

**CENTRO UNIVERSITÁRIO TABOSA DE ALMEIDA- ASCES/ UNITA  
BACHARELADO EM DIREITO**

**OFENSA À NÃO CULPABILIDADE E A SEGURANÇA JURÍDICA  
PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL? UMA ANÁLISE  
SISTEMÁTICA DO JULGAMENTO DO HC 126.292/SP.**

**JACIARA MILENI DE MENDONÇA NOGUEIRA**

**CARUARU**

**2017**

**JACIARA MILENI DE MENDONÇA NOGUEIRA**

**OFENSA À NÃO CULPABILIDADE E A SEGURANÇA JURÍDICA  
PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL? UMA ANÁLISE  
SISTEMÁTICA DO JULGAMENTO DO HC 126.292/SP.**

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado ao Centro  
Universitário Tabosa de Almeida - ASCES/ UNITA, como  
requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em  
Direito.

Orientador: Prof. Msc. Luis Felipe Andrade Barbosa

**CARUARU**

**2017**

BANCA EXAMINADORA

Aprovado em: \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_

---

Presidente: Prof.

---

Primeiro Avaliador: Prof.

---

Segundo Avaliador: Prof.

## RESUMO

O Supremo Tribunal Federal (STF) tem como função precípua a conservação das normas constitucionais bem como de todos os seus princípios, incumbindo-lhe a realização de interpretação do ordenamento jurídico em conformidade com o que dispõe a Constituição Federal de 1988. A presunção de não culpabilidade é um princípio previsto na Constituição Federal que garante o estado de inocência a toda pessoa acusada em processo penal até que transite em julgado a sentença penal condenatória. O último posicionamento do STF, firmado através do julgamento do *Habeas Corpus* (HC) 126.292/SP, foi no sentido de que a execução provisória da pena não ofende este princípio; entretanto, através de uma análise textual do que dispõe o art. 5º, LVII da CF é possível perceber que estamos diante de uma possível afronta a dispositivo constitucional por parte do órgão que deveria resguardá-la. Ademais, a análise dessa questão é de suma importância, visto que essa matéria vem sendo discutida no STF de acordo com a mudança de composição do tribunal, que, por sua vez, nos leva a uma situação de insegurança jurídica, pois muda-se o que acredita como constitucional de acordo com a mudança dos componentes do Supremo. Desse modo, através do método hipotético-dedutivo, este artigo tem como objetivo a análise do entendimento firmado pelo STF e sua possível violação a dispositivo constitucional, a possível sobreposição do Poder Judiciário ao Poder Legislativo, caracterizando ofensa à separação de poderes, e ainda, a caracterização de insegurança jurídica frente a instabilidade da questão no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

**Palavras-Chave:** Presunção de não culpabilidade; Supremo Tribunal Federal; Separação de poderes; Execução provisória da pena; insegurança jurídica.

## ABSTRACT

The Brazilian Supreme Court (STF) has as its main function the preservation of constitutional norms and all its principles, and it is incumbent on it to interpret the legal system in accordance with the provisions of the Federal Constitution of 1988. The presumption of no Guilty is a principle established in the Federal Constitution that guarantees the state of innocence to every person accused in criminal proceedings until the conviction sentence has passed. The last position of the STF, signed through the judgment of Habeas Corpus (HC) 126,292, was in the sense that the provisional execution of the sentence does not offend this principle, however, through a textual analysis of what is available in art. 5º, LVII of the CF it is possible to perceive that we are facing a possible affront to constitutional device by the organ that should protect it. In addition, the analysis of this issue is extremely important, since this matter has been discussed in the STF according to the change of composition of the court, which, in turn, leads us to a situation of legal insecurity, as the Which he believes to be constitutional according to the change of the components of the Supreme. Thus, through the hypothetic-deductive method, this article has the objective of analyzing the understanding signed by the STF and its possible violation of the constitutional provision, possible overlapping of the Judiciary to the Legislative Branch, characterizing offense to the separation of powers, and Characterization of legal uncertainty regarding the instability of the issue in the scope of the Brazilian Supreme Court.

**Keywords:** Presumption of non-culpability; Brazilian Supreme Court; Separation of powers; Provisional execution of sentence; juridical insecurity.

## SUMÁRIO

Resumo.....	3
1 INTRODUÇÃO.....	5
2 O princípio constitucional da não culpabilidade e o histórico da questão no STF.....	6
3 A caracterização de insegurança jurídica frente a instabilidade da questão no Supremo.....	11
4 A separação dos poderes e a possível sobreposição do Supremo Tribunal Federal ao Poder Legislativo.....	18
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	22
Referências.....	26

## 1 INTRODUÇÃO

O Supremo Tribunal Federal (STF), consagrado como guardião da Constituição pelo art. 102 da CF/88, em julgamento de *Habeas Corpus* (HC) considerou que é possível a execução provisória da pena após a condenação do réu em segunda instância. Tal posicionamento importou em mudança no entendimento anterior desta Corte acerca da possibilidade da execução provisória da pena.

A decisão em comento deu ensejo a duas Ações Declaratórias de Constitucionalidade<sup>1</sup>, onde foi firmado novo entendimento da Suprema Corte, sendo este a possibilidade da execução provisória da pena.

Com a mudança de entendimento do STF, é possível que tenha ocorrido violação ao princípio da não culpabilidade, previsto na Constituição Federal, abrindo-se um precedente a ser aplicado pelas instâncias inferiores. Trata-se de suposta violação a um importantíssimo princípio previsto na CF/88, oriundo de países que não adotam o sistema autoritário.

Da leitura do art. 5º, LVII, CF/88, é possível perceber que o limite temporal estabelecido para a cessação do princípio da não culpabilidade é o trânsito em julgado da sentença penal condenatória; sendo assim, com a consideração de que é possível a execução da pena antes de transitada em julgado a sentença penal condenatória, provavelmente, estaria conferindo legalidade à prisão de pessoa considerada inocente fora das hipóteses excepcionais previstas no art. 283 do CPP.

Além de demonstrar a possível violação a princípio Constitucional por parte do Supremo Tribunal Federal, o presente trabalho também busca demonstrar a caracterização de insegurança jurídica gerada pelo STF sobre o tema em questão, buscando verificar um aparente grau de subjetivismo nos votos proferidos pelos membros da Suprema Corte.

Sendo assim, através de uma análise comparativa de julgados sobre a matéria, é possível perceber a potencial caracterização de instabilidade do posicionamento do STF sobre o tema que, de certa forma, acaba por demonstrar a fragilidade do Poder Judiciário, bem como a ausência de previsibilidade da relação entre o Tribunal e o jurisdicionado. Tal situação torna-se ainda mais evidente com a demonstração de ausência de seguimento pelo próprio STF do entendimento firmado no julgamento do HC 126.292/SP, e a sinalização de possível mudança de entendimento por parte de alguns componentes da Corte.

Ademais, além dos objetivos supracitados, o presente trabalho tem como escopo a

---

<sup>1</sup> ADC's 43 e 44

demonstração de possível sobreposição do Poder Judiciário ao Poder Legislativo, haja vista a probabilidade de que o STF, ao considerar possível a execução provisória da pena, acabou por conferir sentido diverso ao art. 5º, LVII, da CF.

Questões como o sistema recursal e eventuais demoras na prestação jurisdicional foram levadas em consideração no momento de mudança de entendimento da Corte; entretanto é sabido que eventual mudança acerca do que dispõe os diplomas legais infraconstitucionais ou até mesmo de texto contido na Constituição Federal devem advir do Poder Legislativo, haja vista que a este compete a mudança/elaboração de leis.

