



CURSO DE DIREITO
CAMPUS SANTANA DO LIVRAMENTO

ROSELAINÉ HELENA BARBOSA NUNES

**A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA A
PARTIR DAS RECENTES DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
NUMA PERSPECTIVA GARANTISTA**

SANTANA DO LIVRAMENTO
2021

ROSELAINÉ HELENA BARBOSA NUNES

**A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA A
PARTIR DAS RECENTES DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
NUMA PERSPECTIVA GARANTISTA**

Monografia apresentada ao Curso de Direito, Campus Santana do Livramento, da Universidade Federal do Pampa, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob orientação da Prof. Dra. Daniela Nakalski.

Santana do Livramento
Setembro/2021

Ficha catalográfica elaborada automaticamente com os dados fornecidos
pelo(a) autor(a) através do Módulo de Biblioteca do
Sistema GURI (Gestão Unificada de Recursos Institucionais) .

B972 (Barbosa Nunes, Roselaine Helena

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA A
PARTIR DAS RECENTES DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NUMA
PERSPECTIVA GARANTISTA / Roselaine Helena Barbosa Nunes.

45 p.

Trabalho de Conclusão de Curso(Graduação)-- Universidade
Federal do Pampa, DIREITO, 2021.

"Orientação: Daniela Nakalski".

1. STF. 2. PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA. 3.
INCONSTITUCIONALIDADE. 4. PERSPECTIVA GARANTISTA. 5. DECISÕES.
I. Título.

ROSELAINÉ HELENA BARBOSA NUNES

**A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA A
PARTIR DAS RECENTES DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
NUMA PERSPECTIVA GARANTISTA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Universidade Federal do Pampa, como requisito à obtenção do título de bacharel em Direito pela seguinte banca examinadora:

Profª. Drª.

Orientadora – Universidade Federal do Pampa - UNIPAMPA

Profª. Drª.

Universidade Federal do Pampa -
UNIPAMPA

Profª. Drª.

Universidade Federal do Pampa -
UNIPAMPA

Santana do Livramento
Setembro/2021

Dedico a vocês, Rodrigo, Maurício e Samuel por tudo o que significam na minha vida, e por tanta força, paciência, amor e confiança depositadas em mim (nós). Com amor, o meu eterno agradecimento.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a minha amada família em especial ao meu marido, Rodrigo, meu grande amor, meu maior incentivador, que me apoiou, incansavelmente e ajudou-me pacientemente em todas as etapas da minha graduação. Obrigada, meu amor!

Aos meus amados filhos, Maurício e Samuel, minhas fontes de energia e inspiração para seguir em frente.

A todos os mestres que tiveram um papel fundamental durante meu desenvolvimento acadêmico, sendo que não citarei nomes para não incorrer em injustiças, contudo, em especial à minha orientadora Daniela que com sua incansável paciência colaborou para que esse trabalho se concretizasse.

Agradeço aos colegas e amigos, pelo intercâmbio de informações, pela parceria e pela amizade, ah, meus queridos, tenho tanto a agradecer a vocês meus companheiros de vida, pois nesses 5 anos muitas vezes passei mais tempo com vocês, do que com a minha própria família.

E por fim, agradeço a Deus por toda espiritualidade, sabedoria e muita força nos momentos em que esmoreci e pensei em desistir. E a todos que direta ou indiretamente fizeram parte da minha formação, o meu muito obrigado.

“Em um governo que aprisiona qualquer um injustamente, o verdadeiro lugar para um homem justo é também a prisão”.

- Trecho de H.D Thoreau, em A Desobediência Civil

RESUMO

A presente pesquisa buscou fazer uma análise da prisão em segunda instância sob uma perspectiva garantista, destacando o princípio da presunção da inocência no âmbito jurídico brasileiro e o art. 5º da Constituição Federal de 1988. Neste sentido, abordou-se a discussão da impreterível rigidez quanto às mudanças no texto normativo e aplicação legal da Constituição Federal e, por conseguinte, as diferentes formas de interpretação que o Poder Judiciário vem dando à aplicação da norma prevista. O método de abordagem utilizado neste estudo foi o dedutivo, pois parte de teorias já expostas, e teve como objetivo geral analisar em que medida a interpretação do Supremo Tribunal Federal quanto a possibilidade de prisão em segunda instância afronta o princípio da não-culpabilidade ou presunção de inocência, previsto no artigo 5º, LVII da CF/88, e como objetivos específicos analisar a teoria pós-positivista e sua aplicação pelo sistema judiciário brasileiro, destacando o princípio constitucional da não culpabilidade e seu viés de proteção a liberdade do indivíduo; identificar no ordenamento jurídico, os princípios gerais e fundamentais, que nortearam as recentes decisões do Supremo Tribunal Federal sobre a prisão em segunda instância; distinguir entre os pressupostos teóricos da inconstitucionalidade e constitucionalidade da prisão em segunda instância, a partir de uma perspectiva garantista. A Constituição Federal do Brasil de 1988 estabelece em seu texto no artigo 5º, LVII que: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Pode-se concluir, portanto, que, observando-se as últimas decisões do Superior Tribunal Federal, considerando que a Constituição Federal é a lei máxima, é certa a necessidade de rever-se decisões do STF quanto ao tema, sobretudo analisando o viés de proteção aos princípios basilares do indivíduo.

Palavras-chave: STF. Prisão em segunda instância. HC. Inconstitucionalidade.

ABSTRACT

This research sought to analyze the second instance prison under a guaranteeing perspective, highlighting the principle of presumption of innocence in the Brazilian legal context and art. 5 of the Federal Constitution of 1988. In this sense, the discussion of the indispensable rigidity regarding changes in the normative text and legal application of the Federal Constitution was addressed and, consequently, the different forms of interpretation that the Judiciary Power has been giving to the application of the rule Preview. The method of approach used in this study was the deductive one, as it starts from theories already exposed, and its general objective was to analyze the extent to which the Supreme Court's interpretation of the possibility of imprisonment in second instance affronts the principle of non-culpability or presumption of innocence, provided for in article 5, LVII of CF/88, and as specific objectives to analyze the post-positivist theory and its application by the Brazilian judicial system, highlighting the constitutional principle of non-blame and its protection bias towards the individual's freedom; identify in the legal system, the general and fundamental principles, which guided the recent decisions of the Supreme Court on second instance imprisonment; distinguish between the theoretical assumptions of unconstitutionality and constitutionality of second instance prison, from a guaranteeist perspective. The Federal Constitution of Brazil of 1988 establishes in its text in article 5, LVII that: "no one will be considered guilty until the final and unappealable sentence of a criminal sentence". It can be concluded, therefore, that, observing the latest decisions of the Superior Federal Court, considering that the Federal Constitution is the ultimate law, the need to review the STF's decisions on the subject is certain, especially by analyzing the bias of protection of the basic principles of the individual.

Keywords: STF. Second instance prison. HC. Unconstitutionality.

LISTA DE FIGURAS

Figura 1 - Fluxograma	20
-----------------------------	----

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
2 TEORIA PÓS-POSITIVISTA PELO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO .	12
2.1 Surgimento do Positivismo	13
2.2 Surgimento da Teoria Pós-Positivista e suas Implicações	17
2.3 Aplicação da Teoria Pós-Positivista Brasileira	22
3 O GARANTISMO PENAL E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICADOS NAS DECISÕES DO SUPERIOR TRIBUNAL FEDERAL SOBRE PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA	25
3.1 Garantismo Penal.....	25
3.2 Princípios Constitucionais Abarcados Pelo STF nas Decisões	27
4 OS PRESSUPOSTOS TEÓRICOS DA PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA NUMA PERSPECTIVA GARANTISTA	33
4.1 Análise dos Votos dos Ministros e Análise Geral do HC 152752/PR	33
4.2 Considerações Críticas à Execução Provisória da Pena após Decisão Proferida em Segundo Grau de Jurisdição	36
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	42
REFERÊNCIAS	44

INTRODUÇÃO

O debate acerca da (in)constitucionalidade da prisão em segunda instância tem sido alvo de grande repercussão social e apelo midiático. De um lado o clamor público defende a possibilidade de prisão em segunda instância, com o objetivo de por fim à impunidade penal e à dilação processual e de outro, juristas e especialistas do direito defendem a primazia do princípio da presunção de inocência e da conseqüente segurança jurídica. Dito isso, não há que se negar que a prisão em segunda instância promove diversos desdobramentos políticos e jurídicos para a ordem jurídica brasileira. Motivo pelo qual, torna a pesquisa indispensável para o cenário atual.

Dito isso, esse debate será desenvolvido a partir da análise das principais perspectivas do positivismo jurídico e o conseqüente pós-positivismo que se estabelece com a promulgação da Constituição Federal de 1988, a fim de se compreender a importância dos princípios para a salvaguarda de direitos e garantias individuais e fundamentais.

Ainda no primeiro capítulo, será discutido também a aplicação da teoria pós-positivista no ordenamento jurídico brasileiro e a decorrente conquista do Estado Democrático de Direito que seria o sistema acusatório, do qual decorre o princípio da presunção de inocência.

Em um segundo momento, será abordado o Garantismo Penal que tem por objetivo restringir possíveis ameaças a liberdade dos indivíduos por parte do Estado, que é quem detém o poder legítimo de punição. Assim sendo, por meio de garantias penais e processuais assegura-se que as sanções aplicadas pelo Estado estejam apoiadas e calcadas em direitos e garantias individuais e basilares, como o exímio princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade. A teoria do Garantismo Penal, portanto, age como um freio para a atuação indiscriminada do Estado na liberdade individual de cada cidadão, devendo utilizar seu poder punitivo apenas como *ultima ratio*.

