



UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA
FACULDADE DE DIREITO "PROFESSOR JACY DE ASSIS"
GRADUAÇÃO EM DIREITO

RENATO MARTINS DE SOUSA

ATIVISMO JUDICIAL NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: análise da
jurisprudência sobre execução da pena a partir da decisão penal condenatória de
segunda instância

Uberlândia - MG
2024

RENATO MARTINS DE SOUSA

ATIVISMO JUDICIAL NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: análise da
jurisprudência sobre execução da pena a partir da decisão penal condenatória de
segunda instância

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao
curso de Graduação em Direito da Universidade
Federal de Uberlândia, como requisito parcial para
a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Alexandre Walmott Borges

Uberlândia - MG
2024

RENATO MARTINS DE SOUSA

ATIVISMO JUDICIAL NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: análise da
jurisprudência sobre execução da pena a partir da decisão penal condenatória de
segunda instância

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao
curso de Graduação em Direito da Universidade
Federal de Uberlândia, como requisito parcial para
a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Uberlândia/MG, 23 de abril de 2024

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Alexandre Walmott Borges
Universidade Federal de Uberlândia

Prof. Me. Andrey Lucas Macedo Corrêa
Universidade Federal de Uberlândia

Prof. Me. Fábio Rosa Neto
Universidade Federal de Uberlândia

Dedico este trabalho aos meus frateros pais, à amada esposa e aos queridos filhos.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, por tudo; aos meus pais, por tudo que fizeram - e seguem fazendo - para auxiliar o autor a obter suas conquistas; à esposa, pelo inestimável apoio, sem o qual este texto não teria sido finalizado; aos filhos, pela compreensão por conta das horas de convívio perdidas; ao Prof. Dr. Alexandre Walmott Borges, pela orientação afetuosa, precisa e inteligente; aos professores e técnicos-administrativos da Faculdade de Direito da UFU, respectivamente, pelos valiosos conhecimentos transmitidos e pelos competentes serviços de retaguarda; aos amigos e colegas da Faculdade, pela agradável convivência durante a graduação.

"Nada é suficientemente bom. Então vamos fazer o que é certo, dedicar o melhor de nossos esforços para atingir o inatingível, desenvolver ao máximo os dons que Deus nos concedeu, e nunca parar de aprender". (Ludwig van Beethoven)

RESUMO

O artigo busca responder à seguinte indagação: tendo em mente as dimensões de ativismo judicial propostas por Marshall, e considerando a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acerca da execução da pena a partir da decisão penal condenatória de segunda instância, pode-se afirmar que houve, por parte da Corte Suprema brasileira, a prática de ativismo judicial? Os conceitos de ativismo judicial e judicialização da política são escrutinados e confrontados entre si, desnudando-se, em decorrência disso, a importância para o Direito da adequada delimitação teórica deles. A pesquisa utiliza uma abordagem analítica, qualitativa, descritiva, exploratória e documental para, por meio da definição de ativismo judicial proposta por Marshall, demonstrar a existência (ou inexistência) de ativismo judicial nos julgados do STF concernentes à execução antecipada da pena. Foi descoberto que a jurisprudência alusiva à execução da pena subdivide-se em quatro períodos históricos sob a batuta do regime constitucional de 1988, a saber: 1988 a 2009; 2009 a 2016; 2016 a 2019 e 2019 até os dias atuais. A pesquisa descortinou a existência de três tipos de ativismo judicial concebidos por Marshall nas decisões judiciais objeto de estudo: partisan, de precedentes e contramajoritário. Percebeu-se nos acórdãos estudados, adicionalmente, a materialização de conceituações sugeridas por relevantes autores jurídicos, quais sejam: sincronicidade, fulanização de julgamentos, uso seletivo da subsunção, constitucionalismo seletivo, ministocracia e contramajoritarismo interno.

Palavras-chave: Ativismo judicial. Judicialização da política. Execução antecipada da pena. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

The article seeks to answer the following question: keeping in mind the dimensions of judicial activism proposed by Marshall, and considering the jurisprudence of the Federal Supreme Court regarding the execution of the sentence based on the second instance criminal conviction decision, it can be stated that there was, by the Brazilian Supreme Court, the practice of judicial activism? The concepts of judicial activism and judicialization of politics are scrutinized and confronted with each other, revealing, as a result, the importance for Law of their adequate theoretical delimitation. The research uses an analytical, qualitative, descriptive, exploratory and documentary approach to, through the definition of judicial activism proposed by Marshall, demonstrate the existence (or inexistence) of judicial activism in the STF judgments concerning the early execution of the sentence. It was discovered that the jurisprudence relating to the execution of the sentence is subdivided into four historical periods under the auspices of the 1988 constitutional regime, namely: 1988 to 2009; 2009 to 2016; 2016 to 2019 and 2019 to the present day. The research revealed the existence of three types of judicial activism conceived by Marshall in the judicial decisions under study: partisan, precedent-setting and counter-majoritarian. Additionally, it was noticed in the rulings studied the materialization of concepts suggested by relevant legal authors, namely: synchronicity, fulanization of judgments, selective use of subsumption, selective constitutionalism, ministocracy and internal countermajoritarianism.

