraiva, 2013, p. 79.

⁶¹ DEPEN, Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Levantamento nacional de informações penitenciárias entre janeiro e junho de 2020**. Disponível em: <<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiMjU3Y2RjNjctODQzMj00YTE4LWwMDAtZDIzNWQ5YmlzMzk1IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MwYyLTRlOGRhNmJmZThlMSJ9>> Acesso em: 20 de maio de 2021.

⁶² DEPEN, Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Levantamento nacional de informações penitenciárias em dezembro de 2016**. p. 09.

⁶³ IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e estatística. Dados disponíveis em <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/28668-ibge-divulga-estimativa-da-populacao-dos-municipios-para-2020#:~:text=O%20IBGE%20divulga%20hoje%20as,77%25%20em%20rela%C3%A7%C3%A3o%20a%202019>. Acesso em: 20/ de maio de 2021.

169.799⁶⁴, um aumento da população prisional de 41,37% contra um aumento populacional de 24,73%.

Se em nosso sistema legal a pena de prisão é a mais grave, com base no princípio da mínima intervenção, não deveriam ser as penas que restringem a liberdade apenas aplicadas aos casos que apresentam efetivo perigo à sociedade?

⁶⁴ IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e estatística. Dados disponíveis em: <https://brasilemsintese.ibge.gov.br/populacao/populacao-total-1980-2010.html> Acesso em: 20/ de maio de 2021.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em ampla análise sobre a execução provisória da pena quando da condenação criminal ainda pendente de recursos e a relativização do princípio de presunção de inocência pelo Supremo Tribunal Federal, buscou-se analisar desde a origem do Estado como fruto da vontade humana alcançando uma análise sobre o populismo punitivo penal, sob a perspectiva do princípio da presunção de inocência, procurando atender o objetivo proposto no início deste projeto.

Quando os indivíduos escolheram a vida em sociedade e organizar-se de tal forma a conviver e se estruturar da melhor e mais eficiente maneira nasceu o Estado, como resultado desta vontade, sendo assim, o Estado existe para servir aos propósitos da coletividade. Quando optaram como indivíduos por uma coletividade, não abriram mão de sua liberdade e seus direitos mais fundamentais, mas sim de se ajustar a coexistir de acordo com o melhor interesse geral, regido pelo Estado, estando desta maneira, a vontade do Estado está subjugada a vontade geral do povo.

Num Estado Democrático de Direito como do Brasil, o governante não detém absoluto poder sobre seus governados, sendo fundamental garantir a equidade na aplicação das leis pelo Estado, especialmente para se evitar punição de inocentes. Como num modelo de contenção, a teoria garantista discorre sobre o respeito ao devido processo legal, tendo como foco o próprio Estado Democrático de Direito, visando a mínima intervenção penal com as máximas garantias, não havendo que se confundir com outras teorias criminológicas com foco na abolição o direito penal.

Com o fortalecimento do acesso à justiça trazidos pela Constituição Federal de 1988, o judiciário passou a se envolver num papel central de resolução de conflitos, em especial o Supremo Tribunal Federal que se encontra no centro da política brasileira. Neste novo papel, o Supremo vem tomando decisões políticas, muitas vezes controversas, consideradas ativismo judiciário, como no julgamento do HC 126.292/SP, de relatoria do Ministro Zavascki, em que modificou sua jurisprudência e firmou o entendimento no sentido de permitir a execução provisória da pena após a confirmação de condenações criminais em segunda instância pelos Tribunais de Justiça. O Supremo interpretou a

decisão como um equilíbrio à justiça social e entendeu, na época da decisão, não ferir o princípio da presunção de inocência, até mais recente reformulação da decisão em 2019 revisto pelo plenário do Supremo Tribunal Federal através das Ações Diretas de Constitucionalidade 43, 44 e 54.

O ativismo judiciário ocorre quando as cortes se envolvem fortemente na agenda política, tomando decisões que reinterpretem normas que estampam a novas elaborações legislativas, nascem os questionamentos sobre a possibilidade de invasão da esfera do Legislativo pelo Judiciário. Observa-se uma carência de padrão no trato com os direitos fundamentais, em especial, no caso em pauta o princípio da presunção de inocência, muitas vezes estampando uma instabilidade no tratamento dos direitos fundamentais por cortes brasileiras.

