

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO
ACADÊMICO GUSTAVO LUIZ FERREIRA DETOMI**

**A GARANTIA FUNDAMENTAL À PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: Análise do *Habeas Corpus* n.º
126.292 à luz da Teoria dos Princípios de Humberto Ávila**

**Juiz de Fora
2019**

ACADÊMICO GUSTAVO LUIZ FERREIRA DETOMI

**A GARANTIA FUNDAMENTAL À PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: Análise do *Habeas Corpus* n.º
126.292 à luz da Teoria dos Princípios de Humberto Ávila**

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel, sob orientação da Prof. Dr. Waleska Marcy Rosa.

**Juiz de Fora
2019**

FOLHA DE APROVAÇÃO

ACADÊMICO GUSTAVO LUIZ FERREIRA DETOMI

A GARANTIA FUNDAMENTAL À PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: Análise do *Habeas Corpus* n.º 126.292 à luz da Teoria dos Princípios de Humberto Ávila

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel, submetida à Banca Examinadora composta pelos membros:

Orientadora: Prof. Dr. Waleska Marcy Rosa
Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Ms. Leandro Oliveira Silva
Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Ms. Priscilla de Oliveira Calegari
Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora

PARECER DA BANCA

() APROVADO

() REPROVADO

Juiz de Fora, 05 de novembro de 2019

Agradeço carinhosamente a todos os professores e todas as professoras que passaram pela minha vida, desde a alfabetização e o letramento até o ensino superior. Devo a eles e a elas o conhecimento necessário para a honrosa conclusão do Bacharelado em Direito. Em especial, agradeço à querida Prof. Dr. Waleska Marcy Rosa, não só pela zelosa orientação deste artigo, mas também por me encorajar a concretizar os sonhos que tenho para essa vida.

“Conheço muitos que não puderam quando deviam porque não quiseram quando podiam.” – François Rabelais

“Se o homem falhar em conciliar a justiça e a liberdade, então falha em tudo.” – Albert Camus

RESUMO

O presente trabalho investiga o entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre a eficácia da garantia fundamental à presunção de inocência, manifestado no acórdão do *Habeas Corpus* n.º 126.292. Objetiva-se analisar, em primeiro lugar, se o inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal encerra uma norma tipo regra ou tipo princípio e, a partir disso, verificar se a concepção normativa adotada pelos ministros da Corte Suprema está de acordo com a Teoria dos Princípios de Humberto Ávila. O trabalho segue a metodologia empírica, com o uso das regras de inferências de Epstein e King para analisar concentradamente os votos dos Ministros Luís Roberto Barroso e Celso de Mello. Por meio da presente pesquisa, verificou-se que o Supremo Tribunal Federal não adotou o referencial teórico elaborado por Ávila e que a execução antecipada da pena está em desacordo com a Constituição Federal de 1988.

Palavras-chave: Presunção de inocência; Supremo Tribunal Federal; Execução da pena.

ABSTRACT

This paper investigates the Supreme Court's understanding about the effectiveness of the fundamental guarantee for the presumption of innocence, expressed in Habeas Corpus 126.292 rulling. The objective is to analyze, first, if item LVII of art. 5 of the Federal Constitution contains a rule or principle and, from this, check whether the normative conception adopted by the ministers of the Supreme Court is in accordance with Humberto Ávila's Theory of Principles. The work follows the empirical methodology, using the rules of inferences of Epstein and King to analyze the votes of Ministers Luís Roberto Barroso and Celso de Mello. Through this research, it was found that the Supreme Court did not adopt the theoretical framework elaborated by Ávila, and that the early execution of the penalty is in disagreement with the Federal Constitution of 1988.

Main words: Federal Supreme Court; Presumption of innocence; Execution of the penalty.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	08
2 APORTES TEÓRICOS REFERENTES À TEORIA DOS PRINCÍPIOS.....	11
2.1 A superação do Positivismo Jurídico pelo Neoconstitucionalismo.....	11
2.2 Diferenciação entre regras e princípios à luz da Teoria dos Princípio de Humberto Ávila.....	14
2.3 Ativismo judicial.....	17
3 A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O JULGAMENTO DO <i>HABEAS CORPUS</i> N.º 126.292.....	20
3.1 Metodologia de análise.....	23
3.2 O voto do ministro Luís Roberto Barroso.....	24
3.3 O voto do ministro Celso de Mello.....	27
4 A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL: REGRA OU PRINCÍPIO.....	30
4.1 Interpretação sistemática dos incisos LVII e LXI do art. 5º da Constituição Federal.....	33
4.2 Razões infraconstitucionais impeditivas da execução antecipada da pena.....	35
4.3 O resultado do <i>Habeas Corpus</i> 126.292 como expressão do ativismo judicial.....	37
5 CONCLUSÃO.....	43
6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	45

1 INTRODUÇÃO

O eixo central da presente pesquisa é a análise concentrada dos votos divergentes dos Ministros Luís Roberto Barroso e Celso de Mello nos autos do *Habeas Corpus* (HC) 126.292, julgado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em 17 de fevereiro de 2016. A controvérsia jurídica do HC em questão tratou do alcance e dos limites da garantia fundamental à presunção de inocência, prevista no inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal (CF). A investigação é realizada à luz da *Teoria dos Princípios* de Humberto Ávila, a qual serve como parâmetro teórico para a distinção entre normas-regras e normas-princípios, bem como para a interpretação do resultado do julgamento analisado.

A garantia constitucional à presunção de inocência tutela o inalienável direito individual à liberdade. Numa perspectiva histórica, a construção político-jurídica dessa presunção reflete a necessidade de compatibilizar as balizas do processo penal com o Estado Democrático de Direito. O direito às liberdades física e política assegura ao cidadão uma esfera de proteção contra o arbítrio do Estado, que, até a queda do Absolutismo, punia as pessoas ao alvedrio dos agentes públicos.

O art. 5º, inciso LVII, da CF assegura que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”, consagrando a presunção de não culpabilidade como garantia constitucional. Por ostentar tal qualidade, qualquer restrição a ela feita deve ser analisada com bastante cautela. Principalmente quando tal movimento é praticado Poder Judiciário, cuja atribuição-mor é assegurar a preservação da ordem constitucional em tempos de discursos antigarantistas e ensaios autoritários.

A população carcerária do Brasil é uma das maiores do mundo. Nesse sentido, o estudo sobre a eficácia da presunção de inocência é de grande importância para o conjunto da sociedade, haja vista que a execução provisória da condenação contribui com a superlotação dos presídios do país, atingindo principalmente pessoas pobres e marginalizadas, que majoritariamente não possuem condições financeiras para manejar recursos aos tribunais superiores.

Do ponto de vista jurídico, o entendimento da Suprema Corte acerca da garantia fundamental analisada também é de grande relevo, pois impacta diretamente na dinâmica da persecução penal do Estado contra o indivíduo. Isso porque todo cidadão pode ser acusado de ter cometido crime, e a presunção de

inocência assegura a condição de inocente do réu durante todo o processo penal. Assim, definir o alcance normativo da presunção de inocência é, em última análise, precisar qual é o tamanho da esfera de liberdade devida ao indivíduo pela jurisdição brasileira.

A finalidade do presente trabalho é identificar qual o alcance conferido à presunção de inocência pela Suprema Corte e, com isso, verificar se esta adotou os critérios estabelecidos por Ávila para diferenciar regras de princípios.

No julgamento do HC analisado, a maioria dos ministros do STF entendeu que a execução da pena antes do trânsito em julgado, mais precisamente após a prolação de acórdão condenatório por segundo grau de jurisdição, não ofenderia o texto constitucional. Os motivos que embasaram os votos dos ministros são que a presunção de não culpabilidade é um princípio e que os recursos endereçados aos tribunais superiores – recursos especial e extraordinário e agravos regimentais – não são providos de efeito suspensivo pela legislação ordinária brasileira.

A hipótese do presente estudo, alicerçada numa leitura literal do inciso LVII do art. 5º da CF, é que o STF não seguiu os parâmetros estabelecidos por Ávila, compreendendo como princípio uma norma que é essencialmente regra.

Em sua teoria, Ávila estipula um método científico de classificação normativa que subdivide as normas em regras e princípios. Tal sistema evita o uso abusivo dos princípios para afastar a incidência de regras válidas, atitude que tem sido cada vez mais recorrente sob a égide do movimento jusfilosófico neoconstitucionalista.

A pesquisa utiliza a metodologia empírica, a partir da utilização de regras de inferência de Epstein e King. Serão estudados os argumentos elaborados nos votos dos Ministros Luís Roberto Barroso e Celso de Mello, que divergem diametralmente quanto ao entendimento e à aplicação da presunção de inocência.

O presente trabalho se estrutura em três seções de desenvolvimento. A primeira consiste na apresentação de conceitos teóricos, como os preceitos centrais do Neoconstitucionalismo e as nuances da prática judiciária conhecida como Ativismo Judicial, bem como os critérios de distinção normativa criados por Ávila.

A segunda seção trata da transformação do entendimento do STF sobre a presunção de inocência, desde a promulgação da CF de 1988 até o advento do HC

126.292, além de identificar as razões constantes nos votos dos Ministros Barroso e Mello no julgado em questão.

Por sua vez, na terceira seção se define qual é a espécie da norma extraída do inciso LVII do art. 5º da CF e se investiga qual é o elemento autorizador para a execução da pena privativa de liberdade. Além disso, se expõem motivos de ordem infraconstitucional que impedem o cumprimento antecipado da sentença condenatória e se identifica como o precedente judicial firmado no julgamento do HC 126.292 é expressão do ativismo judicial.

2 APORTES TEÓRICOS REFERENTES À TEORIA DOS PRINCÍPIOS

A presente seção tem como objetivo a apresentação de conceitos teóricos que servirão de substrato científico para a análise do HC 126.292, bem como para a definição da natureza jurídica do direito fundamental à presunção de inocência.

Nesse sentido, serão abordadas as premissas doutrinárias e consequências jurídicas do Neoconstitucionalismo; adiante, a conceituação diferenciadora de regras e princípios pelo professor Humberto Ávila e, por fim, a definição e os impactos do ativismo judicial na aplicação de normas jurídicas.

O encadeamento de tais conceitos revela como a decisão tomada pelo STF nos autos do referido HC reflete um movimento jusfilosófico específico, doravante analisado.

2.1 A superação do Positivismo Jurídico pelo Neoconstitucionalismo

O Neoconstitucionalismo pode ser compreendido como um movimento jusfilosófico que visa se contrapor ao Positivismo Jurídico, escola de teorização do Direito que dominou o ambiente acadêmico ocidental até a primeira metade do século XX. Mais apropriado seria utilizar a expressão plural Neoconstitucionalismos (ÁVILA, 2009, p. 2), tendo em vista a heterogeneidade de ideias e de perspectivas de diferentes autores sobre como superar o pensamento juspositivista, o que tornaria praticamente impossível a construção de um conceito único sobre neoconstitucionalismo.

Ainda assim, é possível delinear traços comuns a esse conjunto de teses nascentes, elaboradas no período pós 2ª Guerra Mundial e que serviram de base doutrinária para a formatação de Constituições democráticas. Quatro importantes pontos desse movimento jusfilosófico são a especialização das normas em regras e princípios, a prevalência dos princípios do ordenamento jurídico, a substituição da subsunção normativa pelo juízo de ponderação e, por último, a supremacia do Poder Judiciário ante o Poder Legislativo.

Contudo, antes de tratar propriamente sobre as características elementares do Neoconstitucionalismo, é importante uma breve digressão histórica sobre ideais centrais do Positivismo Jurídico, ou Juspositivismo.

Tendo como principais expoentes Hans Kelsen e Herbert Hart, que escreveram, respectivamente, as obras Teoria Pura do Direito (KELSEN, 1960) e O Conceito de Direito (HART, 1961), o Juspositivismo se firmou como uma escola de pensamento que procurou estruturar a essência dos estudos do Direito, o que mais

tarde seria concebido como Ciência Jurídica, a partir do seu isolamento de outras áreas do conhecimento, como a História, a Antropologia e a Sociologia. Em suma, o que se pretendeu foi a desvinculação entre Direito e Moral, cuja união representava o ideário do Jusnaturalismo, escola até então dominante, a qual apostava que a validade das normas jurídicas encontrava seu fundamento numa fonte fora de si mesma – primeiramente, no poder divino de Deus, e posteriormente, com o avanço das ideias iluministas, numa certa crença comum de que determinados direitos encontravam guarida nas próprias experiências históricas e evolução da sociedade europeia (NUNES JÚNIOR; ZOCKUN; ZOCKUN; FREIRE, 2017, p. 3).