Keywords: Judicial activism. Judicialization of politics. Early execution of the sentence. Jurisprudence of the Federal Supreme Court.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ARE	Recurso Extraordinário com Agravo
CF	Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988
CPP	Código de Processo Penal
HC	Habeas Corpus
MPF	Ministério Público Federal
PEC	Proposta de Emenda à Constituição
PGR	Procuradoria-Geral da República
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1	APRESENTAÇÃO	10
1.1	JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E ATIVISMO JUDICIAL	11
1.1.1	A judicialização da política	11
1.1.2	Ativismo judicial e as abordagens positiva e negativa	13
2	A JURISPRUDÊNCIA DO STF ACERCA DA EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA	17
2.1	PRIMEIRO PERÍODO: 1988 A 2009 (HC 68.726/DF)	17
2.2	SEGUNDO PERÍODO: 2009 A 2016 (HC 84.078-7/MG)	18
2.2.1	Tese vencedora, que refuta a constitucionalidade da execução provisória da pena	18
2.2.2	Tese vencida, em prol constitucionalidade da execução da pena após o esgotamento das duas instâncias ordinárias de jurisdição	19
2.3	TERCEIRO PERÍODO: 2016 A 2019 (HC 126.292/SP, ADCS 43 E 44 MC/DF E ARE 964.246/SP)	20
2.3.1	Tese majoritária, pela constitucionalidade da execução criminal quando houver condenação assentada em segundo grau de jurisdição	22
2.3.2	Tese minoritária, pela inconstitucionalidade da execução criminal quando houver condenação assentada em segunda instância	23
2.4	QUARTO PERÍODO: 2019 ATÉ OS DIAS PRESENTES (ADCS 43, 44 E 54/DF)	24
2.4.1	Tese vitoriosa: é inconstitucional o principiar da execução criminal quando houver condenação definida em segunda instância	25
2.4.2	Tese derrotada: é constitucional o início da execução penal quando ocorrer condenação estabelecida em segundo grau jurisdicional	26
3	CONSIDERAÇÕES SOBRE OS PERÍODOS E JULGADOS ABORDADOS	28
3.1	FULANIZAÇÃO DE JULGAMENTOS, SINCRONICIDADE E ATIVISMO JUDICIAL PARTISAN	28
3.2	USO SELETIVO DA SUBSUNÇÃO, CONSTITUCIONALISMO SELETIVO E ATIVISMO JUDICIAL DE PRECEDENTES	30
3.3	AS DECISÕES MONOCRÁTICAS APÓS OS JULGAMENTOS DE 2016: MINISTOCRACIA, CONTRAMAJORITARISMO INTERNO, ATIVISMO JUDICIAL DE PRECEDENTES E CONTRAMAJORITÁRIO	34
4	CONSIDERAÇÕES FINAIS	36
	REFERÊNCIAS	38

1 APRESENTAÇÃO

O presente artigo tem como pergunta-tema: "tomando como base as dimensões de ativismo judicial propostas por Marshall¹, e tendo em vista os julgados do Supremo Tribunal Federal (STF) acerca da execução da pena a partir da decisão penal condenatória de segunda instância, pode-se afirmar que houve, por parte da Corte Suprema brasileira, a prática de ativismo judicial?". O postulado de partida deste trabalho é que, sim, a jurisprudência do STF no tocante à pena executada a partir de sentença condenatória de segunda instância judicial demonstra a existência de ativismo judicial no agir da Suprema Corte brasileira.

É de relevância não somente jurídica, mas sobretudo social, a temática da prisão após sentença de condenação determinada por órgão colegiado de segunda instância. O tema desperta acaloradas discussões, não somente nos gabinetes e plenários dos doutores em Direito, mas nas mesas de bar e salas de estar espalhadas pelo país, por relacionar-se diretamente à percepção pública de impunidade de criminosos. De fato, a reputação de todos os diversos operadores do Direito nacionais, bem como a do próprio ordenamento jurídico em si, é afetada, para o bem e para o mal, pela forte noção de que no Brasil os perpetradores de delitos não são devidamente punidos.

Far-se-á, pois, uma pesquisa analítica básica, conquanto com aplicação estratégica, objetivando analisar os julgados do STF a respeito da execução da pena a partir da decisão criminal condenatória em segundo grau de jurisdição, de modo a melhorar a compreensão dos padrões de interpretação da atuação da Corte Suprema. O trabalho objetiva primordialmente analisar, por intermédio do estudo dos julgados atinentes à temática da execução da pena, se a atuação dos ministros do STF pode ser encaixada no conceito de ativismo judicial proposto por Marshall.

Será utilizada no texto uma pesquisa pura, de abordagem qualitativa, descritiva e exploratória, por meio de uma investigação do tipo documental, na qual serão estudados os acórdãos da Corte Constitucional sobre a aplicação da pena a partir da sentença condenatória de segundo grau jurisdicional. As decisões do STF serão cotejadas com o conceito de ativismo judicial delineado por Marshall, no que se pretende verificar se a aludida jurisprudência encaixa-se, ou não, na definição de ativismo judicial. Assim, serão invocados argumentos de autoridade propostos por doutrinadores, argumentos estes não dedutivos, favoráveis e contrários, lastreados na conceituação sugerida pelo referido autor, para criar uma generalização que comprove a existência (ou inexistência) de atuação ativista da Corte Máxima do Brasil. A abordagem será também bibliográfica, realizada em livros e artigos de

1 MARSHALL, William P. Conservatives and the seven sins of "judicial activism". University of Colorado Law Review, v. 73, 2002, p. 101-140. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=330266. Acesso em: 8 mar. 2024.

periódicos que abordam o tema, e jornalística, efetivada em conteúdo pertinente publicado na imprensa convencional.

Pesquisa pura, já que se propõe à ampliação dos conhecimentos; qualitativa, na medida em que almeja analisar a abordagem atual concernente ao tema no ordenamento jurídico nacional; descritiva, eis que busca descrever, explicar o problema abordado; e por fim exploratória, visto que anseia aprimorar o estudo a respeito do tema.

Ademais, embora reconheçamos a importância da abordagem normativa alusiva ao assunto, a presente pesquisa objetiva ir um pouco além do direito constitucional, buscando respostas em outros campos do saber, notadamente, o da ciência política. Esta forma de abordar os fenômenos estudados não implica minimizar a relevância dos estudos jurídicos de caráter normativo tocantes às cortes constitucionais, porque logicamente o direito é pressuposto subjacente à maioria de suas decisões, e é notório que as questões jurídicas são fortemente levadas em consideração nos julgados do STF relativos a temas políticos. De todo modo, o problema a cujo estudo nos propomos demanda uma análise mais dilatada que a estritamente normativa, e por isso é imperativo analisar determinadas nuances políticas que extrapolam os limites da abordagem jurídica.

