

Data de aprovação: 04/12/2018

O ATIVISMO JUDICIAL E A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA EM SEGUNDO GRAU

Lília Lidianne dos Santos Alves¹

Sandresson de Menezes Lopes²

RESUMO

O presente artigo científico tem por objetivo examinar o ativismo judicial praticado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Habeas Corpus nº 126.192/SP. O acórdão permitiu que se desse início a execução da pena quando houvesse a confirmação da condenação criminal em segundo grau de jurisdição, ainda que não tenha ocorrido o trânsito em julgado e não seja caso de decretação de prisão preventiva. Isto é, mesmo sendo possível ao acusado ajuizar recurso especial e extraordinário, nada impedirá o início da execução penal, sem que isso, na visão da suprema corte, acarrete ferimento ao princípio constitucional da presunção de inocência.

Palavras-Chave: Sentença Penal. Execução. Presunção de Inocência. Ativismo Judicial.

JUDICIAL ACTIVISM AND THE PROVISIONAL ENFORCEMENT OF THE CONDEMNATING CRIMINAL JUDGMENT CONFIRMED IN SECOND

ABSTRACT

The present scientific article aims to examine the judicial activism practiced by the Federal Supreme Court in the judgment of Habeas Corpus nº 126.192 / SP. The judgment allowed the execution of the sentence to begin when there was confirmation of the criminal conviction in the second degree of jurisdiction, even though there has been no final and unappealable decision. That is, even if it is possible for the accused to file a special and extraordinary appeal, there is nothing to prevent the commencement of criminal execution, without this, in the view of the supreme court, injuring the constitutional principle of presumption of innocence.

Keywords: Related Searches. Execution. Presumption of Innocence. Judicial Activism.

¹ Graduanda do Curso de Direito pelo Centro Universitário do Rio Grande do Norte (UNI-RN), Natal, Rio Grande do Norte. Email: lilialidiane_alves@hotmail.com

² Docente Orientador do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte (UNI-RN), Natal, Rio Grande do Norte. Email: sandresson1@hotmail.com

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo científico tem o escopo de analisar o ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal no julgamento do Habeas Corpus nº 126.292, onde a suprema corte, em fevereiro de 2016, permitiu que a execução da sentença penal condenatória confirmada em segundo grau pudesse ter seu início sem a necessidade do esgotamento dos recursos.

Isto é, para que se efetue a prisão não é mais necessário que se aguarde o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, ou seja, desde a publicação do acórdão no Diário Oficial já se pode expedir o mandado de prisão no intuito de encarcerar o réu imediatamente.

Isso não quer dizer que o processo acabou para o réu, pois este poderá conseguir sua absolvição mediante a interposição dos recursos cabíveis, quais sejam, o recurso especial endereçado para o Superior Tribunal de Justiça e o recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal.

Em outras palavras, o réu poderá ser recolhido à prisão logo após a decisão do tribunal de segundo grau, mas possui a faculdade de manejar os recursos adequados para a desconstituição do julgado desfavorável.

Desta maneira, o estudo visa discutir se essa possibilidade de execução provisória da sentença penal condenatória com a aprovação do tribunal fere ou não o princípio da presunção de inocência.

Logo, a problemática de pesquisa norteadora do trabalho consiste na indagação se a decisão ativista do STF ofendeu ou não um preceito expresso elencado na Constituição Federal de 1988.

Percebe-se que o tema é de suma importância para o nosso ordenamento jurídico já que houve mudança de entendimento pacífico, pois antes desse julgamento proferido em 2016, a jurisprudência era uníssona em não permitir a execução provisória da condenação criminal se não houvesse o trânsito em julgado, tais juristas e doutrinadores respaldavam esse entendimento na previsão constitucional de “ninguém será culpado senão após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, previsão manifesta do princípio da presunção de inocência.

A partir disso, não há consenso entre os estudiosos do direito acerca da constitucionalidade ou inconstitucionalidade da decisão do pretório excelso. Sem mais delongas, trata-se de um tema recente e de relevância incontestável para a sistemática da aplicação da lei penal no país, necessitando, portanto, ser esmiuçado.

Sendo assim, o primeiro capítulo discorreu, sucintamente, sobre as noções da teoria dos princípios, sobretudo, no tocante à principiologia do direito penal, com ênfase na investigação da sua gênese e historicidade, além disso, foi abordado a teoria da relativização dos princípios quando existe colisão entre eles, desvelando suas consequências e apontando as formas de agir do intérprete da norma jurídica.

Ato contínuo, no segundo capítulo tem como fito analisar, detidamente, as noções históricas sobre a gênese do princípio constitucional da presunção de inocência, bem como trazer à baila sua definição, revelando sua essência no direito positivo e, portanto, examinar seus atributos caracterizadores.

Faz-se mister tratar especificamente desse princípio em um capítulo em razão da sua notoriedade e importância na construção da antiga jurisprudência da suprema corte, pois a doutrina majoritária considera o brocardo da não culpabilidade fundamento primacial do Estado Democrático de Direito.

Na sequência, o terceiro capítulo tem como intento demonstrar de forma robusta o que é o fenômeno do ativismo judicial, tecendo considerações sobre seu conceito e apresentando dados sobre a impunidade que impera no Brasil no que tange às condenações criminais.

Ainda neste íterim tem-se a necessidade de verificar o impacto que a decisão do Supremo Tribunal Federal provoca no âmbito da justiça brasileira, observando sua eficácia e aplicabilidade, acima de tudo, seus efeitos.

Vale dizer, o ápice da presente pesquisa encontra-se na análise do Habeas Corpus nº 126.192 que será feito no quarto e último capítulo, sem dúvidas, o ponto de maior destaque desse artigo, pois iremos nos debruçar sobre os aspectos fáticos e jurídicos que motivaram o STF no sentido de alterar sua jurisprudência.

No estudo da casuística em apreço, faz-se mister colacionar o entendimento das cortes supremas de outros países com o intuito de dar mais embasamento ao

presente trabalho, demonstrando as diferenças e as similitudes pescadas no direito comparado.

Portanto, o tema da execução provisória de pena em segunda instância merece ser tratado com o rigor crítico de uma pesquisa científica, pois a mudança de entendimento do STF tem provocado reflexos no sistema jurídico brasileiro.

2. PRINCIPIOLOGIA DO DIREITO PENAL E SUA MITIGAÇÃO

Primeiramente, é fundamental para a melhor compreensão do trabalho que, antes de tratar especificamente dos preceitos que guiam o Direito Penal e o Direito Processual Penal, se explique, rapidamente, o que é um princípio à luz da ordem jurídica vigente.

