



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE GOIÁS
ESCOLA DE DIREITO, NEGÓCIOS E COMUNICAÇÃO
NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA
COORDENAÇÃO ADJUNTA DE TRABALHO DE CURSO
ARTIGO CIENTÍFICO

**ATIVISMO JUDICIAL NA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE PENA:
UMA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL NO ORDENAMENTO BRASILEIRO**

ORIENTANDA: THAIS ALVES NAVARRO
ORIENTADORA: PROF.: PROF^a. DRA. FERNANDA SILVA BORGES

GOIÂNIA-GO
2021

THAIS ALVES NAVARRO

ATIVISMO JUDICIAL NA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE PENA
UMA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

Artigo Científico apresentado à disciplina Trabalho de Curso II, da Escola de Direito e Relações Internacionais, Curso de Direito, da Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUCGOIÁS).
Prof. Orientadora.: Prof^ª Dra Fernanda Silva Borges.

GOIÂNIA-GO
2021

THAIS ALVES NAVARRO

ATIVISMO JUDICIAL NA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE PENA
UMA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

Data da Defesa: ____ de _____ de _____

BANCA EXAMINADORA

Orientadora: Prof.^a Dra Fernanda Silva Borges Nota

Examinadora Convidada: Prof.^a Dr.^a Edwiges Conceição Carvalho Corrêa Nota

**ATIVISMO JUDICIAL NA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE PENA:
UMA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL NO ORDENAMENTO BRASILEIRO**

Thais Alves Navarro¹

A presente pesquisa teve como temática o ativismo judicial na execução provisória da pena por meio de uma análise jurisprudencial no ordenamento brasileiro. Considerando a expansão do constitucionalismo pós positivista, o ativismo judicial, na figura do Supremo Tribunal Federal, foi importante palco para as transformações jurisprudenciais acerca da execução provisória da pena. Assim, por meio de método hipotético dedutivo, a pesquisa tem como objetivo analisar a relação desse decisionismo ativista às mudanças jurisprudenciais e quais as razões que permeiam a alteração desses entendimentos. Dessa forma, conclui-se aqui que adotando uma postura ativista e por meio de uma hermenêutica pós positivista, ainda que sob o discurso da efetivação dos direitos fundamentais tal hermenêutica abre espaço para discricionariedade dos interpretes e, assim, a insegurança jurídica, vez que o decisionismo fica à mercê da vontade subjetiva do magistrado. A decisão pela execução provisória da pena, portanto, revisitada em quatro diferentes contextos pelo STF ilustra perfeitamente a vontade populista penal que permeia os tribunais brasileiros, bem como pela vontade política dos magistrados ante a crescente espetacularização da atuação do Supremo.

Palavras-chave: Hermenêutica. Ativismo Judicial. Execução Provisória. Constitucionalismo. Pós Positivismo.

¹ Graduanda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás.

INTRODUÇÃO

O Constituição de 1988 trouxe uma nova perspectiva quanto ao papel do Estado e a atuação de suas instituições, em especial, as atribuições do Poder Judiciário. Dessa forma, com objetivo de efetivação dos direitos e garantias fundamentais, a Carta Magna em adesão ao constitucionalismo contemporâneo passou a reconhecer em sua redação a ampliação da jurisdição constitucional e o fortalecimento das instituições de justiça de forma a evitar os autoritarismos do regime anterior e, assim, equilibrar os poderes.

Isto posto, a atuação do Poder Judiciário, especialmente na figura do Supremo Tribunal Federal vem se mostrando cada vez mais ativo e atuante, protagonizando diversas decisões que transformaram a compreensão jurídica no ordenamento brasileiro ao longo dos 30 anos de Constituição. Nesse sentido, ante ao atual contexto de conturbação política destaca-se a relevante atuação dessa Corte que frente a judicialização de demandas políticas é o principal ator na inovação do ordenamento brasileiro ao firmar teses e entendimentos para além do mero conservadorismo exegético.

Dessa forma, tornou-se especialmente notório na última década a constante demanda às instituições de Justiça de uma intervenção que cessasse a impunidade ante aos escândalos de corrupção e, assim, efetivar a persecução penal, além dos direitos e garantias. Nesse sentido, ressalta-se especificamente as transformações jurisprudenciais protagonizadas pela Corte quanto a possibilidade de execução provisória da pena conforme entendimentos dos Habeas Corpus 84.078, 126.292 e Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43, 44 e 54.

Tais mutações constitucionais ao longo da última década foram revistas pelo tribunal em diferentes contextos e alvo de diversas discussões acerca da legalidade e (in)segurança jurídica gerada, assim como quanto aos limites desse processo de decisionismo judicial ativista.

Assim sendo, visando responder se permeia nesse processo de decisionismo ativista um viés político e populista judicial, bem como a (i)legalidade pertinente, a pesquisa aqui presente tem como objetivo analisar a relação do ativismo judicial na figura do Supremo Tribunal Federal quanto às transformações jurisprudenciais acerca da execução provisória da pena no período de 2009 a 2019 e as razões que permeiam os diferentes entendimentos.

Dessa forma, a presente pesquisa parte da produção de duas iniciações científicas no período de 2019/2 – 2020/1 e 2020/2 - 2021/1, as quais alicerçaram essa pesquisa por meio de diferentes recortes, mas sempre permeando a questão do ativismo judicial ao ordenamento

brasileiro. Ante a abrangência do Direito Constitucional e as polêmicas investigações que permeiam os jornais nos últimos anos, surgiu, assim, a necessidade de compreender as relações desse processo de decisionismo ativista à politização da Suprema Corte e seus impactos nos processos lavajatistas e a própria democracia brasileira.

Isto posto, ressalta-se a pertinência temática não apenas pela presença de decisões ativistas, mas pela expansão desse fenômeno que por meio de uma hermenêutica pós positivista que flexibiliza as normas à mercê do entendimento subjetivo e pessoal do interprete. Seja para devido cumprimento dos direitos e garantias fundamentais ou para efetivação da persecução penal, torna-se de suma importância a compreensão das causas e consequências do ativismo judicial, bem como sua manifestação nas instituições de justiça para conceber qual o limite do processo de decisionismo judicial e qual a fronteira desse à política ou à moral que possibilita a sobreposição a própria ciência jurídica.

Para tanto, empregou-se aqui o método hipotético dedutivo por meio de pesquisa teórica com investigação doutrinária de obras do direito constitucional e penal, assim como, análise jurisprudencial quanto ao entendimento firmado de acordo com Habeas Corpus 84.078, 126.292 e Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43, 44 e 54.

Assim, a pesquisa se estrutura como artigo científico por meio de seções sendo primordialmente analisado por meio da ciência hermenêutica os princípios constitucionais que permeiam a Constituição e o processo penal, especialmente o princípio da presunção de inocência e seu caráter normativo ante a hierarquia de normas na legislação pátria.

Posteriormente, será analisado histórico jurisprudencial dos julgados do Supremo quanto à execução provisória da pena, quais sejam Habeas Corpus 84.078, 126.292 e Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43, 44 e 54. Nessa seção será discutida quais foram as transformações no entendimento firmado, assim como as teses defendidas pelos ministros conforme a legislação.

Em seguida, na terceira seção será examinado como se caracteriza a relação do ativismo judicial aos julgados levantados e as razões que permeiam as mudanças no entendimento firmado de acordo com seu respectivo contexto.

1 PRINCÍPIOS E REGRAS: A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O constitucionalismo moderno nasce a partir de reivindicações liberais de demandas da burguesia que limitasse o poder político e garantisse a afirmação de seus direitos. Desse modo, surgem as primeiras constituições escritas e formais, a Norte-Americana em 1787 e a Francesa em 1791, com a adoção da separação dos poderes e a garantia dos direitos e liberdades individuais.

A partir desse contexto, o Estado de Direito perpassa por um processo de positivação das normas submetendo-se a legalidade de forma a consagrar os princípios da soberania nacional, independência dos poderes e supremacia constitucional enquanto pilares imprescindíveis a estrutura estatal (SOARES, 2019).

Dessa forma, “o fenômeno da positivação é, pois, expressão palmar da modernidade jurídica, permitindo a compreensão do direito como um conjunto de normas postas” (SOARES, 2019, p. 66). A lei concebida como norma abstrata e genérica torna à codificação do Direito uma garantia dos direitos e deveres, consubstanciando na Carta Magna o instrumento maior de sistematização do ordenamento jurídico.

