



ANDRÉ BRASIL BRANDÃO DA SILVEIRA

**O ATIVISMO JUDICIAL E A EXECUÇÃO PENAL ANTECIPADA: UMA ANÁLISE
CRÍTICA DAS OSCILAÇÕES DO STF SOB A ÓTICA DO ESTADO DEMOCRÁTICO
DE DIREITO**

Salvador

2025

ANDRÉ BRASIL BRANDÃO DA SILVEIRA

**O ATIVISMO JUDICIAL E A EXECUÇÃO PENAL ANTECIPADA: UMA ANÁLISE
CRÍTICA DAS OSCILAÇÕES DO STF SOB A ÓTICA DO ESTADO DEMOCRÁTICO
DE DIREITO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado na Graduação em Direito, da Universidade Católica do Salvador, como requisito parcial para obtenção de grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. André Quadros

Salvador

2025

ANDRÉ BRASIL BRANDÃO DA SILVEIRA

**O ATIVISMO JUDICIAL E A EXECUÇÃO PENAL ANTECIPADA: UMA ANÁLISE
CRÍTICA DAS OSCILAÇÕES DO STF SOB A ÓTICA DO ESTADO DEMOCRÁTICO
DE DIREITO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado na Graduação em Direito, da Universidade Católica do Salvador, como requisito parcial para obtenção de grau de Bacharel em Direito.

Aprovado em ... de ... de 2025.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. André Quadros (orientador)
Universidade Católica de Salvador

Prof. (examinador)
Universidade Católica de Salvador

Prof. (examinador)
Universidade Católica de Salvador

**O ATIVISMO JUDICIAL E A EXECUÇÃO PENAL ANTECIPADA: UMA ANÁLISE
CRÍTICA DAS OSCILAÇÕES DO STF SOB A ÓTICA DO ESTADO DEMOCRÁTICO
DE DIREITO**

**JUDICIAL ACTIVISM AND ANTICIPATED SENTENCE ENFORCEMENT: A
CRITICAL ANALYSIS OF THE BRAZILIAN SUPREME COURT'S OSCILLATIONS
FROM THE PERSPECTIVE OF THE DEMOCRATIC STATE OF LAW**

André Brasil Brandão da Silveira¹

André Quadros Cortes²

RESUMO

O presente artigo analisa criticamente o ativismo judicial no campo penal a partir das oscilações jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal (STF) quanto à execução antecipada da pena. Por meio do exame dos julgados paradigmáticos HC 84.078 (2009), HC 126.292 (2016), ADCs 43, 44 e 54 (2019) e, mais recentemente, do RE 1.235.340/RO (Tema 1.068), que trata da prisão imediata do réu condenado pelo Tribunal do Júri, busca-se compreender como o STF tem atuado na redefinição da presunção de inocência e quais os impactos dessa atuação para a segurança jurídica e o equilíbrio entre os poderes. A pesquisa adota uma abordagem qualitativa, com método hipotético-dedutivo, baseada em revisão bibliográfica, análise documental e observação do processo legislativo em curso. Conclui-se que as decisões analisadas evidenciam uma postura ativista da Corte, ora alinhada à efetividade penal, ora tensionando princípios constitucionais, como a legalidade e a presunção de inocência. A reflexão proposta contribui para o debate sobre os limites legítimos da atuação judicial em um Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Ativismo Judicial; Prisão em Segunda Instância; Tribunal do Júri; Supremo Tribunal Federal; Presunção de Inocência; Segurança Jurídica; Estado Democrático de Direito.

ABSTRACT

This article critically analyzes judicial activism in criminal matters through the jurisprudential shifts of the Brazilian Federal Supreme Court (STF) regarding the early enforcement of sentences. By examining landmark rulings—HC 84.078 (2009), HC 126.292 (2016), ADCs 43, 44, and 54 (2019), and the recent RE 1.235.340/RO (Theme 1.068), which addresses the immediate imprisonment of defendants convicted by the Jury Court—the study seeks to

¹Graduando do curso de Direito da Universidade Católica do Salvador (UCSal). Membro do Núcleo de Pesquisa: Liga Acadêmica de Estudos em Ciências Criminais – LAECC. Email: andre.silveira@ucsal.edu.br

²Professor do curso de Direito da UCSal. Mestre em Políticas Sociais e Cidadania. Email: andre.cortes@pro.ucsal.br

understand how the STF has redefined the presumption of innocence and the impacts of such actions on legal certainty and the balance of powers. The research adopts a qualitative approach, employing the hypothetical-deductive method, based on bibliographic review, documentary analysis, and observation of the ongoing legislative process. The findings reveal an activist stance by the Court, sometimes aligned with penal effectiveness and other times challenging constitutional principles such as legality and presumption of innocence. The proposed reflection contributes to the debate on the legitimate limits of judicial action in a Democratic State of Law.

Keywords: Judicial Activism; Second-Instance Imprisonment; Jury Court; Federal Supreme Court; Presumption of Innocence; Legal Certainty; Democratic Rule of Law

SUMÁRIO. 1. INTRODUÇÃO. 2. FUNDAMENTOS TEÓRICOS DO ATIVISMO JUDICIAL. 3. A EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL DO STF SOBRE A PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA E O TEMA 1.068. 3.1. Habeas Corpus 84.078/MG: O Marco do Garantismo e a Afirmação da Presunção de Inocência como Regra de Tratamento. 3.2. Habeas Corpus 126.292/SP: A Mitigação da Presunção de Inocência e a Execução Antecipada da Pena. 3.3. O Retorno ao Garantismo Literal: As Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43, 44 e 54. 4. O TRIBUNAL DO JÚRI E A SOBERANIA DOS VEREDICTOS: A EXECUÇÃO IMEDIATA DA PENA NO TEMA 1.068 (RE 1.235.340/SC. 5. ANÁLISE CRÍTICA: ATIVISMO JUDICIAL, SEGURANÇA JURÍDICA E PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

Assim como um rio, que percorre seu leito respeitando as margens que o delimitam, impostas pela natureza, a atuação do Poder Judiciário deve ser norteada pela Constituição Federal, de forma a zelar pela segurança jurídica e efetivação de direitos e garantias fundamentais. Não obstante, ao passo em que o curso de um rio pode ser alterado, há situações nas quais um juiz deixa de ser mero espectador das provas de um processo e passa a apresentar uma postura mais ativa em relação aos fatos.

Eis, então, o ativismo judicial, expressão usada para referenciar a interpretação expansiva do conteúdo constitucional, pelo Judiciário, quando este extrapola a sua função jurisdicional de passividade e assume certo protagonismo mediante o Poder Legislativo e Poder Executivo.

A discussão sobre os limites da atuação judicial tem se intensificado à medida que o Supremo Tribunal Federal (STF), ao longo das últimas décadas, alterna posições quanto a temas de elevada repercussão nacional. Um dos exemplos mais emblemáticos dessa oscilação interpretativa é o caso da execução provisória da pena após condenação em segunda instância.

A controvérsia gira em torno da compatibilidade dessa possibilidade com o princípio da presunção de inocência, positivado no art. 5º, LVII, da CRFB/88.

Desde 2009, o tema foi julgado pelo STF sob diferentes óticas, gerando impactos significativos no sistema de justiça criminal e fomentando intensos debates sobre ativismo judicial, segurança jurídica e legitimidade democrática.

Em 2009, com o julgamento do *Habeas Corpus* (HC) 84.078, prevaleceu o entendimento de que a pena só poderia ser executada após o trânsito em julgado da condenação. Essa posição, entretanto, foi revertida em 2016, no julgamento do HC 126.292, quando a Suprema Corte admitiu a execução provisória da pena como compatível com os preceitos constitucionais. Por fim, em 2019, ao julgar as Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC's) 43, 44 e 54, o STF retornou ao posicionamento garantista anterior, afirmando que a prisão antes do trânsito em julgado somente pode ocorrer mediante decisão cautelar fundamentada.

Essas mudanças revelam, mais do que divergências hermenêuticas, um protagonismo judicial em matéria penal que desafia os contornos tradicionais da função jurisdicional.

Além da prisão em segunda instância, outra questão que evidencia a atuação do STF no campo penal é a discussão em torno da possibilidade de execução imediata da pena imposta pelo Tribunal do Júri. O Tribunal do Júri, instituição democrática de participação popular na justiça, julga crimes dolosos contra a vida, e suas decisões são revestidas de soberania.

Recentemente, o STF, ao julgar o Recurso Extraordinário 1.235.340/RO (Tema 1.068), fixou a tese de que "*A soberania dos veredictos do Tribunal do Júri autoriza a imediata execução de condenação imposta pelo corpo de jurados, independentemente do total da pena aplicada*". Essa decisão, que se contrapõe ao entendimento firmado nas ADCs 43, 44 e 54, reacende o debate sobre os limites do ativismo judicial e seus reflexos na segurança jurídica e na presunção de inocência.

Diante desse cenário, o presente artigo analisa em que medida as alterações jurisprudenciais do STF sobre a prisão em segunda instância e a execução antecipada da pena no Tribunal do Júri configuram manifestações de ativismo judicial, bem como investiga os impactos dessa atuação para a segurança jurídica e para o princípio da presunção de inocência dentro do Estado Democrático de Direito brasileiro.

A análise dos desdobramentos do ativismo judicial no âmbito penal, com foco na prisão em segunda instância e na execução antecipada da pena no Tribunal do Júri, constitui o

cerne deste artigo. Busca-se, nesse sentido, evidenciar como as oscilações jurisprudenciais do STF podem impactar a segurança jurídica e o princípio da presunção de inocência, fundamentos essenciais do Estado Democrático de Direito. Almeja-se, assim, contribuir para um debate qualificado sobre os limites da atuação do Poder Judiciário na esfera penal, com vistas a promover uma maior estabilidade e previsibilidade no sistema de justiça criminal.

Defende-se, em última análise, a necessidade de um equilíbrio entre a efetividade da persecução penal e o respeito aos direitos e garantias individuais, o que pode ser alcançado por meio de uma interpretação constitucional que prestigie a prisão após condenação em segunda instância, sem descuidar dos mecanismos de controle e revisão.

O presente trabalho se propõe a analisar criticamente a evolução da jurisprudência do STF sobre a prisão após condenação em segunda instância e a execução antecipada da pena no Tribunal do Júri. Busca-se compreender o fenômeno à luz do conceito de ativismo judicial e seus reflexos sobre o ordenamento jurídico brasileiro.

Para tanto, serão abordados os seguintes objetivos específicos: contextualizar o ativismo judicial no âmbito do neoconstitucionalismo e da hermenêutica constitucional; examinar os principais fundamentos das decisões proferidas pelo STF nos julgamentos de 2009, 2016 e 2019, bem como no recente Tema 1.068; avaliar os efeitos institucionais e sociais da instabilidade jurisprudencial sobre a prisão em segunda instância e a execução penal antecipada; e, por fim, refletir sobre os limites legítimos da atuação judicial diante dos direitos e garantias fundamentais.

A estrutura do artigo científico foi pensada para conduzir o leitor do plano conceitual ao plano prático. Após esta introdução, o Capítulo 2 abordará os fundamentos teóricos do ativismo judicial, distinguindo-o de fenômenos correlatos. O Capítulo 3 será dedicado à exposição e análise dos julgados do STF sobre a prisão em segunda instância, em ordem cronológica, e do Tema 1.068, que trata da prisão imediata no Tribunal do Júri. No Capítulo 4, será feita uma reflexão crítica sobre os limites do ativismo judicial à luz da separação dos poderes, da legitimidade democrática e da segurança jurídica. Por fim, o Capítulo 5 trará as considerações finais, com retomada das hipóteses, avaliação dos achados e sugestões de aprofundamento futuro.

Destarte, este trabalho não se propõe a esgotar o debate sobre o ativismo judicial, mas sim a contribuir com reflexões críticas que possam fomentar a construção de parâmetros mais claros para a atuação do Poder Judiciário em um Estado Democrático de Direito, comprometido com garantias e estabilidade normativa.

2. FUNDAMENTOS TEÓRICOS DO ATIVISMO JUDICIAL

A compreensão do Ativismo Judicial no contexto jurídico brasileiro demanda uma abordagem que considere não apenas a Teoria do Direito, mas também os marcos históricos e institucionais que moldaram a relação entre o Poder Judiciário, a Constituição Federal de 1988 e a sociedade.

Inicialmente, de acordo com os conceitos de Vanice Regina Lírio do Valle, depreende-se o ativismo judicial como:

a) a prática dedicada a desafiar atos de constitucionalidade defensável emanados de outros poderes; b) estratégia de não aplicação dos precedentes; c) conduta que permite aos juízes legislar "das salas das sessões"; d) afastamento dos cânones metodológicos de interpretação; e) julgamento para alcançar resultados pré-determinados. (VALLE, 2009, p. 21)

Historicamente, após a Segunda Guerra Mundial, consolidou-se uma nova ordem jurídica internacional, marcada pela centralidade dos direitos humanos, com a promulgação da Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948. Esse marco global influenciou a transformação dos textos constitucionais no sentido de garantir maior efetividade aos direitos fundamentais, fenômeno que seria posteriormente denominado neoconstitucionalismo. Sobre as bases desse novo paradigma, leciona Luís Roberto Barroso:

Em suma: o neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional, na acepção aqui desenvolvida, identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinalados, (i) como marco histórico, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como marco filosófico, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como marco teórico, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Desse conjunto de fenômenos resultou um processo extenso e pro fundo de constitucionalização do Direito. (BARROSO, 2006, p. 57)

Esse movimento teórico e prático atribuiu eficácia plena à Constituição, exigindo que todas as esferas de poder, inclusive o Judiciário, se voltassem à concretização dos direitos nela previstos.

No Brasil, essa concepção foi acolhida de modo expressivo com a promulgação da Constituição de 1988, uma carta analítica, extensa, principiológica e profundamente comprometida com a dignidade da pessoa humana, a cidadania e os direitos sociais. Por sua natureza e conteúdo, a Constituição de 1988 exigiu um novo tipo de atuação do Judiciário, não

mais limitado à subsunção rígida da lei ao caso concreto, mas como intérprete ativo dos valores constitucionais.

Essa mudança de paradigma ampliou a responsabilidade dos juízes, que passaram a ser convocados não apenas a aplicar normas, mas a promover justiça social por meio da interpretação constitucional. Um cenário que, se por um lado potencializa a efetivação de direitos, por outro, abre margem para o debate acerca do que se convencionou chamar de ativismo judicial.

A base para essa nova e ampliada responsabilidade judicial reside na própria natureza das normas constitucionais modernas, que, em consonância com Fábio Konder Comparato, são predominantemente principiológicas:

Ora, enquanto nas regras jurídicas o campo de aplicação é sempre delimitado, nos princípios ele nunca se define com precisão. O princípio representa, por conseguinte, o protótipo da norma aberta, aplicável a situações sociais que não podem nunca ser precisadas de antemão. E essa indeterminação de contornos dos princípios repercute, necessariamente, sobre o seu conteúdo normativo, que é sempre mais abstrato que o das regras jurídicas, cuja função precípua, aliás, consiste em concretizá-los. (COMPARATO, 2001, p. 65 e 66)

Nesse contexto de valorização da força normativa da Constituição, o ativismo judicial emerge como uma postura na qual o julgador, por meio de uma escolha interpretativa deliberada, parece ultrapassar os limites da mera aplicação do direito positivo, muitas vezes suprindo omissões do Legislativo, redefinindo políticas públicas ou mesmo reinterpretando o alcance de normas constitucionais em nome da efetivação de direitos ou de determinados fins sociais.

Segundo o historiador americano Schlesinger (1947), o termo “ativismo judicial” tem origem nos Estados Unidos, quando os Juízes da *Supreme Court of the United States* (Suprema Corte dos Estados Unidos) estariam decidindo com base em valores próprios, em vez de aplicar estritamente a Constituição e as leis, sendo passíveis de críticas provenientes do referido historiador.

No Brasil, a discussão em torno do tema ganhou força no século XXI, especialmente a partir da atuação do STF em decisões de forte impacto político e moral, como nos casos de união homoafetiva, criminalização da homofobia, interrupção da gestação em casos de anencefalia e, com particular relevância para este estudo, na execução provisória da pena após condenação em segunda instância e, nos crimes dolosos contra a vida, a execução imediata da pena após condenação pelo Tribunal do Júri.

A judicialização é um fenômeno natural e intrínseco do constitucionalismo contemporâneo, que atribui centralidade à Constituição e conduz os juízes a decidirem questões

de alta relevância política. O ativismo judicial, contudo, seria uma modalidade específica de atuação dentro desse contexto mais amplo de judicialização, sendo definido como uma postura proativa e intencional do Poder Judiciário que, por meio de uma hermenêutica constitucional expansiva, supre a inércia dos órgãos de representação política.

Para aprofundar a conceituação delineada, recorre-se à lição seminal de Luís Roberto Barroso sobre o tema:

A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, freqüentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. (BARROSO, 2008)

Embora a judicialização seja um dado da realidade institucional, o ativismo representa uma postura decisória particular, cujos contornos e legitimidade são objeto de intenso debate.

Todavia, certo grau de ativismo pode ser necessário diante de inércias institucionais, especialmente em cenários onde a morosidade compromete a efetividade do sistema penal e a própria confiança social na justiça criminal. Ponderando sobre essa delicada função do Judiciário, o próprio Luís Roberto Barroso adverte sobre a natureza e os limites do ativismo judicial:

Uma nota final: o ativismo judicial, até aqui, tem sido parte da solução, e não do problema. Mas ele é um antibiótico poderoso, cujo uso deve ser eventual e controlado. Em dose excessiva, há risco de se morrer da cura. A expansão do Judiciário não deve desviar a atenção da real disfunção que aflige a democracia brasileira: a crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo. Precisamos de reforma política. E essa não pode ser feita por juízes. (BARROSO, 2008)

Em uma perspectiva crítica, a expansão do poder judicial representa um ponto de grande apreensão para a ordem constitucional, sobretudo no que se refere à legitimidade democrática e à separação de poderes. A raiz do problema reside na tentação que surge quando o juiz, diante de princípios constitucionais abertos e de baixa densidade normativa, assume para si um papel criativo que extrapola a função jurisdicional e, no processo, gera profunda insegurança jurídica. Nesse sentido, a lição de Ives Gandra Martins Filho é incisiva:

A tentação do julgador, de dar a maior efetividade aos princípios, quando estes possuem baixa densidade normativa, impondo obrigações concretas, extraídas exclusivamente dos princípios, quando inexistente preceito de lei que preveja a obrigação, é real e instigante. No entanto, tem gerado no sistema, uma proteção fictícia e uma insegurança jurídica que, a nosso ver, não compensam a supervalorização desses princípios. Essa tentação é a que melhor caracteriza o ativismo judiciário, ou seja, a tentação de um protagonismo maior do Poder Judiciário na conformação do ordenamento jurídico, que não se limita a interpretar e aplicar as leis, mas acaba por inovar no mundo jurídico, paralelamente ao legislador. (FILHO, 2018)

Complementando o raciocínio, o autor ainda ressalta que a impossibilidade de o juiz atuar como legislador deriva de sua própria posição institucional diferenciada dentro da república:

Como se vê, uma das tentações que mais atacam a magistratura neste início de século XXI, é a do ativismo judiciário, de se criar direito novo a partir da aplicação de princípios jurídicos insuficientemente positivados no ordenamento jurídico. Ora, justamente em face das garantias da vitaliciedade e inamovibilidade de que gozam os magistrados, dadas as características diferenciadas do Poder Judiciário em relação aos demais Poderes da República, é que não se confere ao juiz poder semelhante ao do legislador. (FILHO, 2018)

Essa visão sublinha a importância da *judicial self-restraint* (autocontenção judicial) como um ideal de deferência às instâncias democraticamente constituídas, reservando a intervenção mais incisiva para situações de clara e inequívoca violação constitucional.