O trabalho apresentará relevância acadêmica, uma vez que contribuirá para analisar eventual desequilíbrio existente nas relações institucionais entre os três Poderes da República Federativa do Brasil, Executivo, Legislativo e Judiciário, os quais, no dizer da Constituição Federal de 1988, devem ser regidos pelos princípios da independência e harmonia mútua. Além disso, o pesquisador considera o tema estudado de importância nevrálgica para a própria existência do regime democrático brasileiro, porquanto o equilibrado relacionamento interinstitucional entre os Poderes da República é princípio fundamental da Constituição Federal e ativo jurídico-político muito apreciado pela sociedade brasileira.

O texto será dividido em quatro etapas. Na primeira, será feita discussão relativa a judicialização da política e ativismo judicial; na sequência, far-se-á um apanhado das principais decisões jurisprudenciais do STF sobre o tema do momento do início da execução da pena; ato contínuo, será efetivada a aplicação do conceito escolhido de ativismo judicial à jurisprudência escolhida, bem como a discussão dos resultados obtidos; por último, serão tecidas as considerações finais.

1.1 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E ATIVISMO JUDICIAL

1.1.1 A judicialização da política

Antes de abordarmos o conceito de ativismo judicial, é conveniente analisar a

judicialização da política, fazendo uma distinção entre eles, haja vista que é comum haver certa confusão entre ambos.

A expressão judicialização da política foi criada por Carl Schmitt², no âmbito do debate travado com Hans Kelsen na década de 1920 do século passado. Kelsen sugeria a criação de uma corte constitucional para exercer o controle de constitucionalidade das leis, ideia contra a qual se insurgiu Schmidt, para o qual o controle deveria ser feito pelo chefe de estado. Schmidt dizia que atribuir a um órgão do Judiciário o controle das leis acarretaria uma judicialização da política, e simultaneamente uma politização da justiça. Com isso, a justiça e a política teriam muito a perder e pouco a ganhar.

De modo geral, a referida judicialização é tratada pela doutrina de maneira positiva, isto é, considera-se sua prática pelos operadores do Direito como respeitadora do ordenamento jurídico-constitucional e do Estado Democrático de Direito.

Para Pinheiro Pinto³, prefaciado pelo eminente constitucionalista J. J. G. Canotilho, a judicialização da política pode ser definida como o fenômeno pelo qual questões políticas são judicializadas e passam a ser decididas, em caráter final, pelos juízes constitucionais, e não pelos representantes eleitos do povo. Trata-se de uma intervenção do Poder Judiciário na arena política, mas constitucionalmente conformada, dentro do contexto e nos limites do sistema de fiscalização judicial da constitucionalidade.

Barroso⁴, por sua vez, aduz que o conceito demonstra que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário. É uma transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo.

Nota-se que os autores citados, representativos da doutrina majoritária, têm em comum a noção de que a judicialização da política constitui um processo de enfraquecimento da influência político-decisional dos Poderes Executivo e Legislativo, com a consequente atribuição deste papel decisório para o Poder Judiciário. Sem embargo, consideram que se trata de uma tendência legítima e respeitadora dos contornos estabelecidos pelo regime democrático-constitucional.

Neste ponto, cumpre ressaltar que a corrente majoritária da doutrina

2 RODRIGUES, Saulo Tarso; MARTÍN, Núria Beloso. (Neo) Constitucionalismo (s) e ativismo judicial: das incertezas conceituais à fragilidade para a democracia (?). In: Toledo, Cláudia (coord.). *Atual Judiciário: ativismo ou atitude*. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 33-66.

3 PINHEIRO PINTO, Hélio. *Juristocracia: o STF entre a judicialização da política e o ativismo judicial*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

4 BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo*. Revista da Faculdade de Direito da UERJ, Rio de Janeiro, v. 2, n. 21, jan/jun 2012. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1794/2297>. Acesso em: 15 fev. 2024.

diferencia as conceituações de judicialização da política e ativismo judicial, geralmente atribuindo àquela uma acepção considerada positiva, como visto, enquanto a este não raro é conferida uma conotação de caráter negativo, como veremos a seguir.

1.1.2 Ativismo judicial e as abordagens positiva e negativa

A expressão ativismo judicial (*judicial activism*) foi utilizada originalmente pelo historiador norte-americano Arthur Schlesinger, em texto da revista *Fortune*, em 1947. O artigo foi publicado no contexto da disputa entre a Suprema Corte dos EUA e o presidente Roosevelt em torno do *New Deal*, cujas leis a Corte repetidamente considerava inconstitucionais⁵.

O conceito é amplo e controvertido. Tal qual costumeiramente acontece na ciência jurídica, não há consenso na doutrina acerca da definição, de sorte que há variadas definições e abordagens alusivas ao que seja ativismo judicial. Shane⁶, por exemplo, citando Epstein, relata, ironicamente, que a melhor definição de juiz ativista é o juiz de que você não gosta, sendo considerada uma decisão ativista, por esse prisma, qualquer uma da qual você discorde. Há, outrossim, de acordo com Pinheiro Pinto⁷, autores como Smith⁸, que criticam a postura de quem faz vista grossa do ativismo judicial que produz resultados com os quais concorde e, por outro lado, condenam o ativismo que traz consequências das quais se divirja.

De todas as maneiras, consideramos que as polêmicas e aparentes imprecisões teóricas apontadas pelos debatedores do conceito de ativismo judicial não devem desencorajar seu estudo aprofundado pelos autores da ciência jurídica. Afinal, é exatamente com esta omissão doutrinária que contam os que desejam utilizar a postura ativista a seu bel-prazer, ao arrepio do ordenamento jurídico-constitucional, no intuito de satisfazer seus anseios pessoais e políticos, astutamente ocultados sob o manto de críticas aparentemente isentas.

Saliente-se que o *judicial activism*, termo cunhado, como visto, nos Estados Unidos da América, existe na atualidade em praticamente todos os países do

5 Kmieć, Keenan D. The origin and current meanings of judicial activism. *California Law Review*, v. 92, out. 2004, p. 1445-1450.