Conforme preleciona José Afonso da Silva, o princípio trata-se de uma regra que se impõe no sistema jurídico, na verdade, pode-se dizer que o princípio é a essência de valores e bens constitucionais.³

Nas lições de Gilmar Mendes, as regras e os princípios são espécies de normas, não havendo entre eles qualquer grau de hierarquia em virtude da unidade da Constituição. Os princípios são dotados de um grau de abstração elevado, tendo um papel fundamento como fonte informadora, e por fim, servem de respaldo para as regras.⁴

Dessa forma, nota-se a importância dos princípios para a formação do direito, pois eles constituem o substrato da norma e são comandos que influenciam tanto a criação da legislação quanto o intérprete em sua aplicação.

Posto isto, passaremos à análise especificamente da aplicação dos princípios na sistemática do direito penal e do processo penal, sob a ótica indelével dos direitos humanos.

Inicialmente cumpre destacar que durante o Regime Absolutista que imperava na Europa, o Direito Penal tinha um caráter mais opressor e vingativo, de modo que

³ SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25ª edição, São Paulo. Malheiros Editores, 2005, p. 92

⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocência Mártires. **Curso de direito constitucional**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva. 2014.

o indiciado era tido como um objeto da aplicação da lei penal, isto mudou com o surgimento do pensamento iluminista que tinha como anseio atingir a bandeira da liberdade e igualdade, o que impôs limites à intervenção do Estado nos direitos e garantias individuais.⁵

Pode-se afirmar, por sua vez, que com o decorrer do tempo, tais princípios que servem de parâmetro para a legislação penal de países que tenham como modelo de governo a democracia, tiveram respaldo no texto constitucional, com o intuito de irradiar sobre todo o ordenamento direitos fundamentais limitadores.⁶

Sendo assim, os princípios que limitam o direito penal transformam-se em garantias constitucionais que constam no topo da pirâmide normativa, tendo como fundamento, sobretudo, o Estado Democrático de Direito.⁷

Tais garantias funcionam como mecanismo para coibir possíveis práticas abusivas do Estado no tocante ao exercício do *ius puniendi*.⁸

Tanto é que encontram-se localizadas no texto introdutório da norma Constitucional, onde apresentam-se princípios como a liberdade e a justiça, que funcionam como um leme legislativo e como fonte de interpretação e integração das normas constitucionais, guiando diretrizes filosóficas, políticas e, sobretudo, ideológicas da Carta Magna, e por conseguinte, exercendo função de volante na exegese das normas infraconstitucionais de esfera penal.⁹

Dessarte, torna-se evidente no artigo 5º da Constituição a função principiológica em guiar o legislador ordinário na utilização de um sistema de controle penal que subordina-se aos direitos humanos, como podemos observar no princípio da dignidade da pessoa humana, o qual habita o Estado Democrático de

⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: Parte Geral**, Vol. I. 17ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: Parte Geral**, Vol. I. 17ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: Parte Geral**, Vol. I. 17ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: Parte Geral**, Vol. I. 17ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: Parte Geral**, Vol. I. 17ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

Direito como um sustentáculo de uma nação justa e fraterna, fazendo surgir um Direito Penal garantista.¹⁰

Na mesma linha, segundo Paulo Bonavides, não existe nenhum princípio mais importante para a formação da Constituição que o princípio da dignidade da pessoa humana.¹¹

Seguindo essa vereda, a Constituição Federal de 1988 instituiu uma nova relação entre o ordenamento jurídico brasileiro e a proteção internacional dos direitos humanos, pois permitiu que os tratados internacionais que versem sobre direitos humanos tenham status constitucional, desde que eles atendam aos requisitos aos mesmos requisitos de aprovação das emendas constitucionais.¹²

Dessa forma, a constituição optou em atribuir status jurídico aos tratados internacionais sobre direitos humanos, ou seja, tais convenções terão repercussão na legislação brasileira.¹³

Prova disso é que esses tratados constitucionais orientam e influenciam o legislador na criação de leis internas que respeitem os direitos humanos em questão, de modo que eventual lesão a algum preceito poderá ser fruto de responsabilização no âmbito interno e externo.¹⁴

Portanto, ao longo dessa análise primacial, o que se conclui é que a principiologia do direito penal e processo penal deve estar em íntima ligação com os valores constitucionais advindo dos tratados internacionais sobre direitos humanos, sob pena de violação e consequente reparação.

Posto isso, há que se ressaltar que no ordenamento jurídico não há nenhuma norma absoluta, nem mesmo o princípio da dignidade da pessoa humana, sendo

¹⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: Parte Geral**, Vol. I. 17ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

¹¹ BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**. São Paulo. Malheiros Editora, 2001.

¹² PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p.75

¹³ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p.75

¹⁴ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p.164

assim, havendo colisão entre princípios, qualquer um deles poderá ser mitigado em detrimento do outro na análise do caso concreto.¹⁵

Então, não existe dispositivo que se aplique de forma irrestrita e que não possa sofrer relativização, toda norma poderá sofrer um processo de mitigação quando se deparar com outra em um combate no âmbito jurídico.

Nessa senda, quando acontece na casuística choque entre princípios, o intérprete deve buscar a ponderação de valores, de modo que o princípio mitigado não tenha sua essência completamente esvaziada, pois tal comando não deixará de existir, pelo contrário, caso haja novo enfrentamento em outro caso ele poderá prevalecer em detrimento de outrem.¹⁶

O operador do direito tem o dever de realizar um sopesamento dos valores que estão em abaloamento, isto é, basta analisar o peso de cada um, de modo a aferir aquele que, no caso em apreço, terá um “maior peso” e, portanto, nessa situação irá prevalecer.¹⁷

Na verdade, resta dizer que qualquer princípio poderá sofrer um afastamento para que outro prepondere sobre ele se, na situação em epígrafe, este tiver maior importância.

Finalmente, a principiologia visa garantir ao direito penal elementos que sirvam de patamares mínimos na aplicação do direito, sob à ótica dos direitos humanos, mas com possibilidade de mitigação de um outro princípio no exame do caso concreto.