No âmbito da execução penal, o ativismo judicial se manifesta com especial intensidade.

O art. 5º, LVII, da CRFB/88 estabelece que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Essa redação não surgiu por acaso, mas foi fruto de um contexto histórico de redemocratização e de resistência a práticas autoritárias do período antirrevolucionário. O legislador constituinte, ao adotar essa redação, quis dar máxima proteção ao direito de defesa, impedindo a execução da pena antes do encerramento definitivo do processo.

A partir de 2009, com o julgamento do HC 84.078, o STF passou a adotar esse entendimento de forma rígida, vedando a execução provisória da pena. Contudo, em 2016, no HC 126.292, a Corte mudou de posição, autorizando a execução da pena após a confirmação da condenação em segunda instância. Em 2019, ao julgar as ADCs 43, 44 e 54, o Tribunal retornou ao entendimento garantista, afirmando, novamente, a suposta inconstitucionalidade da execução provisória da pena.

No que tange ao Tribunal do Júri, o Supremo Tribunal Federal também tem desempenhado um papel ativo na definição dos contornos da execução penal. O Tema 1.068, decorrente do Recurso Extraordinário 1.235.340/RO, estabeleceu que a soberania dos

veredictos do Júri autoriza a imediata execução da pena, independentemente do total da sanção aplicada. Essa decisão, proferida em 2024, alterou o panorama da execução penal para os crimes dolosos contra a vida, gerando debates sobre a mitigação da presunção de inocência e a necessidade de garantir a efetividade das decisões do Conselho de Sentença.

Essas oscilações jurisprudenciais revelam, de forma clara, o ativismo judicial como objeto de crítica e reflexão, compreendendo um embate sobre o próprio propósito da justiça criminal. A corrente que defende a execução provisória da pena argumenta que tal medida é um instrumento indispensável para conferir efetividade às decisões judiciais e para romper com um ciclo de impunidade.

Nessa perspectiva, a presunção de inocência, embora uma garantia fundamental, não deve ser interpretada de forma absoluta a ponto de paralisar o sistema, especialmente diante do uso de recursos com fins meramente protelatórios. Nesse sentido, o então Ministro do STF, Teori Zavascki, fundamentou:

Por fim, a mudança de entendimento também auxiliará na quebra do paradigma da impunidade. Como já se afirmou, no sistema penal brasileiro, a possibilidade de aguardar o trânsito em julgado do REsp e do RE em liberdade para apenas então iniciar a execução da pena tem enfraquecido demasiadamente a tutela dos bens jurídicos resguardados pelo direito penal e a própria confiança da sociedade na Justiça criminal. Ao evitar que a punição penal possa ser retardada por anos e mesmo décadas, restaura-se o sentimento social de eficácia da lei penal. Ainda, iniciando-se a execução da pena desde a decisão condenatória em segundo grau de jurisdição, evita-se que a morosidade processual possa conduzir à prescrição dos delitos. Desse modo, em linha com as legítimas demandas da sociedade por um direito penal sério (ainda que moderado), deve-se buscar privilegiar a interpretação que confira maior – e não menor – efetividade ao sistema processual penal. (ZAVASCKI, 2016)

A discussão sobre a execução penal no Brasil frequentemente se beneficia da análise do cenário internacional, onde a exigência do trânsito em julgado para o início do cumprimento da pena não é a regra predominante. Pelo contrário, em diversas democracias ocidentais, a prolação de uma decisão condenatória em segundo grau já é considerada marco suficiente para o início da execução.

Observando o direito comparado, a então Ministra do STF Ellen Gracie (j. 6.09.2005) aduziu, no julgamento do HC 86.886, que “Em país nenhum do mundo, depois de observado o duplo grau de jurisdição, a execução de uma condenação fica suspensa aguardando o referendo da Suprema Corte”.

Essa constatação é validada por um robusto estudo de direito comparado de autoria de Luiza Cristina Fonseca Frischeisen, Mônica Nicida Garcia e Fábio Gusman, estudo esse que foi amplamente utilizado no voto do Ministro Teori Zavascki no julgamento do HC 126.292. A referida pesquisa analisou os ordenamentos de nações como Estados Unidos, Canadá,

Alemanha, Espanha, Argentina, França e Portugal, demonstrando que seus sistemas, em regra, autorizam a execução da sanção penal antes do esgotamento das instâncias extraordinárias, ainda que com diferentes modelos e particularidades (BRASIL, 2016).

Essa realidade evidencia que o modelo brasileiro, ao exigir o esgotamento de todos os recursos antes da execução da pena, se aproxima da exceção perante o cenário internacional. Portanto, a adoção da prisão após a condenação em segunda instância no Brasil pode ser vista como uma medida alinhada às práticas internacionais, visando à efetividade da justiça penal e à redução da impunidade.

A experiência comparada demonstra que é possível compatibilizar a proteção dos direitos fundamentais com a efetividade do sistema penal, um equilíbrio que, longe de ser estranho ao ordenamento pátrio, representou a prática jurisprudencial dominante no Brasil por mais de duas décadas após a Constituição de 1988. Como bem resgatado pelo Ministro do STF, Alexandre de Moraes:

Nos 30 anos de vigência da Constituição, a possibilidade de execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação foi amplamente majoritária em 23 anos. Promulgada a Constituição Federal, em 5 de outubro de 1988, a compatibilidade da execução provisória de decisão penal condenatória proferida em 2ª instância com o princípio da presunção de inocência foi afirmada pela primeira vez, em 29 de março de 1989, na 2ª Turma do STF, que, por unanimidade, entendeu inexistir efeito suspensivo no recurso extraordinário. Posteriormente, em 28 de junho de 1991, houve a primeira decisão do Plenário da Corte sobre a matéria, e, novamente, por unanimidade, o STF entendeu “não conflitar com o art. 5º, inciso LVII, da Constituição” a expedição de mandado de prisão para o início da execução provisória da pena, pois “exauridas estão as instâncias ordinárias criminais”. (MORAES, 2020)

Para tanto, compreender o ativismo judicial exige considerar os fundamentos do constitucionalismo moderno, os limites da interpretação judicial, a legitimidade democrática dos poderes e, principalmente, a preservação das garantias fundamentais. A atuação do STF no caso da prisão em segunda instância é um exemplo concreto da tensão entre o protagonismo judicial e os valores constitucionais.

O desafio, conseqüentemente, não reside em eliminar por completo o dinamismo interpretativo, mas em analisar criticamente suas manifestações e debater critérios para a avaliação de seus limites, garantindo que a atuação judicial respeite os marcos constitucionais e a separação de poderes, ao mesmo tempo em que contribua, com prudência e previsibilidade, para a concretização da justiça penal e da confiança institucional. A análise subsequente das decisões paradigmáticas do STF buscará justamente dissecar como, por quais motivos e com quais conseqüências esse fenômeno se manifestou no sensível tema da execução penal antecipada.

3. A EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL DO STF SOBRE A PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA

A trajetória da jurisprudência do STF acerca da execução antecipada da pena é um dos exemplos mais eloquentes das tensões inerentes à interpretação constitucional, à efetividade do sistema penal e aos limites da atuação judicial.

As decisões proferidas pela Corte ao longo das últimas décadas não apenas refletem diferentes compreensões sobre o princípio da presunção de inocência, mas também expõem as diversas facetas do que se convencionou denominar ativismo judicial, bem como de posturas de autocontenção.

3.1. Habeas Corpus 84.078/MG: O Marco do Garantismo e a Afirmação da Presunção de Inocência como Regra de Tratamento

O julgamento do HC 84.078/MG, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 5 de fevereiro de 2009, representa um divisor de águas na jurisprudência brasileira concernente à execução penal. Este julgado não apenas consolidou o entendimento de que a prisão só poderia ocorrer após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, mas também expôs, de forma contundente, as diferentes concepções sobre o princípio da presunção de inocência e os limites da atuação judicial, elementos centrais para a compreensão do fenômeno do ativismo judicial – ou, neste caso específico, da sua antítese, a autocontenção – na seara penal.

O caso concreto envolvia Omar Coelho Vitor, denunciado e levado a julgamento pelo Tribunal do Júri da Comarca de Passos, Minas Gerais, pela prática de tentativa de homicídio qualificado. Após um primeiro julgamento que resultou em condenação por homicídio privilegiado, um recurso do Ministério Público levou à realização de novo Júri, no qual o paciente foi condenado a uma pena mais severa, de 7 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, posteriormente ajustado pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJ/MG) no julgamento da apelação da defesa.

Contra essa decisão, a defesa interpôs Recurso Especial (REsp) e Recurso Extraordinário (RE). Antes mesmo da admissão do REsp, o Ministério Público local requereu a prisão preventiva do paciente, alegando um suposto intento de evasão evidenciado pela venda de bens. A prisão foi decretada. Impetrado habeas corpus perante o Superior Tribunal de Justiça (STJ), a ordem foi denegada sob o fundamento “de que o princípio constitucional da não-

culpabilidade não inibe a constrição do *status libertatis* do réu com condenação confirmada em segundo grau, porquanto os recursos especial e extraordinário são, em regra, desprovidos de efeito suspensivo" (BRASIL, 2008).

Chegando ao STF, o *writ* inicialmente questionava os fundamentos da prisão cautelar. Contudo, como assinalado pelo Ministro Relator, Eros Grau, a questão transmutou-se após a concessão de medida liminar pelo então relator, Ministro Nelson Jobim, que afastara os fundamentos da prisão preventiva. Assim, o encarceramento passou a ostentar "contornos de execução antecipada da pena" (BRASIL, 2008). Dada a relevância e a divergência entre as Turmas, a matéria foi afetada ao Plenário, centrando-se o debate na (in)constitucionalidade da execução da pena antes do trânsito em julgado da condenação.

A maioria formada no julgamento do HC 84.078/MG optou por uma interpretação literal e enfática do art. 5º, inciso LVII, da CRFB/88. Essa postura, como será analisado, alinha-se com o conceito de autocontenção judicial discutido no Capítulo 2, no qual o Tribunal se abstém de realizar interpretações extensivas ou flexibilizadoras de garantias fundamentais em prol de outros interesses, ainda que relevantes, como a celeridade ou a efetividade penal.

O voto condutor do Ministro Eros Grau foi paradigmático nesse sentido. Sua Excelência principiou por assentar que a Lei de Execução Penal (LEP - Lei nº 7.210/84), ao condicionar a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória, art. 105 do referido diploma legal, não apenas se adequava à ordem constitucional inaugurada em 1988, mas também superava o quanto disposto no art. 637 do Código de Processo Penal (CPP), que previa a baixa dos autos para execução após o julgamento dos recursos ordinários.

Para o Ministro Relator, a clareza do dispositivo constitucional era insofismável:

Quem lê texto constitucional em juízo perfeito sabe que a Constituição assegura que nem a lei, nem qualquer decisão judicial imponham ao réu alguma sanção antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Não me parece possível, salvo se for negado préstimo à Constituição, qualquer conclusão adversa ao que dispõe o inciso LVII do seu artigo 5º. (BRASIL, 2008)

Qualquer interpretação diversa seria conflituosa com a Lei Maior. Essa aderência estrita ao texto constitucional, em detrimento de considerações pragmáticas ou de política criminal, é uma característica marcante da autocontenção.

Ademais, o Ministro Eros Grau rechaçou os argumentos de que a vedação à execução antecipada congestionaria os tribunais superiores com recursos protelatórios, classificando tal preocupação como uma indesejável "jurisprudência defensiva" (BRASIL,

2008). Afirmou categoricamente "A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço" (BRASIL, 2008).

Argumentou, ainda, que a prisão antes do trânsito em julgado somente poderia ser admitida na medida em que apresentasse natureza cautelar e não como antecipação de pena. A ampla defesa, segundo o Ministro "engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária" (BRASIL, 2008), e a execução da sentença após o julgamento da apelação configuraria "restrição do direito de defesa"(BRASIL, 2008).

Nessa linha de pensamento, assevera Fernando da Costa Tourinho Filho:

[...] enquanto não definitivamente condenado, presume-se o réu inocente. Sendo este presumidamente inocente, sua prisão, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, somente poderá ser admitida a título de cautela. (FILHO, 1992, P. 63)

No mesmo sentido, leciona Rogério Lauria Tucci:

O acusado, como tal, somente poderá ter sua prisão provisória decretada quando esta assumira natureza cautelar, ou seja, nos casos de prisão em flagrante, de prisão temporária, ou de prisão preventiva. (TUCCI, 2004, p. 281)

Um dos pontos altos de sua fundamentação foi a analogia com o decidido no RE 482.006, onde o STF, por unanimidade, considerou inconstitucional a redução de vencimentos de servidores públicos que respondiam a processo penal, por configurar antecipação de pena. O Ministro Eros questionou como a Corte:

Ora, a Corte que vigorosamente prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade certamente não o negará quando se trate da garantia da liberdade. Não poderá ser senão assim, salvo a hipótese de entender-se que a Constituição está plenamente a serviço da defesa da propriedade, mas nem tanto da liberdade... Afinal de contas a propriedade tem mais a ver com as elites; a ameaça às liberdades alcança de modo efetivo as classes subalternas. (BRASIL, 2008).

Por fim, ressaltou a dignidade da pessoa humana, afirmando que "mesmo os criminosos são sujeitos de direitos" (BRASIL, 2008) e não podem ser excluídos socialmente sem a apuração plena da infração, o que só ocorre com o trânsito em julgado.

Esta linha argumentativa reforça a postura de autocontenção, ao não vislumbrar uma lacuna de proteção social que demandasse uma interpretação criativa ou flexibilizadora da Constituição.

O Ministro Celso de Mello, decano da Corte, proferiu voto extenso, sublinhando que "o postulado constitucional da presunção de inocência impede que o Estado trate, como se culpado fosse, aquele que ainda não sofreu condenação penal irreversível" (BRASIL, 2008). Para Sua Excelência, essa presunção "não se esvazia progressivamente, à medida em que se

sucedem os graus de jurisdição" (BRASIL, 2008), subsistindo intacta até o advento da coisa julgada.

O referido Ministro Celso de Mello considerou a execução antecipada incompatível com o ordenamento jurídico pátrio e com as declarações internacionais de direitos humanos, representando uma "preocupante inflexão hermenêutica, de perfil nitidamente conservador e regressista" (BRASIL, 2008). A defesa intransigente da literalidade e da força normativa da garantia fundamental, sem ceder a argumentos consequencialistas, é a marca de uma jurisdição que se vê primariamente como guardião dos direitos individuais frente ao poder estatal.

A decisão majoritária, portanto, ao privilegiar a interpretação literal do art. 5º, LVII, da CRFB/88, e ao reafirmar a LEP como o diploma regente em matéria de execução penal, em detrimento de disposições anteriores do CPP, pode ser caracterizada como um ato de autocontenção judicial. A Corte optou por não exercer um papel criativo na conformação do princípio da presunção de inocência, mas sim por aplicar o que entendeu ser o comando constitucional e legal expresso, reforçando a segurança jurídica e a previsibilidade na aplicação de uma garantia fundamental.

Embora minoritária, a divergência inaugurada pelo Ministro Menezes Direito apresentou argumentos relevantes, fincados em uma tradição jurisprudencial anterior da Corte e em preocupações com a efetividade do sistema penal. Sua Excelência defendeu a manutenção da orientação histórica do STF que admitia a execução provisória da pena, sustentando que o inciso LVII do art. 5º da CRFB/88 "não pode ser equiparada a uma vedação da privação da liberdade antes do julgamento dos recursos extraordinário e especial" (BRASIL, 2008), uma vez que tais recursos não reexaminam matéria de fato, cujo esgotamento ocorreria nas instâncias ordinárias.

Para o Ministro Menezes Direito, a ausência de efeito suspensivo dos recursos excepcionais (conforme art. 637 do CPP) legitimaria o início da execução. Questionou a coerência de se admitir a prisão cautelar, baseada em cognição sumária, e não a execução da pena após um juízo exauriente nas instâncias ordinárias. Citou, ainda, a prática de outros países reconhecidamente liberais, como Estados Unidos, Canadá e França, que admitiriam a prisão na pendência de recurso.

A preocupação com o "tensionamento entre os direitos fundamentais do réu-processado [...] e o direito fundamental da sociedade à garantia de proteção" (BRASIL, 2008), bem como com a necessidade de evitar a impunidade decorrente da "multiplicidade de recursos que nossa generosa legislação processual permite" (BRASIL, 2008), permeou seu voto. Essa linha argumentativa, que busca ponderar a presunção de inocência com a efetividade da justiça

penal e a resposta social ao crime, embora não tenha prevalecido, expõe o dilema que continuaria a desafiar o Tribunal nos anos seguintes.

A análise da posição minoritária, sob a ótica da teoria do ativismo judicial, é complexa. Se por um lado ela se apegava a uma tradição jurisprudencial e à legislação infraconstitucional que não confere efeito suspensivo aos recursos excepcionais, por outro, a interpretação que propõe para o art. 5º, LVII, da CRFB/88, poderia ser vista como uma flexibilização de uma garantia em nome da efetividade penal.

Do ponto de vista defensor da literalidade do texto constitucional como um limite claro, a postura da majoritária, qualquer interpretação que relativize essa literalidade para alcançar fins de política criminal poderia ser vista como uma forma de ativismo. Contudo, a postura minoritária buscou fundamentar-se na própria lógica do sistema recursal e em uma ponderação de valores que consideravam legítima.

3.2. Habeas Corpus 126.292/SP: A Mitigação da Presunção de Inocência e a Execução Antecipada da Pena

Sete anos após a consolidação do entendimento garantista no HC 84.078/MG, o STF, em 17 de fevereiro de 2016, ao julgar o HC 126.292/SP, sob a relatoria do Ministro Teori Zavascki, promoveu uma drástica inflexão em sua jurisprudência. Por maioria de votos, 7 a 4, a Corte passou a admitir a possibilidade de início da execução da pena condenatória após a confirmação da sentença em segundo grau de jurisdição, mesmo que pendentes recursos especial ou extraordinário.

O Brasil, no início de 2016, atravessava um período de particular efervescência social e política. A Operação Lava Jato, deflagrada em 2014, ganhava cada vez mais proeminência, expondo complexos esquemas de corrupção e gerando um intenso clamor público por punição e pelo fim da impunidade, especialmente em relação aos chamados crimes de colarinho branco.

A percepção de que o intrincado sistema recursal brasileiro beneficiava réus com maior poder aquisitivo, permitindo-lhes procrastinar indefinidamente o cumprimento de suas penas até a ocorrência da prescrição, era um sentimento largamente difundido e explorado no debate público. Aprofundando a reflexão sobre essa morosidade, a doutrina aponta que tal característica pode não ser um defeito, mas uma escolha estrutural do próprio modelo processual, que historicamente privilegiou a segurança em detrimento da efetividade. Sobre essa tensão fundamental, observa o autor Ovídio Araújo Baptista da Silva:

Um ponto que não preocupa aqueles que se angustiam com os atuais problemas da administração da justiça é saber se a celeridade processual fora realmente concebida como um objetivo desejado pelo sistema. Ou seja, ainda não se demonstrou que nosso sistema processual fora programado para andar rápido. Ao contrário, ao priorizar o valor segurança, inspirada em juízos de certeza, como uma imposição das filosofias liberais do iluminismo, o sistema renunciou à busca de efetividade – que nossas circunstâncias identificam com celeridade –, capaz de atender às solicitações de nossa apressada civilização pós-moderna. (SILVA, 2008. p. 4)

O HC 126.292/SP foi impetrado em favor de Márcio Rodrigues Dantas, condenado em primeira instância pela prática do crime de roubo majorado a 5 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial fechado, tendo-lhe sido concedido o direito de recorrer em liberdade. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ao negar provimento à apelação da defesa, determinou a expedição de mandado de prisão. Contra essa ordem, a defesa impetrou habeas corpus no STJ, onde o pedido de liminar foi indeferido.

