

A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA SOB A ÓTICA DO ATIVISMO JUDICIAL

THE PROVISIONAL EXECUTION OF THE PENALTY UNDER THE VIEW OF JUDICIAL ACTIVISM

Lívia Bortolotto Cardoso ¹

Bruno Makowiecky Salles ²

Resumo: O presente artigo trata da execução provisória da pena sob a vertente do ativismo judicial, especialmente em razão da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do *Habeas Corpus* 126.292/SP. O tema é abordado sob o prisma doutrinário e jurisprudencial, haja vista a divergência acerca da possibilidade de execução provisória da pena antes do trânsito em julgado da decisão condenatória. O método utilizado na pesquisa é o indutivo-dedutivo, sendo percorrido, primeiramente, acerca da garantia processual penal da presunção de inocência, em seguida sobre os principais motivos expostos no *Habeas Corpus* 126.292/SP e, ao

final, sobre o possível ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal no julgamento do referido remédio constitucional. O estudo é concluído com ponderações a respeito da ressignificação do princípio da presunção de inocência sob a ótica do ativismo judicial.

Palavras-chave: Presunção de inocência. Habeas corpus 126.292/SP. Supremo Tribunal Federal. Execução provisória da pena. Ativismo judicial.

Abstract: This article deals with the provisional execution of the sentence under judicial activism, especially in view of the decision handed down by the Federal Supreme Court in the judgment of Habeas Corpus 126,292 /

1 Bacharel em Direito pela Universidade do Extremo Sul Catarinense (Unesc). Pós-Graduada em Direito Penal e Processo Penal pela Escola do Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Pós-Graduada em Direito Público pela Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina. Residente Judicial na 2ª Vara Criminal da Comarca de Criciúma. E-mail: liviabc@tjsc.jus.br.

2 Orientador, Doutorando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (Univali), em regime de dupla titulação com a Università Degli Studi di Perugia (UNIPG), Itália. Juiz de Direito em Santa Catarina. CV: <http://lattes.cnpq.br/7479543022697803>. E-mail: brunomakosalles@terra.com.br.

SP. The subject is approached from the perspective of doctrine and jurisprudence, given the divergence about the possibility of provisional execution of the sentence before the final decision of the conviction. The method used in the research is the inductive-deductive, being discussed, first, about the criminal procedural guarantee of the presumption of innocence, then on the main reasons set out in Habeas Corpus 126.292-SP and, finally, on the possi-

ble judicial activism of the Supreme Federal Court in the judgment of said constitutional remedy. The study is concluded with considerations regarding the re-signification of the principle of presumption of innocence from the point of view of judicial activism.

Keywords: Presumption of Innocence. Habeas Corpus 126.292-SP. Federal Court of Justice. Provisional Execution of the Penalty. Judicial Activism.

1. INTRODUÇÃO

A pesquisa objetiva analisar as razões pelas quais o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do *Habeas Corpus* 126.292/SP, decidiu alterar o seu entendimento até então consolidado, delimitando nova linha de interpretação ao princípio da presunção de inocência, que está positivado no art. 5º, LVII, da Constituição da República. A referida decisão passou a permitir o cumprimento provisório da pena após a prolação de decisão condenatória em segunda instância, ou seja, antes do trânsito em julgado, marco temporal exigido de modo expresso pelo texto constitucional.

A pertinência do tema é evidente, especialmente no que toca à possibilidade de cumprimento imediato da prisão, ocasionando considerável repercussão na estrutura do sistema prisional. Além disso, a execução provisória da pena teria o condão de evitar a prescrição da pretensão punitiva e executória, visto que o último marco interruptivo do prazo prescricional, antes do início do cumprimento daquela, é a publicação de sentença ou acórdão condenatórios recorríveis (art. 117, inciso IV do Código Penal).

Para melhor análise da matéria, o estudo foi dividido em três capítulos. No primeiro se abordará a extensão do postula-

do da presunção de inocência como garantia processual penal, mormente diante da sua compatibilidade com as prisões de natureza penal e cautelar. No segundo, o exame ficará adstrito aos motivos que levaram o Supremo à mudança de paradigma. Por fim, no terceiro, a abordagem recairá sobre o possível ativismo judicial diante do novo posicionamento da Corte Superior.

2. A GARANTIA PROCESSUAL PENAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

A presunção de inocência foi proclamada pela primeira vez no Brasil, de modo expreso, na Constituição de 1988, a qual prevê, em seu art. 5º, LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória” (BRASIL, 1988). Anteriormente, esse postulado existia no ordenamento pátrio de modo implícito como corolário do princípio do devido processo legal (LIMA, 2017, p. 43).

