

X ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI VALÊNCIA – ESPANHA

**DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E
CRIMINOLOGIA**

LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO

MATHEUS FELIPE DE CASTRO

LUIS ANDRÉS CUCARELLA GALIANA

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuitiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch – UFSM – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Unifor – Ceará

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – Fumec – Minas Gerais

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC – Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF/Univali – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D598

Direito penal, processo penal e criminologia [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/2020

Coordenadores: Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro; Matheus Felipe De Castro; Luis Andrés Cucarella Galiana – Florianópolis:
CONPEDI, 2020 / Valência: Tirant lo blanch, 2020.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-002-2

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Crise do Estado Social

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Congressos Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. X Encontro Internacional do CONPEDI Valência – Espanha (10:2019 :Valência, Espanha).

CDU: 34

X ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI VALÊNCIA – ESPANHA

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CRIMINOLOGIA

Apresentação

O Brasil passa por grandes transformações em seu Sistema de Justiça Criminal. O surgimento da denominada "Operação Lava Jato" com suas práticas; a tramitação no Congresso Nacional de um anteprojeto de Código de Processo Penal; as pressões legislativas, oriundas do Ministério da Justiça em torno da "flexibilização" dos princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade processuais penais, com adoção mais ampla de institutos e práticas ligadas ao que vem sendo chamado de "justiça penal negociada", estão impactando fortemente a tradição de uma matriz que atravessou os séculos XX e XI. O grande desafio é, sem preconceitos, analisar as propostas e verificar no que elas podem representar avanços ou retrocessos para uma nação que se encontra às vésperas de um caos de violência individual e institucional e que não conseguirá superá-las sem debate democrático e muita criatividade, aceitando o desafio de quebrar naturalidades e pensar as instituições do futuro. Esse foi o espírito dos pesquisadores que se reuniram entre os dias 05 a 07 de setembro de 2019, na cidade de Valência, na Espanha, para a realização do X Encontro Internacional do CONPEDI, no GT Direito Penal, Processo Penal e Criminologia I. Os organizadores desejam a todos e a todas uma excelente leitura, com vistas à compartilhar com a comunidade acadêmica uma síntese dos debates realizados.

Prof. Dr. Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro - ESDHC

Prof. Dr. Matheus Felipe De Castro - UFSC

Prof. Dr. Luis Andrés Cucarella Galiana - UV

OS NOVOS DISCURSOS PUNITIVISTAS E A MITIGAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: UMA ANÁLISE SOBRE A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA

NEW PUNITIVE SPEECHES AND THE MITIGATION OF FUNDAMENTAL RIGHTS: AN ANALYSIS ON THE PROVISIONAL EXECUTION OF THE SENTENCE

Camila Canazaro Coutinho ¹

Vanessa Chiari Gonçalves ²

Resumo

O artigo tem como objetivo verificar de que forma os discursos punitivistas afetam os direitos fundamentais dos cidadãos no Brasil atualmente, especialmente, no conflito entre a presunção de inocência e a execução provisória da pena. Realiza-se um estudo acerca do princípio da presunção de inocência e da prisão preventiva, analisando-se as mudanças no entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca da viabilidade da execução provisória da pena após a condenação em segunda instância. Adota-se o método dialógico de abordagem e as técnicas de revisão bibliográfica e de análise de julgados, utilizando a criminologia crítica como marco teórico.

Palavras-chave: Discursos punitivistas, Presunção de inocência, Prisão preventiva, Execução provisória da pena, Habeas corpus nº 126.292/sp

Abstract/Resumen/Résumé

This article has as objective to verify the way punitive speeches affect the fundamental rights of citizens in Brazil nowadays, specially, in the conflict between the presumption of innocence and the provisional execution of the sentence. It is done a study on the principle of presumption of innocence and provisional imprisonment, analysing the changes on the understanding of the Supreme Court on the viability of the provisional execution of a sentence after the second instance conviction. It adopted the dialogic method of approach and the techniques of bibliographic review and analysis of decisions, using critical criminology as a theoretical mark.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Punitive speeches, Presumption of innocence, Provisional imprisonment, Provisional execution of the sentence, Habeas corpus nº 126.292 /sp

¹ Mestranda em Direito pela UFRGS com bolsa de estudos CAPES, Especialista em Direito Penal e Política Criminal pela UFRGS, Graduada em Direito pela PUCRS.

² Doutora em direito pela UFPR, Pós- doutoranda em criminologia na Universidade da Califórnia com bolsa de estudos CNPq, Professora Adjunta do PPGD e do Departamento de Ciências Penais da UFRGS.

1 Introdução

Nas últimas décadas, ao mesmo tempo em que emergiram novos discursos punitivistas, fundados no argumento do combate à impunidade, observou-se uma expansão significativa do encarceramento em massa no Brasil. A população prisional brasileira, de acordo com o último Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias de Junho de 2016, pela primeira vez na história ultrapassou a marca de 700 mil pessoas privadas de liberdade. Nesse sentido, conforme o *World Prison Population List* elaborado em 2018, o Brasil tornou-se o terceiro país com maior índice de pessoas aprisionadas no mundo. Destaca-se que 40% das pessoas presas no Brasil ainda não foram julgadas ou condenadas definitivamente (BRASIL, 2017).