No STF, a impetração alegava que a determinação de prisão, sem trânsito em julgado e sem motivação cautelar específica, afrontava a jurisprudência então consolidada no HC 84.078/MG. O Ministro Teori Zavascki, relator, inicialmente deferiu a liminar para suspender a ordem de prisão, mas submeteu o mérito ao Plenário, propondo uma reanálise da questão de fundo.

A mudança de orientação no HC 126.292/SP foi fundamentada em uma extensa ponderação de valores, na reinterpretação do alcance do princípio da presunção de inocência e em considerações sobre a funcionalidade do sistema de justiça. A postura da nova maioria pode ser analisada sob a ótica de uma tentativa de conferir maior efetividade à jurisdição penal, buscando um equilíbrio com as garantias individuais, o que poderia tangenciar um ativismo judicial corretivo ou evolutivo, assim como uma legítima mutação constitucional impulsionada pelas realidades fáticas e sociais.

O Ministro Relator, Teori Zavascki, iniciou seu voto reconhecendo o entendimento firmado no HC 84.078/MG, mas propôs sua superação. Argumentou que a execução provisória da pena após condenação em segundo grau "não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal" (BRASIL, 2016).

Sua Excelência Teori Zavascki defendeu que, após o julgamento em segunda instância, exaure-se o exame de fatos e provas, e os recursos de natureza extraordinária (especial e extraordinário) não se prestam a essa rediscussão, limitando-se à matéria de direito. Assim, "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).

O Ministro Zavascki também invocou a legislação infraconstitucional que não confere efeito suspensivo aos recursos excepcionais e o baixíssimo índice de provimento de recursos extraordinários em matéria criminal que resultassem em absolvição. Para ele, a jurisprudência anterior acabava por incentivar a interposição de recursos protelatórios, visando à prescrição. A retomada da jurisprudência tradicional, anterior a 2009, seria um "mecanismo legítimo de harmonizar o princípio da presunção de inocência com o da efetividade da função jurisdicional do Estado" (BRASIL, 2016).

O Ministro Edson Fachin, acompanhando o relator, ressaltou o papel do STF como guardião da Constituição, cujo exercício se dá pela formulação de teses jurídicas. Defendeu que a regra do art. 5º, LVII, da CRFB/88, não pode ser interpretada com apego à literalidade de forma a impedir a execução penal antes da última palavra dos Tribunais Superiores.

Nenhuma norma constitucional, segundo Fachin, deve ser vista como um "super princípio" (BRASIL, 2016) a ofuscar outras normas igualmente relevantes, como a duração razoável do processo e a soberania dos veredictos do Tribunal do Júri. A interpretação que exige o trânsito em julgado final para a execução transforma o STF e o STJ em "terceiras ou quartas instâncias" (BRASIL, 2016), o que não condiz com seu desenho constitucional como cortes de teses e não de revisão de injustiças do caso concreto.

O Ministro Luís Roberto Barroso apresentou voto extenso, com fundamentos jurídicos e pragmáticos. Juridicamente, argumentou que: (i) a Constituição não condiciona a prisão, mas sim a culpabilidade, ao trânsito em julgado; (ii) a presunção de inocência é um princípio, sujeito à ponderação, e seu peso diminui após a condenação em segundo grau, quando confrontado com o interesse na efetividade da lei penal; e (iii) com o acórdão em apelação, esgotam-se as instâncias ordinárias, e a execução da pena passa a ser uma exigência de ordem pública para assegurar a credibilidade do Judiciário.

Pragmaticamente, o Ministro Barroso elencou que a execução após a segunda instância: (i) torna o sistema mais funcional, coibindo recursos protelatórios; (ii) diminui a seletividade penal e reduz incentivos à criminalidade de colarinho branco; e (iii) promove a quebra do paradigma da impunidade, evitando prescrições.

Sua Excelência, Barroso, classificou a mudança de entendimento como um caso de mutação constitucional, onde "a alteração na compreensão da realidade social altera o próprio significado do Direito" (BRASIL, 2016). Afirmou que "a impossibilidade de execução da pena após o julgamento final pelas instâncias ordinárias produziu três consequências muito negativas

para o sistema de justiça criminal" (BRASIL, 2016), citando o incentivo a recursos protelatórios, o reforço à seletividade penal e o descrédito do sistema junto à sociedade.

O Ministro Luiz Fux considerou a interpretação anterior uma "deformação eloquente da presunção de não culpabilidade" (BRASIL, 2016), pois não corresponde à expectativa social que um réu condenado em múltiplas instâncias ainda seja presumidamente inocente. Assim é positivado na Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, sobre a presunção de inocência, demonstrando que esta não se confunde com o trânsito em julgado:

Art. XI, I. Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948)

Sua Excelência, Fux, ainda mencionou a teoria da "*coisa julgada em capítulos*" (BRASIL, 2016), defendendo que a matéria fático-probatória, exaurida nas instâncias ordinárias, tornava-se imutável, justificando a execução da pena. Fux também criticou a incongruência social gerada pela demora, citando a Professora Patrícia Perrone Campos Mello sobre a incompatibilidade entre normas jurídicas e standards social:

A incongruência social alude a uma relação de incompatibilidade entre as normas jurídicas e os standards sociais; corresponde a um vínculo negativo entre as decisões judiciais e as expectativas dos cidadãos. (MELLO, 2008, p. 237)

O Ministro Gilmar Mendes, que votou com a maioria no HC 84.078/MG, promoveu uma revisão de seu posicionamento. Justificou sua mudança citando a singularidade do sistema recursal brasileiro, que permite a interposição de inúmeros recursos com intuito protelatório, resultando em impunidade e prescrição de crimes graves.

Sua Excelência, Gilmar Mendes, citou casos emblemáticos, como o dos auditores fiscais do trabalho em Unai e o de Pimenta Neves, onde condenações a penas altíssimas não foram executadas por anos devido à protelação recursal, gerando "algo incompreensível para o senso comum, mas também para o senso técnico" (BRASIL, 2016).

Também foi mencionado, em sede de debate entre o Ministro Gilmar Mendes e o Ministro Barroso, no plenário da Suprema Corte, a inversão lógica de um sistema que, por não punir no final, acaba por prender excessivamente no início (prisões provisórias), gerando um excesso de prisões provisórias.

A argumentação da maioria, portanto, ao promover uma releitura do art. 5º, LVII, da CRFB/88, enfatizando a exaustão da análise fático-probatória nas instâncias ordinárias e a

natureza excepcional dos recursos aos tribunais superiores, buscou conciliar a presunção de inocência com a necessidade de um sistema penal mais efetivo e célere.

Essa postura, ao reverter um precedente firmado com base em uma interpretação mais literal da Carta Magna, pode ser vista como uma forma de ativismo judicial responsivo às demandas sociais por maior *accountability* (responsabilização) e à percepção de disfuncionalidades no sistema.

Os votos vencidos, proferidos pelos Ministros Rosa Weber, Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski, mantiveram-se fiéis ao entendimento consagrado no HC 84.078/MG, enfatizando a literalidade do art. 5º, LVII, da CF, e a importância da segurança jurídica.

O HC 126.292/SP, ao permitir a execução antecipada da pena, reacendeu o debate sobre os caminhos da jurisdição constitucional brasileira e o tênue equilíbrio entre garantias individuais e a efetividade da justiça. A decisão representou um avanço necessário, corrigindo uma interpretação excessivamente restritiva de um princípio constitucional em favor de uma visão mais sistêmica e pragmática, sem que isso configure, necessariamente, um ativismo judicial que desrespeite os fundamentos da Carta Magna, mas sim uma readequação interpretativa frente aos desafios contemporâneos.

3.3. O Retorno ao Garantismo Literal: As Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43, 44 e 54

Em uma nova e significativa alteração de seu entendimento, mais uma vez, o STF, ao julgar conjuntamente as ADC's 43, 44 e 54, em 07 de novembro de 2019, reverteu a orientação firmada no HC 126.292/SP. Por maioria de 6 votos a 5, a Corte declarou a constitucionalidade do art. 283 do CPP, restabelecendo a tese de que a execução da pena privativa de liberdade só pode ser iniciada após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, ressalvadas as hipóteses de prisão cautelar.

As ADC's foram propostas por diferentes atores: a ADC 43 pelo Partido Ecológico Nacional (PEN, atual Patriota), a ADC 44 pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), e a ADC 54 pelo Partido Comunista do Brasil (PCdoB) e pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT).

O objeto central das três ações era a declaração de constitucionalidade do art. 283 do CPP, cuja redação foi dada pelo Pacote Anticrime, a Lei nº 13.964, assim asseverando:

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

A procedência das ações implicaria, necessariamente, a superação do entendimento que permitia a execução antecipada da pena.

A maioria formada no julgamento das ADC's 43, 44 e 54, conduzida pelo voto do Ministro Relator Marco Aurélio, fundamentou-se predominantemente na interpretação literal do art. 5º, LVII, da CRFB/88, e na sua correspondência com o texto do artigo 283 do CPP.

Esta postura evidencia um retorno ao formalismo ultra garantista e a uma forma de autocontenção judicial, onde a Corte se curva ao texto legal e constitucional, resistindo a interpretações que busquem adaptá-lo a finalidades pragmáticas da seara jurídico-criminal.

O Ministro Marco Aurélio, em seus votos nas ADC's, nas quais os argumentos são reiterados, defendeu consistentemente que a presunção de inocência, como direito fundamental, não comporta mitigações que permitam a execução da pena antes do trânsito em julgado.

Sua excelência, Marco Aurélio, sustentou que o texto constitucional é claro e que a expressão trânsito em julgado possui significado técnico preciso, não passível de interpretações que antecipem os efeitos da condenação definitiva para um momento anterior. Para o relator, a execução da pena antes desse marco temporal configuraria uma execução antecipada da pena, sem ter-se a culpa devidamente formada, conforme já havia expressado em votos anteriores, como no HC 126.292/SP.

A principal linha argumentativa da maioria vencedora centrou-se na ideia de que o art. 283 do CPP reproduziu, em nível infraconstitucional, o comando expresso do art. 5º, LVII, da CRFB/88. Qualquer entendimento que admitisse a execução da pena antes do trânsito em julgado, fora das hipóteses de prisão cautelar (preventiva ou temporária), seria uma afronta direta à Constituição e à vontade do legislador ordinário.

A maioria dos ministros que formaram essa corrente, incluindo, além do relator, os Ministros Rosa Weber, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes, que mudou o seu voto pela segunda vez sobre a matéria, Celso de Mello e Dias Toffoli, este último apresentando o voto de minerva que definiu o resultado, enfatizou que a presunção de inocência seria uma garantia fundamental do cidadão e um pilar do Estado Democrático de Direito, não podendo ser mitigada por interpretações judiciais que visem à antecipação da punição.

Essa decisão, portanto, reflete uma postura de autocontenção por parte da maioria do STF, que se apegou à interpretação mais restritiva e literal da norma constitucional e legal, em linha com o que fora decidido no HC 84.078/MG. A Corte afastou a ideia de uma "mutação

constitucional" ou de uma ponderação de princípios que permitisse a execução antecipada, priorizando a clareza do texto e a proteção da liberdade individual até a última instância recursal.

Os ministros vencidos, Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Cármen Lúcia e Alexandre de Moraes, este último tendo sucedido o Min. Teori Zavascki e mantendo a linha de seu antecessor, reafirmaram os fundamentos apresentados no julgamento do HC 126.292/SP.

A decisão majoritária proferida nas ADC's 43, 44 e 54, ao restabelecer a exigência do trânsito em julgado para o início da execução da pena, reflete uma clara postura de autocontenção judicial. Ao priorizar a literalidade do art. 5º, LVII, da CRFB/88 e do art. 283 do CPP, o STF optou por uma interpretação que afastasse uma hermenêutica que buscasse, por via judicial, outros fins de política criminal.

Para a presente análise, que defende a execução da pena após condenação em segunda instância como um mecanismo legítimo, a decisão nas ADC's suscita uma reflexão sobre a aparente tensão entre a forma da atuação judicial e o resultado prático alcançado. Se, por um lado, a metodologia adotada pela maioria e o respeito à dicção literal da norma podem ser vistos como um freio à discricionariedade judicial, por outro lado, o impedimento da execução penal após o segundo grau retoma preocupações com a efetividade do sistema de justiça criminal, que haviam sido centrais na argumentação do HC 126.292/SP.

Assim, embora a decisão das ADC's possa ser compreendida como um exercício de autocontenção e respeito à legalidade estrita, ela não soluciona os desafios práticos da persecução penal no Brasil.

A busca por um equilíbrio entre as garantias fundamentais e a efetividade da justiça, incluindo a viabilização da execução penal após a confirmação da condenação por colegiado, permanece como um debate crucial, cujas soluções podem demandar discussões no âmbito legislativo, de modo a conciliar a proteção constitucional com os anseios sociais por uma justiça mais célere e eficaz, sem que se recorra a interpretações judiciais que possam ser percebidas como substitutivas da vontade do legislador constituinte ou ordinário.

4. O TRIBUNAL DO JÚRI E A SOBERANIA DOS VEREDICTOS: A EXECUÇÃO IMEDIATA DA PENA NO TEMA 1.068 (RE 1.235.340/SC)

Em um cenário jurídico marcado pela recente reafirmação da necessidade do trânsito em julgado para o início da execução penal (ADC's 43, 44 e 54), o STF foi instado a

se pronunciar sobre uma questão específica, mas de profunda relevância: a possibilidade de execução imediata da condenação imposta pelo Tribunal do Júri. O julgamento do Recurso Extraordinário 1.235.340/SC, sob a sistemática da repercussão geral, o Tema 1.068, trouxe novos contornos ao debate, fundamentando-se em um princípio constitucional distinto: a soberania dos veredictos (art. 5º, XXXVIII, 'c', da CRFB/88).

Esta decisão é particularmente importante para a presente análise, pois permite um contraponto metodológico com a discussão mais ampla da prisão em segunda instância, evidenciando como diferentes balizas constitucionais podem justificar distintas abordagens sobre a execução da pena e o papel da jurisdição constitucional.

O Recurso Extraordinário em questão discutia precisamente se, em face da referida soberania, a condenação imposta pelo Conselho de Sentença poderia ser executada de imediato, independentemente do esgotamento dos recursos e do *quantum* da pena aplicada. A tese fixada pela Corte no Tema 1.068 foi: "A soberania dos veredictos do Tribunal do Júri autoriza a imediata execução de condenação imposta pelo corpo de jurados, independentemente do total da pena aplicada".

A posição majoritária, conduzida pelo voto do Ministro Relator Luís Roberto Barroso, buscou analisar a situação das condenações pelo Tribunal do Júri e da regra geral aplicável aos demais crimes.

O cerne da argumentação residiu na interpretação do art. 5º, XXXVIII, 'c', da CRFB/88, que assegura a soberania dos veredictos. Para a maioria, essa soberania confere um *status* especial às decisões dos jurados sobre o mérito da acusação (a existência do crime e a autoria), tornando-as, em princípio, imutáveis quanto à definição da culpa, salvo hipóteses restritas de anulação do julgamento por vícios processuais ou decisão manifestamente contrária à prova dos autos, sem que isso implique uma substituição do mérito do veredicto por uma decisão de tribunal togado.

Nessa linha, a execução imediata da pena imposta pelo Júri não representaria uma afronta ao princípio da presunção de inocência, mas uma consequência da soberania dos veredictos. Argumentou-se que, uma vez proferido o veredicto condenatório pelos jurados, representantes da sociedade na justiça para crimes dolosos contra a vida, a formação da culpa estaria consolidada de maneira robusta, autorizando o início do cumprimento da pena, ainda que recursos de natureza técnica pudessem estar pendentes.

Esta interpretação busca dar máxima efetividade ao comando constitucional específico do Júri. O Ministro Barroso, em seu voto, enfatizou que a soberania dos veredictos implica um grau de definitividade da decisão popular que justifica o tratamento diferenciado

quanto ao início da execução da pena. A decisão da maioria, portanto, buscou alicerçar-se em um princípio constitucional pré-estabelecido e específico para os casos de Júri, o que, na perspectiva da presente monografia, poderia distinguir essa postura de um ativismo que reinterpreta cláusulas gerais de forma mais ampla.

A decisão no Tema 1.068, ao permitir a execução imediata da pena para condenações do Tribunal do Júri, oferece um contraponto metodológico valioso à análise das oscilações sobre a prisão em segunda instância. Enquanto as ADC's 43, 44 e 54 restabeleceram a regra do trânsito em julgado com base numa interpretação literal do princípio geral da presunção de inocência, caracterizando uma postura de autocontenção judicial frente à clareza textual, o Tema 1.068 adota uma solução distinta ao invocar a especificidade de outro princípio constitucional: a soberania dos veredictos.

Para este trabalho, que sustenta uma crítica ao ativismo judicial não fundamentado em princípios constitucionais claros e defende a execução da pena após a condenação em segunda instância, a decisão sobre o Júri pode ser interpretada como uma tentativa da Corte de encontrar um fundamento constitucional específico para permitir a execução imediata em certos casos, revisando indiretamente o mérito das ADC's. A coerência dessa diferenciação é um ponto central para a análise crítica.

Se a soberania dos veredictos é um princípio constitucional pré-estabelecido que justifica a execução imediata, a questão que se coloca é se essa especificidade é suficiente para afastar a incidência da regra geral da presunção de inocência até o trânsito em julgado, conforme reafirmada nas ADC's. A argumentação majoritária no Tema 1.068 sugere que sim, tratando a soberania dos veredictos como uma norma constitucional que excepciona ou qualifica a aplicação da presunção de inocência para os crimes dolosos contra a vida. Esta abordagem, ao se ancorar em um dispositivo constitucional específico, pode ser vista como um exercício interpretativo que busca limites e fundamentos no próprio texto constitucional, diferentemente de uma alteração jurisprudencial que se baseie predominantemente em ponderações mais fluidas de princípios gerais.

A comparação entre o tratamento dado à execução penal no âmbito do Júri e nas demais instâncias criminais enriquece a discussão sobre o ativismo e a autocontenção. Demonstra como a interpretação de diferentes cláusulas constitucionais pode levar a regimes distintos de execução penal e permite questionar se tal diferenciação é sistemicamente harmônica ou se cria tensões dentro do ordenamento. Para quem defende a execução após o segundo grau de forma mais ampla, a solução do Tema 1.068 pode parecer um passo positivo em termos de efetividade.

A análise crítica, portanto, deve ponderar se a especificidade do Júri é um fundamento robusto e coerente para essa distinção, ou se a busca por efetividade penal demandaria, soluções legislativas mais abrangentes que revisitem o alcance da presunção de inocência de forma sistêmica, e não por meio de interpretações judiciais que podem gerar regimes diferenciados e potencialmente questionáveis quanto à isonomia.