Por sua vez, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) dispõe que: “toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma a sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa” no processo penal (BRASIL, 1992).

Igualmente conhecido como princípio da não-culpabilidade ou da não-culpa, o postulado em estudo anuncia que não é presumida a culpa do indivíduo até que ocorra o trânsito em julgado da decisão que o condenou ou até que tal culpa seja formada de acordo com as normas do devido processo legal, a depender da redação dos marcos normativos. Do princípio em questão, verificam-se três consequências: a) somente é cabível a restrição da liberdade do acusado após o esgotamento de todos os recursos previstos, ou seja, quando ocorrer, conforme o caso, a sua condenação definitiva ou a formação da culpa dentro do devido processo legal; b) é ônus da acusação o dever de

comprovar a culpa do réu; c) a condenação exige um juízo de certeza, pois a dúvida deve ser interpretada em favor do acusado (*in dubio pro reo*) (CUNHA; PINTO, 2008, p. 21).

Desse modo, observa-se que a presunção de inocência interfere de modo direto na carga probatória, recaindo sobre o órgão acusador o ônus de comprovar a culpa do acusado; além de servir como limitação à publicidade abusiva – que poderia ocasionar a estigmatização precoce do sujeito passivo. E, por fim, impede o uso arbitrário das prisões cautelares (LOPES, 2014, p. 220). Portanto, atua como regra probatória e de tratamento, visto que obsta a antecipação de juízo condenatório ou de culpabilidade (TÁVORA; ALENCAR, 2014, p. 61).

Questão que já foi amplamente debatida, após a consagração da presunção de inocência, consistia na possibilidade de decretação das várias modalidades de prisões cautelares, tais como: a temporária, a em flagrante, a preventiva, a decorrente da pronúncia – nos casos afetos ao Júri – bem como aquela resultante de sentença condenatória sem trânsito em julgado (TAVARES, 2009, p. 687). Isso porque:

Dado o grau de restrição que potencialmente gera ao direito fundamental à liberdade de locomoção, que é basilar para o livre e adequado desenvolvimento da pessoa humana, o direito fundamental/bem coletivo constitucional a que a norma penal incriminadora visa proteger deve carcer da resposta penal como sua *ultima ratio* de proteção, apenas se justificando a restrição na estrita medida do que for imprescindível para a proteção almejada (SILVA, 2007, p. 59-60).

Convém esclarecer que, a partir da reforma realizada no Código de Processo Penal pelas Leis n. 11.698/2008 e n. 11.719/2008, as quais revogaram os arts. 406, parágrafo primeiro, e 594, ao menos, em tese, não mais se admite a prisão automática decorrente de sentença condenatória recorrível,

bem como da decisão de pronúncia. Portanto, a única prisão que poderá ser decretada ao acusado pronunciado ou ainda não condenado definitivamente é a preventiva, respeitados, por óbvio, os seus requisitos deflagradores e caso não sejam cabíveis medidas alternativas à prisão (AVENA, 2015). Porém, conforme se verá adiante, o Supremo Tribunal Federal decidiu, recentemente, pela possibilidade de execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário.

Diversamente da prisão de natureza penal, as custódias cautelares ou processuais, por sua vez, não visam à punição propriamente, pois constituem instrumentos para a efetivação do processo ou para a garantia do seu resultado (GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, 2001, p. 280). Contudo, apesar do seu caráter excepcional, frequentemente, tais custódias se mostram necessárias para “assegurar a correta apuração do fato criminoso, a futura execução da sanção que se espera venha a ser aplicada ou, ainda, o ressarcimento do dano causado pelo delito” (GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, 2007, p. 332).

Atualmente, é tema pacífico a constitucionalidade das segregações cautelares, sendo estas compatíveis com o postulado da presunção de inocência, quando observados os seus pressupostos autorizadores, quais sejam o *periculum in mora* (ou *periculum libertatis*) e o *fumus boni iuris* (ou *fumus commissi delicti*). O primeiro consiste no risco que a liberdade do réu representa à segurança social, à eficácia das investigações ou do processo, assim como à eventual execução de sentença condenatória definitiva. O segundo, por seu turno, consubstancia-se nos indícios de autoria e na prova da materialidade do crime (AVENA, 2015).

A respeito, leciona Alexandre de Moraes (2014, p. 123):

A consagração do princípio da inocência, porém, não afasta a constitucionalidade das espécies de prisões provisórias, que continuam sendo, pacificamente, reconhecida pela jurisprudência, por considerar a legitimidade jurídico-constitucional da prisão cautelar, que, não obstante a presunção *juris tantum* de não culpabilidade dos réus, pode validamente incidir, sobre seu *status libertatis*.