Nesse contexto, surge o problema de pesquisa que este artigo se propõe a responder: De que forma os discursos punitivistas afetam os direitos fundamentais dos cidadãos no Brasil, especialmente quanto ao conflito entre a presunção de inocência e a execução provisória da pena?

Utiliza-se como marco teórico o aporte da criminologia crítica numa perspectiva minimalista do direito penal. O método de abordagem adotado é o dialógico e as técnicas de pesquisa utilizadas são a revisão bibliográfica e a análise dos julgados do Supremo Tribunal Federal relacionados à execução provisória da sentença penal condenatória, confirmada em segunda instância

Inicialmente, realizam-se breves apontamentos sobre o marco teórico adotado. Depois, analisa-se o princípio da presunção de inocência, abordando-se o tema da prisão preventiva e os julgamentos do *Habeas Corpus* 84.078/MG e do *Habeas Corpus* 126.292/SP. Por fim, examina-se o julgamento do *Habeas Corpus* 126.292/SP e sua incompatibilidade com o disposto na Constituição Federal.

2 Contextualizando o aporte criminológico

Demonstra-se relevante, a partir da perspectiva da criminologia crítica, a qual se toma como marco teórico desta pesquisa, realizar uma análise nos discursos utilizados nos últimos tempos para que seja possível compreender a lógica punitivista contemporânea, a qual consequentemente repercute no aumento de pessoas encarceradas sem condenação definitiva.

Eugênio Zaffaroni lembra que, nos últimos anos, ocorreu uma transformação regressiva no campo da política criminal, passando-se do debate de políticas abolicionistas e reducionistas ao debate da expansão do poder punitivo, tendo como destaque o tema do

inimigo da sociedade. Refere que a presença do inimigo da sociedade no direito penal possui um caráter político, por mais que se oculte sob os “enfeites” jurídicos (2007, p. 13-25).

Assim, a utilização da categoria de inimigo público, o que faz com que o “bandido” perca a sua condição de pessoa e se torne a personificação do mal, serve como justificativa para as arbitrariedades repressivas contra a população mais vulnerável ou excluída no Brasil (GONÇALVES, 2014, p. 131)

Ademais, observa-se que o “novo discurso da política criminal insistentemente invoca a revolta do público, cansado de viver com medo, que exige medidas fortes de punição e proteção” (GARLAND, 2008, p. 54). Em que pese, Garland faça uma análise no cenário contemporâneo nos Estados Unidos e na Grã-Bretanha, a mesma serve para o contexto brasileiro atual, onde se identifica semelhanças no discurso punitivo. Há uma a difusão das retóricas do tipo “bandido *versus* cidadão de bem” e “Brasil, o país da impunidade” na sociedade o que, conseqüentemente, influencia na chamada expansão do direito penal, bem como no aumento do encarceramento.

Não obstante, o Supremo Tribunal Federal, em 17 de fevereiro de 2016, realizou o julgamento da ação de *Habeas Corpus* 126.292/SP, no qual entendeu que a execução provisória da pena, após condenação em segundo grau, ainda que pendentes os julgamentos dos recursos especial e extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência. Nesse condão, merece destacar Amaral:

Ademais, quando falamos do exame daquilo que podemos aprofundar e chamar de pré-ocupação de inocência o quadro toma tons ainda mais sombrios: naturalização do abuso das prisões provisórias, a ostensividade midiática despudorada no uso de algemas e a exploração das imagens de investigados e processados, prisões como forma de coação para obter confissões em megaprocessos capitaneados por messianismos judiciais, chegando até mesmo ao absurdo da “inversão do ônus probatório em matéria criminal” fragorosamente declarada por um Ministro no julgamento da AP 470 (“Mensalão”). Todo este corolário de violências naturalizadas apenas teve sua pá de cal no HC 126.292 (2016, p.03).

É importante esclarecer que o Estado Democrático de Direito surgiu fundado na concepção de que um indivíduo somente será privado de sua liberdade quando cometer um crime e for condenado por ele. O conceito de crime é extremamente difícil de se estabelecer. No ocidente, até o século XIX, acreditava-se no significado imutável do crime com base em uma divisão entre boas e más ações advindas da religião e dos costumes (BRETAS, 2018, p. 13). Atualmente, reconhece-se a variabilidade do crime, afirmando-se que o ele é produto de uma definição social. Todos os grupos sociais elaboram regras e tentam impô-las, sendo que

essas regras definem situações e comportamentos apropriados, determinando algumas ações como corretas e proibindo outras que são consideradas incorretas (BECKER, 2008, p. 15).

No mesmo sentido, Sutherland expõe que a sociedade política define certos atos como indesejáveis e apesar da definição alguns indivíduos persistem na conduta desses atos, de forma que assim cometem crimes (1949, p. 09). Contudo, Becker critica o fato de que a pesquisa científica passou a aceitar a premissa de que há algo inerentemente desviante em atos que infringem regras sociais e, também, que o ato desviante ocorre em razão de alguma característica da pessoa. O autor entende, então, que o desvio é criado pelas reações dos indivíduos a determinados comportamentos e pela rotulação desse comportamento como desviante (2008, p. 17-30).

Não obstante, no tocante à punição, é importante referir que historicamente, em meados do século XVIII, ocorreram protestos contra os suplícios a partir da ideia de que era preciso punir de outro modo. Os reformadores penais pregavam o fim dos castigos corporais que ocorriam na época e a adoção de pena mais humanizada. Dessa forma, colocou-se o homem como limite de direito e como fronteira legítima do poder de punir para servir de objeção à prática dos suplícios (FOUCAULT, 2014, p. 73-75). A prisão tornou-se a peça essencial no conjunto das punições e marcou um momento importante na história da justiça penal (*Ibidem*, p. 223).