6 "Maybe the best definition of a judicial activist is a judge you don't like" (SHANE, Scott. Ideology Serves as a Wild Card on Court Pick. *The New York Times*. 4 nov. 2005. Disponível em: . Acesso em 07 mar. 2024.

7 PINHEIRO PINTO, Hélio - op. cit.

8 SMITH, Stephen F. Taking Lessons from the Left?: judicial activism on the Right. *The Georgetown Journal of Law & Public Policy*. 2002. Disponível em: . Acesso em: 07 mar. 2024.

mundo, como por exemplo nalguns da Europa Continental, vide Alemanha, Espanha e Itália, conforme demonstrado por Fernandes e Borges⁹. Frise-se, suplementarmente, que no Brasil o fenômeno não é exclusividade do regime constitucional iniciado em 1988, consoante verificado por Borges et. al¹⁰:

(...) as abordagens que tomam a judicialização e o ativismo como fenômenos datados da democratização pós 1985 (ou do advento da Constituição de 1988) deixam de captar o fenômeno nas experiências anteriores. A decisão do TSE de 1947 é a demonstração de que há experiências quantitativas e qualitativas da ação do Judiciário: em 1947, o TSE definiu quais os atores poderiam participar do jogo representativo.

O presente trabalho não se propõe, entretanto, a entabular uma discussão aprofundada da expressão. Utilizaremos, então, os aspectos comuns do conceito geralmente considerados razoáveis pela boa doutrina, segundo a qual o fenômeno se trata de um agigantamento da atuação do Poder Judiciário ocasionado pela usurpação das competências constitucionais dos Poderes Executivo e Legislativo, e filiar-nos-emos a uma das correntes teóricas cuja natureza demonstraremos subsequentemente.

Ao abordar o conceito de ativismo judicial, deve-se observar que a doutrina corriqueiramente divide-se em duas correntes, devido ao fato de que muitos autores veem positivamente o fenômeno, ao passo que há os atribuidores de conotação negativa à expressão. Ramos¹¹, por exemplo, comenta que a definição possui uma carga valorativa positiva ou negativa, dependendo do enfoque teórico de quem realiza a avaliação das decisões judiciais. Dimoulis¹², por seu turno, destaca que o ativismo judicial recebe os aplausos de grande parte da doutrina nacional, sendo minoritárias as críticas.

Barroso, integrante da ala jurídica defensora da conotação positiva do ativismo judicial, argumenta¹³ que a ideia 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.

9 FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; BORGES, Alexandre Walmott. Experiências de ativismo judicial na Europa continental. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 48, n. 192, p. p. 67-77, 2011. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/173371>. Acesso em: 7 mar. 2024.

10 BORGES, Alexandre Walmott et. al. O ativismo judicial pré-constituição brasileira de 1988: análise da resolução 1841 do Tribunal Superior Eleitoral em 1947 e a cassação do registro do PCB. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba, v. 8, n. 14, p. 33-59, 2016. Disponível em: <https://www.abdconstojs.com.br/index.php/revista/article/view/133>. Acesso em: 7 mar. 2024.

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

12 DIMOULIS, Dimitri. Além do Ativismo e do Minimalismo judicial no campo dos direitos fundamentais. Justificação jurídica de decisões e competências. In: FRANCISCO, José Carlos (Coord.). *Neoconstitucionalismo e Atividade Jurisdicional: do Passivismo ao Ativismo Judicial*. 1 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

13 BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. [Syn]Thesis, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>. Acesso em: 6 mar. 2024.

Outro expoente do olhar de teor positivo do ativismo judicial é Abboud, cuja obra¹⁴ pretensamente jurídica (com prefácio elaborado por jornalista político, um texto usualmente escrito por operador do Direito, o que já deixa antever nas entrelinhas o caráter precipuamente ideológico, político e midiático do texto) faz uma defesa encarniçada da atuação ativista contemporânea dos ministros do STF, apesar de adornada com verniz aparentemente crítico:

(...) sob o signo de debater ativismo judicial, estamos, diuturnamente, presenciando o ataque institucional mais forte perpetrado por setores políticos ao Judiciário desde 1988. (...) Setores políticos da extrema direita brasileira elegeram, como faz o naufrago, o Judiciário, em especial o STF, como inimigo ficcional a quem atribuem todos os insucessos ou mazelas no cenário político atual.

Ramos¹⁵, partidário da visão negativa, preceitua que por ativismo judicial compreende-se o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). Há, para ele, uma sinalização claramente negativa no tocante às práticas ativistas, por importarem na desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais Poderes.

Streck et. al.¹⁶, os quais também perfilham a corrente negativista, asseveram que a concepção de ativismo pode ser sintetizada como a configuração de um Poder Judiciário revestido de supremacia, com competências que não lhe são reconhecidas constitucionalmente, e que o ativismo judicial figura como um problema, carregado de um pragmatismo que torna a interferência judicial perigosa, porque vinculada a um ato de vontade do julgador.

Digna de nota é a constatação de que parece não haver diferenciação significativa entre a abordagem reputada positiva do ativismo judicial e a ideia de judicialização da política. Sim, ambas pressupõem uma atuação proativa e anabolizada do Judiciário, em detrimento do Legislativo e do Executivo, a qual respeita os limites estabelecidos pelo Texto Constitucional e tem o objetivo de garantir aos jurisdicionados a fruição de direitos fundamentais previstos na CF. Deste modo, como há relativa convergência de propósitos entre os conceitos, não há, em vista da redundância teórica, razoabilidade em manter a discussão dos dois como se fossem noções jurídicas distintas, sob pena de desperdício de recursos de pesquisa. Nesse sentido, somos do parecer de que, em obediência aos princípios do

14 ABBoud, Georges. *Ativismo judicial: os perigos de transformar o STF em inimigo ficcional*. 1 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

15 RAMOS, Elival da Silva - op. cit.

16 STRECK, Lenio Luiz et. al. O problema do ativismo judicial: uma análise do caso MS3326. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, 2015.

rigor metodológico-didático, da razoabilidade e da otimização dos trabalhos acadêmico-científicos, o estudo da acepção positiva do fenômeno ativismo judicial deve ser abandonado pela doutrina, restando, por fim, tão-somente a análise da judicialização da política e da abordagem negativista do fenômeno.