No presente estudo, porém, a controvérsia reside na possibilidade de execução antecipada da prisão pena após decisão condenatória em segundo grau de jurisdição, haja vista que a Constituição Federal, diferentemente da Convenção Americana de Direitos Humanos, estabeleceu o trânsito em julgado como marco temporal para o início do cumprimento da pena.

Pois bem, o Pacto de São José da Costa Rica foi incorporado ao ordenamento jurídico com *status* supralegal, nos termos do entendimento fixado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 349.703, tendo em vista que não foi submetido ao processo legislativo determinado pelo art. 5º, § 3º da Constituição Federal. Entretanto, seu caráter supralegal, ainda que inferior à Carta Política, tem o condão de sustar a legislação infraconstitucional que com ele for conflitante, conforme se extrai da ementa do referido recurso:

PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL EM FACE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS. INTERPRETAÇÃO DA PARTE FINAL DO INCISO LXVII DO ART. 5º DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988. POSIÇÃO HIERÁRQUICO-NORMATIVA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. Desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos

lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão. Assim ocorreu com o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e com o Decreto-Lei nº 911/69, assim como em relação ao art. 652 do Novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002).

ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. DECRETO-LEI Nº 911/69. EQUIPAÇÃO DO DEVEDOR-FIDUCIANTE AO DEPOSITÁRIO. PRISÃO CIVIL DO DEVEDOR-FIDUCIANTE EM FACE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. A prisão civil do devedor-fiduciante no âmbito do contrato de alienação fiduciária em garantia viola o princípio da proporcionalidade, visto que: a) o ordenamento jurídico prevê outros meios processuais-executórios postos à disposição do credor-fiduciário para a garantia do crédito, de forma que a prisão civil, como medida extrema de coerção do devedor inadimplente, não passa no exame da proporcionalidade como proibição de excesso, em sua tríplice configuração: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito; e b) o Decreto-Lei nº 911/69, ao instituir uma ficção jurídica, equiparando o devedor-fiduciante ao depositário, para todos os efeitos previstos nas leis civis e penais, criou uma figura atípica de depósito, transbordando os limites do conteúdo semântico da expressão “depositário infiel” insculpida no art. 5º, inciso LXVII, da Constituição e, dessa forma, desfigurando o instituto do depósito em sua conformação constitucional, o que perfaz a violação ao princípio da reserva legal proporcional.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. (BRASIL, 2008).

É de se destacar que parcela minoritária da doutrina defende que a convenção não tem *status* meramente supralegal, mas sim constitucional. Nesse sentido, Ada Pellegrini Grinover, Antônio Scarance Fernandes e Antônio Magalhães Gomes Filho (2007, p. 88), mesmo em edição posterior à introdução

do § 3º do art. 5º da Constituição, observam que “todas as garantias processuais penais da Convenção Americana integram, hoje, o sistema constitucional brasileiro, tendo o mesmo nível hierárquico das normas inscritas na Lei Maior”.

Em que pese o entendimento doutrinário acima exposto, no vigente estudo, adotar-se-á o posicionamento do Supremo Tribunal Federal acerca do tema.

Com relação ao momento de verificação da culpa, podem-se citar dois sistemas: a) o sistema do trânsito em julgado final; e b) o sistema do duplo grau de jurisdição, veja-se:

No primeiro sistema, somente depois de esgotados ‘todos os recursos’ (ordinários e extraordinários) é que a pena pode ser executada (salvo o caso de prisão preventiva, que ocorreria teoricamente em situações excepcionalíssimas). No segundo sistema a execução da pena exige dois julgamentos condenatórios feitos normalmente pelas instâncias ordinárias (1º e 2º graus). Nele há uma análise dupla dos fatos, das provas e do direito, leia-se, condenação imposta por uma instância e confirmada por outra. (GOMES, 2016).

Adotando o sistema do duplo grau de jurisdição, o Supremo Tribunal Federal em 17 de fevereiro de 2016, por maioria de votos, proferiu a decisão no *Habeas Corpus* 126.292/SP, de relatoria do Ministro Teori Zavascki, firmando o entendimento de que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, apesar de sujeito a recurso especial ou extraordinário, não ofende o princípio constitucional da presunção de inocência.