Com isso, obteve-se um arcabouço de teses extremamente formalistas, consagrando o Direito como ciência intrinsecamente formal, de modo que a validade da norma passaria a ser avaliada pelo procedimento de criação ao qual ela se submete, perante um agente instaurador competente – que, com a tripartição dos poderes, ficou tipicamente a cargo do Poder Legislativo. Noutras palavras, o Direito seria apenas aquilo que fosse positivado. Dessa maneira, desde que a norma criada não padecesse de nenhum vício de formalidade, ela seria válida, devendo ser aplicada no caso concreto mediante um juízo de subsunção, isto é, o perfeito enquadramento da norma legal ao fato.

O Positivismo Jurídico, portanto, serviu como verdadeira chancela jusfilosófica para a legitimação de regimes totalitários que mantinham ares de legalidade, como o Terceiro *Reich* durante a Alemanha Nazista, cujas leis antissionistas foram devidamente aprovadas pelo *Bundestag*, o parlamento federal alemão, e também a legitimação de diplomas legais de caráter claramente discriminatório em países ditos democráticos, como foi o caso das leis segregacionistas raciais dos EUA e da África do Sul (*Apartheid*).

A partir do fim da 2ª Grande Guerra, com a adoção de Constituições democráticas e asseguradoras de direitos humanos (VIEIRA JÚNIOR, 2015, p. 46), surgiu um movimento jusfilosófico que passou a buscar a superação do pensamento positivista. Nessa revisão jurídica, a qual se iniciou na década de 1950 e se estende até a pós-contemporaneidade, despontaram jusfilósofos como Ronald Dworkin e Robert Alexy. Eles formataram modelos de teorização e de aplicação da ciência jurídica contrapostas à frieza e à indiferença que até então se concebiam como ideais para a operação do Direito juspositivista. Nesses novos arranjos jusfilosóficos, posterior e conjuntamente denominados de Neoconstitucionalismo, o próprio Direito

seria a expressão de uma “moral social crítica” (NUNES JÚNIOR; ZOCKUN; ZOCKUN; FREIRE, 2017, p. 25) – e daí a diferença elementar entre o neoconstitucionalismo e o jusnaturalismo. Enquanto este fundamentava a norma jurídica numa norma moral hierarquicamente superior, aquele concebe que a norma jurídica encerra em si mesma uma norma moral.

A reedição da fusão entre Direito e Moral foi proposital. Com ela, estabeleceu-se que validade da norma jurídica não passaria apenas pelo critério formal de positividade. Isto é, o Direito não seria apenas a expressão da vontade da maioria presente nos Parlamentos, mas deveria também obedecer a ditames de natureza objetiva que estariam no topo do ordenamento jurídico vigente e que por isso seriam expressos no texto constitucional. O objetivo por trás deste arquétipo jurídico foi - e continua sendo - o controle do poder, por meio de um sistema de freios e contrapesos. A partir desta concepção, as decisões tomadas pelos regentes políticos do Estado somente encontrariam guarida constitucional se não contrariarem a vontade da própria Constituição (NUNES JÚNIOR; ZOCKUN; ZOCKUN; FREIRE, 2017, p. 7).

Enquanto para o Positivismo Jurídico uma norma nunca poderia ser declarada inválida apenas por violar preceitos morais, tendo em vista que a valoração moral seria sempre relativa e deveria ser subjetivamente avaliada pelo agente político para se configurar como norma jurídica, para o Neoconstitucionalismo há determinadas valorações objetivas que não poderiam ser descartadas, ultrapassadas ou apequenadas pelo agente competente, ainda que este guarde o apoio da maioria, sob pena de declaração de invalidade/inconstitucionalidade pelo Poder Judiciário.

Nesse sentido, surgem as três características básicas do Neoconstitucionalismo: 1) transformação da norma jurídica num gênero, do qual decorrem duas espécies - regra e princípio; 2) substituição da subsunção pela ponderação; e 3) prevalência do Poder Judiciário sobre o Poder Legislativo (ÁVILA, 2009, p. 17).

As diferenças entre regras e princípios serão esmiuçadas na próxima subseção. Por ora, o que se deve ter em consideração é a proposição de Alexy, em sua Teoria dos Direitos Fundamentais (ALEXY, 1985), de que as regras possuem comportamento *tudo ou nada*, com aplicação total (subsunção) ou nenhuma (invalidação) diante de certas circunstâncias do caso concreto, enquanto os

princípios seriam mandados de otimização, de modo que passariam por um processo de sopesamento ante as características do caso concreto para se concluir qual deles, em havendo eventual conflito, deveria ter maior margem de incidência.

Assim, para os neoconstitucionalistas, como haveria valores sociais objetivos que estariam dispostos na Constituição na forma de princípios, estes deveriam ser salvaguardados pelo Poder Judiciário, que passa a exercer um papel contramajoritário (BARROSO, 2018, p. 2198) decisivo para a edificação das democracias constitucionais. Como guardião da Constituição, o Poder Judiciário eventualmente pode se sobrepor à decisão política emanada pelo Poder Legislativo, quando esta estiver em desacordo com a vontade da Lei Fundamental.

Por isso, de acordo com tal escola jusfilosófica, a subsunção legal, isto é, a aplicação direta da norma ao caso concreto, daria lugar a um juízo de ponderação, a ser feito pelos magistrados, haja vista que caberia ao intérprete a análise das circunstâncias específicas do caso concreto para decidir de que forma aplicar o Direito. Dessa maneira, os princípios atuariam como balizas interpretativas, integrativas e bloqueadoras das regras.

Destacadas as distinções entre Juspositivismo e Neoconstitucionalismo, bem como os objetivos históricos e as características epistemológicas deste, passa-se a analisar criticamente as diferenças conceituais entre normas tipo regra e tipo princípio, como desenvolvido por Humberto Ávila.

2.2 Diferenciação entre regras e princípios à luz da Teoria dos Princípios de Humberto Ávila

Primeiramente, não se pode confundir a norma, seja ela regra ou princípio, com o texto normativo. Tal apontamento merece destaque porque difundiu-se no Brasil a errônea noção de que determinados artigos, incisos ou alíneas presentes na Constituição Federal de 1988 (CF) são normas constitucionais; na realidade, tais dispositivos não passam de entrecortes do texto constitucional.

Com efeito, *norma* não é sinônimo de *texto*, mas o sentido do texto normativo, o qual se torna objeto de interpretação por parte de quem o analisa (intérprete). Desta maneira, enquanto o texto é o ponto de partida no processo interpretativo de construção de sentidos, a norma se constitui como o seu resultado, como aponta Humberto Ávila (2018, p. 54):

A conclusão trivial é de que o Poder Judiciário e a Ciência do Direito constroem significados, mas enfrentam limites cuja desconsideração cria um descompasso entre a previsão constitucional e o direito constitucional concretizado. Compreender “provisória” como *permanente*, “trinta dias” como *mais de trinta dias*, “todos os recursos” como *alguns recursos*, “ampla defesa” como *restrita defesa* [...] não é concretizar o texto constitucional. É, a pretexto de concretizá-lo, menosprezar seus sentidos mínimos.

Portanto, é possível compreender que não compete ao intérprete alinhar os significados pré-existent das palavras que compõem o texto, mas analisá-las sistematicamente, sem ignorar seus sentidos mínimos, a fim de encontrar um resultado claro sobre o seu conteúdo. Tal resultado seria a *norma*.

Nesse sentido, a norma construída a partir da interpretação sistemática pode demonstrar diferentes desideratos e razões de ser, que variam de acordo com a intenção do Poder que as instituiu, de modo que os autores neoconstitucionalistas Ronald Dworkin e Robert Alexy passaram a dividir todo o conjunto de normas em duas grandes espécies: regras e princípios.

Vale ressaltar que um mesmo texto normativo pode gerar diferentes normas, a depender do aspecto normativo do texto, bem como do foco de análise e da argumentação desenvolvida pelo intérprete na construção do sentido, os quais podem revelar tanto uma norma tipo regra quanto outra de tipo princípio (ÁVILA, 2018, p. 52).

Ao criticar os pontos inconsistentes na doutrina de Alexy que tentam diferenciar os diferentes tipos de normas – as quais não constituem o foco de análise do presente artigo -, o professor Humberto Ávila (2018, p. 107) elenca três critérios para executar uma dissociação tecnicamente correta entre regras e princípios, quais sejam: (1) critérios da natureza do comportamento prescrito, (2) da natureza da justificação exigida e (3) da medida de contribuição para a decisão:

Em primeiro lugar, as regras diferenciam-se dos princípios pela *natureza da descrição normativa*: enquanto as regras descrevem objetos determináveis (sujeitos, condutas, matérias, fontes, efeitos jurídicos, conteúdos), os princípios descrevem um estado ideal de coisas a ser promovido.

Em segundo lugar, as regras diferenciam-se dos princípios pela *natureza da justificação* que exigem para serem aplicadas: as regras exigem um exame de correspondência entre a descrição normativa e os atos praticados ou fatos ocorridos, ao passo que os princípios exigem uma avaliação da correlação positiva entre os efeitos da conduta adotada e o estado de coisas que deve ser promovido.

Em terceiro lugar, as regras distinguem-se dos princípios pela *natureza de contribuição* para a solução do problema: enquanto as regras têm pretensão de decidibilidade, pois visam a proporcionar uma solução provisória para um problema conhecido ou antecipável, os princípios têm pretensão de

complementariedade, já que servem de razões a serem conjugadas com outras para a solução de um problema.

A distinção delineada por Ávila é importante para o Direito Constitucional brasileiro, principalmente porque afasta algumas falsas premissas propostas por alguns neoconstitucionalistas, como Alexy, de que, por exemplo, os princípios constitucionais teriam o condão de afastar regras de mesmo *status*.

Ao contrário, em havendo desentendimento entre ambos os tipos de normas situadas no plano da Constituição Federal, deve prevalecer a regra. Isso porque, sendo uma solução legislativa prévia a um conflito conhecido ou antecipável, a regra possibilita ao jurisdicionado antever a forma de resolução do seu conflito, o que conduz à promoção da justiça geral na maior parte dos casos, reduz a arbitrariedade que poderia surgir da ponderação direta de valores morais – a qual variaria de magistrado para magistrado -, e por consequência, afasta a incerteza do subjetivismo judicial (ÁVILA, 2009, p. 11).

Além disso, Ávila (2009, p. 6) também critica o uso abusivo de princípios constitucionais para afastar a incidência de regras ordinárias. De acordo com o autor (ÁVILA, 2009, p. 6), o aplicador do Direito deve apenas deixar de aplicar uma regra infraconstitucional quando ela for inconstitucional, ou seja, quando a regra estabelecida contraria a promoção do estado ideal de coisas que almeja a Constituição:

No caso de regras infraconstitucionais, os princípios constitucionais de fato servem para interpretar, bloquear e integrar as regras infraconstitucionais existentes. Os princípios constitucionais, no entanto, só exercem a sua função de bloqueio, destinada a afastar a regra legal, quando ela for efetivamente incompatível com o estado ideal cuja promoção é por eles determinada. O aplicador só pode deixar de aplicar uma regra infraconstitucional quando ela for inconstitucional, ou quando sua aplicação for irrazoável, por ser o caso concreto extraordinário. Ele não pode deixar de aplicar uma regra infraconstitucional simplesmente deixando-a de lado e pulando para o plano constitucional, por não concordar com a consequência a ser desencadeada pela ocorrência do fato previsto na sua hipótese. Ou a solução legislativa é incompatível com a Constituição, e, por isso, deve ser afastada por meio da eficácia bloqueadora dos princípios, sucedida pela sua eficácia integrativa, ou ela é compatível com o ordenamento constitucional, não podendo, nesse caso, ser simplesmente desconsiderada, como se fora um mero conselho, que o aplicador pudesse, ou não, levar em conta como elemento orientador da conduta normativamente prescrita.