De acordo com Habermas, a coletividade para se constituir em uma comunidade de direito precisa de uma instância central autorizada para agir em nome do coletivo. Nesse sentido, expõe que:

O Estado é necessário como poder de organização, de sanção e de execução, porque os direitos têm que ser implantados, porque a comunidade de direito necessita de uma jurisdição organizada e de uma força para estabilizar a identidade, e porque a formação da vontade política cria programas que têm que ser implementados (1997, p.170-171).

É nesse condão que o Estado mantém como reserva um poder militar que tem como fim garantir o seu poder de comando (*Ibidem*, p. 170). Dessa forma, o Estado tornou-se titular exclusivo do poder de punir a partir do momento em que foi suprimida a vingança privada e que foram adotados critérios de justiça. Por isso:

(...) a pena é estatal (pública), no sentido de que o Estado substituiu a vingança privada e, com isso, estabeleceu que a pena é uma reação do Estado contra a vontade individual. Estão proibidas a autotutela e a “justiça pelas próprias mãos”. A pena deve estar prevista em um tipo penal e cumpre ao Estado definir os tipos penais e suas conseqüentes penas, ficando o tema completamente fora da disposição dos particulares vedada, assim, a “justiça negociada” (LOPES JR., 2018, p. 58).

O ser humano é inconcebível fora de relações interativas, seja de cooperação ou de conflito, as quais acabam por criar estruturas de poder. Essas estruturas avançaram desde o colonialismo no século XV, o neocolonialismo no século XVIII e a globalização no século XX, de forma que cada momento histórico foi precedido por uma transformação econômica, política e social (revolução- mercantil, industrial e tecnológica). Entretanto, o exercício do poder planetário sempre necessitou de um poder interno nas potências dominantes. Nesse contexto, Zaffaroni entende que o poder punitivo é o instrumento para o exercício do poder interno (2010, p.05-06).

Dessa forma, o sistema penal é um mecanismo de controle social que disciplina o comportamento humano na sociedade. Uma vez praticadas as condutas que são legalmente etiquetadas como crime por decisões políticas, o Estado será acionado e a pena será o instrumento do poder punitivo do Estado (KARAN, 2009. p. 02).

Luigi Ferrajoli refere que o Estado de Direito consiste em um conceito amplo e genérico que possui múltiplas e variadas ascendências na história do pensamento político (2002, p. 687). No entanto, entende-se que em um Estado democrático de Direito as normas penais devem ter apenas o objetivo de assegurar aos cidadãos uma coexistência pacífica e livre, sob a garantia de todos os direitos humanos (ROXIN, 2006, p. 17).

Para Aury Lopes Jr., o Estado de Direito teria surgido com o liberalismo e após uma época de arbitrariedades que antecedeu a Declaração dos Direitos do Homem de 1789, como uma superação ao Estado de Polícia que negava ao cidadão toda a garantia de liberdade. (2010, p. 37). Eugênio Zaffaroni esclarece, por sua vez, que existe uma dialética contínua entre o Estado de direito e o Estado de polícia, de forma que o Estado de direito carrega em seu interior o Estado de polícia que “nunca cessa de pulsar, procurando furar e romper os muros que o Estado de direito lhe coloca”, e assim, o Estado de polícia está sempre inventando novos inimigos (2007, p. 170).

Pode-se concluir, contudo, que a dicotomia entre Estado de Polícia e Estado de Direito pode ser observada a partir da violência policial que é empregada seletivamente contra os estratos economicamente mais baixos, fazendo com que coexistam paralelamente duas modalidades de Estado. Um Estado de Direito, aplicável aos estratos médios e às elites, e um Estado de Polícia permanentemente ativo e seletivo direcionado àqueles indivíduos considerados inimigos de ocasião ou subcidadãos (GONÇALVES, 2014, p. 183).

3 Os direitos fundamentais e o princípio da presunção de inocência

Inicialmente, é relevante formular uma definição sobre direitos fundamentais. Nesse condão, Marmelstein entende que:

(...)os direitos fundamentais são normas jurídicas, intimamente ligadas à ideia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder, positivadas no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito, que, por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico (2018, p. 18).

Assim, os direitos fundamentais não podem ser entendidos apenas como um poder de restrição ao poder público e aos particulares com relação a determinados direitos que são assegurados em uma Constituição. Eles são, também, prerrogativas que asseguram diversas posições jurídicas ao cidadão, de forma a permiti-lo a exercer sua liberdade constitucionalmente assegurada (FÜRST; ROSADO, 2018, p. 62).

Não obstante, defende-se a tese da existência de direitos fundamentais não enumerados. As normas de direito fundamental são aquelas expressas em textos constitucionais, mas a questão dos direitos não se resume aos mesmos textos. Os direitos não enumerados “podem ser entendidos como aqueles cujas normas decorrem de uma interpretação renovadora e atualizada que se faz do regime e dos princípios da Constituição” (PARDO, 2005, p. 244-245).