Assim sendo, o constitucionalismo passa por uma série de transformações até a contemporaneidade. A Constituição Brasileira de 1988 é fruto das mudanças do constitucionalismo contemporâneo, além de refletir as dimensões do chamado neoconstitucionalismo, pautado pela crítica ao modelo positivista.

A difusão das teorias do chamado neoconstitucionalismo, com a proposta de superação de algumas das principais teses do positivismo jurídico, tem refletido viva e fecundamente na consolidação de uma renovada teoria da Constituição, pautada pela supremacia da ordem constitucional, a centralidade personalista da dignidade humana, a força normativa dos princípios constitucionais e a eficácia dos direitos fundamentais. (CRISTÓVAM, 2017, p. 220)

Isto posto, a constitucionalização pós-positivista perpassa pela discussão de duas correntes que marcaram a história do constitucionalismo: o jusnaturalismo e o positivismo (BARROSO, 2006).

Por jusnaturalismo, desenvolvido no século XVI e pautado na filosofia natural do direito, entende-se como o reconhecimento de que a sociedade possui diversos valores que se sobrepõem e independem da norma jurídica, limitando-a. A concepção de que o homem possui direitos naturais fora o estopim para as revoluções liberais e culminaram na limitação do poder do Estado. Todavia, com o advento do Estado Liberal e visando a conservação dos direitos

adquiridos, o jusnaturalismo foi superado pela concepção positivista do século XIX (BARROSO, 2020).

O apego excessivo à norma legal refletia a postura conservadora de uma classe ascendente. A burguesia, ao encampar o poder político, passou a utilizar a aparelhagem jurídica em conformidade com seus interesses. Se a utopia jusnaturalista impulsionou a revolução, a ideologia legalista legitimou a preservação do statu quo pelo argumento de que o conjunto de leis corporificava o justo pleno, cristalizando formalmente os princípios perenes do direito natural. (FREIRE, 2019, p. 67)

Dessa forma, sob a concepção positivista o direito tornava-se fruto da racionalidade científica para além da mera especulação filosófica jusnaturalista. Sob o positivismo, o direito se tornava ciência, afastando-se dos valores e da moral, em que a aplicação do direito consistia na objetividade científica, pautando-se pelos fatos e pela normatividade do direito posto, sendo essa norma transposta pelo mero exercício de subsunção em um processo lógico-dedutivo de submissão à lei, vez que no modelo positivista inexistiam lacunas a serem supridas (BARROSO, 2020).

Considerado metafísico e anti-científico, o direito natural foi empurrado para a margem da história pela ascensão do positivismo jurídico, no final do século XIX. Em busca de objetividade científica, o positivismo equiparou o Direito à lei, afastou-o da filosofia e de discussões como legitimidade e justiça e dominou o pensamento jurídico da primeira metade do século XX. Sua decadência é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha, regimes que promoveram a barbárie sob a proteção da legalidade. Ao fim da 2ª. Guerra, a ética e os valores começam a retornar ao Direito. (BARROSO, 2006, p. 5)

Nesse contexto, ante a decadência do positivismo e os autoritarismos do século XX, surge no pós-positivismo uma concepção contemporânea neoconstitucional para além da mera literalidade da norma, ou seja, surge uma nova hermenêutica constitucional sustentada pela primazia da dignidade da pessoa humana e pela ponderação de princípios.

Dessa maneira, a Constituição de 1988, por meio de um processo de constitucionalização do direito, permite uma nova concepção de Estado e, conseqüentemente, novas dimensões institucionais para o Poder Judiciário, tendo em vista a função de zelar pela Constituição e pela Ordem Democrática.

1.1 A CONSTITUIÇÃO E O SISTEMA DE NORMAS REGRAS E PRINCÍPIOS

O processo de constitucionalização consiste primordialmente em um texto constitucional dotado de supremacia, cujas normas dotadas de força normativa e imperatividade

condicionam todo o ordenamento infraconstitucional consolidando o chamado Estado Constitucional de Direito.

Nesse sentido, transforma-se a acepção de Estado ante à centralidade dos direitos fundamentais e expansão da jurisdição constitucional, o que enseja, portanto, um maior protagonismo do Judiciário por meio do exercício hermenêutico para além da mera aplicação da lei.

Para tanto, a teoria contemporânea adere as concepções teóricas de Dworkin e Alexy que segundo Cristóvam (2017) superam a dicotomia entre Direito e Moral e recepciona uma hermenêutica pautada pelo raciocínio tópico retórico sob a ponderação de interesses e a concepção de que as normas jurídicas são um gênero que comporta regras e princípios, os quais detém diferentes aplicações e interpretações no ordenamento.

Isto posto, Barroso (2020) elenca diferentes critérios para diferenciação de princípios e regras quais sejam (i) conteúdo; (ii) estrutura normativa e (iii) modo de aplicação.

Segundo o autor, por conteúdo os princípios como normas abertas identificam decisões políticas fundamentais, ou seja, valores de dimensão ética, enquanto regras como normas fechadas consistem em comandos objetivos destituídos de valoração.

Já quanto a estrutura normativa, os princípios apontam ideais a serem atingidos sem que a norma aponte um caminho para tanto, ao passo que as regras consistem em normas meramente descritivas proibitivas ou permissivas que apontam exatamente o caminho legal a ser percorrido.

Todavia, conforme Barroso (2020) é no modo de aplicação em que há maior distinção de ambas, vez que a aplicação das regras consiste no “tudo ou nada”, na qual coincidindo fato à norma essa será integralmente aplicada sem maiores elaborações teóricas por meio da subsunção, vez que são meros comandos descritivos. Já os princípios enquanto valores/fins a serem observados podem apontar direções por vezes conflitivas onde caberá ao intérprete a devida ponderação para atingir a vontade da norma e, assim, fazer justiça ao caso concreto.

Nesse sentido, por meio desse modelo hermenêutico busca-se a efetividade do texto constitucional principalmente na garantia dos direitos fundamentais de forma a coibir acessos políticos autoritários ante a aplicação da lei destituída de valoração moral. Por meio da ponderação de princípios o julgador, para além da mera subsunção lógico dedutiva, constrói sua argumentação vinculada à supremacia constitucional para maximizar a efetividade das normas garantindo o exercício dos direitos e manutenção da ordem democrática.

Entretanto, esse protagonismo judicial como meio de concretização de direitos e garantias fundamentais possibilita uma maior discricionariedade no decisionismo judicial de forma que o processo argumentativo respaldado em um juízo de valor fica à mercê do entendimento subjetivo do julgador. Nesse sentido, reacende-se a problemática dos limites entre Direito e Moral, vez que ante a adesão de um modelo constitucional pós-positivista, a Constituição brasileira recorre a chamada jurisprudência de valores, adotando uma hermenêutica principialista na interpretação e aplicação de suas normas.

Com a incorporação nas Constituições de princípios de justiça de caráter ético-político, como a igualdade, a dignidade das pessoas e os direitos fundamentais, desaparece o principal traço distintivo do positivismo jurídico: a separação entre direito e moral (FERRAJOLI, 2010, p. 96)

Segundo Streck (2013), essa adesão brasileira decorre de uma recepção equivocada da chamada jurisprudência de valores importada do ordenamento alemão no pós-guerra. Segundo o autor, essa “jurisprudência de valores serviu para equalizar a tensão produzida depois da outorga da Grundgesetz” (2013, p. 10), ou seja, Carta Magna alemã, de forma a invocar argumentos que permitissem ao Tribunal recorrer a critérios decisórios que se encontravam fora da estrutura rígida de legalidade, de forma a se referir aos valores, como mecanismo de “abertura” de uma legalidade fechada que possibilitara o totalitarismo nazista (STRECK, 2013, p.10).

Assim sendo, nesse contexto de decadência positivista e constitucionalização do direito, a expansão da jurisdição constitucional brasileira, segundo Streck (2013), perpassa pela recepção errônea das teorias de Dworkin e Alexy, vez que confunde a “superação” dos métodos com relativismos.

No entanto, bem-vindo ou não, resta notório que posterior a crise política que se instaurou no Brasil ante aos escândalos de corrupção na década anterior, a hermenêutica jurídica principialista fora instrumento imprescindível no deslinde dos julgados acerca da execução provisória da pena.