Merecedores de alusão aqui, adicionalmente, são os neologismos jurídicos negativistas juristocracia¹⁷, ministocracia¹⁸ e supremocracia¹⁹, que denotam cristalinamente a visão crítica de seus proponentes a respeito de determinados aspectos e praticantes de ativismo judicial, notadamente no STF.

O escopo do presente texto é constituído, vale ressaltar, pela filiação à corrente propugnadora da concepção negativa do ativismo judicial, por considerá-lo deveras violador tanto do princípio constitucional da separação dos Poderes quanto do Estado Democrático de Direito. Além do mais, o conceito de ativismo judicial utilizado para dar cabo à pergunta-tema do texto é o de Marshall²⁰, citado e traduzido por Pinheiro Pinto²¹, o qual adota uma definição multifacetada e discrimina sete tipos de ativismo judicial, a saber:

- 1) ativismo contramajoritário: a relutância dos tribunais em acatar – ou a predisposição deles para invalidar – as decisões dos poderes democraticamente eleitos; 2) ativismo não originalista: marcado pela resistência em acolher, no processo de aplicação e interpretação do direito, a intenção do legislador; 3) ativismo de precedentes: uma postura não deferente aos precedentes jurisprudenciais, rejeitando-se sua incidência; 4) ativismo formal: a resistência dos tribunais em aceitar os limites legais de sua competência, atuando no sentido de expandi-la; 5) ativismo material (ou criativo): resulta da criação de novos direitos e da instituição de novas teorias na doutrina constitucional; 6) ativismo remediador: dá-se quando a decisão judicial visa impor uma ação positiva aos outros poderes; e 7) ativismo partisan: uso do Poder Judiciário para atingir objetivos político-partidários ou para promover uma agenda partidária.

17 Trata-se de uma profunda transferência de competência decisória dos Poderes Executivo e Legislativo para o Judiciário, possibilitando que os macroproblemas políticos, econômicos e sociais de um povo sejam resolvidos não por seus representantes eleitos, mas por juízes, deflagrando-se um processo de enfraquecimento lento e gradativo do regime democrático. In: HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2007, apud Pinheiro Pinto, Hélio - op. cit.

18 Os autores demonstram como a ação individual de um ministro do STF pode influenciar o processo político. Neste contexto, denominado “ministocracia”, a questão constitucional torna-se instável e cria problemas para a justificação do poder do tribunal em um regime democrático. In: ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. *Ministocracia: O Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro*. Novos Estudos, São Paulo, v. 37, n. 1, p. 13-32, Jan-Abr. 2018. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/nec/a/GsYDWpRwSKzRGsyVY9zPSCP/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 7 mar. 2024.

19 Vieira escreve “supremocracia” para definir o processo de concentração de poderes no STF. Num primeiro sentido, o termo alude à autoridade do Supremo em face das demais instâncias do Judiciário. Em um segundo, atina-se à expansão da autoridade do STF em detrimento dos outros poderes. In: VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. Revista de Direito GV, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 441-464, Jul-Dez 2008. Disponível em <https://www.scielo.br/j/rdgv/a/6vXvWwkg7XG9njd6XmBzYzQ/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em 7 mar. 2024.

20 MARSHALL, William P. - op. cit.

21 Pinheiro Pinto, Hélio - op. cit.

2 A JURISPRUDÊNCIA DO STF ACERCA DA EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA

A jurisprudência do STF atinente à execução antecipada da pena teve quatro períodos distintos ao longo do tempo, considerando o regime constitucional instituído pela Carta Maior de 1988, quais sejam: da sua promulgação em 1988 até 2009; de 2009 a 2016; de 2016 a 2019 e por fim de 2019 até a data presente.

Abordaremos nos próximos tópicos os processos judiciais emblemáticos de tais períodos e os argumentos basilares neles contidos.

2.1 PRIMEIRO PERÍODO: 1988 A 2009 (HC 68.726/DF)

De 1988 até 2009, a Corte entendeu inexistir óbice à execução da sentença quando pendentes apenas recursos sem efeito suspensivo. Isto é, desde a promulgação da Carta Cidadã, ocorrida em 1988, até 2009, a Suprema Corte brasileira entendia ser possível a execução provisória da pena enquanto não julgados os pertinentes recursos extraordinário e especial perante o STF e o STJ, respectivamente.

Logo, vê-se que por mais de duas décadas a execução antecipada da pena foi chancelada pelo ordenamento jurídico-constitucional brasileiro, o que pode ser corroborado, por exemplo, pelo HC 67.245/MG, de 1989, relatado pelo ministro Aldir Passarinho, da Segunda Turma do STF, que consignou a primeira vez que o Tribunal debruçou-se em cima do tema sob a égide da CF/88, quando ficou assentado o que se segue, por unanimidade²²:

Prisão. Condenação mantida em segunda instância. Recurso extraordinário: inexistência de efeito suspensivo. Tendo o paciente sido condenado em primeiro grau, (...) aguardando em liberdade o julgamento da sua apelação, tendo vindo a ser mantida a condenação também em segundo grau, não é de se lhe conceder 'habeas corpus' para permanecer solto, aguardando julgamento de recurso extraordinário, pois, (...) não possui este efeito suspensivo. Não ampara sua pretensão o disposto no art. 5º, LVII da nova Constituição Federal.

A seguir, em 1991, teve-se a primeira decisão do Tribunal Pleno vinculada à temática, no HC 68.726/DF, relatado pelo ministro Néri da Silveira, ocasião em que o Colegiado entendeu "não conflitar com o art. 5º, inciso LVII, da CF" a determinação de prisão para execução provisória da pena²³:

22 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 67.245/MG. Relator: Min. Aldir Passarinho. 28/03/1989. Órgão julgador: Segunda Turma. Disponível em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur153509/false>. Acesso em: 23 fev. 2024.

