

INTERPRETAÇÃO DA PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA NO ÂMBITO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: Limites e Possibilidades

<http://dx.doi.org/10.21527/2176-6622.2022.57.e12531>

Submetido em: 14/7/2021

Aceito em: 8/12/2021

Ana Beatriz Nóbrega

Autora correspondente: Centro Universitário Unifacisa. R. Manoel Cardoso Palhano, 124-152 – Itararé, Campina Grande/PB, Brasil. CEP 58408-326. <http://lattes.cnpq.br/1068020527494008>.
<https://orcid.org/0000-0002-8938-0497>. anabeatriznb24@gmail.com

Breno Wanderley

Centro Universitário Unifacisa. Campina Grande/PB, Brasil. <http://lattes.cnpq.br/6889272770628239>.
<https://orcid.org/0000-0002-9992-6553>

Aécio Melo

Centro Universitário Unifacisa. Campina Grande/PB, Brasil. <http://lattes.cnpq.br/7704706067143305>.
<https://orcid.org/0000-0003-0821-0531>

RESUMO

O presente artigo objetiva interpretar o posicionamento do Supremo Tribunal Federal (STF) quanto à prisão penal em segunda instância, a partir dos marcos: *Habeas Corpus* (HC) 84.078-7/MG; *Habeas Corpus* (HC) 126.292/SP e Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) 43, 44 e 54. Para tal intento, utilizou-se o método dedutivo abordando discussões doutrinárias e legais acerca da força normativa e suprema da Constituição, do garantismo penal e do princípio da presunção de inocência. Constatou-se que a prisão em segunda instância, salvo nos casos de prisão cautelar, afronta o princípio constitucional da presunção de inocência, o qual deve perdurar durante todo o processo, até o trânsito em julgado. Por outro lado, a constante alteração do entendimento sobre o assunto pelo STF provoca insegurança jurídica, fragilizando o próprio texto constitucional. Compreende-se, portanto, a ocorrência do ativismo judicial quando a Corte adentra na função típica do poder Legislativo a fim de conferir novo significado para o trânsito em julgado e para a presunção de inocência.

Palavras-chave: presunção de inocência; supremacia constitucional; garantismo penal; ativismo judicial.

INTERPRETATION OF PRISON IN THE SECOND INSTANCE IN CONTEXT OF THE BRAZILIAN SUPREME COURT: LIMITS AND POSSIBILITIES

ABSTRACT

In this article, we aimed to interpret the Brazilian Supreme Court assumption regarding criminal prison in the second instance, based on the following milestones: *Habeas Corpus* (HC) 84.078-7/MG; *Habeas Corpus* (HC) 126.292/SP and declaratory actions of constitutionality 43, 44, and 54. For this purpose, we used the deductive method addressing doctrinal and legal discussions related to the normative and supreme force of the Constitution, penal guarantee, and the principle of presumption of innocence. Except in cases of provisional arrest, we noted that the second instance arrest violates the constitutional principle of presumption of innocence, which must last throughout the process until the final decision. Furthermore, the Supreme Court's change of constitutional understanding motivates legal uncertainty, weakening the constitutional text. Finally, we perceived the occurrence of judicial activism when the Court gets involved in legislative power, intending to reframe the principles of *res judicata* and presumption of innocence.

Keywords: presumption of innocence; constitutional supremacy; penal guarantee; judicial activism.

1 INTRODUÇÃO

A discussão sobre a constitucionalidade da prisão automática com a condenação em segunda instância envolve uma análise crítica de fatores jurídicos, políticos e sociais interligados. Longe de ser pacífica, atrai defensores e detratores, amparados nos mais diversos argumentos. Ademais, a midiaticização de casos atinentes ao assunto também tem provocado reações extremadas na sociedade.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF), a matéria já passou por muitas interpretações. Em apertada síntese, até 2009, a Corte legitimava a prisão automática decorrente da condenação em segunda instância. Em 2009, no julgamento do *Habeas Corpus* (HC) 84.078-7/MG, a Corte modificou seu posicionamento para considerar que a prisão penal afronta o princípio da presunção de inocência, enquanto pendente o trânsito em julgado. Já em 2016, no julgamento do *Habeas Corpus* (HC) 126.292/SP, retomou o antigo entendimento para permitir tal possibilidade. Em 2019, ao julgar as Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) 43, 44 e 54, entendeu que a execução antecipada da pena viola a presunção de inocência.

Para compreensão da in(constitucionalidade) da prisão penal automática decorrente da condenação em segunda instância, faz-se necessário o estudo de conceitos e teorias que embasam a discussão, entre os quais destacam-se: a força normativa e suprema da Constituição, a teoria do garantismo penal e o princípio da presunção de inocência.

Pondera-se que as constantes modificações do STF a respeito da temática, além de fragilizar a força normativa e suprema da Constituição, poderão configurar em determinados momentos o ativismo judicial, fator frontalmente prejudicial à democracia e à segurança jurídica.

O objeto geral do presente artigo consiste em interpretar o posicionamento do STF acerca da prisão penal em segunda instância a partir dos marcos: 84.078-7/MG; HC 126.292/SP e ADCs 43, 44 e 54.

Para alcançar o objetivo desta pesquisa adotou-se o método dedutivo, partindo da discussão doutrinária e legal acerca da matéria para a interpretação dos julgados no âmbito do STF.

O artigo está estruturado do seguinte modo: inicialmente, debate-se quanto à força normativa e suprema da Constituição, abordando os limites interpretativos impostos por tais princípios; por conseguinte, aborda-se os antecedentes jurídico-teóricos da prisão em segunda instância, apresentando a teoria do garantismo penal e o princípio da presunção de inocência. Em seguida, argumenta-se acerca dos entendimentos do STF sobre a prisão em segunda instância, destacando os votos dos ministros à época dos julgamentos do 84.078-7/MG, HC 126.292/SP e ADCs 43, 44 e 54. Ao final, envereda-se pelo ativismo judicial e a in(segurança) jurídica, considerando as alterações do posicionamento da Corte em relação à prisão em segunda instância.

2 A FORÇA NORMATIVA E SUPREMA DA CONSTITUIÇÃO

A Constituição pode ser compreendida mediante uma concepção sociológica, política ou jurídica. A sua densidade, no entanto, é construída a partir da combinação dessas três variantes, considerando que nenhuma isoladamente considerada é absoluta e estanque a ponto de ser autossuficiente para demonstrar a complexidade constitucional.

Diante de uma *abordagem sociológica*, preconizada por Ferdinand Lassale, a Constituição é representada pelos fatores reais e efetivos de poder que dominam um país (LASSALE, 2002). Na *concepção política*, consolidada por Carl Schmitt (*apud* BONAVIDES, 1997), a Constituição pode ser definida como a decisão fundamental sobre a forma e a espécie da unidade política do Estado. Em *sentido jurídico*, adotado por Hans Kelsen na obra *Teoria Pura do Direito*, é a norma jurídica máxima positivada, constituindo fundamento de validade que regula a produção de todas as demais normas do ordenamento jurídico (KELSEN, 2009).