3. O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

O nascedouro do princípio da presunção de inocência debuta na época em que o Direito Romano era a principal fonte jurídica, no entanto, na fase da idade média houve muita violação aos direitos fundamentais, pois os julgamentos eram

¹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocência Mártires. **Curso de direito constitucional**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva. 2014. p.87

¹⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocência Mártires. **Curso de direito constitucional**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva. 2014.p.87

¹⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocência Mártires. **Curso de direito constitucional**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva. 2014. p.87

arbitrários e formados por um juízo de valor prévio na maior parte das vezes sem análise das provas.¹⁸

O princípio da presunção de inocência garante ao sujeito investigado uma proteção que se inicia desde o momento em que é instaurado a investigação preliminar, isto é, na origem da apuração para apontar o autor do delito os suspeitos terão seus direitos resguardados para que não hajam injustiças.¹⁹

A criação desse raciocínio teve como gênese, primordialmente, a histórica Revolução Francesa, pois nessa época os reis absolutistas tinham perdido poder diante das transformações políticas e sociais, o que culminou com a queda do absolutismo.²⁰

Nesta fase, a Europa tinha um sistema jurídico caracterizado por um modelo processual de inquisição, que tem como marca garantias processuais debilitadas, quer dizer, o sujeito não era considerado como um ser detentor de direitos fundamentais, ele era tão somente o alvo das investigações.²¹

Os abusos ocorriam em razão da concentração das atividades no momento de apuração e julgamento do crime, pois o órgão investigativo também julgava, e isso feria a imparcialidade já que os elementos colhidos durante a fase inquisitória invariavelmente influenciavam o pensamento do juiz.

Foi durante esse contexto jurídico e social que germinava, ainda de forma tímida, uma sensação coletiva de contrariedade contra tal ordem estabelecida, de modo que aos poucos foi crescendo o sentimento de que o indivíduo merecia ser tratado com dignidade e com prerrogativas que assegurassem tal condição, em razão disso eclode o princípio da presunção de inocência.²²

Pouco a pouco o direito foi se interessando por essa ideia de preservar a inocência do sujeito investigado, e onde teve destaque foi quando teve sua inclusão de forma expressa na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.²³

¹⁸ LOPES JR. Aury, **Direito Processual Penal**, 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p.215/216

¹⁹ OLIVEIRA, Eugênio Pacceli de. **Curso de Processo Penal**. 17ª Ed. São Paulo: Atlas, 2013. p.497

²⁰ OLIVEIRA, Eugênio Pacceli de. **Curso de Processo Penal**. 17ª Ed. São Paulo: Atlas, 2013. p.497

²¹ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 18ª ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2011, p. 45.

²² RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 18ª ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2011, p. 45.

²³ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 18ª ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2011, p. 45.

Sendo assim, o artigo 9º disciplina o seguinte: “Todo homem é considerado inocente, até o momento em que, reconhecido como culpado, se julgar indispensável sua prisão: todo rigor desnecessário, empregado para a efetuar, deverá ser severamente reprimido pela lei”.²⁴

Logo, percebe-se que o aludido artigo traduz a ideia de que, em regra, todo indivíduo tem sua inocência presumida, situação que se afasta quando há o reconhecimento de sua culpa, impondo sua prisão quando for estritamente necessário, sendo coibida qualquer violação a esse entendimento.

Portanto, o dispositivo não afasta a possibilidade de se executar uma prisão quando é efetivamente imprescindível para aquele caso em concreto a manutenção do indivíduo preso, sem pena de ofensa ao princípio da presunção de inocência.

Ademais, outro diploma legislativo que trouxe com mais relevo foi a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu artigo XI, que assim dispõe:

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.

A noção trazida por esse artigo é de que a presunção de inocência se coaduna com o devido processo legal, pois concede ao investigado o direito de confrontar mediante defesa técnica o que foi apurada durante a fase inquisitorial.

Isso quer dizer que os elementos colhidos durante o inquérito gozam de presunção relativa de veracidade, pois nesta fase sigilosa não há observância do contraditório e da ampla defesa.

Por isso, é garantido um momento processual com o juiz de direito togado, cercado de publicidade e de direitos previamente estabelecidos, de modo que as provas inquisitoriais possam ser contestadas e, por consequência, descartadas.

Observe-se que, existindo essa fase processual garantidora em dois momentos, quais sejam, na primeira instância com um juiz singular e no segundo grau com o acórdão do tribunal, o investigado teve seus direitos conservados, razão

²⁴ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 18ª ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2011, p. 45.

pela qual a presunção de inocência não é manchada quando se executam atos consequentes da decisão do colegiado, a quem compete, em regra, a última análise de fatos e provas.

Daí, não se contradiz quem afirma que o homem é tido como inocente, salvo quando o Estado, por meio de seu órgão acusador, comprovar o contrário.

Visando respaldar tal compreensão, contemplamos a instrução dada por Cesare Beccaria, senão vejamos: “Um homem não pode ser chamado culpado antes da sentença do juiz, e a sociedade só pode retirar-lhe a proteção pública após ter decidido que ele violou os pactos por meio dos quais ela lhe foi concedida”.²⁵

Ato contínuo, o Brasil seguindo a tendência mundial adotou a presunção de inocência na Constituição de 1988, mais precisamente no artigo 5º, inciso LVII, com a seguinte disposição: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.²⁶

Dessa maneira, o princípio da não culpabilidade adquiriu status constitucional, sobretudo, pela sua ligação umbilical com o brocardo do devido processo legal, além disso, influencia diretamente a criação de leis, a formação da doutrina e, por consequência, o pensamento jurisprudencial.²⁷

Mirando se aprofundar nas funções da presunção de inocência, Renato Brasileiro afirma que desse princípio surgem duas regras primordiais, quais sejam: a regra probatória e a regra de tratamento.²⁸

De acordo com a regra probatória, o órgão acusador detém a incumbência de comprovar que o acusado é o autor do delito de forma clara, robusta e objetiva, dessa forma, caso não se consiga provar, o investigado será considerado inocente.²⁹

²⁵ BECARRIA, Cesare Bonesana, Marchesi de. **Dos delitos e das penas**. 5ª ed. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2000, p.69

²⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**, vol. 1. 34ª ed. São Paulo: Saraiva 2012.p.90.

²⁷MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 18ª Ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 41.

²⁸ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 5ª ed.- Salvador: Editora Juspodivm, 2017. p. 44

²⁹ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 5ª ed.- Salvador: Editora Juspodivm, 2017. p. 44

Vale dizer, o suspeito não precisar atestar sua inocência, ele tem a prerrogativa de se manter inerte e, caso o órgão acusador falhe no seu mister, aquele será declarado inocente.³⁰

Portanto, em resumo, o processado é inculpado caso o poder público não prove sua culpabilidade com um conjunto de provas incontestáveis.³¹

Por outro lado, nos ensinamentos de Renato Brasileiro (2017, p. 45), a regra de tratamento determina que o Poder Público:

“(...) está impedido de agir e de se comportar em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao acusado, como se estes já houvessem sido condenados, definitivamente, enquanto não houver o fim do processo criminal”

Desse modo, o princípio da presunção de inocência orienta que a privação da liberdade deve dar-se de forma cuidadosa, de modo que para que isso seja feito tenha-se o mínimo de probabilidade da culpa do afetado com a medida.³²

De mais a mais, é preciso que se entenda que a presunção de inocência não se configura norma absoluta, assim como nenhum outro direito, ou seja, em algum momento que haja colisão entre valores ele poderá ser relativizado, desde que, no caso concreto, a presunção de inocência tenha menor peso do que seu oponente.