Após isso, passou-se a revisitar os princípios constitucionais abarcados pelo Supremo Tribunal Federal em suas decisões, em especial o princípio que guia esta pesquisa: o da presunção de inocência. Esse preceito é tido como basilar para o Estado Democrático de Direito, uma vez que tem o objetivo de assegurar a todo cidadão a proteção de sua liberdade individual e de sua dignidade. No último capítulo da referida pesquisa, explorou-se a análise dos votos dos Ministros do STF no Habeas Corpus nº 152.752 que trata da execução da sentença penal condenatória em segunda instância, cujo paciente é o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva.

Em relação a isso, a doutrina majoritária considera a prisão em segunda instância uma ferramenta inadmissível e inconstitucional, enquanto outros autores a consideram aceitável. Percebe-se a partir dessas ponderações que o debate flutua entre o senso comum e fatos/ argumentos jurídicos. Diante disso, a análise do referido habeas corpus e dos respectivos votos, será utilizado como métrica para avaliar a constitucionalidade ou não da execução provisória da pena após decisão proferida em segundo grau de jurisdição, sob a égide do princípio da presunção de inocência e do garantismo penal.

2 TEORIA PÓS-POSITIVISTA PELO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

2.1 Surgimento do Positivismo

Inicialmente temos de citar como se desenvolveu ao longo do tempo a teoria pós-positivista, resgatando a ideia do positivismo dentro das questões jurídicas brasileiras. Sabadell (2005) explica que a segunda teoria o direito deve continuar usando o método tradicional, que garante a ele uma posição autônoma em detrimento das demais ciências humanas. Expõe ainda que o direito é concebido por leis e a relação existente entre elas e, portanto, tudo o que não estiver relacionado a isto está fora da ciência jurídica.

Sob esta ótica, temos que o Direito toma as demais disciplinas (história, filosofia e psicologia) como apenas acessórias, estando fora do que se entende por ciência do direito. Defende que a aplicação imparcial das leis é possível e que se constitui um direito dos cidadãos e, ainda, que o juiz deve aplicá-la havendo de ser o mais neutro possível (SABADELL, 2005).

Neste sentido, Kelsen entende que:

Na afirmação evidente de que o objeto da ciência jurídica é o Direito, está contida a afirmação - menos evidente - de que são as normas jurídicas o objeto da ciência jurídica, e a conduta humana só o é na medida em que é determinada nas normas jurídicas como pressuposto ou consequência, ou - por outras palavras - na medida em que constitui conteúdo de normas jurídicas. Pelo que respeita à questão de saber se as relações inter-humanas são objeto da ciência jurídica, importa dizer que elas também só são objeto de um conhecimento jurídico enquanto relações jurídicas, isto é, como relações que são constituídas através de normas jurídicas. A ciência jurídica procura apreender o seu objeto "juridicamente", isto é, do ponto de vista do Direito. Apreender algo juridicamente não pode, porém, significar senão apreender algo como Direito, o que quer dizer: como norma jurídica ou conteúdo de uma norma jurídica, como determinado através de uma norma jurídica (1998, p.50).

O Positivista entende que o juiz enquanto aplicador do direito compromete a segurança jurídica caso coloque suas convicções pessoais no âmbito de seu julgamento, argumentando que magistrados com posições diferentes poderiam decidir casos similares de maneiras distintas, baseando-se no seu ideal pessoal.

Ainda que ao Judiciário não compete criar um novo direito, tendo em vista que isto não tem legitimidade democrática, mesmo que julgue que seja mais conexo com a realidade social vigente (SABADELL, 2005).

Barroso nos explica o seguinte:

Na passagem do Estado absolutista para o Estado liberal, o Direito incorpora o jusnaturalismo racionalista dos séculos XVII e XVIII, matéria prima das revoluções francesa e americana. O Direito moderno, em suas categorias principais, consolida-se no século XIX, já arrebatado pela onda positivista, com status e ambição de ciência (2003, p. 17).

Seguindo esta mesma linha de pensamento, Zagrebelsky (2007) diz que o Positivismo Jurídico é entendido como uma situação histórica concreta, ou seja, a concretização da produção jurídica em uma instância constitucional, a legislativa. Isto significa dizer que tudo o que diz respeito ao Direito está única e exclusivamente na lei, inclusive no que tange os direitos e a justiça. Isto significa dizer que os magistrados são meros executores e aplicadores da lei.

O positivismo filosófico foi fruto de uma idealização do conhecimento científico, uma crença romântica e onipotente de que os múltiplos domínios da indagado e da atividade intelectual pudessem ser regidos por leis naturais, invariáveis, independentes da vontade e da ação humana. O homem chegara á sua maioridade racional e tudo passara a ser ciência: o único conhecimento válido, a única moral, até mesmo a única religião. O universo, conforme divulgado por Galileu, teria uma linguagem matemática, integrando-se a um sistema de leis a serem descobertas, e os métodos válidos nas ciências da natureza deviam ser estendidos as ciências sociais (BARROSO, 2003, p. 26).

O Positivismo Jurídico trata-se de uma importação do Positivismo Filosófico para o mundo do Direito, na pretensão de ser criada uma ciência jurídica exata e natural. A separação do que se entendia por Direito da moral e dos valores transcendentais (entendido aqui como mera especulação) do que é observável e concreto foi fruto de uma busca pela objetividade científica. Em suma, vale dizer que Direito é norma, ato emanado pelo Estado com caráter imperativo e força coativa e, como tal, deve fundar-se em juízos factíveis que são posicionados dentro de uma realidade concreta (BARROSO, 2003).

Barroso entende como características do positivismo jurídico o seguinte:

- (I) a aproximação quase plena entre Direito e norma;
- (II) a afirmação da estabilidade do Direito: a ordem jurídica é una e emana do Estado;
- (III) a completude do ordenamento jurídico, que contém conceitos e instrumentos suficientes e adequados para solução de qualquer caso, inexistindo lacunas;
- (IV) o formalismo: a validade da norma decorre do procedimento seguido para a sua criação, independentemente do conteúdo. Também aqui se insere o dogma da subsunção⁴⁹, herdado do formalismo alemão (2003, p. 49).

Com o passar do tempo, o Positivismo veio a sofrer inúmeras críticas, vindo a ser derrotado. Foi-se percebendo que não era plausível a manutenção da certeza jurídica em detrimento do ideal racionalista. O direito, ao contrário de outras ciências, não pode ter uma postura exclusivamente descritiva da realidade sem a interpretação da mesma enquanto meio civilizatório. O direito não é um dado, mas uma criação para buscar contextualizar-se dentro de um determinado grupo de indivíduos (BARROSO, 2003).

Durante a segunda metade do século XX entendeu-se que já não cabia mais o uso do positivismo jurídico no direito, tendo em vista que a norma rígida deste ia de encontro com a fase civilizatória e as ambições dos que defendiam a causa da humanidade. Em detrimento ao citado, tínhamos que o discurso científico já havia impregnado o direito e seus operadores não queria o retorno ao jusnaturalismo, aos fundamentos vagos e metafísicos de razão subjetiva. Diante disso, o pós-positivismo surge como uma forma profícua de desconstrução, porém superando o conceito convencional. Ele inicia, então, uma trajetória que respeita o ordenamento positivista, mas reintroduzindo as ideias de justiça e legitimidade (BARROSO, 2003).

Na mesma linha, Streck nos traz uma reflexão muito interessante do porquê não cabe mais a aplicação positivista do direito na sociedade moderna:

Parece que, no Brasil, compreendemos de forma inadequada o sentido da produção democrática do direito e o papel da jurisdição constitucional. Tenho ouvido em palestras e seminários que “hoje possuímos dois tipos de juizes”: aquele que se “apega” à letra fria (sic) da lei (e esse deve “desaparecer”, segundo alguns juristas) e aquele que julga conforme os “princípios” (esse é o juiz que traduziria os “valores” – sic – da sociedade, que estariam “por baixo” da “letra fria da lei”). Pergunto: cumprir princípios significa descumprir a lei? Cumprir a lei significa descumprir princípios? Existem regras (leis ou dispositivos legais) desindexados de princípios? Cumprir a “letra da lei” é dar mostras de positivismo? Mas, o que é ser um positivista? E, por favor, que não se venha com a velha história de que

“cumprir a letra 'fria' (sic) da lei” é assumir uma postura positivista...! Aliás, o que seria essa “letra fria da lei”? Haveria um sentido em si mesmo da lei? Na verdade, confundem-se conceitos. As diversas formas de positivismo não podem ser colocadas no mesmo patamar e tampouco podemos confundir uma delas (ou as duas mais conhecidas) com a sua superação pelo e no interior do paradigma da linguagem (STRECK, 2010, p.169).