Desta forma, o intérprete não pode simplesmente ignorar as regras e resolver o problema com o uso de princípios constitucionais, os quais seriam sempre aplicáveis, em maior ou menor medida. Tal atitude transformaria a norma tipo regra

em mero *conselho legislativo*, desmerecendo a função típica do Parlamento. Isso porque, ao editar um texto legislativo, o objetivo parlamentar é justamente estabelecer uma norma que visa solucionar definitivamente um problema conhecido ou antecipável, garantindo a aplicação uniforme e geral da justiça e evitando soluções destoantes por parte dos magistrados.

As considerações de Ávila acerca da eficácia das regras serão retomadas quando da análise dos votos dos ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento do HC 126.292.

2.3 Ativismo Judicial

Ao ser promulgada em 1988, a CF estabeleceu um extenso rol de instrumentos jurídicos para efetivar os direitos individuais, sociais e políticos que ali foram erigidos ao *status* de direitos fundamentais. Com o franco objetivo de diferenciar o novo ordenamento constitucional das agruras e do arbítrio que marcaram a ditadura civil-militar que, então, se findava, o poder constituinte consagrou a cidadania e a participação popular como valores a serem perseguidos pelas políticas públicas, e, para tanto, facilitou o acesso à justiça para a efetivação desses direitos.

Mecanismos como a ação popular, o mandado de injunção, o mandado de segurança, o *habeas corpus* e o *habeas data*, são exemplos, por um lado, de como o cidadão passou a contar com remédios constitucionais para assegurar os seus direitos frente à resistência do Estado e, por outro, são indícios do relevo que o Poder Judiciário teria na efetivação de tais direitos.

Além disso, as ações constitucionais de controle concentrado de constitucionalidade – Ação Direta de Constitucionalidade (ADI), Ação Direta de Constitucionalidade por Omissão (ADO), Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) -, contribuíram para a importância institucional do STF na nova ordem democrática brasileira. De fato, a Constituição garantiu à Suprema Corte o papel de guardião do texto constitucional. Com isso, o STF pode invalidar normas aprovadas pela maioria parlamentar e sancionadas pelo chefe do Poder Executivo quando elas contrariarem a vontade soberana da Constituição. Aí está o caráter contramajoritário do Poder Judiciário (BARROSO, 2018, p. 2198).

Desta forma, não há dúvidas de que o Poder Judiciário pátrio seria o âmbito estatal de discussão de grandes temas de interesse nacional. As cortes de justiça ganharam destaque tanto na efetivação de direitos individuais e coletivos como nos caminhos da vida política do país, num processo que ficou conhecido como *judicialização da política* (COPATTI, 2016, p. 2428).

Nesse ponto, é importante destacar que a judicialização da política não se confunde com o ativismo judicial, aqui delineado, haja vista que aquela é consequência do crescente questionamento judicial de leis e atos administrativos de poder público, de modo que, cada vez mais, as ações e omissões do poder político passariam a contar com a análise judiciária de validade.

Por sua vez, o ativismo judicial, que pode ser compreendido como uma decorrência lógica do neoconstitucionalismo (JORGE, 2014, p. 513) consiste na ideia de que o Poder Judiciário tem usurpado funções típicas de outros poderes, a pretexto de efetivar as normas constitucionais. Além disso, o que é ainda pior, também na ideia de que os magistrados, principalmente os ministros do Supremo Tribunal Federal, o órgão jurisdicional constitucional do país, têm extrapolado os limites razoáveis de interpretação da Constituição e, sob o manto de uma suposta interpretação das normas fundamentais, têm dado significado completamente distinto ao texto da Carta da República (ANDRADE; BRASIL, 2018, p. 3281).

Desta maneira, o ativismo judicial deve ser analisado com cautela, tendo em vista os efeitos deletérios que ele causa no fortalecimento do Estado Democrático de Direito, principalmente pelo fato de ele trocar a clareza da Constituição pelos arbitrariedade e subjetivismo dos juízes. Não há a quem recorrer se o Poder Judiciário, a quem compete decidir sobre o alcance e a eficácia das normas constitucionais, alterar a Constituição a pretexto de guardá-la e interpretá-la.

É necessário que o intérprete-julgador respeite não só os limites da sua própria atividade típica, qual seja, interpretar e aplicar o Direito, mas que também respeite o significado semântico mínimo do que trata a Constituição, pois quanto mais se afasta da literalidade do dispositivo analisado, mais ativista se mostra sua conduta que é tida como uma mera interpretação.

O ativismo judicial, apesar de ter se constituído como uma das facetas do neoconstitucionalismo, em virtude de possibilitar ao magistrado a discricionariedade para decidir ao conjugar princípios constitucionais em colisão, vai de encontro a um dos próprios fundamentos primordiais de tal movimento jusfilofósico: a proteção de

valores morais por parte do Poder Judiciário. Isto é, o estabelecimento de normas-princípios e o juízo de ponderação tinham o objetivo inicial de minar, ou ao menos suavizar, a arbitrariedade presente nas leis, sob pena de se poder declarar a invalidade da norma se esta contrariar valores morais da sociedade - que são expressos nos princípios constitucionais.

Desta maneira, quando um magistrado confere sentido diametralmente oposto ao que quer a própria Constituição e o ordenamento jurídico que a partir dela se estrutura, além de incorrer em clara tirania judicial, ele também desrespeita outros princípios constitucionais caros à República, como o princípio democrático e o princípio da separação dos poderes (ÁVILA, 2009, p. 18).

Portanto, não é coincidência os intérpretes ativistas utilizarem o expediente de ponderação entre princípios para, por meio dele, criarem verdadeiras normas não previstas pela lei. Isso ocorre por meio da deliberada desconsideração das regras, que leva ao sobrepujamento indevido dos princípios

Isto é, em vez de interpretar sistematicamente todo o ordenamento jurídico e, assim, aplicar o método de subsunção ao caso concreto, ante a existência de regra válida que disciplina determinado conflito judicial, o adepto do ativismo ignora a existência da regra e declara uma suposta colisão de princípios fundamentais, da qual um deve sobrepor ao outro no caso concreto – geralmente é o princípio que vai de encontro à disposição da regra. Nesse sentido, observa Ávila (2009, p. 6) que:

(...) se a Constituição possui uma regra vedando, de modo categórico, a utilização de prova ilícita, não cabe ao intérprete, por meio de ponderação de princípios constitucionais eventualmente aplicáveis, permitir a sua utilização, pois, nesse caso, a própria Constituição fez uma escolha que não pode ser desconsiderada pelo intérprete. Entender de modo contrário é interpretar como descartáveis normas que a Constituição quis resistentes a uma ponderação horizontal, flexibilizando aquilo que ela quis objetivamente enrijecer.

Nesse sentido, o ativismo judicial é uma consequência lógica do neoconstitucionalismo, pois, ao invés de interpretar e aplicar a norma produzida pelo legislador, o intérprete ativista pretende usurpar o seu lugar. Ao recriar o sentido do texto constitucional e legal à sua própria maneira, o intérprete mais fabrica uma norma do que propriamente revela a norma contida no dispositivo interpretado.

3 A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O JULGAMENTO DO *HABEAS CORPUS* 126.292

Em virtude da oscilação jurisprudencial da Suprema Corte sobre o alcance do direito fundamental à presunção de inocência desde a promulgação da atual Constituição, especialmente em relação à possibilidade ou não de execução da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, analisa-se um conjunto de acórdãos históricos que ilustram o entendimento do STF sobre o tema.

A primeira oportunidade em que tal questão foi apreciada pelo STF se deu em 28 de junho de 1991 – isto é, passados pouco mais de três anos desde o advento da Constituição Cidadã –, no julgamento do HC 68.726, de relatoria do ministro Néri da Silveira. Na ocasião, firmou-se a orientação de que o art. 5º, inciso LVII da CF não obstaría a efetivação da ordem de prisão prevista em acórdão de tribunal de segundo grau de jurisdição que confirmasse a sentença condenatória, tendo em vista que, diferentemente da apelação, os recursos interpostos aos tribunais superiores não são dotados de efeito suspensivo. Este fato permitiria a execução provisória da pena, como se observa da ementa do acórdão do HC referido:

“Habeas corpus. Sentença condenatória mantida em segundo grau. Mandado de prisão do paciente. Invocação do art. 5º, inciso LVII, da Constituição. Código de Processo Penal, art. 669. A ordem de prisão, em decorrência de decreto de custódia preventiva, de sentença de pronúncia ou de decisão e órgão julgador de segundo grau, é de natureza processual e concernente aos interesses de garantia da aplicação da lei penal ou de execução da pena imposta, após o devido processo legal. Não conflita com o art. 5º, inciso LVII, da Constituição. De acordo com o § 2º do art. 27 da Lei nº 8.038/1990, os recursos extraordinário e especial são recebidos no efeito devolutivo. Mantida, por unanimidade, a sentença condenatória, contra a qual o réu apelara em liberdade, exauridas estão as instâncias ordinárias criminais, não sendo, assim, ilegal o mandado de prisão que órgão julgador de segundo grau determina se expeça contra o réu. Habeas corpus indeferido” (BRASIL, 1991, p. 1).

De fato, o impacto da tal decisão é inegável, pois formatou a jurisprudência do STF quase que pelas duas décadas seguintes. Ao julgar caso semelhante em 30 de junho de 1997, o HC 74.983, relatado pelo min. Carlos Velloso, o Pleno do STF reiterou seu entendimento, ao argumento de que “os recursos especial e extraordinário, que não têm efeito suspensivo, não impedem o cumprimento de mandado de prisão” (BRASIL, 1997, p. 01).

Posteriormente, em virtude do princípio da colegialidade e seguindo a jurisprudência assentada em plenário, diversas foram as vezes que ambas as turmas do STF denegaram HC cujos pacientes encontravam-se presos após o não

provimento de suas apelações, ainda que pendentes recursos nos tribunais superiores, como exemplificam os HC 79.814, Rel. Min. Nelson Jobim, Segunda Turma, DJ 13/10/2000; RHC 85.024, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, DJ 10/12/2004; e HC 91.675, Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJe de 7/12/2007.

A discussão de fundo presente em todos os remédios constitucionais supracitados era exatamente a alegação de que a prisão para a execução antecipada da pena, cujo fundamento autorizador é a culpa do condenado, seria incompatível com o direito fundamental à presunção de inocência disposto no texto constitucional, já que este último exigiria o trânsito em julgado do processo penal para que qualquer indivíduo fosse considerado culpado e, somente assim, pudesse sofrer a pena como consequência de sua culpa.

Apenas com o julgamento do HC 84.078 em 05 de fevereiro de 2009, relatado pelo Min. Eros Grau, o Pleno do STF modificou o seu posicionamento histórico quanto à interpretação do art. 5º, inciso LVII da CF, conforme acórdão abaixo ementado:

"HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA "EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA". ART. 5o, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL, DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. O art. 637 do CPP estabelece que "[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença". A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5o, inciso LVII, que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória". 2. Daí que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP. 3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. 4. A ampla defesa, não se 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. (...) 6. A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados --- não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e extraordinários e subseqüentes agravos e embargos, além do que "ninguém mais será preso". Eis o que poderia ser apontado como incitação à "jurisprudência defensiva", que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço. (...) 8. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem

essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual. Ordem concedida.” (HC 84.078/MG, rel. min. EROS GRAU, PLENO, DJ de 28/02/2010).

O HC ora analisado seria apreciado pela 2ª Turma do STF, tendo sido afetado ao Pleno a pedido do relator, min. Eros Grau, que argumentou que a nova composição da Corte permitiria um reexame da compreensão do Tribunal sobre a temática.

Desta maneira, a diametral alteração do entendimento da Suprema Corte sobre o tema, agora no sentido de obstar a execução de sentença penal condenatória não transitada em julgado, levou à consideração de que, antes de findo o processo penal, admitir-se-iam apenas as prisões em flagrante, temporária e preventiva. Com isso, a partir de 2009, o posicionamento pacífico entre as turmas do STF passou a ser de que seria ilegal a ordem de prisão contida em acórdão de tribunal local ou regional quando interposto recurso às instâncias superiores.