Nesse sentido, Renato Brasileiro declara que tal princípio não pode ter um viés intransponível, sob pena de inutilizar o processo penal, pois a própria constituição não impôs qualquer vedação a estipulação de medidas cautelares, por exemplo.³³

Evidência clara da relativização do princípio da presunção de inocência é a possibilidade de utilização das medidas cautelares quando no caso concreto não houver necessidade de imposição da prisão, pois se assim não fosse ao réu nada poderia ser imposto em nome da presunção “absoluta” de inocência.

³⁰ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 5ª ed.- Salvador: Editora Juspodivm, 2017. p. 44

³¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 11ª Ed. Rio de Janeiro: GEN, 2014. p. 64

³² LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 5ª ed.- Salvador: Editora Juspodivm, 2017. p. 45

³³ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 5ª ed.- Salvador: Editora Juspodivm, 2017. p. 45

No entanto, o juiz pode se utilizar das chamadas medidas cautelares diversas da prisão visando impor restrições ao réu para um melhor aproveitamento do processo, sem que isso configure necessariamente mácula à presunção de inocência, até porque a fase processual continuará e o acusado poderá conseguir a sua absolvição.

Vale dizer, o entendimento acima exposto quiçá poderá ser aplicado no caso de prisões desde que haja demonstração de que isso não fere a presunção de inocência, uma coisa não é oposta da outra.

Sempre, pois, que estamos diante de valores que entram em oposição, o intérprete deve realizar o sopesamento, obviamente depois de uma meticulosa análise da casuística em apreço.

Quando se tem o princípio da presunção de inocência defronte a efetividade jurisdicional penal, o primeiro, a depender do caso concreto, poderá ser relativizado, pois ambos são valores de grande importância.

O que ocorre naturalmente é uma defesa exagerada da condição do acusado e se esquece que a efetividade jurisdicional é uma demanda de grande relevância para o seio social, de modo que a impunidade presta diariamente um desserviço ao país.

A impunidade é um sentimento que assola nosso país, pois pessoas que foram condenadas se utilizam de forma maliciosa da presunção de não culpabilidade para que se evite a possibilidade de prisão, principalmente com o intuito de atrasar o processo para se utilizar do benefício da prescrição.

Ainda existem casos que o acusado propaga uma indústria de recursos visando atingir uma idade em que a prescrição é diferente ou terá um tratamento como apenado diferenciando, visando reduzir a efetividade da aplicação da lei penal.

Diante disso, o trabalho tem como objetivo expor de forma didática a função do princípio da presunção de inocência, mas deixando claro que esse não trata-se de um valor absoluto que jamais poderá sofrer mitigação.

Portanto, se for preciso relativizar o princípio da presunção de inocência será feito, pois não há valor supremo que não possa sofrer mitigação no nosso

ordenamento jurídico, ainda mais quando se trate de situação em defesa da sociedade.

4. ATIVISMO JUDICIAL E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

É notório que o Poder Judiciário tem sido, nos últimos anos, o palco principal das discussões jurídicas que envolvem a coletividade, o que, naturalmente, torna o Supremo Tribunal Federal como uma instituição de notável destaque na manutenção do Estado Democrático de Direito.

No entanto, nem sempre foi assim, pois antes da promulgação do Texto Maior, a corte suprema brasileira não tinha a relevância que tem hoje, principalmente pelo desinteresse da imprensa em dar ênfase em seus julgamentos e no âmbito acadêmico quase não se via produção científica acerca do Pretório Excelso, sendo assim, pode-se afirmar que no passado a corte constitucional não tinha impacto político-social.

Hodiernamente, a suprema corte tem sido o depósito central dos debates sociais graças ao seu mister de ser o guardião da Constituição Federal de 1988, tal atribuição encontra-se de forma expressa na carta magna, sem margem para qualquer dúvida ou questionamento.

Assim, tomando como base esse ofício, o Judiciário começou uma franca expansão que é reflexo de um povo inflexível com a ausência de efetividade da Administração Pública, quer dizer, a omissão inconstitucional praticada pelos outros poderes impulsionou o alargamento da competência dos juízes, já que a sociedade deseja ver de fato a justiça social.

Consequentemente, percebe-se que há uma mudança de postura na atuação dos magistrados na sua relação com o direito positivo, pois antigamente aqueles limitavam-se a dizer somente o que o direito é e, atualmente, têm a função de torná-lo efetivo e justo.

Em razão disso, a carta magna atribuiu aos ministros do STF a missão de liderar esse processo de efetivação dos direitos constitucionalmente assegurados, sobretudo, pela formação dos seus integrantes que devem possuir notável saber

jurídico e reputação ilibada e, por consequência, estarem afastados de todo e qualquer acirramento político, visando tornar cristalina a imparcialidade da corte constitucional brasileira.

Desta forma, nasceu no Brasil, o fenômeno jurídico do ativismo judicial capitaneado pelo Supremo Tribunal Federal, tema este que é fruto de inúmeros debates na seara jurídica e que detém uma relevância ímpar para o ordenamento jurídico e, indubitavelmente, para este trabalho.

Portanto, para se fazer uma análise correta acerca da execução de sentença penal condenatória confirma em segundo grau de jurisdição é necessário entender precisamente o que é o ativismo judicial, qual o seu impacto na teoria da tripartição de poderes, quais suas noções elementares e, por último, sua relação com a teoria do sistema de freios e contrapesos (*“check and balances”*).

Feito todo esse percurso teórico, sem dúvidas, teremos os elementos suficientes para examinar a decisão ativista do STF no sentido de possibilitar a execução da pena antes do trânsito em julgado.

Sem mais delongas, o ativismo judicial é definido como a ingerência do Judiciário na área de atribuições constitucionalmente elencadas aos Poderes Legislativo e Executivo. Nos dizeres de Paganelli, “Ativismo Judicial é também uma atitude, nada mais sendo do que uma escolha feita pelo magistrado de como se interpreta as normas constitucionais visando à expansão e alcance destas³⁴”.