Sendo assim, através de uma análise textual dos votos proferidos no HC 126.292/SP bem como do que dispõe a disposição normativa contida no art. 5º, LVII, CF e ainda, as disposições contidas em legislação infraconstitucional acerca dos requisitos para a privação de liberdade de pessoa ainda considerada inocente, este trabalho busca identificar uma possível postura ativista do STF sobre a questão, numa espécie de sobreposição de poderes.

Levando-se em consideração todas as finalidades supracitadas o trabalho debruça-se sobre o histórico da questão e a violação ao princípio constitucional da não culpabilidade, a caracterização de insegurança jurídica haja vista a inconstância do tema no âmbito do STF e, ainda, a atitude fora dos seus limites de competência, caracterizando uma possível violação a separação de poderes pela Suprema Corte.

## **2 Princípio constitucional da não culpabilidade e o histórico da questão no STF.**

O princípio constitucional da não culpabilidade teve sua primeira previsão legal no Brasil através da Constituição Federal de 1988, momento em que foi consagrado expressamente em seu art. 5º inciso LVII. Entretanto, a concepção de não culpabilidade/presunção de inocência surgiu, de maneira legal, pela primeira vez na Declaração de Direitos da Virgínia, promulgada em 12 de junho de 1776, através da qual buscava-se a constatação de poder que emana do povo, bem como a garantia de direitos fundamentais, com forte influência do iluminismo, trazia em seu teor a seguinte afirmação:

Que em todo processo criminal incluídos naqueles em que se pede a pena capital, o acusado tem direito de saber a causa e a natureza da acusação, ser acareado com seus acusadores e testemunhas, pedir provas em seu favor e a ser julgado, rapidamente, por um júri imparcial de doze homens de sua comunidade, sem o consentimento unânime dos quais, não se poderá considerá-lo culpado; tampouco pode-se obrigá-lo a testemunhar contra si própria; e que ninguém seja privado de sua liberdade, salvo por mandado legal do país ou por julgamento de seus pares.

Desse modo, é perceptível que, apesar de não trazer a nomenclatura propriamente dita, o sentido do princípio da não culpabilidade já estava sendo abordado em textos legais com o objetivo de efetivar garantias tidas como fundamentais a todo ser humano.

Posteriormente, após o advento da Revolução Francesa em meados de 1789, o princípio da não culpabilidade também surge na França através da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão que buscava a efetividade dos ideais liberais trazidos pela Revolução Francesa.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão consagrou o princípio da não culpabilidade de maneira expressa, mais precisamente em seu art. 9º, onde proclamava que “todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei”.

Apesar de todo esse aparato histórico sobre o princípio da não culpabilidade, o mesmo só veio a ter grande repercussão legal quando foi consagrado pela Declaração Universal dos Direitos Humanos no ano de 1948, época em que foi criada a Organização das Nações Unidas na metade do século XX, após o fim de guerras mundiais.

Portanto, a Declaração Universal dos Direitos Humanos conferiu visibilidade mundial ao supracitado princípio e o consagrou em seu artigo XI, com a seguinte redação:

Artigo XI. 1. Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.

Tendo o princípio da não culpabilidade reconhecimento em diversos países, após a sua consagração pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, apesar de ausência de previsão deste princípio na legislação brasileira antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, algumas previsões legais já davam um sinal acerca da aceitação do mesmo no ordenamento pátrio.

Temos como exemplo a previsão legal acerca do contraditório e da ampla defesa, que eram previstos antes da Constituição Federal de 1988 e já norteavam os processos brasileiros. Apesar desse reconhecimento implícito, conforme foi afirmado anteriormente, o princípio só veio a ser consagrado de fato no ordenamento brasileiro com o advento da Constituição Federal de 1988, que trouxe a seguinte redação: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.”.

Neste sentido, em conformidade com a redação literal do dispositivo supramencionado, até que transite em julgado a sentença penal condenatória, o indivíduo será considerado apenas acusado, jamais culpado. A Constituição Federal estabelece de forma clara e inequívoca o

marco inicial da declaração de culpa de determinado sujeito, qual seja, o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, que é quando a sentença/acórdão não pode mais ser reformado mediante a interposição e apreciação de recursos.

Desse modo, alguém que está respondendo a processo criminal só poderá ser privado de sua liberdade quando, definitivamente, for declarada sua culpa. Entretanto, o nosso Código de Processo Penal nos traz algumas exceções à regra da privação de liberdade, *in verbis*:

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.

Sendo assim, aquele que esteja respondendo por processo criminal só poderá ser preso durante o curso do processo, leia-se, enquanto ainda não considerado culpado, em casos excepcionais de prisão temporária ou prisão preventiva.

Edilson Pereira de Farias (2008, p. 37) defende que a presunção de não culpabilidade trata-se de um princípio-garantia:

Os princípios-garantia, como o próprio nome já faz alusão, são compostos por aquelas normas constitucionais que propõem diretamente uma garantia individual. A eles são geralmente atribuída especificação ou densidade semelhante às de regras jurídicas. Como traduzem em garantias imediatas para os cidadãos, condensadas em regras diretamente aplicáveis, isto é, como *lex* e não só como *ratio legis*, os princípios em discussão são às vezes mencionados por princípios com forma de proposição jurídica.

Entretanto, apesar da disposição normativa clara e de fácil leitura, nos idos de 1991 o entendimento do Supremo Tribunal Federal, era no sentido de que o princípio constitucional da não culpabilidade não impedia a prisão decorrente de acórdão condenatório, ainda que recorrível, haja vista a ausência de efeito suspensivo nos Recursos Especiais e Extraordinários. Tal entendimento foi firmado no julgamento do HC 68.726 realizado em 26/02/1991:

Habeas corpus – O Plenário desta Corte, ao julgar, em 28.6.91, o HC 68.726, de que foi relator o Ministro Néri da Silveira, decidiu, por unanimidade de votos, que não ofende o princípio do art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal a prisão do réu condenado, embora ainda sem ter transitado em julgado a decisão condenatória, razão por que, aliás, e perfeitamente compatível com o citado dispositivo constitucional a norma do par-2 do art. 27 da Lei 8038/90 que determina que os recursos extraordinário e especial serão recebidos no “efeito devolutivo”. Habeas Corpus indeferido.

Nessa situação, o STF não estava tratando das possibilidades previstas no art. 283 CPP, pois nessa ocasião este artigo não tinha a mesma redação dos dias atuais, tendo sido alterada no ano de 2011, mas sim de efetivo cumprimento da pena antes do trânsito em julgado.

Da leitura do acórdão proferido quando em julgamento o HC 68.726, é possível perceber que a única fundamentação colacionada ao voto do relator para a possibilidade de execução provisória da pena foi a questão da não atribuição de efeito suspensivo ao REsp e RE, o que por si só não pode ser considerado como motivo ensejador de relativização de princípio constitucional.

Apesar de ter firmado entendimento nesse sentido, no início de 2009, houve uma alteração do entendimento da Corte Superior no julgamento do HC 84.078 realizado em 02/02/2009, onde, por sete votos a quatro, foi firmado o entendimento de que, em razão do princípio constitucional da não culpabilidade, inexistente a possibilidade de execução da pena antes que tenha transitado em julgado a sentença/acórdão condenatório.

Nessa situação, o entendimento da maioria dos ministros foi no sentido de que independentemente da inexistência do efeito suspensivo aos Recursos Especiais e Extraordinários, considerar possível a execução da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória implicaria em enorme afronta a dispositivo constitucional, assim como ao direito de contraditório e ampla defesa do acusado. O Ministro Eros Grau (HC 84.078), relator no julgamento supracitado compôs a ementa com a seguinte afirmação:

A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. A ampla defesa, não se pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão.