Desta maneira, Streck nos introduz uma reflexão importante: Não se pode cumprir única e exclusivamente a “letra fria da lei” sem que antes seja feita uma leitura de todo o contexto que levou alguém a praticar algo que possa estar expressamente descrito como ilegal. O direito não pode de maneira nenhuma ser tratado como uma ciência exata sem que haja uma tratativa empírica do contexto social em voga em determinado espaço. Ainda, continua Streck com sua reflexão acerca do assunto:

Tentarei explicar isso melhor: positivismo exegético (que era a forma do positivismo primitivo) separava direito e moral, além de confundir texto e norma, lei e direito, ou seja, tratava-se da velha crença – ainda muito presente no imaginário dos juristas – em torno da proibição de interpretar, corolário da vetusta separação entre fato e direito, algo que nos remete ao período pós-revolução francesa e todas as consequências políticas que dali se seguiram. Depois veio o positivismo normativista, seguido das mais variadas formas e fórmulas que – identificando (arbitrariamente) a impossibilidade de um “fechamento semântico” do direito – relegou o problema da interpretação jurídica a uma “questão menor” (lembramos, aqui, de Kelsen). Atente-se: nessa nova formulação do positivismo, o problema do direito não está(va) no modo como os juízes decidem, mas, simplesmente, nas condições lógicodeontológicas de validade das “normas jurídicas”. Entretanto, uma coisa todos esses positivismos têm até hoje em comum: a discricionariedade (que acaba não se fixando sequer nos limites da “moldura” semântica). E tenho a convicção de que isso se deve a um motivo muito simples: a tradição continental, pelo menos até o segundo pós-guerra, não havia conhecido uma Constituição normativa, invasora da legalidade e fundadora do espaço público democrático. Isso tem consequências drásticas para a concepção do direito como um todo! Quero dizer: saltamos de um legalismo rasteiro, que reduzia o elemento central do direito ora a um conceito estrito de lei (como no caso dos códigos oitocentistas, base para o positivismo primitivo), ora a um conceito abstrato-universalizante de norma (que se encontra plasmado na ideia de direito presente no positivismo normativista), para uma concepção da legalidade que só se constitui sob o manto da constitucionalidade. Afinal – e me recordo aqui de Elias Dias –, não seríamos capazes, nesta quadra da história, de admitir uma legalidade inconstitucional. Isso deveria ser evidente (2010, p.169-170).

Sendo assim, o que Streck (2010) nos deixa claro é que o que caracteriza o positivismo é a postura metodológica de análise do fenômeno jurídico e isto se

caracteriza pela restrição da análise de fontes sociais, ou seja, a separação de direito moral da interpretação social, que acarreta uma aposta na discricionariedade, ou ainda, como o próprio autor remete, a maldição *kelseniana* de separação entre ciência do direito e direito propriamente dito.

É sob esta perspectiva que temos a ruptura entre o positivismo do direito e o direito. Isto remeteu à necessidade de formar-se uma nova concepção muito mais humana em que se leva em consideração o contexto social vivido por um povo específico. Assim, era necessário a criação de uma teoria de aplicação em que não se ignorasse o fator “humanidade” e, ao mesmo tempo não rompesse de vez com a doutrina e com a legalidade que é intrínseca ao Direito.

2.2 Surgimento da Teoria Pós-Positivista e suas Implicações

Com base nas afirmações anteriores se reconhece que em meados do século XX firma-se a teoria pós-positivista, ganhando força com a proposição de que a atividade jurídica não deve restringir-se apenas às leis e às aplicações destas, mas sim almejar uma razão prática e se imbuindo de uma busca pela decisão justa. Abarcada de instrumentos como a proporcionalidade, razoabilidade e ponderação de valores, faz-se prevalecer de um princípio garantista (SABADELL, 2005).

Uma nova concepção nasce por meio da teoria pós-positivista e se consolida com a criação da Constituição Cidadã de 1988. A carta magna vem para orientar todos os institutos, sejam eles, cíveis, processuais, administrativos, penais, almejando, assim, que fossem atendidos todos os direitos e garantias que são inerentes aos cidadãos.

As teorias pós-positivistas nos trazem que a regra não deve ser inquestionável e superior aos valores que a inspiram. Essas teorias perquirem sempre aos aplicadores do direito sobre os fundamentos deste, tendo em vista que as regras devem, constantemente, ser interpretadas conforme o alicerce de um ordenamento específico, ou seja, os princípios (SABADELL, 2005).

Segundo Daniel Sarmiento (2004), o Direito Constitucional contemporâneo tem como principal característica o pós-positivismo como sua essência, pois atribui a

importância central aos princípios, com o reconhecimento disto em sua força normativa. Segundo ele ainda, se reconhece a hegemonia dos princípios, pois estes foram “convertidos como pedestal normativo sobre o qual se assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais”.

Sarmiento (2004) ratifica o que foi citado trazendo que os princípios constitucionais se fazem presentes através dos ideais de justiça contidos em uma comunidade ou sociedade específica, trazendo para a Constituição uma leitura moral, pois só assim teremos uma espécie de positivação do direito natural e, assim, se torna impossível uma leitura fria da Constituição. Tais princípios que foram citados aqui retomam a racionalidade do Direito.

Com a promulgação da Constituição Cidadã de 1988, o legislador passou a ter que buscar constantemente uma leitura mais abrangente da lei, tendo de aplicá-la de forma racional, analisando cada caso de forma específica e não mais de forma crua, fazendo o que a letra fria o manda fazer. Isto, por si só, consistiu em um grande avanço para o direito, tendo em vista que se passou a ter de analisar todo o contexto de cada caso para julgá-lo e tendo também que se pensar no direito do indivíduo enquanto tal.

Segundo Rawls,

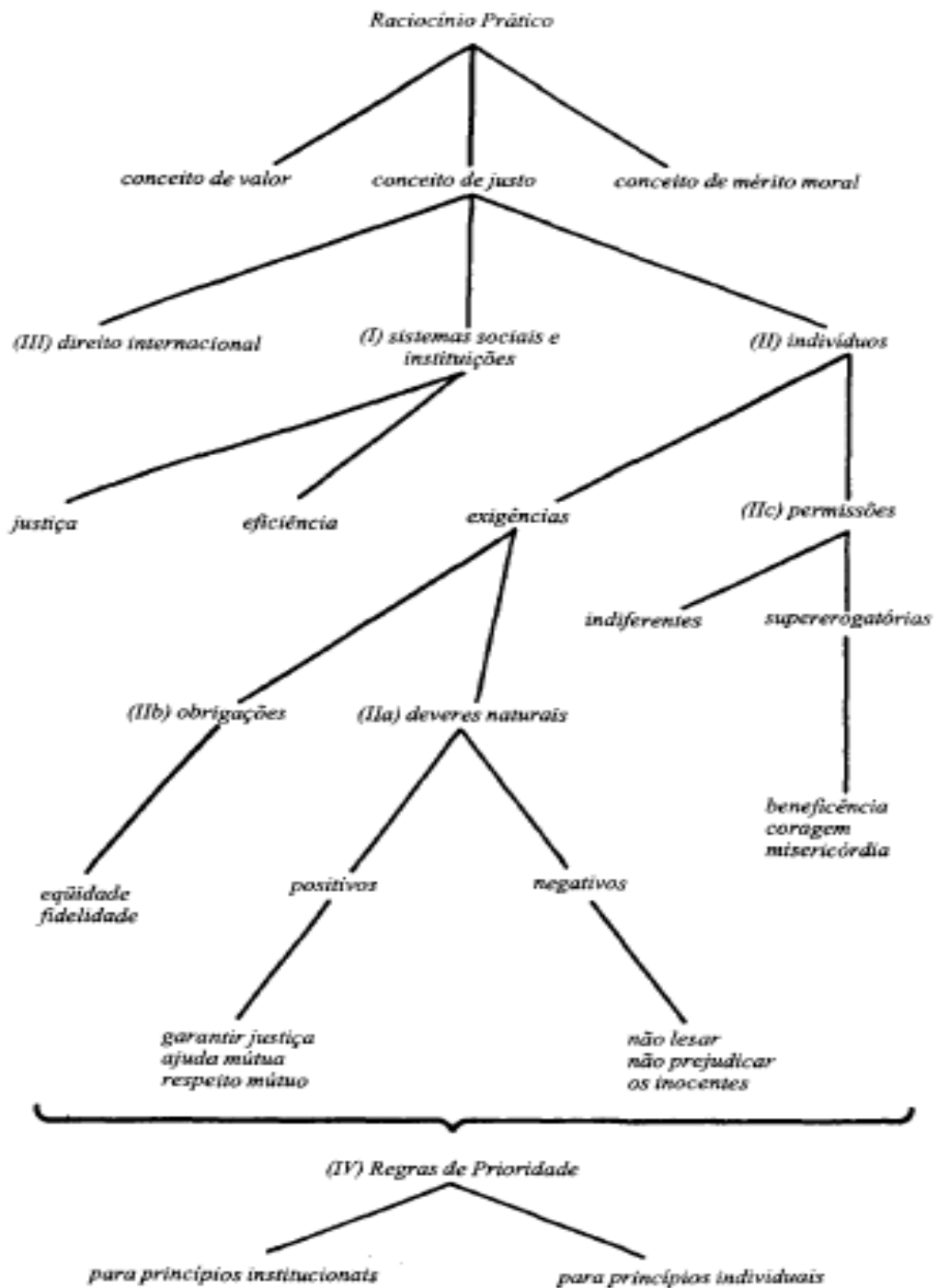
Os princípios da justiça definem um caminho apropriado entre o dogmatismo e a intolerância de um lado e, de outro lado, um reducionismo que considera a religião e a moralidade como meras preferências. E já que a teoria da justiça repousa sobre pressupostos poucos exigentes e amplamente acatados, ela pode conseguir uma aceitação geral. Sem dúvida, as nossas liberdades estão mais firmemente embasadas quando derivam de princípios com os quais as pessoas, equitativamente umas em relação as outras, podem concordar, se é que existe alguma possibilidade de concordância (1997, p. 267).

Neste sentido, observa-se que Rawls está alinhado com os outros autores citados até aqui, pois se entende que ele percebe que, dentro da noção de justiça, as liberdades individuais estão muito mais atreladas aos princípios constantes dentro de uma sociedade e entendidos pelos indivíduos que a compõem do que por uma simples norma escrita e fria constante em leis. Neste contexto, podemos

perceber que progredimos muito enquanto sociedade, pois hoje conseguimos perceber a individualidade do ser humano e interpretar o porquê determinadas ações são tomadas por eles.