5. ANÁLISE CRÍTICA: ATIVISMO JUDICIAL, SEGURANÇA JURÍDICA E PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

A trajetória da jurisprudência do STF acerca da execução antecipada da pena, dissecada nos capítulos anteriores, convoca a uma análise crítica mais aprofundada sobre os fundamentos e os limites da atuação judicial no Estado Democrático de Direito. As sucessivas alterações de entendimento, que ora penduraram para um ultra garantismo (HC 84.078/MG e ADCs 43, 44 e 54), ora para uma flexibilização em nome da efetividade penal (HC 126.292/SP), e ainda para soluções específicas como no Tema 1.068 referente ao Tribunal do Júri, não apenas geraram profunda insegurança jurídica, mas também expuseram as complexas intersecções entre ativismo judicial, autocontenção e a interpretação de direitos fundamentais e cláusulas pétreas.

Este capítulo visa confrontar essas posturas com os princípios basilares da ordem constitucional, refletindo sobre a legitimidade e as consequências de tais oscilações, e propondo uma perspectiva crítica alinhada à tese central deste trabalho.

A discussão sobre os limites legítimos da atuação judicial diante de cláusulas pétreas e direitos fundamentais é central. O princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII, CRFB/88) é, inegavelmente, um direito fundamental e, para muitos, ostenta natureza de cláusula pétrea em sua essência protetiva.

A questão central reside em definir o que seriam "princípios constitucionais pré-estabelecidos" capazes de balizar a interpretação judicial. Seriam eles apenas o texto literal da Constituição, como sustentado nas decisões de 2009 e 2019 que vedaram a execução antecipada? Ou poderiam abranger uma interpretação sistêmica que considere outros valores constitucionais igualmente relevantes, como a efetividade da jurisdição penal decorrente do dever estatal de segurança (art. 144 da CRFB/88), a razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, da CRFB/88) e a própria contraprestação da jurisdição estatal?

A postura de autocontenção, adotada no HC 84.078/MG e nas ADC's, ao privilegiar a literalidade do art. 5º, LVII, CRFB/88, e do art. 283 do CPP, demonstrou um apego formal à segurança jurídica derivada da clareza textual. Contudo, tal postura, ao isolar um princípio,

pode gerar uma proteção deficiente de outros bens jurídicos constitucionais, como a proteção da sociedade e a credibilidade do sistema de justiça.

Por outro lado, a decisão no HC 126.292/SP, ao permitir a execução antecipada, foi taxada de ativista por romper com o precedente e reinterpretar o alcance da presunção de inocência. No entanto, é imperativo questionar se toda alteração jurisprudencial que busque maior efetividade ou que se alinhe a novas compreensões sociais e jurídicas configura, necessariamente, um ativismo judicial ilegítimo.

Neste ponto, aprofunda-se a reflexão central proposta: por que uma eventual (ou pretérita, como no HC 126.292/SP) postura judicial que retorne à possibilidade da execução antecipada da pena após condenação em segunda instância poderia ser considerada correta, mesmo que fruto de uma alteração jurisprudencial que alguns classificariam como ativismo?

A resposta, à luz da tese aqui defendida, não é simples, mas pode ser construída sobre alguns pilares. Primeiramente, tal decisão poderia se fundamentar em princípios constitucionais pré-estabelecidos, não apenas na presunção de inocência, mas também naqueles que impõem ao Estado o dever de garantir a segurança e a efetividade da justiça. A interpretação do art. 5º, LVII, da CRFB/88, não como uma regra absoluta, mas como um princípio ponderável como outros de igual hierarquia, permitiria um equilíbrio mais consentâneo com as complexidades da realidade social.

A própria tradição jurídica brasileira anterior a 2009 e a vasta experiência comparada em democracias ocidentais – onde a execução da pena após a confirmação por um tribunal de apelação é a regra, e não a exceção – oferecem um referencial de que tal prática não é incompatível com um sistema de garantias.

Ademais, a questão da legitimidade democrática, embora delicada quando se trata de atuação judicial, não pode ser completamente ignorada. Se o anseio social por justiça efetiva e o combate à impunidade se tornam clamores persistentes e difundidos, o Judiciário, como poder da República, embora não deva pautar suas decisões pela opinião pública momentânea, também não pode se isolar hermeticamente das consequências de suas interpretações para a confiança da sociedade nas instituições.

Essa complexa relação entre a jurisdição e o contexto social, na qual a legitimidade judicial não se esgota na mera aplicação da lei, é o cerne da teoria de Peter Häberle:

A vinculação judicial à lei e a independência pessoal e funcional dos juízes não podem escamotear o fato de que o juiz interpreta a Constituição na esfera pública e na realidade (*in der Öffentlichkeit und Wirklichkeit die Verfassung interpretiert*)⁴⁷. Seria errôneo reconhecer as influências, as expectativas e as obrigações sociais a que estão submetidos os juízes apenas sob o aspecto de uma ameaça a sua independência⁴⁸.

Essas influências contêm também uma parte de legitimação⁴⁹ e evitam o livre arbítrio⁵⁰ da interpretação judicial⁵¹. A garantia da independência dos juízes somente é tolerável, porque outras funções estatais e a esfera pública pluralista (pluralistisch Öffentlichkeit) fornecem material para a lei (Material "zmu" Gesetz liefern). (HÄBERLE, 2014, p. 36 e 37)

Uma interpretação constitucional que se mostre excessivamente distante da realidade social e das suas necessidades pode, a longo prazo, minar a própria legitimidade do direito e do Poder Judiciário. Argumentos como a incongruência social e a necessidade de o direito corresponder à natureza singular do presente foram ventilados no HC 126.292/SP e merecem a devida atenção. Importante frisar que essa "legitimidade" não se confunde com populismo penal, mas com uma interpretação que reconheça a Constituição como um instrumento vivo, capaz de responder aos desafios contemporâneos sem sacrificar seu núcleo essencial de garantias.

O retorno a uma prática que já vigorou no país por décadas e que encontra respaldo em inúmeros ordenamentos jurídicos democráticos poderia, assim, ser visto não como uma ruptura arbitrária, mas como uma readequação fundamentada. O mesmo raciocínio se aplica, com ainda maior especificidade, ao Tema 1.068, onde a soberania dos veredictos do Júri (art. 5º, XXXVIII, 'c', da CRFB/88) oferece um pilar textual ainda mais explícito para a execução imediata, representando uma aplicação direta de um princípio constitucional específico.

Os efeitos institucionais e sociais da instabilidade jurisprudencial são inegavelmente deletérios. A alternância de posições do STF (2009 → 2016 → 2019) gerou um quadro de profunda insegurança jurídica, afetando não apenas os jurisdicionados, mas todo o sistema de justiça criminal. Advogados, juízes, promotores e a própria sociedade se viram diante de um cenário de incertezas quanto ao momento da execução penal, o que dificulta o planejamento da defesa, a atuação da acusação e a própria percepção de justiça.

Essa instabilidade, demonstrada pela revisão da jurisprudência apenas pela alteração dos integrantes da Corte, desgasta a credibilidade do STF como guardião último da Constituição e fomentador da estabilidade normativa.

Diante desse quadro, e considerando a persistente controvérsia, a discussão sobre a execução da pena após a condenação em segunda instância transcende a mera disputa hermenêutica e adentra a seara da própria arquitetura institucional. Se as oscilações jurisprudenciais demonstram a dificuldade de se alcançar um consenso interpretativo estável e satisfatório apenas por via judicial, torna-se imperativo voltar os olhos para o processo legislativo.

É no âmbito do Poder Legislativo, mediante debate democrático amplo e plural, que os parâmetros mais claros para a atuação do Poder Judiciário podem ser construídos. Uma eventual Proposta de Emenda à Constituição (PEC) que module o alcance do art. 5º, LVII, da CRFB/88, ou uma reforma legislativa do Código de Processo Penal que estabeleça critérios objetivos e seguros para o início da execução penal após a decisão de segundo grau, poderiam oferecer uma solução mais duradoura e democraticamente legitimada para o impasse.

Tal caminho não apenas pacificaria a questão, reduzindo a margem para o que se considera ativismo judicial desprovido de balizas claras, mas também reforçaria o princípio da separação de poderes, atribuindo ao legislador a primazia na formulação de políticas criminais e processuais penais, sempre observados os núcleos essenciais dos direitos fundamentais.

Em suma, a análise crítica das posturas do STF revela um tribunal em constante tensão entre a fidelidade aos textos, a busca por justiça material e as pressões sociais. A tese aqui sustentada é a de que, embora a autocontenção e o respeito aos princípios pré-estabelecidos devam nortear a atuação judicial, uma interpretação excessivamente literal e isolada de um único princípio pode levar a resultados sistemicamente insatisfatórios.

A execução da pena após a condenação em segunda instância, bem como a imediata aplicação do veredicto soberano do Júri, pode encontrar respaldo em uma leitura mais ampla e sistêmica da Constituição, que pondere a presunção de inocência com outros valores constitucionais igualmente caros à sociedade. Contudo, a instabilidade gerada por sucessivas mudanças de entendimento pela mais alta Corte do país sugere que a solução ótima e definitiva para a questão da execução penal antecipada talvez resida na esfera da representação popular, por meio de um processo legislativo que, com responsabilidade e atenção às garantias fundamentais, estabeleça regras claras e estáveis para o futuro.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O percurso analítico deste trabalho partiu da metáfora de um rio, cuja atuação do Poder Judiciário deveria seguir um leito seguro, delimitado pelas margens da Constituição. A investigação das oscilações jurisprudenciais do STF sobre a execução antecipada da pena, contudo, revelou um curso sinuoso, por vezes contido em seu leito, por vezes rompendo suas margens em busca de outros caminhos. Este estudo se propôs, assim, a compreender esse fenômeno, analisando criticamente a tensão entre o ativismo judicial e a autocontenção, com o objetivo de refletir sobre os limites legítimos da atuação judicial, os impactos para a segurança

jurídica e o equilíbrio necessário entre a efetividade penal e as garantias fundamentais em um Estado Democrático de Direito.

A análise teórica desenvolvida no Capítulo 2 forneceu as ferramentas conceituais – ativismo judicial, judicialização, autocontenção e neoconstitucionalismo – para dissecar as decisões paradigmáticas do Capítulo 3 e Capítulo 4.

A aplicação desse referencial demonstrou que a atuação do STF não foi monolítica. Nos julgamentos do HC 84.078/MG e das ADC's 43, 44 e 54, prevaleceu uma postura de autocontenção judicial, apegada à interpretação literal do princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII, CF) e à legalidade estrita (art. 283 do CPP). Em contrapartida, no HC 126.292/SP, a Corte adotou uma postura de ativismo responsivo, ao promover uma releitura sistêmica da Constituição por meio da ponderação de princípios, buscando maior efetividade penal e invocando a ideia de mutação constitucional. Por fim, no Tema 1.068, o Tribunal trilhou um caminho distinto, fundamentando a execução imediata em um princípio específico – a soberania dos veredictos do Júri – como uma exceção constitucionalmente justificada.

Diante do exposto, este trabalho permite concluir que a crítica ao ativismo judicial não deve ser absoluta, mas sim qualitativa. A instabilidade gerada por um ativismo sem parâmetros definidos e desvinculado de uma interpretação sistêmica da Constituição é, de fato, deletéria à segurança jurídica.

Contudo, a análise demonstrou que a execução da pena após a condenação em segunda instância, embora possa ser fruto de uma alteração jurisprudencial ativista, pode ser defendida como um exercício legítimo da jurisdição constitucional. Isso ocorre quando a decisão se fundamenta não em mera vontade política ou clamor social, mas em uma ponderação robusta de múltiplos princípios constitucionais pré-estabelecidos: a presunção de inocência (art. 5º, LVII), a efetividade da jurisdição e a proteção da sociedade (art. 144), e a razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII).

Esta abordagem sistêmica, que também se alinha a práticas consolidadas em democracias ocidentais, representa um esforço para dar funcionalidade à Constituição, diferindo de um ativismo arbitrário. A tese favorável ao Tema 1.068, por sua vez, reforça essa lógica ao se ancorar em um fundamento constitucional ainda mais específico e textual, o que lhe confere particular robustez.

A contribuição central deste trabalho reside, portanto, na proposição de uma análise crítica que não se limita a rotular decisões como ativistas ou garantistas, mas que busca compreender a qualidade da hermenêutica empregada em cada caso. Ao comparar as diferentes justificativas do STF para permitir ou vedar a execução penal, este estudo oferece um método

para avaliar a legitimidade da atuação judicial: o ativismo se torna mais defensável quando se ancora em uma interpretação sistêmica e ponderada de princípios constitucionais concorrentes, e menos legítimo quando se afasta de textos claros sem uma fundamentação constitucional igualmente robusta. As oscilações do STF, mais do que uma mera disputa sobre a execução penal, revelam a profunda dificuldade de uma nação em equilibrar suas garantias mais sagradas com sua premente necessidade de justiça.

Ressalta-se, contudo, que esta pesquisa possui suas limitações. A análise se ateve ao campo dogmático-jurisprudencial, não adentrando em estudos empíricos sobre os impactos estatísticos de cada decisão no sistema carcerário ou na percepção social de impunidade, o que representa uma fronteira a ser superada para futuras investigações. A instabilidade jurisprudencial aqui documentada, contudo, deixa uma lição clara: quando a mais alta Corte de um país altera seu entendimento sobre um direito fundamental por três vezes em uma década, a segurança jurídica é inevitavelmente comprometida, gerando perplexidade e descrédito institucional.

Por essa razão, a sugestão mais premente que emana deste trabalho se direciona ao processo legislativo. Se a interpretação judicial se mostrou insuficiente para pacificar a controvérsia de forma estável, a solução mais adequada e democraticamente legítima para a execução da pena após a condenação em segunda instância parece residir na atuação do Congresso Nacional. Seja por meio de uma Proposta de Emenda à Constituição (PEC) que module o alcance do art. 5º, LVII, seja por meio de uma reforma pontual clara e inequívoca do Código de Processo Penal, cabe à representação popular o papel de estabelecer, após amplo debate, regras permanentes que equilibrem as garantias individuais e a efetividade da justiça.

Tal caminho não apenas conferiria a necessária previsibilidade ao sistema, mas também reafirmaria o princípio da separação de poderes, mitigando a necessidade de um ativismo judicial em uma matéria de política criminal tão sensível.

Conclui-se, assim, que o desafio do Estado Democrático de Direito brasileiro não é eliminar a tensão entre garantias e efetividade, mas geri-la por meio de instituições sólidas e com papéis bem definidos. A construção de uma justiça penal que seja, ao mesmo tempo, garantista e eficaz, depende de um Judiciário consciente de seus limites e de um Legislativo ciente de suas responsabilidades. A busca por esse equilíbrio é o horizonte permanente para a concretização da justiça e a consolidação da nossa democracia.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Revista Eletrônica Consultor Jurídico, ISSN 1809-2829. Ed. 4. Dezembro 2009. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2008dez22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica?p <>. Acesso em: 27/09/2024.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 240, p. 1-42, abr./jun. 2005.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2024].

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Diário Oficial da União: seção 1, p. 23941, 13 out. 1941.

BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a **Lei de Execução Penal**. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 13 jul. 1984.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). **Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 86.886**. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Julgamento em 15 de maio de 2007. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, DF, n. 47, 29 jun. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 43 – Distrito Federal**. Requerente: Partido Ecológico Nacional (PEN). Relator: Ministro Marco Aurélio. Julgamento em 7 nov. 2019. Publicado no Diário de Justiça Eletrônico em 12 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 44 – Distrito Federal**. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Relator: Ministro Marco Aurélio. Julgamento em 7 nov. 2019. Publicado no Diário de Justiça Eletrônico em 12 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 54 – Distrito Federal**. Requerentes: Partido Comunista do Brasil (PCdoB) e Partido Democrático Trabalhista (PDT). Relator: Ministro Marco Aurélio. Julgamento em 7 nov. 2019. Publicado no Diário de Justiça Eletrônico em 12 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 126.292 São Paulo**. Relator: Ministro Teori Zavascki. Julgamento em 17 fev. 2016. Publicado no Diário de Justiça Eletrônico em 17 mai. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 126.292 São Paulo**. Relator: Ministro Teori Zavascki. Julgamento em 17 fev. 2016. Publicado no Diário de Justiça Eletrônico em 17 mai. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 84.078 Minas Gerais**. Relator: Ministro Eros Grau. Julgamento em 5 fev. 2009. Publicado no Diário de Justiça Eletrônico nº 35, em 26 fev. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 1.235.340 Santa Catarina**. Recorrente: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Recorrido: C. dos S. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Julgamento do mérito da repercussão geral (Tema 1.068) em 6 de maio de 2022. Publicado no Diário de Justiça Eletrônico em 25 mai. 2022.

COMPARATO, Fábio Konder. **O papel do juiz na efetivação dos Direitos Humanos**. Aula proferida na Escola Paulista da Magistratura, em 22 de janeiro de 2001.

FILHO, Benedito Cerezzo Pereira; MORAES, Daniela Marques de. **O sistema recursal no Código de Processo Civil brasileiro como mecanismo de (in)acesso à justiça**. Universidade de Valência, publicado no “Processo, Administração, Acesso e Jurisdição da Justiça I” do X Encontro Internacional do CONPEDI, 2019.

FILHO, Fernando da Costa Tourinho. **Processo Penal**, 13ª. ed., São Paulo, Saraiva, 1.992, vol. 1, p. 63.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca; GARCIA, Mônica Nicida; GUSMAN, Fábio. **Execução provisória da pena: um contraponto à decisão do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus n. 84.078**. In: Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil. orgs.: CALABRICH, Bruno. FISCHER, Douglas. PELELLA, Eduardo. 2. ed. Salvador: Juspodvium, 2013.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional - A sociedade aberta dos interpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2002.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. **O ativismo judiciário e a separação de poderes**. Coimbra: Revista Jurídica Luso – Brasileira, Ano 4 (2018), nº 5, 917-925.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 237.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 36. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (resolução 217 A III) em 10 de dezembro de 1948.

SCHLESINGER JR., Arthur M. **The Supreme Court: 1947**. Fortune, v. 35, n. 73, jan. 1947. p. 110.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Da função à estrutura**. Revista de Processo. vol. 158. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. pp. 9-19.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 281.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Ativismo Jurisprudencial e o Supremo Tribunal Federal**. Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá. 2009, p. 21.

Resultado da análise

Arquivo: André Silveira - TCC (Artigo Científico).docx

Estatísticas

Suspeitas na Internet: Disponível nas versões Basic e Pro.

Percentual do texto com expressões localizadas na internet [▲](#).

Texto analisado: 92,77%

Percentual do texto efetivamente analisado (imagens, frases curtas, caracteres especiais, texto quebrado não são analisados).

Suspeitas confirmadas: 0%

Percentual do texto onde foi possível verificar a existência de trechos iguais nos endereços encontrados [▲](#).

Sucesso da análise: 100%

Percentual das pesquisas com sucesso, indica a qualidade da análise, quanto maior, melhor.