1.2 A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA ENQUANTO GARANTIA FUNDAMENTAL

O princípio da presunção de inocência é um dos pilares do Estado Democrático de Direito, responsável por tutelar os direitos e liberdades individuais consagrado primordialmente na Declaração dos Direitos do Homem em 1789.

Segundo essa máxima constitucional, nos termos do Art. 5º, inciso LVII da Constituição de 1988 “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, o que consiste em um norteador do processo penal de forma a garantir o respeito a dignidade da pessoa humana para equilibrar a relação processual do réu perante a força do *jus puniendi*. Segundo Aury Lopes Junior (2020), a presunção de inocência muito além de um mero direito do acusado, consiste em uma própria garantia política de valor eminentemente ideológico em atenção aos moldes do sistema acusatório.

Nesse sentido, a positivação desse princípio perpassa não apenas pelo ordenamento brasileiro, mas por diversos diplomas internacionais à exemplo da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 que em seu artigo XI, dispõe:

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.

Além disso, a Convenção Americana Sobre os Direitos Humanos, conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, consagra em seu artigo 8º: “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”. Tal recepção, portanto, consiste no afastamento do ultrapassado sistema inquisitório no qual regia o princípio da culpabilidade onde a dúvida não ensejaria a absolvição, mas a condenação do acusado quem deveria provar sua inocência.

Dessa forma, pode-se extrair dessa máxima constitucional que a formação de convencimento do magistrado deve ser construído em contraditório pela estrutura dialética do sistema acusatório, vez que tal norma incide em três dimensões, quais sejam (i) norma de tratamento, na qual consiste no tratamento do acusado enquanto inocente até sentença penal condenatória (ii) norma probatória, em que cabe ao órgão acusador a produção lícita de provas que demonstrem culpa do acusado ante a autoria e materialidade e (iii) norma de julgamento, na qual deve-se observar o “in dubio pro reo” enquanto critério de resolução de incerteza judicial. (LOPES JUNIOR, 2020).

Podemos extrair da presunção de inocência que a formação do convencimento do juiz deve ser construída em contraditório (Fazzalari), orientando-se o processo, portanto, pela estrutura acusatória que impõe a estrutura dialética e mantém o juiz em estado de alheamento (rechaço à figura do juiz inquisidor – com poderes investigatórios/instrutórios – e consagração do juiz de garantias ou garantidor). (LOPES JUNIOR, 2020, p. 138)

Isto posto, percebe-se que a redação constitucional trouxe uma garantia ainda maior a presunção de não culpabilidade, pois o garante até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, e não apenas até quando se comprove a culpa do acusado, como posto na Declaração Universal e no Pacto de San José da Costa Rica. Assim sendo, o próprio texto constitucional demarca o alcance do princípio da presunção de inocência de forma expressa, qual seja “até o trânsito em julgado”, não permeando aqui lacunas interpretativas visto a clara redação do artigo. Conforme destaca o autor:

Afirmar que a Constituição recepcionou apenas a “presunção de não culpabilidade” é uma concepção reducionista, pois seria alinhar-se ao estágio “pré-presunção de inocência” não recepcionada pela Convenção Americana de Direitos Humanos e tampouco pela base democrática da Constituição. (LOPES JUNIOR, 2020, p. 139)

Nesse sentido, a garantia de presunção de inocência enquanto pilar do Estado Democrático consiste em uma clara posição garantista do ordenamento brasileiro que adotou tal estrutura constitucional precisamente em contraponto ao autoritarismo anterior. Assim sendo, não apenas a Carta Magna assegura tal direito como a própria legislação penal ante as últimas transformações legislativas buscou positivar um texto precipuamente garantista de forma a equilibrar cada vez mais a relação processual entre acusado e Estado.

2 JURISPRUDÊNCIA DA SUPREMA CORTE BRASILEIRA NA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA

Como meio de combate impunidade, destaca-se que no período de 2009 à 2019 houveram diversas transformações jurisprudenciais acerca da execução provisória da pena, instituto esse que, segundo intérpretes favoráveis, impediria a protelação de processos no Judiciário e, portanto, traria consequências mais imediatas a prática de tais crimes. Entretanto, tal temática fora revisitada pelo Supremo Tribunal Federal em quatro diferentes ocasiões na última década.

Primordialmente, anterior ao ano de 2009, o entendimento do tribunal era permissivo à execução provisória da pena, momento no qual ainda não se observava o alcance do trânsito em julgado, nos termos do Art. 5º inciso LVII e ainda não subsistiam as alterações infraconstitucionais de 2011. Posteriormente, houve uma mudança no entendimento do Supremo conforme julgamento do *HC 84078* quando prevaleceu o entendimento pela estrita observância do Art. 5º, determinando momento de execução da pena quando transitada em julgado sentença penal condenatória.

Todavia, em 2016 em novo julgamento, segundo *HC 126.292* o Supremo retificou seu entendimento, prevalecendo a possibilidade de execução provisória da pena sob uma argumentação ponderacionista para além do legalismo formal e novamente voltou a discutir o tema em sede das ADC's 43, 44 e 54 no ano de 2019 quando, entendendo pela constitucionalidade do Art. 283 do Código de Processo Penal, não subsistiu mais controvérsia quanto a possibilidade da execução antecipada da pena, sendo essa marcada pelo devido trânsito em julgado da sentença penal condenatória, dado que tanto a legislação constitucional quanto infraconstitucional tem redação clara quanto ao alcance do trânsito em julgado e devido momento para início do cumprimento da pena.

Para tanto, os Ministros em cada um dos julgamentos supra fundamentaram seu voto interpretando a lei conforme exegese que julgou adequada, interpretação e argumentação essa que se passa a análise para compreensão do ativismo judicial e seus efeitos do ordenamento pátrio.

2.1 HABEAS CORPUS 84.078 e 126.292

A corte, à exemplo do julgamento do *HC 68726* de relatoria do Ministro Neri da Silveira, interpretava que a execução da pena não era conflitiva ao princípio da presunção da inocência sendo, portanto, o entendimento da época favorável a execução provisória da pena até o ano de 2009 quando no julgamento do *Habeas Corpus 84078* de relatoria do Ministro Eros Grau, a Corte alterou seu entendimento por meio de uma mutação constitucional determinando que não mais era compatível à Carta Magna a execução antecipada da pena.

“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. [...]” 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. [...] 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.” (BRASIL, 2009)

Nesse sentido, publicada alteração legislativa n. 12.403/2011, foram alterados diversos dispositivos no Código Processual Penal, destacando-se a redação do Art. 283 o qual, desde então, transpôs a redação do Art. 5º inciso LVII harmonizando a legislação infraconstitucional

ao texto constitucional de forma a reiterar tal interpretação garantista marcando o início da execução da pena posterior ao trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Todavia, essa guinada garantista da Corte perdurou somente até o ano de 2016, quando novamente a Corte alterou seu entendimento no julgamento do *Habeas Corpus 126.292*.

Dessa forma, destaca-se aqui que o ano de 2016 fora marcado pelas estampas dos jornais acerca do furor ocasionado pela Operação Lava Jato iniciada em Curitiba em 2014. Segundo Ministério Público Federal, a operação fora uma iniciativa de combate a corrupção e lavagem de dinheiro que na época investigava quatro organizações criminosas que teriam a participação de agentes públicos, empresários e doleiros que passaram a ser investigadas perante a Justiça Federal. Posteriormente, com o avançar da força tarefa outras frentes de investigação foram iniciadas em diversos estados resultando na instauração de inquérito criminal junto ao Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça para apurar fatos àqueles com prerrogativa de foro.²

Isto posto, o entendimento favorável acerca da execução provisória da pena fora mais uma vitória à operação que contava com a jurisprudência mais um instituto de combate à impunidade.

Nos termos do *Habeas Corpus 126.292*, novamente o Tribunal decidiu pela interpretação mitigada do princípio da presunção de inocência, no qual segundo a Suprema Corte Brasileira, não é conflitante a execução provisória da pena, podendo essa ser iniciada quando sentença condenatória for confirmada em segunda instância.

“EMENTA: CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF/88, 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” (BRASIL, 2016)

Nesse sentido, segundo voto do relator Teori Zavascki nenhum princípio é absoluto e, portanto, não deve ser interpretado e aplicado de forma isolada, mas conjuntamente aos demais princípios e valores expressos pela Constituição Federal. Esclarece o relator que a temática em questão perpassa não apenas pelo alcance do princípio de presunção de inocência, mas também da efetividade da função jurisdicional penal.