RAWLS (1997) desenhou um diagrama no qual se sugere que os princípios estão intrinsecamente conectados e os axiomas contidos na parte inferior não estão deduzidos do que estão na parte superior. O desenho indica simplesmente os tipos de princípios que devem ser escolhidos antes que se tome à mão algo que se considera justo. Deve-se haver, primeiramente, um conceito básico sobre os princípios constantes em uma sociedade e, em seguida, sobre os princípios dos indivíduos para só depois chegarmos aos princípios do direito internacional. Por fim, são adotadas as regras de prioridade, embora possamos escolhê-las antes, contanto que as submetamos à revisão.

Figura 1 - Fluxograma



Fonte: Rawls (1997, p. 117)

A ordem dos princípios explanados levam em consideração questões não relevantes para o momento, no entanto, os princípios devem obedecer uma sequência e os motivos dela devem estar atrelados às partes mais difíceis da teoria da justiça. (RAWLS, 1997)

Chega-se à igualdade na democracia por meio do princípio de igualdade equitativa de oportunidades com o princípio da diferença. Este último princípio tende a eliminar a indeterminação do princípio da eficiência e acaba por eleger uma posição, passando a se levar em consideração as desigualdades econômicas e sociais, que devem ser julgadas também. Deve ser levado em consideração que a sociedade deveria ser justa e ter igualdade e liberdade social levando, assim, a uma igualdade equitativa de oportunidades. Rawls (1997) aponta que os menos afortunados devem também ser beneficiados pelas perspectivas mais atraentes àqueles de melhores condições.

Enquanto há vários princípios do dever natural, todas as obrigações se originam do princípio da equidade. Deve-se lembrar que esse princípio afirma que uma pessoa tem a obrigação de fazer a sua parte, especificada pelas regras de uma instituição, desde que tenha aceitado o sistema de benefícios ou se tenha beneficiado das oportunidades que a instituição oferece para a promoção de seus interesses, supondo-se que essa instituição seja justa ou equitativa, isto é, satisfaça os dois princípios da justiça. Como se observou anteriormente, a ideia intuitiva neste ponto é que, quando um número de pessoas se envolve num empreendimento cooperativo mutuamente vantajoso, seguindo certas regras e assim restringindo voluntariamente a própria liberdade, aqueles que se submeteram a essas limitações têm direito a uma aceitação semelhante por parte dos que se beneficiaram com a sua submissão (Rawls, 1997, p. 380)

O que se viu até agora é que anteriormente a concepção da teoria do pós-positivismo no direito tínhamos uma leitura “nua e crua” da lei e isto tendia a beneficiar apenas determinado setor da sociedade, tendo em vista que a comunidade por si só não é igualitária. Com a chegada desta teoria e a consolidação da mesma pela constituição de 1988, se percebe que passa a vigorar mais o direito do indivíduo, o que é essencial para um julgamento salutar e justo. Como foi exposto anteriormente, não existe igualdade social plena e tampouco uma igual distribuição de oportunidades, o que faz com que esta nova forma de pensamento dos magistrados seja muito saudável para a conclusão de qualquer julgamento.

2.3 Aplicação da Teoria Pós-Positivista Brasileira

Para a análise do que se aplica no sistema judiciário brasileiro, temos alguns autores consagrados que falam sobre o tema. Dentre tais juristas, ressalta-se Streck (2010), que se posiciona de maneira firme ao dizer que se deve tomar cuidado quando se observar teses que se dizem fazer parte do pós-positivismo, tendo em vista que algumas delas podem ser tendenciosas e, na verdade, advogarem em prol do movimento anterior, ou seja, o positivismo, que nada tem a ver com a preocupação com o bem-estar social e com a liberdade e o direito do indivíduo. Enquanto os axiomas vindouros de antes do século XX se preocupam basicamente em mostrar a ciência, quase que exata, por trás do direito, a nova teoria nos traz a preocupação com um sistema de julgamentos justos.

Com efeito, parece não haver dúvida de que um Juiz imparcial e um Promotor de Justiça independente são os requisitos indispensáveis à implantação de um sistema processual-penal democrático. O corolário disto deveria ser a plena aplicação do princípio acusatório, sepultando-se, de uma vez por todas, o sistema inquisitorial que caracteriza(va) o Código de Processo Penal, de 1941, ainda assentado no mito da verdade real (que, na verdade, sempre mascara a busca pela condenação do réu). Frise-se, de todo modo, que tanto o “sistema” inquisitório como o “sistema” instrumentalista (do campo processual civil) têm, no protagonismo judicial e na discricionariedade, o seu “elo”, isto é, o seu DNA. Com isso, a discussão relacionada ao art. 212 do CPP possui um elevado grau de transcendência (STRECK, 2010, p.168).

Ainda segundo Streck (2010), o sistema acusatório do judiciário brasileiro constitui uma conquista do Estado Democrático de Direito. Tal sistema, criado num modelo inquisitório de acusação, foi mudado, para um modelo onde o réu tem a presunção da inocência. Cabe ao promotor presumir a pretensão acusatória, investigar com o propósito de reunir provas, detendo para tanto, parcela da soberania estatal. Ao juiz caberá apenas o julgamento, sem, no entanto, pressionar o réu como culpado de um crime que sequer se sabe se ele cometeu ou não.

Neste contexto diferencia-se o advogado, que deve efetuar a defesa do réu, sem, contudo, estar vinculado a pretensão acusatória. Neste papel o advogado se

faz muito importante, tendo em vista que ele deve, antes de mais nada, saber que seu cliente tem a presunção da inocência, baseando-se no art. 5º da Constituição.

Em face do novo art. 212 do CPP, pergunta-se: de que adianta avançar no texto legal, se as práticas judiciais continuam sendo as mesmas de antes da alteração? Explicando: a Lei n. 11.690/2008 introduziu no art. 212 do CPP importante inovação que pode (ria) colocar o Processo Penal brasileiro nos trilhos de um sistema acusatório – o que, alíás, é um princípio (no sentido hermenêutico da palavra) que (re) compõe nossa história institucional desde 1988, com a promulgação da Constituição. Todavia, a velha tradição inautêntica do senso comum teórico dos juristas – que impera no Brasil a partir daquilo que, alhures, chamei de “baixa constitucionalidade” – insiste em permanecer refratária a essa medida, insistindo no modelo presidencial-inquisitório de condução do interrogatório do acusado. Neste caso, a questão toma ares de dramaticidade uma vez que, dessa vez, a alteração não se deu pela via do Direito Constitucional, mas, sim, incluída pelo legislador ordinário. Dito de outro modo, doutrina e jurisprudência estão operando no sentido contrário do apontado pela própria legislação (STECK, 2010, p. 168-169).

Temos que não devemos confundir o seguinte: cumprir a lei não significa afastar dela a moral, o direito individual, as questões sociais. Seguir o que está preconizado e dentro da legalidade tem um valor intrínseco muito mais profundo. Significa sim, fazer valer a lei dentro de si mesma e aplicá-la às pessoas que se submetem a ela, porém sempre levando-se em consideração o que o Estado Democrático de Direito preconiza, ou seja, que nenhuma pessoa deverá receber a culpa antes de ser julgada até que se esgotem os meios de defesa.

Assim, qualquer questão jurídica estará em constante diálogo com a relevante circunstância de que a nova redação do art 212 do CPP – aqui utilizado como exemplo privilegiado – é/será o elemento mínimo para ingressar no caminho da história institucional dos institutos relacionados à produção da prova e ao modelo de como obtê-la (note-se: se a tradição do direito brasileiro se encaminha para o lado contrário, como quer, por exemplo, Luís Flávio Gomes, então ela deve ser alterada sob pena de sacrificarmos a conquista histórica de uma garantia que, transcende, inclusive, os limites do pensamento jurídico brasileiro). Refira-se, *ad agumentandum tantum*, que, se o texto do artigo 212, com sua nova redação, viesse para reforçar o sistema inquisitivo, com certeza uma adequada jurisdição constitucional o afastaria por inconstitucionalidade (STRECK, 2010, p. 171).

Sobre a confluência das duas correntes anteriores, Vale (2009, p. 33) chega a duas conclusões: 1) a complexidade das normas constitucionais não pode ser explicada exclusivamente a partir do positivismo ou do jusnaturalismo, tampouco do realismo jurídico; e 2) aspectos diferentes de cada uma das teorias são

imprescindíveis para poder compreender as normas jusfundamentais no fenômeno constitucional contemporâneo.

Assim, conclui o autor que “a compreensão das normas de direitos fundamentais pressupõe uma teoria ao mesmo tempo integradora – de aspectos relevantes do positivismo, do jusnaturalismo e do realismo jurídico – e superadora – de tratamentos isoladamente positivistas, jusnaturalistas e realistas” (VALE, 2009, p. 33).

Assim, a lei dá espaço aos princípios e estes, aos valores. Os princípios passam ao centro dos sistemas constitucionais e levam consigo os valores que lhes dão sustentação. A letra fria da lei não pode mais ser aceita incondicionalmente. Os valores oxigenam o sistema quando necessário; oxigenação essa que ocorre quando da aplicação concreta da norma. Cumpre ressaltar que, como será reforçado a seguir, a Constituição é a sede natural dos princípios e, por isso, a abertura do sistema se dá principalmente através dela. Não obstante, o sistema jurídico não abarca os princípios somente na Carta, por isso o pós-positivismo se aplica também aos demais ramos do direito. (FERNANDES; BICALHO, 2009)

Sobre o tema, o posicionamento de Luís Roberto Barroso: “O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico hão de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais” (BARROSO, 2007, p. 22).