Além da argumentação supra, o Min. Eros Grau também considerou que a alegação de que a mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal iria sobrecarregá-lo de recursos, não era apta a violar direito fundamental da não culpabilidade.

Portanto, no ano de 2009 o Supremo Tribunal Federal modificou o seu entendimento e considerou a execução provisória da pena como afronta ao art. 5º, LVII, CF. Nesta ocasião, considerou-se que a inefetividade da função jurisdicional não pode servir como requisito para o cumprimento provisório da pena.

Após o assunto ter sido levado até a Suprema Corte por duas vezes, gerando, inclusive, grandes debates entre os componentes do STF e de muitos doutrinadores, no ano de 2016, mais uma vez, houve o questionamento acerca da possibilidade de execução provisória da pena após condenação em segunda instância.

Sendo assim, através de um julgamento de *Habeas Corpus*, o STF decidiu rever o entendimento já firmado anteriormente acerca da impossibilidade de execução enquanto não

transitada em julgado a sentença penal condenatória. Nessa ocasião a Corte decidiu, por sete votos a quatro, que a execução penal após a condenação em segunda instância não constitui violação ao princípio constitucional da não culpabilidade.

O entendimento da maioria dos ministros do STF foi totalmente oposto ao que já tinha sido consolidado através do HC 84.078. Uma das fundamentações trazidas como favoráveis à modificação do entendimento do Supremo sobre a execução provisória da pena foi a consideração por parte de alguns ministros de que era preciso conferir maior efetividade ao sistema jurisdicional penal.

Acreditou-se que seria necessária a efetiva ponderação entre o princípio da efetividade do sistema jurisdicional e a presunção de não culpabilidade. Afirmou-se, ainda, que o princípio da não culpabilidade vai perdendo sua força com o avançar do processo. Uma outra questão foi levantada pelo Ministro Luís Roberto Barroso (HC 126.292) ao aduzir que “enquanto princípio, tal presunção pode ser restringida por outras normas de estatura constitucional (desde que não se atinja o seu núcleo essencial), sendo necessário ponderá-la com os outros objetivos e interesses em jogo”.

O eminente ministro considerou que, por se tratar de um princípio, trata-se de um “estado-ideal” e não de uma situação objetiva como ocorre nas regras. Desse modo, considera que a restrição de um determinado princípio não significa especificamente a sua desconsideração. Entretanto, é importante salientar que não há gradação quanto a nível de desrespeito a um bem jurídico assegurado por um princípio constitucional, que serve como vetor de interpretação ao aplicador da norma.

A restrição por menor que seja feita a um princípio, não deixa de ser uma restrição porque, aparentemente, possui menor grau de ofensa. Ademais, o princípio funciona como garantia a unidade da Constituição Brasileira, restringi-lo mesmo que seja minimamente implica em ofensa a própria Constituição Brasileira.

Ao longo do seu voto, o supracitado Ministro considerou que na presente questão estavam em “choque” dois interesses constitucionais, quais sejam, o princípio da não culpabilidade e a efetividade da lei penal. Sendo assim, considerou ser necessária a harmonização entre esses, pois considera que a impossibilidade de cumprimento efetivo da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória seria uma violação à efetividade da lei penal.

Pautar a possibilidade da execução provisória na garantia de credibilidade do Poder Judiciário demonstra a fraqueza da argumentação favorável a esse posicionamento. O

descrédito acerca da efetividade do sistema punitivo deve ser combatido com uma efetiva reforma no sistema processual, jamais se restringindo um direito fundamental.

Portanto, é possível perceber que não se trata de uma harmonização de princípios, mas sim de uma restrição completa de um princípio em favor de uma diminuição na quantidade de recursos a serem analisados pelo STF; trata-se de manobra a fim de considerar legal a prisão de pessoa considerada inocente fora das hipóteses das prisões processuais.

O que ocorreu de fato foi uma modificação no texto constitucional e infraconstitucional, uma evidente alteração do verdadeiro sentido do princípio da não culpabilidade, reduzindo-o apenas à questão do ônus probatório.

É certo que os princípios não possuem grau de importância e, estando em conflito, deve ser feita uma ponderação entre os dois ou mais princípios conflitantes. Porém, o que ocorreu no presente caso não foi uma harmonização, mas uma completa restrição de princípios.

Portanto, atualmente, o entendimento do Supremo Tribunal Federal é no sentido de relativização do princípio da presunção de inocência, levando-se em consideração a impossibilidade de análise de fatos e provas no julgamento dos Recursos Especiais e Extraordinários, a garantia de efetividade da função jurisdicional, e ainda, o fim da seletividade do sistema penal.

Assim sendo, da análise histórica da questão no STF, é possível concluir pela total instabilidade no que se refere à concretização de um princípio constitucional. Desse modo, é importante a análise acerca da caracterização de insegurança jurídica na matéria, a partir da consideração da *ratio decidendi* dos votos proferidos, assim como a possível violação à separação de poderes pelos membros do STF.

### **3 A caracterização de insegurança jurídica frente a instabilidade da questão no Supremo.**

*“Vossa Excelência vai mudando a jurisprudência de acordo com o réu, isso não é Estado de Direito, é Estado de compadrio. Juiz não pode ter correligionário” (BARROSO, 2017).*

No que se refere à possibilidade de execução provisória da pena, como já foi visto no tópico anterior, sempre se tratou de questão controversa pelos próprios membros do Supremo Tribunal Federal, vindo este a decidir de maneiras diversas em vários momentos. A instabilidade dos aplicadores da norma frente à interpretação do art. 5º, LVII da CF é fato incontroverso.

Em suma, o que vem sendo observado no âmbito do STF é a adaptação da Constituição Federal ao entendimento dos componentes da Corte, a respeito do tema preleciona Ives Gandra da Silva Martins (2016):

O fato é que qualquer novo integrante da Suprema Corte adaptava-se, no passado, rapidamente ao espírito próprio do Colegiado prestigiando sua jurisprudência. Dizia-se, então, como referi-me inicialmente, que a Justiça fazia-se nas instâncias inferiores, cabendo ao Pretório Excelso dar estabilidades às instituições. A rápida mudança, todavia, de sua composição, de um lado, e de outro, a introdução da TV Justiça, que permitiu o acesso às discussões nos Tribunais a círculos não jurídicos, tornou o STF um protagonista além das suas próprias fronteiras, passando de legislador negativo para positivo.

A estabilidade da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal diz respeito a “capacidade do Tribunal firmar entendimento sobre determinada questão e sustentar essa posição”. (KAUFMANN, 2016). Portanto, a estabilidade da jurisprudência no âmbito do STF garante certeza na relação entre Tribunal e jurisdicionado, além de conferir maior força institucional.

A mudança de posicionamento do STF acerca da violação ou não ao princípio constitucional da não culpabilidade com a decretação da execução provisória da pena tem como consequência a externalização da fragilidade institucional: “é que a cada decisão tomada, nasce e se desenvolve uma expectativa socialmente relevante de reversão daquela decisão”. (KAUFMANN, 2016).

O resultado da instabilidade da jurisprudência acaba por interferir no número de interposição de recursos, o que contraria de certa forma a argumentação trazida pelo Ministro Gilmar Mendes (HC 126.292), interpretada como favorável à mudança do entendimento:

E todo dia nós temos aqui essa multiplicidade de embargos de declaração como instrumento e impediendo do trânsito em julgado, que muitas vezes levam também a esse fenômeno da imposição da prescrição, porque, ainda que nós tenhamos todo o cuidado nesse tipo de matéria, e tenhamos hoje até um setor competente no Tribunal para nos advertir do risco da prescrição, o fato é que ela ocorre, e ocorre não por deliberação nossa. Todos nós rezamos para que isso não ocorra. Mas simplesmente a massa de processos não permite que sejamos oniscientes. E infelizmente isso ocorre. Essa massa de recursos faz com que tenhamos esse quadro constrangedor de impunidade.