Sob essa ótica, torna-se relevante a interpretação multifacetada da Constituição, com vistas a viabilizar a concretização da organização do Estado, dos direitos fundamentais, especificamente de seus elementos políticos, sociais, econômicos e culturais. Cumpre ainda destacar, no sentido de elucidar a imprescindibilidade da Constituição como elemento nuclear do ordenamento jurídico, dois de seus princípios basilares, a saber: a força normativa e a supremacia da Constituição.

No concernente à força normativa, implica destacar que para além de um conjunto ordenado de regras e princípios que direciona a organização do Estado e de seus órgãos, bem como tutela os direitos fundamentais, a Constituição deve ser interpretada como norma jurídica cogente de cunho mandamental.

Conforme preleciona Konrad Hesse, em que pese não ser responsável isoladamente pela consecução dos ditames que preconiza, a Constituição é dotada da capacidade de impor aos atores sociais correspondentes a devida atuação. Assim, com a concretização fática dos comandos previstos na Constituição ter-se-á a sua transformação em força ativa. Para o autor, esse processo dependerá da presença de uma consciência geral por parte dos atores designados para execução das tarefas atribuídas, na medida em que cada um perceba a importância da rigidez constitucional (HESSE, 1991). Seria inócua, portanto, a construção de uma ordem constitucional densa sob o ponto de vista estrutural, se aqueles incumbidos da atuação de seus mandamentos estivessem alheios ao processo, razão pela qual não se pode olvidar a relevância do recurso humano na efetivação das normas constitucionais. Evidencia-se que a elaboração de uma ordem constitucional perpassa a visão meramente diretiva e orientadora, legitimando que as normas constitucionais, com maior razão, devem ser efetivadas, dando concretude àquilo que inicialmente se encontrava positivado.

Partindo da premissa de que a ordem constitucional é inquebrantável, cabendo aos atores sociais designados o cumprimento de suas ordens, assim como aos demais membros da sociedade sua observância, destaca-se a sua rigidez. Por sua vez, desta decorre o princípio da supremacia da Constituição, o qual relaciona-se com o importante papel da Carta Magna em determinar a estruturação dos poderes do Estado e a organização de seus órgãos e ser fundamento de validade das outras normas jurídicas (SILVA, 1998).

A compreensão da supremacia constitucional pode ser verificada mediante a capacidade de a Constituição ser a principal fonte normativa do ordenamento jurídico, bem como a diretriz imperativa para elaboração de todas as demais normas jurídicas, as quais precisam estar em conformidade formal e substancial em relação aos preceitos da Carta Magna (CANOTILHO, 1993).

A supremacia funciona como importante parâmetro para aquele que deseja interpretar as normas constitucionais, na medida em que impõe uma série de limitações como forma de priorizar o entendimento que melhor favoreça o interesse estampado na Constituição. Afinal, considerando ser esta a Lei Suprema de um Estado, toda a ordenação deve obediência aos seus ditames. Para que isso se concretize, torna-se necessário buscar na solução dos problemas em concreto a essência da Constituição (TAVARES, 2013). Destarte, justifica-se a existência da modalidade de Constituição dita rígida, a qual para ser modificada deve passar por um processo legislativo mais dificultoso do que aquele aplicado para alteração de normas ordinárias. A necessidade desse mecanismo é lastreada na necessidade de manutenção da duração e estabilidade da ordem constitucional, em razão do caráter de maior relevância pertinente às normas constitucionais (FERREIRA, 1998).

Ainda acerca do processo agravado visando à modificação das normas constitucionais, argumenta Canotilho (1993) que este se caracteriza em verdade como um instrumento elencado pelo poder constituinte com vistas a conferir estabilidade à própria Constituição. Conforme o jurista, a existência de um procedimento mais dificultoso para alteração da Carta Magna não é fundamento da rigidez constitucional; na realidade, tal procedimento funciona como mecanismo para sua preservação.

A despeito da essencialidade da rigidez da Constituição, cumpre ressaltar que ela não é absoluta, mostrando-se possível a sua alteração, desde que respeitados os pressupostos e procedimentos dispostos no próprio Diploma Maior. Diante da evolução das sociedades, em determinadas ocasiões, revela-se imprescindível que a Constituição acompanhe as mudanças sociopolíticas que ocorrem na sociedade, inclusive para manutenção da sua força normativa. Saliente-se, contudo, que a existência de interesses privados que visem a beneficiar grupos privilegiados sob o pretexto da ocorrência de transformações sociais destoa da noção de interesse público, possibilitando a ocorrência de fragilização da normatividade constitucional (HESSE, 1991).

Como regra, a modificação da Constituição deve ocorrer mediante um procedimento formal e complexo, instrumentalizado com a reforma constitucional. Ao lado deste, apresenta-se a possibilidade de alteração informal, por meio da mutação constitucional, isto é, sem inovação textual ou cumprimento dos preceitos contemplados na Constituição, tem-se a atualização semântica do seu texto (BARROSO, 2017).

Em alguns contextos sociais, políticos ou históricos, o texto constitucional necessita passar por adaptações mais céleres visando à efetividade das normas constitucionais, posto que a alteração formal demanda

maior rigor técnico, prolongando-se no tempo. Neste cenário, desde que utilizada com parcimônia, a mutação constitucional pode desempenhar importante função para a ordenação constitucional (LIMA; LANÇA, 2013).

Noutro giro, se por vezes é possível assimilar o fenômeno da mutação constitucional à manutenção da atualidade da Lei Suprema, o mesmo não se pode afirmar sobre a sua utilização como regra para modificação normativa. Insta compreender que a função de editar normas inovando o ordenamento jurídico é, no Brasil, atribuição precípua do poder Legislativo, enquanto a mutação constitucional é majoritariamente aplicada pelo poder Judiciário. Sendo assim, caso a mutação constitucional seja adotada com trivialidade pelos juízes e tribunais, ter-se-á a transformação da função destes naquela concernente ao poder constituinte. Com isso, a intensificação excessiva da atuação proativa do Judiciário na realização da função típica do Legislativo contribui para a fragilização da força normativa e suprema da Constituição, fator nocivo à democracia (STRECK; LIMA; OLIVEIRA, 2007).

Considerando o papel desempenhado pelo STF como órgão dotado de competência para fixação de posicionamentos vinculantes em matéria constitucional, não raras as vezes o Pretório Excelso utiliza-se do instrumento da mutação constitucional. Ocorre que, no exercício da judicatura, não é permitido nem mesmo ao intérprete máximo da Constituição que a liberdade para interpretá-la seja ampla a ponto de subverter o seu conteúdo jurídico, sob pena de romper os limites semânticos impostos pela própria Carta Magna (STRECK, 2014b).