² <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/entenda-o-caso>

O tema relacionado com a execução provisória de sentenças penais condenatórias envolve reflexão sobre (a) o alcance do princípio da presunção da inocência aliado à (b) busca de um necessário equilíbrio entre esse princípio 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)

Para tanto, o ministro explicita que a condenação representa juízo de culpabilidade extraída da dilação probatória no curso da ação penal, em que fica superada a presunção de inocência por um juízo de culpa ainda que não definitiva ante a possibilidade de recurso. Assim, interposto apelação e novamente confirmada sentença penal condenatória fica exaurido o exame de fatos e provas concretizando a responsabilidade penal do acusado, de forma que os recursos ainda cabíveis ao STJ e STF tem âmbito de cognição restrito à matéria de direito, ou seja, não mais se discute culpa, sendo, portanto, fundado a relativização do princípio de presunção de inocência.

Realmente, antes de prolatada a sentença penal há de se manter reservas de dúvida acerca do comportamento contrário à ordem jurídica, o que leva a atribuir ao acusado, para todos os efeitos – mas, sobretudo, no que se refere ao ônus da prova da incriminação –, a presunção de inocência. A eventual condenação representa, por certo, um juízo de culpabilidade, que deve decorrer da logicidade extraída dos elementos de prova produzidos em regime de contraditório no curso da ação penal. Para o sentenciante de primeiro grau, fica superada a presunção de inocência por um juízo de culpa – pressuposto inafastável para condenação –, embora não definitivo, já que sujeito, se houver recurso, à revisão por Tribunal de hierarquia imediatamente superior. É nesse juízo de apelação que, de ordinário, fica definitivamente exaurido o exame sobre os fatos e provas da causa, com a fixação, se for o caso, da responsabilidade penal do acusado. É ali que se concretiza, em seu sentido genuíno, o duplo grau de jurisdição, destinado ao reexame de decisão judicial em sua inteireza, mediante ampla devolutividade da matéria deduzida na ação penal, tenha ela sido apreciada ou não pelo juízo a quo. [...] Ressalvada a estreita via da revisão criminal, é, portanto, no âmbito das instâncias ordinárias que se exaure a possibilidade de exame de fatos e provas e, sob esse aspecto, a própria fixação da responsabilidade criminal do acusado. [...] Nessas circunstâncias, tendo havido, em segundo grau, um juízo de incriminação do acusado, fundado em fatos e provas insuscetíveis de reexame pela instância extraordinária, parece inteiramente justificável a relativização e até mesmo a própria inversão, para o caso concreto, do princípio da presunção de inocência até então observado. (BRASIL, 2016)

Além disso, o relator reforça também em seu voto que a jurisprudência que assegura absolutamente o princípio da presunção da inocência permite e incentiva a interposição de recursos com mero intuito protelatório objetivando postergar o início da execução da pena e, assim, alcançar o prazo prescricional da pretensão punitiva coibindo a efetividade da jurisdição penal.

Interessante notar que os dados obtidos não compreenderam os recursos interpostos contra recursos extraordinários inadmitidos na origem (AI/ARE), os quais poderiam incrementar, ainda mais, os casos fadados ao insucesso. E não se pode desconhecer que a jurisprudência que assegura, em grau absoluto, o princípio da presunção da inocência – a ponto de negar executividade a qualquer condenação enquanto não

esgotado definitivamente o julgamento de todos os recursos, ordinários e extraordinários – tem permitido e incentivado, em boa medida, a indevida e sucessiva interposição de recursos das mais variadas espécies, com indistintos propósitos protelatórios visando, não raro, à configuração da prescrição da pretensão punitiva ou executória. (BRASIL, 2016)

Nos termos do entendimento do relator, seguiram também favoráveis a mutação jurisprudencial os ministros Edson Fachin, Barroso, Dias Toffoli, Luiz Fux, Carmen Lúcia e Gilmar Mendes. Já na contramão estão os ministros Rosa Weber, Marco Aurélio, Celso de Mello e Lewandowski, os quais argumentaram pela rígida aplicação do princípio disposto no Art. 5º repudiando a balística hermenêutica em sentido contrário.

O Ministro Celso de Mello em seu voto ressalta a origem histórica do princípio que marcou a importância dos direitos fundamentais mencionando seu destaque na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, cujo art. 9º expressava a imprescindibilidade da presunção de inocência de forma a coibir práticas absolutistas, vez que tal princípio consiste na expressão de um ideal democrático.

Mostra-se importante assinalar, neste ponto, Senhor Presidente, que a presunção de inocência, legitimada pela ideia democrática – não obstante golpes desferidos por mentes autoritárias ou por regimes autocráticos que absurdamente preconizam o primado da ideia de que todos são culpados até prova em contrário (!!!) –, tem prevalecido, ao longo de seu virtuoso itinerário histórico, no contexto das sociedades civilizadas, como valor fundamental e exigência básica de respeito à dignidade da pessoa humana. Não foi por outra razão que a Declaração Universal de Direitos da Pessoa Humana, promulgada em 10/12/1948, pela III Assembleia Geral da ONU, em reação aos abusos inomináveis cometidos pelos regimes totalitários nazi-fascistas, proclamou, em seu art. 11, que todos presumem-se inocentes até que sobrevenha definitiva condenação judicial. (BRASIL, 2016)

Dessa forma, o Ministro reforça a incompatibilidade da mitigação do princípio com regime democrático, considerando o que chama de “hermenêutica de submissão” uma expressão autoritária e emancipatória dos direitos fundamentais. Além disso, reitera que não apenas consagrado no Art. 5º da CF/88 a presunção de inocência é também expresso nos artigos 105 e 147 da Lei de Execução Penal, não subsistindo no ordenamento brasileiro qualquer relativização da presunção de inocência, vez que tal é princípio basilar do Estado Democrático de Direito e, portanto, caberá ao próprio Estado a persecução penal efetiva de forma que a mitigação de direitos e garantias sob a justificativa de combate à impunidade é mera expressão punitivista e inquisitória.

A Constituição brasileira promulgada em 1988 e destinada [...] ruptura com paradigmas autocráticos do passado e o banimento, por isso mesmo, no plano das liberdades públicas, de qualquer ensaio autoritário de uma inaceitável hermenêutica de submissão, somente justificável numa perspectiva “ex parte principis”, cujo efeito mais conspícuo, em face daqueles que presumem a culpabilidade do réu, será a virtual (e gravíssima) esterilização de uma das mais expressivas conquistas históricas da

cidadania: o direito do indivíduo de jamais ser tratado, pelo Poder Público, como se culpado fosse. [...] Disso resulta, segundo entendo, que a consagração constitucional da presunção de inocência como direito fundamental de qualquer pessoa – independentemente da gravidade ou da hediondez do delito que lhe haja sido imputado – há de viabilizar, sob a perspectiva da liberdade, uma hermenêutica essencialmente emancipatória dos direitos básicos da pessoa humana, cuja prerrogativa de ser sempre considerada inocente, para todos e quaisquer efeitos, deve prevalecer, até o superveniente trânsito em julgado da condenação criminal, como uma cláusula de insuperável bloqueio à imposição prematura de quaisquer medidas que afetem ou restrinjam a esfera jurídica das pessoas em geral. (BRASIL, 2016)

Demais Ministros reforçaram também o descabimento do Supremo revisitar a matéria em período tão curto, visto que o entendimento já fora revisto em 2009 no julgamento contrário a execução provisória da pena nos termos do *HC 84078*, o que apenas geraria uma insegurança jurídica. Todavia, posteriormente a mutação constitucional concretizada no julgamento do *HC 126.292* o tribunal viria novamente a alterar a jurisprudência conforme julgamento das ADCs 43, 44 e 54 em 2019.

2.2 AÇÕES DECLARATÓRIAS DE CONSTITUCIONALIDADE 43, 44 e 54

Em 07 de novembro de 2019, o Supremo Tribunal Federal finalizou o julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43, 44 e 54 ajuizadas respectivamente pelo Partido Ecológico Nacional (PEN)³, Conselho Federal da OAB e Partido Comunista do Brasil – PCdoB buscando assentamento entre o texto da Constituição Federal ao Art. 283 do Código de Processo Penal. Nos termos das ações propostas, buscavam os legitimados discutir a constitucionalidade do referido artigo, vez que ante a mutação constitucional consolidada no julgamento do *HC 126.292*, criou-se uma controvérsia entre a redação dos dois dispositivos.