Endereços mais relevantes encontrados:

Endereço (URL)	Ocorrências	Semelhança
Disponível nas versões Basic e Pro.	114	-
Disponível nas versões Basic e Pro.	91	-
Disponível nas versões Basic e Pro.	83	-
https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/38347/1/2019_GuilhermeGomesVieira.pdf	81	11,35 %
Disponível nas versões Basic e Pro.	75	-
Disponível nas versões Basic e Pro.	71	-

Texto analisado

ANDRÉ BRASIL BRANDÃO DA SILVEIRA

O ATIVISMO JUDICIAL E A EXECUÇÃO PENAL ANTECIPADA: UMA ANÁLISE CRÍTICA DAS OSCILAÇÕES DO STF NA PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA E NO TRIBUNAL DO JÚRI SOB A ÓTICA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Salvador
2025

ANDRÉ BRASIL BRANDÃO DA SILVEIRA

O ATIVISMO JUDICIAL E A EXECUÇÃO PENAL ANTECIPADA: UMA ANÁLISE CRÍTICA DAS OSCILAÇÕES DO STF NA PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA E NO TRIBUNAL DO JÚRI SOB A ÓTICA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado na Graduação em Direito, da Universidade Católica do Salvador, como requisito parcial para obtenção de grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. André Quadros

Salvador
2025

ANDRÉ BRASIL BRANDÃO DA SILVEIRA

O ATIVISMO JUDICIAL E A EXECUÇÃO PENAL ANTECIPADA: UMA ANÁLISE CRÍTICA DAS OSCILAÇÕES DO STF NA PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA E NO TRIBUNAL DO JÚRI SOB A ÓTICA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado na Graduação em Direito, da Universidade Católica do Salvador, como requisito parcial para obtenção de grau de Bacharel em Direito.

Aprovado em ... de ... de 2025.

Nenhuma suspeita encontrada.

Nro. Pesquisas: 2

BANCA EXAMINADORA:

Prof. André Quadros (orientador)
Universidade Católica de Salvador

Prof. (examinador)
Universidade Católica de Salvador

Prof. (examinador)
Universidade Católica de Salvador

O ATIVISMO JUDICIAL E A EXECUÇÃO PENAL ANTECIPADA: UMA ANÁLISE CRÍTICA DAS OSCILAÇÕES DO STF SOB A ÓTICA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

JUDICIAL ACTIVISM AND ANTICIPATED SENTENCE ENFORCEMENT: A CRITICAL ANALYSIS OF THE BRAZILIAN SUPREME COURT'S OSCILLATIONS FROM THE PERSPECTIVE OF THE DEMOCRATIC STATE OF LAW

André Brasil Brandão da Silveira¹

André Quadros Cortes²

RESUMO

O presente artigo analisa criticamente o ativismo judicial no campo penal a partir das oscilações jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal (STF) quanto à execução antecipada da pena. Por meio do exame dos julgados paradigmáticos HC 84.078 (2009), HC 126.292 (2016), ADCs 43, 44 e 54 (2019) e, mais recentemente, do RE 1.235.340/RO (Tema 1.068), que trata da prisão imediata do réu condenado pelo Tribunal do Júri, busca-se compreender como o STF tem atuado na redefinição da presunção de inocência e quais os impactos dessa atuação para a segurança jurídica e o equilíbrio entre os poderes. A pesquisa adota uma abordagem qualitativa, com método hipotético-dedutivo, baseada em revisão bibliográfica, análise documental e observação do processo legislativo em curso. Conclui-se que as decisões analisadas evidenciam uma postura ativista da Corte, ora alinhada à efetividade penal, ora tensionando princípios constitucionais, como a legalidade e a presunção de inocência. A reflexão proposta contribui para o debate sobre os limites legítimos da atuação judicial em um Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Ativismo Judicial; Prisão em Segunda Instância; Tribunal do Júri; Supremo Tribunal Federal; Presunção de Inocência; Segurança Jurídica; Estado Democrático de Direito.

ABSTRACT

This article critically analyzes judicial activism in criminal matters through the jurisprudential shifts of the Brazilian Federal Supreme Court (STF) regarding the early enforcement of sentences. By examining landmark rulings HC 84.078 (2009), HC 126.292 (2016), ADCs 43, 44, and 54 (2019), and the recent RE 1.235.340/RO (Theme 1.068), which addresses the immediate imprisonment of defendants convicted by the Jury Court, the study seeks to understand how the STF has redefined the presumption of innocence and the impacts of such actions on legal certainty and the balance of powers. The research adopts a qualitative approach, employing the hypothetical-deductive method, based on bibliographic review, documentary analysis, and observation of the ongoing legislative process. The findings reveal an activist stance by the Court, sometimes aligned with penal effectiveness and other times challenging constitutional principles such as legality and presumption of innocence. The proposed reflection contributes to the debate on the legitimate limits of judicial action in a Democratic State of Law.

Essa é uma versão de demonstração do programa, o restante somente será exibido com uma licença Basic ou Pro.

Keywords: Judicial Activism; Second-Instance Imprisonment; Jury Court; Federal Supreme Court; Presumption of Innocence; Legal Certainty; Democratic Rule of Law

SUMÁRIO. 1. INTRODUÇÃO. 2. FUNDAMENTOS TEÓRICOS DO ATIVISMO JUDICIAL. 3. A EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL DO STF SOBRE A PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA E O TEMA 1.068. 3.1. Habeas Corpus 84.078/MG: O Marco do Garantismo e a Afirmação da Presunção de Inocência como Regra de Tratamento. 3.2. Habeas Corpus 126.292/SP: A Mitigação da Presunção de Inocência e a Execução Antecipada da Pena. 3.3. O Retorno ao Garantismo Literal: As Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43, 44 e 54. 4. O TRIBUNAL DO JÚRI E A SOBERANIA DOS VEREDICTOS: A EXECUÇÃO IMEDIATA DA PENA NO TEMA 1.068 (RE 1.235.340/SC). 5. ANÁLISE CRÍTICA: ATIVISMO JUDICIAL, SEGURANÇA JURÍDICA E PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

Assim como um rio, que percorre seu leito respeitando as margens que o delimitam, impostas pela natureza, a atuação do Poder Judiciário deve ser norteada pela Constituição Federal, de forma a zelar pela segurança jurídica e efetivação de direitos e garantias fundamentais. Não obstante, ao passo em que o curso de um rio pode ser alterado, há situações nas quais um juiz deixa de ser mero espectador das provas de um processo e passa a apresentar uma postura mais ativa em relação aos fatos.

Eis, então, o ativismo judicial, expressão usada para referenciar a interpretação expansiva do conteúdo constitucional, pelo Judiciário, quando este extrapola a sua função jurisdicional de passividade e assume certo protagonismo mediante o Poder Legislativo e Poder Executivo.

A discussão sobre os limites da atuação judicial tem se intensificado à medida que o Supremo Tribunal Federal (STF), ao longo das últimas décadas, alterna posições quanto a temas de elevada repercussão nacional. Um dos exemplos mais emblemáticos dessa oscilação interpretativa é o caso da execução provisória da pena após condenação em segunda instância. A controvérsia gira em torno da compatibilidade dessa possibilidade com o princípio da presunção de inocência, positivado no art. 5º, LVII, da CRFB/88.

Desde 2009, o tema foi julgado pelo STF sob diferentes óticas, gerando impactos significativos no sistema de justiça criminal e fomentando intensos debates sobre ativismo judicial, segurança jurídica e legitimidade democrática.

Em 2009, com o julgamento do Habeas Corpus (HC) 84.078, prevaleceu o entendimento de que a pena só poderia ser executada após o trânsito em julgado da condenação. Essa posição, entretanto, foi revertida em 2016, no julgamento do HC 126.292, quando a Suprema Corte admitiu a execução provisória da pena como compatível com os preceitos constitucionais. Por fim, em 2019, ao julgar as Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC's) 43, 44 e 54, o STF retornou ao posicionamento garantista anterior, afirmando que a prisão antes do trânsito em julgado somente pode ocorrer mediante decisão cautelar fundamentada.

Essas mudanças revelam, mais do que divergências hermenêuticas, um protagonismo judicial em matéria penal que desafia os contornos tradicionais da função jurisdicional.

Além da prisão em segunda instância, outra questão que evidencia a atuação do STF no campo penal é a discussão em torno da possibilidade de execução imediata da pena imposta pelo Tribunal do Júri. O Tribunal do Júri, instituição democrática de participação popular na justiça, julga crimes dolosos contra a vida, e suas decisões são revestidas de soberania.

Recentemente, o STF, ao julgar o Recurso Extraordinário 1.235.340/RO (Tema 1.068), fixou a tese de que "A soberania dos veredictos do Tribunal do Júri autoriza a imediata execução de condenação imposta pelo corpo de jurados, independentemente do total da pena aplicada". Essa decisão, que se contrapõe ao entendimento firmado nas ADCs 43, 44 e 54, reacende o debate sobre os limites do ativismo judicial e seus reflexos na segurança jurídica e na presunção de inocência.

Diante desse cenário, o presente artigo analisa em que medida as alterações jurisprudenciais do STF sobre a prisão em segunda instância e a execução antecipada da pena no Tribunal do Júri configuram manifestações de ativismo judicial, bem como investiga os impactos dessa atuação para a segurança jurídica e para o princípio da presunção de inocência dentro do Estado Democrático de Direito brasileiro.

A análise dos desdobramentos do ativismo judicial no âmbito penal, com foco na prisão em segunda instância e na execução antecipada da pena no Tribunal do Júri, constitui o cerne deste artigo.

Busca-se, nesse sentido, evidenciar como as oscilações jurisprudenciais do STF podem impactar a segurança jurídica e o princípio da presunção de inocência, fundamentos essenciais do Estado

Democrático de Direito. Almeja-se, assim, contribuir para um debate qualificado sobre os limites da atuação do Poder Judiciário na esfera penal, com vistas a promover uma maior estabilidade e previsibilidade no sistema de justiça criminal.

Defende-se, em última análise, a necessidade de um equilíbrio entre a efetividade da persecução penal e o respeito aos direitos e garantias individuais, o que pode ser alcançado por meio de uma interpretação constitucional que prestigie a prisão após condenação em segunda instância, sem descuidar dos mecanismos de controle e revisão.

O presente trabalho se propõe a analisar criticamente a evolução da jurisprudência do STF sobre a prisão após condenação em segunda instância e a execução antecipada da pena no Tribunal do Júri. Busca-se compreender o fenômeno à luz do conceito de ativismo judicial e seus reflexos sobre o ordenamento jurídico brasileiro.

Para tanto, serão abordados os seguintes objetivos específicos: contextualizar o ativismo judicial no âmbito do neoconstitucionalismo e da hermenêutica constitucional; examinar os principais fundamentos das decisões proferidas pelo STF nos julgamentos de 2009, 2016 e 2019, bem como no recente Tema 1.068; avaliar os efeitos institucionais e sociais da instabilidade jurisprudencial sobre a prisão em segunda instância e a execução penal antecipada; e, por fim, refletir sobre os limites legítimos da atuação judicial diante dos direitos e garantias fundamentais.

A estrutura do artigo científico foi pensada para conduzir o leitor do plano conceitual ao plano prático. Após esta introdução, o Capítulo 2 abordará os fundamentos teóricos do ativismo judicial, distinguindo-o de fenômenos correlatos. O Capítulo 3 será dedicado à exposição e análise dos julgados do STF sobre a prisão em segunda instância, em ordem cronológica, e do Tema 1.068, que trata da prisão imediata no Tribunal do Júri. No Capítulo 4, será feita uma reflexão crítica sobre os limites do ativismo judicial à luz da separação dos poderes, da legitimidade democrática e da segurança jurídica. Por fim, o Capítulo 5 trará as considerações finais, com retomada das hipóteses, avaliação dos achados e sugestões de aprofundamento futuro.

Destarte, este trabalho não se propõe a esgotar o debate sobre o ativismo judicial, mas sim a contribuir com reflexões críticas que possam fomentar a construção de parâmetros mais claros para a atuação do Poder Judiciário em um Estado Democrático de Direito, comprometido com garantias e estabilidade normativa.

2. FUNDAMENTOS TEÓRICOS DO ATIVISMO JUDICIAL

A compreensão do Ativismo Judicial no contexto jurídico brasileiro demanda uma abordagem que considere não apenas a Teoria do Direito, mas também os marcos históricos e institucionais que moldaram a relação entre o Poder Judiciário, a Constituição Federal de 1988 e a sociedade.

Inicialmente, de acordo com os conceitos de Vanice Regina Lirio do Valle, depreende-se o ativismo judicial como:

a) a prática dedicada a desafiar atos de constitucionalidade defensável emanados de outros poderes; b) estratégia de não aplicação dos precedentes; c) conduta que permite aos juizes legislar "das salas das sessões"; d) afastamento dos cânones metodológicos de interpretação; e) julgamento para alcançar resultados pré-determinados. (VALLE, 2009, p. 21)

Historicamente, após a Segunda Guerra Mundial, consolidou-se uma nova ordem jurídica internacional, marcada pela centralidade dos direitos humanos, com a promulgação da Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948. Esse marco global influenciou a transformação dos textos constitucionais no sentido de garantir maior efetividade aos direitos fundamentais, fenômeno que seria posteriormente denominado neoconstitucionalismo. Sobre as bases desse novo paradigma, leciona Luís Roberto Barroso:

Em suma: o neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional, na acepção aqui desenvolvida, identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinalados, (i) como marco histórico, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como marco filosófico, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como marco teórico, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Desse conjunto de fenômenos resultou um processo extenso e pro fundo de constitucionalização do Direito. (BARROSO, 2006, p. 57)

Esse movimento teórico e prático atribuiu eficácia plena à Constituição, exigindo que todas as esferas de poder, inclusive o Judiciário, se voltassem à concretização dos direitos nela previstos. No Brasil, essa concepção foi acolhida de modo expressivo com a promulgação da Constituição de 1988, uma carta analítica, extensa, principiológica e profundamente comprometida com a dignidade da pessoa humana, a cidadania e os direitos sociais. Por sua natureza e conteúdo, a Constituição de 1988 exigiu um novo tipo de atuação do Judiciário, não mais limitado à subsunção rígida da lei ao caso concreto, mas como intérprete ativo dos valores constitucionais.

Essa mudança de paradigma ampliou a responsabilidade dos juizes, que passaram a ser convocados não apenas a aplicar normas, mas a promover justiça social por meio da interpretação constitucional. Um cenário que, se por um lado potencializa a efetivação de direitos, por outro, abre margem para o debate acerca do que se convencionou chamar de ativismo judicial.

A base para essa nova e ampliada responsabilidade judicial reside na própria natureza das normas constitucionais modernas, que, em consonância com Fábio Konder Comparato, são predominantemente principiológicas:

Ora, enquanto nas regras jurídicas o campo de aplicação é sempre delimitado, nos princípios ele nunca se define com precisão. O princípio representa, por conseguinte, o protótipo da norma aberta, aplicável a situações sociais que não podem nunca ser precisadas de antemão. E essa indeterminação de contornos dos princípios repercute, necessariamente, sobre o seu conteúdo normativo, que é sempre mais abstrato que o das regras jurídicas, cuja função precípua, aliás, consiste em concretizá-los. (COMPARATO, 2001, p. 65 e 66)

Nesse contexto de valorização da força normativa da Constituição, o ativismo judicial emerge como uma postura na qual o julgador, por meio de uma escolha interpretativa deliberada, parece ultrapassar os limites da mera aplicação do direito positivo, muitas vezes suprindo omissões do Legislativo, redefinindo políticas públicas ou mesmo reinterpretando o alcance de normas constitucionais em nome da efetivação de direitos ou de determinados fins sociais.

Segundo o historiador americano Schlesinger (1947), o termo ativismo judicial tem origem nos Estados Unidos, quando os Juizes da Supreme Court of the United States (Suprema Corte dos Estados Unidos) estariam decidindo com base em valores próprios, em vez de aplicar estritamente a Constituição e as leis, sendo passíveis de críticas provenientes do referido historiador.

No Brasil, a discussão em torno do tema ganhou força no século XXI, especialmente a partir da atuação do STF em decisões de forte impacto político e moral, como nos casos de união homoafetiva, criminalização da homofobia, interrupção da gestação em casos de anencefalia e, com particular relevância para este estudo, na execução provisória da pena após condenação em segunda instância e, nos crimes dolosos contra a vida, a execução imediata da pena após condenação pelo Tribunal do Júri.

A judicialização é um fenômeno natural e intrínseco do constitucionalismo contemporâneo, que atribui centralidade à Constituição e conduz os juizes a decidirem questões de alta relevância política. O ativismo judicial, contudo, seria uma modalidade específica de atuação dentro desse contexto mais amplo de judicialização, sendo definido como uma postura proativa e intencional do Poder Judiciário que, por meio de uma hermenêutica constitucional expansiva, supre a inércia dos órgãos de representação política.

Para aprofundar a conceitualização delimitada, recorre-se à lição seminal de Luis Roberto Barroso sobre o tema:

A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, freqüentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. (BARROSO, 2008)

Embora a judicialização seja um dado da realidade institucional, o ativismo representa uma postura decisória particular, cujos contornos e legitimidade são objeto de intenso debate.

Todavia, certo grau de ativismo pode ser necessário diante de inércias institucionais, especialmente em cenários onde a morosidade compromete a efetividade do sistema penal e a própria confiança social na justiça criminal. Ponderando sobre essa delicada função do Judiciário, o próprio Luís Roberto Barroso adverte sobre a natureza e os limites do ativismo judicial:

Uma nota final: o ativismo judicial, até aqui, tem sido parte da solução, e não do problema. Mas ele é um antibiótico poderoso, cujo uso deve ser eventual e controlado. Em dose excessiva, há risco de se morrer da cura. A expansão do Judiciário não deve desviar a atenção da real disfunção que afflige a democracia brasileira: a crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo. Precisamos de reforma política. E essa não pode ser feita por juizes. (BARROSO, 2008)

Em uma perspectiva crítica, a expansão do poder judicial representa um ponto de grande apreensão para a ordem constitucional, sobretudo no que se refere à legitimidade democrática e à separação de poderes. A raiz do problema reside na tentação que surge quando o juiz, diante de princípios constitucionais abertos e de baixa densidade normativa, assume para si um papel criativo que extrapola a função jurisdicional e, no processo, gera profunda insegurança jurídica. Nesse sentido, a lição de Ives Gandra Martins Filho é incisiva:

A tentação do julgador, de dar a maior efetividade aos princípios, quando estes possuem baixa densidade normativa, impondo obrigações concretas, extraídas exclusivamente dos princípios, quando inexistente preceito de lei que preveja a obrigação, é real e instigante. No entanto, tem gerado no sistema, uma proteção fictícia e uma insegurança jurídica que, a nosso ver, não compensam a supervalorização desses princípios. Essa tentação é a que melhor caracteriza o ativismo judiciário, ou seja, a tentação de um protagonismo maior do Poder Judiciário na conformação do ordenamento jurídico, que não se limita a interpretar e aplicar as leis, mas acaba por inovar no mundo jurídico, paralelamente ao legislador. (FILHO, 2018)

Complementando o raciocínio, o autor ainda ressalta que a impossibilidade de o juiz atuar como legislador deriva de sua própria posição institucional diferenciada dentro da república:

Como se vê, uma das tentações que mais atacam a magistratura neste início de século XXI, é a do ativismo judiciário, de se criar direito novo a partir da aplicação de princípios jurídicos insuficientemente positivados no ordenamento jurídico. Ora, justamente em face das garantias da vitaliciedade e inamovibilidade de que gozam os magistrados, dadas as características diferenciadas do Poder Judiciário em relação aos demais Poderes da República, é que não se confere ao juiz poder semelhante ao do legislador. (FILHO, 2018)

Essa visão sublinha a importância da judicial self-restraint (autocontenção judicial) como um ideal de deferência às instâncias democraticamente constituídas, reservando a intervenção mais incisiva para situações de clara e inequívoca violação constitucional.