O princípio da presunção de inocência, assegurado na Constituição de 1988, em seu art. 5º LVII, e em diversos diplomas internacionais, é um dos princípios básicos do Estado de Direito e de garantia processual penal. Quando o imputado deve ser tratado como inocente até o trânsito em julgado da sentença, havendo assim uma demarcação temporal e um estado de não culpável como norma de tratamento. A condenação penal se dá quando a sentença transitou em julgado, ou seja, não cabe mais recursos para quaisquer das partes. Quando proferida antes de alcançar este estágio do processo, converte-se em antecipação da pena, violando, portanto, o princípio da presunção de inocência, relativizando sua interpretação na sistemática processual penal.

Mesmo com o reestabelecimento do posicionamento através da votação das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43, 44 e 54, tendo a liberdade como regra e a prisão dotada de excepcionalidade, e com a relativização do princípio da inocência, houve uma ruptura na credulidade da Constituição Federal, causando insegurança jurídica e fragilidade na imagem representada pelo Supremo Tribunal Federal, como corte suprema e guardião da Constituição. Restou evidente a banalização da prisão preventiva no Brasil.

Com sete votos a quatro, divergiram os posicionamentos dos ministros do supremo entre a inconstitucionalidade da execução antecipada da pena com uma interpretação onde não existe espaço para a relativização de uma garantia fundamental e a flexibilização da interpretação para o acolhimento com base em argumentos de defesa da ordem pública frente ao abalo social que pode sofrer

a sociedade quando exposta aos acusados e ainda quando da conhecida demora das demandas processuais no Brasil, trazendo insegurança e impunidade à população. Todos argumentos bem fundamentados pelos ministros e apoiados pela doutrina.

O papel da mídia, expondo os casos e todos os envolvidos ao escrutínio público, tende a ir além da publicidade garantida pelo nosso sistema legal, muitas vezes condenando prematuramente o acusado, antes mesmo que o tribunal o faça, e pressionando os juízes a atender ao clamor público, motivados pela necessidade de punir um culpado, levando muitas vezes a um encarceramento massivo.

Abrindo espaço para diversas análises e questionamentos sobre a execução antecipada da pena condenatória a privação de liberdade, ponderando exames doutrinários e jurisprudenciais e a relativização que fere o princípio da presunção de inocência pelo Supremo Tribunal Federal, considera-se que decisões e novas políticas devam ser embasadas, essencialmente, no respeito aos direitos humanos mais fundamentais e em políticas estruturadas, baseadas em análises dos resultados infrutíferos obtidos com a atual cultura punitivista brasileira.

A regra de tratamento deve ser respeitada e seguida dentro e fora do processo. Assim, chega-se à conclusão, comprovando-se totalmente a hipótese básica, que flexibilizar um princípio tão importante quanto o da presunção de inocência, somente para aumentar a sensação de punibilidade por parte do Estado, é medida completamente inconstitucional, haja vista que a execução provisória da pena viola direitos e garantias fundamentais do cidadão, bem como ofende a própria estrutura do Estado Democrático e Constitucional de Direito.

Sendo necessário reestruturar nosso sistema punitivo através da aplicação irrestrita do devido processo legal, a elaboração de novas alternativas, bem como a efetivação das já presentes em nosso próprio sistema penal, visando a máxima eficiência das garantias previstas no artigo 5º da CRFB/88, assim como respeitar e aplicar o artigo 283 do Código de Processo Penal.

REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto. **Processo penal**, 12. ed., Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2020.

BANDEIRA, Marcos Antônio Santos. **Revista Entre Aspas**, vol .4. O princípio da presunção de inocência como norma de tratamento no processo penal brasileiro. Universidade Corporativa TJBA Salvador - Bahia Disponível em: <https://unicorp.tjba.jus.br/pdfrevistas/o-principio-da-presuncao-da-inocencia-2/> Acesso em: 23 de março de 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, Disponível em:<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 22 de fevereiro de 2021.

_____. Código de Processo Penal. Decreto Lei Nº 3.689, de 3 DE OUTUBRO de 1941. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Habeas Corpus n. 126.292 / SP. Marcio Rodrigues Dantas e Relator do HC nº 313.021 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Teori Zavascki. 17 de fevereiro de 2010. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Habeas Corpus n. 84.078-7 / MG. Omar Coelho e Vitor Relator: Min. Eros Grau. 28 de fevereiro de 2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>. Acesso em 10 de janeiro 2021.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Habeas Corpus n. 126.292 / SP. Márcio Rodrigues Dantas e Relator do HC nº 313.021 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Teori Zavascki. 17 de fevereiro de 2010. p. 97. Disponível Em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em 12 janeiro 2021

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Habeas Corpus n. 84.078-7 / MG. Omar Coelho Vitor e Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Eros Grau. 28 de fevereiro de 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>>. Acesso em 12 janeiro 2021.