Justifica-se, portanto, a adoção de uma perspectiva equilibrada que permita a manutenção da estabilidade constitucional – garantindo a preservação de interesses e direitos fundamentais – aliada à possibilidade de reformulações normativas, sem a ocorrência de distorções levianas ou habituais que interfiram desmedidamente na sua essência (OLIVEIRA, 2018).

3 ANTECEDENTES JURÍDICO-TEÓRICOS DA PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA

A análise acerca da prisão decorrente da condenação em segunda instância envolve múltiplos fatores. No âmbito do STF, a interpretação da temática já passou por reformulações, comportando diferentes vertentes argumentativas. Com fulcro ao deslinde da matéria, a teoria do garantismo penal e a presunção de inocência destacam-se como premissas teóricas essenciais.

A *teoria do garantismo penal*, difundida pelo jurista italiano Luigi Ferrajoli, pode ser compreendida sob três acepções. A primeira representa um *modelo normativo* fundamentado na estrita legalidade e lastreado no sistema de poder mínimo, com vistas a impor limites à função punitiva do Estado e preservar os direitos dos indivíduos. A segunda designa uma *teoria jurídica da validade e da efetividade* que enfatiza a distinção dos dois elementos, com ênfase na separação entre o “ser” e o “dever ser”. A terceira compreende uma *filosofia política*, a qual exige por parte do Direito e do Estado a incumbência da justificação externa, de acordo com os bens e os interesses que devem ser por eles tutelados e garantidos (FERRAJOLI, 2002).

Como seus elementos estruturantes apresentam-se a definição legislativa e a comprovação jurisdicional do desvio punível. Esta refere-se à aferição concreta dos fatos imputados pela acusação na esfera judicial, com a necessidade da sua comprovação e possibilidade de refutação pela parte contrária. Aquela remonta à necessidade da previsão formal em lei do que é considerado punível, não sendo suficiente a mera aparência de imoralidade da conduta. Em decorrência deste elemento o juiz está vinculado à lei, não podendo criar novos delitos consoante sua vontade (FERRAJOLI, 2002).

Esse modelo é representativo de um Estado Democrático de Direito, na medida em que propõe tutelar as relações de poder com observância aos interesses de toda a comunidade, garantindo a todos o direito à participação. Também coaduna com a postura do Direito Penal mínimo, isto é, aquele condizente à atuação penal restrita aos assuntos de maior relevância, coibindo condutas excessivas e preservando direitos fundamentais (FEDATO; SANTIN, 2020). Afasta-se, assim, dos modelos totalitários, com pretensões de transformar o Estado em entidade responsável por perseguir desmedidamente os indivíduos, sob o pretexto de preservar a ordem pública. Despreza-se, pois, as tendências de vingança pública. Por outro lado, compreende-se que o exercício do *jus puniendi* isento de abusos em nada se assemelha com a postura de um Direito Penal complacente com a prática de ilícitos, mas sim que a sua atuação esteja amparada na lei e na tutela dos direitos fundamentais (CASARI; GIACÓIA, 2016).

Do mesmo modo, o garantismo também destoa da falácia da aplicação do Direito Penal centrada exclusivamente na figura do acusado. Ao revés, o enfoque está na exigência da punição racional amparada nas regras democráticas, protegendo a vítima, quando da violação dos seus direitos, sem olvidar da tutela dos direitos do acusado durante o processo e do condenado durante a execução penal (PINHO; ALBUQUERQUE; SALES, 2019).

Nesta perspectiva, o rol de garantias penais direcionadas aos acusados/condenados deve prevalecer, ainda que tais garantias possam divergir de supostos interesses sociais da maioria, mostrando-se incumbência inerente ao poder Judiciário zelar pelo seu fiel cumprimento durante o processo (OLIVEIRA; SOARES; MENDES, 2020). Afinal, a solução de problemas complexos – como a tentativa de redução da criminalidade – não pode ser perseguida na contramão dos direitos fundamentais, pautando-se em ideologias que deturpam o texto constitucional sob o pretexto de preservação da segurança pública (OLIVEIRA; SANTIAGO, 2018).

Outra temática que assume relevância para a teoria garantista é a instrumentalização da democracia material por meio da efetivação da tutela dos direitos fundamentais, na medida em que estes exigem do Estado sua efetivação e sua garantia. Isso implica dizer que os comandos inflamados no plano teórico sejam observados no plano prático, não sendo suficiente a utilização de premissas designadas de garantistas, mas que na realidade confrontam os objetivos afirmados no modelo garantista (FRANCO; SOARES, 2020).

Essa concepção pode ser visualizada por meio da ótica crítica do Direito que impõe não apenas a observância ao princípio da legalidade formal, mas também às diretrizes substanciais preconizadas pelos princípios e direitos fundamentais. Neste sentido, Ferrajoli nos lembra que “o princípio da mera legalidade, se é suficiente para garantir contra os abusos da jurisdição e da administração, é insuficiente para garantir contra as involuções antiliberais e totalitárias dos supremos órgãos de decisão” (2011, p. 44).

Insta ainda destacar que para o garantismo, observado sob a ótica do novo paradigma juspositivista jurídico, os princípios não possuem diferenças das regras, do ponto de vista estrutural, divergindo dessas quanto à forma de elaboração. Destaca Ferrajoli que “[...] não existe uma diferença real de estatuto entre a maior parte dos princípios e regras: a violação de um princípio sempre faz deste uma regra que enuncia as proibições ou obrigações correspondentes” (2012, p. 41).

Há um vínculo intrínseco entre as regras e os princípios, a saber: aquelas não podem subsistir sem estes; de outro lado, não é possível a aplicação dos princípios sem a existência de uma regra contendo obrigações e passível de violação. Os princípios não se enquadram como um conjunto de valores positivados que se destinam isoladamente a solucionar os casos complexos ante a ausência de regras; esse entendimento colocaria em xeque a própria normatividade dos princípios (STRECK, 2014a).

Entre os princípios inerentes ao garantismo penal destaca-se o *princípio* da presunção de inocência, que ao lado dos princípios da legalidade, lesividade, materialidade, contraditório e jurisdicionalidade, contribui para o exercício equilibrado do direito de punir do Estado. A presunção de inocência implica dizer que ninguém será considerado culpado sem que antes haja a comprovação judicial dos fatos mediante o devido processo legal. Constitui-se, portanto, como verdadeira garantia do indivíduo, que deve ter preservada sua inocência durante todo o processo (FERRAJOLI, 2002).

Sendo assim, para que a presunção de inocência seja afastada, impõe-se a necessidade de verificação judicial da culpa, garantindo-se ao acusado o exercício da ampla defesa e do contraditório. Do contrário, ausentes as condições imprescindíveis ao pleno exercício do direito de defesa, o processo penal será nulo, não sendo válido meros indícios da ocorrência dos fatos.