No âmbito da execução penal, o ativismo judicial se manifesta com especial intensidade.

O art. 5º, LVII, da CRFB/88 estabelece que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Essa redação não surgiu por acaso, mas foi fruto de um contexto histórico de redemocratização e de resistência a práticas autoritárias do período autoritário. O legislador constituinte, ao adotar essa redação, quis dar máxima proteção ao direito de defesa, impedindo a execução da pena antes do encerramento definitivo do processo.

A partir de 2009, com o julgamento do HC 84.078, o STF passou a adotar esse entendimento de forma rígida, vedando a execução provisória da pena. Contudo, em 2016, no HC 126.292, a Corte mudou de posição, autorizando a execução da pena após a confirmação da condenação em segunda instância. Em 2019, ao julgar as ADCs 43, 44 e 54, o Tribunal retornou ao entendimento garantista, afirmando, novamente, a suposta inconstitucionalidade da execução provisória da pena.

No que tange ao Tribunal do Júri, o Supremo Tribunal Federal também tem desempenhado um papel ativo na definição dos contornos da execução penal. O Tema 1.068, decorrente do Recurso Extraordinário 1.235.340/RO, estabeleceu que a soberania dos veredictos do Júri autoriza a imediata execução da pena, independentemente do total da sanção aplicada. Essa decisão, proferida em 2024, alterou o panorama da execução penal para os crimes dolosos contra a vida, gerando debates sobre a mitigação da presunção de inocência e a necessidade de garantir a efetividade das decisões do Conselho de Sentença.

Essas oscilações jurisprudenciais revelam, de forma clara, o ativismo judicial como objeto de crítica e reflexão, compreendendo um embate sobre o próprio propósito da justiça criminal. A corrente que defende a execução provisória da pena argumenta que tal medida é um instrumento indispensável para conferir efetividade às decisões judiciais e para romper com um ciclo de impunidade.

Nessa perspectiva, a presunção de inocência, embora uma garantia fundamental, não deve ser interpretada de forma absoluta a ponto de paralisar o sistema, especialmente diante do uso de recursos com fins meramente protelatórios. Nesse sentido, o então Ministro do STF, Teori Zavascki, fundamentou:

Por fim, a mudança de entendimento também auxiliará na quebra do paradigma da impunidade. Como já se afirmou, no sistema penal brasileiro, a possibilidade de aguardar o trânsito em julgado do REsp e do RE em liberdade para apenas então iniciar a execução da pena tem enfraquecido demasiadamente a tutela dos bens jurídicos resguardados pelo direito penal e a própria confiança da sociedade na Justiça criminal. Ao evitar que a punição penal possa ser retardada por anos e mesmo décadas, restaura-se o sentimento social de eficácia da lei penal. Ainda, iniciando-se a execução da pena desde a decisão condenatória em segundo grau de jurisdição, evita-se que a morosidade processual possa conduzir à prescrição dos delitos. Desse modo, em linha com as legítimas demandas da sociedade por um direito penal sério (ainda que moderado), deve-se buscar privilegiar a interpretação que confira maior e não menor efetividade ao sistema processual penal. (ZAVASCKI, 2016)

A discussão sobre a execução penal no Brasil frequentemente se beneficia da análise do cenário internacional, onde a exigência do trânsito em julgado para o início do cumprimento da pena não é a regra predominante. Pelo contrário, em diversas democracias ocidentais, a prolação de uma decisão condenatória em segundo grau já é considerada marco suficiente para o início da execução. Observando o direito comparado, a então Ministra do STF Ellen Gracie (j. 6.09.2005) aduziu, no julgamento do HC 86.886, que em país nenhum do mundo, depois de observado o duplo grau de jurisdição, a execução de uma condenação fica suspensa aguardando o referendo da Suprema Corte.

Essa constatação é validada por um robusto estudo de direito comparado de autoria de Luiza Cristina Fonseca Frischeisen, Mônica Nicida Garcia e Fábio Gusman, estudo esse que foi amplamente utilizado no voto do Ministro Teori Zavascki no julgamento do HC 126.292. A referida pesquisa analisou os ordenamentos de nações como Estados Unidos, Canadá, Alemanha, Espanha, Argentina, França e Portugal, demonstrando que seus sistemas, em regra, autorizam a execução da sanção penal antes do esgotamento das instâncias extraordinárias, ainda que com diferentes modelos e particularidades (BRASIL, 2016).

Essa realidade evidencia que o modelo brasileiro, ao exigir o esgotamento de todos os recursos antes da execução da pena, se aproxima da exceção perante o cenário internacional. Portanto, a adoção da prisão após a condenação em segunda instância no Brasil pode ser vista como uma medida alinhada às práticas internacionais, visando à efetividade da justiça penal e à redução da impunidade.

A experiência comparada demonstra que é possível compatibilizar a proteção dos direitos fundamentais com a efetividade do sistema penal, um equilíbrio que, longe de ser estranho ao ordenamento pátrio, representou a prática jurisprudencial dominante no Brasil por mais de duas décadas após a Constituição de 1988. Como bem resgatado pelo Ministro do STF, Alexandre de Moraes:

Nos 30 anos de vigência da Constituição, a possibilidade de execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação foi amplamente majoritária em 23 anos. Promulgada a Constituição Federal, em 5 de outubro de 1988, a compatibilidade da execução provisória de decisão penal condenatória proferida em 2ª instância com o princípio da presunção de inocência foi afirmada pela primeira vez, em 29 de março de 1989, na 2ª Turma do STF, que, por unanimidade, entendeu inexistir efeito suspensivo no recurso extraordinário. Posteriormente, em 28 de junho de 1991, houve a primeira decisão do Plenário da Corte sobre a matéria, e, novamente, por unanimidade, o STF entendeu não conflitar com o art. 5º, inciso LVII, da Constituição a expedição de mandado de prisão para o início da execução provisória da pena, pois exauridas estão as instâncias ordinárias criminais. (MORAES, 2020)

Para tanto, compreender o ativismo judicial exige considerar os fundamentos do constitucionalismo moderno, os limites da interpretação judicial, a legitimidade democrática dos poderes e, principalmente, a preservação das garantias fundamentais. A atuação do STF no caso da prisão em segunda instância é um exemplo concreto da tensão entre o protagonismo judicial e os valores constitucionais.

O desafio, conseqüentemente, não reside em eliminar por completo o dinamismo interpretativo, mas em analisar criticamente suas manifestações e debater critérios para a avaliação de seus limites, garantindo que a atuação judicial respeite os marcos constitucionais e a separação de poderes, ao mesmo tempo em que contribua, com prudência e previsibilidade, para a concretização da justiça penal e da confiança institucional. A análise subsequente das decisões paradigmáticas do STF buscará justamente dissecar como, por quais motivos e com quais conseqüências esse fenômeno se manifestou no sensível tema da execução penal antecipada.

3. A EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL DO STF SOBRE A PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA

A trajetória da jurisprudência do STF acerca da execução antecipada da pena é um dos exemplos mais eloquentes das tensões inerentes à interpretação constitucional, à efetividade do sistema penal e aos limites da atuação judicial.

As decisões proferidas pela Corte ao longo das últimas décadas não apenas refletem diferentes compreensões sobre o princípio da presunção de inocência, mas também expõem as diversas facetas do que se convencionou denominar ativismo judicial, bem como de posturas de autocontenção.

3.1. Habeas Corpus 84.078/MG: O Marco do Garantismo e a Afirmação da Presunção de Inocência como Regra de Tratamento

O julgamento do HC 84.078/MG, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 5 de fevereiro de 2009, representa um divisor de águas na jurisprudência brasileira concernente à execução penal. Este julgado não apenas consolidou o entendimento de que a prisão só poderia ocorrer após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, mas também expôs, de forma contundente, as

diferentes concepções sobre o princípio da presunção de inocência e os limites da atuação judicial, elementos centrais para a compreensão do fenômeno do ativismo judicial ou, neste caso específico, da sua antítese, a autocontenção na seara penal.

O caso concreto envolvia Omar Coelho Vitor, denunciado e levado a julgamento pelo Tribunal do Júri da Comarca de Passos, Minas Gerais, pela prática de tentativa de homicídio qualificado. Após um primeiro julgamento que resultou em condenação por homicídio privilegiado, um recurso do Ministério Público levou à realização de novo Júri, no qual o paciente foi condenado a uma pena mais severa, de 7 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, posteriormente ajustado pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJ/MG) no julgamento da apelação da defesa. Contra essa decisão, a defesa interpôs Recurso Especial (REsp) e Recurso Extraordinário (RE). Antes mesmo da admissão do REsp, o Ministério Público local requereu a prisão preventiva do paciente, alegando um suposto intento de evasão evidenciado pela venda de bens. A prisão foi decretada. Impetrado habeas corpus perante o Superior Tribunal de Justiça (STJ), a ordem foi denegada sob o fundamento de que o princípio constitucional da não-culpabilidade não inibe a constrição do status libertatis do réu com condenação confirmada em segundo grau, porquanto os recursos especial e extraordinário são, em regra, desprovidos de efeito suspensivo" (BRASIL, 2008).

Chegando ao STF, o writ inicialmente questionava os fundamentos da prisão cautelar. Contudo, como assinalado pelo Ministro Relator, Eros Grau, a questão transmutou-se após a concessão de medida liminar pelo então relator, Ministro Nelson Jobim, que afastara os fundamentos da prisão preventiva. Assim, o encarceramento passou a ostentar "contornos de execução antecipada da pena" (BRASIL, 2008). Dada a relevância e a divergência entre as Turmas, a matéria foi afetada ao Plenário, centrando-se o debate na (in)constitucionalidade da execução da pena antes do trânsito em julgado da condenação.

A maioria formada no julgamento do HC 84.078/MG optou por uma interpretação literal e enfática do art. 5º, inciso LVII, da CRFB/88. Essa postura, como será analisado, alinha-se com o conceito de autocontenção judicial discutido no Capítulo 2, no qual o Tribunal se abstém de realizar interpretações extensivas ou flexibilizadoras de garantias fundamentais em prol de outros interesses, ainda que relevantes, como a celeridade ou a efetividade penal.

O voto condutor do Ministro Eros Grau foi paradigmático nesse sentido. Sua Excelência principiou por assentar que a Lei de Execução Penal (LEP - Lei nº 7.210/84), ao condicionar a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória, art. 105 do referido diploma legal, não apenas se adequava à ordem constitucional inaugurada em 1988, mas também superava o quanto disposto no art. 637 do Código de Processo Penal (CPP), que previa a baixa dos autos para execução após o julgamento dos recursos ordinários.

Para o Ministro Relator, a clareza do dispositivo constitucional era insofismável:

Quem lê texto constitucional em juízo perfeito sabe que a Constituição assegura que nem a lei, nem qualquer decisão judicial imponham ao réu alguma sanção antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Não me parece possível, salvo se for negado préstimo à Constituição, qualquer conclusão adversa ao que dispõe o inciso LVII do seu artigo 5º. (BRASIL, 2008)

Qualquer interpretação diversa seria conflituosa com a Lei Maior. Essa aderência estrita ao texto constitucional, em detrimento de considerações pragmáticas ou de política criminal, é uma característica marcante da autocontenção.

Ademais, o Ministro Eros Grau rechaçou os argumentos de que a vedação à execução antecipada congestionaria os tribunais superiores com recursos protelatórios, classificando tal preocupação como uma indesejável "jurisprudência defensiva" (BRASIL, 2008). afirmou categoricamente "A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço" (BRASIL, 2008).

Argumentou, ainda, que a prisão antes do trânsito em julgado somente poderia ser admitida na medida em que apresentasse natureza cautelar e não como antecipação de pena. A ampla defesa, segundo o Ministro "engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária" (BRASIL, 2008), e a execução da sentença após o julgamento da apelação configuraria "restrição do direito de defesa" (BRASIL, 2008).

Nessa linha de pensamento, assevera Fernando da Costa Tourinho Filho:

[...] enquanto não definitivamente condenado, presume-se o réu inocente. Sendo este presumidamente inocente, sua prisão, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, somente poderá ser admitida a título de cautela. (FILHO, 1992, P. 63)

No mesmo sentido, leciona Rogério Lauria Tucci:

O acusado, como tal, somente poderá ter sua prisão provisória decretada quando esta assuma natureza cautelar, ou seja, nos casos de prisão em flagrante, de prisão temporária, ou de prisão preventiva. (TUCCI, 2004, p. 281)

Um dos pontos altos de sua fundamentação foi a analogia com o decidido no RE 482.006, onde o STF, por unanimidade, considerou inconstitucional a redução de vencimentos de servidores públicos que respondiam a processo penal, por configurar antecipação de pena. O Ministro Eros questionou como a Corte:

Ora, a Corte que vigorosamente prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade certamente não o negará quando se trate da garantia da liberdade. Não poderá ser senão assim, salvo a hipótese de entender-se que a Constituição está plenamente a serviço da defesa da propriedade, mas nem tanto da liberdade... Afinal de contas a propriedade tem mais a ver com as elites; a ameaça às liberdades alcança de modo efetivo as classes subalternas. (BRASIL, 2008).

Por fim, ressaltou a dignidade da pessoa humana, afirmando que "mesmo os criminosos são sujeitos de direitos" (BRASIL, 2008) e não podem ser excluídos socialmente sem a apuração plena da infração, o que só ocorre com o trânsito em julgado.

Esta linha argumentativa reforça a postura de autocontenção, ao não vislumbrar uma lacuna de proteção social que demandasse uma interpretação criativa ou flexibilizadora da Constituição.

O Ministro Celso de Mello, decano da Corte, proferiu voto extenso, sublinhando que "o postulado constitucional da presunção de inocência impede que o Estado trate, como se culpado fosse, aquele que ainda não sofreu condenação penal irrecorrível" (BRASIL, 2008). Para Sua Excelência, essa presunção "não se esvazia progressivamente, à medida em que se sucedem os graus de jurisdição" (BRASIL, 2008), subsistindo intacta até o advento da coisa julgada.

O referido Ministro Celso de Mello considerou a execução antecipada incompatível com o ordenamento jurídico pátrio e com as declarações internacionais de direitos humanos, representando uma "preocupante inflexão hermenêutica, de perfil nitidamente conservador e regressista" (BRASIL, 2008). A defesa intransigente da literalidade e da força normativa da garantia fundamental, sem ceder a argumentos consequencialistas, é a marca de uma jurisdição que se vê primariamente como guardiã dos direitos individuais frente ao poder estatal.

A decisão majoritária, portanto, ao privilegiar a interpretação literal do art. 5º, LVII, da CRFB/88, e ao reafirmar a LEP como o diploma regente em matéria de execução penal, em detrimento de disposições anteriores do CPP, pode ser caracterizada como um ato de autocontenção judicial. A Corte optou por não exercer um papel criativo na conformação do princípio da presunção de inocência, mas sim por aplicar o que entendeu ser o comando constitucional e legal expresso, reforçando a segurança jurídica e a previsibilidade na aplicação de uma garantia fundamental.

Embora minoritária, a divergência inaugurada pelo Ministro Menezes Direito apresentou argumentos relevantes, fincados em uma tradição jurisprudencial anterior da Corte e em preocupações com a efetividade do sistema penal. Sua Excelência defendeu a manutenção da orientação histórica do STF que admitia a execução provisória da pena, sustentando que o inciso LVII do art. 5º da CRFB/88 "não pode ser equiparada a uma vedação da privação da liberdade antes do julgamento dos recursos extraordinário e especial" (BRASIL, 2008), uma vez que tais recursos não reexaminam matéria de fato, cujo esgotamento ocorreria nas instâncias ordinárias.

Para o Ministro Menezes Direito, a ausência de efeito suspensivo dos recursos excepcionais (conforme art. 637 do CPP) legitimaria o início da execução. Questionou a coerência de se admitir a prisão cautelar, baseada em cognição sumária, e não a execução da pena após um juízo exauriente nas instâncias ordinárias. Citou, ainda, a prática de outros países reconhecidamente liberais, como Estados Unidos, Canadá e França, que admitiriam a prisão na pendência de recurso.

A preocupação com o "tensionamento entre os direitos fundamentais do réu-processado [...] e o direito fundamental da sociedade à garantia de proteção" (BRASIL, 2008), bem como com a necessidade de evitar a impunidade decorrente da "multiplicidade de recursos que nossa generosa legislação processual permite" (BRASIL, 2008), permeou seu voto. Essa linha argumentativa, que busca ponderar a presunção de inocência com a efetividade da justiça penal e a resposta social ao crime, embora não tenha prevalecido, expõe o dilema que continuaria a desafiar o Tribunal nos anos seguintes.

A análise da posição minoritária, sob a ótica da teoria do ativismo judicial, é complexa. Se por um lado ela se apegava a uma tradição jurisprudencial e à legislação infraconstitucional que não confere efeito suspensivo aos recursos excepcionais, por outro, a interpretação que propõe para o art. 5º, LVII, da CRFB/88, poderia ser vista como uma flexibilização de uma garantia em nome da efetividade penal.

Do ponto de vista defensor da literalidade do texto constitucional como um limite claro, a postura da maioria, qualquer interpretação que relativize essa literalidade para alcançar fins de política criminal poderia ser vista como uma forma de ativismo. Contudo, a postura minoritária buscou fundamentar-se na própria lógica do sistema recursal e em uma ponderação de valores que consideravam legítima.

3.2. Habeas Corpus 126.292/SP: A Mitigação da Presunção de Inocência e a Execução Antecipada da Pena

Sete anos após a consolidação do entendimento garantista no HC 84.078/MG, o STF, em 17 de fevereiro de 2016, ao julgar o HC 126.292/SP, sob a relatoria do Ministro Teori Zavascki, promoveu uma drástica inflexão em sua jurisprudência. Por maioria de votos, 7 a 4, a Corte passou a admitir a possibilidade de início da execução da pena condenatória após a confirmação da sentença em segundo grau de jurisdição, mesmo que pendentes recursos especial ou extraordinário.

O Brasil, no início de 2016, atravessava um período de particular efervescência social e política. A Operação Lava Jato, deflagrada em 2014, ganhava cada vez mais proeminência, expondo complexos esquemas de corrupção e gerando um intenso clamor público por punição e pelo fim da impunidade, especialmente em relação aos chamados crimes de colarinho branco. A percepção de que o intrincado sistema recursal brasileiro beneficiava réus com maior poder aquisitivo, permitindo-lhes procrastinar indefinidamente o cumprimento de suas penas até a ocorrência da prescrição, era um sentimento largamente difundido e explorado no debate público. Aprofundando a reflexão sobre essa morosidade, a doutrina aponta que tal característica pode não ser um defeito, mas uma escolha estrutural do próprio modelo processual, que historicamente privilegiou a segurança em detrimento da efetividade. Sobre essa tensão fundamental, observa o autor Ovidio Araújo Baptista da Silva:

Um ponto que não preocupa aqueles que se angustiam com os atuais problemas da administração da justiça é saber se a celeridade processual fora realmente concebida como um objetivo desejado pelo sistema. Ou seja, ainda não se demonstrou que nosso sistema processual fora programado para andar rápido. Ao contrário, ao priorizar o valor segurança, inspirada em juízos de certeza, como uma imposição das filosofias liberais do iluminismo, o sistema renunciou à busca de efetividade que nossas circunstâncias identificam com celeridade, capaz de atender às solicitações de nossa apressada civilização pós-moderna. (SILVA, 2008. p. 4)

O HC 126.292/SP foi impetrado em favor de Márcio Rodrigues Dantas, condenado em primeira instância pela prática do crime de roubo majorado a 5 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial fechado, tendo-lhe sido concedido o direito de recorrer em liberdade. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ao negar provimento à apelação da defesa, determinou a expedição de mandado de prisão. Contra essa ordem, a defesa impetrou habeas corpus no STJ, onde o pedido de liminar foi indeferido.