23 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 68726/DF. Relator: Min. Néri da Silveira. 28/06/1991. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Disponível em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur151530/false>. Acesso em: 23 fev. 2024.

Mantida, por unanimidade, a sentença condenatória, contra a qual o réu apelara em liberdade, exauridas estão as instâncias ordinárias criminais, não sendo, assim, ilegal o mandado de prisão que o órgão julgador de segundo grau determina se expeça contra o réu.

O entendimento manteve-se até o ano de 2009, quando aconteceu a primeira mudança de posicionamento do Colegiado, depois de transcorridos praticamente 21 anos do regime constitucional iniciado em 1988.

2.2 SEGUNDO PERÍODO: 2009 A 2016 (HC 84.078-7/MG)

Em 2009 teve lugar o julgamento do HC 84.078-7/MG²⁴, o primeiro divisor de águas no que tange à execução provisória da pena, relatado pelo ministro Eros Grau.

Na oportunidade, o STF era composto por Eros Grau, Ayres Britto, Celso de Mello, Cezar Peluso, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio, Joaquim Barbosa, Ellen Gracie, Menezes Direito e Cármen Lúcia.

O placar final ficou em 7 votos a 4, sendo vencedora a tese que define a inconstitucionalidade da execução provisória da pena, ou seja, houve uma alteração de entendimento, tendo em conta que por décadas a jurisprudência da corte permitira a execução antecipada da pena. Ocorreu, por consequência, a detonação de *overruling* jurisprudencial, que é, na lição de Volpe Camargo²⁵, o método de trabalho de juízes de tribunais onde, depois da reavaliação dos fundamentos que levaram à formação de um precedente que ordinariamente se aplicaria ao caso em julgamento, decide-se por cancelar a fórmula anterior e atribuir uma interpretação, total ou parcialmente, diferente da antecedente.

Vencedores: Eros Grau, Ayres Britto, Celso de Mello, Cezar Peluso, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio. Vencidos: Joaquim Barbosa, Ellen Gracie, Menezes Direito e Cármen Lúcia.

Faremos a seguir um apanhado dos principais argumentos das duas correntes opostas formadas no STF durante a deliberação plenária do HC 84.078-7.

2.2.1 Tese vencedora, que refuta a constitucionalidade da execução provisória da pena

O relator do HC, ministro Eros Grau, cujo voto foi acompanhado pela maioria da Corte e tornou-se vitorioso, observou que a CF definiu, no artigo 5º, LVII, que

²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 84.078-7 MINAS GERAIS. Relator: Min. Eros Grau. 05/02/2009. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Disponível em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur173893/false>. Acesso em: 15 fev. 2024.

²⁵ VOLPE CAMARGO, Luiz Henrique. A força dos precedentes no moderno processo civil. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). Direito jurisprudencial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 553-673.

"ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória", texto considerado pela doutrina a positivação constitucional do princípio da presunção de inocência. Alega, ainda, que

Quem lê o texto constitucional em juízo perfeito sabe que a Constituição assegura que nem a lei, nem qualquer decisão judicial imponham ao réu alguma sanção antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Não me parece possível, salvo se for negado préstimo à Constituição, qualquer conclusão adversa ao que dispõe o inciso LVII do seu artigo 5º. (...) apenas um desafeto da Constituição admitiria que ela permite seja alguém considerado culpado anteriormente ao trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Grau argumenta que a ampla defesa não deve ser visualizada de modo restrito, por englobar todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Segundo ele, sendo ampla, a defesa abrange todas, e não apenas algumas dessas fases. Nessa seara, para o ministro, a execução da sentença imediatamente após o julgamento do recurso de apelação em segunda instância acarreta restrição do direito de defesa, restando assim configurado um desequilíbrio entre a pretensão do Estado de aplicar a pena e o direito, do acusado, de escapar a tal intenção.

O magistrado igualmente defende que nos regimes democráticos os criminosos são sujeitos de direito, e não objetos processuais, sendo como decorrência disso abarcados pelo princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Destarte, consoante seu pensamento, é inaceitável a exclusão social deles sem que seja feita a análise das peculiaridades de cada infração penal, o que só pode ser apurado adequadamente quando transitada em julgado a condenação penal de cada réu processual.

2.2.2 Tese vencida, em prol constitucionalidade da execução da pena após o esgotamento das duas instâncias ordinárias de jurisdição

O ministro Menezes Direito trouxe em seu voto alguns argumentos de dois interessantes artigos científicos escritos por membros do Ministério Público Federal. No primeiro, Fisher²⁶ demonstrou que há um tensionamento entre os direitos fundamentais do réu e o direito fundamental da sociedade à garantia de proteção e da efetividade do Poder Jurisdicional em face daqueles que violaram o Direito Penal, sendo que a sopesação para o equilíbrio entre estes dois pontos revela o parâmetro proporcional da atuação do Estado. O estudo conclui que a análise sistêmica do

26 FISHER, Douglas. Execução de Pena na Pendência de Recursos Extraordinário e Especial em Face da Interpretação Sistêmica da Constituição: Uma Análise do Princípio da Proporcionalidade: entre a Proibição de Excesso e a Proibição de Proteção Deficiente. *Direito Público*, v. 6, n. 25, 2009. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1442>. Acesso em: 21 fev. 2024.

ordenamento constitucional permite afirmar que não há violação à CF em se permitir a execução da pena privativa da liberdade se pendentes apenas os recursos extraordinário e/ou especial, notadamente por haver meio constitucional (habeas corpus) muito mais eficaz para proteger os direitos fundamentais dos réus.

No outro, Frischeisen et al.²⁷ afirmam que a execução provisória da pena é uma forma de proteção da vítima ou de seus familiares, especialmente em crimes contra a vida em que a vítima é criança ou adolescente, como na pornografia infantil ou na exploração sexual de crianças. De mais a mais, o estudo aduz que país nenhum do mundo, realizado o duplo grau de jurisdição, admite que a execução fique suspensa, aguardando julgamento da Suprema Corte.