Cuida-se de um direito fundamental inerente indistintamente a todos os indivíduos, atuando como real empecilho às imposições arbitrárias e restrições indevidas à liberdade individual. A presunção de inocência é indispensável observância a qualquer país que se diga democrático, sobretudo em países como o Brasil, que historicamente remonta momentos de manifestas violações aos direitos e às garantias constitucionais (SOUSA; LEITÃO, 2020).

No plano internacional, a presunção de inocência está consagrada na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969) e na Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), as quais preconizam, em seus artigos 8º, item 2, e 11, item 1, respectivamente, que “toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa” (OEA, 1969) e “todo ser humano

acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido 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” (ONU, 1948). Neste sentido, o Brasil – signatário de ambos os diplomas internacionais – recepcionou este princípio, prevendo no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal de 1988, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (BRASIL, 1988).

Registre-se, por oportuno, que a Constituição Brasileira não menciona expressamente o termo “presunção de inocência”. Tal fato não obstaculiza a aplicação deste princípio, uma vez que aquela norma constitucional vai ao encontro da essência da presunção de inocência, a saber: a tutela dos direitos fundamentais e a sua utilização como parâmetro para a aplicação racional da função repressiva do Estado (BRASIL, D. R., 2016).

Em decorrência do princípio da presunção de inocência, apresentam-se a *regra de tratamento*¹ e a *regra probatória*; aquela veda os juízos condenatórios antecipados, impedindo-se a execução antecipada da pena, ressalvadas as possibilidades justificadas legalmente de prisões cautelares; esta impõe à acusação o ônus de comprovar a imputação penal, precisando da aferição judicial da culpa (ÁVILA; SOARES JUNIOR; BORRI, 2019).

Do exposto, ressalta-se que a teoria do garantismo penal, assim como o princípio da presunção de inocência, são premissas teóricas imprescindíveis ao Estado Democrático de Direito, uma vez que prezam pela aplicação do Direito Penal com responsabilidade e respeito à legalidade. Ambas propugnam pelo dever de tratamento condigno aos indivíduos durante todo o processo, com observância às regras democráticas exigidas pelas sociedades civilizadas.

4 ENTENDIMENTOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE A PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA

O posicionamento do STF quanto à prisão decorrente da condenação em segunda instância passou por modificações em um curto lapso temporal, ora sendo legitimada tal possibilidade, ora sendo rechaçada, conduzindo tal discussão a partir da análise do princípio da presunção de inocência.

Inicialmente é preciso salientar que em todas as oportunidades de deliberação acerca da matéria não estava sendo analisada puramente a possibilidade da prisão em segunda instância. A bem da verdade, durante todo o processo penal é possível a imposição de reclusão ao indivíduo a título cautelar, desde que cumpridos os requisitos indispensáveis para tanto. A questão central dos julgamentos pautou-se na possibilidade da prisão automática com a condenação em segunda instância antes do trânsito em julgado, logo, afastados da discussão os casos envolvendo prisão cautelar.

Até o ano de 2009 a execução antecipada da pena privativa de liberdade era permitida pelo Pretório Excelso. Naquele ano, no entanto, ao julgar o HC 84.078-7/MG, esse entendimento foi alterado, consolidando-se que a prisão decorrente da condenação em segunda instância só poderia ocorrer após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Em 2016, ao negar o HC 126.292/SP, a Corte revisitou seu entendimento, passando a adotar a possibilidade da reclusão do indivíduo à prisão mesmo quando pendente o trânsito em julgado. Por sua vez, em 2019, ao julgar conjuntamente as ADCs 43, 44 e 54, alterando novamente seu posicionamento, decidiu contrário à prisão imediata após a condenação em segunda instância.²

Importa destacar que no ano de 2004³ o STF deliberou sobre a possibilidade da execução provisória da pena restritiva de direitos. Segundo entendimento que prevaleceu à época, do ministro Cezar Peluso, a

¹ Aury Lopes Jr. sustenta que a regra de tratamento pode ser compreendida por meio da dimensão interna ou externamente ao processo. A primeira é atribuída, inicialmente, ao magistrado, impondo que a carga da prova seja obrigatoriamente do acusador e que havendo dúvida haja a absolvição. A segunda implica a presunção de inocência impor limites democráticos à abusiva midiaticização do crime (LOPES JUNIOR, A. *Direito processual penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016).

² A temática também foi alvo de discussão no HC 152.752/PR de 2018, por meio do qual a defesa do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva intentava obstar a execução antecipada da pena decorrente da confirmação da condenação no Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4). Na ocasião, o STF entendeu que não viola o princípio da presunção de inocência a prisão penal antes do trânsito em julgado.

³ No julgamento do HC 84677/RS de 2004 o STF fixou a tese de que a pena restritiva de direitos apenas pode ser imposta após o trânsito em julgado da sentença que a impôs.

Constituição Federal não permite que lei ou decisão judicial imponha ao réu, antes do trânsito em julgado, sanção ou consequência jurídica gravosa advinda dessa condição constitucional.

No julgamento do HC 84.078-7/MG, o relator, ministro Eros Roberto Grau, asseverou a necessidade de modificação do entendimento adotado pela Corte até 2009, uma vez que a ampla defesa não poderia ser restrita a determinadas fases processuais, devendo ser preservada durante todo processo, o que evidentemente contempla as fases extraordinárias. Ademais, em virtude da previsão expressa na Constituição em prol da culpa apenas ser consagrada com o trânsito em julgado, outro não poderia ser o entendimento senão a vedação da execução provisória da pena. Ainda segundo o ministro (STF, HC. 84.078-7/MG, j. 05/02/2009):

Aliás, de 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 me parece possível, salvo se for negado préstimo à Constituição, qualquer conclusão adversa ao que dispõe o inciso LVII do seu artigo 5º. Apenas um desafeto da Constituição – lembro-me aqui de uma expressão de Geraldo Ataliba, exemplo de dignidade, jurista maior, maior, muito maior do que pequenos arremedos de jurista poderiam supor – apenas um desafeto da Constituição admitiria que ela permite seja alguém considerado culpado anteriormente ao trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Apenas um desafeto da Constituição admitiria que alguém fique sujeito a execução antecipada da pena de que se trate. Apenas um desafeto da Constituição.

Esse entendimento vai ao encontro da essência da Constituição Brasileira de 1988, corroborando a ratificação da sua força normativa e suprema, tendo em vista que seus princípios, assim como suas demais diretrizes, constituem-se como normas de observância obrigatória, não sendo possível admitir que a relativização da sua semântica seja banalizada a ponto de desconstruir frontalmente os parâmetros rígidos formulados pelo poder constituinte originário. Ao mesmo tempo, contribui para a nova ótica do Direito Penal, que há muito imprime repulsa ao exercício desmedido do poder de punir do Estado.