Compreende-se até aqui que o pós-positivismo colaborou sobremaneira para que se chegasse a um estado democrático de direito, onde o indivíduo é caracterizado como tal e julgado moralmente sem que haja paixões pela “letra fria da lei”. Hoje alcançamos um patamar respeitável onde se deve entender que a presunção da inocência tem um valor inestimável para todos. Já é possível observar, atualmente, magistrados que entendem que os indivíduos são diferentes segundo qual a sua individualidade, oportunidades e meios sociais de sobrevivência. Não se quer aqui que não se cumpra a lei, mas o contrário, que ela valha para todos os elementos sem quaisquer distinções.

3 O GARANTISMO PENAL E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICADOS NAS DECISÕES DO SUPERIOR TRIBUNAL FEDERAL SOBRE PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA

3.1 Garantismo Penal

O Garantismo Penal trata-se da segurança dos cidadãos que, em um Estado democrático de direito, onde o poder obrigatoriamente deriva do ordenamento jurídico, principalmente da Constituição, atua como um mecanismo para minimizar o poder punitivo e garantir, ao máximo, a liberdade dos cidadãos.

Ferrajoli (2010, p. 785-786) entende que

“Garantismo” designa uma teoria jurídica da “validade” e da “efetividade” como categorias distintas não só entre si, mas, também, pela “existência” ou “vigor” das normas. Neste sentido, a palavra garantismo exprime uma aproximação teórica que mantém separados o “ser” e o “dever ser” no direito; e, aliás, põe como questão teórica central, a divergência existente nos ordenamentos complexos entre modelos normativos (tendentemente garantistas) e práticas operacionais (tendente antigarantistas), interpretando-a com a antinomia – dentro de certos limites fisiológica e fora destes patológica – que subsiste entre validade (e não efetividade) dos primeiros e efetividade (e invalidade) das segundas.

Nesse sentido, entende-se o Garantismo Penal, conforme o autor, como uma ferramenta que traz garantias à sociedade para proteção do abuso de poder do Estado, uma vez que o Estado possui o *ius puniendi*, dividido em garantias primárias e secundárias, sendo as primeiras previsões e determinações para que o Estado não aja de determinada forma, e a segunda são as normas de consequência de eventual violação das garantias primárias.

O autor Ferrajoli (2014) traz os dez axiomas do garantismo penal, sendo assim divididos:

- *Nulla poena sine crimine* (não há pena sem crime), que traz o princípio da retributividade ou da consequencialidade da pena em relação ao delito;
- *Nullum crimen sine lege* (não há crime sem lei), que traz o princípio da legalidade;

- *Nulla lex (poenalis) sine necessitate* (não há lei penal sem necessidade), que aborda o princípio da necessidade ou da economia do direito penal;
- *Nulla necessitas sine injuria* (não há necessidade sem ofensa a bem jurídico), trazendo o princípio da lesividade ou ofensividade do evento;
- *Nulla injuria sine actione* (não há ofensa ao bem jurídico sem ação), que versa sobre o princípio da materialidade ou da exterioridade da ação;
- *Nulla actio sine culpa* (não há ação sem culpa), tratando do princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal;
- *Nulla culpa sine iudicio* (não há culpa sem processo), que traz o princípio da jurisdicionalidade;
- *Nulla iudicium sine accustione* (não há processo sem acusação), abordando o princípio acusatório ou da separação ente o juiz e a acusação;
- *Nulla accusatio sine probatione* (não há acusação sem prova), trazendo o princípio do ônus da prova ou da verificação;
- *Nulla probatio sine defensione* (não há prova sem defesa), que versa sobre o princípio do contraditório ou da defesa ou da falseabilidade.

Para garantir que o Direito Penal esteja sendo devidamente exercido, entende-se como indispensável seguir os axiomas a risca, ainda que possa haver discussões sobre a aplicação de cada um deles, uma vez que a sua positivação é necessária, mas não apenas ela, sendo imprescindível o respeito cabal juntamente de outras leis e práticas jurídicas.

Neste sentido, é íntegro observar que os direitos fundamentais podem caminhar lado a lado com a punição, uma vez que serve como escopo para garantir a legitimação da aplicação do direito penal, e não como forma de dificultação, como muitas vezes se imagina.

3.2 Princípios Constitucionais Abarcados Pelo STF nas Decisões

A presente pesquisa estrutura-se no artigo 5º, LVII, da Constituição Federal estabelece: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, segundo Moraes (2013), consagra-se nesse dispositivo a presunção de inocência, um dos princípios basilares do Estado de Direito como garantia processual penal, visando à tutela da liberdade pessoal. Com base nesse princípio cabe ao Estado comprovar a culpa do indivíduo, que desde o início já é constitucionalmente presumido inocente, não cabendo a ele provar sua inocência.

Não é de hoje que os princípios vêm se sobrepondo nas decisões do Supremo Tribunal Federal, em primeiro lugar temos que conceituar o termo princípio, de forma mais simples significa: O começo, o que ocorre ou existe primeiro, o que serve de base para alguma coisa.

Para esclarecer melhor esse conceito Bonavides cita Crisafulli:

A normatividade dos princípios, afirmada categórica e precursoramente, nós vamos encontrá-la já nessa excelente e sólida conceituação formulada em 1952 por Crisafulli: “Princípio é, com efeito, toda norma jurídica, enquanto considerada como determinante de uma ou de muitas outras subordinadas, que a pressupõem, desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito em direções mais particulares (menos gerais), das quais determinam, e portanto resumem, potencialmente, o conteúdo: sejam, pois, estas efetivamente postas, sejam, ao contrário, apenas dedutíveis do respectivo princípio geral que as contém”. (CRISAFULLI apud BONAVIDES, 2013. p. 266).

Após as fases do Jusnaturalismo e do Positivismo jurídico, somente no Pós-positivismo é que os princípios passam a ser tratados como direitos, devido a grandes momentos constituintes ocorridos nas últimas décadas do século XX.

Contudo, Bonavides (2013) destaca: “As novas Constituições promulgadas acentuam a hegemonia axiológica dos princípios, convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais”. Fica evidente nessa fase a valorização dos princípios, sua incorporação, explícita ou

implícita, pelos textos constitucionais e o reconhecimento pela ordem jurídica de sua normatividade fazendo parte desse ambiente de reaproximação entre Direito e Ética, diante disso é importante ressaltar que:

É na idade do pós-positivismo que tanto a doutrina do Direito Natural como a do velho positivismo ortodoxo vêm abaixo, sofrendo golpes profundos e crítica lacerante, proveniente de uma reação intelectual implacável, capitaneada sobretudo por Dworkin, jurista de Harvard. Sua obra tem valiosamente contribuído para traçar e caracterizar o ângulo novo de normatividade reconhecida aos princípios. (BONAVIDES, 2013, p. 274)

Após essa breve explanação de conceitualização de princípio, vamos abordar o princípio no qual a pesquisa se refere: o princípio da não culpabilidade ou presunção de inocência, que se encontra muito presente na atualidade após o caso do Ex-presidente Lula, que teve o *habeas corpus* nº 152.752 julgado, sendo decretada a ordem de prisão com embasamento na Súmula 122 do TRF 4ª região, contrariando o que dispõe a Constituição Federal que diz em outras palavras que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, o novo entendimento do STF entra em colisão com a regra de presunção de inocência e o princípio da efetividade da justiça criminal.

A inocência presumida desde o início, não deve ser provada, mas sim tem que ser demonstrada a prova da culpa, formando o objeto do juízo. O princípio da não culpabilidade tem o dever de garantir a todo cidadão a proteção de sua liberdade individual, e quando isso não ocorre fica evidente o desrespeito a garantias fundamentais, como proteção da dignidade da pessoa humana outro princípio basilar disposto na Constituição Federal.

Com relação ao Princípio da presunção de inocência, Figueiredo aponta:

Uma das mais relevantes conquistas do Estado Democrático de Direito se trata do princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade. Trata-se de medida declaratória e assecuratória dos direitos fundamentais inerentes à tutela da liberdade, bem como de proteção da esfera de domínio privado do indivíduo. (FIGUEIREDO, 2013, p. 218).

Logo, se houver um recurso disponível – ausência de trânsito em julgado – deve (ria) imperar o princípio da presunção de inocência, não sendo admissível dar

início a algo – a pena – que somente poderia ser imposta a um culpado. (TALON, 2018)

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (CF, 1988, n.p.)

Também encontra-se previsto no artigo 8º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969, regulamentado pelo decreto n.º 678. Art. 8. 2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não comprove legalmente sua culpa (VIANA, 2018).

A relativização do princípio da inocência, ou da não culpabilidade, deve ser aplicada com a máxima cautela, não podendo se tornar uma regra aplicada indistintamente pois, se assim o fizer, ocorrerá sérios riscos às garantias constitucionais e abrir-se-ia brechas para interpretações prejudiciais ao elo mais fraco que é o indivíduo perante a força estatal. (VIANA, 2018)

O autor ressalta, ainda, que justiça é diferente de justicamento. A primeira é aquela praticada dentro do contexto fático e em conformidade com as normas vigentes no ordenamento jurídico pátrio, é a ação realizada dentro da legalidade, obedecendo o disposto nas normas, sendo esta favorável ou não. (VIANA, 2018)

Já o segundo, é aquele que busca atender o desejo popular sem a devida observação e respeito ao ordenamento jurídico vigente, é a prevalência da vontade momentânea, é a realização do desejo sem respeitar o ordenamento. E se as normas vigentes já não mais atendem a vontade do povo cabe aos mesmos pressionar o legislativo para que adeque as normas, e não descumprilas. (VIANA, 2018)

Deste modo admitir a execução da pena antecipada como efeito de decisão condenatória recorrível ofende não apenas o princípio em voga, como também atenta contra a dignidade da pessoa humana, direito constitucional garantido no

artigo 1º, III, da Constituição Federal, Mendes (2013) explica, que uma execução antecipada em matéria penal configuraria grave atentado contra a própria ideia de dignidade humana. Não há de ser diferente no judiciário dada a importância que se refere o princípio da dignidade humana, que se encontra contemplado e postulado como essencial a ordem constitucional, de acordo com a artigo 1º, III, da Constituição Federal de 1988, que dispõe:

Art. 1º- A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III- A dignidade da pessoa humana; (BRASIL, 2017)

Ante o exposto, e considerando o duplo grau de jurisdição e o devido processo legal como garantias processuais constitucionalizadas e como direitos fundamentais inegociáveis, se destaca o ônus de eventual impunidade de um culpado, amparado pelo bônus de que nenhum inocente cumpra injustamente a pena. Essa possibilidade da prisão a partir da condenação em segunda instância se torna inconstitucional ou uma medida imprescindível no combate à impunidade, tudo gira em torno da interpretação do Art. 5º, LVII, da CF, ou essa medida é constitucional? Do período de 1941 até 2009 foi um entendimento inquestionável da Corte, passaram-se anos e ninguém achava inconstitucional, nem mesmo após a promulgação da Constituição Federal de 1988 o entendimento era o mesmo.