Após os ministros seguirem tal inteligência durante sete anos, em 2016, a pedido do Min. Rel. Teori Zavascki, foi afetado ao Pleno o HC 126.292, objeto de estudo do presente trabalho. Assim como no caso do Min. Eros Grau, o requerimento feito pelo Min. Teori de se levar o caso ao plenário encontraria guarida na novíssima composição da Corte, o que autorizaria um novo olhar sobre o direito à presunção de inocência.

Em suma, no caso dos autos do HC 126.292, o paciente havia sido apenado a 5 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial fechado, por praticar o crime de roubo majorado (art. 157, §2º, I e II do CP), assegurado seu direito de recorrer em liberdade. A defesa apelou da sentença ao Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ-SP), o qual negou provimento ao recurso e expediu mandado de prisão contra o acusado, a fim de que ele cumprisse a pena. Nesse sentido, a defesa impetrou HC no Superior Tribunal de Justiça (STJ), cuja liminar foi indeferida pelo ministro presidente daquela corte, ao argumento de que a jurisprudência do STJ era firme no sentido de denegar HC com efeito substitutivo de recurso especial. Desta maneira, contra essa decisão é que foi interposto o HC 126.292 no STF, alegando a defesa que a expedição do mandado de prisão por parte do tribunal local antes do trânsito

em julgado feriria o direito à presunção de inocência previsto na CF, bem como iria de encontro à jurisprudência da Corte, afirmada no HC 84.078.

Contudo, quando do julgamento do referido remédio constitucional, o STF reviu o seu posicionamento firmado há nove anos e denegou a ordem de soltura ao paciente, conforme acórdão assim ementado:

CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, 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. 2. Habeas corpus denegado.

A retomada do entendimento do STF acerca da restrição da presunção de inocência vigora até o presente momento. Após o julgamento do HC 126.292, o Pleno da Suprema Corte reafirmou a sua jurisprudência em três ocasiões: a primeira vez ocorreu no indeferimento das medidas cautelares nas ADCs 43, 44 e 54, que pretendiam a impossibilidade da execução antecipada da pena a partir da declaração da constitucionalidade do art. 283 do CPP; a segunda vez ocorreu na fixação da Tese 925, em sede de Repercussão Geral, tendo como processo paradigma o Recurso Extraordinário com Agravo nº 964.246 (ARE 964.246), cuja redação praticamente reproduz o primeiro ponto da emenda do HC supra; e a terceira vez, no julgamento do HC 152.752, cujo paciente era o ex-presidente Lula, que buscava impedir a execução provisória da pena imposta no âmbito da Operação Lava-Jato pelo ex-juiz federal Sérgio Moro e confirmada pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF-4) antes de serem apreciados os recursos apresentados ao STJ e ao próprio STF.

3.1 Metodologia de análise do HC 126.292

O HC 126.292 foi denegado por seis votos a cinco. Ao entendimento majoritário, filiaram-se, além do relator Teori Zavascki, os ministros Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes. À compreensão minoritária, no sentido de conservar a jurisprudência fixada na decisão exarada no HC 84.078, alinharam-se os ministros Rosa Weber, Marco Aurélio Melo, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski. Não apresentou voto o Min. Dias Toffoli.

A análise do referido HC segue a metodologia empírica, a partir da utilização das regras de inferência contidas na obra *Pesquisa Empírica em Direito: as regras de inferência* (EPSTEIN; KING, 2013), identificando-se quais foram os principais argumentos utilizados pelos ministros na construção de seus votos.

Deste modo, pelo entendimento majoritário, será estudado voto do Min. Luís Roberto Barroso e, pelo minoritário, o voto a ser pesquisado é da lavra do decano Min. Celso de Mello. Tais escolhas se justificam porque o primeiro voto indicado apresenta maior quantidade de razões passíveis de problematização e contra-argumentação, tendo em vista que Barroso se vale de elementos extrajurídicos que legitimam uma suposta competência do Poder Judiciário para o enfrentamento da criminalidade. O segundo voto, por sua vez, elabora pormenorizadamente como a presunção de inocência erigiu e se estabeleceu historicamente no Estado Democrático de Direito. Além disso, pelo voto é possível perceber a postura garantista e minimalista penal assumida por Mello, que contrasta com a visão de Barroso.

Outra justificativa para a investigação dos referidos votos é a possibilidade de se apresentar o claro desacordo para definir se o direito fundamental à presunção de inocência, revelado pelo art. 5º, LVII, CF, se trata de uma norma tipo regra ou tipo princípio.

3.2 O voto do ministro Luís Roberto Barroso

O mais extenso no acórdão do HC em análise, o voto do min. Luís Roberto Barroso é repleto de argumento jurídicos, extrajurídicos e estatísticos que, de acordo com o ministro, levaram-no a entender que a execução da pena após o segundo grau de jurisdição não viola a garantia fundamental à presunção de inocência.

Desta forma, é importante elencar os pontos que mais chamam atenção, quais sejam: a presunção de inocência é princípio e, assim sendo, pode ser aplicada em menor intensidade em caso de colisão com outro princípio; a CF não condiciona à prisão, mas sim a culpabilidade, ao trânsito em julgado; o baixo índice de provimento de recursos especiais e extraordinários em matéria penal; e uma suposta quebra do paradigma da impunidade.

Quanto ao primeiro ponto, aduz o ministro que a presunção de inocência consagrada pelo texto constitucional encerra um princípio, “tanto é assim que se admite a prisão cautelar [CPP, art. 312] e outras formas de prisão antes do trânsito

em julgado” (BRASIL, 2016, p. 39). Nesse sentido, ao se chocar com outros princípios constitucionais, como a razoável duração do processo, a segurança pública e a proteção à vida, à integridade física e à propriedade, a presunção de inocência deveria ser restringida, de modo que a execução da pena, ainda que provisória, seria imperativa a partir do acórdão confirmatório da sentença condenatória justamente para a satisfação destes outros direitos fundamentais.

Isto porque é até este momento que são analisados fatos e provas do caso concreto. Após o julgamento do recurso de apelação, com a interposição de recursos especial e extraordinário ao STJ e ao STF, respectivamente, as questões do processo penal seriam atinentes tão somente a teses jurídicas que penderiam em favor do recorrente, não se servindo para rediscutir fatos ou requerer a produção de novas provas.

Com isto, com a confirmação da sentença por parte do tribunal de segundo grau de jurisdição (principalmente TJs e TRFs), já penderia contra o apenado um forte juízo de acusação, o qual permitiria, em tese, que os outros princípios fundamentais elencados pelo ministro se sobrepussem à presunção de não culpabilidade.

Além disso, Barroso indica que o pressuposto para a prisão do condenado não seria o trânsito em julgado do processo, mas sim a ordem escrita e fundamentada de autoridade judicial, uma vez que haveria de se ter uma interpretação sistemática entre os incisos LVII (“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”) e LXI (“ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente”) do art. 5º da CF.

Assim, tendo em vista que a privação da liberdade poderia ocorrer até mesmo na fase pré-processual, contra meros investigados, por meio de decretação de prisão preventiva ou temporária, a Constituição não proibiria o recolhimento do condenado à prisão após a prolação de acórdão condenatório pelo tribunal ordinário. Vale frisar que, de acordo com o ministro, a presunção de inocência não seria esvaziada neste caso porque

“(…) há diversos outros efeitos da condenação criminal que só podem ser produzidos com o trânsito em julgado, como os efeitos extrapenais (indenização do dano causado pelo crime, perda de cargo, função pública ou mandato eletivo, etc.) e os efeitos penais secundários (reincidência, aumento do prazo da prescrição na hipótese de prática de novo crime, etc.). Assim sendo, e por decorrência lógica, do mesmo inciso LXI do artigo 5º

deve-se extrair a possibilidade de prisão resultante de acórdão condenatório prolatado pelo Tribunal competente” (BRASIL, 2016, p. 37).

Neste ponto, é de grande relevo a visão do ministro sobre a relação existente entre tal interpretação sistêmica do texto constitucional, cujo resultado seria uma norma que autoriza a execução da pena, porquanto presente o acórdão escrito e fundamentado de tribunal, com a legislação ordinária que disciplina processualmente a prisão, principalmente o art. 283 do CPP.

De acordo com o ministro, a literalidade do art. 283 do CPP não constitui óbice à execução provisória da pena em virtude de o seu fundamento autorizador encontrar guarida na própria Constituição. Nesse sentido, deveria o intérprete observar o arcabouço infraconstitucional à luz da Carta da República, e não o contrário.

Ademais, Barroso cita em seu voto uma pesquisa empírica artesanal produzida por servidores do STF que indica que o percentual de recursos extraordinários e agravos regimentais providos em favor dos réus no STF seria inferior a 1,5%, sendo a taxa de absolvição na Suprema Corte de 0,035% - nove entre 25.707 processos -, de modo que tal índice, representado a quantidade de recursos interpostos com finalidade protelatória, justificaria a retomada da antiga jurisprudência por parte da Corte.

Adiante, o ministro arrazoa que tal entendimento, alicerçado numa leitura moral e pragmática da Constituição, ajudaria a *quebrar o paradigma da impunidade* no Brasil, haja vista que o posicionamento que o STF tomara nos autos do HC 84.078 acarretou a interposição de uma série de recursos aos tribunais superiores com o fito de se retardar a justiça criminal no país. Assim, além de contribuir para uma possível diminuição de recursos endereçados ao STJ e ao STF, a execução provisória da pena seria válida à medida que efetivaria mais rapidamente a prisão dos condenados, gerando um sentimento maior de justiça, de eficácia da lei e de crédito ao Poder Judiciário por parte da sociedade, os quais até então se encontravam esgarçados em virtude da demora para o cumprimento dos julgados.

Com a adoção de tal medida, continua o ministro, também decresceria a seletividade penal no país, já que réus ricos, diferentemente de réus pobres, podiam expender muito dinheiro com defesa advocatícia para evitar suas prisões, interpondo muitos recursos para aguardar o trânsito em julgado em liberdade; agora, todos tendo que cumprir a pena já a partir do segundo grau jurisdicional, essa seletividade

da justiça criminal seria minorada, o que seria positivo para o combate à criminalidade do colarinho branco no país.

Por fim, cita o ministro que a suposta compatibilização da presunção de não culpabilidade com a execução provisória da pena seria uma maneira de prestigiar os magistrados de instâncias ordinárias do país, pois, numa análise de direito comparado, o Brasil seria o único país do globo ao se exigir pronunciamento judicial de tribunais extraordinários para se lograr a conclusão de um processo penal comum.

3.3 O voto do ministro Celso de Mello

Além de elencar importantes razões de índole histórico-ideológica para manter o precedente fixado no HC 84.078, o decano do STF, min. Celso de Mello, visualizou a garantia à presunção de inocência como um princípio do qual erige-se uma regra constitucional; ademais, também se valeu da legislação ordinária para corroborar os argumentos constitucionais presentes em seu voto.

Desta forma, Mello expõe que a presunção de inocência “constitui resultado de um longo processo de desenvolvimento político-jurídico” (BRASIL, 2016, p. 80), cujas premissas históricas aparecem ainda no medievo, com a promulgação da Magna Carta inglesa, em 1215, por parte do Rei João Sem Terra, mas que encontrou fôlego pleno com a queda das monarquias absolutistas na Europa e o advento dos ideários iluministas, que culminou na proclamação de inúmeras cartas de direitos, como a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789, que marcou o início da Idade Contemporânea.

Ademais, arrazoa o ministro, a presunção de inocência revela-se como uma conquista das liberdades individuais, próprias da democracia, contra o arbítrio dos tempos de autocracia de tiranos, que marcavam a onipotência estatal. Desse modo, o sujeito, que a partir de então seria considerado um detentor de uma esfera de direitos intransponível, não mais poderia sofrer vexação indevida por parte do Estado, e isso incluiria não ser tratado como culpado sem que de fato o fosse; não mais seria dever do indivíduo provar sua inocência, mas sim dever do Estado de provar os fatos constitutivos de sua culpa.