A ideia de liberdade é recorrente na Constituição desde o Preâmbulo, de forma que a palavra ‘liberdade’ aparece dezessete vezes ao longo do texto. Tal fato demonstra tratar-se de uma vontade política reiterada para reforçar que a liberdade deve ser entendida como regra, e não exceção (FÜRST; ROSADO, 2018, p. 64).

Nesse sentido, ao Estado é vedado aplicar qualquer restrição à liberdade do indivíduo sem o devido processo legal. Contudo, devido ao receio de retrocesso cultural e à necessidade de prevenir perigos, os quais já ocorreram no país, foi necessário que o Constituinte descrevesse de forma mais detalhada os múltiplos aspectos do princípio do devido processo legal, assegurado no artigo 5º, inciso LIV (*Ibidem*, p. 67).

Cabe referir que tanto as regras como os princípios são normas, pois dizem o que deve ser, “podem ser formulados por meio das expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição”. Trata-se apenas de uma distinção quanto às espécies de normas. Há diferentes critérios para se fazer a distinção, podendo-se chegar a conclusões distintas. Para Alexy, há uma diferença de ordem qualitativa entre regras e princípios. Nesse sentido, “princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro

das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”. Assim sendo, os princípios são “mandamentos de otimização” (2015, p.87-90).

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso LVII afirma que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Trata-se do princípio da presunção de inocência. O princípio da presunção de inocência, já vislumbrado no direito romano por meio da máxima *in dubio pro reo*, foi consagrado em 1789 na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, consoante seu artigo 9º¹, o qual expõe que todo homem é presumidamente inocente até que tenha sido declarado culpado (BONATO, 2013, p. 122-124).

Desde então, esse princípio foi reconhecido e incorporado em outras declarações internacionais de direitos humanos. A Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, inseriu o princípio da presunção de inocência em seu artigo 11º². O Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana sobre os Direitos Humanos), de 1969, adotou o princípio da presunção de inocência no artigo 8º, no qual expressa que “toda pessoa acusada de um delito tem o direito a que seja presumida sua inocência enquanto não for estabelecida legalmente a sua culpabilidade”. O Brasil, por sua vez, ratificou o Pacto de São José da Costa Rica e o incorporou no ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto n.º 678, de 1992.

4 A prisão preventiva: algumas considerações

No ordenamento jurídico brasileiro, a prisão preventiva é uma modalidade de prisão cautelar, a qual pode ocorrer no curso de um processo penal ou de uma investigação criminal preliminar. Essa prisão é uma medida cautelar que deve ser decretada apenas excepcionalmente, uma vez que não há uma pena definitiva a ser executada, tampouco foi declarada por definitivo a culpabilidade do imputado, diante do princípio da presunção de inocência.

Acerca das medidas cautelares de natureza processual penal, Aury Lopes Jr. refere que elas “buscam garantir o normal desenvolvimento do processo e, como consequência, a eficaz aplicação do poder de punir. São medidas destinadas à tutela do processo” (2017, p.24).

Ao longo dos tempos, a prisão preventiva serviu para diversas finalidades, direcionando-se a diferentes caminhos, tais como: antecipação da pena, meio de evitar o

¹ Artigo 9º: Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei.

² Artigo 11, §1: Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.

perigo de fuga, garantir os meios de provas ou assegurar a presença do imputado no cumprimento dos atos instrutórios. Em meados do século XX, após a Segunda Guerra Mundial, diante das atrocidades ocorridas no âmbito mundial, o Direito Penal e o Direito Processual Penal se direcionaram à prevenção de riscos futuros, de forma que a prisão preventiva se converteu também em um mecanismo de prevenção de perigos (SANGUINÉ, 2014a, p. 219-221).

Com a ansiedade de evitar riscos futuros, a partir do chamado fenômeno da expansão do direito penal, panpenalismo ou neopunitivismo, o direito penal deixa de punir o que já ocorreu- o paradigma clássico dos delitos de resultado - e define, atualmente, seu paradigma como constituído pelos delitos de perigo abstrato - aqueles que por regra desligam da infração penal a verificação dos riscos reais ocorridos. Simultaneamente, a partir da abertura da aplicação do direito penal provocada pelo fenômeno da expansão, possibilita-se a chamada pena antecipada, especialmente por meio do encarceramento preventivo, o qual deixa de ser reconhecido como *ultima ratio* da política social e se torna a *prima ratio* (MAIER, 2012, p. 16- 17).

No Brasil, conforme expõe Sanguiné, a decretação de medidas cautelares, através da prisão preventiva, tem por finalidade prevenir um perigo. Para que se legitime essa medida, que implica uma inversão na ordem natural do devido processo legal, é imprescindível à coexistência de dois pressupostos denominados de *fumus commissi delicti* e *periculum libertatis* (2014b, p. 05-06).

O *fumus commissi delicti* significa a probabilidade da ocorrência de um delito que de acordo com o Código de Processo Penal é a prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. Por sua vez, o *periculum libertatis* é o perigo que ocorre diante da liberdade do imputado, no qual o Código de Processo Penal prevê como o risco para a ordem pública, ordem econômica, conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal (LOPES JR., 2017, p. 97- 98).

