

Execução antecipada da pena: uma análise do posicionamento do STF à luz dos modelos de constitucionalismo garantista e principialista

Execution of convictions before the appeal to superior courts: an analysis of the Supreme Federal Court under the models of garantist constitutionalism and principialist constitutionalism

  Elenice Ribeiro Nunes dos Santos¹

  Alessandra Mascarenhas Prado²

Resumo: A presunção de inocência é um princípio previsto em vários documentos legais que compõem o sistema global e os sistemas regionais de proteção aos Direitos Humanos. No Brasil, desde a promulgação da Constituição de 1988, o Supremo Tribunal Federal alterou algumas vezes sua interpretação sobre a presunção de inocência e sua relação com a execução antecipada da pena. Dessa forma, questiona-se: o modelo de constitucionalismo adotado pelo Supremo Tribunal Federal quanto à execução antecipada da pena atende aos fundamentos do Estado Democrático de Direito? Considerando, portanto, a variação da posição do STF e a relevância da matéria tratada para a garantia da liberdade, o presente trabalho tem como objetivo analisar a amplitude conferida pelo STF ao princípio da presunção de inocência e os reflexos dessa orientação sobre a execução antecipada da pena. O trabalho resulta de uma pesquisa teórica, que se desenvolve a partir do método abstrato-dedutivo – adotando como marco a teoria do

¹ Mestre em Direito pela Pontifícia Faculdade Católica de São Paulo, Professora de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia e da Faculdade Social. E-mail: santoselenice@yahoo.com.br. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-1504-3930>. Lattes: <https://lattes.cnpq.br/2158993363327030>.

² Possui Graduação em Direito pela UFBA, Mestrado e Doutorado em Direito pela PUC-SP. Foi pesquisadora visitante da Universidade de Utrecht - Holanda. É Professora de Direito Penal da Faculdade de Direito da UFBA; integrante do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA. Ex-Presidente e atual membro do Conselho Penitenciário do Estado da Bahia. E-mail: alessandra.prado@ufba.br. Orcid: <http://orcid.org/0000-0001-9001-653X>. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2158993363327030>.

garantismo penal de Luigi Ferrajoli, bem como da análise de um julgado, o Acórdão do HC n. 126.292.

Palavras-chave: presunção de inocência, execução antecipada da pena, princípios constitucionais, garantismo.

Abstract: After the promulgation of the Brazilian Constitution of 1988, the Federal Supreme Court changed its approach to interpretation of the presumption of innocence, and its relation to the execution of convictions before the appeal to Superior Courts. Thus, the objective of this study is to analyze the breadth granted by the STF to the presumption of innocence principle and the reflexes of this orientation. The work results from a theoretical research, from the abstract-deductive method; as well as, from the analysis of a STF decision (HC n. 126.292).

Keywords: presumption of innocence, executions of sentence, principles, constitutionalism, fundamental guarantees.

Data de submissão do artigo: fevereiro de 2019.

Data de aceite do artigo: agosto de 2023.

1. Introdução

O Supremo Tribunal Federal (STF) alterou algumas vezes, nos últimos anos, a sua orientação em relação à execução antecipada da pena. O Habeas Corpus n. 68.726/DF é a primeira decisão do STF sobre execução antecipada da pena após a Constituição de 1988. Nesse julgamento, a Corte admitiu que o cumprimento da pena poderia ser iniciado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. O mesmo entendimento predominou na jurisprudência até 2009, conforme se verifica nos acórdãos HC n. 71.723 SP, HC n. 79.814 SP e HC n. 80.174SP.

Em 05 de fevereiro de 2009, no julgamento do Habeas Corpus n. 84.078/MG, o STF modificou tal entendimento ao proferir decisão considerando que prisão decorrente de condenação pressupõe o trânsito em julgado da sentença penal.

A polêmica voltou à ordem do dia com o julgamento do Habeas Corpus n. 126.292SP, ocorrido em 17 de fevereiro de 2016, sob a relatoria do Ministro Teori Zavascki. Com esse julgamento, a orientação do Supremo Tribunal voltou a ser a que vigorava antes de 2009, admitindo a execução antecipada da pena, com fundamentação que variou de questões técnicas (a exemplo do confronto entre trânsito em julgado e duplo grau de jurisdição) a argumentos moralistas, fundados no senso comum.

Na sequência, após várias decisões monocráticas afastando a possibilidade de execução provisória da pena, o STF, em 2019, julgou três Ações Diretas de Constitucionalidade (ns. 43, 44 e 54) e afirmou a aplicação do artigo 283, do Código de Processo Penal, em consonância com os princípios constitucionais.

Dessa forma, a pesquisa parte do seguinte questionamento: o modelo de constitucionalismo adotado pelo Supremo Tribunal Federal, quanto à execução antecipada da pena, atende aos fundamentos do Estado Democrático de Direito? Parte-se da hipótese de que a adoção do constitucionalismo principialista, com o conseqüente desprestígio dos princípios constitucionais, é a explicação para tantas decisões contraditórias de um mesmo órgão jurisdicional.

Considerando, portanto, a variação da posição da mais alta instância de julgamento no país e a relevância da matéria tratada para a garantia da liberdade, o presente trabalho tem como objetivo analisar a amplitude conferida pelo STF ao princípio da presunção de inocência e os reflexos dessa orientação sobre a execução antecipada da pena no HC 126.292/SP.

Para alcançar tal objetivo, foi realizada pesquisa teórica, que tem como marco o garantismo de Luigi Ferrajoli e a classificação dos tipos de constitucionalismo adotada pelo referido autor. O método será abstrato-dedutivo, a partir da análise crítica das referências sobre o tema, mas também empírico, na medida em que as decisões do Supremo serão objeto de análise, compondo, portanto, a pesquisa documental.

2. O constitucionalismo e a amplitude do princípio da presunção de inocência

O princípio da presunção da inocência, atualmente, no Brasil, tem fundamento na Constituição e em Convenções Internacionais. Trata-se de limite ao poder de punir do Estado, em favor da liberdade do indivíduo, que produz uma série de efeitos no processo penal. Porém, sua aplicação pelo Supremo Tribunal Federal tem variado. Para uma análise dessa questão, entendemos que um caminho possível é que essa reflexão aconteça a partir do entendimento do constitucionalismo que deve prevalecer em um Estado Democrático de Direito.

Para tanto, faz-se necessário discutir os conceitos de constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista, a influência da adoção de tais conceitos no Poder Judiciário e na efetivação de garantias fundamentais como o princípio da inocência.