Salientou ainda o ministro que nas democracias não importa a condição do indivíduo, isto é, inclusive os criminosos são sujeitos de direito, não perdendo essa qualidade para serem considerados meros objetos processuais. Afinal, pensar de outra forma certamente conduziria a sociedade ao estado de barbárie, ausentes as condições basilares para observância à dignidade da pessoa humana. Por essa razão, a reclusão social do indivíduo deve ocorrer após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, ocasião em que a culpa estará devidamente comprovada.

Por sua vez, no julgamento do HC 126.292/SP, prevaleceu a tese de que a presunção de inocência não seria elemento impeditivo à execução provisória da pena imposta, ainda que pendente o julgamento de recurso especial ou extraordinário. Em breve retrospectiva, o relator do caso, ministro Teori Zavascki, lembrou que mesmo na vigência da Constituição Federal de 1988 prevalecia no STF posicionamento favorável à execução provisória da pena, orientação reforçada pelo teor das súmulas nº 716 e 717 dessa Corte. Segundo o relator, “a execução da pena na pendência de recursos de natureza extraordinária não compromete o núcleo essencial do pressuposto da não-culpabilidade, na medida em que o acusado foi tratado como inocente no curso de todo o processo ordinário criminal” (HC 126.292; 2016).

No mesmo sentido, o ministro Luís Roberto Barroso asseverou que a pendência de recursos de natureza extraordinária não viola o princípio da presunção de inocência à medida que este adquire peso gradativamente menor conforme o processo vai avançando, diante da produção probatória e das condenações.

Ocorre que a presunção de inocência destaca-se como verdadeiro direito fundamental dos indivíduos contra possíveis arbitrariedades perpetradas pelo Estado; assim, sua incidência não pode ser reduzida com o caminhar do processo. Se a acusação possui o ônus de provar judicialmente os fatos que alega, ao poder Judiciário recai a incumbência de zelar para que durante todo o processo direitos e garantias do acusado/condenado sejam preservados. Permitir a mitigação desse princípio essencial à democracia é colocar em xeque a sua própria normatividade, aplicando-o como um mero valor. A afirmação “nenhum direito é absoluto” não pode ser igualada à permissão desmedida de sua violação.

Outra questão debatida foi que a demora do trânsito em julgado da sentença penal condenatória colabora para a sensação pública de impunidade, comprometendo os objetivos da pena, de prevenção especial e geral. O problema de tal percepção é que a solução da morosidade do poder Judiciário não pode caminhar na contramão dos direitos fundamentais (NASPOLINI; SILVEIRA, 2018). Afinal, questiona-se até que ponto é preferível manter uma suposta sensação de segurança pública ao preço de romper com direitos conquistados gradativamente por meio de longas lutas históricas. Lembra-nos Rudolf Von Ihering que “todas as grandes conquistas do direito – abolição da escravatura, da servidão pessoal, da liberdade predial, da indústria, das crenças, etc., foram alcançadas à custa das lutas ardentes, na maior parte das vezes continuadas através de séculos” (IHERING, 1999, p. 7).

Os ministros também destacaram o fato de os recursos extraordinários não serem dotados de efeito suspensivo, fator supostamente permissível à execução antecipada da pena. É preciso compreender, contudo, que a natureza do recurso não modifica o fato de que a culpa ainda não está completamente formada, tendo em vista a possibilidade da existência de eventual vício que desemboque na nulidade de todo o processo. Veda-se, portanto, a formulação dos juízos antecipados enquanto não houver trânsito em julgado (BOTTINI *apud* KLEE, 2016).

Em 2019, o STF tornou a deliberar sobre a possibilidade da execução antecipada da pena, desta feita com o ajuizamento das ADCs 43, 44 e 54. Os autores das ações – Partido Nacional Ecológico, Conselho Federal da OAB e o Partido Comunista do Brasil – pediram o reconhecimento da constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal, cuja redação é “Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado” (BRASIL, 1940). O pleito teve por parâmetro o princípio da presunção de inocência, nos termos do artigo 5º, inciso LVII da CRFB/88.

Entre os argumentos contrários utilizados pelos ministros para legitimar a possibilidade da execução antecipada da pena tem-se que a interposição sucessiva de recursos teria o poder meramente protelatório, com objetivo da impunidade e não de obter justiça. Essa concepção destoa da sistemática jurídica adotada pelo Brasil. O princípio do Duplo Grau de Jurisdição, importante garantia constitucional, remonta à necessidade dos recursos como instrumentos disponíveis aos indivíduos, seja para corrigir possíveis vícios de ilegalidade das decisões judiciais, seja para oportunizar às partes o exercício pleno do contraditório (OLIVEIRA, 2017). Aquele, portanto, que interpõe o recurso extraordinário o faz porque a norma permite, não sendo possível a presunção da sua má-fé em postergar o processo.

Em contrapartida, contrário à execução antecipada da pena, o relator, ministro Marco Aurélio, asseverou que diante da identidade dos dispositivos – artigo 283 do CPP e artigo 5º, inciso LVII da CRFB/88 – não há como ter dúvidas sobre a indispensabilidade da culpa como pressuposto obrigatório para imposição da sanção penal, não abrindo margens para controvérsias semânticas. Argumenta, ainda, que o princípio da não culpabilidade ou presunção de inocência é garantia prevista na Lei Maior, enquadrando-se como cláusula pétrea, não cabendo nem mesmo ao poder constituinte derivado sua restrição, destacando em seu voto “o trânsito em julgado como marco seguro para a severa limitação da liberdade, ante a possibilidade de reversão ou atenuação da condenação nas instâncias superiores” (ADCs 43, 44 e 54, 2019).

Depreende-se que a presunção de inocência é fruto da higidez constitucional, fazendo parte do grupo de direitos fundamentais que não podem ser restringidos, sob pena de fragilização da ordem protetiva construída gradativamente ao longo de anos contra a arbitrariedade. A opção do poder constituinte ao vedar a possibilidade de abolição dessas prerrogativas vincula-se à percepção da necessidade de limitação ao poder punitivo do Estado como condição imprescindível ao Estado Democrático de Direito. Sob essa ótica, a decisão pela constitucionalidade do artigo 283 do CPP concorre para a prevalência da Constituição e, em consequência, da democracia.