Assim, não obstante o caráter infraconstitucional da Convenção Americana, a qual afasta a presunção de inocência após a comprovação da culpa, esse é o atual posicionamento da Corte Superior, que por meio de uma interpretação sistêmica entendeu ser possível a execução antecipada da pena após o exercício do duplo grau de jurisdição, apesar da Constituição

exigir expressamente o trânsito em julgado.

No próximo capítulo, serão analisados os principais motivos expostos pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do *Habeas Corpus* 126.292/SP.

3. A POSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO PROVISÓRIA NOS TERMOS DA DECISÃO PROFERIDA NO *HABEAS CORPUS* 126.292/SP

O julgamento paradigmático proferido pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos (7 a 4), foi de encontro ao posicionamento até então adotado pela Corte, prevalecendo, dentre outras razões sustentadas, o princípio da efetividade da função jurisdicional do Estado, de modo a permitir o imediato cumprimento da pena, após ser assentada a responsabilidade criminal pelas instâncias ordinárias. A ementa do *Habeas Corpus* assim dispõe:

CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado. (BRASIL, 2016a).

O relator do acórdão, Ministro Teori Zavascki, elencou que, de fato, antes da prolação de sentença penal condenatória em primeiro grau de jurisdição, a presunção de inocência não pode ser afastada em razão de um juízo prévio de culpabilidade – especialmente no que toca ao ônus da prova da acusação. Contudo, superada essa fase, ao menos para o magistrado

sentenciante, fica afastada a presunção de não-culpabilidade, visto que a certeza da culpa é pressuposto indissociável da condenação, apesar de tal decisão ainda estar sujeita a recurso. Todavia, é justamente no julgamento da apelação que o duplo grau de jurisdição efetiva-se em seu grau máximo, pois ainda se permite a discussão fático-probatória, mediante a devolução de toda matéria ao Tribunal de hierarquia superior.

Dessa forma, assentou o Ministro que é no âmbito das instâncias ordinárias que se esgota a análise de fatos e provas e, por conseguinte, o exame acerca da culpabilidade do acusado. Isso porque os recursos de cunho extraordinário não caracterizam prolongamento do duplo grau de jurisdição, tendo em vista que não são dotados de ampla devolutividade. Diante desse cenário, entendeu ser perfeitamente justificável a mitigação do princípio da presunção de inocência.

Para tanto, argumentou que não haveria mácula ao núcleo essencial da presunção de inocência mediante a execução da pena antes mesmo do exaurimento de recursos de natureza extraordinária, haja vista que o acusado foi tratado como inocente durante todo o curso da persecução penal, daí porque não se mostra incompatível com o postulado constitucional a produção dos efeitos da condenação proferida pelas instâncias ordinárias.

Na mesma perspectiva, citou a Lei Complementar n. 135/2010 (Lei da Ficha Limpa), a qual consagrou a possibilidade de inelegibilidade do candidato condenado pelos crimes nela previstos, após a confirmação do decreto condenatório por órgão colegiado. Ademais, ressaltou o entendimento prolatado pela Ministra Ellen Gracie no julgamento do *Habeas Corpus* 85.886, no sentido de que: “em país nenhum do mundo, depois de observado o duplo grau de jurisdição, a execução de uma condenação fica suspensa, aguardando referendo da Corte Suprema”, veja-se a seguir a ementa do citado remédio constitucional:

EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. PRESUNÇÃO DE NÃO-CULPABILIDADE. 1. A sentença condenatória, mantida em segundo grau de jurisdição, sujeita-se à execução provisória (CPP, art. 637), independentemente do trânsito em julgado, porque os recursos eventualmente cabíveis – especial e extraordinário – não têm efeito suspensivo. 2. HC indeferido. (BRASIL, 2005).

Asseverou, novamente, que os recursos de natureza extraordinária possuem a finalidade de manutenção da higidez do sistema normativo, de modo que, com a edição da EC n. 45/2004, estes ficam submetidos ao filtro da repercussão jurídica da matéria a ser debatida. Ou seja, apenas serão conhecidos os recursos que tratem de questões constitucionais que transcendam o interesse subjetivo da parte, sendo ônus desta a comprovação da relevância jurídica, política, social ou econômica da questão recorrida. Ainda assim, malgrado as restritas hipóteses de admissibilidade dos recursos extraordinários, têm se mostrado raras as hipóteses de sucesso do insurgente. Com efeito, os julgamentos realizados pelos Tribunais Superiores não visam à rediscussão a respeito da culpa e, por essa razão, somente em casos excepcionais teriam a aptidão para transformar a situação do recorrente.