Somente em 2009, numa decisão proferida com diferença de 1 voto, 5x6 foi que esse entendimento foi mudado. Em 2009, ano em que o mensalão estava no auge e muitos políticos e poderosos estavam na iminência de serem condenados e presos, instalou-se o caos, com os condenados podendo se livrarem da prisão simplesmente protocolando um recurso, as demandas do STF duplicaram, passando dos incríveis 100 mil por ano.

Em 2016, a Corte voltou atrás restabelecendo a prisão após segunda instância, no Caso do Ex-presidente Lula, que foi condenado, e devido ao clamor popular o STF se viu tentado a voltar ao passado, para livrar uma única pessoa.

De acordo com a teoria do garantista, que tem como baluarte a proteção das garantias do cidadão, em especial a liberdade. Conceituar garantismo não é uma tarefa fácil, principalmente após a leitura da obra de Ferrajoli, que na tentativa de explicar a sua teoria, expõe não apenas um conceito mas sim três conceitos distintos, iniciando pelo primeiro:

“Garantismo” designa um modelo normativo de direito; precisamente, no que diz respeito ao direito penal, o modelo de “estrita legalidade” SG, próprio do Estado de direito, que sob o plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, sob o plano político se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e a maximizar a liberdade, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos. É conseqüentemente, “garantista” todo sistema penal que se conforma normativamente com tal modelo e que o satisfaz efetivamente. (FERRAJOLI, 2002, p. 684).

Desta forma o garantismo penal é a segurança que os cidadãos têm em um Estado Democrático de Direito, onde o poder emana obrigatoriamente do ordenamento jurídico, principalmente da Constituição que atua como um mecanismo para minimizar o poder punitivo e garantir ao máximo a liberdade de cada cidadão. Passamos ao segundo conceito, que tem enfoque na teoria do direito e crítica ao direito:

“Garantismo” designa uma teoria jurídica da “validade” e da “efetividade” como categorias distintas não só entre si, mas, também, pela “existência” ou “vigor” das normas. Neste sentido, a palavra garantismo exprime uma aproximação teórica que mantém, separados o “ser” e o “dever ser” no direito; e, aliás, põe como questão teórica central, a divergência existente nos ordenamentos complexos entre modelos normativos (tendentemente garantistas) e práticas operacionais (tendente antigarantistas), interpretando-a com a antinomia dentro de certos limites fisiológica e fora destes patológica que subsiste entre validade (e não efetividade) dos primeiros e efetividade (e invalidade) das segundas. (FERRAJOLI, 2002, p. 684).

Esse segundo conceito na realidade é uma visão crítica do ordenamento que na teoria do direito poderá ter uma conotação garantista, porém na prática poderia adotar uma força diversa.

Para o terceiro significado de garantismo penal, Ferrajoli traz como base à filosofia do direito e uma crítica à política.

“Garantismo” designa um filosofia política que requer do direito e do Estado o ônus da jurisdição externa com base nos bens e nos interesses dos quais a tutela ou a garantia constituem finalidade. Neste último sentido, o garantismo pressupõe a doutrina laica da separação entre o direito e moral, entre a validade e justiça, entre o ponto de vista interno e ponto de vista externo na valoração do ordenamento, ou mesmo entre o “ser” e o “dever ser” do direito. Equivale à assunção, para fins da legitimação e da perda da legitimação ético-política do direito e do Estado, do ponto de vista exclusivamente externo. (FERRAJOLI, 2002, p. 685).

Neste terceiro e último conceito, diferentemente dos anteriormente abordados, não traz uma visão interna da teoria, mas sim externa. Utiliza um tom crítico, contudo sob um aspecto de análise, através de uma perspectiva externa, ou seja, sendo analisada do ponto de vista normativo, ou do ponto de vista do conflito entre normas.

A teoria do garantismo penal serve então como um freio ideológico para a atuação indiscriminada do Estado na liberdade individual de cada cidadão, devendo utilizar seu poder punitivo como *ultima ratio*.

4 OS PRESSUPOSTOS TEÓRICOS DA PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA NUMA PERSPECTIVA GARANTISTA

4.1 Análise dos Votos dos Ministros e Análise Geral do HC 152752/Pr

A discussão acerca da (in)constitucionalidade da execução provisória da pena após decisão proferida em segundo grau de jurisdição ganhou fervor com a repercussão do Habeas Corpus (HC) 152752/PR, do qual o paciente é o ex-presidente da República, Luiz Inácio Lula da Silva. Tal assunto permeia os debates do Supremo Tribunal Federal desde 2016, quando o pretório excelso refutou o HC 126292/SP o qual autorizou que o réu cumprisse sua pena já em segunda instância, isto é, sem aguardar o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

O Habeas Corpus 126292/SP trouxe alterações sensíveis em relação ao entendimento do STF sobre a constitucionalidade da prisão em segunda instância, isso porque contraditou a compreensão que perpetrava na Corte desde 2009, segundo o qual era inconstitucional a execução antecipada da pena, com exceção das prisões cautelares. O aspecto latente desse entendimento é o debate acerca do princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade, tema que será desenvolvido posteriormente. Assim sendo, o estudo do HC 152752/PR permitirá uma análise sob o prisma da constitucionalidade ou não da prisão penal condenatória em segunda instância.

Para entender o HC em questão, objeto de análise dessa pesquisa, vale uma breve contextualização da conjuntura em que se deu sua impetração. O ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva teria sido denunciado pela Operação Lava Jato em 2016 pelos crimes de lavagem de dinheiro e corrupção passiva, pelo suposto motivo de ter recebido propina da OAS (empreiteira) sob a forma de reforma do apartamento triplex situado na cidade de Guarujá em troca de favorecimentos de contratos firmados entre a OAS e a Petrobrás. O ex-presidente foi condenado em primeira instância a uma pena de 09 anos e 06 meses e teve a pena majorada em 12 anos e um mês pelo Tribunal Regional Federal da 4^o Região (TRF 4), que determinou o início do cumprimento da pena provisoriamente.

Diante disso, os advogados de Lula teriam impetrado HC em face do Superior Tribunal de Justiça, com pedido liminar, entretanto, teve esse denegado. Em razão disso, em fevereiro de 2018 requereu ao Supremo Tribunal Federal o HC 152752/PR, com o objetivo de impedir a execução da pena em segunda instância. Porém, também teve seu pedido denegado por maioria dos votos: 06 contra e 05 a favor. Votaram a favor da concessão do HC os ministros: Gilmar Mendes, Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio Mello e Celso de Mello; e contra os ministros: Edson Fachin, Alexandre de Moraes, Luís Roberto Barroso, Rosa Weber, Luiz Fux e Carmem Lúcia, na época presidente da Suprema Corte.

Os Ministros que votaram pela negativa da concessão do HC pautaram-se na possibilidade de cumprimento provisório da pena em segunda instância, tal como teria ocorrido no HC 126292/SP, já mencionado. Diante disso, seus votos pairam na constitucionalidade do cumprimento da pena antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Percebe-se que os Ministros que votaram pela constitucionalidade do HC descaracterizam qualquer supressão ao princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade, disposto no inciso LVII do artigo 5º da Constituição Federal.

O Ministro Alexandre de Moraes iniciou seu voto a partir de um resgate em relação ao posicionamento do STF sobre a temática, ao expor que na maior parte do tempo, desde a promulgação da Constituição, aquela Corte teria adotado de forma majoritária o entendimento pela possibilidade de execução da pena após decisão em segunda instância (MORAES, 2018). Isto é, segundo o Ministro, a inconstitucionalidade teria durado somente de 2009 a 2016. Outrossim, o Ministro tentou afastar a tese de que os votos pela constitucionalidade teriam sido impulsionados pelo clamor público, ao expor que durante o tempo que prevaleceu a constitucionalidade da medida, 71% dos Ministros do STF a adotaram. Nesse sentido, afirma:

As exigências decorrentes da previsão constitucional do princípio da presunção de inocência não são desrespeitadas mediante a possibilidade de execução provisória da pena privativa de liberdade, quando a decisão condenatória observar todos os demais princípios constitucionais interligados, ou seja, quando o juízo de culpabilidade do acusado tiver sido

firmado com absoluta independência do juízo natural, a partir da valoração de provas obtidas mediante o devido processo legal, contraditório e ampla defesa em dupla instância e a condenação criminal tiver sido imposta, em decisão colegiada, devidamente motivada, de Tribunal de 2º grau, com o consequente esgotamento legal da possibilidade recursal de cognição plena e da análise fática, probatória e jurídica integral em respeito ao princípio da tutela penal efetiva (MORAES, 2018, pp. 145-146).