2.1. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista

Ferrajoli propõe a classificação do constitucionalismo em dois tipos: o constitucionalismo principialista ou argumentativo e o constitucionalismo garantista ou normativo.

O constitucionalismo principialista é marcado pela ideia de que os princípios fundamentais são valores estruturalmente distintos das regras, com normatividade fraca confiada à ponderação legislativa e judiciária. Da valorização da ponderação resulta uma posição de centralidade para a argumentação. Os direitos fundamentais, então, não são regras suscetíveis à observância ou inobservância, são princípios que estão virtualmente em conflito e que são submetidos ao balanceamento³.

Assim, são características do constitucionalismo principialista: a crítica ao positivismo jurídico e a tese da separação entre direito e moral; a centralidade atribuída à argumentação e ao entendimento de que os princípios estão submetidos à ponderação e não de subsunção; a concepção de direito “como uma prática jurídica”, confiada, sobretudo, à atividade dos magistrados. O direito, neste caso, é o que diz os tribunais. Existe, portanto, uma confusão entre os conceitos de eficácia e validade. Defendem o direito como fato e não o direito como norma, valorizando o papel dos juízes.

O constitucionalismo garantista é dotado de uma normatividade forte, ou seja, para esta orientação, a maioria dos princípios comportam-se como regras. Nesta hipótese, o constitucionalismo é um sistema jurídico e/ou uma teoria do Direito que prevê a submissão da legislação a normas formais e materiais relativas à produção legislativa. São características dessa orientação: como modelo de Direito, é marcada pela existência de princípios que, dotados de normatividade, devem subjazer toda a estrutura normativa; como teoria do Direito, discute a divergência entre o dever ser (constitucional) e o ser (legislativo), fazendo distinção entre validade e vigência; como filosofia ou teoria política, é uma teoria da democracia substancial e formal. Em nenhum desses três significados se admite a conexão entre Direito e moral. Esta separação, segundo Ferrajoli (2012, p. 21), é consequência do princípio da legalidade. E sua importância está em garantir a submissão dos juízes somente à lei.

³Luigi Ferrajoli considera como expoentes do constitucionalismo principialista Ronald Dworkin, Robert Alexy, Carlos Nino, Gustavo Zagrebelsky, Manuel Atienza e Michel Troper.(2012, p. 13).

No sentido axiológico, a distinção entre Direito e moral é um corolário do liberalismo, que, com a finalidade de garantir as liberdades fundamentais, rejeita a utilização do Direito como instrumento de reforço de uma (determinada) moral.

A adoção do constitucionalismo garantista coaduna-se, portanto, com a perspectiva de um Estado Democrático de Direito – pautado na segurança jurídica, na legalidade e no respeito aos direitos e garantias fundamentais.

2.2 Delineamentos da presunção de inocência

O princípio da presunção de inocência é, ao mesmo tempo, garantia política, regra de tratamento do acusado e regra probatória. Garantia política, porque está na base do sistema acusatório; regra de tratamento do acusado, porque não permite que o acusado seja equiparado ao culpado e, como regra probatória, confunde-se com o princípio *in dubio pro reo*, ao informar que, analisadas as provas, se restar dúvida, o julgador deve decidir em favor do réu, que deve ser presumido inocente.

A origem da presunção de inocência está no período do Império Romano, por meio da regra do *in dubio pro reo*. Porém, antes que ocorresse uma consolidação do princípio, houve um grande retrocesso no período Medieval no qual foram desprezados quaisquer elementos relacionados à presunção de inocência (FERRAJOLI, 2006, p. 441).

No sistema inquisitorial, adotado no Período Medieval, o processo penal era escrito, secreto, sem contraditório, baseado na presunção de culpa e tinha a tortura como meio de prova. Este sistema pode ser associado a dois momentos: no primeiro, o julgamento, por influência dos bárbaros, era por ordálias ou juízos de Deus, nos quais os acusados eram submetidos a desafios para que provassem a sua inocência, e, caso sobrevivessem, eram considerados protegidos por Deus, portanto, inocentes.

No segundo momento, a Igreja Católica amplia o seu poder e as ordálias são substituídas pela inquisição, caracterizada pela

caça aos hereges, verdadeiros inimigos da igreja e, consequentemente, do Estado. Nessa época, a dúvida do juiz era resolvida através da redução da pena, mas não da absolvição.

O princípio da Presunção de Inocência, em sua plenitude, é construído a partir do movimento iluminista nos séculos XVI e XVII e se consolida durante a Revolução Francesa, momento em que passa a compor a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão. Como afirma Lênio Streck (2015, p. 03):

A presunção de inocência manifesta-se no seio de uma série de medidas legais que visavam proteger o cidadão ante ao poder quase que incontrastável do Estado e também de seus pares, de modo que apenas indicativos não seriam mais suficientes para a imputação de pena. Seria necessário então um julgamento feito por um juiz previamente determinado, limitado às previsões legais, possibilitando uma ampla defesa e carecendo de um conjunto probatório suficiente a ser demonstrado por quem acusa.

Assim, ocorre a transição do sistema inquisitório para o sistema acusatório, estabelecendo algumas garantias por meio das normas processuais penais. No sistema acusatório, objetiva-se a imparcialidade do juiz na aplicação da lei, o qual só se manifesta se provocado, conduzindo o processo em que também atuam a defesa e a acusação.

Durante o período de governo de Napoleão Bonaparte, houve involução quanto às garantias processuais, haja vista a adoção do sistema composto por uma fase inquisitorial e uma acusatória. Porém, os problemas não se limitaram ao território francês. Na Itália, a presunção de inocência foi alvo de críticas de juristas da Escola Positiva: Raffaele Garoffalo e Enrico Ferri entendiam que a fórmula da presunção de inocência era “vazia, absurda e ilógica”. Vincenzo Manzini, da Escola Técnico-Positiva, chegou a afirmar que a presunção de inocência era “um estranho absurdo excogitado

pelo empirismo francês, grosseiramente paradoxal e irracional". Seguindo essas orientações, o Código de Processo Penal Italiano de 1930, conhecido como Código de Rocco, repeliu a presunção de inocência, reputando-a como "uma extravagância derivada daqueles conceitos antiquados, germinados pelos princípios da Revolução Francesa, os quais levam as garantias individuais aos mais exagerados e incoerentes excessos" (FERRAJOLI, 2006, p. 442).