Destaca-se que um segmento da jurisprudência dos tribunais superiores, faz o uso do clamor público como fundamento para a decretação da prisão preventiva, enquadrando-o no conceito indeterminado de garantia da ordem pública. Por sua vez, o conceito de clamor público é extremamente amplo e múltiplo, sendo incompatível com um sistema constitucional que se baseia na ideia de segurança jurídica e na eficácia dos direitos fundamentais. Assim, é inconstitucional a utilização da prisão preventiva para acalmar o alarma social ocasionado pelo delito, pois esta não pode ser concebida como uma pena antecipada com o objetivo de prevenção. Ao atribuir a função de prevenção à prisão preventiva, coloca-se em perigo o

esquema constitucional de Estado de Direito, pois vulnera o princípio constitucional da presunção de inocência e da liberdade dos cidadãos (SANGUINÉ, 2003, p. 113-115).

Não obstante, de acordo com o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, elaborado pelo Departamento Penitenciário Nacional, do Ministério da Justiça e Segurança Pública, em 2016, a população prisional brasileira era de 726.712 presos, sendo que 40% das pessoas presas não haviam sido julgadas e condenadas. Por sua vez, especificamente, com relação às mulheres aprisionadas no Brasil, esse percentual é mais alto, no sentido que 45% das presas não possuíam condenação, de acordo com o Infopen Mulheres elaborado no mesmo ano (BRASIL, 2017).

Assim, no Brasil, verifica-se o uso abusivo e excessivo dessa espécie de prisão cautelar. Além da elevada proporção de pessoas presas preventivamente no sistema carcerário, há o problema da fundamentação utilizada para a decretação dessa medida cautelar que, muitas vezes, é clamor público.

5 Os Julgamentos dos *Habeas Corpus* 84.078/MG³ e *Habeas Corpus* 126.292/SP⁴ pelo Supremo Tribunal Federal

³EMENTA: 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 a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão. 5. Prisão temporária, restrição dos efeitos da interposição de recursos em matéria penal e punição exemplar, sem qualquer contemplação, nos "crimes hediondos" exprimem muito bem o sentimento que EVANDRO LINS sintetizou na seguinte assertiva: "Na realidade, quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está querendo fazer o mal, se equipara um pouco ao próprio delinqüente". 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. 7. No RE 482.006, relator o Ministro Lewandowski, quando foi debatida a constitucionalidade de preceito de lei estadual mineira que impõe a redução de vencimentos de servidores públicos afastados de suas funções por responderem a processo penal em razão da suposta prática de crime funcional [art. 2º da Lei n. 2.364/61, que deu nova redação à Lei n. 869/52], o STF afirmou, por unanimidade, que o preceito implica flagrante violação do disposto no inciso LVII do art. 5º da Constituição do Brasil. Isso porque --- disse o relator --- "a se admitir a redução da remuneração dos servidores em tais hipóteses, estar-se-ia validando verdadeira antecipação de pena, sem que esta tenha sido precedida do devido processo legal, e antes

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a respeito da (in)compatibilidade da execução provisória da pena com o princípio constitucional da presunção de inocência tem oscilado no decorrer dos anos. Desde 2009, o Supremo Tribunal Federal tinha o entendimento de que o recurso interposto pela defesa contra decisão condenatória seria recebido com efeito devolutivo e suspensivo, de forma que não se admitia a execução provisória da pena, pois não havia o trânsito em julgado da sentença para a defesa. Trata-se do entendimento que havia sido consolidado em razão do julgamento do *Habeas Corpus* 84.078/MG, tendo como relator o Ministro Eros Grau.

O caso deste *Habeas Corpus* refere-se a Omar Coelho Vítor, renomado produtor de leite da região de Comarca de Passos/ MG, julgado por tentativa de homicídio duplamente qualificado⁵ e condenado à pena de 07 (sete) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime inicialmente fechado. A defesa interpôs recurso extraordinário e especial. O Ministério Público requereu a prisão preventiva antes da admissão do recurso especial, requerimento que foi acolhido.

Importante destacar algumas partes do voto vencedor do Relator Ministro Eros Grau neste julgamento:

(...)12. Aliás a nada se prestaria a Constituição se esta Corte admitisse que alguém viesse a ser considerado culpado --- e ser culpado equivale a suportar execução imediata de pena --- anteriormente ao trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Quem lê o texto constitucional em juízo perfeito sabe que a Constituição assegura que nem a lei, nem qualquer decisão judicial imponham ao réu alguma sanção antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Não

mesmo de qualquer condenação, nada importando que haja previsão de devolução das diferenças, em caso de absolvição". Daí porque a Corte decidiu, por unanimidade, sonoramente, no sentido do não recebimento do preceito da lei estadual pela Constituição de 1.988, afirmando de modo unânime a impossibilidade de antecipação de qualquer efeito afeto à propriedade anteriormente ao seu trânsito em julgado. A Corte que vigorosamente prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade não a deve negar quando se trate da garantia da liberdade, mesmo porque a propriedade tem mais a ver com as elites; a ameaça às liberdades alcança de modo efetivo as classes subalternas. 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 84078, Relator: Ministro EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 05/02/2009, DJe-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010 EMENT VOL-02391-05 PP-01048).

⁴EMENTA: 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. (Habeas Corpus 126.292/SP. Relator: Ministro Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100 DIVULG 16-05-2016 PUBLIC 17-05-2016).

⁵Artigos 121, parágrafo 2º, inciso IV, e 14, inciso II, do Código Penal.

me parece possível, salvo se for negado préstimo à Constituição, qualquer conclusão adversa ao que dispõe o inciso LVII do seu artigo 5º (...) 13. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar (...) 14. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por que não haveria de ser assim? Se é ampla, abrange todas e não apenas algumas dessas fases. 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 (...) 23. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direito. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais (...). 25. Devo manifestar, por fim, certeza e absoluta segurança em que esta Corte prestará o devido acatamento à Constituição (...) (2009, p. 10-18).