O Ministro pontuou, ainda, que a jurisprudência tem fomentado a interposição de recursos de natureza extraordinária com nítido propósito protelatório, à medida em que nega a execução de qualquer condenação enquanto não esgotadas definitivamente as esferas recursais, aplicando, sem ressalvas, o postulado da presunção de inocência. Além disso, destacou não ser incomum a ocorrência da prescrição punitiva ou executória, haja vista que o último marco interruptivo do prazo prescricional, antes do início do cumprimento da pena, é a publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis (art. 117, inciso IV do Código Penal). Assim, acaba-se desvirtuando a real finalidade e essência dos recursos extraordinários, por-

quanto, não raras vezes, são utilizados como óbice à efetividade da jurisdição penal, ao invés de constituírem um instrumento de garantia da presunção de não culpabilidade do acusado.

Diante desse quadro, afirmou competir ao Poder Judiciário e, especialmente, ao Supremo Tribunal Federal assegurar a efetivação do *jus puniendi* estatal, que ocorre por meio do processo, de modo a harmonizar o princípio da presunção de inocência com o da efetividade da função jurisdicional do Estado. De qualquer forma, alegou não desconsiderar que possam ocorrer equívocos nos decretos condenatórios proferidos pelas instâncias ordinárias. Contudo, para essas exceções, têm-se, se necessário for, outros mecanismos que podem ser utilizados, tais como as medidas cautelares que conferem efeito suspensivo aos recursos especial e extraordinário, bem como o remédio constitucional do *habeas corpus*.

Finalizando as razões do voto, sugeriu a mudança de entendimento mediante a fixação da seguinte tese: “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”.

Os Ministros Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Gilmar Mendes, Carmen Lúcia e Dias Toffoli seguiram o entendimento do relator, dissentindo, apenas, os Ministros Marco Aurélio, Celso de Mello, Ricardo Lewandowski e Rosa Weber.

Convém ressaltar que foram opostos embargos de declaração em face da decisão proferida no referido *Habeas Corpus*. Contudo, a Corte Superior rejeitou os aclaratórios e confirmou o entendimento fixado, sem efetuar a modulação dos seus efeitos. A Ministra Rosa Weber, porém, ressaltou o seu posicionamento contrário e o Ministro Celso de Mello foi voto vencido.

Na mesma perspectiva, o Supremo Tribunal Federal indeferiu as medidas cautelares propostas na Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 43 e 44, de modo a permitir a execução antecipada da pena após acórdão condenatório proferido em segundo grau de jurisdição, veja-se:

MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE. ART. 283 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. EXECUÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE APÓS O ESGOTAMENTO DO PRONUNCIAMENTO JUDICIAL EM SEGUNDO GRAU. COMPATIBILIDADE COM O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. ALTERAÇÃO DE ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DO HC 126.292. EFEITO MERAMENTE DEVOLUTIVO DOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS E ESPECIAL. REGRA ESPECIAL ASSOCIADA À DISPOSIÇÃO GERAL DO ART. 283 DO CPP QUE CONDICIONA A EFICÁCIA DOS PROVIMENTOS JURISDICIONAIS CONDENATÓRIOS AO TRÂNSITO EM JULGADO. IRRETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS GRAVOSA. INAPLICABILIDADE AOS PRECEDENTES JUDICIAIS. CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 283 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. MEDIDA CAUTELAR INDEFERIDA. 1. No julgamento do Habeas Corpus 126.292/SP, a composição plenária do Supremo Tribunal Federal retomou orientação antes predominante na Corte e assentou a tese segundo a qual “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. No âmbito criminal, a possibilidade de atribuição de efeito suspensivo aos recursos extraordinário e especial detém caráter excepcional (art. 995 e art. 1.029, § 5º, ambos do CPC c/c art. 3º e 637 do CPP), normativa compatível com a regra do art. 5º, LVII, da Constituição da República. Efetivamente, o acesso individual às instâncias extraordinárias visa a propiciar