A Declaração Universal de Direitos do Homem, de 1948, resgatou o princípio da presunção de inocência no pós-Segunda Guerra mundial como uma forma de superar todas as atrocidades cometidas naquele período pela humanidade. Nessa linha, outros documentos que compõem o sistema global e regional de proteção aos Direitos Humanos passaram a prever a presunção de inocência, como o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, de 1966, e a Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969.

2.3 O desenvolvimento do princípio da presunção de inocência no Brasil

O princípio da presunção de inocência é inserido no ordenamento jurídico brasileiro através da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, da qual o Brasil é signatário. A previsão expressa do princípio só ocorreu na Constituição de 1988. Ainda assim, o texto demonstrou o ranço da cultura punitivista ao evitar a palavra inocência e proclamar a não culpabilidade. A expressão presunção de inocência só passou a ser utilizada em 1992, em razão da recepção no ordenamento brasileiro do Pacto de San José da Costa Rica.

Contudo, inexistente distinção entre as expressões princípio da não culpabilidade e princípio da presunção de inocência, não obstante alguns autores insistem em diferenciá-los (BADARÓ, 2015). Nereu Giacomolli (2015, p. 102-103) atenta que a distinção entre "presunção de inocência" e "presunção de não culpabilidade" implica na redução do alcance da regra humanitária do *status libertatis*:

[...] afastando-se do conteúdo da previsão constante nos diplomas internacionais antes mencionados. Diferenciá-las é afastar o estado de inocência a partir da culpabilidade e não da inocência. Também não há um estado de ‘semi-inocente’. O conteúdo das expressões não pode gerar dúvidas acerca do estado de inocência e nem desvirtuar o regimento probatório, proteção da liberdade e o tratamento do sujeito como ser humano.

O atual Código de Processo Penal brasileiro foi publicado no ano de 1941, em plena Segunda Guerra mundial, no auge dos movimentos totalitários nazista e fascista, no momento em que vigorava no Brasil a ditadura do Estado Novo e na vigência da chamada Constituição “Polaca”. Conseqüentemente, foi estruturado com base na presunção da culpa. Teve como matriz ideológica o Código de Rocco e as diversas reformas que sofreu não foram suficientes para retirar essa característica de sua essência.

Entretanto, o que deve guiar a interpretação, e que orientou (ou deveria ter orientado) a recepção de diplomas legais, é a conformidade com a Constituição Federal de 1988. Assim, todos os elementos e artigos do Código de Processo Penal que contrariam a presunção de inocência não foram recepcionados e muito menos deveriam ser considerados nos dias atuais.

Inclusive, para ajustar a legislação infraconstitucional ao princípio da presunção de inocência, o artigo 283 do Código de Processo Penal foi alterado e passou a prever:

Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

Em um Estado Democrático de Direito, a dignidade humana é princípio fundamental, inseparável da interpretação das normas jurídicas, principalmente no que diz respeito às normas de caráter penal e processual penal, pelo que implicam de restrição à liberdade. Portanto, se o princípio da presunção de inocência visa a resguardar a dignidade, a definição de trânsito em julgado e o início da execução da pena não podem dele se apartar.

3. A (im)possibilidade de execução antecipada da pena no Brasil

A sanção penal, instrumento punitivo que implica restrições e privações de direitos ao condenado, segundo a Lei de Execução Penal brasileira⁴, será executada após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

A doutrina pátria considera como trânsito em julgado: “a passagem da sentença da condição de mutável à de imutável. [...] O trânsito em julgado é, pois, fato que marca o início de uma nova situação jurídica, caracterizada pela existência da coisa julgada – formal ou material, conforme o caso” (MOREIRA, 1971, p. 145).

Dessa forma, a execução da pena apenas poderá ter início após o transcurso do prazo para os recursos ou após esgotados os recursos cabíveis, em respeito ao princípio da presunção de inocência.

A existência de recursos no sistema processual decorre da exigência da garantia do duplo grau de jurisdição. No Brasil, os recursos contra sentença penal condenatória podem ser interpostos para o Tribunal (Estadual ou Federal) ao qual está vinculado o juízo sentenciante de primeiro grau e os Tribunais Superiores (STJ e STF).

⁴Lei n. 7.210/84:

“Art. 105. Transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução”.

“Art. 147. Transitada em julgado a sentença que aplicou a pena restritiva de direitos, o Juiz da execução, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, promoverá a execução, podendo, para tanto, requisitar, quando necessário, a colaboração de entidades públicas ou solicitá-la a particulares.”

“Art. 164. Extraída certidão da sentença condenatória com trânsito em julgado, que valerá como título executivo judicial, o Ministério Público requererá, em autos apartados, a citação do condenado para, no prazo de 10 (dez) dias, pagar o valor da multa ou nomear bens à penhora.”

“Art. 171. Transitada em julgado a sentença que aplicar medida de segurança, será ordenada a expedição de guia para a execução.”

Após a promulgação da Constituição Federal de 1988, a interpretação dos dispositivos infraconstitucionais referentes à execução da pena deve ser realizada à luz da presunção da inocência. Todavia, divergências surgiram a respeito do momento em que estaria caracterizado o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Em relação às decisões do Supremo Tribunal Federal sobre a execução antecipada da pena, é importante citar o *leading case* do Habeas Corpus n. 68.726/DF, de relatoria do Ministro Néri da Silveira, julgado em 28 de junho de 1991. Nesse julgamento, a Corte entendeu que a presunção de inocência não impediria o cumprimento da pena decorrente de acórdão, que, em apelação, confirmou a sentença penal condenatória, sob o argumento de que o recurso especial e o recurso extraordinário eram desprovidos de efeito suspensivo.

O mesmo entendimento predominou em sua jurisprudência, entre o início da década de 1990 e a maior parte da primeira década dos anos 2000, conforme se verifica dos acórdãos HC n. 71.723/SP, HC n. 79.814/SP e HC n. 80.174/SP.

Em 2003, foram publicadas as Súmulas n. 716 e n. 717, aprovadas em Sessão Plenária realizada em 24 de setembro, as quais, entretanto, não tratam especificamente da antecipação da execução da sentença penal condenatória, quando o réu se encontra em liberdade durante o processo. Ambos os enunciados reconhecem indiretamente a antecipação da execução no caso de réu preso, uma vez que a execução provisória, nesse caso, acontecerá em benefício do réu. A saber:

Súmula n. 716: Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

Súmula n. 717: Não impede a progressão de regime de execução da pena, fixada em sentença não transitada em julgado, o fato de o réu se encontrar em prisão especial.