Dessa maneira, verifica-se que a postura ativista parte de uma escolha feita pelo juiz no intento de interpretar a norma jurídica constitucional mirando em amplificar a sua essência e abrangência.

Em sua obra, observou Elival da Silva Ramos (2010):

O desenvolvimento teórico até aqui realizado já permite um conceituação do fenômeno denominado “ativismo judicial”, necessariamente amplo por não se atrelar a um específico sistema jurídico, muito embora se revele mais próximo aos sistemas constitucionais da família romano-germânica, em que a organização do aparato estatal seja informada pelo princípio da separação de poderes: por ativismo judicial deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que

³⁴ PAGANELLI, Celso Jeferson messias, 1973 **Ativismo Judicial: paradigmas atuais**/ José Antonio Gomes Ignácio Junior, Alexandre Gazetta Simões.

incumbe, institucionalmente ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesses) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos).³⁵

Nesse ínterim, o ativismo consubstancia-se no comportamento pró-ativo do Judiciário no território de alçada dos outros poderes, vale dizer, o ofício de ser o detentor da última palavra sobre as questões constitucionais germinou esse fenômeno é contemporâneo e tem seu suporte no constitucionalismo moderno, maiormente, no pós-guerra.

Contudo, podemos apontar que a origem da expressão “ativismo” se deu pela primeira vez no julgamento do caso *Marbury vs Madison*, realizado nos Estados Unidos, no ano de 1803, onde se discutia sobre o controle de constitucionalidade dos atos normativos.

Nesse passo, é preciso tecer algumas considerações sobre a teoria da tripartição dos poderes e o chamado sistema de freios e contrapesos para que possamos efetivamente discutir sobre o famoso Habeas Corpus 126.192.

Montesquieu inaugurou a ideia da tripartição dos poderes que é amplamente aceita e implementada no mundo, tal teoria prega que o governo tem que se pautar na atuação livre e harmônica dos três poderes da República, quais sejam, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Dessa forma, visando evitar uma tirania ou um governo autoritário, os três poderes tem atribuições fundamentais na manutenção da democracia e na resolução dos problemas coletivos.

Por conseguinte, nutrindo-se desse pensamento político-filosófico, surgiu a teoria do *checks and balances* chefiada pelo livro “O Federalista”, com publicação em solo norte americano.

A teoria do Sistema de Freios e Contrapesos defende que é função de um poder constitucionalmente constituído exercer o controle dos outros de igual

³⁵ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial- Parâmetros Dogmáticos**. São Paulo: Saraiva. 2010.

hierarquia, pode-se afirmar, por sua vez, que trata-se de uma fiscalização recíproca que é atributo cristalino da independência e da harmonia entres os poderes.³⁶

Em outras palavras, é a contenção de um poder pelo outro poder, de forma a limitar a criação de um superpoder ou que a ausência de um poder constituído gere problemas ao seio social.

Sendo assim, a Constituição Federal de 1988 adotou a teoria do “check and balances” quando em seu artigo segundo assim dispôs: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”³⁷

A carta magna prevê uma série de atribuições típicas a cada poder e, por outro lado, prevê um sistema de controle para coibir qualquer abuso, omissão ou arbitrariedade de outro poder no seu mister.³⁸

Nas lições de Alexandre Moraes (2014), podemos colacionar alguns exemplos da aplicação do sistema de freios e contrapesos:

Assim, poderá o Poder Legislativo sustar a executoriedade de lei delegada editada pelo Chefe do Poder Executivo que exorbite os limites constitucionais (CF, art. 49, V); o Senado Federal processará e julgará o Presidente da República e os Ministros do Supremo Tribunal Federal em crimes de responsabilidade (CF, art. 52, I e II) e igualmente deverá aprovar por maioria absoluta de seus membros a indicação presidencial para o cargo de Ministro do Supremo Tribunal Federal (CF, art. 52, III). Todos esses instrumentos encontram-se previstos no sistema de freios e contrapesos constitucionais, visando impedir o arbítrio estatal.³⁹

Posto isso, faz-se mister analisar especificamente o contexto brasileiro para analisar se a postura ativista do Supremo Tribunal Federal fere a tripartição dos poderes e, por consequência, a teoria do sistema de freios e contrapesos.

No Brasil, o fenômeno do protagonismo da suprema corte deve-se às omissões inconstitucionais vistas nos Poderes Legislativo e Executivo que se

³⁶MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 30ª Edição. Editora Atlas Jurídico. São Paulo, 2014.

³⁷MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 30ª Edição. Editora Atlas Jurídico. São Paulo, 2014.

³⁸ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 30ª Edição. Editora Atlas Jurídico. São Paulo, 2014.

³⁹ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 30ª Edição. Editora Atlas Jurídico. São Paulo, 2014.

comportam de maneira estéril frente a efetivação dos direitos fundamentais e, sobretudo, da promoção da justiça social.

Diante desse cenário, o Supremo Tribunal Federal tem sido cada vez mais atuante no sentido de suprir esse hiato deixado pelo parlamento e pelo executivo, o que torna possível a relativização da teoria da tripartição dos poderes, uma vez que não existe direito ou teoria absoluta no nosso ordenamento jurídico.

Isto é, diante de um conflito de valores, o intérprete se utilizará da técnica da ponderação de valores no sentido sopesar os direitos em questão e, naquele caso concreto, dizer qual irá prevalecer. Nesse trajeto segue André Ramos Tavares (2017):

Modernamente têm sido propostas novas classificações das funções do Estado, com bases mais científicas e tendo em vista a realidade histórica em que cada Estado se encontra. A realidade já se incumbe de desmistificar a necessidade de poderes totalmente independentes, quanto mais numa distribuição tripartite. Ademais, a tese da absoluta separação entre os poderes os tornaria perniciosos e arbitrários.⁴⁰

Logo, tornar a teoria da tripartição dos poderes um valor intangível e impassível de relativização, permite ao Executivo e ao Legislativo cometer omissões livremente prejudicando direitos constitucionais dos transeuntes, sem falar na sensação de impunidade que assola o solo brasileiro

Conforme preleciona de maneira maestral, Luís Roberto Barroso afirma:

A idéia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.⁴¹

⁴⁰ TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 15 ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

⁴¹ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Revista Atualidades Jurídicas – Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB. Ed.

Dessa forma, o judiciário está autorizado a impor condutas que se coadunem com o texto constitucional mesmo diante da ausência de norma expressa disciplinando tal assunto, e é nesse tema que entra a execução da pena confirmada em segunda instância, pois não há norma constitucional expressa disciplinando tal conteúdo.