No STF, a impetração alegava que a determinação de prisão, sem trânsito em julgado e sem motivação cautelar específica, afrontava a jurisprudência então consolidada no HC 84.078/MG. O Ministro Teori Zavascki, relator, inicialmente deferiu a liminar para suspender a ordem de prisão, mas submeteu o mérito ao Plenário, propondo uma reanálise da questão de fundo.

A mudança de orientação no HC 126.292/SP foi fundamentada em uma extensa ponderação de valores, na reinterpretção do alcance do princípio da presunção de inocência e em considerações sobre a funcionalidade do sistema de justiça. A postura da nova maioria pode ser analisada sob a ótica de uma tentativa de conferir maior efetividade à jurisdição penal, buscando um equilíbrio com as garantias individuais, o que poderia tangenciar um ativismo judicial corretivo ou evolutivo, assim como uma legítima mutação constitucional impulsionada pelas realidades fáticas e sociais.

O Ministro Relator, Teori Zavascki, iniciou seu voto reconhecendo o entendimento firmado no HC 84.078/MG, mas propôs sua superação. Argumentou que a execução provisória da pena após condenação em segundo grau "não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal" (BRASIL, 2016).

Sua Excelência Teori Zavascki defendeu que, após o julgamento em segunda instância, exaure-se o exame de fatos e provas, e os recursos de natureza extraordinária (especial e extraordinário) não se prestam a essa rediscussão, limitando-se à matéria de direito. Assim, "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).

O Ministro Zavascki também invocou a legislação infraconstitucional que não confere efeito suspensivo aos recursos excepcionais e o baixíssimo índice de provimento de recursos extraordinários em matéria criminal que resultassem em absolvição. Para ele, a jurisprudência anterior acabava por incentivar a interposição de recursos protelatórios, visando à prescrição. A retomada da jurisprudência tradicional, anterior a 2009, seria um "mecanismo legítimo de harmonizar o princípio da presunção de inocência com o da efetividade da função jurisdicional do Estado" (BRASIL, 2016).

O Ministro Edson Fachin, acompanhando o relator, ressaltou o papel do STF como guardião da Constituição, cujo exercício se dá pela formulação de teses jurídicas. Defendeu que a regra do art. 5º, LVII, da CRFB/88, não pode ser interpretada com apego à literalidade de forma a impedir a execução penal antes da última palavra dos Tribunais Superiores.

Nenhuma norma constitucional, segundo Fachin, deve ser vista como um "super princípio" (BRASIL, 2016) a ofuscar outras normas igualmente relevantes, como a duração razoável do processo e a soberania dos veredictos do Tribunal do Júri. A interpretação que exige o trânsito em julgado final para a execução transforma o STF e o STJ em "terceiras ou quartas instâncias" (BRASIL, 2016), o que não condiz com seu desenho constitucional como cortes de teses e não de revisão de injustiças do caso concreto.

O Ministro Luís Roberto Barroso apresentou voto extenso, com fundamentos jurídicos e pragmáticos. Juridicamente, argumentou que: (i) a Constituição não condiciona a prisão, mas sim a culpabilidade, ao trânsito em julgado; (ii) a presunção de inocência é um princípio, sujeito à ponderação, e seu peso diminui após a condenação em segundo grau, quando confrontado com o interesse na efetividade da lei penal; e (iii) com o acórdão em apelação, esgotam-se as instâncias ordinárias, e a execução da pena passa a ser uma exigência de ordem pública para assegurar a credibilidade do Judiciário.

Pragmaticamente, o Ministro Barroso elencou que a execução após a segunda instância: (i) torna o sistema mais funcional, coibindo recursos protelatórios; (ii) diminui a seletividade penal e reduz incentivos à criminalidade de colarinho branco; e (iii) promove a quebra do paradigma da impunidade, evitando prescrições.

Sua Excelência, Barroso, classificou a mudança de entendimento como um caso de mutação constitucional, onde "a alteração na compreensão da realidade social altera o próprio significado do Direito" (BRASIL, 2016). afirmou que "a impossibilidade de execução da pena após o julgamento final pelas instâncias ordinárias produziu três consequências muito negativas para o sistema de justiça criminal" (BRASIL, 2016), citando o incentivo a recursos protelatórios, o reforço à seletividade penal e o descrédito do sistema junto à sociedade.

O Ministro Luiz Fux considerou a interpretação anterior uma "deformação eloquente da presunção de não culpabilidade" (BRASIL, 2016), pois não corresponde à expectativa social que um réu condenado em múltiplas instâncias ainda seja presumidamente inocente. Assim é positivado na Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, sobre a presunção de inocência, demonstrando que esta não se confunde com o trânsito em julgado:

Art. XI, I. Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948)

Sua Excelência, Fux, ainda mencionou a teoria da "coisa julgada em capítulos" (BRASIL, 2016), defendendo que a matéria fático-probatória, exaurida nas instâncias ordinárias, torna-se imutável, justificando a execução da pena. Fux também criticou a incongruência social gerada pela demora, citando a Professora Patrícia Perrone Campos Mello sobre a incompatibilidade entre normas jurídicas e standards social:

A incongruência social alude a uma relação de incompatibilidade entre as normas jurídicas e os standards sociais; corresponde a um vínculo negativo entre as decisões judiciais e as expectativas dos cidadãos. (MELLO, 2008, p. 237)

O Ministro Gilmar Mendes, que votou com a maioria no HC 84.078/MG, promoveu uma revisão de seu posicionamento. Justificou sua mudança citando a singularidade do sistema recursal brasileiro, que permite a interposição de inúmeros recursos com intuito protelatório, resultando em impunidade e prescrição de crimes graves.

Sua Excelência, Gilmar Mendes, citou casos emblemáticos, como o dos auditores fiscais do trabalho em Unai e o de Pimenta Neves, onde condenações a penas altíssimas não foram executadas por anos devido à protelação recursal, gerando "algo incompreensível para o senso comum, mas também para o senso técnico" (BRASIL, 2016).

Também foi mencionado, em sede de debate entre o Ministro Gilmar Mendes e o Ministro Barroso, no plenário da Suprema Corte, a inversão lógica de um sistema que, por não punir no final, acaba por prender excessivamente no início (prisões provisórias), gerando um excesso de prisões provisórias.

A argumentação da maioria, portanto, ao promover uma releitura do art. 5º, LVII, da CRFB/88, enfatizando a exaustão da análise fático-probatória nas instâncias ordinárias e a natureza excepcional dos recursos aos tribunais superiores, buscou conciliar a presunção de inocência com a necessidade de um sistema penal mais efetivo e célere.

Essa postura, ao reverter um precedente firmado com base em uma interpretação mais literal da Carta Magna, pode ser vista como uma forma de ativismo judicial responsivo às demandas sociais por maior accountability (responsabilização) e à percepção de disfuncionalidades no sistema.

Os votos vencidos, proferidos pelos Ministros Rosa Weber, Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski, mantiveram-se fiéis ao entendimento consagrado no HC 84.078/MG, enfatizando a literalidade do art. 5º, LVII, da CF, e a importância da segurança jurídica.

O HC 126.292/SP, ao permitir a execução antecipada da pena, reacendeu o debate sobre os caminhos da jurisdição constitucional brasileira e o ténue equilíbrio entre garantias individuais e a efetividade da justiça. A decisão representou um avanço necessário, corrigindo uma interpretação excessivamente restritiva de um princípio constitucional em favor de uma visão mais sistêmica e pragmática, sem que isso configure, necessariamente, um ativismo judicial que desprezite os fundamentos da Carta Magna, mas sim uma readequação interpretativa frente aos desafios contemporâneos.

3.3. O Retorno ao Garantismo Literal: As Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43, 44 e 54

Em uma nova e significativa alteração de seu entendimento, mais uma vez, o STF, ao julgar conjuntamente as ADC's 43, 44 e 54, em 07 de novembro de 2019, reverteu a orientação firmada no HC 126.292/SP. Por maioria de 6 votos a 5, a Corte declarou a constitucionalidade do art. 283 do CPP, restabelecendo a tese de que a execução da pena privativa de liberdade só pode ser iniciada após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, ressalvadas as hipóteses de prisão cautelar.

As ADC's foram propostas por diferentes atores: a ADC 43 pelo Partido Ecológico Nacional (PEN, atual Patriota), a ADC 44 pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), e a ADC 54 pelo Partido Comunista do Brasil (PCdoB) e pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT).

O objeto central das três ações era a declaração de constitucionalidade do art. 283 do CPP, cuja redação foi dada pelo Pacote Anticrime, a Lei nº 13.964, assim asseverando:

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

A procedência das ações implicaria, necessariamente, a superação do entendimento que permitia a execução antecipada da pena.

A maioria formada no julgamento das ADC's 43, 44 e 54, conduzida pelo voto do Ministro Relator Marco Aurélio, fundamentou-se predominantemente na interpretação literal do art. 5º, LVII, da CRFB/88, e na sua correspondência com o texto do artigo 283 do CPP.

Esta postura evidencia um retorno ao formalismo ultra garantista e a uma forma de autocontenção judicial, onde a Corte se curva ao texto legal e constitucional, resistindo a interpretações que busquem adaptá-lo a finalidades pragmáticas da seara jurídico-criminal.

O Ministro Marco Aurélio, em seus votos nas ADC's, nas quais os argumentos são reiterados, defendeu consistentemente que a presunção de inocência, como direito fundamental, não comporta mitigações que permitam a execução da pena antes do trânsito em julgado.

Sua excelência, Marco Aurélio, sustentou que o texto constitucional é claro e que a expressão trânsito em julgado possui significado técnico preciso, não passível de interpretações que antecipem os efeitos da condenação definitiva para um momento anterior. Para o relator, a execução da pena antes desse marco temporal configuraria uma execução antecipada da pena, sem ter-se a culpa devidamente formada, conforme já havia expressado em votos anteriores, como no HC 126.292/SP.

A principal linha argumentativa da maioria vencedora centrou-se na ideia de que o art. 283 do CPP reproduziu, em nível infraconstitucional, o comando expresso do art. 5º, LVII, da CRFB/88.

Qualquer entendimento que admitisse a execução da pena antes do trânsito em julgado, fora das hipóteses de prisão cautelar (preventiva ou temporária), seria uma afronta direta à Constituição e à vontade do legislador ordinário.

A maioria dos ministros que formaram essa corrente, incluindo, além do relator, os Ministros Rosa Weber, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes, que mudou o seu voto pela segunda vez sobre a matéria, Celso de Mello e Dias Toffoli, este último apresentando o voto de minerva que definiu o resultado, enfatizou que a presunção de inocência seria uma garantia fundamental do cidadão e um pilar do Estado Democrático de Direito, não podendo ser mitigada por interpretações judiciais que visem à antecipação da punição.

Essa decisão, portanto, reflete uma postura de autocontenção por parte da maioria do STF, que se apegou à interpretação mais restritiva e literal da norma constitucional e legal, em linha com o que fora decidido no HC 84.078/MG. A Corte afastou a ideia de uma "mutação constitucional" ou de uma ponderação de princípios que permitisse a execução antecipada, priorizando a clareza do texto e a proteção da liberdade individual até a última instância recursal.

Os ministros vencidos, Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Cármen Lúcia e Alexandre de Moraes, este último tendo sucedido o Min. Teori Zavascki e mantendo a linha de seu antecessor, reafirmaram os fundamentos apresentados no julgamento do HC 126.292/SP.

A decisão majoritária proferida nas ADC's 43, 44 e 54, ao restabelecer a exigência do trânsito em julgado para o início da execução da pena, reflete uma clara postura de autocontenção judicial. Ao priorizar a literalidade do art. 5º, LVII, da CRFB/88 e do art. 283 do CPP, o STF optou por uma interpretação que afastasse uma hermenêutica que buscasse, por via judicial, outros fins de política criminal.

Para a presente análise, que defende a execução da pena após condenação em segunda instância com um mecanismo legítimo, a decisão nas ADC's suscita uma reflexão sobre a aparente tensão entre a forma da atuação judicial e o resultado prático alcançado. Se, por um lado, a metodologia adotada pela maioria e o respeito à dicção literal da norma podem ser vistos como um freio à discricionariedade judicial, por outro lado, o impedimento da execução penal após o segundo grau retoma preocupações com a efetividade do sistema de justiça criminal, que haviam sido centrais na argumentação do HC 126.292/SP.

Assim, embora a decisão das ADC's possa ser compreendida como um exercício de autocontenção e respeito à legalidade estrita, ela não soluciona os desafios práticos da persecução penal no Brasil.

A busca por um equilíbrio entre as garantias fundamentais e a efetividade da justiça, incluindo a viabilização da execução penal após a confirmação da condenação por colegiado, permanece como um debate crucial, cujas soluções podem demandar discussões no âmbito legislativo, de modo a conciliar a proteção constitucional com os anseios sociais por uma justiça mais célere e eficaz, sem que se recorra a interpretações judiciais que possam ser percebidas como substitutivas da vontade do legislador constituinte ou ordinário.

4. O TRIBUNAL DO JÚRI E A SOBERANIA DOS VEREDICTOS: A EXECUÇÃO IMEDIATA DA PENA NO TEMA 1.068 (RE 1.235.340/SC)

Em um cenário jurídico marcado pela recente reafirmação da necessidade do trânsito em julgado para o início da execução penal (ADC's 43, 44 e 54), o STF foi instado a se pronunciar sobre uma questão específica, mas de profunda relevância: a possibilidade de execução imediata da condenação imposta pelo Tribunal do Júri. O julgamento do Recurso Extraordinário 1.235.340/SC, sob a sistemática da repercussão geral, o Tema 1.068, trouxe novos contornos ao debate, fundamentando-se em um princípio constitucional distinto: a soberania dos veredictos (art. 5º, XXXVIII, 'c', da CRFB/88).

Esta decisão é particularmente importante para a presente análise, pois permite um contraponto metodológico com a discussão mais ampla da prisão em segunda instância, evidenciando como diferentes balizas constitucionais podem justificar distintas abordagens sobre a execução da pena e o papel da jurisdição constitucional.

O Recurso Extraordinário em questão discutia precisamente se, em face da referida soberania, a condenação imposta pelo Conselho de Sentença poderia ser executada de imediato,

independentemente do esgotamento dos recursos e do quantum da pena aplicada. A tese fixada pela Corte no Tema 1.068 foi: "A soberania dos veredictos do Tribunal do Júri autoriza a imediata execução de condenação imposta pelo corpo de jurados, independentemente do total da pena aplicada".

A posição majoritária, conduzida pelo voto do Ministro Relator Luís Roberto Barroso, buscou analisar a situação das condenações pelo Tribunal do Júri e da regra geral aplicável aos demais crimes.

O cerne da argumentação residiu na interpretação do art. 5º, XXXVIII, 'c', da CRFB/88, que assegura a soberania dos veredictos. Para a maioria, essa soberania confere um status especial às decisões dos jurados sobre o mérito da acusação (a existência do crime e a autoria), tornando-as, em princípio, imutáveis quanto à definição da culpa, salvo hipóteses restritas de anulação do julgamento por vícios processuais ou decisão manifestamente contrária à prova dos autos, sem que isso implique uma substituição do mérito do veredicto por uma decisão de tribunal togado.

Nessa linha, a execução imediata da pena imposta pelo Júri não representaria uma afronta ao princípio da presunção de inocência, mas uma consequência da soberania dos veredictos.

Argumentou-se que, uma vez proferido o veredicto condenatório pelos jurados, representantes da sociedade na justiça para crimes dolosos contra a vida, a formação da culpa estaria consolidada de maneira robusta, autorizando o início do cumprimento da pena, ainda que recursos de natureza técnica pudessem estar pendentes.

Esta interpretação busca dar máxima efetividade ao comando constitucional específico do Júri. O Ministro Barroso, em seu voto, enfatizou que a soberania dos veredictos implica um grau de definitividade da decisão popular que justifica o tratamento diferenciado quanto ao início da execução da pena. A decisão da maioria, portanto, buscou alicerçar-se em um princípio constitucional pré-estabelecido e específico para os casos de Júri, o que, na perspectiva da presente monografia, poderia distinguir essa postura de um ativismo que reinterpreta cláusulas gerais de forma mais ampla.

A decisão no Tema 1.068, ao permitir a execução imediata da pena para condenações do Tribunal do Júri, oferece um contraponto metodológico valioso à análise das oscilações sobre a prisão em segunda instância. Enquanto as ADC's 43, 44 e 54 restabeleceram a regra do trânsito em julgado com base numa interpretação literal do princípio geral da presunção de inocência, caracterizando uma postura de autocontenção judicial frente à clareza textual, o Tema 1.068 adota uma solução distinta ao invocar a especificidade de outro princípio constitucional: a soberania dos veredictos.

Para este trabalho, que sustenta uma crítica ao ativismo judicial não fundamentado em princípios constitucionais claros e defende a execução da pena após a condenação em segunda instância, a decisão sobre o Júri pode ser interpretada como uma tentativa da Corte de encontrar um fundamento constitucional específico para permitir a execução imediata em certos casos, revisando indiretamente o mérito das ADC's. A coerência dessa diferenciação é um ponto central para a análise crítica.

Se a soberania dos veredictos é um princípio constitucional pré-estabelecido que justifica a execução imediata, a questão que se coloca é se essa especificidade é suficiente para afastar a incidência da regra geral da presunção de inocência até o trânsito em julgado, conforme reafirmada nas ADC's. A argumentação majoritária no Tema 1.068 sugere que sim, tratando a soberania dos veredictos como uma norma constitucional que excepciona ou qualifica a aplicação da presunção de inocência para os crimes dolosos contra a vida. Esta abordagem, ao se ancorar em um

dispositivo constitucional específico, pode ser vista como um exercício interpretativo que busca limites e fundamentos no próprio texto constitucional, diferentemente de uma alteração jurisprudencial que se baseie predominantemente em ponderações mais fluidas de princípios gerais.

A comparação entre o tratamento dado à execução penal no âmbito do Júri e nas demais instâncias criminais enriquece a discussão sobre o ativismo e a autocontenção. Demonstra como a interpretação de diferentes cláusulas constitucionais pode levar a regimes distintos de execução penal e permite questionar se tal diferenciação é sistemicamente harmônica ou se cria tensões dentro do ordenamento. Para quem defenda a execução após o segundo grau de forma mais ampla, a solução do Tema 1.068 pode parecer um passo positivo em termos de efetividade. A análise crítica, portanto, deve ponderar se a especificidade do Júri é um fundamento robusto e coerente para essa distinção, ou se a busca por efetividade penal demandaria, soluções legislativas mais abrangentes que revisitem o alcance da presunção de inocência de forma sistêmica, e não por meio de interpretações judiciais que podem gerar regimes diferenciados e potencialmente questionáveis quanto à isonomia.

5. ANÁLISE CRÍTICA: ATIVISMO JUDICIAL, SEGURANÇA JURÍDICA E PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

A trajetória da jurisprudência do STF acerca da execução antecipada da pena, dissecada nos capítulos anteriores, convoca a uma análise crítica mais aprofundada sobre os fundamentos e os limites da atuação judicial no Estado Democrático de Direito. As sucessivas alterações de entendimento, que ora penduraram para um ultra garantismo (HC 84.078/MG e ADCs 43, 44 e 54), ora para uma flexibilização em nome da efetividade penal (HC 126.292/SP), e ainda para soluções específicas como no Tema 1.068 referente ao Tribunal do Júri, não apenas geraram profunda insegurança jurídica, mas também expuseram as complexas intersecções entre ativismo judicial, autocontenção e a interpretação de direitos fundamentais e cláusulas pétreas.