No julgamento do Habeas Corpus n. 84.078/MG, em 05 de fevereiro de 2009, o Supremo, com nova composição de Ministros, altera o entendimento ao proferir decisão considerando que a privação da liberdade decorrente de condenação, prisões, portanto, não cautelares, pressupõem o trânsito em julgado da sentença. O Relator, Ministro Eros Grau, prescreveu:

[...]

3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar.

4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão.

Entretanto, no julgamento do Habeas Corpus n. 126.292/SP, sob a relatoria do Ministro Teori Zavascki, datado de 17 de fevereiro de 2016, o tema sofreu mais uma reviravolta. A orientação do Supremo voltou a ser a que vigorava antes de 2009. Ou seja, no julgamento, o STF entendeu que a execução provisória de acórdão penal condenatório, proferido em grau de apelação, ainda que passível de recurso especial e recurso extraordinário, não viola o princípio da presunção de inocência, previsto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal de 1988.

Após o julgamento do Habeas Corpus n. 126.292/SP, os Ministros, por maioria, posicionaram-se de forma contrária à execução antecipada da sentença. Como pode ser observado nos julgados dos Habeas Corpus de n. 136.720/PB, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, e da Medida Cautelar no Habeas Corpus n. 146.818/ES, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes. As manifestações nos processos citados ocorreram meses depois da decisão proferida no Habeas Corpus n. 126.292/SP.

Em oposição à interpretação do Plenário do STF, em maio de 2016, foram interpostas três Ações Diretas de Constitucionalidade, ADC n. 43, ADC n. 44 e ADC n. 54 (apensadas), respectivamente, pelo Partido Ecológico Nacional, pela Ordem dos Advogados do Brasil e pela Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas, que foram distribuídas para a Relatoria do Ministro Marco Aurélio. Todas pleiteavam o reconhecimento da constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal. Em 7 de julho de 2019, o Plenário do STF apreciou em conjunto as referidas ações, julgando-as procedentes, por maioria, para “assentar a constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, na redação dada pela Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011”⁵ (BRASIL, STF, 2019).

3.1. A decisão sobre a execução antecipada da pena e o constitucionalismo adotado pelo STF no julgamento do HC n. 126.292/SP

A discussão sobre a possibilidade de execução antecipada da pena no Habeas Corpus n. 126.292/SP baseou-se em fundamentos de várias ordens, dos mais técnicos aos mais subjetivos.

A favor de uma interpretação literal do princípio da presunção de inocência, manifestaram-se cinco Ministros: Rosa Weber, Marco Aurélio, Celso de Mello, Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli (em parte). A Ministra Rosa Weber apresentou voto divergente do Relator, com fundamento no princípio da segurança jurídica, por ser “muito caro à sociedade, e há de ser prestigiado” e na clareza do texto constitucional, no que foi acompanhada pelo Ministro Marco Aurélio, que argumentou:

⁵ Considerando os votos proferidos no HC n. 126.292 e nas ADCs de n. 43, 44 e 54, há que se observar que em razão da morte do Ministro Teori Zavaski (que proferiu voto no HC n. 126.292, enquanto Relator, pela possibilidade da execução provisória da pena), foi nomeado o Ministro Alexandre de Moraes (que votou contrário à constitucionalidade do artigo 283, CPP); os demais mantiveram o posicionamento adotado no julgamento do referido HC, à exceção do Ministro Gilmar Mendes, que iniciou o giro de alteração do seu entendimento sobre a questão, no julgamento do HC n. 142.173/SP, em 2017, acompanhando o “Ministro Dias Toffoli no sentido de que a execução da pena com decisão de segundo grau deve aguardar o julgamento do recurso especial pelo STJ” (BRASIL, STF, 2017). Esse posicionamento foi mantido no HC n. 152.752/PR (DJe 27.6.2018), considerando que “o STJ pode corrigir questões relativas à tipicidade, antijuridicidade ou culpabilidade do agente, alcançando inclusive a dosimetria da pena”. No voto das ADCs de n. 43, 44 e 54, o Ministro Gilmar Mendes, então, se pronuncia sobre a interpretação do princípio da presunção de inocência: “[...], não se pode aceitar que a determinação expressa e clara do inciso LVII do art. 5º da CF, “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, possa ser um princípio ponderável. Trata-se de uma regra precisa, um direito fundamental, assegurado para limitar o poder punitivo estatal.” E, analisando as alterações do CPP, assevera que: “[...], a Lei 12.403, de 2011, revogou o art. 393, que previa a prisão decorrente de sentença condenatória e alterou o art. 283 nos termos agora vigentes”, “ou seja, o legislador consolidou no CPP a orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal em 2009. A decisão assentada no HC 126.292 destoou claramente de tais diretrizes, conflitando com os textos constitucional e legal. Nesse sentido, a posição anterior ao precedente de 2009 pautava-se por legislação infraconstitucional que não previa dispositivo semelhante ao agora existente art. 283.”

[...] Porque, no rol principal das garantias constitucionais da Constituição de 1988, tem-se, em bom vernáculo, que “ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença condenatória”.

O preceito, a meu ver, não permite interpretações. Há uma máxima, em termos de noção de interpretação, de hermenêutica, segundo a qual, onde o texto é claro e preciso, cessa a interpretação, sob pena de se reescrever a norma jurídica, e, no caso, o preceito constitucional. Há de vingar o princípio da autocontenção. Já disse, nesta bancada, que, quando avançamos, extravasamos os limites que são próprios ao Judiciário, como que se lança um bumerangue e este pode retornar e vir à nossa testa. Considerado o campo patrimonial, a execução provisória pode inclusive ser afastada, quando o recurso é recebido não só no efeito devolutivo, como também no suspensivo. Pressuposto da execução provisória é a possibilidade de retorno ao estágio anterior, uma vez reformado o título.

Indaga-se: perdida a liberdade, vindo o título condenatório e provisório – porque ainda sujeito a modificação por meio de recurso – a ser alterado, transmudando-se condenação em absolvição, a liberdade será devolvida ao cidadão? Àquele que surge como inocente? A resposta, Presidente, é negativa.

O voto de Dias Toffoli foi no sentido de que a execução da pena deveria ficar suspensa até julgamento do recurso especial, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça; que é preciso ter certeza da culpa, e não probabilidade, até porque qualquer abuso de poder pode ser coibido pelos Tribunais Superiores.