a esta Suprema Corte e ao Superior Tribunal de Justiça exercer seus papéis de estabilizadores, uniformizadores e pacificadores da interpretação das normas constitucionais e do direito infraconstitucional. 3. Inexiste antinomia entre a especial regra que confere eficácia imediata aos acórdãos somente atacáveis pela via dos recursos excepcionais e a disposição geral que exige o trânsito em julgado como pressuposto para a produção de efeitos da prisão decorrente de sentença condenatória a que alude o art. 283 do CPP. 4. O retorno à compreensão emanada anteriormente pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido de conferir efeito paralisante a absolutamente todas decisões colegiadas prolatadas em segundo grau de jurisdição, investindo os Tribunais Superiores em terceiro e quarto graus, revela-se inapropriado com as competências atribuídas constitucionalmente às Cortes de cúpula. 5. A irretroatividade figura como matéria atrelada à aplicação da lei penal no tempo, ato normativo idôneo a inovar a ordem jurídica, descabendo atribuir ultratividade a compreensões jurisprudenciais cujo objeto não tenha reflexo na compreensão da ilicitude das condutas. Na espécie, o debate cinge-se ao plano processual, sem reflexo, direto, na existência ou intensidade do direito de punir, mas, tão somente, no momento de punir. 6. Declaração de constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, com interpretação conforme à Constituição, assentando que é coerente com a Constituição o principiar de execução criminal quando houver condenação assentada em segundo grau de jurisdição, salvo atribuição expressa de efeito suspensivo ao recurso cabível. 7. Medida cautelar indeferida. (BRASIL, 2016b).

Contudo, resta, ainda, o julgamento definitivo das referidas ações. De todo modo, tal posicionamento foi ratificado, posteriormente, pela Corte no julgamento Recurso Extraordinário com Agravo n. 964.246, conforme se observa:

CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). ACÓRDÃO PENAL

CONDENATÓRIO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. JURISPRUDÊNCIA REAFIRMADA. 1. Em regime de repercussão geral, fica reafirmada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, 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. Recurso extraordinário a que se nega provimento, com o reconhecimento da repercussão geral do tema e a reafirmação da jurisprudência sobre a matéria. (BRASIL, 2016c).

O referido recurso teve a repercussão geral reconhecida, corroborando a tese de que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, apesar de sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência consagrado no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal.

4. PONDERAÇÕES SOBRE O POSSÍVEL ATIVISMO JUDICIAL NO JULGAMENTO DO *HABEAS CORPUS* 126.292/SP

A expansão institucional do Poder Judiciário e, especialmente, do Supremo Tribunal Federal deu abertura à discussão sobre o ativismo judicial no Brasil. O tema ganhou maior importância desde os últimos anos do século XX, bem como do começo deste século e, no Brasil, está aliado à promulgação da Constituição de 1988 (CAMPOS, 2014, p. 210).

Ativismo judicial pode ser conceituado como um proceder mais enfático e proativo do Poder Judiciário, impondo preferências judiciais a pretexto de interpretar as normas ou adentrando, em algumas situações, no âmbito de atuação dos demais Poderes do Estado (Legislativo e Executivo), mas que,

não raras vezes, mostra-se legítimo em virtude de eventuais e relevantes omissões destes (RAUPP, 2016, p. 61).

A referida expansão abriu espaço para o ativismo judicial, bem como para uma crescente judicialização da vida. Nas palavras de Luís Roberto Barroso “[...] judicialização significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas pelo Judiciário” (2014, p. 39).

Dentre o conjunto de motivos que explicam a ascensão do ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal, e sem a pretensão de exaurir o tema e as causas que ocasionaram o movimento da judicialização, pode-se citar, primeiramente, o de ordem institucional. Este decorreu da edição de emendas constitucionais, sobretudo a EC n. 45/2004, assim como de leis ordinárias, principalmente as Leis n. 9.868/1999 e n. 9.882/1999, momento no qual foram sendo traçadas novas perspectivas, que consolidaram a jurisdição e expandiram o acesso ao Supremo. Desse modo, não ocorreu apenas uma alteração expressiva na estrutura do controle de constitucionalidade, mais do que isso, houve mudança na estrutura de oportunidades, representando nova maneira de interpretação constitucional e de construção da ordem jurídica. Portanto, tais perspectivas permitiram o acesso de novos sujeitos políticos e sociais ao processo de configuração da ordem jurídica, bem como de construção de significados, por meio de ações impetradas diretamente na Corte Superior (CAMPOS, 2014, p. 258).

O segundo motivo se relaciona com a parcial descrença na política tradicional, haja vista a crise de representatividade e funcionalidade dos parlamentos de modo generalizado. E, por fim, o terceiro consiste no fato de que, frequentemente, figuras políticas preferem que assuntos delicados sejam decididos pelo Poder Judiciário, a fim de evitar o seu próprio desgaste com a sociedade. Em virtude disso, o ativismo adquiriu rele-

vância cada vez maior, porquanto constitucionalizar é, em última análise, afastar a matéria da discussão política e transportá-la para o âmbito das pretensões judicializáveis, dado que, por meio das ações diretas, é amplo o acesso ao Supremo Tribunal Federal, mormente em razão do atual sistema de controle de constitucionalidade (BARROSO, 2015, p. 439).