Além disso, o citado Ministro argumentou que a Constituição deve ser interpretada de maneira sistemática e que os princípios são norteadores do direito e que um princípio pode prevalecer sobre o outro a depender do caso em análise e da técnica de ponderação (MORAES, 2018). Outro argumento oferecido pelo Ministro consiste na tese de que são nas instâncias de primeiro grau (juízo a quo) que são esgotadas a perquirição dos fatos e provas do processo, o que não cabe aos recursos extraordinário e especiais, dos quais são competentes o STF e o STJ. Esse entendimento está expresso tanto na súmula 279 do STF: “para simples reexame de prova não cabe recurso 17 extraordinário.”, como também na súmula 07 do STJ: “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.” (CAPEZ, 2017).

Os ministros que votaram pela constitucionalidade da medida destacaram a demora processual, isto é, o lapso temporal para o início do cumprimento da pena, o que gera o direito a prescrição e impede que o Estado exerça seu papel punitivo. Segundo o Ministro Luis Roberto Barroso, os recursos especial e extraordinário são meramente protelatórios e servem para impedir que a pena seja cumprida. Além disso, o citado Ministro expõe ainda a seletividade do sistema prisional brasileiro (BARROSO, 2018):

[...] que tornou muitíssimo mais fácil prender um menino com 100 gramas de maconha do que prender um agente público ou um agente privado que desviou 10, 20, 50 milhões. Esta é a realidade do sistema penal brasileiro, ele é feito para prender menino pobre e não consegue prender essas pessoas que desviam, por corrupção e outros delitos, milhões de dinheiros, que matam as pessoas (BARROSO, 2018, p. 165).

O supracitado Ministro argumentou, ainda, em relação a impunidade e o descrédito no sistema judiciário pela sociedade brasileira que, segundo ele, são consequências dos infundáveis recursos até o trânsito em julgado. Em complemento

a essa tese, o Ministro Luiz Fux argumentou que o princípio da presunção de inocência deve ser ponderado com os demais, devido a interpretação sistemática da Constituição.

Muito embora tenha sido mantido o entendimento da constitucionalidade da prisão após decisão em segunda instância, é importante perceber que nenhum dos ministros confrontou o argumento de que o princípio da presunção de inocência encontra-se no rol dos direitos e garantias individuais e, dessa forma, apoiado em cláusula pétrea. Essa percepção coloca em xeque o papel do Supremo Tribunal Federal ante a Constituição Federal, que além de relativizar princípios basilares do ordenamento, fragiliza o garantismo assegurado pelo sistema jurídico.

4.2 Considerações Críticas à Execução Provisória da Pena após Decisão Proferida em Segundo Grau de Jurisdição

A cerca do princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade, tema já referido, vale ressaltar seu caráter universal e indispensável, uma vez que versa sobre um direito precípua dos indivíduos e vital para o Estado Democrático de Direito. Com efeito, esse princípio garante que enquanto houver recursos possíveis para caracterizar a não culpabilidade do indivíduo, se mantém a pressuposição de que o mesmo seja inocente (LOPES JÚNIOR, 2019). No ordenamento brasileiro, a presunção de inocência garante a inculpabilidade até o trânsito em julgado da sentença condenatória, assim como expresso no artigo 283 do Código de Processo Penal:

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva. (BRASIL, 1941).

Nesse mesmo sentido, tem-se ainda os artigos 105 e 106, inciso III, da Lei nº 7.210/84 (Lei de Execução Penal):

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

Art. 106. A guia de recolhimento, extraída pelo escrivão, que a rubricará em todas as folhas e a assinará com o Juiz, será remetida à autoridade administrativa incumbida da execução e conterà: [...] III - o inteiro teor da denúncia e da sentença condenatória, bem como certidão do trânsito em julgado. (BRASIL, 1984)

Ocorre que esse princípio encontra-se, também, solidificado no artigo 5º da Constituição Federal da República de 1988 que, não por acaso, compõe a chamada Cláusula Pétrea. Isto é, dispositivos constitucionais que não podem ser alterados, nem mesmo por Proposta de Emenda à Constituição (PEC), assim como conduz o inciso IV do artigo 60 da Constituição Federal de 1988:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

§ 4º. Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: ...

IV - os direitos e garantias individuais.

Vale frisar que os direitos e garantias individuais a que o artigo se refere estão consubstanciados no rol do artigo 5º da Carta Magna:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. (BRASIL, 1988).

Evidencia-se, diante do exposto, que a possibilidade de prisão em segunda instância é um absoluto equívoco, na medida em que violaria um preceito que não pode ser alterado por Proposta de Emenda à Constituição, mas somente por uma nova constituinte.

Vale abrir um breve parêntese para contextualizar, na época em que a Constituição Federal de 1988 foi promulgada estava-se diante de um período de inseguranças e incertezas, em que direitos e liberdades haviam sido suprimidos, tal como elucida (CARDOSO JR., 2009). A insegurança jurídica fazia-se presente diante de um Estado politicamente instável, isso porque, a eleição de 1985 se deu

de forma indireta e resultou na escolha de Tancredo Neves para Presidente. Porém, Tancredo faleceu antes mesmo de sua posse. Diante desse cenário, coube a José Sarney, que era o então vice-presidente de Tancredo, assumir a Presidência e convocar Assembleia Constituinte para que fosse redigida uma nova Constituição.

Assim sendo, diante dessas instabilidades, os constituintes a partir das cláusulas pétreas prezaram pela segurança jurídica, com especial atenção aos direitos individuais ou, os chamados direitos de primeira geração, que compreendem os direitos à liberdade em sentido amplo, à vida, à igualdade, à propriedade, entre outros (ZOUEN, 2019).

Outrora, é relevante enfatizar que o Brasil é signatário do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (1966) e da Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), convenções essas que obrigam os Estados partes a salvaguarda de direitos e garantias aos cidadãos, que no direito internacional são chamados de sujeitos de direito. Decorre que no dia 30 de dezembro de 2004, foi publicado no Diário Oficial da União a Emenda Constitucional (EC) nº 45, que entre outros provimentos, reconhece *status* materialmente constitucional aos tratados e convenções internacionais que versem sobre direitos humanos:

Art. 5º, § 3º. Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Diante disso, percebe-se que o avanço democrático brasileiro fez com que os legisladores brasileiros consagassem os preceitos elencados nessas normas internacionais como garantias constitucionais, no sentido que “serão responsabilizados os países signatários que descumprirem com as normas de convenção internacional, em que defende a presunção de inocência, até que se prove a culpa do acusado em sentença condenatória transitada em julgado” (BRASIL, 2016). Sendo assim, a presunção de inocência constitui-se como “um pressuposto e o parâmetro de todas as atividades estatais concernentes à repressão criminal” (GOMES FILHO, 1992, p. 19).

O tema ora tratado teria ganhado populismo político, especialmente em tempos de eleição, porém, não se pode desconsiderar que entre a opinião e o senso comum paira a subversão da ordem jurídica e torna tábula rasa um preceito fundamental para a existência do Estado Democrático de Direito (ABDOUNI, 2019). Nesse sentido, afirma o ex-ministro do STJ Celso de Mello:

"(...) reflete preocupante inflexão hermenêutica de índole regressista no plano sensível dos direitos e garantias individuais, retardando o avanço de uma agenda judiciária concretizadora das liberdades fundamentais. Que se reforme o sistema processual, que se confira mais racionalidade ao modelo recursal, mas sem golpear um dos direitos fundamentais a que fazem jus os cidadãos de uma república (...)".

Segundo Aury Lopes Júnior, há autores que consideram a prisão em segunda instância um instituto aceitável, porque como não há análise de provas e fatos nos recursos especial e extraordinário o réu já poderia ser considerado culpado naquela instância. Esse argumento traz à tona o debate acerca da diferença de presunção de inocência e não culpabilidade.

Muito embora a doutrina entenda se tratar de sinônimos, há quem defenda que “uma vez condenado em primeira instância (com a confirmação da condenação em segunda instância) não há mais presunção de que o acusado é inocente, mas apenas não culpado definitivamente, já que ainda cabe recurso da decisão” (ALMEIDA, 2019, p. 16). Nesse mesmo sentido, a Ministra Ellen Gracie, afirma em seu voto no habeas corpus 84.078-7/MG: “a presunção de inocência é substituída, a partir da sentença confirmada, por um juízo de culpabilidade, embora não definitivo, já que sujeito à revisão”.

Porém afirma Lopes Junior (2019) que essa premissa é, em verdade, falaciosa, uma vez que no sistema brasileiro o réu somente pode ser considerado culpado após o transcurso inteiro do processo penal, ou do então trânsito em julgado. Nesse sentido, explica Lima (2019, p.51):

O caráter extraordinário dos recursos especial e extraordinário, bem como o fato de serem recursos de fundamentação vinculada e limitados ao reexame de questões de direito não é um argumento legítimo para sustentar a execução antecipada da pena. Isso porque o caráter 'extraordinário' desses recursos não afeta o conceito de trânsito em julgado expressamente estabelecido pelo art. 283 do CPP como marco final do processo para fins de execução da pena.

Além disso, (LOPES JÚNIOR, 2019) considera, também, uma falácia o argumento de que a prisão em segunda instância resolveria o combate à impunidade no Brasil, bem como a dilação extensiva em relação ao julgamento dos recursos. O autor aduz, ainda, que o Supremo Tribunal Federal não deve se ater aos anseios sociais, mas sim ao dever de resguardar a Constituição Federal e garantir que seus preceitos sejam cumpridos. Diante disso, analisa-se que a prisão em segunda instância enfrenta um longo debate pela complexidade de se ter de um lado o clamor popular que defende o fim da impunidade e da procrastinação e de outro a defesa de um princípio constitucional e internacional.