No mesmo sentido, no voto do ministro Ricardo Lewandowski ressaltou-se que a consecução de políticas criminais não pode acontecer de forma a contrariar a Constituição, mas sim amparada nela, diante da força normativa que esta possui para impor obediência aos seus preceitos. Assim, deve-se salientar que os direitos fundamentais, a exemplo da presunção de inocência, dentro de um Estado Democrático de Direito,

não podem ser considerados fatores contributivos à criminalidade, mas sim como vedações às tendências abusivas por parte do Estado.⁴

Cumpram ressaltar que a ministra Rosa Weber e os ministros Gilmar Mendes e Dias Toffoli, que em 2016 foram favoráveis à execução provisória da pena privativa de liberdade, adotaram em 2019 posicionamento oposto. A título exemplificativo, o ministro Gilmar Mendes salientou, em 2016, que a presunção de não culpabilidade pode evoluir de acordo com o estágio do procedimento, considerando tal princípio como garantia institucional, o que não necessariamente estabelecerá que o réu fosse tratado da mesma forma durante todo o processo. Por sua vez, em 2019, o ministro modificou seu entendimento, alegando que houve um “desvirtuamento que as instâncias ordinárias passaram a perpetrar em relação à decisão do STF em 2016” (ADCs 43, 44, 54; 2019).

5 O ATIVISMO JUDICIAL E A IN(SEGURANÇA) JURÍDICA

Na atualidade, o STF vem assumindo não somente sua incumbência de zelar pela proteção das regras constitucionais, garantindo a observância aos seus ditames, à medida que cada vez mais tem adotado uma postura mais proativa em relação a determinados temas sobre os quais delibera, notadamente questões políticas e sociais relevantes, construindo, por vezes, verdadeiras regras não inseridas no texto constitucional (VIEIRA, 2008).

Sob essa ótica, adquire relevo a discussão em torno do ativismo judicial, o qual pode ser compreendido em uma de suas conotações como espécie de desvirtuamento da função típica do poder Judiciário, quando este desrespeita os limites inerentes à própria função judicante, adentrando no campo de atuação do poder Legislativo. As decisões judiciais transcendem seu caráter deliberativo, veiculando normas jurídicas responsáveis por estabelecer condutas (RAMOS, 2015).

O ativismo judicial, conforme aduz Lenio Streck (2016), sempre será prejudicial à democracia, pois é reflexo de comportamentos personalíssimos dos magistrados ou tribunais. Distingue-se da judicialização da política, a qual estará mais presente quanto maior a possibilidade de discussão judicial sobre a conformidade dos atos governamentais com a Constituição. Segundo o autor, a atuação ativista possui relação com a resposta conferida pelo poder Judiciário ao objeto da judicialização.

A conotação negativa do ativismo judicial consiste na possibilidade de permitir que autoridades judiciárias não escolhidas por meio de um processo democrático passem a criar ou modificar o Direito, transformando-as em verdadeiros agentes legiferantes (SABOIA; SANTIAGO, 2018). Esse entendimento não implica restringir a atuação dos magistrados à mera interpretação literal dos normativos, mas sim garantir que a interpretação conferida ao caso concreto esteja em conformidade sobretudo com a Constituição, evitando elevado grau de discricionariedade no momento de decidir.

Nessa perspectiva, a mudança do posicionamento do STF quando deliberou em 2016 sobre o HC 126.292/SP, fixando a possibilidade da execução provisória da pena, configurou o ativismo judicial, na medida em que alterou manifestamente o sentido do artigo 5º, inciso LVII, da CRFB/88, o qual preleciona a impossibilidade de considerar alguém culpado até o trânsito em julgado, descumprindo a exigência de um processo mais dificultoso para alteração das normas constitucionais, usurpando, assim, a função precípua do poder Legislativo. A interpretação da Constituição não permite ao seu intérprete – nem mesmo aos tribunais superiores – a utilização de qualquer significado, reformulando as normas jurídicas de acordo com sua vontade, sob risco da prolação de decisões arbitrárias (STRECK, 2014).

O novo sentido conferido pela Corte ao disposto no texto constitucional vai de encontro ao prelecionado pelo poder constituinte originário, que detém a competência plena para elaborar a ordem constitucional vigente. A interpretação conferida aos normativos não pode ser outra senão aquela conforme à Constituição

⁴ Em sociedades assoladas por problemas estruturais é comum a utilização de discursos contrários aos direitos humanos, que estimulam o uso da violência extrema como instrumento hábil à promoção da segurança pública. Alertam Guerra e Almeida (2020) para a necessidade de uma ação proativa por parte do Estado na demonstração da imprescindibilidade dos direitos humanos na consecução da segurança pública e manutenção da paz (GUERRA, S.; ALMEIDA, L. L. A questão dos direitos humanos na segurança pública. *Espaço Público*, v. 5, p. 2-12, 2020).

Federal, sob pena de se legitimar a transformação do poder Judiciário em um superpoder, responsável pelas atribuições inerentes aos demais (SOARES; CABRAL, 2021).

Construindo uma resignificação para o trânsito em julgado, o STF ultrapassou os limites hermenêuticos que lhe foram impostos, pois, em que pese ser o guardião da Constituição, tendo a incumbência de dar a última palavra em matéria constitucional, a esta também deve obediência. Logo, não possui a prerrogativa para desconstrução dos institutos processuais assentados constitucionalmente (BADARÓ, 2018).

Repise-se, ainda, que essa modificação constitucional, mesmo se efetuada conforme os ditames rígidos necessários para tanto, encontraria óbice no próprio Diploma Maior. Isso porque a presunção de inocência, na condição de direito fundamental, constitui-se como verdadeira cláusula pétrea, não sendo possível sequer ser objeto de deliberação à emenda com tendências a sua abolição, nos termos do artigo 60, §4º da CRFB/88 (VIEIRA; RESENDE, 2016).

Por outro lado, em que pese a retomada ao posicionamento adotado pela Corte em 2019, vedando a possibilidade de execução antecipada da pena, ser um importante marco para a manutenção do texto constitucional, não é possível olvidar que o inconstante entendimento do STF sobre o mesmo tema, em um curto lapso temporal, é prejudicial à *segurança jurídica*. A ausência de constância desemboca na fragilização do Diploma Maior, na medida em que modifica a sua essência conforme os anseios momentâneos, na suposta busca de fornecer uma resposta à sociedade para problemas complexos, como é o caso da impunidade, morosidade da justiça e criminalidade.

Ressalte-se, ainda, o fato de não ter ocorrido somente uma mudança institucional no posicionamento da Corte, considerando que entre o julgamento do HC 126.292/SP e das ADCs 43, 44 e 54 também houve alteração no entendimento dos próprios ministros. Circunstância dessa natureza agrava sobremaneira a problemática da segurança jurídica, proporcionando risco inclusive à supremacia constitucional.

Aduz Canotilho que a segurança jurídica envolve dois pilares, quais sejam, a estabilidade e a previsibilidade. O primeiro implica dizer que as decisões não devem ser modificadas de forma arbitrária, mostrando-se razoável a sua alteração quando estiverem presentes os pressupostos materiais necessários. O segundo designa a necessidade da certeza e calculabilidade, por parte dos cidadãos, quanto aos efeitos jurídicos dos atos normativos (CANOTILHO, 1993).