Entretanto, ao contrário do que argumenta o eminente Ministro, a instabilidade da questão no âmbito do STF acaba por gerar uma expectativa de alteração do posicionamento recém alcançado, que retira a autoridade do Tribunal e, conseqüentemente, “também incentiva o uso e abuso de nosso anacrônico sistema de recursos internos na própria jurisdição constitucional” (KAUFMANN, 2016).

A constante mudança sobre o mesmo tema, acerca do mesmo dispositivo constitucional, acaba por gerar uma expectativa de que o Tribunal a qualquer momento estará prestes a modificar seus axiomas para analisar aquela questão que, na maioria das vezes, é submetida ao Pleno toda vez que muda a composição do Tribunal.

Em vista disso, a ausência de previsibilidade em determinada questão acaba por criar uma situação de insegurança jurídica, conforme afirma José Augusto Delgado (2007, p. 04):

A acentuada imprevisibilidade das decisões judiciais fortalece os males provocados pela insegurança jurídica, contribuindo para enfraquecer o regime democrático. A presença da não uniformidade das decisões judiciais, por inexistência de causas jurídicas justificadoras para a mudança de entendimento por parte dos Tribunais Superiores e do Supremo Tribunal Federal, gera intranquilidade, tornando-se causa aumentativa dos conflitos. Ofende, de modo fundamental, aos princípios do regime democrático e do respeito à dignidade humana, da valorização da cidadania e da estabilidade das instituições.

Desse modo, a decisão do STF em considerar possível a execução provisória da pena, além de ir contra a dispositivo constitucional acaba por majorar uma situação de ausência de credibilidade da própria Corte, principalmente pelo fato de que o dispositivo continua com a mesma redação desde a promulgação da Constituição Federal, alterando-se apenas a composição do Tribunal.

Não é possível que a consideração de determinada repercussão de dispositivo constitucional como ofensor ou não a determinado direito seja baseada apenas no subjetivismo, no que pensa o intérprete da norma no momento de aplicação. A força do STF consiste em demonstrar a adequação ou não da norma criada pelo constituinte ao caso concreto, se determinada ação/omissão deve ser considerada inconstitucional ou não.

Cumprido ao Supremo Tribunal Federal resguardar o texto constitucional; entretanto, no presente caso, ao modificar o entendimento anteriormente firmado pela mesma instituição, o STF agiu de modo a transformar o sentido do princípio constitucional da não culpabilidade, resultando em uma situação de insegurança jurídica.

O extenso grau de subjetivismo na questão torna-se aparente na medida em que em um curto espaço de tempo (2009 a 2016) o que era caracterizado como ofensa a um princípio constitucional de repente deixou de ser, pelo simples fato de mudança de composição do tribunal.

É necessário que seja dada à Constituição a interpretação que melhor se adequa a mesma, independentemente do posicionamento pessoal, ou dos valores subjetivos de cada componente da Corte. Nas palavras de Dimitri Dimoulis (2016, p. 65):

No mundo ideal da segurança jurídica, o Supremo deveria manter coerência em relação aos métodos de interpretação e determinar o valor da “letra” da Constituição. Enquanto não se tomam iniciativas institucionais para tentar estabilizar as interpretações, a crítica que certa decisão não respeitou as formulações da Carta Magna serve apenas para expressar discordâncias com o resultado. Não interessa como se decide, mas o que foi decidido. Acertando ou errando, o Supremo e seus críticos apropriam-se de maneira seletiva e imprevisível da letra da Constituição.

Enquanto a questão da execução provisória da pena estiver baseada em argumentação subjetiva, com base em valores sociais que cada Ministro possui, teremos uma completa situação de insegurança jurídica: “O que “vale”, afinal? A letra da Constituição ou a solução “justa” mediante interpretação livre?”. (DIMOULIS, 2016, p. 64).

No julgamento do HC 84.078/MG o Ministro Gilmar Mendes trouxe inúmeras considerações acerca da impossibilidade de execução provisória da pena, colacionando, a inclusive, legislação de diversos países que impedem a execução provisória da pena, a fim de melhor fundamentar seu voto. Ressalte-se que assim também procedeu ao proferir voto no julgamento do HC 126.292/SP, buscando legislação estrangeira para fundamentar sua decisão, bem como levando em consideração alguns aspectos que, quando mencionados no julgamento anterior, foram tratados de maneira totalmente inversa.

O supracitado ministro fez a seguinte afirmação no julgamento do HC 84.078/MG:

Também considero que não se pode conceber como compatível com o princípio constitucional da presunção de inocência qualquer antecipação do cumprimento da pena. Aplicação de sanção antecipada não se compadece com a ausência de decisão condenatória transitada em julgado. Outros fundamentos há para se autorizar a prisão cautelar de alguém (vide art. 312 do Código de Processo Penal). No entanto, o cerceamento preventivo da liberdade não pode constituir um castigo àquele que sequer possui uma condenação definitiva contra si.

Parece evidente, outrossim, que uma execução antecipada em matéria penal configuraria grave atentado contra a própria ideia de dignidade humana. Se se entender, como enfaticamente destacam a doutrina e a jurisprudência, que o princípio da dignidade humana não permite que o ser humano se convale em objeto da ação estatal, não há como compatibilizar semelhante ideia com a execução penal antecipada.

É perceptível a perfeita pertinência e coerência do voto supracitado com o que dispõe o art. 5º, LVII da CF, visto que difere a execução provisória das prisões cautelares previstas na legislação infraconstitucional, informa a necessidade de preenchimento dos requisitos do art. 312 do CPP para que seja decretada prisão antes do trânsito em julgado, porém deixa bem claro que não se trata de execução provisória da pena.

Além da argumentação supracitada, ainda no julgamento no HC 84.078, o eminente ministro também levou em consideração a não atribuição de efeito suspensivo ao Recurso

Especial e Extraordinário, afirmando que considerar a ausência do efeito suspensivo como motivo ensejador para decretação de execução provisória ofende o princípio da proporcionalidade, aduzindo que:

Configurada a desnecessidade da medida, tendo em vista sua flagrante inadequação, não há dúvida de que, na espécie, a adoção de formulas genéricas, calcadas na mera antecipação da pena por não mais haver recursos com efeito suspensivo a disposição da defesa, resulta ofensa ao princípio da proporcionalidade na sua acepção de necessidade.

Apesar de ter tido um posicionamento de aparência bastante invariável, o ministro Gilmar Mendes mudou completamente o seu posicionamento ao proferir o seu voto no julgamento do HC 126.292, sendo este o único ministro, dentre os que participaram do julgamento dos dois HC's, que firmaram entendimento da Corte, a mudar o seu posicionamento.

O que antes era considerado, por parte do Ministro Gilmar Mendes, como uma ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana, conforme afirmado anteriormente, passou a ser um princípio que é mitigado conforme o decorrer do processo penal, sendo perfeitamente possível a execução provisória da pena, conforme destacado:

Em suma, a presunção de não culpabilidade é um direito fundamental que impõe o ônus da prova a acusação e impede o tratamento do réu como culpado até o trânsito em julgado da sentença. Ainda assim, não impõe que o réu seja tratado da mesma forma durante todo o processo. Conforme se avança e a culpa vai ficando demonstrada, a lei poderá impor tratamento algo diferenciado. O que eu estou colocando, portanto, para nossa reflexão é que é preciso que vejamos a presunção de inocência como um princípio relevantíssimo para a ordem jurídica ou constitucional, mas princípio suscetível de ser devidamente conformado, tendo em vista, inclusive, as circunstâncias de aplicação no caso do Direito Penal e Processual Penal. Por isso, eu entendo que, nesse contexto, não é de se considerar que a prisão, após a decisão do tribunal de apelação, haja de ser considerada violadora desse princípio.