Ainda, de acordo com Elival da Silva Ramos, o ativismo também pode ocorrer no campo de fiscalização de atos legislativos ou administrativos normativos, assim como em sede de controle de atos administrativos de natureza concreta, de atos jurisdicionais conferidos a outro Poder ou de atos relativos ao exercício da função de chefia de Estado. Isso porque a análise do ativismo judicial de natureza constitucional não deve se restringir ao controle de constitucionalidade, ou seja, à jurisdição constitucional em sentido estrito, haja vista que a essência do ativismo repousa na mitigação das regras que balizam a atividade de concretização de normas constitucionais por juízes e tribunais (2015, p. 143).

No caso em análise, infere-se, por meio dos tópicos anteriores, certa postura ativista do Supremo Tribunal Federal manifestada a partir de nova linha de interpretação do princípio da presunção de inocência, favorecendo a efetividade do *jus puniendi* estatal e relativizando o texto normativo da Constituição Federal.

Por mais que a decisão emblemática tenha se baseado na previsão feita pela Convenção Americana de Direito Humanos, que foi devidamente incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro, não se pode olvidar que o texto constitucional não parece abrir margem para interpretação diversa ao determinar expressamente o trânsito em julgado como marco temporal para verificação da culpa.

De todo modo, não se desconsidera a necessidade de maior

equilíbrio entre o postulado da presunção de inocência e o da eficiência da justiça penal. Contudo, melhor caminho, talvez, fosse disciplinar a matéria por meio de emenda constitucional. Isso porque os direitos e garantias individuais protegidos pelo art. 60, § 4º, inciso IV da Constituição, no qual está inserido a presunção de inocência, apesar de constituírem cláusulas pétreas, são intangíveis apenas com relação ao seu núcleo fundamental. Assim, apesar de haver divergência quanto à matéria, em tese, não haveria óbice à sua revisão, desde que utilizados parâmetros compatíveis com a essência do texto constitucional. Nesse sentido, leciona José Joaquim Gomes Canotilho (2012, p. 122-123):

Algumas vezes, como é sobejamente conhecido, as constituições procuram garantir a sua identidade através de cláusulas de intangibilidade, ou, como sugestivamente se diz aqui no Brasil, cláusulas pétreas. Não iremos discutir agora a “bondade” ou “maldade” de tais cláusulas nem o delicado problema de saber se elas estão subtraídas ao poder de revisão. Sempre se adiantarão dois pontos importantes para a inteligibilidade do nosso discurso: 1. as cláusulas de irreversibilidade garantem apenas a intocabilidade dos regimes materiais, mas não preceitos constitucionais concretos respeitantes a determinadas matérias; 2. as cláusulas materiais expressas de irrevisibilidade só devem considerar-se como respeitantes ao núcleo de identidade quando tiverem correspondência no próprio texto da constituição e disserem inequivocamente respeito à própria “essência” da constituição.

Como exemplo de mudança legislativa, conquanto de natureza infraconstitucional, pode-se citar o *Código Procesal Penal* de 2004 do Peru, que admite em seus arts. 402 e 412 a *ejecución provisional* da pena logo após a condenação, *aunque se interponga recurso*, dispensando-se a existência de uma *sentencia condenatoria firme*, a qual constitui pressuposto, apenas, para a formação do *status* jurídico de culpado (PERU, 2004).

Assim, possivelmente, solução mais acertada seria “uma mudança legislativa – e não jurisprudencial, como feita pelo STF – para que seja antecipado o momento do trânsito em julgado de acórdãos condenatórios proferidos pelos Tribunais de 2ª instância” (LIMA, 2017, p. 50). No Brasil, a chamada PEC dos recursos objetiva a transformação dos recursos de natureza extraordinária em ações rescisórias, porém, até os dias atuais a referida proposta de emenda à constituição aguarda deliberação em Plenário.

Pode-se deduzir, então, que a expansão do ativismo no Supremo Tribunal Federal se deve, em parte, às omissões dos demais Poderes – particularmente, no caso em análise, do Legislativo – de modo que a problemática primordial não estaria apenas no excesso de judicialização, mas também na carência de boa política. Diante desse contexto, não se deve presumir que melhor saída esteja em mitigar, como regra de conduta ou pauta genérica de atuação, o papel do Judiciário. Em verdade, precisa-se afastar o descrédito da sociedade na atual política, especialmente em relação ao Legislativo. Todavia, enquanto não ocorrer a reforma política necessária, caberá ao Supremo Tribunal Federal, com cuidados para não incorrer em excesso de ativismo judicial, a delicada função de exercer, de modo equilibrado, os dois papéis que o encaminharam até aqui: a) o contramajoritário, que consiste em determinar limites às maiorias e b) o representativo, o qual importa em satisfazer às necessidades sociais não atendidas pelas instâncias políticas habituais (BARROSO, 2014, p. 42).