Outrossim, a rápida mudança de entendimento também coloca em questionamento o papel constitucional exercido pelo STF, considerando a intensidade de atuação da Corte na inovação do Direito e consequente invasão nas atividades típicas do poder Legislativo. Essa situação possibilita cogitar que nem sempre os reais interesses influenciadores de tais decisões tratam-se de encontrar o interesse que melhor privilegie a essência da Constituição, notadamente quando há figuras públicas envolvidas.

Com efeito, não se pretende consignar que a interpretação constitucional seja sempre a mesma, muito menos que não seja possível a revisão dos entendimentos por parte dos tribunais, mas sim evitar que as instabilidades nas decisões jurídicas provoquem rupturas e afronta aos direitos fundamentais.

5 CONCLUSÃO

Diante do exposto, infere-se que a interpretação da Constituição deve ser lastreada pelos parâmetros por ela fixados, em virtude da sua força normativa e suprema. Essa regra também deverá ser observada para todas as demais normas do ordenamento jurídico. Do mesmo modo, a alteração dos seus preceitos não pode ocorrer de forma desmedida, conforme supostos anseios sociais, políticos ou econômicos momentâneos.

Sob essa ótica, é fundamental a adoção de uma perspectiva equilibrada a fim de compatibilizar a manutenção da estabilidade constitucional com a adaptação do seu sentido, vedando-se a possibilidade de alterações que destoem manifestamente da essência da Constituição.

Nesta senda, ressalta-se a relevância da teoria do garantismo penal e a do princípio da presunção de inocência como premissas teóricas imprescindíveis ao Estado Democrático de Direito, as quais coadunam com a opção da Constituição Federal e com a sistemática do Direito Penal pátrio contemporâneo, de modo que o exercício do direito de punir do Estado seja amparado na lei e na preservação dos direitos fundamentais.

Em decorrência das constatações supracitadas, compreende-se que a possibilidade da prisão automática com a condenação em segundo instância, ressalvados os casos de prisão cautelar, traduz-se como afronta à Constituição, a qual consagra o princípio da presunção de inocência durante todo o processo e o trânsito em julgado como marco necessário para completa aferição da culpa do indivíduo.

A mudança de entendimento do STF, ao julgar o HC 126.292/SP, caracterizou-se como ativismo judicial na medida em que a Corte, usurpando a função típica do poder Legislativo, passa a inovar no Direito, definindo novo sentido para o trânsito em julgado e para a presunção de inocência. Isso desemboca na fragilização da força normativa e suprema da Constituição, revelando-se também extremamente prejudicial à democracia.

Com o julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade ADCs 43, 44 e 54, ao decidir pela inconstitucionalidade da prisão penal como forma de antecipação da pena, a Corte retorna ao entendimento firmado no julgamento do HC 84.078-7/MG, mediante interpretação conforme a Constituição. Não obstante, a falta de constância nas decisões da Corte sobre a temática provoca intensa insegurança jurídica, na medida em que a cada nova decisão e dependendo de quem seja a parte requerente e seu grau de influência no cenário social, político ou jurídico nacional, os posicionamentos possam variar.

Outrossim, não é um argumento válido a admissibilidade da prisão em segundo grau, por força de condenação, sob a justificativa de que a existência de muitos recursos na área penal alonga o cumprimento das penas privativas de liberdade, notadamente quando o direito de recorrer é também uma garantia constitucional ao duplo grau de jurisdição. A morosidade não está na lei ou mesmo nos recursos, mas sim no deficitário aparelhamento do poder Judiciário.

Destaca-se, portanto, que as soluções para problemáticas jurídicas complexas sejam impreterivelmente traçadas a partir da fiel observância aos preceitos da Lei Maior, obstando dessa forma possíveis subversões às normas constitucionais.

6 REFERÊNCIAS

ÁVILA, G. N.; SOARES JUNIOR, R.; BORRI, L. A. S. S. A presunção da inocência e sua evolução na visão do supremo tribunal federal: uma análise a partir dos direitos humanos, fundamentais e de personalidade. *Prima@facie*, João Pessoa, v. 18, n. 39, p. 273-297, set./dez. 2019. Disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/index.php/primafacie/article/view/48758>. Acesso em: 27 mar. 2021.

BADARÓ, G. H. R. I. É temerário admitir que o STF pode “criar” um novo conceito de trânsito em julgado. *Revista Consultor Jurídico*, 3abr. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-abr-03/badaro-stf-nao-criar-conceito-transito-julgado>. Acesso em: 3 abr. 2021.

BARROSO, L. R. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a constituição do novo modelo*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BONAVIDES, P. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 1997.

BRASIL, D. R. A garantia do princípio constitucional da presunção de inocência (ou de não culpabilidade): um diálogo com os direitos e garantias fundamentais. *Revista de Direito Brasileira*, São Paulo, v. 15, n. 6, p. 376-398, set./dez. 2016. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/3038>. Acesso em: 18 jan. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n° 84.078-7/MG. Rel. Min. Eros Grau. Julgado em 5 de fevereiro de 2009. DJe 26/2/2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n° 126.292/SP. Rel. min. Teori Zavascki. Julgado em 17 de fevereiro de 2016. DJe 17/5/2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ações Declaratórias de Constitucionalidade* n° 43, 44 e 54. Rel. min. Marco Aurélio. Julgado em 7 de novembro de 2019. DJe 12/11/2020.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. *Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del-2848compilado.htm. Acesso em: 12 nov. 2021.

CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CASARI, C. M. R.; GIACÓIA, G. A violação dos direitos fundamentais no sistema prisional brasileiro à luz da teoria do garantismo penal. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, Santa Maria, v. 11, n. 1, p. 249-274, 2016. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/20816>. Acesso em: 13 jan. 2021.