Quanto à argumentação de o trânsito em julgado ocorrer na esfera do STJ, por terem o recurso especial e o recurso extraordinário efeito devolutivo, há que se considerar que tal posicionamento parte de interpretação que estende ao processo penal a teoria que fundamenta e a legislação que regulamenta os efeitos dos recursos no processo civil. Porém, como justificam Augusto Jobim do

Amaral e Paulo Saint Pastous Caleffi (2019, p. 1076), [...] “os objetos tutelados pelas esferas civil e penal são absolutamente distintos”, a questão não diz respeito à “presença (ou não) de determinado efeito recursal, mas sim, ao fundamental direito de liberdade do indivíduo de ser presumido inocente.⁶

Posteriormente, no julgamento da Medida Cautelar na ADC n. 43, o Ministro Marco Aurélio refere-se à importância do recurso especial em matéria penal para solucionar inúmeras controvérsias. Com base nos dados fornecidos por Relatório Estatístico do STJ, o Ministro exemplifica:

[...] a taxa média de sucesso dos recursos especiais em matéria criminal variou, no período de 2008 a 2015, entre 29,30% e 49,31%. Dados apresentados pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo apontam que, em fevereiro de 2015, 54% dos recursos especiais interpostos pelo Órgão foram ao menos parcialmente providos pelo Superior. Em março seguinte, a taxa de êxito alcançou 65%. Os mesmos índices são verificados no tocante ao habeas corpus, na razão de 48% em 2015 e de 49% até abril de 2016.

Também o Ministro Edson Fachin apresenta dados que revelam resultados favoráveis ao réu nos julgamentos de recursos especiais pelo STJ:

Tomo ainda, por exemplo, os dados da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. Informa que analisou 1.476

⁶ Aduzem Amaral e Caleffi (2019, p. 1076-1077): “O raciocínio é idêntico no que concerne ao art. 637 do Código de Processo Penal, que estabelece que o recurso extraordinário não possui efeito suspensivo. Dessa maneira, deve ser entendido que a execução provisória da pena torna impossível a reversão de seus efeitos (não há como reaver o tempo de liberdade restringido), muito ao contrário do que acontece no processo civil em relação à garantia real ou fidejussória.

Em razão disso, não se pode impedir que o cidadão exerça a sua garantia de recorrer, bem como o seu direito processual público e subjetivo de ver a prestação jurisdicional se concretizar integralmente, independentemente de efeitos atribuídos aos recursos utilizados. Por conseguinte, o discurso favorável à execução provisória da pena privativa de liberdade a partir da ausência de efeito suspensivo dos recursos especial e extraordinário, deve ser absolutamente rechaçado em atenção ao princípio da presunção de inocência, que como regra basilar constitucional, supre a falta de previsão legal de suspensividade da eficácia da sentença condenatória combatida por tais recursos.

[...] Com efeito, impossibilitar o indivíduo de recorrer até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, seja pelo argumento da ausência de efeito suspensivo dos recursos federais, seja pela materialização do duplo grau de jurisdição ou, ainda, pelo fato de a maior parte das irrisignações interpostas não serem acolhidas, é atestar que a atividade jurisdicional dos Tribunais Superiores (STJ e STF), para além de não resguardar, viola o direito do condenado de ter o reexame específico da sua situação jurídica. É estabelecer, noutro sentido, que sua via recursal é mero rito de passagem, passivo frente à decisão proferida nas instâncias inferiores.”

processos nos quais foi requerente junto ao Superior Tribunal de Justiça entre março e dezembro de 2015.

Desses apenas 896 requeriam a absolvição, redução da pena ou atenuação do regime, já que os demais se referem à execução criminal, prisões provisórias e nulidades processuais.

Dos 896 feitos, 42%, ou seja 377, eram recursos especiais ou agravos em recursos especiais, já que os demais eram habeas corpus. Note-se que a decisão deste colegiado não altera a forma como usualmente se tem enfrentado o habeas corpus.

Dentre os 377 recursos ao STJ, segundo o memorial, 41% ou seja, 155 resultaram em solução favorável no que diz respeito à libertação dos representados.

Por outro lado, a favor da execução antecipada da pena, votaram os Ministros Teori Zavascki (Relator), Edson Fachin, Roberto Barroso, Cármen Lúcia, Luiz Fux e Gilmar Mendes. O Relator, Ministro Teori Zavascki, para defender a antecipação da execução da pena, destacou que “a dignidade defensiva do acusado deve ser calibrada, em termos de processo, a partir das expectativas mínimas de justiça depositadas no sistema criminal do país”. O Ministro Edson Fachin, seguindo o Relator, afirmou que:

[...] não se pode dar a essa regra constitucional caráter absoluto, desconsiderando-se sua necessária conexão a outros princípios e regras constitucionais que, levados em consideração com igual ênfase, não permitem a conclusão segundo a qual apenas após esgotadas as instâncias extraordinárias é que se pode iniciar a execução da pena privativa de liberdade.

[...] Não me refiro apenas ao princípio da duração razoável do processo, hoje direito fundamental inscrito no art. 5º, LXXVIII, da CF, que certamente vai de encontro a uma interpretação que sugira ter o princípio da presunção de inocência o alcance de exigir manifestação definitiva dos

Tribunais Superiores, deles fazendo as vezes de terceira ou quarta instâncias, para que a sanção criminal assentada nas instâncias ordinárias possa ter eficácia.

Ainda nessa perspectiva, o Ministro Roberto Barroso pauta seu voto na defesa da ocorrência de “mutação constitucional” nos seguintes termos:

É pertinente aqui uma brevíssima digressão doutrinária acerca do tema da mutação constitucional. Trata-se de mecanismo informal que permite a transformação do sentido e do alcance de normas da Constituição, sem que se opere qualquer modificação do seu texto. A mutação está associada à plasticidade de que devem ser dotadas as normas constitucionais. Este novo sentido ou alcance do mandamento constitucional pode decorrer de uma mudança na realidade fática ou de uma nova percepção do Direito, uma releitura do que deve ser considerado ético ou justo. A tensão entre normatividade e facticidade, assim como a incorporação de valores à hermenêutica jurídica, produziu modificações profundas no modo como o Direito contemporâneo é pensado e praticado.

A partir daí, o Ministro Barroso refere-se a três situações que acarretam a mutação constitucional: a impossibilidade de execução antecipada da pena “funcionou como um poderoso incentivo à infundável interposição de recursos protelatórios”; “reforçou a seletividade do sistema penal”; e “contribuiu significativamente para agravar o descrédito do sistema de justiça penal junto à sociedade”. Acrescentou, ainda, como fundamento, a necessidade de garantir a efetividade do direito penal e a proteção dos bens jurídicos; possibilidade de ponderação do princípio da presunção de inocência; e que a posição do STF adotada até então era injusta e gerava aumento da criminalidade em razão da prescrição.