O ministro Direito escreve que a não execução da pena depois do devido processo nas instâncias ordinárias, uma vez que os recursos extraordinário e especial não contam com efeito suspensivo, transformaria o STF em nova instância regular, em vez de excepcional, o que consoante o seu entendimento não está previsto no Texto Magno. Conforme seu parecer, deve haver um correto balanceamento capaz de proteger os direitos dos réus e os direitos da sociedade, a qual tem direito a eficiente proteção do Estado. Sugere, por fim, que deixar soltos os réus já condenados nas primeira e segunda instâncias estimula a impunidade e protege os que podem arcar financeiramente com os elevados custos advocatícios da multiplicidade de recursos que a legislação processual brasileira permite.

2.3 TERCEIRO PERÍODO: 2016 A 2019 (HC 126.292/SP, ADCS 43 E 44 MC/DF E ARE 964.246/SP)

No exercício de 2016 aconteceu nova alteração jurisprudencial do STF no tocante ao momento da execução da pena, materializada em três ocasiões. Passados sete anos da deliberação ocorrida no âmbito do HC 84.078-7/MG, a Corte, com composição bastante modificada em relação àquela existente em 2009, pela circunstância da aposentadoria de vários ministros, retomou a jurisprudência do tribunal constitucional vigente por quase vinte e um anos, de 1988 a 2009.

A princípio, na deliberação do HC 126.292/SP²⁸, em fevereiro de 2016, a Corte assentou que

A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de

27 FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca; GARCIA, Mônica Nicida; GUSMAN, Fábio. Execução Provisória da Pena: Panorama nos ordenamentos nacional e estrangeiro. Ministério Público Federal. 2009. 34 p. Disponível em: https://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/coordenacao/eventos/encontros-tematicos-e-outros-eventos/outros-eventos/docs/execucao-da-pena/3_execucao_provisoria_da_pena-versao_final_corrigido2.pdf/view. Acesso em: 21 fev. 2024.

28 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 126.292/SÃO PAULO. Relator (a): Min. TEORI ZAVASCKI. Julgamento: 17/02/2016. Publicação: 17/05/2016. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Disponível em <http://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur348283/false>. Acesso em: 29 fev. 2024.

apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal.

Em seguida, em outubro do mesmo ano, no julgamento de medida cautelar das ADCs 43 e 44 MC/DF²⁹, adveio nova decisão da temática. Estas ADCs pleitearam a declaração da harmonia do artigo 283 do Código de Processo Penal³⁰ com o regime jurídico concebido pela Carta Maior, alegando que a alteração jurisprudencial havida por conta do HC 126.292/SP acarretou confusão de entendimentos nas diversas instâncias do Poder Judiciário e não deliberou no que tange a constitucionalidade daquele dispositivo do CPP.

Naquele momento, o Colegiado era integrado por Celso de Mello, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio, Dias Toffoli, Luis Fux, Rosa Weber, Teori Zavascki, Roberto Barroso, Cármen Lúcia e Edson Fachin.

O resultado final do julgamento ficou em 6 votos a 5, sendo proclamada vitoriosa a corrente que pugnou pela constitucionalidade da antecipação da pena. Corrente vencedora: Gilmar Mendes, Luis Fux, Teori Zavascki, Roberto Barroso, Cármen Lúcia e Edson Fachin. Ala vencida: Marco Aurélio, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski, Celso de Mello e, parcialmente, Dias Toffoli.

Por fim, em novembro de 2016, desta vez sob a sistemática constitucional da repercussão geral, no bojo do Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 964.246/SP³¹, o tribunal pleno uma vez mais reafirmou a jurisprudência determinada na decisão do HC 126.292/SP e na análise das ADCs 43 e 44, instante no qual se assentou a tese:

1. Em regime de repercussão geral, fica reafirmada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal.

A exemplo do realizado em seção anterior, abordaremos alguns dos mais relevantes argumentos apresentados pelas correntes formadas no tribunal especificamente durante a plenária que debateu a controvérsia das ADCs 43 e 44.

29 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADC 43 MC / DF - DISTRITO FEDERAL. Relator (a): Min. MARCO AURÉLIO. Julgamento: 05/10/2016. Publicação: 07/03/2018. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Disponível em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur381461/false>. Acesso em: 15 fev. 2024.

30 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.

31 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 964.246/SP. Relator (a): Min. TEORI ZAVASCKI. Julgamento: 10/11/2016. Publicação: 25/11/2016. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Disponível em <http://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/repercussao-geral8782/false>. Acesso em: 27 fev. 2024.

2.3.1 Tese majoritária, pela constitucionalidade da execução criminal quando houver condenação assentada em segundo grau de jurisdição

A ementa do acórdão das ADCs 43 e 44 afirma que o retorno à compreensão anterior do STF, no sentido de atribuir efeito paralisante a todas decisões colegiadas prolatadas em segundo grau de jurisdição, investindo os Tribunais Superiores, STJ e STF, em terceiro e quarto graus, respectivamente, reputa-se inapropriado com as competências atribuídas constitucionalmente às Cortes de cúpula. A tese assentada no acórdão foi:

A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal.

O ministro Roberto Barroso escreveu em seu voto que a interpretação que impossibilita a prisão quando há condenação em segundo grau confere proteção deficiente a bens jurídicos tutelados pelo direito penal muito caros à CF, como a vida, a segurança e a integridade física e moral das pessoas. Além disso, o enorme distanciamento no tempo entre fato, condenação e cumprimento da pena impede que o direito penal seja capaz de prevenir crimes e dar satisfação à sociedade.

Ainda de acordo com ele, o sistema penal brasileiro não tem funcionado a contento, dado que a possibilidade de os réus aguardarem em liberdade o trânsito em julgado dos recursos especial e extraordinário, para apenas a partir daí iniciar a execução da pena, enfraquece a tutela dos bens jurídicos resguardados pelo direito penal e a própria confiança da sociedade na Justiça.