Outro argumento utilizado pelo ministro para considerar possível a execução provisória da pena foi a ausência de efeito suspensivo aos Recursos Especiais e Extraordinário; tal fato era reconhecido pelo próprio julgador como motivo insuficiente a ensejar a execução provisória. Como visto anteriormente, chegou a afirmar que esse tipo de conclusão ofendia o princípio da proporcionalidade.

Vejamos o que dispôs o Ministro em voto proferido no HC. 126.292, acerca do efeito suspensivo dos recursos dirigidos ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça:

Os recursos extraordinários têm sua fundamentação vinculada a questões federais (recurso especial) e constitucionais (recurso extraordinário) e, por força da lei (art. 637 do CPP), não tem efeito suspensivo. [...]

Esgotadas as instancias ordinárias com a condenação a pena privativa de liberdade não substituída, tem-se uma declaração, com considerável força de que o réu é culpado e a sua prisão necessária.

Portanto, é visível a completa inversão e contraposição dos argumentos utilizados pelo Ministro Gilmar Mendes ao proferir seu voto nos HC's 84.078 e 126.292, o que nos leva novamente à análise do subjetivismo no momento de declarar a constitucionalidade ou não de algo por parte do Supremo Tribunal Federal, visto que o texto constitucional continua o mesmo de quando proferido o voto no ano de 2009, mudando-se apenas a composição do Tribunal ou, ainda pior, a “visão” do que determinado Ministro entende como justo ou injusto.

A comparação dos votos, leva-nos à conclusão de que a Constituição Federal vem sendo interpretada sem regras, sendo muito pertinente a indagação feita por Dimitri Dimoulis (2016, p. 63): “Para além das cláusulas vagas, o que acontece quando a Constituição regula algo de forma expressa e densa?”. Em casos como esse, visualiza-se como incontestável que o aplicador deve respeitar o que dispõe o texto literal da Constituição.

É preciso que seja feita uma análise objetiva da Constituição, jamais subjetiva, pois “o intérprete deve buscar não aquilo que o legislador quis, mas aquilo que na lei aparece objetivamente querido: a *mens legis* e não a *mens legislatoris*” (FERRARA *apud* MORALES, 2011, p.13). Neste diapasão, não deve o Constituinte querer alcançar sentido diverso do que está expresso no dispositivo legal.

Entretanto, o que percebemos é o posicionamento totalmente inverso, pois o próprio Ministro Gilmar Mendes (Recl. 4.374, 2013) afirmou:

Os juízes, quando se deparam com uma situação de incompatibilidade entre o que prescreve a lei e o que se lhes apresenta como a solução mais justa para o caso, não tergiversam na procura das melhores técnicas hermenêuticas para reconstruir os sentidos possíveis do texto legal e viabilizar a adoção da justa solução.

Nesse interim, é evidente a insegurança jurídica gerada pelo tamanho grau de subjetivismo com que é tratado o princípio da presunção de inocência frente à possibilidade de execução provisória da pena. A situação de insegurança jurídica aumenta ainda mais quando levamos em consideração que se trata apenas de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ou seja, não existe obrigatoriedade de que tal posicionamento seja seguido pelas instâncias inferiores.

Ademais, o próprio Supremo não está aplicando o entendimento que consolidou através do HC 126.292; no corrente ano, dois ministros, que consideraram que a execução provisória

da pena não ofende a presunção de não culpabilidade, concederam Habeas Corpus<sup>2</sup> contra acusado que cumpria prisão provisória, contrariando o que afirmaram anteriormente e indo contra a jurisprudência da própria Corte.

Inclusive o Ministro Gilmar Mendes que, conforme ressaltado anteriormente, foi o único a modificar o entendimento, já afirmou que pretende submeter a questão novamente ao Plenário, a fim de seguir a argumentação trazida por Dias Toffoli no julgamento do HC 126.292, para que a execução provisória da pena seja possível apenas após condenação no âmbito do Superior Tribunal de Justiça.

Nas palavras do Ministro Gilmar Mendes, em entrevista concedida à Revista Consultor Jurídico (2017):

Recebi integrantes da associação de defensores públicos e vieram com o argumento de que no STJ colhem bons resultados em recurso especial e conseguem revisitar questões como a dosimetria [...] Muitas vezes o sujeito foi condenado em regime fechado e consegue ir para o semiaberto, ou coisas do tipo. Toffoli trouxe argumentação e estamos fazendo essa análise. Me balançaria a eventualmente, na oportunidade, colocar isso no Plenário.

Sendo assim, enquanto a questão estiver sendo baseada em subjetivismo por parte dos intérpretes da Constituição, viveremos constantemente em uma situação de insegurança jurídica. É preciso que seja feita uma análise do art. 5º, LVII da CF sob uma ótica originalista, para que não implique em uma completa caracterização de insegurança jurídica.

Da leitura dos votos proferidos no julgamento do HC 126.292, é perceptível a alegação de “evoluções” sociais sobre o entendimento de justiça ou até mesmo ponderação entre princípios para justificar a mudança de conteúdo normativo da Constituição Federal; entretanto, tal situação acaba por instaurar maior grau de subjetivismo à decisão e, conseqüentemente, inegável insegurança jurídica.

A respeito do tema, Eros Grau (2013, p. 22) defende que:

Os juízes despedaçam a segurança jurídica quando abusam do uso de *princípios* e praticam — fazem-no cotidianamente! — os controles da proporcionalidade e da razoabilidade das leis. Insisto neste ponto: juízes não podem decidir subjetivamente, de acordo com seu senso de justiça. Estão vinculados pelo dever de aplicar o direito (a Constituição e as leis). Enquanto a jurisprudência do STF estiver fundada na *ponderação* entre princípios — isto é, na *arbitrária formulação de juízos de valor* —, a segurança jurídica está sendo despedaçada.

<sup>2</sup> HC 140.213/SP, HC 146.815/MG e HC 146.818/ES É interessante pontuar a ausência de subsídios efetivos nas três decisões para que ocorra eventual alteração de posicionamento por parte dos Min. Gilmar Mendes e Luiz Fux.

Ante todo o exposto, é perceptível a caracterização de insegurança jurídica no que se refere à possibilidade de execução provisória da pena e sua violação (ou não) ao disposto do art. 5º, LVII da Constituição Federal, insegurança gerada pelo próprio Supremo, que acaba por externar a fragilidade do Poder Judiciário, haja vista o imenso subjetivismo no momento de interpretação de norma Constitucional.

#### **4 A separação dos poderes e a possível sobreposição do Supremo Tribunal Federal ao Poder Legislativo.**

A separação de poderes diz respeito a uma fragmentação funcional entre os três poderes de uma democracia - Legislativo, Executivo e Judiciário - a fim de estabelecer uma harmonia entre os mesmos, que são independentes e harmônicos entre si, criando a ideia de freios e contrapesos de modo que uma possa exercer a função de fiscalização sobre o outro.