O Ministro Luiz Fux refere-se também à necessidade de dar efetividade à justiça: “Estamos tão preocupados com o direito fundamental do acusado que nos esquecemos do direito fundamental da sociedade, que tem a prerrogativa de ver aplicada sua lei penal”. E o Ministro Gilmar Mendes acrescenta que se houver abuso da decisão condenatória, os Tribunais dispõem de meios para sustar a execução antecipada, e a defesa dispõe de HC e REx com pedido de efeito suspensivo; outros países permitem a execução antecipada da pena. A Ministra Cármen Lúcia destaca que “a comunidade quer uma resposta, e quer obtê-la com uma apuração razoável do processo”.

Em contraposição, por exemplo, o Ministro Celso de Mello aduz: “que se reforme o sistema processual, que confira racionalidade ao modelo recursal, mas sem golpear um dos direitos fundamentais a que fazem jus os cidadãos de uma República” (BRASIL, STF, 2016). Amaral e Caleffi (2017, p. 1103) advertem que, “num ambiente em que os recursos são vistos como meras peças que retardam a punição dos culpados e geram impunidade, e não como instrumento de cidadania e de efetivação jurisdicional democrática, a normatividade constitucional terá vida frágil”.

Percebe-se, portanto, nos votos que compõem o acórdão relativo ao Habeas Corpus n. 126.292/SP, um forte apelo moral e a utilização exaustiva da ponderação para tentar justificar decisões que contrariam o texto constitucional. Sem entrar no mérito da justiça ou da injustiça, o princípio da presunção de inocência está previsto expressamente na Constituição e em Tratados dos quais o Brasil é signatário, e, não obstante, é desconsiderado, porque relativizado, por meio de uma interpretação baseada no conceito de justiça, a partir de uma perspectiva moral, elaborado por membros do próprio Judiciário e não pelo Poder Constituinte Originário.

Há que se atentar, ainda, que a presunção de inocência, prevista no artigo 5º da Constituição Federal, é garantia fundamental e, portanto, está entre as cláusulas pétreas previstas no artigo 60 da Constituição Federal. Como adverte Orlando Sampaio de Almeida (2016):

[...] as cláusulas pétreas também limitam a mutação constitucional, por diversos motivos. O primeiro diz respeito ao próprio desiderato das cláusulas pétreas, ou seja, a proteção do núcleo essencial da Constituição, de forma que violá-las significa vulnerar o próprio texto constitucional como um todo. Assim, inconcebível seria manter qualquer tipo de processo de alteração da Constituição em patamar acima daquele em que se situam as mencionadas cláusulas, o que significaria explícita subversão do sistema de estabilização constitucional, dentro do qual se insere, também, as limitações de cunho material, a exemplo das cláusulas pétreas.

O Supremo, então, lançou mão de interpretação baseada no constitucionalismo principialista ou argumentativo, o qual admite que o magistrado ou órgãos colegiados comportem-se como legisladores, nesse caso, criando interpretações que não encontram respaldo no texto constitucional.

Após essa decisão, como citado anteriormente, os Ministros já votaram contrariamente à execução antecipada em julgamentos de habeas corpus, bem como declarando a constitucionalidade do artigo 283, do Código de Processo Penal, com fundamento no princípio da não culpabilidade e na literalidade do texto constitucional, que exige a irrecorribilidade do título judicial condenatório para o início da execução da pena, no caso do julgamento das Ações Diretas de Constitucionalidade n. 43, 44 e 54⁷.

Observa-se que, a partir de posicionamentos irracionais, a insegurança jurídica se revelou como resultado da adoção do constitucionalismo principialista. Como os princípios são considerados valores que podem ser relativizados, desconsiderados, a sociedade fica submetida a decisões que não encontram fundamento na Constituição, que são fruto da discricionariedade, ou

⁷ Inclusive, ao alterar seu posicionamento em relação ao voto proferido no HC n. 126.292, o Ministro Gilmar Mendes justifica: "Desde que votei favoravelmente à execução provisória da pena, muito refleti sobre as consequências amplas de tal posicionamento e percebi que uma leitura tão destoante do texto expresso da Constituição Federal só acarretaria abertura de brechas para cada vez mais arbitrariedades por todo o sistema penal. E, sem dúvidas, isso reflete essencialmente naqueles que são, inevitavelmente, a clientela preferencial do Direito Penal" (BRASIL, STF, 2019).

até da arbitrariedade, do Poder Judiciário. Ao mesmo tempo, por não serem racionais, por dependerem da concepção de justiça (da moral) de uma classe que assume o papel de julgadores e legisladores, é possível perceber que essa concepção também se altera rapidamente, gerando decisões absolutamente contraditórias e que expõem e fragilizam todo o sistema jurídico.

4 Do constitucionalismo principialista ao ativismo judicial

Segundo Luís Roberto Barroso (2009, p. 22), ativismo judicial é

[...] uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.

Com essa definição, pode-se compreender que por vezes o ativismo é traduzido como um instrumento de defesa da Democracia. E, realmente, seria, caso estivesse limitado pelo texto constitucional. O problema é que, no afã de suprir a ausência de outros poderes, o Judiciário, por vezes, esquece do seu próprio limite, a Constituição. Isso gera uma atuação que viola a base do ordenamento jurídico sob o argumento de defender os direitos fundamentais e garantir o Estado Democrático de Direito.

Lênio Streck (2012), ao tratar do constitucionalismo principialista (denominado por ele de panprincipialismo), cita vários exemplos de princípios criados pelos Tribunais, sem nenhum fundamento constitucional, tais como, o princípio da simetria, o princípio da precaução, o princípio da não surpresa, o princípio da situação excepcional e o princípio da paternidade responsável. Como diz Ferrajoli (2012, p. 31), “são invenções normativas em contraste com a submissão dos juízes à lei”.