Portanto, é possível inferir que a decisão tomada pela Corte Suprema, no sentido de privilegiar a efetividade da justiça penal em detrimento do texto constitucional, orientou-se por argumentos em parte jurídicos, mas também marcadamente políticos, na expectativa de socorrer a reivindicações sociais, que protestam por mudança. Contudo, vale esclarecer que a

finalidade da presente pesquisa não reside no exame acerca do acerto ou desacerto da decisão em estudo, mas sim do contexto em que ocorreu a ressignificação do postulado da presunção de inocência.

5. CONCLUSÃO

A partir do presente estudo é possível identificar certa postura ativista do Supremo Tribunal Federal ao ressignificar o princípio da presunção de inocência, de modo a permitir o imediato cumprimento da pena após decisão condenatória de segunda instância, não obstante o texto constitucional exigir expressamente o trânsito em julgado. As razões para o referido ativismo decorrem, em grande parte, de omissões dos demais Poderes, em especial do Legislativo, em atender às novas demandas sociais que clamam por mudança. No entanto, talvez, mais acertado fosse disciplinar a matéria por meio de emenda à constituição, sobretudo porque o Judiciário carece da representatividade democrática necessária para tal alteração. E, ainda que pudesse sobrevir alguma controvérsia a respeito da possibilidade de mudança pelo caminho da reforma legislativa, esta última desfrutaria de maior legitimidade democrática do que a realizada judicialmente.

REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto. **Manual de processo penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015. E-book. Disponível em Minha Biblioteca: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-6718/cfi/6/34!/4/742/4@0:0>. Acesso em: 14 nov. 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso

em: 10 nov. 2018.

BRASIL. Decreto n. 678 (1992). **Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm. Acesso em: 10 nov. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Constitucionalidade n. 43, Relator: Min. Marco Aurélio, Relator p/ Acórdão: Min. Edson Fachin. **Pesquisa de Jurisprudência.** Acórdãos, 05 out. 2016. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986065>. Acesso em: 14 nov. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 85.886/RJ – Rio de Janeiro, Relator: Min. Ellen Gracie. **Pesquisa de jurisprudência.** Acórdãos, 06 out. 2005. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2293564>. Acesso em: 14 nov. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 126.292/SP – São Paulo, Relator: Ministro Teori Zavascki. **Pesquisa de Jurisprudência.** Acórdãos, 17 fev. 2016. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=126292&classe=HC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 14 nov. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 349.703- RS – Rio Grande do Sul. Rel. Min. Carlos Britto, Rel. p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes. **Pesquisa de Jurisprudência.** Acórdãos, 03 dez. 2008. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28349703%2EENUME%2E+OU+349703%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/zk57et>. Acesso em: 06 dez. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário com Agravo n. 964.246, Relator: Min. Teori Zavascki. **Pesquisa de Jurisprudência.** Acórdãos, 10 nov. 2016. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4966379>. Acesso em: 14 nov. 2018.

CAMPOS, Carlos Alexandre De Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal.** Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **“Brançosos” e interconstitucionalidade:** itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2012.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Processo Penal:** doutrina e prática. Juspodivm, Bahia, 2008.

GOMES, Luiz Flávio. **Execução provisória da pena. STF viola Corte Interamericana. Emenda Constitucional resolveria tudo.** Disponível em: <http://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/307339417/execucao-provisoria-da-pena-stf-viol-a-corte-interamericana-emenda-constitucional-resolveria-tudo>. Acesso em: 14 nov. 2018.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As nulidades no processo penal.** 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As nulidades no processo penal.** 7. ed. São Paulo: Editora Revista

dos Tribunais, 2001.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

PERU. **Código procesal penal**. Decreto legislativo n. 957. Disponível em: http://spij.minjus.gob.pe/content/publicaciones_oficiales/img/CODIGOPROCESALPENAL.pdf. Acesso em: 21 nov. 2018.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

RAUPP, Mauricio Santos. **Ativismo judicial**: características e singularidades. Do voluntarismo à concretização de direitos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

SILVA, Marcelo Cardozo da. **A prisão em flagrante na constituição**. Porto Alegre: Verbo jurídico, 2007.

TAVARES. André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 9. ed. Bahia: Juspodivm, 2014.

Recebido em: 26/02/2019
Aprovado em: 16/07/2019