A Constituição Federal prevê em seu art. 2º a separação de poderes como um dos seus princípios fundamentais, de modo a garantir maior eficácia e eficiência de um Estado. Em uma breve explanação Alexandre de Moraes (2016, p. 423), define a separação de poderes, aduzindo que:

A divisão segundo o critério funcional é a célebre “separação de Poderes”, que consiste em distinguir três funções estatais, quais sejam, legislação, administração e jurisdição, que devem ser atribuídas a três órgãos autônomos entre si, que as exercerão com exclusividade, foi esboçada pela primeira vez por Aristóteles, na obra “*Política*”, detalhada, posteriormente, por John Locke, no *Segundo tratado do governo civil*, que também reconheceu três funções distintas, entre elas a executiva, consistente em aplicar a força pública no interno, para assegurar a ordem e o direito, e a federativa, consistente em manter relações com outros Estados, especialmente por meio de alianças. E, finalmente, consagrada na obra de Montesquieu *O espírito das leis*, a quem devemos a divisão e distribuição clássicas, tornando-se princípio fundamental da organização política liberal e transformando-se em dogma pelo art. 16 da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, e é prevista no art. 2º da nossa Constituição Federal.

Portanto, a separação de poderes serve como fator impeditivo de desrespeito aos direitos fundamentais, gerando um sistema de controle recíproco entre os poderes. Entretanto, é possível perceber que existe uma expansão da autoridade judicial de modo que o Judiciário, mais especificamente, o Supremo Tribunal Federal, vem exercendo, além da sua função de intérprete da Constituição, a função legislativa de criar regras.

Com a expansão do Poder Judiciário, é visível que “o STF está hoje no centro do nosso sistema político, fato que demonstra a fragilidade do nosso sistema representativo”. (VIEIRA,

2008). Sendo assim, a sobreposição do Poder Judiciário acaba indo contra a ideia de harmonização entre os poderes.

No que se refere à possibilidade de execução provisória da pena, a atuação no Supremo Tribunal Federal foi no sentido de restringir o alcance do conteúdo normativo previsto no art. 5º, LVII da Constituição Federal, visto que, ao determinar que a não culpabilidade de um acusado é diminuída conforme o avançar do processo, é aplicar sentido diverso ao disposto na Constituição.

A função de intérprete da Constituição atribuída ao Supremo não permite a realização de interpretações de maneira arbitrária, visto que, ao se deparar com texto claro e preciso, não cabe ao aplicador da norma modificar o texto previsto na Constituição. Walber de Moura Agra (2005, p. 113) preleciona o seguinte:

Se o texto Constitucional for escrito de forma precisa, sem o recurso de termos vagos ou ambíguos, a atuação da jurisdição constitucional poderá ser melhor definida, impedindo a prática de decisões políticas porque a estrutura de seu texto permite antever um direcionamento das decisões.

Assim sendo, ao firmar o entendimento em sentido contrário ao que dispõe o texto da Constituição, o Supremo Tribunal Federal acaba saindo do seu âmbito de atuação, visto que, ainda que sejam levadas em consideração questões como a quantidade de recursos e a inefetividade do sistema penal, não cumpre ao STF legislar em matéria penal.

O atual entendimento do STF trata-se de uma interpretação além do texto Constitucional, uma espécie de inovação legislativa, haja vista a total discrepância entre o disposto na Constituição e o seu entendimento. É importante ressaltar que o art. 5, LVII da CF é cláusula pétreia, portanto não é possível sua modificação no sentido de abolir os direitos resguardados por esta, “em suma, qualquer proposta de emenda tendente a excluir os limites materiais do §4º do art. 60 da Constituição Brasileira afigura-se inconstitucional.” (BULOS, 2014, p. 420).

À vista disso, é juridicamente impossível modificação do art. 5º, LVII da CF com o objetivo de diminuir o direito por ele conferido e, ainda que fosse possível, o meio correto para a mudança é a propositura de Emenda à Constituição, jamais por entendimento da Suprema Corte.

A consideração de utilização de recursos como meio protelatório a fim de atingir prescrição da pretensão executória, conforme foi tratado no tópico anterior, foi um dos motivos levados em consideração pela maioria dos Ministros que votaram a favor da possibilidade de execução provisória da pena. Entretanto, para que seja sanado o problema apontado, a mudança de entendimento do Supremo não é o meio hábil para sanar o problema.

Considerar a estrutura recursal como fator contributivo para declarar a constitucionalidade da execução provisória da pena é uma visível transferência do Poder Legislativo para o Poder Judiciário, na realidade, trata-se de assumir tal função pelo Supremo Tribunal Federal. Nesse caso, estamos diante de uma posição ativista da Suprema Corte, decorrente da judicialização. Nas palavras de Luiz Roberto Barroso (2008 p. 3):

Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade.

A judicialização diz respeito à expansão do Poder Judiciário, atribuída a Constituição Federal de 1988 que ampliou de maneira significativa a competência desse tribunal, sendo este uma espécie de corte revisional de decisões judiciais e até mesmo de decisões políticas. A função de guardião de uma extensa Constituição, segundo Oscar Vilhena Vieira (2008, p. 445) “tem levado o Supremo não apenas a exercer uma espécie de poder moderador, mas também de responsável por emitir a última palavra sobre inúmeras questões de natureza substantiva”.

Por conseguinte, temos o ativismo judicial que, apesar de ser tratado como consequência da judicialização, difere deste em vários aspectos, pois “o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance”. (BARROSO, 2008 p. 6).

Uma das formas de ativismo é a extensão da Constituição a situações não contempladas por esta inicialmente, independente da atuação do Poder Legislativo. Desse modo, ao trazer para si a questão do sistema recursal e a determinação de culpa de um acusado, o Supremo se insere numa esfera de Poder Legislativo, visto que apesar de não ter realizado nenhum tipo de modificação na estrutura recursal de maneira expressa, terminou fazendo de maneira implícita. Ademais, leva-se em consideração que modificou de certa forma o próprio sentido do trânsito em julgado e a imutabilidade da decisão.

A garantia de não ser considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória advém da própria razão de ser da coisa julgada e a segurança jurídica gerada pela mesma, pois passar a cumprir provisoriamente uma pena sem ter a certeza de sua condenação é ilógico. Importante ressaltar que a questão da mudança no sistema recursal já foi levantada pelo ex-Ministro do STF Cezar Peluso em anteprojeto de emenda constitucional, deixando a cargo do Poder Legislativo decidir sobre a questão, desde que observados os direitos e garantias individuais previstos na Constituição.

Portanto, a avaliação acerca do número de recursos interpostos com o único objetivo de protelar julgamentos, bem como a quantidade de recursos e possibilidades recursais no Código de Processo Penal, deve ser levada em consideração pelo Poder Legislativo, respeitando todas as garantias previstas na Constituição Federal, mas não pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal. Outrossim, tratar as possibilidades recursais como motivo ensejador da inefetividade do sistema penal é argumentação frágil, visto que existe possibilidade de prisão antes do trânsito em julgado, desde que presentes os requisitos para decretação das prisões cautelares.

Neste diapasão, tornar a prisão cautelar como regra é, mais uma vez, adentrar no campo de atuação do Poder Legislativo e aplicar sentido diverso também ao art. 283 do CPP. Não cabe ao Supremo Tribunal Federal utilizar-se de argumentos morais, políticos e estatísticos a fim de modificar o texto da Constituição: “o STF não pode mais do que os limites semânticos do seu texto”. (STRECK, 2016).

A preservação das funções de cada poder é essencial para a manutenção do regime democrático, permitir que determinado poder adentre na esfera de atuação do outro vai contra a própria ideia da separação de poderes, “o Poder Judiciário é um poder técnico e como poder técnico deve se ater as suas relevantes funções, entre as quais não se inclui, todavia, a de legislar positivamente (MARTINS, 2008).

Portanto, a permissão de eventuais interpretações contrárias ao disposto na Constituição, levando em consideração questões morais e políticas, acaba conferindo ao Supremo uma posição hierarquicamente superior ao Poder Legislativo, visto que passa a decidir questões já definidas pelo Constituinte originário, colocando-o numa posição de ativista.