A ponderação realizada pelo Legislativo e pelo Judiciário é algo discutível. Sobre esta matéria, Ferrajoli entende que a ponderação é perigosa, mas não pode ser suprimida completamente, isto é:

Até mesmo em matéria penal, onde é máximo o valor da certeza, podem se distinguir, facilmente, três espaços fisiológicos e insuprimíveis de discricionariedade judiciária que correspondem, entre tantos, aos seguintes tipos de poder: o *poder de qualificação jurídica*, que corresponde aos espaços de interpretação da lei, ligados à semântica da linguagem legal; o *poder de verificação factual* ou de valoração das provas, que corresponde aos espaços da ponderação dos indícios e dos elementos probatórios; o *poder equitativo de conotação* dos fatos verificados, que corresponde aos espaços da compreensão e ponderação dos conotados singulares e irrepetíveis de cada fato, mesmo se todos igualmente subsumíveis na mesma figura legal do crime. (FERRAJOLI, 2012, p. 32).

Lênio Streck prescreve que não cabe ao Juiz ponderar. Segundo ele, toda decisão deve obedecer à equanimidade. Ou seja, o princípio da ponderação, isoladamente, carece de significatividade, e termina por servir de pretexto para a criação de vários álibis teóricos, denominados de princípios, que, em sua maioria, possuem pretensões claras de meta-regras.

Creio não mais ser possível sustentar a tese da separação e tampouco as teses que caracteriza(ra)m o positivismo, por exemplo, a discricionariedade dos juízes (tese que Ferrajoli admite, ao dizer, *v. g.*, que “os espaços de discricionariedade na jurisdição, de fato, são inegáveis”, o que procurarei rebater mais adiante). Isto porque, para mim, o direito do Estado Democrático de Direito supera a noção de “fontes sociais”, em face daquilo que podemos chamar de pros-

pectividade, isto é, o direito constante nas Constituições não vem a reboque dos “fatos sociais”, e, sim, aponta para a reconstrução da sociedade (o direito é transformador). (STRECK, 2012, p. 84-85).

Realmente, a ponderação é perigosa, mas, no mesmo sentido sustentado por Ferrajoli, em algumas situações o juiz precisará realizar ponderação. É certo que toda norma deve ter um conteúdo equânime e razoável, mas ainda assim a ponderação é inevitável. O grande risco é a ponderação excessiva, que submete e despreza as normas constitucionais e, por consequência, a democracia. Pois, pior do que um texto constitucional com problemas é o depender do arbítrio; é não saber quais são as normas fundamentais de um Estado porque elas são constantemente alteradas pelas ponderações legislativas e judiciais.

O papel do magistrado não deveria ser ponderar normas e sim ponderar situações fáticas. O princípio da ponderação carece de significado e não deve ser alçado à condição de “princípio dos princípios”, capaz de resolver as situações mais complexas. Tal entendimento termina por constituir uma falácia, utilizada para impor à sociedade uma moral que não é idealizada legitimamente, uma escolha por bens jurídicos que em muitos casos não coincide com as escolhas previstas na Lei Fundamental.

Assim, por exemplo, sobre o caso da execução provisória da pena, Geraldo Prado (2015, p. 11) critica a ponderação e a relativização da presunção de inocência em prol da celeridade ou do efficientismo processual:

O fenômeno, que pode responder pelo nome de praxismo, argumenta com juízos limitadores do exercício do direito ao recurso pela defesa, a partir da declaração judicial de que se trata de ato abusivo ou protelatório, com declaração de trânsito em julgado ainda na pendência de impugnação e postula a alteração da Constituição para eliminar o efeito

suspensivo dos recursos extraordinário e especial em matéria penal, liberando a imediata execução da pena. As mudanças em perspectiva visam antecipar o trânsito em julgado da decisão condenatória, contornando a dificuldade criada pela cláusula pétrea da presunção de inocência.

[...]

Em realidade, o nosso modelo constitucional de devido processo penal, orientado pela cláusula pétrea da presunção de inocência e apoiado em um conceito jurídico de culpabilidade não admite a equiparação (igualdade) entre os direitos (e garantias) fundamentais do acusado e os deveres-poderes do Estado de repressão ao delito (situação jurídica). O fato de para a acusação, por exemplo, o recurso extraordinário em matéria penal não ter efeito suspensivo, enquanto o contrário se verifica relativamente ao mesmo recurso interposto pela defesa, não se resolve por uma equação matemática de “igualdade”.

Em apertadíssima síntese convém frisar que, sob o enfoque das técnicas de garantia dos direitos fundamentais, a igualdade considera a posição da pessoa humana no sistema político e a sua primazia axiológica: a pessoa como valor, tomando-se em conta as suas variadas identidades e a pluralidade de pontos de vista expressados por elas, segundo Luigi Ferrajoli.

Essa desvalorização dos princípios constitucionais contraria toda a ideia de normatividade dos princípios. Aliás, uma das características do constitucionalismo do pós-guerra é a valorização dos princípios. Os principialistas, sob o pretexto de proteger o texto constitucional e valorizar a ideia de justiça, terminam por violar a base do Estado Democrático de Direito e toda a estrutura do ordenamento jurídico.

Não tem sentido considerar que as regras vinculam e os princípios não vinculam, uma vez que toda regra tem como fundamento um princípio. É uma contradição a Teoria da pondera-

ção dos valores ter sido criada para melhorar a racionalidade no Direito e surtir um efeito contrário. Não é racional permitir que a ponderação seja praticada de forma excessiva a ponto de comprometer a Democracia.

O grande problema da discricionariedade judicial e, portanto, do ativismo judicial, é que, utilizada além dos espaços em que é estritamente necessária, promove a transformação de juízes em legisladores, confiando todo ordenamento jurídico ao (suposto) bom senso e ao conceito de justiça dos magistrados. Uma minoria impõe e estabelece quais são os fundamentos do Estado. Confiou-se na razão e na concepção de mundo de uma classe para definir os destinos de uma nação. Isso viola a essência da Democracia. Rompe com a ideia de separação de poderes e de Estado Democrático de Direito.

André Machado Maya e Pietro Cardia Lorenzoni (2019, p. 7), partindo do entendimento de que o Judiciário apenas poderá decidir em contrariedade às escolhas do Legislativo quando este violar a proibição ou o mandamento constitucional, aduzem que o STF, no caso do HC n. 126.292, “extrapolou os limites”, “por meio de um exercício interpretativo marcado por uma elasticidade ímpar”, com uma atuação política que “viola os princípios formais do ordenamento jurídico pátrio e gera risco de desestabilização do próprio Estado Democrático de Direito”.

Com o argumento da ordem pública, utilizado no voto do Ministro Roberto Barroso, vinculado ao “discurso acerca da ‘credibilidade do Poder Judiciário’”, segundo Adriano Antunes Damasceno (2019), o STF contribuiu para uma “jurisprudência de emergência, sempre cambiável de acordo com os interesses punitivos que se quer fazer prevalecer”.