Nesse sentido, segundo julgamento das ADC's 43, 44 e 54 o Supremo Tribunal restaurou seu entendimento anterior no sentido de vedar a decretação da prisão de réus condenados nas decisões de segunda instância, compreendendo o alcance do trânsito em julgado como imprescindível à justa execução da pena.

Isto posto, cabe destacar que primordialmente o Código Processual Penal jamais tivera expressamente a previsão de execução da pena após o trânsito em julgado, mas apenas adotou a referida redação após a alteração da Lei 12.403/2011. Segundo tal alteração, o Art. 283 torna-se harmônico ao texto constitucional e ao princípio de presunção de inocência, revogando o

³ Atual “Patriotas”, partido político fundado em 2011 e registrado definitivamente em 2012. Nome alterado oficialmente pelo TSE em abril de 2018.

texto original “A prisão poderá ser efetuada em qualquer dia e a qualquer hora, respeitadas as restrições relativas à inviolabilidade do domicílio” para a nova redação:

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

É, portanto, a partir dessa reforma em que se revoga a possibilidade de restringir a liberdade do réu tão somente pela condenação em juízo *a quo*, adotando o entendimento de que é direito do condenado aguardar o julgamento dos recursos em liberdade, e somente ser preso após o trânsito em julgado da decisão condenatória, nos termos da Constituição. Assim sendo, segundo a nova redação do artigo a prisão antecipada somente se justifica se presente os requisitos autorizativos à prisão cautelar, ou seja, preventiva, temporária ou em flagrante.

Todavia, alterado entendimento quanto a possibilidade de execução antecipada da pena sem declaração de inconstitucionalidade do Art. 283 do Código de Processo Penal, houve uma incompatibilidade com a redação do texto constitucional e infraconstitucional, violando tais dispositivos.

Isto posto, reestabelecido o entendimento originário e declarando a constitucionalidade do referido artigo, consolidou-se o alcance do trânsito em julgado e a garantia constitucional quanto a presunção de inocência sem que seja mais possível antecipar a execução da pena após condenação *ad quem*.

Para tanto, o Ministro Relator Marco Aurélio apontou em seu voto pela “organicidade do direito” em cuja literalidade do artigo 5º da Constituição Federal não abre brechas para o que chama o Ministro de “subversão de garantia constitucional”, a título de alteração jurisprudencial sem a precisa observância da lei.

Atentem para a organicidade do Direito, levando em conta o teor do artigo 5º, inciso LVII, da Lei Maior. [...] A literalidade do preceito não deixa margem a dúvidas: a culpa é pressuposto da sanção, e a constatação ocorre apenas com a preclusão maior. O dispositivo não abre campo a controvérsias semânticas. A Constituição de 1988 consagrou a excepcionalidade da custódia no sistema penal brasileiro, sobretudo no tocante à supressão da liberdade anterior ao trânsito em julgado da decisão condenatória. A regra é apurar para, em virtude de título judicial condenatório precluso na via da recorribilidade, prender, em execução da pena, que não admite a forma provisória. A exceção corre à conta de situações individualizadas nas quais se possa concluir pela aplicação do artigo 312 do Código de Processo Penal e, portanto, pelo cabimento da prisão preventiva. O abandono do sentido unívoco do texto constitucional gera perplexidades, observada a situação veiculada. (BRASIL, 2019)

Segundo o entendimento do Ministro, como já defendido anteriormente no julgamento do *HC 126.292*, resta descabido tal guinada punitivista sob uma hermenêutica principiológica

que torna por negligenciar a letra da lei, prevalecendo argumentos que não asseguram os direitos e garantias fundamentais, mas vai, em verdade, em contramão a essas conquistas.

Tem-se quadro lamentável, no qual o legislador alinhou-se à Constituição Federal, ao passo que este Tribunal dela se afastou. Descabe, considerada a univocidade do preceito, manejar argumentos metajurídicos, a servirem à subversão de garantia constitucional cujos contornos não deveriam ser ponderados, mas, sim, assegurados pelo Supremo, como última trincheira da cidadania. Conforme fiz ver ao analisar o habeas de nº 126.292. (BRASIL, 2019)

Assim, em apartada decisão formaram posicionamento majoritário os ministros Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski, Rosa Weber, Gilmar Mendes, Celso de Mello e Dias Toffoli e ficaram vencidos os ministros Alexandre de Moraes, Luís Roberto Barroso, Edson Fachin, Cármen Lúcia e Luiz Fux.

3 ANÁLISE DO ATIVISMO JUDICIAL SOB A PERSPECTIVA DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA

Considerando a expansão da jurisdição constitucional, o ativismo judicial vem sendo cada vez mais observado em decisões polêmicas principalmente em âmbito político.

Nesse sentido, frente a forte atuação do Supremo Tribunal Federal em tentar promover o combate a impunidade nas investigações da última década, passa-se, portanto, a análise da postura ativista das diferentes interpretações jurídica quanto a possibilidade de execução provisória da pena e seus impactos no ordenamento brasileiro.

3.1 CONCEITUAÇÃO ATIVISMO JUDICIAL

A expressão “ativismo judicial” surge nos Estados Unidos para qualificar a atuação da Suprema Corte, transformando o exercício do direito principalmente em matéria de direitos fundamentais. Tal origem remonta ao controle judicial de constitucionalidade na pioneira decisão *Marbury v. Madison* (ESTADOS UNIDOS, 1803)⁴ sob o princípio da supremacia da Constituição, onde juízes e tribunais, especialmente a Suprema Corte Norte-Americana poderiam deixar de aplicar normas que considerassem incompatíveis a Constituição, adequando, assim, a ordem constitucional às normas infraconstitucionais e seus valores positivados.

Segundo tal postura, o Judiciário transcende a competência de tão somente fiscalizador do cumprimento da lei para assegurar a efetividade das normas por meio de uma hermenêutica

⁴ No caso *Marbury v. Madison*, Marbury havia sido nomeado juiz de paz, mas sua posse foi recusada por James Madison. Marbury impetra um remédio contra Madison e a Corte, sob presidência de John Marshall, declara a inconstitucionalidade do Art. 13º da Lei Judiciária de 1789

constitucional que supera a mera literalidade do texto para buscar os valores e princípios da Carta Maior. Nesse sentido, segundo Ribeiro (2007, p. 210)

O adensamento da dimensão política do poder judicial o retirou daquela postura de neutralidade, ainda que em parte, tendo em vista o desempenho do papel de controle real de poder. Ao praticar o crivo do controle de constitucionalidade, com poderes para negar efeito a ato jurídico do Executivo e do Legislativo, ganhou a Corte Constitucional, assim e por isso, nova dimensão.

Dessa forma, segundo Barroso (2018, p. 27) ativismo judicial compreende uma postura do intérprete que exercendo sua função jurisdicional se vale da interpretação e argumentação para o que se considera a justa e correta aplicação da lei.

O ativismo judicial não é um fato, é uma atitude. Trata-se de um modo proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Ele está associado a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço dos outros Poderes. (BARROSO, 2018, p. 27)

Isto posto, segundo mesmo autor, a promulgação de um texto constitucional pós-positivista com uma extensa carta de direitos fundamentais torna o Estado um instrumento para sua efetivação. Dessa maneira, o Judiciário exercendo um papel contra majoritário, exige dos interpretes do Direito a adoção de uma postura ativista para efetivação dos preceitos constitucionais, visto que a própria teoria constitucional pós positivista externa a ideia de respeito aos direitos fundamentais por meio de uma hermenêutica ponderacionista, sendo, portanto, inerente ao constitucionalismo contemporâneo a ascensão do Judiciário e a “amplitude da jurisdição constitucional, na judicialização de questões sociais, morais e políticas, bem como em algum grau de ativismo judicial” (BARROSO, 2014, p.48).

Assim sendo, a expressão do neoconstitucionalismo na Carta de 88 traz o ativismo judicial como um fenômeno de sobreposição do Judiciário ensejando um protagonismo cada vez maior no Estado Democrático. Todavia, essa expansão da jurisdição constitucional e ascensão da discricionariedade do Judiciário obscurece a fronteira entre Direito e Política e Direito e Moral, sendo, assim, imprescindível estabelecer os limites do processo de decisionismo judicial.