Da leitura de alguns votos proferidos no julgamento do HC 126.292, é possível perceber a utilização da eficácia do sistema penal como fator argumentativo à possibilidade de execução provisória da pena, utilizando-se da técnica de ponderação de princípios. Entretanto, apesar de a Constituição Federal não ser um documento obrigatoriamente estático, eventuais ponderações “devem respeitar os limites semânticos impostos pelo próprio texto constitucional” (COUTINHO, et al. 2016).

No presente caso, os limites à atuação do Poder Judiciário advêm do próprio conteúdo normativo do art. 5º, LVII da Constituição Federal, que não traz nenhum tipo de subjetivismo ao ponto de conferir a possibilidade de adequação acerca do termo inicial de consideração de culpa de pessoa acusada.

É visível a utilização de teorias da argumentação e ainda de técnicas hermenêuticas, com o simples objetivo de alcançar o que o julgador entende como justo ou injusto, utilizando aquelas “como argumentos de autoridade, cuja finalidade mais se aproxima da vaidade do

juiz, [...] do que da coerência e da consistência argumentativas necessárias à fundamentação da decisão”. (ALMEIDA, 2016, p. 888).

Na consideração de possibilidade de execução provisória da pena é perfeitamente perceptível a caracterização de ativismo judicial, visto que o debate político é substituído pelas convicções morais e políticas do aplicador da norma, questões totalmente subjetivas e cedidas pelo clamor popular, como é o caso do voto proferido pelo Ministro Luiz Roberto Barroso (HC 126.292, 2016), que afirmou: “o novo entendimento contribuiu significativamente para agravar o descrédito do sistema de justiça penal junto à sociedade”. Portanto, utiliza-se claramente de aspectos morais para firmar o entendimento da Corte.

Sendo assim, torna-se evidente que a decisão do STF no HC. 126.292 está ancorada em “consensos morais e ideológicos reproduzidos pela sociedade e/ou disseminados pela mídia” (SILVA; MACHADO, 2016, p. 30), ocasionando o maior fortalecimento de atitudes ativistas, inclusive, “legitimando-as” sem a devida observação dos fundamentos constitucionais.

A respeito do ativismo judicial presente nas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, Lenio Luiz Streck (2013) afirma:

[...] reflexões apontam para o perigo que o ativismo judicial representa para a representação política, até porque uma ofensa à Constituição por parte do Poder Judiciário sempre é mais grave do que qualquer outra desferida por qualquer dos outros Poderes, porque é ao Judiciário que cabe sua guarda. Quem nos salvará se não há mais salvadores? Ou pior: quem nos salvará dos salvadores?

Desse modo, a decisão do Supremo Tribunal Federal no que se refere à possibilidade de execução provisória da pena acabou por aplicar sentido diverso ao estabelecido no art. 5º, LVII da Constituição Federal, baseando-se em questões morais, o que caracteriza sua atuação ativista, visto que se insere indevidamente na esfera do Poder Legislativo.

## **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal no que se refere à possibilidade de execução provisória da pena, foi questão que gerou amplo debate e discussão doutrinária acerca da sua adequação à Constituição Federal, bem como se a mudança de entendimento tinha sido acertada do ponto de vista social. Conforme foi ressaltado durante toda a construção do presente texto, o entendimento do Supremo resultou em aplicação de sentido diverso ao disposto na Constituição Federal.

Ao tratar da suposta violação ao princípio constitucional da não culpabilidade, o artigo buscou realizar a análise através do próprio dispositivo constitucional, verificando, portanto, os

limites dados ao aplicador na norma, assim como ao legislador, acerca da garantia de inocência de determinado acusado até que fosse proferida sentença/acórdão abarcado pela segurança jurídica gerada pela coisa julgada.

O trânsito em julgado da sentença penal condenatória traz impossibilidade de modificação daquela matéria, definindo neste momento se o acusado é ou não culpado por determinado acontecimento típico, ilícito e culpável. Sendo assim, em uma análise teleológica, o próprio objetivo de criação do art. 5º, LVII da CF é de apenas determinar a culpa de um acusado após a certeza jurídica de sua culpabilidade, haja vista os tamanhos prejuízos causados àqueles que são acusados, muitas vezes, de maneira arbitrária.

Os limites semânticos, contidos no dispositivo supramencionado nos leva a essa conclusão; portanto, considerar ser possível a execução provisória da pena contraria texto da Constituição Federal. Além disso, a análise da decisão também deve ser feita pela perspectiva da ideia de segurança jurídica, levando-se em consideração que a possibilidade de execução provisória da pena é uma questão que vem sendo modificada conforme mudança de composição do Supremo Tribunal Federal.

Além da mudança de entendimento conforme a mudança de composição do Tribunal, a instabilidade da questão também é demonstrada através de análise dos votos proferidos no julgamento do HC 126.292, haja vista a identificação de argumentação subjetiva a fim de embasar o cumprimento da pena após a condenação em segunda instância. A situação bastante peculiar do Ministro Gilmar Mendes, que após proferir seu voto no julgamento do Habeas Corpus supracitado, indo na contramão de toda sua argumentação proferida no seu voto através do julgamento do HC 84.078, ressalta ainda mais a utilização do subjetivismo para a modificação de entendimento da Corte.

Além da utilização de conteúdos morais e políticos, a insegurança jurídica também é caracterizada pela inaplicabilidade do entendimento da Suprema Corte pelos próprios Ministros do STF, onde, ao proferir decisão monocrática, desconsideram o entendimento anteriormente firmado, aplicando o que o Ministro, de maneira singular, entende como possível ou não.

A não aplicação do entendimento da Corte, mas sim do entendimento do Ministro que foi voto vencido, mostra a fragilidade do entendimento que foi firmado no início do ano de 2016. Entende-se que, após a modificação do entendimento da Suprema Corte, este deve ser aplicado por todos os seus componentes, independentemente do voto proferido anteriormente.

É importante ressaltar que o entendimento firmado no HC 126.292 não é vinculante para as instâncias inferiores, mas é, de certa forma, vinculante para os componentes do Supremo,

dado o próprio sentido em firmar determinado posicionamento do STF, qual seja, determinar como aquele Tribunal entende sobre determinada matéria.

O entendimento do Supremo Tribunal Federal é formado pela maioria de votos, sendo assim, o que se firma não é o entendimento de determinado Ministro, mas sim o entendimento da Suprema Corte, o que “obriga” que até mesmo aquele que não concordou com a modificação tenha que aplicar o entendimento do Tribunal, que foi firmado pela maioria. Portanto, a não aplicação do entendimento por esse ou aquele Ministro desconsiderando o entendimento da maioria é totalmente desarrazoado e acaba por criar uma situação ainda maior de insegurança jurídica, o que reforça a tese de que a Suprema Corte é formada na verdade por onze ilhas.

Situação ainda pior se verifica quando o mesmo Ministro que votou de maneira favorável à modificação do entendimento passa a não o aplicar, pouco menos de um ano após considerar ser possível a execução provisória da pena, como foi o caso do Ministro Gilmar Mendes, que proferiu voto a favor da modificação do entendimento; entretanto, ao se deparar com o HC 146.815, interposto pelo advogado e ex-deputado federal João Paulo Cunha em favor do empresário Vicente de Paula Oliveira que teria sido condenado por crime contra ordem tributária, onde se questionava a decisão do STJ que negou seguimento ao recurso contra expedição de Guia de Execução Provisória de pena pelo TRF da 1ª Região, o referido Ministro entendeu que é necessário aguardar acórdão do STJ para ser possível o cumprimento provisório da pena.

Além dessa decisão, o Ministro também proferiu decisão monocrática no HC 146.816 que foi interposto em favor de Rodrigo Stefenoni, ex-chefe de Gabinete do Governador do Estado do Espírito Santo, afastando novamente a execução da pena após a condenação em segunda instância.