Portanto, do ponto de vista teórico, já possuímos o conteúdo necessário para analisar de forma sistemática o Habeas Corpus nº 126.192 e extrair os elementos que permitiram que o STF tivesse a tão falada postura ativista.

5. O JULGAMENTO DO HABEAS CORPUS Nº 126.192

Preliminarmente, é preciso ressaltar que perdurou por muito tempo (desde 1991) entendimento jurisprudencial no sentido de ser possível a execução provisória de sentença penal ainda não transitada em julgado, sem qualquer necessidade de demonstrar os elementos que configurassem hipótese de prisão preventiva conforme artigo 312 do CPP.⁴²

A raiz desse pensamento jurídico se pautava no artigo 637 do Código de Processo Penal que aduz o seguinte: “O recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para a execução da sentença.”⁴³

A discussão se baseava na ausência de efeito suspensivo do recurso extraordinário, sendo assim, ainda que o indivíduo condenado interpusse o referido recurso, nada impediria sua prisão, nem mesmo a falta de pressuposto de garantia da ordem pública, da ordem econômica, conveniência da instrução criminal ou para assegurar aplicação da lei penal, notadamente os requisitos que, se presentes, autorizam a decretação da prisão preventiva.⁴⁴

⁴² LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 5ª ed.- Salvador: Editora Juspodivm, 2017. p. 46

⁴³ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 5ª ed.- Salvador: Editora Juspodivm, 2017. p. 46

⁴⁴ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 5ª ed.- Salvador: Editora Juspodivm, 2017. p. 46

Acompanhando esse entendimento do STF, o Superior Tribunal Justiça editou súmula com os seguintes dizeres: “a interposição de recurso, sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória não obsta a expedição de mandado de prisão.”⁴⁵

Consequentemente, o recolhimento ao cárcere ocorria de forma automática em razão da condenação, mesmo que o sujeito tivesse a possibilidade de interpor o recurso especial e o recursos extraordinário.⁴⁶

Entretanto, a suprema corte, em 2009, julgou o Habeas Corpus nº 84.078, onde alterou drasticamente o entendimento anteriormente exposto, condicionando a execução da pena e a consequente prisão do acusado ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória.⁴⁷

Portanto, em linhas gerais, o plenário do STF chefiou o raciocínio de que antes do trânsito em julgado não haveria possibilidade início da execução da pena, salvo se presente os pressupostos da preventiva. Quem contrariasse tal pensamento emitiria decisão violadora do princípio da presunção de inocência.⁴⁸

No entanto, novamente o Pretório Excelso foi convidado a proferir juízo de valor sobre o tema, isso ocorreu no julgamento objeto desse trabalho, qual seja, a análise do Habeas Corpus 126.292, que teve sua conclusão no dia 17 de fevereiro de 2016.⁴⁹

Nessa sessão, o Supremo Tribunal decidiu, por maioria de votos (7 a 4), que é possível a execução provisória de acórdão penal condenatório publicado em grau de recurso, ainda que passível de ajuizamento de recurso especial ou extraordinário, novamente sendo desnecessário demonstrar os requisitos da prisão cautelar.⁵⁰

Assim sendo, é exequível a prisão daquele que tenha contra si condenação confirmada em segundo grau mesmo sem a ocorrência do trânsito em julgado, e tal

⁴⁵ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 5ª ed.- Salvador: Editora Juspodivm, 2017. p. 46

⁴⁶ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 5ª ed.- Salvador: Editora Juspodivm, 2017. p. 46

⁴⁷ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 5ª ed.- Salvador: Editora Juspodivm, 2017. p. 46-47

⁴⁸ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 5ª ed.- Salvador: Editora Juspodivm, 2017. p. 47

⁴⁹ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 5ª ed.- Salvador: Editora Juspodivm, 2017. p. 47

⁵⁰ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 5ª ed.- Salvador: Editora Juspodivm, 2017. p. 47

prática não tem o condão de ferir o princípio constitucional da presunção de inocência.⁵¹

Neste ensejo, passa-se a análise, minuciosa, dos argumentos esposados nessa decisão histórica que novamente alterou a jurisprudência brasileira e que tem um impacto de grande relevância na tentativa de coibir a indústria de recursos e a sensação de impunidade.

Primeiramente, é imprescindível que se assegure um equilíbrio entre a efetividade da jurisdição penal e o princípio da inocência, pois aquela não se limita apenas em servir aos acusados, mas também à coletividade.⁵²

Luís Roberto Barroso brilhantemente defende a ponderação do princípio da presunção de inocência com outros princípios constitucionais de igual valor que com aqueles sejam conflituosos, segue as lições do Ministro do STF:

A presunção de inocência é princípio (e não regra) e, como tal, pode ser aplicada com maior ou menor intensidade, quando ponderada com outros princípios ou bens jurídicos constitucionais colidentes. No caso específico da condenação em segundo grau de jurisdição, na medida em que já houve demonstração segura da responsabilidade penal do réu e finalizou-se a apreciação de fatos e provas, o princípio da presunção de inocência adquire menor peso ao ser ponderado com a efetividade da lei penal (CF/1988, arts. 5º, caput e LXXVIII e 144).⁵³

Por fim, é preciso trazer à baila o arremate do Ministro Barroso:

A Constituição brasileira não condiona a prisão – mas sim a culpabilidade – ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória. O pressuposto para a privação de liberdade é a ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, e não sua irrecorribilidade. Leitura sistemática dos incisos LVII e LXI do art. 5º da Carta de 1988.⁵⁴

Nessa linha, outro argumento que sustentou a prolação da decisão foi que o campo das instâncias ordinárias limita-se ao exame de fatos e provas, dessa forma,

⁵¹ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 5ª ed.- Salvador: Editora Juspodivm, 2017. p. 46

⁵² LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 5ª ed.- Salvador: Editora Juspodivm, 2017. p. 47

⁵³ STF, **Habeas Corpus nº 126.192/SP**. Relator: Ministro Teori Zavascki. Plenário. Data do Julgamento: 17/02/2016. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=310153> > Acesso em 20 de out. 2018

⁵⁴ STF, **Habeas Corpus nº 126.192/SP**. Relator: Ministro Teori Zavascki. Plenário. Data do Julgamento: 17/02/2016. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=310153> > Acesso em 20 de out. 2018

nada mais justo que atribuir a tais julgadores o mister de decidir sobre a responsabilização criminal do acusado.⁵⁵

Vale dizer, o duplo grau de jurisdição é garantido apenas nas instâncias ordinárias, de modo que tal princípio não tutela o recurso extraordinário e o especial, pois estes se limitam ao direito em si e, sobretudo, na busca pela uniformização da jurisprudência. Ou seja, recursos para as cortes especiais não se prestam a examinar fatos e provas.⁵⁶