Com base em tais premissas, o decano analisa que a CF é exemplo da oposição ao absolutismo estatal, tendo em vista que ela visa reger uma sociedade livre, plural e democrática, e que foi promulgada em 1988 com o claro fito de

rechaçar e romper com o autoritarismo que marcara períodos anteriores, como a imediatamente finda Ditadura Militar (1964-1985); por isso mesmo, conclui o ministro, que a interpretação do art. 5º, LVII, CF, aliada a uma hermenêutica emancipatória da Constituição, é no sentido de que estabelecer ao indivíduo uma

“(...) prerrogativa de ser sempre considerada inocente, para todos e quaisquer efeitos, deve prevalecer, até o superveniente trânsito em julgado da condenação criminal, como uma cláusula de insuperável bloqueio à imposição prematura de quaisquer medidas que afetem ou restrinjam a esfera jurídica das pessoas em geral” (BRASIL, 2016, p. 84).

Nesse ponto, o ministro se perfilha ao entendimento de que o princípio da presunção de inocência agasalha uma regra constitucional de tratamento, no sentido de que nenhum cidadão poderá ser tratado como culpado por parte dos agentes públicos nem sofrer as consequências de eventual condenação enquanto for presumido inocente, sendo certo que o trânsito em julgado é o marco temporal definido pela Constituição que põe fim à prerrogativa de se receber tal trato.

Assim, Mello afasta o método de interpretação do direito comparado no caso dos autos, uma vez que, diferentemente de outros diplomas legais e constitucionais, a CF foi além e previu cristalina qual seria o momento previsto para a descaracterização da inocência e assunção definitiva da culpa, com todos os seus efeitos legais:

A nossa Constituição estabelece, de maneira muito nítida, limites que não podem ser transpostos pelo Estado (e por seus agentes) no desempenho da atividade de persecução penal. Na realidade, é a própria Lei Fundamental que impõe, para efeito de descaracterização da presunção de inocência, o trânsito em julgado da condenação criminal. Veja-se, pois, que esta Corte, no caso em exame, está a expor e a interpretar o sentido da cláusula constitucional consagradora da presunção de inocência, tal como esta se acha definida pela nossa Constituição, cujo art. 5º, inciso LVII, estabelece, de modo inequívoco, que a presunção de inocência somente perderá a sua eficácia e a sua força normativa após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. É por isso que se mostra inadequado invocar-se a prática e a experiência registradas nos Estados Unidos da América e na França, entre outros Estados democráticos, cujas Constituições, ao contrário da nossa, não impõem a necessária observância do trânsito em julgado da condenação criminal. Mais intensa, portanto, no modelo constitucional brasileiro, a proteção à presunção de inocência (BRASIL, 2016, 88).

O ministro ressalta que a impossibilidade de execução provisória da pena, esta última fundada na inequívoca culpa do condenado, não impossibilita a decretação das prisões preventiva e temporária no curso do processo, que são cautelares, quando se fizerem preenchidos os requisitos da lei processual penal. Desse modo, não se sustentaria a falácia de que a jurisprudência da Corte seria um

incentivo à impunidade, porquanto os réus ainda poderiam continuar sendo presos por decisão fundamentada da autoridade judicial. A prisão cautelar não tem como objetivo satisfazer antecipadamente a execução da pena, mas sim o de resguardar os direitos da sociedade e o interesse do próprio processo penal:

O Supremo Tribunal Federal, ao revelar fidelidade ao postulado constitucional do estado de inocência, não inviabiliza a prisão cautelar (como a prisão temporária e a prisão preventiva) de indiciados ou réus perigosos, pois expressamente reconhece, uma vez presentes razões concretas que a justifiquem, a possibilidade de utilização, por magistrados e Tribunais, das diversas modalidades de tutela cautelar penal, em ordem a preservar e proteger os interesses da coletividade em geral e os dos cidadãos em particular (BRASIL, 2016, p. 89).

Assim como o ministro Luís Roberto Barroso, Celso de Mello se vale da legislação infraconstitucional para endossar o seu posicionamento. De acordo com o decano, a Lei de Execuções Penais (LEP) seria exemplo de que o ordenamento jurídico pátrio repulsa a possibilidade de execução da pena antes do trânsito em julgado. Isso porque os arts. 105 e 145 da LEP deixariam manifestamente claro que o juízo de execução só teria contato com os autos após finalizado todo o processo de conhecimento da matéria, incluindo nesse ínterim, por derradeiro, os recursos interpostos em tribunais superiores, já que o acórdão condenatório de segundo grau de jurisdição não se apresenta como título legitimador de execução da pena.

Com tais considerações, o ministro concedeu a ordem ao paciente do HC e manteve-se fiel ao posicionamento que adotara anos antes no HC 84.078.

4 A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL: REGRA OU PRINCÍPIO

Como se sabe, a norma é o resultado da interpretação de determinado dispositivo legal ou constitucional. Além disso, a norma pode ser considerada como regra ou princípio, a depender das características apresentadas pelo texto interpretado, como analisado na subseção 2.2.

Um mesmo dispositivo pode encerrar mais de uma norma, mas isso não quer dizer que o intérprete pode escolher como classificar determinada norma, pois deve levar em consideração a redação do dispositivo analisado, conjugando-a com os fins pretendidos pelo legislador:

Quando o caráter descritivo de determinado comportamento for privilegiado pelo legislador, o intérprete está diante de uma regra que, como tal, deve ser aplicada, mediante um exame de correspondência entre a construção conceitual dos fatos e a construção conceitual da norma e da finalidade que lhe dá suporte. (ÁVILA, 2018, p. 64)

Isto posto, a garantia fundamental à presunção de inocência, prevista no inciso LVII do art. 5º da CF, de fato pode ser considerada como princípio. Tal consideração ocorrerá caso o intérprete reconstrua os aspectos valorativos do texto a fim de expandir a área de abrangência da norma e, com isso, estabelecer que a presunção de inocência é um direito a ser observado nas mais inúmeras situações em que se impute a alguém a prática de um fato antijurídico, ainda que fora da seara penal ou da tutela jurisdicional do Estado.

Desta maneira, por exemplo, caso um inspetor escolar suspeite que certo aluno incorreu numa infração disciplinar, o diretor da instituição não pode considerá-lo presumidamente culpado até que se prove o contrário. Isso se dá em virtude do *princípio* constitucional da presunção de inocência, correlato à produção de provas, e que deve ser garantido nas relações privadas em virtude da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. A supremacia normativa da CF existe, dentre outros motivos, para a promoção dos valores axiológicos a ela inerentes.

Entretanto, ainda que se possa extrair uma norma de índole principiológica do dispositivo em estudo, este deve ser primeiramente aplicado como *regra* de presunção de inocência (DAVID; BONATO, 2018, p. 1150), tendo em vista a clareza semântica constitucional ao estabelecer a impossibilidade de considerar alguém como culpado antes do trânsito em julgado do seu processo.

Nesse ponto, retomam-se os parâmetros diferenciadores entre regras e princípios pois, pela análise do dispositivo, observa-se que a Constituição privilegiou características basilares das regras.

Em primeiro lugar, descreveu-se um objeto determinável, que justamente é o efeito jurídico conferido ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória: a permissão conferida ao poder público para considerar o acusado como culpado.

Além disso, o dispositivo exige um exame de correspondência entre a descrição normativa e os atos praticados ou fatos ocorridos, de modo que compete ao intérprete verificar se os fatos do mundo real comportam a aplicação do que foi disposto pela norma. Logo, se houver uma condenação penal, mas não ainda ocorrer o trânsito em julgado, o magistrado não pode aplicar a regra que prevê a assunção da culpa do condenado. Até que sobrevenha o trânsito, o réu deve receber o tratamento compatível ao de um inocente porque, em virtude de regra constitucional, ele ainda o é. Não sendo princípio, portanto,

A norma não determina ao legislador e ao juiz que, até o trânsito em julgado da sentença condenatória, tratem o cidadão, *na maior medida possível*, como “não-culpado”; ela veicula o dever definitivo de não tratamento como culpado de quem não foi condenado “com trânsito em julgado”, exige, pois, um juízo de *subsunção*, e não de sopesamento entre princípios colidentes (ESTELLITA, 2018. p. 718).

Por fim, o dispositivo tem inegável pretensão de decidibilidade para a solução de um problema conhecido ou antecipável que, no caso, é relativo ao momento do fim da presunção de inocência. A Constituição estabeleceu um marco temporal que distingue o sujeito inocente do culpado: o já famigerado trânsito em julgado. Desta maneira, a Carta desincumbiu o magistrado, ou até mesmo o legislador ordinário, de definir a partir de qual momento cada réu perderia a condição de inocência, pois ela própria o fez, a *status* de garantia fundamental.

Ao comentar o caráter descritivo das regras, Ávila (2018, p. 160) aduz que estas não podem ser simplesmente ignoradas em favor dos princípios, de modo que

(...) se a Constituição estabelece regras que proíbem a utilização de provas ilícitas ou garantem a presunção de inocência, não cabe ao intérprete desconsiderar essa rigidez e flexibilizar o comando normativo como se ele fora um conselho descartável ou afastável diante de outros elementos.

Portanto, tratando-se de processo penal, e mais especificamente do momento para o início da execução da pena imposta ao réu pelo Poder Judiciário, não há como ignorar a existência de uma regra absolutamente rígida imposta pela

Constituição da República. Diferentemente do que afirmou o Min. Barroso (BRASIL, 2016, p. 41) em seu voto, a confirmação da sentença condenatória por tribunal de apelação não reduz o âmbito da presunção de inocência do acusado. Tal entendimento contraria a teleologia da CF, porque suprime a inabalável preservação do direito fundamental à liberdade antes da imutabilidade do título de culpa individual.

Não é apenas por meio das interpretações literal e teleológica que se conclui que o dispositivo analisado encerra uma norma-regra. A hermenêutica constitucional sobre a presunção de inocência também abarca uma interpretação lógico-histórica dessa garantia. Não se pode olvidar que o estabelecimento de direitos fundamentais, sob a égide da atual Constituição, é uma forma de asseverar a contraposição política do regime democrático ao contínuo Estado de Exceção perpetrado pela Ditadura Militar.

A nova ordem republicana estruturou balizas intransponíveis em matéria processual penal com o objetivo de tutelar a liberdade individual frente a qualquer outro experimento de arbítrio por parte do Estado. A proibição da tortura, a inviolabilidade do domicílio, a constitucionalização de princípios caros ao Garantismo Penal (como irretroatividade da lei penal e individualização da pena), a vedação a provas ilícitas, a retomada do direito ao *habeas corpus* e a regulação da prisão em flagrante são exemplos de garantias fundamentais previstas no art. 5º da CF.

Este o contexto, a inflexibilidade da regra de presunção de inocência funciona como verdadeira cláusula de impedimento à atuação do Estado. Nenhum dos poderes da República pode antecipar os efeitos penais que a Constituição expressamente interditou até a ocorrência do trânsito em julgado, o qual se constitui como inequívoca condição de eficácia para a execução do *decisum* condenatório.

Nesse sentido, o limite hermenêutico delineado pela Lei Maior serve de escudo integral do indivíduo, cuja prisão para fins de execução penal apenas pode se concretizar ante a irrecorribilidade do juízo de sua culpa. Ainda que por acórdão de tribunal de segundo grau de jurisdição o réu seja condenado, é possível que a decisão seja modificada por provimento de recurso especial ou extraordinário. Assim, ao ficar preso neste ínterim, a liberdade do réu seria injustamente cerceada pelo Estado. É justamente para evitar essa hipótese que a eficácia da presunção de inocência perdura até o trânsito em julgado. Não é possível voltar no tempo para restabelecer o *status quo ante* e devolver a liberdade tolhida do sujeito.

4.1 Interpretação sistemática dos incisos LVII e LXI do art. 5º da Constituição Federal

Não prospera o argumento do Min. Barroso (BRASIL, 2016, p. 36) de que não seria o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, e sim a ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária o elemento autorizativo para a execução da pena. É necessária uma leitura conjunta e panorâmica dos incisos LVII e LXI do art. 5º da CF para não se incorrer em eventual quebra da lógica constitucional.