À vista disso, é perfeitamente visível a insegurança jurídica da questão no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Da análise dos dois exemplos supracitados, bem como da decisão monocrática do Ministro Luiz Fux no HC 140.213, ambos mencionados no segundo tópico do artigo, é possível concluir que, apesar de não ter caráter vinculante para as instâncias inferiores, o entendimento vem sendo aplicado pelos Tribunais Regionais e STJ, mas não pelo Supremo, que seria o único vinculado ao seu posicionamento.

Isto posto, além da visível insegurança jurídica, também restou demonstrado o ingresso indevido do Supremo Tribunal Federal na esfera do Poder Legislativo, visto que o entendimento firmado resultou em modificação implícita no art. 5º, LVII da Constituição Federal. É sabido que o Supremo, além de sua função típica, possui funções atípicas; entretanto, no presente caso

o mesmo não agiu dentro dos limites impostos à sua atuação no que se refere à função legislativa.

Conforme foi tratado ao longo do texto, por se tratar de artigo com redação clara e sem termos que provoquem uma maior carga valorativa pelo aplicador da norma, aplicar sentido diverso ao mesmo resulta na própria modificação textual do dispositivo. Cumpre ressaltar que, ainda que fosse possível tal modificação, esta jamais poderia ser no sentido de abolir garantia fundamental, conforme previsão contida no art. 60, §4º da Constituição Federal.

Ante o exposto, é possível concluir que a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal através no julgamento do HC 126.292 resultou em ofensa ao princípio Constitucional da não culpabilidade, bem como ultrapassou os limites semânticos do disposto no art. 5º, LVII da CF caracterizando uma sobreposição do Supremo ao Poder Legislativo. Evidencia-se também a situação de insegurança jurídica, tanto pela presença de argumentação subjetiva nos votos proferidos, como pela inaplicabilidade do entendimento por alguns componentes da Corte o que tem gerado arrefecimento de ânimos entre os Ministros do STF, como ocorreu no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 5763 que foi julgada no dia 26 de outubro de 2017.

É perceptível a existência de uma segurança jurídica momentânea, visto que a segurança da questão depende apenas da mudança da composição do Supremo Tribunal Federal, ou ainda, do entendimento subjetivo desse ou daquele Ministro sobre o que se entende como justo ou injusto, independentemente do disposto na Constituição Federal.

## REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. **A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal: densificação da jurisdição constitucional brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ALMEIDA, Plínio Regis Baima de. **O resgate do discurso constitucional democrático como freio ao avanço político do judiciário no atual cenário do constitucionalismo brasileiro**. Recife: Appodi, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. 2008. Disponível em: [http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso\\_para\\_Selecao.pdf](http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf) >. Acesso em: 20 de outubro de 2017.

BARROSO, Luís Roberto, no julgamento da **ADI 5763**, Supremo Tribunal Federal, Relator: Min. Marco Aurélio. Julgamento em: 26 de outubro de 2017. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=s9PUHizgscE>>. Acesso em 27 de outubro de 2017.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Brasília: Senado Federal. 1941.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal. 1988.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 8 ed. Saraiva. São Paulo, 2017.

CONSULTOR JURÍDICO. **Gilmar Mendes estuda rever entendimento sobre execução antecipada da pena**. 26 maio 2017. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2017-mai-26/gilmar-estuda-rever-entendimento-execucao-antecipada-pena>>. Acesso em: 14 de setembro de 2017.

COUTINHO, et al. **STF abandonou seu papel contramajoritário de guardião da Constituição**. Consultor Jurídico, 2016. Disponível em : <https://www.conjur.com.br/2016-out-10/stf-abandonou-papel-contramajoritario-guardiao-constituicao>>. Acesso em: 23 de outubro de 2017.

DELGADO, José Augusto. **A Imprevisibilidade das Decisões Judiciárias e seus Reflexos na Segurança Jurídica**. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/74120>>. Acesso em: 05 de setembro de 2017.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Declaração de Direitos da Virgínia**. 1776. Disponível em: <<http://www.faimi.edu.br/revistajuridica/downloads/numero10/declaracao.pdf>>. Acesso em: 11 de julho de 2017.

FALCÃO, Joaquim; ARGUELHER, Diego W.; RECONDO, Felipe. **Onze supremos: o supremo em 2016**. Belo Horizonte (MG), 2017.

FRANÇA. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão**. 1789. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 11 de julho de 2017.

GRAU, Eros Roberto. **Por Que Tenho Medo dos Juízes** (a interpretação/aplicação do direito e os princípios). 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

KAUFMANN, Rodrigo de Oliveira. **Estabilidade das instituições e instabilidade na jurisprudência do STF**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-ago-20/observatorio-constitucional-estabilidade-instituicoes-instabilidade-jurisprudencia-stf#top>>. Acesso em: 04 de setembro de 2017.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Repensando o Supremo**. 2016. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI242584,71043-Repensando+o+Supremo>>. Acesso em: 04 de setembro de 2017.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **O Equilíbrio entre os poderes**. Portal Jurídico Investidura, Florianópolis/SC. 2008. Disponível em <<http://investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/direito-constitucional/1174-o-equilibrio-entre-os-poderes>>. Acesso em 21 de outubro de 2017.

MORALES, Cesar Mecchi. **Originalismo e Interpretação Constitucional**. Tese de Doutorado. São Paulo: USP, 2011. Disponível em: <[www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde.../CESAR\\_MECCHI\\_MORALES.pdf](http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde.../CESAR_MECCHI_MORALES.pdf)>. Acesso em: 14 de setembro de 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral das Nações Unidas. **Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948)**. Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948. ONU, Paris, 10 dez. 1948. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em: 11 de julho de 2017.

SILVA, Willians da; MACHADO, Érica Babini. **Interpretação constitucional brasileira: entre a auto-restrição e o ativismo judicial. Uma análise a partir da guerra às drogas.** Recife: Appodi, 2016.

STRECK, Lenio Luiz. **O ativismo judicial existe ou é imaginação de alguns?** Consultor Jurídico, 2013. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-jun-13/senso-incomum-ativismo-existe-ou-imaginacao-alguns>> Acesso em: 23 de outubro de 2017.

STRECK, Lenio Luiz. **O STF se Curvará à CF e a lei no caso da presunção de inocência?** Consultor Jurídico, 2016,. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-set-01/senso-incomum-stf-curvara-cf-lei-presuncao-inocencia>>. Acesso em: 21 de outubro de 2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **HC 140213**, Relator: Min. Luiz Fux, Julgamento em 16/03/2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+140213%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/zsgj8ak>> Acesso em: 28 de outubro de 2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **HC 146815 MG**, Relator: Min Gilmar Mendes, julgamento em 22/08/2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+146815%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/yccnc2uk>> Acesso em: 28 de outubro de 2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **HC 146815**, Relator: Min Gilmar Mendes, julgamento em 18/09/2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+146818%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/y9p4ku3k>> Acesso em: 28 de outubro de 2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **HC 84078 MG**, Relator: Min. EROS GRAU, julgado em 05/02/2009, Tribunal Pleno, publicado em DJE- DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14715763/habeas-corpus-hc-84078-mg>>. Acesso em: 04 de setembro de 2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **HC: 126292 SP**, Relator: Min. Teori Zavascki, julgado em 01/02/2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 04 de setembro de 2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **RECL: 4.374/PE**, Relator: Min. Gilmar Mendes, julgado em 18/04/2013. Disponível em: <

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4439489>>. Acesso em: 14 de setembro de 2017.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremocracia**. São Paulo: Revista Direito GV, 2008.