Nesse condão, foi declarada a inconstitucionalidade da chamada execução antecipada da pena, pela aplicação dos princípios da presunção de inocência e da dignidade da pessoa humana. Assim, a prisão antes do trânsito em julgado somente poderia ser decretada a título cautelar. Ainda foi entendido que a ampla defesa engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária, de forma que a execução antecipada da pena seria também uma restrição do direito de defesa.

A partir desse entendimento do Supremo Tribunal Federal, foi aprovada a Lei 12.403/2011 que alterou a redação do artigo 283 do Código de Processo Penal, da seguinte forma:

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.

§ 1º As medidas cautelares previstas neste Título não se aplicam à infração a que não for isolada, cumulativa ou alternativamente cominada pena privativa de liberdade.

§ 2º A prisão poderá ser efetuada em qualquer dia e a qualquer hora, respeitadas as restrições relativas à inviolabilidade do domicílio. (BRASIL, 2011).

Contudo, em 17 de fevereiro de 2016, o Supremo Tribunal Federal julgou o *Habeas Corpus* 126.292/SP e mudou seu posicionamento ao permitir a execução provisória da pena, com base na necessidade de efetividade do processo penal. Trata-se de um *Habeas Corpus*, no qual o paciente foi condenado em primeiro grau à pena de 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão pelo crime de roubo qualificado⁶, com direito de recorrer em liberdade. Após a condenação, a defesa apelou ao Tribunal de Justiça de São Paulo que negou provimento ao recurso e determinou a expedição de mandado de prisão.

Destaca-se que os Ministros Teori Zavascki, Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Dias Toffoli, Gilmar Mendes e a Ministra Cármen Lúcia votaram pelo

⁶ Artigo 157, 2º, I e II do Código Penal.

indeferimento do feito. Por sua vez, a Ministra Rosa Weber e os Ministros Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski votaram pela manutenção da jurisprudência.

O Supremo Tribunal Federal, por sete votos vencedores, então firmou seu entendimento de que a execução provisória da pena, após condenação em segundo grau, ainda que a decisão condenatória possa estar sujeita à recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência.

Para aprofundar a análise, deve-se citar Lênio Streck, o qual perfeitamente refere que “o Supremo Tribunal Federal transformou a discussão jurídica-constitucional *stricto sensu* em um assunto moral e político acerca da impunidade”, o que se verifica a partir dos argumentos utilizados pelos Ministros ao proferirem seus votos vencedores (2018, p. 299).

O Ministro Teori Zavascki, Relator, inicia o seu voto afirmando ser necessário um equilíbrio entre o princípio da presunção da inocência (e seu alcance), e a efetividade da “função jurisdicional penal, que deve atender a valores caros não apenas aos acusados, mas também à sociedade, diante da realidade de nosso intrincado e complexo sistema de justiça criminal” (BRASIL, 2016, p. 04).

Destaca-se o voto do Ministro Luís Roberto Barroso⁷, no qual expôs seu entendimento sobre os efeitos da mudança ocorrida em 2011 pela nova redação do artigo 283, do Código de Processo Penal, a qual foi produto da posição que o Supremo Tribunal assumiu em 2009, da seguinte forma:

(..)o novo entendimento contribuiu significativamente para agravar o descrédito do sistema de justiça penal junto à sociedade. A necessidade de aguardar o trânsito em julgado do REsp e do RE para iniciar a execução da pena tem conduzido massivamente à prescrição da pretensão punitiva ou ao enorme distanciamento temporal entre a prática do delito e a punição definitiva. Em ambos os casos, produz-se deletéria sensação de impunidade, o que compromete, ainda, os objetivos da pena, de prevenção especial e geral. Um sistema de justiça desmoralizado não serve ao Judiciário, à sociedade, aos réus e tampouco aos advogados (*Ibidem*, p.34).

No mesmo sentido, o Ministro Gilmar Mendes referiu no julgamento: “(...) a massa de processos não permite que sejamos oniscientes. E infelizmente isso ocorre. Essa massa de recursos faz com que tenhamos quadro constrangedor de impunidade”. Por sua vez, a Ministra Carmen Lúcia expôs que o tema era de importância para toda a sociedade e não apenas para a comunidade jurídica. Ainda, observou que a “ideia de justiça acabou”, diante da demora da execução da pena (*Ibidem*, 65- 66).

⁷ O Ministro se posicionou no sentido de que a execução da pena após a decisão condenatória em segundo grau não ofende o princípio da presunção de inocência, sendo assim possível a execução antecipada da pena.

Esses são apenas alguns argumentos utilizados pelos Ministros ao proferirem seus votos. A partir disso, é possível verificar a mudança no paradigma na persecução penal no país, bem como a utilização do discurso da impunidade para isso.

6 A decisão do Supremo Tribunal Federal e sua incompatibilidade com a Constituição Federal de 1988

De acordo com Lênio Streck, “o grande ponto é perceber que a ideia de efetividade não pode ser apenas associada a um critério punitivista ou temporal (agilidade processual); ela deve ser pensada no limite das garantias processuais penais” (2018, p. 334).