3.2 ATIVISMO JUDICIAL E A POSSIBILIDADE DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA

A hermenêutica jurídica figurou imprescindível instrumento para fundamentação de decisões que impulsionaram os processos até então vigentes e, assim, passariam a orientar as

demais instâncias quanto a metodologia de interpretação e aplicação das normas de forma a supostamente efetivar a Justiça e afastar as consequências da morosidade.

Em estrita análise aos processos lavajatistas, o julgamento do *HC 126.292* marcou importante vitória de Curitiba no combate à impunidade ao orientar o entendimento jurisprudencial ante a possibilidade no cumprimento antecipado da pena. Posterior a mutação referida fora possível a Operação Lava Jato a condenação dos investigados culminando no afastamento de diversos políticos e conseqüentemente a transformação do cenário eleitoral brasileiro.

Para tanto, a argumentação jurídica e interpretação constitucional fora de grande importância na estruturação do entendimento proferido, uma vez que os Ministros favoráveis a execução provisória, se utilizaram de uma fundamentação pautada na estrutura normativa constitucional nos termos da ponderação e diferenciação entre princípios e regras.

Nesse sentido, destaca-se o voto do Ministro Barroso, o qual calçou seu entendimento substancialmente sob a teoria constitucional e jurisprudência de valores. Segundo o Ministro tal transformação no entendimento consiste na chamada mutação constitucional, a qual consiste na transformação do sentido e alcance das normas da Constituição sem que haja qualquer alteração em seu texto, mas em vista de uma alteração fática, vez que as normas constitucionais são dotadas de plasticidade. Assim sendo, a norma jurídica é um produto entre texto e realidade devendo o magistrado verificar todas as possibilidades de sentido para extrair o verdadeiro sentido da norma, conferindo assim uma interpretação condizente a ordem constitucional e realidade para efetivar o texto legal.

Mutação constitucional. Trata-se de mecanismo informal que permite a transformação do sentido e do alcance de normas da Constituição, sem que se opere qualquer modificação do seu texto. A mutação está associada à plasticidade de que devem ser dotadas as normas constitucionais. Este novo sentido ou alcance do mandamento constitucional pode decorrer de uma mudança na realidade fática ou de uma nova percepção do Direito, uma releitura do que deve ser considerado ético ou justo. A tensão entre normatividade e facticidade, assim como a incorporação de valores à hermenêutica jurídica, produziu modificações profundas no modo como o Direito contemporâneo é pensado e praticado. [...] É necessário conferir ao art. 5º, LVII interpretação mais condizente com as exigências da ordem constitucional no sentido de garantir a efetividade da lei penal, em prol dos bens jurídicos que ela visa resguardar, tais como a vida, a integridade psicofísica, a propriedade – todos com status constitucional. (BRASIL, 2016)

Além disso, destaca Barroso a diferença na aplicação de princípios e regras, vez que os direitos e garantias não são absolutos e, portanto, não lhes cabe exercício totalmente irrestrito. Assim, justifica o Ministro pela plausibilidade em ponderar o princípio da presunção de inocência ante à efetividade do direito penal de forma a garantir a persecução penal.

Os direitos ou garantias não são absolutos, o que significa que não se admite o exercício ilimitado das prerrogativas que lhes são inerentes, principalmente quando veiculados sob a forma de princípios (e não regras), como é o caso da presunção de inocência. (BRASIL, 2016)

Conforme leciona o autor em sua obra e colacionado em seu voto, regras consistem em mandamentos meramente descritivos aplicados por subsunção sob a premissa de “tudo ou nada”, o que se difere dos princípios que enquanto valores a serem preservados são aplicados mediante a sua ponderação sem que se afete sua validade perante o ordenamento.

As regras são normalmente relatos objetivos, descritivos de determinadas condutas. Ocorrendo a hipótese prevista no seu relato, a regra deve incidir pelo mecanismo da subsunção: enquadram-se os fatos na previsão abstrata e produz-se uma conclusão. Sua aplicação se opera, assim, na modalidade “tudo ou nada”: ou a regra regula a matéria em sua inteireza ou é descumprida. [...] Já os princípios expressam valores a serem preservados ou fins públicos a serem realizados. Designam “estados ideais”. Uma das particularidades dos princípios é justamente o fato de eles não se aplicarem com base no “tudo ou nada”, constituindo antes “mandados de otimização”, a serem realizados na medida das possibilidades fáticas e jurídicas. Como resultado, princípios podem ser aplicados com maior ou menor intensidade, sem que isso afete sua validade. Nos casos de colisão de princípios, será, então, necessário empregar a técnica da ponderação. (BRASIL, 2016)

Assim, sob a citação de Robert Alexy, Barroso (2016) explicita o processo ponderativo e ressalta que a presunção da inocência consiste em princípio e não em uma regra, cabendo a sua valoração e ponderação podendo ser restringido por outras normas de estatura constitucional.

De forma simplificada, o processo ponderativo se dá a partir das três etapas. Na primeira, cabe ao intérprete detectar no sistema as normas relevantes para a solução do caso, identificando eventuais conflitos entre elas. Na segunda etapa, devem-se examinar os fatos, as circunstâncias concretas do caso e sua interação com os elementos normativos. Já na terceira etapa, os diferentes grupos de normas e a repercussão dos fatos serão analisados de forma conjunta, de modo a apurar os pesos a serem atribuídos aos diversos elementos em disputa e, ao final, o grupo de normas a preponderar no caso, sempre de modo a preservar o máximo de cada um dos valores em conflito. (BRASIL, 2016)

Sendo, portanto, o objeto em questão a colisão das normas constitucionais de presunção de inocência e efetividade da lei penal, torna-se imprescindível uma ponderação de ambas, visto que “o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade adquire peso gradativamente menor na medida em que o processo avança, em que as provas são produzidas e as condenações ocorrem” (BARROSO, 2016, p. 41).

Dessa forma, caberia aos intérpretes uma atuação criativa buscando extrair o verdadeiro sentido da norma e, assim, fazer justiça para além do mero “formalismo estéril” (BARROSO, 2016), visto que não apenas o Judiciário detém de uma função jurídica em aplicar

e interpretar as normas, mas contra majoritária e, assim, política, de forma a solidificar os valores democráticos do Estado de Direito.

Os métodos de atuação e argumentação dos órgãos judiciais são essencialmente jurídicos, mas a natureza de sua função, notadamente quando envolva a jurisdição constitucional e os chamados casos difíceis²⁸, tem uma inegável dimensão política. Assim é devido ao fato de o intérprete desempenhar uma atuação criativa – pela atribuição de sentido a cláusulas abertas e pela realização de escolhas entre soluções alternativas possíveis –, e também em razão das consequências práticas de suas decisões. (BRASIL, 2016)

Isto posto, percebe-se o manifesto teor político do voto do Ministro, o qual por diversas vezes, sob a teoria constitucional, pugna pela mitigação do princípio em vista da adequação à realidade fática e efetivo combate a impunidade. Sob a teoria alexyana, a plasticidade das normas serviria, assim, como meio legítimo e constitucional de efetivar a persecução penal principalmente em crimes de colarinho branco, já que são esses os maiores beneficiados pela morosidade da justiça e absolutização do princípio de presunção de inocência.

Todavia, tal argumentação ainda que calcada na teoria constitucional vai em contramão não apenas do texto constitucional expresso nos termos do Art. 5º, inciso LVII da Constituição de 1988 mas também do Art. 283 do Código de Processo Penal inserido por meio da reforma da Lei 12.403/2011 que objetivou justamente harmonizar a redação infraconstitucional à Carta Magna levando em consideração o entendimento adotado em 2009 no julgamento do *HC 84078*, o qual visava justamente a correta aplicação do dispositivo constitucional, esgotando, assim, o conceito de trânsito em julgado.

Nesse sentido, aponta Streck (2018, p. 375), que

Nitidamente, o Supremo Tribunal Federal transformou a discussão jurídica constitucional *stricto sensu* em um assunto moral e político acerca da impunidade. Ministros que votaram a favor da possibilidade de antecipação da execução da pena lançaram mão de argumentos fáticos, recuperando o velho dualismo “normatividade versus realidade”

Segundo o autor, tal transformação jurisprudencial em 2016 exemplifica claramente a postura ativista na qual o Supremo vem adotado desde a promulgação da Constituição de 1988 e principalmente posterior a crise de 2013, uma vez que pormenorizou a legislação vigente em prol de um entendimento subjetivo e político dos Ministros frente a impunidade tão em voga principalmente nos polêmicos processos lavajatistas.