Este capítulo visa confrontar essas posturas com os princípios basilares da ordem constitucional, refletindo sobre a legitimidade e as consequências de tais oscilações, e propondo uma perspectiva crítica alinhada à tese central deste trabalho.

A discussão sobre os limites legítimos da atuação judicial diante de cláusulas pétreas e direitos fundamentais é central. O princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII, CRFB/88) é, inegavelmente, um direito fundamental e, para muitos, ostenta natureza de cláusula pétrea em sua essência protetiva.

A questão central reside em definir o que seriam "princípios constitucionais pré-estabelecidos" capazes de balizar a interpretação judicial. Seriam eles apenas o texto literal da Constituição, como sustentado nas decisões de 2009 e 2019 que vedaram a execução antecipada? Ou poderiam abranger uma interpretação sistêmica que considere outros valores constitucionais igualmente relevantes, como a efetividade da jurisdição penal decorrente do dever estatal de segurança (art. 144 da CRFB/88), a razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, da CRFB/88) e a própria contraprestação da jurisdição estatal?

A postura de autocontenção, adotada no HC 84.078/MG e nas ADC's, ao privilegiar a literalidade do art. 5º, LVII, CRFB/88, e do art. 283 do CPP, demonstrou um apego formal à segurança jurídica derivada da clareza textual. Contudo, tal postura, ao isolar um princípio, pode gerar uma proteção deficiente de outros bens jurídicos constitucionais, como a proteção da sociedade e a credibilidade do sistema de justiça.

Por outro lado, a decisão no HC 126.292/SP, ao permitir a execução antecipada, foi taxada de ativista por romper com o precedente e reinterpretar o alcance da presunção de inocência. No entanto, é imperativo questionar se toda alteração jurisprudencial que busque maior efetividade ou que se alinhe a novas compreensões sociais e jurídicas configura, necessariamente, um ativismo judicial ilegítimo.

Neste ponto, aprofunda-se a reflexão central proposta: por que uma eventual (ou pretérita, como no HC 126.292/SP) postura judicial que retorne à possibilidade da execução antecipada da pena após condenação em segunda instância poderia ser considerada correta, mesmo que fruto de uma alteração jurisprudencial que alguns classificariam como ativismo?

A resposta, à luz da tese aqui defendida, não é simples, mas pode ser construída sobre alguns pilares. Primeiramente, tal decisão poderia ser fundamentar em princípios constitucionais pré-estabelecidos, não apenas na presunção de inocência, mas também naqueles que impõem ao Estado o dever de garantir a segurança e a efetividade da justiça. A interpretação do art. 5º, LVII, da CRFB/88, não como uma regra absoluta, mas como um princípio ponderável como outros de igual hierarquia, permitiria um equilíbrio mais consentâneo com as complexidades da realidade social. A própria tradição jurídica brasileira anterior a 2009 e a vasta experiência comparada em democracias ocidentais onde a execução da pena após a confirmação por um tribunal de apelação é a regra, e não a exceção oferecem um referencial de que tal prática não é incompatível com um sistema de garantias.

Ademais, a questão da legitimidade democrática, embora delicada quando se trata de atuação judicial, não pode ser completamente ignorada. Se o anseio social por justiça efetiva e o combate à impunidade se tornam clamores persistentes e difundidos, o Judiciário, como poder da República, embora não deva pautar suas decisões pela opinião pública momentânea, também não pode se isolar hermeticamente das consequências de suas interpretações para a confiança da sociedade nas instituições.

Essa complexa relação entre a jurisdição e o contexto social, na qual a legitimidade judicial não se esgota na mera aplicação da lei, é o cerne da teoria de Peter Häberle:

A vinculação judicial à lei e a independência pessoal e funcional dos juizes não podem escamotear o fato de que o juiz interpreta a Constituição na esfera pública e na realidade (in der Öffentlichkeit und Wirklichkeit die Verfassung interpretiert)⁴⁷. Seria errôneo reconhecer as influências, as expectativas e as obrigações sociais a que estão submetidos os juizes apenas sob o aspecto de uma ameaça a sua independência⁴⁸. Essas influências contêm também uma parte de legitimação⁴⁹ e evitam o livre arbítrio⁵⁰ da interpretação judicial⁵¹. A garantia da independência dos juizes somente é tolerável, porque outras funções estatais e a esfera pública pluralista (pluralistisch Öffentlichkeit) fornecem material para a lei (Material "zmu" Gesetz liefern). (HÄBERLE, 2014, p. 36 e 37)

Uma interpretação constitucional que se mostre excessivamente distante da realidade social e das suas necessidades pode, a longo prazo, minar a própria legitimidade do direito e do Poder Judiciário. Argumentos como a incongruência social e a necessidade de o direito corresponder à natureza singular do presente foram ventilados no HC 126.292/SP e merecem a devida atenção. Importante frisar que essa "legitimidade" não se confunde com populismo penal, mas com uma interpretação que reconheça a Constituição como um instrumento vivo, capaz de responder aos desafios contemporâneos sem sacrificar seu núcleo essencial de garantias.

O retorno a uma prática que já vigorou no país por décadas e que encontra respaldo em inúmeros ordenamentos jurídicos democráticos poderia, assim, ser visto não como uma ruptura arbitrária, mas como uma readequação fundamentada. O mesmo raciocínio se aplica, com ainda maior especificidade, ao Tema 1.068, onde a soberania dos veredictos do Júri (art. 5º, XXXVIII, 'c', da CRFB/88) oferece um pilar textual ainda mais explícito para a execução imediata, representando uma aplicação direta de um princípio constitucional específico.

Os efeitos institucionais e sociais da instabilidade jurisprudencial são inegavelmente deletérios. A alternância de posições do STF (2009 2016 2019) gerou um quadro de profunda insegurança jurídica, afetando não apenas os jurisdicionados, mas todo o sistema de justiça criminal. Advogados, juizes, promotores e a própria sociedade se viram diante de um cenário de incertezas quanto ao momento da execução penal, o que dificulta o planejamento da defesa, a atuação da acusação e a própria percepção de justiça.

Essa instabilidade, demonstrada pela revisão da jurisprudência apenas pela alteração dos integrantes da Corte, desgasta a credibilidade do STF como guardião último da Constituição e fomentador da estabilidade normativa.

Diante desse quadro, e considerando a persistente controvérsia, a discussão sobre a execução da pena após a condenação em segunda instância transcende a mera disputa hermenêutica e adentra a seara da própria arquitetura institucional. Se as oscilações jurisprudenciais demonstram a dificuldade de se alcançar um consenso interpretativo estável e satisfatório apenas por via judicial, torna-se imperativo voltar os olhos para o processo legislativo.

É no âmbito do Poder Legislativo, mediante debate democrático amplo e plural, que os parâmetros mais claros para a atuação do Poder Judiciário podem ser construídos. Uma eventual Proposta de Emenda à Constituição (PEC) que module o alcance do art. 5º, LVII, da CRFB/88, ou uma reforma legislativa do Código de Processo Penal que estabeleça critérios objetivos e seguros para o início da execução penal após a decisão de segundo grau, poderiam oferecer uma solução mais duradoura e democraticamente legitimada para o impasse.

Tal caminho não apenas pacificaria a questão, reduzindo a margem para o que se considera ativismo judicial desprovido de balizas claras, mas também reforçaria o princípio da separação de poderes, atribuindo ao legislador a primazia na formulação de políticas criminais e processuais penais, sempre observados os núcleos essenciais dos direitos fundamentais.

Em suma, a análise crítica das posturas do STF revela um tribunal em constante tensão entre a fidelidade aos textos, a busca por justiça material e as pressões sociais. A tese aqui sustentada é a de que, embora a autocontenção e o respeito aos princípios pré-estabelecidos devam nortear a atuação judicial, uma interpretação excessivamente literal e isolada de um único princípio pode levar a resultados sistemicamente insatisfatórios.

A execução da pena após a condenação em segunda instância, bem como a imediata aplicação do veredicto soberano do Júri, pode encontrar respaldo em uma leitura mais ampla e sistêmica da Constituição, que pondere a presunção de inocência com outros valores constitucionais igualmente caros à sociedade. Contudo, a instabilidade gerada por sucessivas mudanças de entendimento pela mais alta Corte do país sugere que a solução ótima e definitiva para a questão da execução penal antecipada talvez resida na esfera da representação popular, por meio de um processo legislativo que, com responsabilidade e atenção às garantias fundamentais, estabeleça regras claras e estáveis para o futuro.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O percurso analítico deste trabalho partiu da metáfora de um rio, cuja atuação do Poder Judiciário deveria seguir um leito seguro, delimitado pelas margens da Constituição. A investigação das oscilações jurisprudenciais do STF sobre a execução antecipada da pena, contudo, revelou um curso sinuoso, por vezes contido em seu leito, por vezes rompendo suas margens em busca de outros caminhos. Este estudo se propôs, assim, a compreender esse fenômeno, analisando criticamente a tensão entre o ativismo judicial e a autocontenção, com o objetivo de refletir sobre os

limites legítimos da atuação judicial, os impactos para a segurança jurídica e o equilíbrio necessário entre a efetividade penal e as garantias fundamentais em um Estado Democrático de Direito. A análise teórica desenvolvida no Capítulo 2 forneceu as ferramentas conceituais ativismo judicial, judicialização, autocontenção e neoconstitucionalismo para dissecar as decisões paradigmáticas do Capítulo 3 e Capítulo 4.

A aplicação desse referencial demonstrou que a atuação do STF não foi monolítica. Nos julgamentos do HC 84.078/MG e das ADC's 43, 44 e 54, prevaleceu uma postura de autocontenção judicial, apegada à interpretação literal do princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII, CF) e à legalidade estrita (art. 283 do CPP). Em contrapartida, no HC 126.292/SP, a Corte adotou uma postura de ativismo responsivo, ao promover uma releitura sistêmica da Constituição por meio da ponderação de princípios, buscando maior efetividade penal e invocando a ideia de mutação constitucional. Por fim, no Tema 1.068, o Tribunal trilhou um caminho distinto, fundamentando a execução imediata em um princípio específico a soberania dos veredictos do Júri como uma exceção constitucionalmente justificada.

Diante do exposto, este trabalho permite concluir que a crítica ao ativismo judicial não deve ser absoluta, mas sim qualitativa. A instabilidade gerada por um ativismo sem parâmetros definidos e desvinculado de uma interpretação sistêmica da Constituição é, de fato, deletéria à segurança jurídica.

Contudo, a análise demonstrou que a execução da pena após a condenação em segunda instância, embora possa ser fruto de uma alteração jurisprudencial ativista, pode ser defendida como um exercício legítimo da jurisdição constitucional. Isso ocorre quando a decisão se fundamenta não em mera vontade política ou clamor social, mas em uma ponderação robusta de múltiplos princípios constitucionais pré-estabelecidos: a presunção de inocência (art. 5º, LVII), a efetividade da jurisdição e a proteção da sociedade (art. 144), e a razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII).

Esta abordagem sistêmica, que também se alinha a práticas consolidadas em democracias ocidentais, representa um esforço para dar funcionalidade à Constituição, diferindo de um ativismo arbitrário. A tese favorável ao Tema 1.068, por sua vez, reforça essa lógica ao se ancorar em um fundamento constitucional ainda mais específico e textual, o que lhe confere particular robustez.

A contribuição central deste trabalho reside, portanto, na proposição de uma análise crítica que não se limita a rotular decisões como ativistas ou garantistas, mas que busca compreender a qualidade da hermenêutica empregada em cada caso. Ao comparar as diferentes justificativas do STF para permitir ou vedar a execução penal, este estudo oferece um método para avaliar a legitimidade da atuação judicial: o ativismo se torna mais defensável quando se ancora em uma interpretação sistêmica e ponderada de princípios constitucionais concorrentes, e menos legítimo quando se afasta de textos claros sem uma fundamentação constitucional igualmente robusta. As oscilações do STF, mais do que uma mera disputa sobre a execução penal, revelam a profunda dificuldade de uma nação em equilibrar suas garantias mais sagradas com sua premente necessidade de justiça.

Ressalta-se, contudo, que esta pesquisa possui suas limitações. A análise se ateve ao campo dogmático-jurisprudencial, não adentrando em estudos empíricos sobre os impactos estatísticos de cada decisão no sistema carcerário ou na percepção social de impunidade, o que representa uma fronteira a ser superada para futuras investigações. A instabilidade jurisprudencial aqui documentada, contudo, deixa uma lição clara: quando a mais alta Corte de um país altera seu entendimento sobre um direito fundamental por três vezes em uma década, a segurança jurídica é inevitavelmente comprometida, gerando perplexidade e descrédito institucional.

Por essa razão, a sugestão mais premente que emana deste trabalho se direciona ao processo legislativo. Se a interpretação judicial se mostrou insuficiente para pacificar a controvérsia de forma estável, a solução mais adequada e democraticamente legítima para a execução da pena após a condenação em segunda instância parece residir na atuação do Congresso Nacional. Seja por meio de uma Proposta de Emenda à Constituição (PEC) que module o alcance do art. 5º, LVII, seja por meio de uma reforma pontual clara e inequívoca do Código de Processo Penal, cabe à representação popular o papel de estabelecer, após amplo debate, regras permanentes que equilibrem as garantias individuais e a efetividade da justiça.

Tal caminho não apenas conferiria a necessária previsibilidade ao sistema, mas também reafirmaria o princípio da separação de poderes, mitigando a necessidade de um ativismo judicial em uma matéria de política criminal tão sensível.

Conclui-se, assim, que o desafio do Estado Democrático de Direito brasileiro não é eliminar a tensão entre garantias e efetividade, mas geri-la por meio de instituições sólidas e com papéis bem definidos. A construção de uma justiça penal que seja, ao mesmo tempo, garantista e eficaz, depende de um Judiciário consciente de seus limites e de um Legislativo ciente de suas responsabilidades. A busca por esse equilíbrio é o horizonte permanente para a concretização da justiça e a consolidação da nossa democracia.

REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. Revista Eletrônica Consultor Jurídico, ISSN 1809-2829. Ed. 4. Dezembro 2009. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2008dez22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica?p>. Acesso em: 27/09/2024.
- BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 240, p. 1-42, abr./jun. 2005.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2024].
- BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Diário Oficial da União: seção 1, p. 23941, 13 out. 1941.
- BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 13 jul. 1984.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 86.886. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Julgamento em 15 de maio de 2007. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, DF, n. 47, 29 jun. 2007.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 43 Distrito Federal. Requerente: Partido Ecológico Nacional (PEN). Relator: Ministro Marco Aurélio. Julgamento em 7 nov. 2019. Publicado no Diário de Justiça Eletrônico em 12 jun. 2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 44 Distrito Federal. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Relator: Ministro Marco Aurélio. Julgamento em 7 nov. 2019. Publicado no Diário de Justiça Eletrônico em 12 jun. 2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 54 Distrito Federal. Requerentes: Partido Comunista do Brasil (PCdoB) e Partido Democrático Trabalhista (PDT). Relator: Ministro Marco Aurélio. Julgamento em 7 nov. 2019. Publicado no Diário de Justiça Eletrônico em 12 jun. 2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 126.292 São Paulo. Relator: Ministro Teori Zavascki. Julgamento em 17 fev. 2016. Publicado no Diário de Justiça Eletrônico em 17 mai. 2016.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 84.078 Minas Gerais. Relator: Ministro Eros Grau. Julgamento em 5 fev. 2009. Publicado no Diário de Justiça Eletrônico nº 35, em 26 fev. 2010.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 1.235.340 Santa Catarina. Recorrente: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Recorrido: C. dos S. Relator: Ministro Luis Roberto Barroso. Julgamento do mérito da repercussão geral (Tema 1.068) em 6 de maio de 2022. Publicado no Diário de Justiça Eletrônico em 25 mai. 2022.
- COMPARATO, Fábio Konder. O papel do juiz na efetivação dos Direitos Humanos. Aula proferida na Escola Paulista da Magistratura, em 22 de janeiro de 2001.
- FILHO, Benedito Cerezo Pereira; MORAES, Daniela Marques de. O sistema recursal no Código de Processo Civil brasileiro como mecanismo de (in)acesso à justiça. Universidade de Valência, publicado no Processo, Administração, Acesso e Jurisdição da Justiça I do X Encontro Internacional do CONPEDI, 2019.
- FILHO, Fernando da Costa Tourinho. Processo Penal, 13ª. ed., São Paulo, Saraiva, 1.992, vol. 1, p. 63.
- FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca; GARCIA, Mônica Nicida; GUSMAN, Fábio. Execução provisória da pena: um contraponto à decisão do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus n. 84.078. In: Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil. orgs.: CALABRICH, Bruno. FISCHER, Douglas. PELELLA,

Eduardo. 2. ed. Salvador: Juspodvium, 2013.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional - A sociedade aberta dos interpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2002.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. *O ativismo judiciário e a separação de poderes*. Coimbra: Revista Jurídica Luso Brasileira, Ano 4 (2018), nº 5, 917-925.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 237.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 36. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (resolução 217 A III) em 10 de dezembro de 1948.

SCHLESINGER JR., Arthur M. *The Supreme Court: 1947*. *Fortune*, v. 35, n. 73, jan. 1947. p. 110.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Da função à estrutura*. *Revista de Processo*. vol. 158. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. pp. 9-19.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 281.

VALLE, Vanice Regina Lirio do. *Ativismo Jurisprudencial e o Supremo Tribunal Federal*. *Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF*. Curitiba: Juruá. 2009, p. 21.

PAGE1

PAGE 1* MERGEFORMAT2

*Graduando do curso de Direito da Universidade Católica do Salvador (UCSal). Membro do Núcleo de Pesquisa: Liga Acadêmica de Estudos em Ciências Criminais LAECC. Email: andre.silveira@ucsal.edu.br

*Professor do curso de Direito da UCSal. Mestre em Políticas Sociais e Cidadania. Email: andre.cortes@pro.ucsal.br

Aviso:

⚠ Não é recomendado utilizar percentuais para medição de plágio, os valores exibidos são apenas dados estatísticos. Essa análise considera citações como trechos suspeitos, apenas uma revisão manual pode afirmar plágio. Clique [aqui](#) para saber mais.

Estatísticas:

Expressões analisadas: 3532

Buscas Realizadas na Internet: 3384

Buscas Realizadas na Computador: 0

Downloads de páginas: 1166

Downloads de páginas malsucedidos: 2280

Comparações diretas com páginas da internet: 1225

Total de endereços localizados: 1869

Quantidade média de palavras por busca: 9,23

Legenda:

▲ Endereço validado, confirmada a existência do texto no endereço marcado.

Expressão não analisada

Expressão sem suspeita de plágio

Expressão ignorada

Ocorrência não considerada (não confiável)

Algumas ocorrências na internet

Muitas ocorrências na internet

Contém ocorrência confirmada

Ocorrências na base local

Configurações da análise:

Limite mínimo e máximo de palavras por frase pesquisada: 8 a 13

Nível da Análise (quantas vezes o documento foi analisado): 3

Analisado por [Plagius - Detector de Plágio 2.9.8](#)
segunda-feira, 16 de junho de 2025 17:47