- FEDATO, M. A.; SANTIN, V. F. Garantismo e a necessária preservação dos direitos fundamentais no processo penal. *Revista Direito e Liberdade*, Natal, v. 22, n. 2, p. 165-191, maio/ago. 2020. Disponível em: http://ww2.esmarn.tjrj.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/article/view/1956 Acesso em: 13 jan. 2021.
- FERRAJOLI, L. *Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista*. Trad. André Karam Trindade. In: FERRAJOLI, L.; STRECK, L. L.; TRINDADE, A. K. *Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.
- FERRAJOLI, L. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- FERRAJOLI, L. *Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais*. Trad. Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cademartori et al. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.
- FERREIRA, P. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- FRANCO, V. M.; SOARES, V. M. M. A impertinência do discurso do direito penal juvenil à luz da teoria geral do garantismo jurídico de Ferrajoli: reflexão sobre as tendências subversivas da proposta garantista. *Revista de Criminologias e Políticas Criminais*, v. 6, n. 1, p. 1-23, jan./jun. 2020. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/revistacpc/article/view/6382>. Acesso em: 17 jan. 2021.
- GUERRA, S.; ALMEIDA, L. L. A questão dos direitos humanos na segurança pública. *Espaço Público*, Recife, v. 5, p. 2-12, 2020. Disponível em: <https://periodicos.ufpe.br/revistas/politicaspUBLICAS/article/view/243356>. Acesso em: 15 mar. 2021.
- HESSE, K. *A força normativa da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.
- IHERING, R. V. *Luta pelo direito*. Trad. João Vasconcelos. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- KELSEN, H. *Teoria pura do direito*. 8. ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes: São Paulo, 2009.
- KLEE, P. M. C. Reflexões quanto o habeas corpus 126.292/SP: (Im) possibilidade da execução antecipada da pena na pendência de recursos extraordinários frente ao princípio da presunção de inocência. *Revista de Estudos Jurídicos Unesp*, Franca, ano 20, São Paulo, n. 31, p. 401-448, jan./jun. 2016. Disponível em: <https://seer.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/article/view/2036/1954>. Acesso em: 25 fev. 2021.
- LASSALE, F. *O que é uma Constituição*. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Editora Líder, 2002.
- LIMA, I. M.; LANÇA, J. A. A. A força normativa da constituição e os limites à mutação constitucional em Konrad Hesse. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 62, p. 285, jan./jun. 2013. Disponível em: <https://web.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/issue/view/26>. Acesso em: 5 jan. 2021.
- LOPES JUNIOR, A. *Direito processual penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 84.
- NASPOLINI, S. H. D. F.; SILVEIRA, V. O. A presunção de inocência como um direito humano fundamental na constituição brasileira e sua aplicação pelo supremo tribunal federal. *Revista Eletrônica de Direito da UFSM*, Santa Maria, v. 13, n. 3, p. 858-875, dez. 2018. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/33845/pdf>. Acesso em: 25 jan. 2021.
- OEA. Organização dos Estados Americanos. *Convenção Americana de Direitos Humanos* (“Pacto de San José de Costa Rica”), 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm. Acesso em: 18 jan. 2021.
- OLIVEIRA, B. Q. O duplo grau de jurisdição na ação penal 470/mg: considerações à luz do controle de convencionalidade. *Revista Direito em Debate*, Ijuí, v. 26, n. 47, p. 267-288, jan./jun. 2017. Disponível em: <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/5771>. Acesso em: 30 jan. 2021.
- OLIVEIRA, B. Q.; SANTIAGO, N. E. A crise da legalidade penal e a função do Superior Tribunal de Justiça na Interpretação dos Tipos Penais. *Redes – Revista Eletrônica de Direito e Sociedade*, Canoas, v. 6, n. 2, p. 41-55, set. 2018. Disponível em: <https://revistas.unilasalle.edu.br/index.php/redes/article/view/3717>. Acesso em: 24 jan. 2021.
- OLIVEIRA, T. B.; SOARES, P. S. G.; MENDES, A. H. T. Os direitos humanos no contexto do garantismo penal brasileiro. *Revista Humanidades e Inovação*, Palmas, v. 7, n. 19, p. 675-686, 2020. Disponível em: <https://revista.unitins.br/index.php/humanidadesinovacao/article/view/4688>. Acesso em: 17 jan. 2021.
- OLIVEIRA, W. V. Constitucionalismo contemporâneo: a relação entre as emendas constitucionais e as novas respostas da democracia participativa. *Libertas: Revista de Pesquisa em Direito*, Uberlândia, v. 3, n. 2, p. 148-170, jul. 2018. Disponível em: <https://periodicos.ufop.br/libertas/article/view/818>. Acesso em: 9 mar. 2021.
- ONU. Organização das Nações Unidas. *Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948*. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 18 jan. 2021.
- PINHO, A. C. B.; ALBUQUERQUE, F. S.; SALES, J. E. P. O garantismo (penal) de Luigi Ferrajoli: apontamentos (des) necessários a certas “críticas” made in Brazil. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Belo Horizonte, v. 17, n. 26, p. 155-186, jul./dez. 2019. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/37484>. Acesso em: 13 jan. 2021.
- RAMOS, E. S. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

INTERPRETAÇÃO DA PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA NO ÂMBITO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:
LIMITES E POSSIBILIDADES

Ana Beatriz Nóbrega – Breno Wanderley – Aécio Melo

- SABOIA, J. R.; SANTIAGO, N. E. A. *Garantismo e ativismo judicial: uma análise da presunção do estado de inocência e da sua relativização pelo STF. Revista Direitos Fundamentais & Democracia*, Fortaleza, v. 23, n. 2, p. 53-74, maio/ago. 2018. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/1121/544>. Acesso em: 3 nov. 2021.
- SILVA, J. A. *Curso de direito constitucional positivo*. 15. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 1998.
- SOARES, M. L. Q.; CABRAL, A. L. N. C. O Ativismo judicial: ruptura à democrática representatividade política brasileira? *Revista Direito em Debate*, Ijuí, v. 30, n. 55, p. 242-251, jan./jun. 2021. Disponível em: <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/10280>. Acesso em: 24 abr. 2021.
- SOUSA, A. C.; LEITÃO, M. C. Da mutação constitucional ao ativismo judicial: uma análise do entendimento do supremo tribunal federal sobre prisão em segunda instância. *Revista Direito em Debate*, Ijuí, v. 29, n. 54, p. 232- 245, jul./dez. 2020. Disponível em: <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/10101>. Acesso em: 24 jan. 2021.
- STRECK, L. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014a.
- STRECK, L. L. Entre o ativismo e a judicialização da política: a difícil concretização do direito fundamental a uma decisão judicial constitucionalmente adequada. *Espaço Jurídico Journal of Law [EJLL]*, Joaçaba, v. 17, n. 3, p. 721-732, set./dez. 2016. Disponível em: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/12206/pdf>. Acesso em: 20 mar. 2021.
- STRECK, L. L. Os limites semânticos e sua importância na e para a democracia. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 41, n. 135, p. 175-187, set. 2014b. Disponível em: <http://ajuris.kinghost.net/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/333>. Acesso em: 3 jan. 2021.
- STRECK, L. L.; LIMA, M. M. A. B.; OLIVEIRA, M. A. C. A nova perspectiva do supremo tribunal federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. *Argumenta Journal Law*, Jacarezinho, n. 7, p. 45-68, jan. 2007. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/72>. Acesso em: 3 jan. 2021.
- TAVARES, A. R. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- VIEIRA, J. R.; RESENDE, R. L. Execução provisória da pena: causa para corte interamericana de direitos humanos? In: VIEIRA, J. R.; CAMARGO, M. M. L.; LEGALE, S. (org.). *Jurisdição constitucional e direito constitucional internacional*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 163-177.
- VIEIRA, O. V. Supremocracia. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 441-462, jul./dez. 2008. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35159/33964>. Acesso em: 3 nov. 2021.