Ressalta-se que a transformação jurisprudencial em questão marcou uma importante vitória à Operação que pôde publicizar na grande mídia a efetividade da persecução penal

materializada na condenação e cumprimento de pena dos investigados ainda que para tanto implicasse na mitigação das garantias fundamentais e flexibilização dos princípios.

Nesse sentido, dentre os votos favoráveis e aqui exemplificado pelo Ministro Barroso a argumentação é pautada essencialmente por meio de uma hermenêutica ponderacionista ante a supremacia da ordem constitucional, a força normativa dos princípios e eficácia das normas. É, portanto, por meio dessa estrutura aberta e maleável de normas que o ativismo judicial se manifesta. Enquanto comportamento dos intérpretes, o ativismo judicial encontra na hermenêutica uma fundamentação jurídica que permite a flexibilização das normas de forma a extrair a “potencialidade” do texto constitucional, ou seja, os valores e ideais que a Constituição externa ainda que esses conceitos sejam abstratos e impassíveis de *judicial review*.

Assim sendo, inicialmente essa hermenêutica jurídica fruto do constitucionalismo pós guerra objetivava apagar o formalismo do positivismo legalista em prol da chamada jurisprudência de valores, manifestada em uma interpretação por meio de princípio e regras, no entanto, tal concepção apenas ensejou uma institucionalização do ativismo ao possibilitar interpretações discricionárias. Dessa forma, a dimensão política desse decisionismo obscure não apenas a fronteira entre direito e política, mas também a fronteira entre direito e moral, tendo em vista que a “suposição de que a lei tenha uma ‘vontade’ suprime a Hermenêutica, no pressuposto de que a missão do julgador seja apenas a descoberta dessa ‘vontade’ para proclamá-la na sentença” (BAPTISTA, 2005, p. 268)

Isto posto, a concepção de uma postura proativa em interpretar a Constituição como defende Barroso e adota em seu voto, torna-se utilitarista na medida em que ainda que empregada para “extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional” (BARROSO, 2014, p.10), essa abre espaço também para decisões discricionárias, uma vez que essa expansão do sentido da norma importa em uma interpretação individual e subjetiva do intérprete, que pode por vezes estar permeada por uma moral ou concepção política particular.

Assim sendo, aponta Streck (2014) pelo enfraquecimento da própria Constituição por meio da prevalência do realismo jurídico sobre a norma positivada que acarreta no que o autor nomeia de “baixa constitucionalidade”, ou seja, a inefetividade do texto constitucional por meio de uma interpretação ativista que torna por esvaziar o sentido da norma ante a vontade particular do magistrado.

Essa “baixa constitucionalidade” tem sido fator preponderante para a inefetividade da Constituição que estabeleceu o Estado Democrático de Direito. A falta de uma pré-compreensão (*Vorverständnis*) – no sentido hermenêutico da palavra – acerca da revolução copernicana pela qual passou o constitucionalismo contemporâneo

engendrou uma tradição inautêntica acerca do valor representado pela Constituição (GADAMER, 1990). (STRECK, 2014, p. 85)

Isto posto, a moralização e politização do Direito trazem em seu bojo, para além da prevalência do realismo jurídico ou da flexibilização da norma positivada em prol da efetividade processual, mas essencialmente um caráter antidemocrático pois mitiga as garantias fundamentais e enseja sobretudo uma insegurança jurídica, uma vez que revisitada por tantas vezes a mesma matéria pelo Supremo sem um entendimento pacífico resta divergente e controverso qual a devida norma a ser aplicada principalmente quando se trata de âmbito penal quanto a privação da liberdade.

Dessa forma, destaca-se a importância da delimitação dos limites do processo de decisionismo judicial manifestos na notória divergência quanto a fundamentação dos votos favoráveis e contrários a execução provisória da pena no julgamento do *HC 126.292*. Adotando uma exegese formal positivista nos termos da literalidade da lei aqueles contrários a antecipação da pena argumentaram justamente pelos perigos da flexibilização da norma, entendendo pelo respeito à redação constitucional quanto ao alcance da expressão “trânsito em julgado” conforme Art. 5º, inciso LVII da Constituição de 1988 e Art. 283 do Código de Processo Penal.

Já aqueles afetos a matéria, adotaram uma exegese ponderacionista entre o princípio da presunção de inocência e efetividade da jurisdição penal, uma vez que os princípios não são absolutos e ante a morosidade do Judiciário, seria necessário um novo entendimento para além da literalidade da norma para, assim, efetivar a vontade constitucional manifestada aqui pela efetiva persecução penal no combate a impunidade.

Dessa forma, resta imprescindível compreender a semântica e o alcance dos princípios e regras de forma a construir uma argumentação e interpretação pautada nos termos da lei sem balísticas interpretativas para sobrepor vontade pessoal à norma positivada. Nesse sentido, a própria dialética processual é orientada pelo princípio de presunção de inocência enquanto *clausula pétrea* não apenas como norma probatória e de julgamento, mas também de tratamento até efetivo momento de inegável constituição de culpa do acusado. Segundo Aury Lopes Junior (2016),

Afirmar que a Constituição recepcionou apenas a “presunção de não culpabilidade” é uma concepção reducionista, pois seria alinhar-se ao estágio “pré-presunção de inocência” não recepcionada pela Convenção Americana de Direitos Humanos e tampouco pela a base democrática da Constituição.

A presunção de inocência, portanto, enquanto um “dever de tratamento” (LOPES JUNIOR, 2016), impede que o mesmo seja tratado como culpado no curso do processo, ou seja,

até que findado a ação penal nos termos do conceito jurídico de culpabilidade adotado pelo ordenamento brasileiro.

Isto posto, ainda segundo o mesmo autor “O STF é o guardião da Constituição, não seu dono e tampouco o criador do Direito Processual Penal ou de suas categorias jurídicas”, sendo assim, a adoção de uma interpretação mitigada da presunção de inocência e trânsito em julgado tão somente externa um ativismo populista que contorna os limites da lei para figurar um protagonismo além dos freios e contrapesos. (LOPES JUNIOR, 2016)

Isto posto, adotando tal postura ativista e populista por meio de uma exegese ponderacionista, o Judiciário na figura do Supremo Tribunal Federal, para além da mera fiscalização do devido cumprimento da lei e guardião da Carta Magna se torna peça protagonista no desenvolvimento político do Estado Brasileiro posto que ante a importância dos julgamentos supracitados, esse se torna alvo dos anseios populares e políticos na resolução de demandas Executivas e Legislativas.

Nesse sentido, por meio da politização do Direito e sob tal exegese adotada, destaca Streck (2018, p. 393),

Viramos uma espécie de democracia plebiscitária, e pior: um Judiciário plebiscitário. Se o anseio popular vale mais que a Constituição, forma-se um paradoxo: uma vez que se consiga demonstrar esse tal de anseio popular, o Judiciário passa a ser inútil.

Assim sendo, por meio dessa postura ativista manifestada pela decisão que deferiu a execução provisória da pena, percebe-se nesse julgado uma sobreposição dos anseios populares e políticos à própria ciência jurídica. Ainda que expresso em Constituição Federal e Código de Processo Penal, a flexibilização do termo “trânsito em julgado” foi assim empregada para efetividade de uma persecução penal que sequer observou as garantias processuais sob o argumento do caráter não absoluto da presunção de inocência o que apenas provocou uma insegurança jurídica e aprofundamento da crise política, uma vez que o mesmo entendimento retornaria à conformidade do texto legal em 2019.

Dessa forma, a ciência hermenêutica ainda que imprescindível ao desenvolvimento do Direito, prescinde de estrita observância aos limites do decisionismo o que torna por permitir decisões ativistas e/ou populistas fundamentadas de forma não apenas a garantir o exercício e efetividade dos direitos fundamentais, mas também a decisões discricionárias que flexibilizam a norma positivada em prol do entendimento subjetivo e particular do interprete. Nesse sentido, resta uma estrita observância do texto constitucional sob pena não apenas da chamada baixa

constitucionalidade, mas principalmente pela insegurança jurídica que subsiste na instabilidade do que emana as instituições jurídicas. Conforme Streck (2018, p. 20),

Direito não é moral. Direito não é sociologia. Direito é um conceito interpretativo e é aquilo que é emanado pelas instituições jurídicas, sendo que as questões a ele relativas encontram, necessariamente, respostas nas Leis, nos princípios constitucionais, nos regulamentos e nos precedentes que tenham DNA constitucional, e não na vontade individual do aplicador.