O ministro Edson Fachin observa de forma precisa que “a finalidade que a Constituição persegue não é outorgar uma terceira ou quarta chance para a revisão de um pronunciamento jurisdicional com o qual o sucumbente não se conforma e considera injusto.”⁵⁷

Nesse mesmo caminho, pontua o Ministro Teori Zavascki:

Nessas circunstâncias, tendo havido, em segundo grau, um juízo de incriminação do acusado, fundado em fatos e provas insuscetíveis de reexame pela instância extraordinária, parece inteiramente justificável a relativização e até mesmo a própria inversão, para o caso concreto, do princípio da presunção de inocência até então observado. Faz sentido, portanto, negar efeito suspensivo aos recursos extraordinários, como o fazem o art. 637 do Código de Processo Penal e o art. 27, § 2º, da Lei 8.038/1990.⁵⁸

Acrescente-se que, mais um fundamento a permitir a execução da pena confirmada em segundo grau é a viabilidade da famosa Lei da Ficha Limpa considerar inelegíveis aqueles que tenham contra si acordão condenatório pelos crimes nela elencados. Sendo assim, o Supremo Tribunal Federal considerou como constitucional tal permissão.⁵⁹

Em outras palavras, aqueles políticos que tenha condenação eleitoral proferida por algum tribunal regional eleitoral já não se consideram aptos a disputar

⁵⁵ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 5ª ed.- Salvador: Editora Juspodivm, 2017. p. 47

⁵⁶ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 5ª ed.- Salvador: Editora Juspodivm, 2017. p. 47

⁵⁷ STF, **Habeas Corpus nº 126.192/SP**. Relator: Ministro Teori Zavascki. Plenário. Data do Julgamento: 17/02/2016. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=310153> > Acesso em 20 de out. 2018

⁵⁸ STF, **Habeas Corpus nº 126.192/SP**. Relator: Ministro Teori Zavascki. Plenário. Data do Julgamento: 17/02/2016. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=310153> > Acesso em 20 de out. 2018

⁵⁹ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 5ª ed.- Salvador: Editora Juspodivm, 2017. p. 47

os certames eleitorais, sem que isso configure violação ao princípio da presunção de inocência.

Nesse ínterim, o saudoso Ministro Teori Zavascki colaciona o entendimento da Ministra Ellen Gracie no julgamento do HC 85.886, “em país nenhum do mundo, depois de observado o duplo grau de jurisdição, a execução de uma condenação fica suspensa, aguardando referendo da Corte Suprema”.⁶⁰

Para corroborar tal entendimento, Teori apresenta um estudo robusto realizado por Luiza Cristina Frischeisen, Mônica Nicida Garcia e Fábio Gusman, elas demonstram como o direito comparado trata essas situações de execução da pena em segunda instância.⁶¹

Em síntese, cumpre afirmar que Inglaterra, Estados Unidos, Canadá, Alemanha, França, Portugal, Espanha e Argentina, embora tenham em seus ordenamentos jurídicos o brocardo da presunção de inocência, todos admitem a execução da pena quando é confirmada em segundo grau de jurisdição.⁶²

Além disso, a possibilidade da execução da pena sem o trânsito em julgado impede a proliferação de recursos protelatórios, o que na visão de Barroso “permite tornar o sistema de justiça criminal mais funcional e equilibrado”.⁶³

Sendo assim, reduz-se a sensação de impunidade vivenciada no seio social e a ideia de que a justiça tem um olho desvelado, de modo a ter práticas distintas com pessoas em situação de igual antijuridicidade, em razão do poderio econômico, respeitabilidade ou relevância social.

Em outras palavras, utilizando-se de um silogismo básico, se é preciso de dinheiro para movimentar a máquina judiciária até suas últimas instâncias, sendo o réu pobre desprovido de recursos e a defensoria pública carecedora de estrutura,

⁶⁰ STF, **Habeas Corpus nº 126.192/SP**. Relator: Ministro Teori Zavascki. Plenário. Data do Julgamento: 17/02/2016. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=310153> > Acesso em 20 de out. 2018

⁶¹ STF, **Habeas Corpus nº 126.192/SP**. Relator: Ministro Teori Zavascki. Plenário. Data do Julgamento: 17/02/2016. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=310153> > Acesso em 20 de out. 2018

⁶² STF, **Habeas Corpus nº 126.192/SP**. Relator: Ministro Teori Zavascki. Plenário. Data do Julgamento: 17/02/2016. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=310153> > Acesso em 20 de out. 2018

⁶³ STF, **Habeas Corpus nº 126.192/SP**. Relator: Ministro Teori Zavascki. Plenário. Data do Julgamento: 17/02/2016. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=310153> > Acesso em 20 de out. 2018

pode-se afirmar, por sua vez, que o acusado miserável não terá o mesmo acesso a justiça do que o rico ou empresário, sob a ótica do mesmo delito.⁶⁴

É justamente por isso que o Ministro Luís Roberto Barroso adverte que: “diminui o grau de seletividade do sistema punitivo brasileiro, tornando-o mais republicano e igualitário, bem como reduz os incentivos à criminalidade de colarinho branco, decorrente do mínimo risco de cumprimento efetivo da pena”.⁶⁵

Em conclusão, Barroso disciplina que a mudança jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal:

Promove a quebra do paradigma da impunidade do sistema criminal, ao evitar que a necessidade de aguardar o trânsito em julgado do recurso extraordinário e do recurso especial impeça a aplicação da pena (pela prescrição) ou cause enorme distanciamento temporal entre a prática do delito e a punição, sendo certo que tais recursos têm ínfimo índice de acolhimento.⁶⁶

De mais a mais, Zavascki finaliza apontando que diante da possibilidade de eventuais arbitrariedades e equívocos praticados pelas instâncias ordinárias, existem diversos instrumentos que irão assegurar ao acusado a plenitude do devido processo legal, tais como medidas cautelares com efeito suspensivo ao recurso especial ou extraordinário e até mesmo a impetração de Habeas Corpus.⁶⁷

Dessa forma, não merece prosperar o argumento de que a possibilidade de execução de pena somente com base no juízo de valor das instâncias ordinárias geraria um prejuízo ao acusado, pensar diferente seria, inclusive, diminuir a jurisdição dos juízes de primeiro e segundo grau, haja vista a inexistência de hierarquia do ponto de vista jurisdicional, principalmente porque é o ofício destes, por excelência, analisar o arcabouço fático-probatório.