O art. 5º, inciso LVII, da CF prevê o trânsito em julgado como exigência para considerar alguém culpado pela prática de um injusto penal. A privação da liberdade para a execução da pena, por sua vez, tem como pressuposto a existência de culpa por parte do indivíduo. Por conseguinte, já que todos são considerados inocentes até o trânsito em julgado, é inexecuível o cumprimento da pena antes de tal momento.

Não há incompatibilidade entre o dispositivo analisado e a redação do inciso LXI do mesmo artigo. Ao regular que a prisão somente pode ocorrer em casos de flagrante delito ou em decorrência de ordem escrita e fundamentada de autoridade judicial, a Constituição pretendeu disciplinar a privação de liberdade nos casos de prisões cautelares, pois a formatação da prisão para execução penal já havia sido feita no inciso LVII.

Há três tipos de prisões cautelares previstas no CPP: em flagrante, temporária e preventiva. Todas elas se destinam a garantir o bom andamento da investigação policial e da instrução processual, evitando, por exemplo, que o réu ou destrua provas ou se evada e frustre uma eventual execução penal posterior.

Nesse sentido, o preceito de “ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária” é de grande relevo para o processo penal democrático, pois prevê que as prisões preventivas e temporárias apenas se concretizem mediante determinação do Poder Judiciário, a quem compete decidir se o investigado deve ser preso ou se deve receber liberdade provisória. Afasta-se, portanto, a hipótese de decretação arbitrária de prisão por parte de autoridade policial, como era praxe na ditadura militar. Até mesmo a prisão em flagrante, que é declarada pela polícia, deve ser imediatamente comunicada ao magistrado competente, que, após a realização de

audiência de custódia, decide em ordem escrita e fundamentada se o preso deve ser solto ou não.

Os incisos LXIII e LXIV do art. 5º da CF também comprovam que o constituinte, ao disciplinar o instituto da prisão, referia-se especificamente às prisões cautelares, e não à prisão para execução da pena. Não faria sentido estabelecer que, depois de transitada em julgado a sua ação penal, o preso tem direito ao silêncio e a saber a identificação dos responsáveis por seu interrogatório policial. Essas previsões acertadamente existem para assegurar direitos do *investigado* nas fases de inquérito e denúncia.

A CF não proíbe toda prisão antes do trânsito em julgado. Pelo contrário, reconhecendo que a prisão cautelar é necessária em casos excepcionais para a satisfação da lei penal, a CF expressamente estipula os seus requisitos. Desde que observadas as regras constitucionais e as hipóteses previstas na legislação ordinária, a decretação da prisão cautelar é medida judicial legítima.

A prisão vedada pela CF antes do trânsito em julgado é aquela ordenada para fins de execução penal. Tal impedimento não retira do juiz o poder de privar a liberdade do acusado no curso do processo, via prisão cautelar, caso essa medida se revele idônea e necessária para o processo penal. Contudo, se não há causa que franqueie a prisão cautelar durante a fase de conhecimento da ação penal, o réu deve esperar o trânsito em julgado em liberdade. Nos termos do art. 5º, inciso LXVI, da CF, a liberdade é a regra no processo penal, e a prisão é a exceção. Não se pode pretender o inverso como verdadeiro, sob pena de descumprimento do texto constitucional.

Este é o entendimento da Lei Maior sobre o conjunto das prisões: antes do trânsito em julgado, autorizam-se apenas as prisões cautelares; após o trânsito em julgado, anui-se apenas a prisão para cumprimento do julgado penal – até porque, logicamente, não haveria mais o que ser acautelado com o advento da execução. Constata-se, assim, a manifesta inconstitucionalidade da execução *antecipada* da pena.

A partir da Constituição Cidadã, o STF passou a ser o órgão jurisdicional responsável pela manutenção da higidez dos ditames constitucionais. Incumbe à Corte a atribuição de repelir a prática de medidas judiciais que abalam garantias fundamentais sob o pretexto de dinamização do processo penal. Inversamente da decisão proferida no HC 126.292, ao se defrontar com acórdão de tribunal de

segundo grau de jurisdição que ordena o recolhimento do réu para iniciar o cumprimento da pena, quando possível a mutabilidade do julgado por meio de recursos especial ou extraordinário, o STF deveria promover o relaxamento desta prisão. Este é o comando da CF, cujo art. 5º, inciso LXV, prescreve que toda prisão ilegal será relaxada pela autoridade judiciária.

Desta maneira, não se podem confundir os diferentes tipos de privação da liberdade, cujos pressupostos fático-jurídicos são absolutamente distintos. Na prática, a execução provisória da pena importa na adoção de uma deletéria espécie de *prisão cautelar obrigatória* (PORTAL; GLOECKNER, 2017, p. 404), duplamente gravosa: ao transformar liberdade em exceção, invertendo os valores previstos no processo penal constitucional, essa nova modalidade de prisão também escusa, na prática, o magistrado de promover a fundamentação da ordem de prisão concretizada no curso da ação penal.

4.2 Razões infraconstitucionais impeditivas da execução antecipada da pena

A regra constitucional de presunção de inocência é razão mais do que bastante para obstar qualquer tentativa de prisão para execução de pena antes do trânsito em julgado. Ainda assim, a legislação ordinária também prevê que apenas a imutabilidade da condenação autoriza a passagem da fase de conhecimento para a fase de execução penal.

Em virtude da higidez da Constituição, se sabe que a presunção de inocência é absolutamente incompatível com a execução antecipada da pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos. Ao afirmar que o indivíduo deve ser considerado inocente até a sua condenação definitiva, não podendo receber, no curso do processo, tratamento conflitante com essa condição, a CF afasta a incidência de qualquer norma legal que tolha tal direito.

Desta maneira, a previsão legal que confere apenas o efeito devolutivo aos recursos especial e extraordinário é completamente ineficaz no âmbito do processo penal (AMARAL; CALEFFI, 2017, p. 1075), por contrariar expressamente regra constitucional que implicitamente confere efeito suspensivo não só à apelação, mas também aos recursos endereçados aos tribunais superiores. Há que se observar, em razão disso, que o art. 637 do CPP não foi materialmente recepcionado pela CF, e que é completamente inadequada a aplicação subsidiária do Código de Processo

Civil (CPC) no que se refere à ausência de suspensividade recursal, como defendeu o Min. Barroso (BRASIL, 2016, p. 41).

Todos os ministros do STF que denegaram o HC 126.292 reconheceram a suposta ausência do efeito suspensivo nos recursos especial e extraordinário, o que ensejaria o cumprimento dos processos desde o julgamento da apelação. É grave a utilização de um dispositivo inconstitucional para fundamentar uma decisão que por si só causa um significativo impacto na ordem constitucional brasileira.

Sobre a inaplicabilidade subsidiária do CPC quanto aos efeitos recursais em matéria penal, paralelismos entre os processos penal e civil devem ser observados com extrema prudência, tendo em vista que eles tutelam bens jurídicos absolutamente distintos. O tratamento conferido ao direito de propriedade não pode ser exatamente o mesmo que se dá ao direito de liberdade.

. Por exemplo, à luz do art. 520 do CPC, há previsão expressa de que o manejo de recurso desprovido de efeito suspensivo não obsta a execução provisória do julgado por parte do exequente. Com efeito, em capítulo específico, a legislação processualista civil disciplina completamente o cumprimento provisório da sentença, sendo esta de aderência facultativa do credor.

Desta maneira, se execução antecipada da sentença penal de fato fosse a vontade da Constituição, seria de se estranhar a falta de devida regulamentação própria desse tema no CPP ou na LEP, assim como há no CPC, tendo em vista as inúmeras peculiaridades que envolvem o processo penal.

Pelo contrário, a LEP assevera em seus arts. 105 e 147 a necessidade do trânsito em julgado da sentença penal condenatória para que se dê início à execução das penas privativas de liberdade e restritiva de direitos. De acordo com o Min. Eros Grau (BRASIL, 2009, p. 1080), os preceitos veiculados pela LEP, “além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no artigo 637 do CPP”.

Além do mais, o art. 283 do CPP, com redação dada pela Lei nº 12.403/2011 – isto é, lei com data posterior ao julgamento do HC 84.078 –, a fim de reforçar a regra constitucional de presunção de inocência, foi ainda mais inequívoco, prevendo expressamente que “ninguém será *preso* senão (...) em decorrência de sentença penal condenatória transitada em julgado”.

Nesse sentido, a legislação ordinária harmoniza-se à hermenêutica constitucional e também se mostra como um obstáculo ao cumprimento antecipado

da pena. Isto é, em respeito ao ditame da Constituição, o conjunto das regras infraconstitucionais não só não estipulam a execução provisória da sentença penal após o acórdão confirmatório prolatado em sede de apelação, como também indubitavelmente proíbe decisões judiciais dessa natureza, devendo a autoridade judiciária aguardar o fim do processo de cognição para se transpor ao processo de execução.

A decisão exarada nos autos do HC 126.292 instaurou uma inigualável teratologia no ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista que, na ocasião, os ministros do STF avalizaram tão somente a possibilidade da execução provisória de pena privativa de liberdade. Sob esse argumento, o Min. Gilmar Mendes, na mais recente decisão do STF sobre o tema, proferida em 05/06/2019, no HC 161.140/PR, concedeu a ordem de *habeas corpus* para suspender a execução provisória da pena restritiva de direitos até o trânsito em julgado da condenação.

Desse modo, vê-se a incongruência da Suprema Corte quanto à eficácia normativa da presunção de inocência. Em se tratando de cumprimento de pena restritivas de direitos, deve-se esperar o trânsito em julgado. Contudo, quanto às penas privativas de liberdade, modalidade indubitavelmente mais gravosa do que a anterior, em que se atinge diretamente a liberdade do indivíduo, a ação penal não carece de transitar em julgado para se concretizar a prisão do réu.

4.3 O resultado do *Habeas Corpus* 126.292 como expressão do ativismo judicial

O entendimento firmado pela Suprema Corte nos autos do HC 126.292 criou uma enorme teratologia jurídica, que não só afetou a cientificidade lógica da hermenêutica constitucional, como também desatendeu o arcabouço legal que regulamenta a garantia fundamental à presunção de inocência. Desta maneira, a decisão tomada pelo STF evidencia-se como um claro exemplo de ativismo judicial, em que, extrapolando-se os limites interpretativos do texto constitucional, se cria uma verdadeira norma-regra não prevista pelo legislador.

Diversamente do que Ávila dispõe em sua *Teoria dos Princípios* (2018, p. 160), o STF não qualificou como regra a garantia fundamental prevista no art. 5º, inciso LVII, da CF. A concepção de que o dispositivo encerra uma norma-princípio é proposital, pois dessa maneira pode-se realizar um juízo de ponderação a fim de pacificar uma eventual – e, no caso, inexistente – colisão entre princípios. Este foi o

subterfúgio técnico utilizado pela Corte para cancelar a execução provisória da pena: falsear um suposto conflito entre os princípios da segurança e da presunção de inocência, no qual o primeiro sairia vencedor, tendo em vista três motivos principais: 1) a confirmação da sentença condenatória por tribunal de segundo grau de jurisdição apequenaria a presunção de não culpabilidade do acusado; 2) o suposto baixo índice de provimento de recursos penais nos tribunais superiores indicaria a desnecessidade de se aguardar o trânsito em julgado para a execução da pena; e 3) o início do cumprimento da pena antes do trânsito em julgado satisfaria o sentimento social de *combate à impunidade*.

Os argumentos dispendidos pelo STF não se sustentam. Ao ignorarem o comando da regra constitucional, tratando-a como princípio, os ministros do STF deixaram de ser guardiões da Constituição e passaram a atuar como representantes de uma moralidade social punitivista, valendo-se dos seus cargos para criar e impor normas contrárias à vontade da Lei Maior.