A prisão cautelar implica uma inversão na ordem natural do devido processo legal, devendo ser devidamente fundamentada diante da coexistência dos pressupostos de *fumus commissi delicti* e *periculum libertatis*. Mas a execução provisória da pena é diferente porque representa uma antecipação da pena, bem como uma antecipação do tratamento de culpado ao réu. A Constituição Federal de 1988 prevê expressamente que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (BRASIL, 1988). Qualquer entendimento contrário deve ser tratado como inconstitucional.

O princípio da presunção de inocência tem uma longa história como objeto de análise na jurisprudência, especialmente quanto a sua compatibilidade com as prisões preventivas e a sua aplicabilidade na execução penal. A partir disso, destaca-se a importância desse princípio, a partir das palavras de Ferrajoli:

Esse princípio fundamental de civilidade representa o fruto de uma opção garantista a favor da tutela da inocência dos inocentes, ainda que ao custo da impunidade de algum culpado. Trata-se, como afirmou Luigi Lucchini, de um corolário lógico do fim racional consignado ao processo (2010, p. 505).

Verifica-se que a decisão no julgamento do *Habeas Corpus* 126.292/SP, trata-se de uma antecipação do tratamento de culpabilidade no curso de um processo, na medida em que a execução antecipada da pena no caso não possuía qualquer caráter cautelar (LOPES JR., 2017, p. 22).

Dessa forma, o Supremo Tribunal Federal ao entender que a execução provisória da decisão condenatória proferida em segundo grau, ainda que sujeita a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência, está mal interpretando a aplicabilidade deste princípio constitucional e, consequentemente, ferindo o mesmo. Nesse sentido, refere Caleffi:

Sem qualquer dúvida, a partir de uma interpretação contrária a todo e qualquer limite semântico do art. 5º, LVII, da Carta Magna de 1988, as recentes decisões do Supremo Tribunal Federal em relação à execução provisória da pena privativa de liberdade não só afrontaram de maneira definitiva garantias fundamentais do acusado, mas frustraram, também todo um legado de conquistas democráticas da sociedade brasileira. Por força disso, acabou-se por deturpar toda a estrutura do devido processo legal, ao par que a prisão se torna regra em detrimento da liberdade, e a presunção de culpa regra em detrimento da presunção de inocência (2017, p.63-64).

Ademais, o entendimento da Suprema Corte da viabilidade da execução da provisória da pena após ser conferido o duplo grau de jurisdição, deu-se na ideia de que uma vez encerrada a análise de mérito, a presunção da culpa estaria consumada. Contudo, a expressão “trânsito em julgado” está prevista no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal de 1988, de forma que a execução da pena somente pode ocorrer depois de todos os recursos que forem interpostos serem analisados (AMARAL; CALEFFI, 2018, p. 119).

Assim, diante da leitura constitucional, não deve ser possível a execução antecipada da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado para acusação e para a defesa. Quando uma decisão ainda é passível de recurso especial ou extraordinário, ainda que esteja encerrada a discussão de mérito, ela não transitou em julgado. Trata-se de uma garantia constitucional. Caso se interprete o artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal de forma diversa, corre-se o risco de enfraquecer o Estado Democrático de Direito no qual o Brasil se constitui.

7 Conclusão

Respondendo ao problema de pesquisa que este artigo se propôs a pesquisar, verifica-se que estão sendo utilizados diariamente no país os atuais discursos punitivistas que ocasionam a expansão do direito penal. Essa retórica vem sendo utilizada, inclusive, pela Corte Constitucional para embasar suas decisões que têm afetado os direitos fundamentais dos cidadãos brasileiros.

Foi possível constatar, ao longo do estudo, as mudanças no entendimento jurisprudencial, especificamente do Supremo Tribunal Federal, acerca do momento de início da execução da pena. A Suprema Corte tinha um entendimento acerca da inconstitucionalidade da execução provisória da pena, de forma que a prisão antes do trânsito em julgado somente poderia ser decretada a título de cautelar. Essa posição contribuiu para que fosse aprovada a Lei 12.403/2011 que alterou a redação do artigo 283, do Código de Processo Penal, sendo assim asseguradas as garantias constitucionais, em especial o princípio da presunção da inocência.

Contudo, o Supremo Tribunal Federal, ao modificar seu entendimento e possibilitar a execução provisória da pena privativa de liberdade no *Habeas Corpus* 126.292/SP, mitigou um dos direitos fundamentais mais importantes do cidadão, disposto na Constituição Federal, que garante a sua inocência até o trânsito em julgado. A Suprema Corte deve ser a guardiã da Constituição Federal e assegurar todos os direitos e garantias contidas nela e não a interpretar conforme sua conveniência, seja por razões políticas, seja por eficácia na persecução penal ou para transmitir um senso de “justiça” à população.

É inaceitável, ainda, a concepção de “inimigo” da sociedade que serve como justificativa para as arbitrariedades repressivas. Deve-se então ressaltar, conforme exposto pelo Ministro Eros Grau, que “criminosos” também são sujeitos de direitos. Nesse sentido, a Constituição Federal estabelece que a República Federativa do Brasil se constitui em um Estado Democrático de Direito e tem como fundamento a dignidade da pessoa humana⁸. Esse preceito constitucional não admite qualquer relativização.