⁶⁴ STF, **Habeas Corpus nº 126.192/SP**. Relator: Ministro Teori Zavascki. Plenário. Data do Julgamento: 17/02/2016. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=310153> > Acesso em 20 de out. 2018

⁶⁵ STF, **Habeas Corpus nº 126.192/SP**. Relator: Ministro Teori Zavascki. Plenário. Data do Julgamento: 17/02/2016. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=310153> > Acesso em 20 de out. 2018

⁶⁶ STF, **Habeas Corpus nº 126.192/SP**. Relator: Ministro Teori Zavascki. Plenário. Data do Julgamento: 17/02/2016. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=310153> > Acesso em 20 de out. 2018

⁶⁷ STF, **Habeas Corpus nº 126.192/SP**. Relator: Ministro Teori Zavascki. Plenário. Data do Julgamento: 17/02/2016. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=310153> > Acesso em 20 de out. 2018

Em suma, nota-se por todos esses fundamentos ora analisados que a postura ativista do Supremo Tribunal Federal é benéfica, uma vez que a omissão deixada pelo Legislativo com relação a impunidade do sistema jurídico penal e de sua efetividade, legitimou a suprema corte a interpretar, aprofundar e realçar o alcance dos valores da justiça social.

6. CONCLUSÃO

Tomando como base todo o esforço teórico apresentado nesse trabalho, cumpre-nos afirmar que o Supremo Tribunal Federal no julgamento do Habeas Corpus nº 126.192 teve uma postura ativista positiva, pois essa mudança de entendimento se coaduna com os anseios sociais.

Fazendo um exercício de lógica, se o Supremo Tribunal Federal tem a incumbência de ser o Guardião da Constituição e esta tem o objetivo de exprimir os valores do seu povo, nada mais justo do que a suprema corte decidir de acordo com os desejos da coletividade.

Sendo assim, ao longo da pesquisa, foi exposto que o princípio da presunção de inocência é um valor ímpar para o ordenamento jurídico, mas não é absoluto e, como tal, defrontando-se diante de outro princípio de igual valor (nesse caso o da efetividade da lei penal) poderá ser sopesado e relativizado em razão da técnica da ponderação.

Vale dizer, ainda, que vivemos um contexto em que o povo brasileiro tornou-se inflexível com a corrupção e com a criminalidade, de forma que o sentimento de impunidade tem sido, aos poucos, varrido e essa postura do STF vem justamente respaldar esse entusiasmo.

O que se percebeu é que no Brasil os poderosos/criminosos se utilizavam do princípio da presunção como um escudo, sendo que tal arma gerava inúmeros problemas para a justiça brasileira.

Um deles é o incentivo a produção *taylorista* de recursos procrastinadores, gerando gasto desnecessário para a administração pública, seja pelo tempo para

julgá-los, seja pelos recursos que já são insuficientes para a efetiva aplicação da lei penal.⁶⁸

Analisando, detidamente, a temática em apreço, cumpre invocar os preciosos e esclarecedores dados colacionados pelo Ministro Luís Roberto Barroso, quais sejam:

No mundo real, o percentual de recursos extraordinários providos em favor do réu é irrisório, inferior a 1,5%. Mais relevante ainda: de 01.01.2009 a 19.04.2016, em 25.707 decisões de mérito proferidas em recursos criminais pelo STF (Res e agravos), as decisões absolutórias não chegam a representar 0,1 % do total de decisões.⁶⁹

Dessa forma, percebe-se que o grau de provimento de recursos que modifiquem a decisão confirmada em segundo grau é ínfimo, o que demonstra mais uma razão pela possibilidade da execução sem o trânsito em julgado.

O entendimento contrário ao esposado pela suprema corte contribuiu inegavelmente para majorar a falta de credibilidade que a sociedade tem perante à justiça criminal.

Ter que esperar necessariamente pela ocorrência do trânsito em julgado para se iniciar uma execução penal contribui efetivamente para o proliferamento de casos de prescrição da pretensão punitiva, além disso, gera uma sensação de impunidade graças ao espaçamento entre o momento do cometimento do delito e de sua efetiva punição.

No entanto, com a possibilidade de execução da pena oriunda de sentença penal condenatória confirmada em segundo grau o que se tem é sensação de justiça social, pois o indivíduo tem duas chances de se defender dos elementos fático-probatórios e que se for condenado já terá sua prisão decretada, embora ainda possa comprovar sua inocência mediante o ajuizamento dos recursos extraordinários para as cortes maiores.

⁶⁸ STF, **Habeas Corpus nº 126.192/SP**. Relator: Ministro Teori Zavascki. Plenário. Data do Julgamento: 17/02/2016. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=310153> > Acesso em 20 de out. 2018

⁶⁹ STF, **Habeas Corpus nº 126.192/SP**. Relator: Ministro Teori Zavascki. Plenário. Data do Julgamento: 17/02/2016. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=310153> > Acesso em 20 de out. 2018

Portanto, o presente trabalho consuma-se pela constitucionidade da decisão proferida no acórdão do HC 126.192, pois tal julgamento constitui um marco histórico na jurisprudência brasileira e presta um serviço de notável mister no combate à impunidade e à corrupção.

REFERÊNCIAS

BECARRIA, Cesare Bonesana, Marchesi de. **Dos delitos e das penas**. 5ª ed. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2000

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: Parte Geral**, Vol. I. 17ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**. São Paulo. Malheiros Editora, 2001

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 5ª ed.- Salvador: Editora Juspodivm, 2017.

LOPES JR. Aury, **Direito Processual Penal**, 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocência Mártires. **Curso de direito constitucional**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva. 2014.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 18ª Ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 30ª Edição. Editora Atlas Jurídico. São Paulo, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 11ª Ed. Rio de Janeiro: GEN, 2014

OLIVEIRA, Eugênio Pacceli de. **Curso de Processo Penal**. 17ª Ed. São Paulo: Atlas, 2013

PAGANELLI, Celso Jeferson messias, 1973 **Ativismo Judicial: paradigmas atuais/** José Antonio Gomes Ignácio Junior, Alexandre Gazetta Simões.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14^a ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial- Parâmetros Dogmáticos**. São Paulo: Saraiva. 2010.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 18^a ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2011.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25^a edição, São Paulo. Malheiros Editores, 2005.

STF, **Habeas Corpus nº 126.192/SP**. Relator: Ministro Teori Zavascki. Plenário. Data do Julgamento: 17/02/2016. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=310153> > Acesso em 20 de out. 2018

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 15 ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

.
TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**, vol. 1. 34^a ed. São Paulo: Saraiva 2012.