Não é verdade que a presunção de inocência se esvazia ao longo do devido processo legal, à medida que são coligidas provas que indicam a culpabilidade do réu. Diferentemente de diplomas de outras nações sobre o tema, como do Canadá¹ e da Colômbia², a Lei Fundamental brasileira não admite que tal presunção se exaure quando provada a culpa do acusado. Isso porque o ditame constitucional em análise não revela apenas um princípio referente à produção de provas no processo penal; ele vai além e prevê uma inflexível regra de tratamento que o Estado deve ao réu até que consideração da sua culpa se revista de definitividade, o que ocorre apenas com o trânsito em julgado. Esse é o entendimento de Aury Lopes Júnior e Gustavo Henrique Badaró (2016, p. 12):

A “presunção” de inocência, sob o aspecto de regra de tratamento do acusado, significa que uma pessoa que seja presumido inocente e, portanto, goze do *status* de inocente, não pode receber um tratamento, equivalente ao de quem já foi condenado. Nessa acepção, o princípio da presunção de inocência, nas palavras de Vélez Mariconde, “não consagra uma *presunção*, mas um *estado jurídico* do imputado, o qual é *inocente* até que seja declarado culpado por uma sentença firme”. Vários conteúdos podem ser extraídos da “presunção de inocência” ou “estado de inocente”, enquanto regra de tratamento do acusado. As duas mais importantes, diretamente ligadas à questão da liberdade, são: (i) a impossibilidade de

¹ A Seção 11(d) da Carta Canadense de Direitos e Liberdades de 1982 estabelece que “qualquer pessoa acusada de uma ofensa tem o direito de ser presumido inocente até seja provada culpada de acordo com a lei, numa audiência justa e pública, por um tribunal independente e imparcial”.

² O art. 29 do Capítulo I do Título II da Constituição Colombiana de 1991 prevê que “toda pessoa é presumida inocente até que seja provada a sua culpa, nos termos da lei”.

prisões automáticas no curso do processo, somente se admitindo medidas assecuratórias, de natureza cautelar, ante uma concreta demonstração de *periculum libertatis*; (ii) a vedação de qualquer forma de prisão enquanto espécie de cumprimento da pena, sendo vedada uma execução provisória contra aquele que ainda é inocente.

A consequência lógica de tal entendimento é a inadequação da utilização de dispositivos de direito interno de outros países, ou até mesmo de estatutos internacionais sobre Direitos Humanos, como método interpretativo a fim de restringir o alcance estabelecido pela garantia constitucional pátria. Até porque, assim como o Brasil, outros países, a exemplo de Portugal³ e Itália⁴, também dispõem em suas Constituições que a perda da qualidade de inocente ocorre apenas quando imutável a sentença condenatória.

Se a Constituição Federal soberanamente prevê que a presunção de inocência vigora ao longo de toda a persecução penal, tendo o trânsito em julgado como marco temporal final para a sua aplicação, o direito comparado não é instrumento legítimo e profícuo para reduzir ou alterar o conteúdo semântico de tal norma.

Além disso, é inidôneo o argumento de que o baixo percentual de provimento de recursos apreciados pelos tribunais superiores quebrantaria a presunção de inocência. Direitos fundamentais, como a liberdade individual, racionalmente se sobrepõem a qualquer probabilidade matemática que indique o insucesso dos recursos instrumentalizados pela defesa do réu. É exatamente para assegurar tal direito que há a garantia fundamental à presunção de inocência, a qual permanece inabalável ante a mínima possibilidade de alteração da condenação, como prevê a Lei Maior. A ampla defesa é um princípio constitucional norteador não só da atividade legislativa, mas também da prática judiciária, e isso significa que magistrados não podem se valer de argumentos utilitaristas como parâmetro de restrição de normas constitucionais:

Direitos fundamentais, como a presunção de inocência penal, opõem-se justamente a juízos dessa natureza. Postulações de eficiência social não prevalecem sobre um direito fundamental quando se verifica ser o caso de sua incidência. Não se trata aqui de afirmar um caráter absoluto à presunção de inocência penal, e sim de reconhecer que ele foi corporificado na Constituição com estrutura de regra. (QUEIROZ, 2018, p. 1)

³ O art. 32.2 da Constituição Portuguesa de 1974 assegura que “todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa”.

⁴ O art. 27, *comma* 2º, da Constituição Italiana de 1948 prevê que “o imputado não é considerado culpado até a condenação definitiva”.

De acordo com a Teoria do Garantismo Penal, elaborado pelo jurista italiano Luigi Ferrajoli (1989, p. 85), “a certeza de um direito penal mínimo está [...] em que nenhum inocente seja punido à custa da incerteza de que também algum culpado possa ficar impune”. Por sua vez, o utilitarismo judicial entende o contrário: a fim de certamente punir os culpados, seria preferível prender todos os acusados após o acórdão proferido em apelação, ainda que alguns deles posteriormente venham a ser declarados inocentes por advento de julgamento de tribunal superior.

A argumentação sobre o baixo índice de provimento de recursos especiais e extraordinários – bem como os seus agravos – conduz, em última análise, à completa desconsideração da presunção de inocência. Isso porque se poderia cogitar aplicar tal entendimento em momentos anteriores, como o julgamento da apelação ou até mesmo a prolação da sentença (BADARÓ; LOPES JÚNIOR, 2016, p. 33). Ainda que, hipoteticamente, o percentual de provimento de apelações seja menor do que o de não provimento, este fato não permitiria que todos os réus já cumprissem a pena desde a sentença condenatória. Ou, ainda mais extremadamente, ainda que o percentual de absolvições seja menor do que o de condenações, este fato com certeza não autorizaria que todos os denunciados respondessem a instrução processual no cárcere.

Do mesmo modo, não se sustenta a tese firmada pelo STF de que a execução antecipada da pena seria uma demonstração de combate à criminalidade e à impunidade por parte do Poder Judiciário. A Suprema Corte não deve avocar a si mesma a representação de uma imaginada moralidade social ou a responsabilidade pela radical transformação do arcabouço jurídico do país. Mais grave do que isso, os integrantes do STF não podem instrumentalizar a Constituição, manobrando sua exegese e sua hermenêutica, visando a consecução de objetivos contrários à ordem constitucional. Entre a vontade social e a vontade da Constituição, a desta deve prevalecer. E justamente por essa fundamental razão que o Poder Judiciário é um poder *contramajoritário*.

Nesse sentido, é oportuna a lição do Min. do STJ Nefi Cordeiro sobre as atribuições do magistrado na condução de um processo penal, o qual deve atuar como garantidor dos direitos do acusado, livrando-o de quaisquer importunações indevidas ou precipitadas em sua esfera de liberdade. Ao votar pela concessão da ordem no HC 509.030/RJ, com a finalidade de relaxar a prisão preventiva decretada contra o ex-presidente Michel Temer, Cordeiro argumenta da seguinte maneira:

A prisão definitiva se dá pela admissão da culpa penal. Antes, a prisão é excepcional no sistema acusatório buscado pela Constituição Brasileira e marcado em estados democráticos. Não se prende durante o processo porque aparente a culpa, prende-se provisoriamente por riscos ao processo ou à sociedade, taxativamente elencados em lei. [...] Não se pode durante o processo prender como resposta a desejos sociais de justiça instantânea. [...] Deve o acusado em regra responder ao processo solto, com presunção de inocência, com plenitude das constitucionais garantias processuais e com a definição no trânsito em julgado da resposta estatal de absolvição ou condenação, para somente então vir a cumprir a pena correspondente ao crime, mesmo eventualmente grave. Manter solto durante o processo não é impunidade, como socialmente pode parecer, é sim garantia, somente afastada por comprovados riscos legais. Aliás, é bom que se esclareça ante eventuais desejos sociais de um juiz herói contra o crime, que essa não é, não pode ser, função do juiz. Juiz não enfrenta crimes, juiz não é agente de segurança pública, não é controlador da moralidade social ou dos destinos políticos da nação... O juiz criminal deve conduzir o processo pela lei e Constituição, com imparcialidade e, somente ao final do processo, sopesando adequadamente as provas, reconhecer a culpa ou declarar a absolvição. Juiz não é símbolo de combate à criminalidade, é definidor da culpa provada, sem receios de criminosos, sem admitir pressões por punições imediatas (BRASIL, 2019, p. 108-110).

O STF é o intérprete máximo do texto constitucional, mas isso não significa que ele é o seu proprietário. É inconcebível, num Estado Democrático de Direito, que qualquer dos agentes públicos, oriundo de qualquer dos poderes da República, esguese-se das atribuições que lhe foram conferidas pela Constituição e sobreponha a sua convicção pessoal à supremacia da Lei Maior.

Com efeito, não se ignora a ocorrência do manejo de recursos protelatórios por parte da defesa criminal, cujo sabido objetivo é a extinção da punibilidade do réu com base na prescrição da pretensão executória do Estado. Contudo, não se avança nessa seara a partir de atropelos à CF nem com o açodamento da pena imposta. Tal imbróglio deve ser resolvido no âmbito do Poder Legislativo, por meio de uma perspicaz reforma processual penal, capaz de eliminar vícios no sistema recursal brasileiro sem ferir as salvaguardas previstas na Lei Fundamental.

Como aludiu o Min. Marco Aurélio durante o julgamento do HC 126.292, ao autorizar a execução antecipada da pena, o STF operou, na prática, uma Emenda Constitucional (BRASIL, 2016, p. 76), a qual sequer poderia ser intentada pelo Parlamento, ante a vedação constitucional à proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias fundamentais, disposta no art. 60, §4º, inciso IV, da CF.

Além disso, na ocasião, a Suprema Corte não declarou a inconstitucionalidade do art. 283 do CPP. Em caráter geral, a regra foi inaplicada pelo Poder Judiciário, sem que ele tenha declarado a sua invalidade. Desta maneira, ao invés de servir como barreira à execução penal antes do trânsito em julgado, o

STF alterou diametralmente o sentido da norma em questão, transformando-a em elemento endossador de uma nova e confusa espécie de prisão provisória não cautelar (MORON; SANTIAGO, 2017, p. 131).

Esse o panorama, vê-se o ativismo judicial praticado pela Suprema Corte, alicerçado na visão neoconstitucionalista que pretende sobrepor os princípios às regras e o Poder Judiciário ao Poder Legislativo. Fomentado por uma sanha coletiva antigarantista (LIMA; PEDROSA, 2018, p. 26), o afã de punir é capaz de transformar em algozes aqueles que deveriam ser os primeiros protetores do texto constitucional.

5 CONCLUSÃO

Tendo em vista a análise do acórdão do HC 126.292, elaborada à luz da *Teoria dos Princípios* de Humberto Ávila, é possível estabelecer as seguintes conclusões.

1. O movimento jusfilosófico neoconstitucionalista buscou superar a escola positivista por meio da inserção de valores morais sociais nas Constituições dos países democráticos. Tais valores, agora possuindo caráter normativo, passaram a ser denominados *princípios*. O objetivo-mor dos princípios é atuar como balizas interpretativas, integrativas e bloqueadoras das *regras* jurídicas. Duas são as consequências desse entendimento: 1) o juízo de subsunção, típico das regras, daria lugar ao juízo de ponderação, típico dos princípios; e 2) a supremacia do Poder Legislativo na edição e na validade das normas daria lugar à supremacia do Poder Judiciário na interpretação e aplicação final de tais normas.

2. Humberto Ávila destaca três importantes pontos de distinção entre regras e princípios: 1) enquanto as regras descrevem objetos determináveis, os princípios indicam um estado ideal de coisas a ser promovido; 2) para a sua aplicação, as regras exigem um exame de correspondência entre a norma e o fato, enquanto os princípios necessitam de uma correlação positiva entre a conduta adotada e a promoção do estado de coisas almejado; e 3) quanto à contribuição para a resolução do problema, as regras têm pretensão de decidibilidade, e os princípios têm pretensão de complementariedade.

3. Em caso de desentendimento entre o princípio e a regra, esta deve prevalecer, pois ela permite que o cidadão anteveja a solução para o seu problema, evita arbitrariedades e decisionismos judiciais e conduz à sociedade à promoção da justiça geral.

4. O neoconstitucionalismo propiciou uma prática conhecida como *ativismo judicial*, o qual se manifesta em decisões judiciais que extrapolam a competência interpretativa conferida ao Poder Judiciário e usurpam a atividade típica de outros poderes, como a edição de normas pelo Poder Legislativo.

5. A presunção de inocência até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória é garantia fundamental ao direito individual e constitucional de liberdade.