Dessa forma, entende-se que a prisão antes do trânsito em julgado somente pode ocorrer em medidas excepcionais, como as cautelares, quando presentes o *fumus commissi delicti* e *periculum libertatis*. Mas, destaca-se que a prisão cautelar não pode ter como o fundamento de sua decretação, apenas o clamor público.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**, 2ª Ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

AMARAL, Augusto Jobim do. A pré-ocupação de inocência e o julgamento do HC 126.292/SP pelo STF. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, ano 24, n. 282, p. 3-5, abr. 2016.

AMARAL, Augusto Jobim do; CALEFFI, Paulo Saint Pastous. **A presunção de inocência no Brasil: uma análise sobre a recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. In: Direito Penal e Constituição: diálogos entre Brasil e Portugal. Porto Alegre: Boutique Jurídica, 2018.

BECKER, Howard Saul. **Outsiders: estudos de sociologia do desvio**. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BRASIL. **Constituição Da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm Acesso em 22/04/2019.

⁸ Artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988.

BRASIL. **Decreto n.º 678, de 06 de novembro de 1992**. Brasília, DF, 1992. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm Acesso em 22/04/2019. Acesso em 13/05/2019.

BRASIL. **Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011**. Brasília, DF, 2011. Disponível em www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm. Acesso em 13/05/2019.

BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias –**InfoPen**, Brasília, [2017]. Disponível em http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorio_2016_22-11.pdf. Acesso em 19/05/2019.

BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias-**InfoPen Mulheres**. 2ª edição, Brasília, [2017]. Disponível em http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf. Acesso em 19/05/2019.

BRASIL. Notícias STF: **STF admite execução da pena após condenação em segunda instância**. Brasília, 05 de out. 2016. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754> Acesso em 25/04/2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº. 126.292/ SP** (Plenário). Relator Ministro Teori Zavascki, julgado em 17/02/2016, publicado em 17/05/2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº. 84.078/MG** (Plenário). Relator Ministro Eros Grau, julgado em 05/02/2009, publicado em 26/02/2010.

BRETAS, Marcos Luiz. **Entre crimes e leis**: Imaginação e a história brasileira do crime. In: VENDRAME, Maira Ines; MAUCH, Cláudia; MOREIRA, Paulo Roberto Staudt (Org). Crime e justiça: reflexões, fontes e possibilidades de pesquisa. São Leopoldo: Oikos, 2018.

CALEFFI, Paulo Saint Pastous. **Presunção de inocência e execução provisória da pena no Brasil**: análise crítica e impactos da oscilação jurisprudencial. Rio de Janeiro: LumenJuris, 2017.

DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO. [França], 26 ago. 1789. Disponível em <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html> Acesso em 22/04/2019.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DO HOMEM. Paris, 10 dez. 1948. Disponível em <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Declara%C3%A7%C3%A3o-Universal-dos-Direitos-Humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html> Acesso em 22/04/2019.

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

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

FÜRST, Henderson; ROSADO, Layli Oliveira. **O neoliberalismo na constituinte de 1987**. In: Toffoli, José Antonio Dias (Org). 30 anos da constituição brasileira: democracia, direitos fundamentais e instituições. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

GARLAND, David. **A cultura do controle**: crime e ordem social na sociedade contemporânea. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

GONÇALVES, Vanessa Chiari. **Tortura e cultura policial no Brasil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade, volume I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

KARAN, Maria Lúcia. **A privação da liberdade**: O violento, danoso, doloroso e inútil sofrimento da pena. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

LOPES JR, Aury. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2018.

LOPES JR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal**: (fundamentos da instrumentalidade constitucional). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

LOPES JR, Aury. **Prisões Cautelares**. São Paulo: Saraiva, 2017.

MAIER, Julio B. La privación de lalibredad durante el procedimiento penal. El encarceramento preventivo hoy. **Contextos**: una publicación del seminario de derecho público de la defensoríadel Pueblo de la ciudad autónoma de Buenos Aires, Buenos Aires, ano 1, n. 04, p. 06-19 Set. 2012.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2018.

PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA. São José da Costa Rica, 22 nov. 1969. Disponível em <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OEA-Organiza%C3%A7%C3%A3o-dos-Estados-americanos/convencao-americana-de-direitos-humanos-1969-pacto-de-san-jose-da-costa-rica.html> Acesso em 22/04/2019.

PARDO, David Wilson de Abreu. **Direitos fundamentais não enumerados**: justificação e aplicação. 2005. Tese de Doutorado (Doutorado em Direito)- Faculdade de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Santa Catarina, 2005.

ROXIN, Claus. **A Proteção de Bens Jurídicos como Função de Direito Penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SANGUINÉ, Odone. **A inconstitucionalidade do clamor público como fundamento da prisão preventiva**. In: Revista de Estudos Criminais, Sapucaia do Sul, n.10, p. 113-119, 2003.

SANGUINÉ, Odone. **Genealogia da prisão cautelar**. In: Prado, Geraldo/Malan, Diogo. (org.). *Processo Penal e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014a.

SANGUINÉ, Odone. **Prisões cautelares, medidas alternativas e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, 2014b.

SUTHERLAND, Edwin. **Princípios de criminologia**. São Paulo: Livraria Martins, 1949.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **A palavra dos mortos: conferências de criminologia cautelar**. São Paulo: Saraiva, 2012.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **O inimigo no direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; OLIVEIRA, Edmundo. **Criminologia e Política Criminal**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010.