CADEMARTORI, Sérgio e XAVIER, Marcelo Coral. “Apontamentos Iniciais Acerca do Garantismo”. In: **Revista de Estudos Criminais**,

(Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais, ed. 1). Sapucaia do Sul – RS: Notadez Informações LTDA, 2001.

CALIXTO, Rubens Alexandre Elias, **O Devido processo Legal**, Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca, – v.11, n.2, dez. 2016

CAMPOS, Alexandre Azevedo. **Ativismo Judicial no Supremo Tribunal Federal**. Dissertação de Mestrado na Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito. 2012

CUNHA, Sérgio Sérvulo da, **Princípios Constitucionais**, 2. ed. – São Paulo: Saraiva, 2013.

Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 19 de janeiro de 2021

FELDENS, Luciano. **Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos II** Aproximações teóricas sobre o Garantismo– Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 4ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES, Luiz Flávio. **Populismo penal midiático: caso mensalão**. São Paulo: São Paulo: Saraiva, 2013.

Haidar, Rodrigo. Populismo Judicial é a mais perversa forma de populismo, entrevista com Luigi Ferrajoli. **Revista Consultor Jurídico**, Conj. Ética e Justiça. 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-abr-24/entrevista-luigi-ferrajoli-professor-teorico-garantismo-penal>>.

KANT, Immanuel. A Fundamentação da Metafísica dos Costumes. A Doutrina Universal do Direito, Portugal: Ed. EDIÇÕES 70, LDA. 2007.

LIBÉRIO, Alessandro Souza. **Direitos Humanos e Política Criminal: A defesa dos direitos fundamentais para uma intervenção penal legítima**. Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Constitucional do Instituto Brasileiro de Desenvolvimento e Pesquisa. 2020.

LIMA, Renato Brasileiro, **Manual de Processo Penal, Vol. Único**, Salvador: Editora Jus Pudivum, 2016.

LOCKE, John, **Segundo Tratado do Governo Civil**, Clube do Livro Liberal, São Paulo: Editora Vozes.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 9ª ed. rev., ampl e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal** – 17. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

LOPES JR., Aury e BADARÓ, Gustavo Henrique. **Presunção de inocência: Do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória**. Consulente: Maria Cláudia de Seixas, 2016.

MACHADO, Joana de Souza. **Ativismo Judicial no Supremo Tribunal Federal**, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Direito, Rio de Janeiro: 2008.

MASSA, Laila Nader Mendes e KALLÁS FILHO, Elias. Leitura Moral da Constituição e Ativismo Judicial: a questão da legitimidade democrática das decisões judiciais no brasil sob a perspectiva de Ronald Dworkin. **DESC - Direito, Economia e Sociedade Contemporânea**. Vol. 2, ° 1, p. 245-257. Campinas: Jan/Jun 2019. Disponível em: <<https://doi.org/10.33389/desc.v2n1.2019.p245-257>> Acesso em: 18 de maio de 2021.

MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 15ª. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

NUCCI, Guilherme, **Código de processo penal comentado**. 4. ed., São Paulo: RT, 2005.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 17ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo:Atlas, 2013.

PRADO, Geraldo. El encarcelamiento provisorio en Brasil: panorama desde la resistencia interna a la aplicación del Pacto de San José de Costa Rica. 2014

SILVA FILHO, Bernardo José Pinto de Mello e. Análise do Habeas Corpus 126.292/SP: o princípio da presunção de inocência sob ameaça? **Revista Dizer**, Periódico Dizer, da Universidade Federal do Ceará. vol. 2, 2017. Disponível em: <<http://periodicos.ufc.br/dizer/article/view/31620/73145>> Acesso em: 17 de maio 2021.

VASCONCELLOS, Fernanda Bestettie. **A prisão preventiva como mecanismo de controle e legitimação do campo jurídico**. Dissertação apresentada como requisito para obtenção do título de Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: 2008

WEFFORT, Francisco C. (org.). **Os clássicos da política**. 12^a ed. São Paulo: Editora Ática, 1999.