6. Até o ano de 2009, o STF entendia que a prisão do réu antes de transitada em julgado a ação penal, para fins de execução da sentença, não ofenderia a

garantia constitucional de presunção de inocência. Isso porque, após a apreciação da apelação por tribunal de segunda instância, os recursos em matéria processual penal não seriam revestidos de efeito suspensivo. O entendimento mudou a partir do julgamento do HC 84.078. Nele, se firmou que apenas as prisões cautelares são admitidas no curso do processo, tendo em vista que a CF e a LEP autorizariam a execução da pena somente com o advento da imutabilidade da sentença condenatória. Essa concepção que foi mantida até 2016. Naquele ano, com o julgamento do HC 126.292, o STF retomou o posicionamento anterior, restringindo o alcance da presunção de inocência, o que vigora até o presente momento.

7. A pesquisa realizada sobre o inciso LVII do art. 5º da CF indica que a norma extraída de tal dispositivo é da espécie regra. A regra de presunção de inocência possui duas vertentes: a de tratamento e a de bloqueio. Como regra de tratamento, estabelece-se que ao acusado de cometer um injusto penal é devido, por parte do Estado, o trato compatível com a condição de inocente, tendo em vista que o indivíduo ostenta essa qualidade de inocência até o trânsito em julgado, por expressa previsão constitucional. Como regra de bloqueio, consequência lógica da primeira vertente, a Constituição obsta toda atuação estatal que confira ao inocente o *status* de culpado, asseverando que os efeitos da condenação se manifestam apenas quando irrecorrível a decisão condenatória. A inteligência do dispositivo constitucional em questão é, de fato, servir como *garantia* fundamental e inexorável do indivíduo frente ao poderio do Estado.

8. No ordenamento jurídico pátrio há duas modalidades de prisão: a prisão cautelar, de natureza eminentemente processual e assecuratória, e a prisão para execução penal, de natureza satisfativa. A interpretação sistemática entre os incisos LVII e LXI do art. 5º da CF assinala que o trânsito em julgado se constitui como marco temporal que distingue o momento de aplicação de cada modalidade. Antes da sua ocorrência, a Lei Maior autoriza apenas a prisão cautelar; após, apenas a prisão executória. Desse modo, mostra-se como inconstitucional a autorização para o cumprimento da pena a partir do acórdão condenatório de tribunal de segundo grau de jurisdição.

9. A regra constitucional de presunção de inocência indubitavelmente garante, em matéria processual penal, o efeito suspensivo nos recursos endereçados aos tribunais superiores, o que invalida qualquer norma ordinária em contrário. Por esse motivo, o art. 673 do CPP não fora recepcionado pela CF/88. De igual modo, não há

que se falar em aplicação subsidiária do CPC/15, posterior à CF/88, ante a peculiaridade do processo penal no ponto em questão.

10. Assim como a CF, a legislação infraconstitucional também estabelece regras que vedam a execução penal antes do trânsito em julgado. Os arts. 105 e 147 da LEP, bem como o art. 283 do CPP, com redação dada pela Lei nº 12.403/2011, são exemplos de tal impedimento.

11. Ao compreender a presunção de inocência como princípio e, por consequência, permitir o cumprimento da pena após acórdão de tribunal de segunda instância, a maioria do STF encampa a prática do ativismo judicial. A Suprema Corte sobrepôs-se à clareza da Lei Maior e operou alteração no ordenamento jurídico que não poderia ser praticada nem mesmo pelo Poder Legislativo. A fim de resgatar algum crédito com parte da população brasileira, o STF legitimou a noção de que o combate à impunidade perpassa o atropelo a direitos e garantias fundamentais; com isso, titubeou no seu papel de guardião da CF para atender aspirações punitivistas, colocando-se, assim, como representante de uma moralidade social obscurantista e antiemancipatória.

12. Dessa maneira, confirma-se a hipótese da pesquisa. O STF não adotou os critérios estabelecidos por Ávila para diferenciar regras de princípios. Se assim tivesse procedido, não se cogitaria que a precoce prisão para cumprimento da pena, sem a ocorrência do trânsito em julgado, é instituto compatível com a ordem constitucional brasileira.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Augusto Jobim do; CALEFFI, Paulo S. Pastous. Préocupação de inocência e execução provisória da pena: uma análise crítica da modificação jurisprudencial do STF. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**. Porto Alegre, v. 3, n. 3, p. 1073-1114, set/dez. 2017. Disponível em: <http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/article/view/102>. Acesso em: 24 jun. 2019.

ANDRADE, Mariana Dionísio de; BRASIL, Clarissa. Delimitando o ativismo judicial: acepções, críticas e conceitos. **Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 4, p. 3279-3297, 2018. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/index>. Acesso em: 23/06/2019.

ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n. 17, jan./mar. 2009. Disponível em: www.direitodoestado.com.br/rede.asp. Acesso em: 25 jun. 2019.

BADARÓ, Gustavo Henrique; LOPES JÚNIOR, Aury. Parecer. **Presunção de inocência: Do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória**. São Paulo, 20 set. 2016. Disponível em: https://emporiododireito.com.br/wp-content/uploads/2016/06/Parecer_Presuncao_de_Inocencia_Do_concei.pdf. Acesso em: 20 jun. 2019.

BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. **Revista Direito & Práxis**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 4, p. 2171-2228, 2018. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/index>. Acesso em: 23/06/2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. **Habeas Corpus 509.030/RJ**. Habeas Corpus. Pedido liminar. Operação “Descontaminação”. Investigação sobre supostos crimes de Corrupção Ativa e Passiva, Peculato, Lavagem de Dinheiro e Organização Criminosa. Investigações atinentes às obras da Usina Nuclear Angra 3. Desdobramentos das Operações Radioatividade, Pripyat e Irmandade. Prisão preventiva. Gravidade da conduta e reiteração delitiva. Necessidade de garantia da ordem pública. Decreto motivado. Ausência de contemporaneidade. Medidas cautelares alternativas à prisão. Suficiência e adequação. Fixação que se impõe. Liminar deferida, em menor extensão. Relator: Min. Antônio Saldanha Palheiro. 14 mai. 2019. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1823971&num_registro=201901287822&data=20190530&formato=PDF. Acesso em: 03 out. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 126.292/SP**. Constitucional. **Habeas Corpus**. Princípio Constitucional da Presunção de Inocência (CF, art. 5º, LVII). Sentença penal condenatória confirmada por segundo grau de jurisdição. Execução provisória. Possibilidade. Relator: Min. Teori Zavascki. 17 fev. 2016. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=309493860&ext=.pdf>. Acesso em: 14 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 68.726/RJ**. Habeas corpus. Sentença condenatória mantida em segundo grau. Mandado de prisão do paciente. Invocação do art. 5º, inciso LVII, da Constituição. Código de Processo Penal, art. 669. A ordem de prisão, em decorrência de decreto de custódia preventiva, de sentença de pronúncia ou de decisão e órgão julgador de segundo grau, é de natureza processual e concernente aos interesses de garantia da aplicação da lei penal ou de execução da pena imposta, após o devido processo legal. Não conflita com o art. 5º, inciso LVII, da Constituição. De acordo com o § 2º do art. 27 da Lei nº 8.038/1990, os recursos extraordinário e especial são recebidos no efeito devolutivo. Mantida, por unanimidade, a sentença condenatória, contra a qual o réu apelara em

liberdade, exauridas estão as instâncias ordinárias criminais, não sendo, assim, ilegal o mandado de prisão que órgão julgador de segundo grau determina se expeça contra o réu. Habeas corpus indeferido. Relator: Min. Néri da Silveira. 21 jun. 1991. Disponível em:

<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+68726%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+68726%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/arduvgp>. Acesso em: 13 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 74.983/RS**. Constitucional. Penal. Processual Penal. Habeas Corpus. Prisão Preventiva: fundamentação. Sentença e acórdão: fundamentação. Mandado de prisão: recurso especial e extraordinário. Regime de cumprimento da pena. Falta de justa causa para a condenação: reexame de prova. Presunção de violência: art. 224, a, do Cód. Penal: legitimidade constitucional. Relator: Min. Carlos Velloso. 30 jun. 1997. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=75650>. Acesso em: 06 out. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 84.078/MG**. Habeas corpus. Inconstitucionalidade da chamada “execução antecipada da pena”. Art. 5º, LVII, da Constituição do Brasil. Dignidade da pessoa humana. Art. 1º, III, da Constituição do Brasil. Relator: Min. Eros Grau. 05 fev. 2009. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2208796>. Acesso em: 13 set. 2019.

COPATTI, Livia Copelli. A crítica hermenêutica do direito como garantia à democracia e respeito à Constituição frente ao ativismo judicial. **Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 4, p. 2421-2449, 2016. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/index>. Acesso em: 23/06/2019.

DAVID, Décio Franco; BONATO, Gilson. Execução antecipada da pena: entre a garantia do estado de inocência, a coisa julgada e as teorias absolutas da pena. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**. Porto Alegre, v. 4, n. 3, p. 1143-1174, set/dez. 2018. Disponível em: <http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/article/view/180/138>. Acesso em: 25 jun. 2019.

ESTELLITA, Heloísa. A flexibilização da legalidade no Supremo Tribunal Federal: o caso da execução da condenação sujeita a apelos extremos. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**. Porto Alegre, v. 4, n. 2, p. 709-730, mai/ago. 2018. Disponível em: <http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/article/view/141/125>. Acesso em: 25 jun. 2019.

EPSTEIN, Lee; KING, Gary. Pesquisa empírica em Direito: as regras de inferência. **Direito GV: Coleção Academia Livre**. São Paulo, 2013. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/11444>. Acesso em: 23 out. 2019.

JORGE, Nagibe de Melo. Ativismo judicial, discricionariedade e controle: uma questão hermenêutica? **Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 7, n. 2, p. 509-532, 2014.

Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/index>. Acesso em: 23/06/2019.

LIMA, Flávia; PEDROSA, Laís. Execução provisória da pena e presunção de inocência: uma análise garantista da decisão do Supremo Tribunal Federal no habeas corpus 126.292/ SP. **Argumenta Journal Law**, Jacarezinho/PR, n. 29, p. 131-159, jun/dez. 2018. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/1487/pdf>. Acesso em: 05 out. 2019.

MORON, Eduardo Daniel Lazarte; SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna. Ativismo Judicial, Presunção do Estado de Inocência e Execução Provisória da Pena: análise das decisões do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus N. 126.292/SP e Ações Declaratórias de Constitucionalidade N. 43 e N. 44. **Revista Direito e Justiça – Reflexões Sociojurídicas**. Santo Ângelo, v. 17, n. 29, p. 121-137, nov. 2017. Disponível em: http://srvapp2s.urisan.tche.br/seer/index.php/direito_e_justica/article/view/2227. Acesso em: 14 mai. 2019.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano; ZOCKUN, Maurício; ZOCKUN, Carolina Zancaner; FREIRE, André Luiz (org.). Tomo II: Direito Administrativo e Constitucional. *In*: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Álvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (org.). **Enciclopédia Jurídica da PUCSP**. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/>. Acesso em: 20/06/2019.

PORTAL, Daniela Chies; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Presunção de Inocência no Habeas Corpus n. 126.292 julgado pelo STF: Standards decisórios e o advento da prisão cautelar obrigatória. **Revista de Direito Brasileira**, São Paulo, v. 17, n. 7, p. 391-407, mai/ago. 2017. Disponível em: http://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/11365/2/PRESUNCAO_DE_INOCENCIA_NO_HABEAS_CORPUS_N_126_292_JULGADO_PELo_STF_STANDARD_S_DECISORIOS_E_O_ADVENTO_DA_PRISAO_CAUTELAR.pdf. Acesso em: 25 jun. 2019.

QUEIROZ, Rafael Mafei. **A presunção de inocência libertada**. JOTA, 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/presuncao-de-inocencia-libertada-28022018>. Acesso em: 05 jul. 2019.

VIEIRA JÚNIOR, Dicesar Beches. Neoconstitucionalismo: definição, crítica e concretização dos direitos fundamentais. **Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos**, v. 7, n. 2, p. 45-67, 30 set. 2015. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadedireitos/article/view/8007>. Acesso em: 09 set. 2019.