Porém, nesse diapasão, há de se concordar com a ministra Rosa Weber, segundo a qual “cabe ao Supremo tão somente definir se a opção do legislador encontra impedimento na Constituição, ou, dito de outra forma, se com ela guarda conformidade” (WEBER, ADC, 43, 44 e 54, 2019, p. 31). O STF, portanto, deve se limitar a analisar a constitucionalidade ou não, não sendo o seu papel reescrever o texto constitucional.

Diante da perspectiva garantista, a preservação da presunção de inocência é essencial para o ordenamento brasileiro, tanto em relação ao devido processo legal, como para a garantia da dignidade da pessoa humana (BITTENCOURT, 2018). Isso porque, como bem explica o mencionado autor, com a possibilidade de execução da pena privativa de liberdade firmada em segunda instância o princípio da presunção de inocência estaria sendo contrariado e conseqüentemente, também, o princípio da proibição do retrocesso, que vem para impor segurança aos progressos já alcançados pela sociedade brasileira.

Vale ponderar, ainda, que em novembro de 2019 o STF julgou as Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43, 44 e 54, segundo as quais considerou procedente a inconstitucionalidade da prisão condenatória em segundo grau de

jurisdição. O que se percebe, diante disso, é que o STF ao sustentar o argumento jurídico venceu o canto das sereias, isto é, as pressões e anseios da população que rogam por um Estado punitivista e inconstitucional (STRECK, 2019).

Essa contextualização pode nos demonstrar a importância da preservação da presunção de inocência, a fim de proteger a segurança jurídica e a dignidade da pessoa humana - imperativos do Estado Democrático de Direito. Sendo assim, apesar de ser entendível a indignação do público leigo acerca da proibição da prisão em segunda instância, o que não se pode discutir é que o legislador constituinte originário optou por “adotar regra garantista inabalável — no campo dos direitos e garantias fundamentais —, segundo a qual ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (ABDOUNI, 2019). Dito isso, muito embora alguns Ministros do STF tenham mantido seu posicionamento alheio ao garantismo penal, em que pese a supressão do princípio da presunção de inocência, deve-se considerar que o Supremo Tribunal Federal não deve renunciar seu papel de guardião da Constituição Federal em detrimento da satisfação da opinião pública.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se, portanto, que em análise ao histórico constitucional, percebe-se que houve grandes mutações no posicionamento da execução provisória da pena, uma vez que ora era tida como constitucional, ora inconstitucional, considerando que as decisões tratavam-se de casos concretos com base no art. 5º, inciso LVII da Constituição Federal e no bojo de habeas corpus.

Diante do exposto no presente estudo, cabe afirmar que a decisão do Supremo Tribunal Federal relativo ao *Habeas Corpus* 152752/PR tem caráter inconstitucional e, ao adentrar no teor legal da discussão, cabe levantar as constantes mudanças de entendimento, que podem ser entendidas tão somente como grande necessidade de ceder à opinião pública, erro grave, uma vez que jamais uma vida de justiça poderá ser baseada nos achismos da população.

É de se observar, também, a atual situação de instabilidade social, econômica e política do país, que, ao que tudo indica, ao levar a responsabilidade de interesses de pessoas de poder elevado até o STF, acabam causando também temor ao STF, tornando-o muitas vezes covarde ao tratar de assuntos tão polêmicos no âmbito de sua esfera legal. Ao passo que o Supremo Tribunal Federal permite que atos e decisões inconstitucionais como essas invadam seu poder de tomada de decisões, o estado democrático de direito será diretamente afetado e ameaçado, pois o Estado não sustenta a responsabilidade de firmar-se iltibado e corajoso perante as pressões políticas e sociais da população e de figuras importantes, por ser o detentor máximo de guarda da Constituição.

Isto posto, infelizmente denota-se do conteúdo estudado que o princípio da presunção da inocência vem sendo veementemente violado, em um movimento pendular no que se refere a avanços e retrocessos, cabendo aos estudantes do nobre direito lutar pelo direito de justiça e pela conservação real dos direitos elencados na Constituição Pátria, exigindo avanços quanto à dignidade e respeito ao ser humano e a manutenção de direitos já conquistados e consolidados, prática que não vem sendo observada em sua totalidade no decorrer das decisões estudadas nesta pesquisa.

Tendo como base o estudo feito sobre os votos do HC 152752/PR percebeu-se que os argumentos favoráveis à conservação da prisão em segunda instância do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva levaram em consideração o clamor público, fortemente influenciado pelo descrédito do poder judiciário e pelo imediatismo punitivista. Portanto, o que se observa é o desrespeito ao princípio da presunção de inocência calcado em argumentos e justificativas políticas que perfazem o enfraquecimento do garantismo e, conseqüentemente, da Constituição de 1988.

Diante disso, conclui-se que não se pode desconsiderar que o papel do Supremo Tribunal Federal é, precipuamente, o de garantir o cumprimento da Constituição Federal em detrimento de possíveis excessos e supressões de direitos. Tal como o exerceu no julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43, 44 e 54 ao julgar inconstitucional a prisão após condenação em segunda instância. Dito isso, a análise do HC 152752/PR e as reflexões construídas na pesquisa permitiram perceber que a Suprema Corte agiu na contramão do garantismo penal ao julgar constitucional a prisão provisória em segunda instância do HC em questão.

REFERÊNCIAS

ABDOUNI, Adbi. **Prisão em segunda instância é tema que empolga multidões**. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-out-30/adib-abdouni-prisao-segunda-instancia>. Acesso em: 19 mai 2021.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: **A Nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Org. Luís Roberto Barroso. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil**. In: BOLETIM de Direito Administrativo, São Paulo, ano 23, n. 1, p. 20-49. jan. 2007.

BONAVIDES, Paulo Oliveira. **Curso de direito constitucional**. 28. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2013.

BRASIL, Constituição (1988) **Constituição da República Federativa do Brasil**, 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BRASIL, Deiton Ribeiro. **A garantia do Princípio constitucional da presunção da inocência (ou de não culpabilidade): Um diálogo com os direitos e garantias fundamentais**. Revista de Direito Brasileira, São Paulo, SP, v. 15, n. 6, p. 378 – 379, 7dez. 2016. Disponível em: file:///E:/Downloads/3038-7761-1-PB.pdf. Acesso em: 11 maio 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 7**. A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/docs_internet/VerbetesSTJ_asc.pdf>. Acesso em: 01 ago. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus n. 152.752 da segunda turma do Supremo Tribunal Federal**. Diário da Justiça Eletrônico. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=15132272>>. Acesso em: 01 ago. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 279**. Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2174>>. Acesso em: 01 ago. 2021

CAPEZ, F. **Curso de Processo Penal.**{Biblioteca Virtual}. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CARDOSO JR., José Celso. **A Constituição brasileira de 1988 revisitada: recuperação histórica e desafios atuais das políticas públicas nas áreas econômica e social**. Brasília: Ipea, 2009. v.1.

Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Institui o Código de Processo Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 12 ago. 2021.

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella. **Do positivismo ao pós-positivismo jurídico: o atual paradigma jusfilosófico constitucional**. 2011. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242864/000910796.pdf?sequence>. Acesso em: 13 jul 2021.

FERRAJOLI, Luigi, **Direito e Razão** (Teoria do Garantismo Penal), 4 ed. – São Paulo, RT, 2014.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 2010, p. 785-786.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Editora dos tribunais, 2002.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Prisão cautelar e o princípio da presunção de inocência. In: Fascículos de Ciências Penais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, ano 5, vol. 5, jan.-mar. 1992.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

Lei nº 7.210 de julho de 1984. **Institui a Lei de Execuções Penais**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 19 ago. 2021.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal: Volume Único**. 7ª Ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2019.

LOPES Jr. Aury. **Direito Processual Penal**, 16ª Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet: **Curso de direito constitucional**, 8. ed. Ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

MORAES, Alexandre de; **Constituição do Brasil, interpretada e legislação constitucional**. 9. ed. atual. até a EC nº 71/12. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2013.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

SABADELL, Ana Lúcia. **Manual de sociologia jurídica**: introdução a uma leitura externa do direito. 3 ed. Ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a letra da lei é uma atitude positivista? **Revista Novos Estudos Jurídicos** – Eletrônica. vol. 15. n. 1. p. 158-173. jan.-abr. 2010. Disponível em: [www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/2308]. Acesso em: 15 mai 2020.

TALON, Evinis. **Prisão após a segunda instância x princípio da presunção de inocência**. Online. 2018. Disponível em: <https://evinistalon.jusbrasil.com.br/artigos/549316400/prisao-apos-a-segunda-instancia-x-principio-da-presuncao-de-inocencia>. Acesso em: 14 jul 2021.

VALE, André Rufino do. **Estrutura das normas de direitos fundamentais**: repensando a distinção entre regras, princípios e valores. São Paulo: IDP/Saraiva, 2009.

VIANA, Débora. **A prisão em segunda instância e a valoração da segurança coletiva em detrimento do princípio da não culpabilidade**. Online. 2018. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/10661/A-prisao-em-segunda-instancia-e-a-valoracao-da-seguranca-coletiva-em-detrimento-do-principio-da-nao-culpabilidade>. Acesso em: 09 jul 2021.

ZOUEIN, Luís Henrique Linhares. **Em que consistem e quais são as “gerações” de direitos fundamentais?** Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2019/08/09/em-que-consistem-e-quais-sao-geracoes-de-direitos-fundamentais/>. Acesso em: 18 jun 2021.