Ainda que imprescindível a evolução do Direito às demandas da sociedade e considerando as transformações do pós guerra e constitucionalismo contemporâneo, o Direito não pode subsistir como mero fiscal do cumprimento da lei assim como não pode subsistir tão somente como instrumento de poder político, mas deve regular as relações jurídicas ante a ordem constitucional do Estado Democrático de forma a não sobrepor aos demais Poderes, mas coexistir sem discricionariedades e moralizações no estrito cumprimento do império da lei.

CONCLUSÃO

O Poder Judiciário foi protagonista na fixação de importantes precedentes ao longo dos mais de 30 anos de Constituição. Em resposta aos autoritarismos do século XX, o constitucionalismo contemporâneo trouxe à teoria constitucional uma nova premissa, superando o velho formalismo positivista e dando lugar a uma jurisprudência de valores, de forma a efetivar os direitos e garantias fundamentais e coibindo o exercício de autoritarismos sob a imperatividade da lei.

Dessa forma, o ativismo judicial enquanto postura proativa de interpretação legal ganha espaço e por meio de uma estrutura aberta de normas, a hermenêutica constitucional se torna um importante instrumento na efetivação da lei nos termos do que prega a Constituição. Entretanto, ainda que visando a garantia dos direitos fundamentais, a hermenêutica jurídica torna às instituições de Justiça, essencialmente na figura do Supremo Tribunal de Justiça, uma figura protagonista às transformações políticas, uma vez que essa, enquanto garantidora do texto constitucional, fora palco de grandes transformações jurisprudenciais, as quais, legítimas ou não, impactaram significativamente o cenário político e ordenamento brasileiro.

Isto posto, visando estudar a normatividade dos princípios ante a hierarquia de normas na teoria constitucional, a pesquisa demonstrou que a estrutura aberta de normas fora imprescindível a fundamentação dos julgados analisados, uma vez que por meio da ponderação de tais princípios fora possível a mitigação do princípio da presunção de inocência e da expressão “trânsito em julgado” em prol da efetividade da função jurisdicional penal. Nesse sentido, por meio da análise quanto as transformações jurisprudenciais das ações Habeas Corpus 84.078, 126.292 e Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43, 44 e 54, observou-se como foi construído a argumentação e conseqüente entendimento dos ministros quanto a possibilidade de execução provisória da pena.

Assim sendo, observou-se que se torna clara a existência de ativismo da Corte Suprema na fixação dos entendimentos quanto a possibilidade da execução provisória da pena. Entretanto, a legalidade desse processo é alvo de diversas controvérsias, uma vez que ainda que o entendimento majoritário fixado à época seja pautado na ponderação de princípios e, portanto, na teoria constitucional, esse se torna descolado da redação vigente já que a previsão de cumprimento de pena após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória é *clausula petrea* nos termos do Art. 5º, inciso LVII da Constituição de 1988 e devidamente previsto em legislação infraconstitucional conforme Art. 283 do Código de Processo Penal.

Dessa forma, visando responder se permeia nesse processo de decisionismo ativista um viés político e populista judicial, bem como a (i)legalidade pertinente, conclui-se de fato pela expansão do ativismo judicial na atuação do Supremo Tribunal Federal nos últimos anos, mitigando a fronteira entre Direito e Política e Direito e Moral. As diversas mudanças no entendimento quanto a possibilidade ou não na execução provisória da pena, considerando o momento político no qual atravessou e ainda atravessa o Brasil, torna perceptível a vontade populista penal que permeia os tribunais penais brasileiros, bem como pela vontade política dos magistrados ante a crescente espetacularização da atuação do Supremo.

Isto posto, a hermenêutica constitucional empregada fora imprescindível na construção dos entendimentos firmados, uma vez que na tentativa de superar o formalismo positivista, busca-se na chamada jurisprudência de valores uma flexibilização das normas de forma a efetivar o direito, entretanto, tal ativismo abre espaço também para a discricionariedade e, assim, pela interpretação e aplicação da norma conforme entendimento subjetivo e pessoal do interprete. Dessa forma, não há que se falar em efetivação do texto constitucional por meio da extração de seus ideais e valores se sequer os direitos e garantias fundamentais são devidamente respeitados.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil**. Migalhas, [s. l.], 3 mar. 2006. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/24089/neoconstitucionalismo---o-triunfo-tardio-do-direito-constitucional-no-brasil>. Acesso em: 27 abr. 2021.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. **Verdade e Significado**. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz. **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC: 84078 MG**, Relator: Min. EROS GRAU, Brasília, DF, Data de Julgamento: 05/02/2009, Data de Publicação: 25/02/2010. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>. Acesso em: 22/09/2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 126292**, Relator: Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, Brasília, DF, Data de julgamento: 17/02/2016, Data de Publicação: 15/05/2016 Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 22/09/2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADC 43**. Relator: Marco Aurélio. Tribunal Pleno, Brasília, DF, Data de Julgamento: 07/11/2019, Data de Publicação: 12/11/2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754357342>. Acesso em: 22/09/2021.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **A Teoria da Ponderação de Princípios na Encruzilhada do Decisionismo Judicial: limita-me ou te devo!**. Sequência, Florianópolis, n. 75, p. 219-242, 4 abr. 2017. DOI <https://doi.org/10.5007/2177-7055.2017v38n75p219>. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2017v38n75p219>. Acesso em: 27 abr. 2021.

FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo garantista e neoconstitucionalismo**. Simpósio Nacional de Direito Constitucional, [s. l.], 20 maio 2010. Disponível em: <http://www.abdconst.com.br/revista3/luigiferrajoli.pdf>. Acesso em: 5 maio 2021.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

LOPES JUNIOR, Aury. **Fim da presunção de inocência pelo STF é nosso 7 a 1 jurídico**. Revista Consultor Jurídico, 4 de março de 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-mar-04/limite-penal-fim-presuncao-inocencia-stf-nosso-juridico>. Acesso em: 20 de set. de 2021.

RIBEIRO, Maria Luísa Silva. **Doutrina das questões políticas e jurisdição constitucional: Análise da atuação do Supremo Tribunal Federal à luz da teoria discursiva do direito e da democracia.** Brasília: Revista de Informação Legislativa, 2007.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Hermenêutica e interpretação jurídica.** 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

STRECK, Lenio Luiz. **30 Anos da CF em 30 Julgamentos: Uma Radiografia do STF.** Rio de Janeiro: Forense, 2018.

STRECK, Lenio Luiz. **A Baixa Constitucionalidade como Obstáculo ao Acesso à Justiça em Terrae Brasilis.** Seqüência. 2014. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.5007/2177-7055.2014v35n69p83>. Acesso em: 20 de set. de 2021.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?.** 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

RESOLUÇÃO nº 038/2020- CEPE

ANEXO I

APÊNDICE ao TCC

Termo de autorização de publicação de produção acadêmica

O(A) estudante Thais Alves Navarro
do Curso de Direito, matrícula 20181000113427,
telefone: 62996187730 e-mail
thaisalvesnavarro@hotmail.com, na

qualidade de titular dos direitos autorais, em consonância com a Lei nº 9.610/98 (Lei dos Direitos do autor), autoriza a Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUC Goiás) a disponibilizar o Trabalho de Conclusão de Curso intitulado ATIVISMO JUDICIAL NA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE PENA: UMA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

gratuitamente, sem ressarcimento dos direitos autorais, por 5 (cinco) anos, conforme permissões do documento, em meio eletrônico, na rede mundial de computadores, no formato especificado (Texto (PDF); Imagem (GIF ou JPEG); Som (WAVE, MPEG, AIFF, SND); Vídeo (MPEG, MWV, AYI, QT); outros, específicos da área; para fins de leitura e/ou impressão pela internet, a título de divulgação da produção científica gerada nos cursos de graduação da PUC Goiás.

Goiânia, 01 de dezembro de 2021

Assinatura do/a autor/a: Thais Alves Navarro

Nome completo do/a autor/a: Thais Alves Navarro

Assinatura da professora orientadora: Borges

Nome completo da orientadora: Fernanda da Silva Borges