[...] deixa de assumir uma função de garante daquilo que prevê a Constituição para se tornar garante da ordem pública e “animador” da política de segurança pública (GARAPON, 1999, p. 24), formulando o que se pode deno-

minar uma jurisprudência de emergência, sempre cambiável de acordo com os interesses punitivos que se quer fazer prevalecer.

Amaral e Caleffi (2017, p. 1103) ressaltam que “há uma enorme irresponsabilidade político-criminal envolvida na decisão do STF”, seja pelas modificações de algum aspecto das condenações em um quarto dos julgados do STJ, entre 2006 e 2014; pelas alterações ocorridas no âmbito do STF; ou pelos “julgamentos que acabam por ser anulados e reformados via Recursos especiais e extraordinários pelas Cortes Superiores”. E concluem: “Ou se opta pela inocência de todos ao preço inclusive da não punição de algum culpável ou declaremos abertamente nossa aversão àquilo que custa de fato viver num ambiente democrático”.

O ativismo judicial, mesmo o mais bem intencionado, não é democrático. Na elaboração das normas constitucionais foram discutidos os conceitos de justiça de vários grupos da sociedade até conseguirmos alcançar um texto. O magistrado que, sob o argumento da ponderação de princípios, viola o texto constitucional, contraria a vontade democrática de um povo. A atuação do Judiciário e, notadamente, a atuação das cortes constitucionais, por vezes, precisa ser contramajoritária para proteger a própria democracia. Porém, ser contramajoritária não significa desconsiderar normas constitucionais, muito pelo contrário, deve visar sempre à proteção da Constituição.

5. Considerações finais

Diante do exposto, considera-se que, no julgamento do HC n. 126.292, ao apreciar a possibilidade de antecipação do cumprimento da pena em caso de réu solto, o Supremo Tribunal Federal adotou como orientação o que Luigi Ferrajoli denomina de constitucionalismo argumentativo ou principialista.

Observa-se que a orientação pelo constitucionalismo principialista gera insegurança jurídica, pois incentiva a adoção de decisões

desvinculadas do texto constitucional. Além disso, fere os princípios democráticos, uma vez que as decisões do Poder Judiciário não estão submetidas à Constituição, mas à concepção de justiça do julgador, que, ao decidir, não está limitado pelo texto constitucional.

A solução para resgatar a segurança jurídica está em restabelecer o respeito aos princípios e a vinculação do julgador ao texto constitucional, ou seja, a adoção do constitucionalismo garantista. Parece básico, mas, nos últimos tempos, em nome de uma maior racionalização dos julgamentos, terminaram por esquecer o principal mandamento do constitucionalismo: aquele que diz que as normas constitucionais são as principais normas do Estado e que vinculam todo o ordenamento jurídico.

Referências bibliográficas

ALMEIDA, Orlando Sampaio de. A mutação (in)constitucional do art. 5º, inciso LVII, a presunção de inocência e o salto triplo carpado hermenêutico do Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC 126.292/SP. In: **Teoria constitucional**. CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF (Org.). Gisela Maria Bester, Marcus Firmino Santiago, Menelick de Carvalho Netto (Coord.) Florianópolis: CONPEDI, 2016. Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/y0ii48h0/lu87ud66/N6o4JTT6I3QUIMk9.pdf>. Acesso em: 04 mar 2018.

AMARAL, Augusto J.; CALEFFI, Paulo S. P. Pré-ocupação de inocência e execução provisória da pena: uma análise crítica da modificação jurisprudencial do STF. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 3, n. 3, p. 1073-1114, set./dez. 2017. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i3.102>

BADARÓ, Gustavo. **Processo penal**. Rio de Janeiro:Elsevier Brasil, 2012.Série Universitária.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, n. 13, p. 17-32, 2009.

DAMASCENO, Adriano Antunes. Presunção de inocência e execução da pena no Supremo Tribunal Federal: odito pelo não dito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 151, p. 183-213, jan., 2019.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Trad. Ana Paula Zomer Sica et alli. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 09-69.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. Cases da Corte Interamericana do Tribunal Europeu de do STF. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MAYA, André Machado; LORENZONI, Pietro Cardia. Ativismo judicial e sociedade de risco: reflexos no âmbito da jurisdição criminal a partir do HC 126.292. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 152, p. 261-276, fev., 2019.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Ainda e sempre a coisa julgada**. Direito processual civil (ensaios e pareceres). Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

PRADO, Geraldo. O trânsito em julgado da decisão condenatória O trânsito em julgado da decisão condenatória. **Boletim IBCCrim**, São Paulo, n. 277, p. 10-12, dez., 2015.

STRECK, Lênio Luiz. Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)**

constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p.70-113.

STRECK, Lênio Luiz. A presunção da inocência e a impossibilidade de inversão do ônus da prova em matéria criminal: os Tribunais Estaduais contra o STF. **Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Paraná**, Curitiba, ano 2,, n. 3, dez., 2015. Disponível em: http://www.ceaf.mppr.mp.br/arquivos/File/Biblioteca/RevistaJuridicaMPPR_3.pdf. Acesso em: 06 ago. 2017.

Julgados do Supremo Tribunal Federal

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Habeas Corpus n. 126.292/SP. Relator Ministro Teori Zavascki. Constitucional. Habeas Corpus. Princípio constitucional da presunção de inocência (CF, art. 5º, LVII). Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 10/08/2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n.71.723/SP. Relator Ministro Teori Zavascki. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 10/08/2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 79.814/SP. Relator Ministro Nelson Jobim. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=78159&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20HC%20/%2079814>. Acesso em 10/08/2018

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 80.174/SP. Relator Ministro Maurício Corrêa. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=78268&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20HC%20/%2080174>. Acesso em: 10/08/2018

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 68.726/DF. Relator Ministro Néri da Silveira. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=71186&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20HC%20/%2068726>. Acesso em: 10/08/2018

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 136.720/PB. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=14612953&tipo=TP&descricao=Inteiro%20Teor%20HC%20/%20136720%20-%20QO>. Acesso em: 10/08/2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 84.078/MG. Relator: Ministro Eros Grau. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=608531&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20HC%20/%2084078>. Acesso em: 10/08/2018

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Constitucionalidade n. 43 e 44 (apensadas). Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADCN&s1=43&processo=43>. Acesso em: 10/08/2018

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Constitucionalidade n. 43. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur436271/false>. Acesso em: 01.08.2023.