Continua o ministro: o fato de a punição penal ser retardada por anos, às vezes mesmo décadas, cria um sentimento social de ineficácia da lei e permite que a morosidade processual conduza à prescrição dos delitos. Ele pontua que a CF não condiciona a prisão ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória, mas sim a culpabilidade, já que a norma pertinente estatui que *ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória*, de sorte que o dispositivo a tratar da prisão determina que *ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente*. (grifos nossos) Isto posto, conclui, considerando-se ambos os incisos, a Constituição diferencia o regime da culpabilidade e o da prisão.

Finalizando a citação de argumentos do ministro Barroso: o princípio da presunção de inocência, tal como o nome sugere, é um princípio, não uma regra. A característica dos princípios é que eles podem ser ponderados com outros que têm mesma estatura constitucional. Sendo um princípio, a presunção de inocência é

ponderável com outros, como a efetividade do sistema penal, a qual se trata do valor que protege a vida das pessoas para que não sejam assassinadas, a integridade física delas para que não sejam agredidas, a integridade patrimonial para que não sejam roubadas. Via de regra, falar em efetividade do sistema punitivo é falar de um conjunto de direitos fundamentais que precisa ser protegido pelo Estado, como a vida, a integridade, a propriedade e a moralidade administrativa.

2.3.2 Tese minoritária, pela inconstitucionalidade da execução criminal quando houver condenação assentada em segunda instância

O ministro Marco Aurélio Mello foi o relator das ADCs 43 e 44 no plenário do STF. Manifestou-se contrariamente à execução da pena antes do julgamento dos recursos excepcionais pelas Cortes Superiores. Nas linhas abaixo, apresentam-se alguns argumentos que embasaram o seu voto.

De acordo com ele, deve ser respeitada a organicidade do Direito, levando em consideração o insculpido no artigo 5º, LVII, da CF: ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Para Mello, a literalidade da disposição constitucional não deixa margem para dúvidas: a culpa é pressuposto da aplicação da pena, ou seja, o artigo não abre brechas para controvérsias semânticas. Ele continua: a CF consagrou a excepcionalidade da custódia no sistema penal brasileiro, mormente no que tange à supressão da liberdade previamente ao trânsito em julgado da decisão condenatória, de maneira que o abandono do sentido inequívoco do Texto Magno gera perplexidades: almeja-se a declaração de constitucionalidade de disposição que reproduz o prescrito na CF.

Prosseguindo, o ministro alega que, ao aprovar o dispositivo em tela, o Poder Legislativo, por intermédio da Lei nº 12.403/2011, limitou-se a materializar, no campo processual, garantia explícita da Lei Maior, adequando-se à compreensão naquele momento assentada pelo Supremo, dado que à época vigorava, como visto, o entendimento aprovado no julgamento do HC 84.078-7/MG.

O magistrado da Corte Maior argumenta outrossim que não cabe, pela unidade semântica do art. 5º. LVII, da CF, brandir argumentos metajurídicos para subverter uma garantia constitucional cujos contornos não deveriam ser ponderados, mas, sim, assegurados pelo Supremo, considerado a última trincheira da cidadania. Diz que há uma máxima, relacionada à hermenêutica, em conformidade com a qual, onde o texto é claro e preciso, cessa a interpretação, sob pena de se reescrever a norma jurídica, e, no caso, o preceito constitucional.

Marco Aurélio aduz ainda que não merece prosperar a distinção feita entre as

situações de inocência e não culpa, pela situação de a execução da pena fixada por meio da sentença condenatória pressupor a configuração do crime, isto é, a verificação dos critérios de tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade. Ou seja, para o ministro, o implemento da pena não deve ocorrer enquanto não assentada a prática do delito, de maneira que raciocínio diverso implica negar os avanços do constitucionalismo caro ao Estado Democrático de Direito.

Em conclusão às asserções do ministro, tem-se que para ele o princípio da não culpabilidade é garantia vinculada ao trânsito em julgado, de jeito que a constitucionalidade do artigo 283 do CPP não permite questionamentos, visto que o preceito constitui reprodução de cláusula pétrea cujo núcleo essencial nem o poder constituinte derivado está autorizado a restringir.

2.4 QUARTO PERÍODO: 2019 ATÉ OS DIAS PRESENTES (ADCS 43, 44 E 54/DF)

Viu-se que, em 2016, sete anos depois da reviravolta judicial acontecida em 2009, o pleno do STF, com composição deveras alterada em relação àquela data, retornou, em três oportunidades ao longo do ano, à jurisprudência vigente por quase vinte e um anos a partir da promulgação da CF. No entanto, inusitadamente, já em 2019, passados apenas três anos daquela decisão colegiada, a qual, como visto, inclusive fora chancelada pelo instituto da repercussão geral, ocorreu novo julgamento³² no tocante ao tema do início da execução criminal quando houver condenação assentada em segundo grau de jurisdição. Nesta oportunidade, o objeto da análise colegiada aludiu-se ao mérito das ADCs 43 e 44, às quais foi apensada a tramitação da ADC 54, tomando como base a identidade de objeto desta àquelas. Assim como em 2016, ano de julgamento das ADCs 43 e 44 e do ARE 964.246, analisou-se a constitucionalidade do art. 283 do CPP tomando como parâmetro o ordenamento constitucional promulgado em 1988.

A composição da Corte Suprema em 2019 era praticamente idêntica à verificada em 2016. Participaram do julgamento mais recente os ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin e Alexandre de Moraes, sendo este a única modificação havida entre os integrantes do STF, nomeado em substituição a Teori Zavaski, falecido em 2017.

Então, ocorreu nova reviravolta jurisprudencial, retomando o *overruling* incorrido em 2009.

O julgamento teve como resultado final o mesmo placar de 6 votos a 5 de 2016, sendo declarada triunfante a ala defensora da inconstitucionalidade da

³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADC 43 / DF - DISTRITO FEDERAL. Relator (a): Min. MARCO AURÉLIO. Julgamento: 07/11/2019. Publicação: 12/11/2020. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Disponível em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur436271/false>. Acesso em: 15 fev.2024.

execução antecipada da pena, com a retomada do entendimento celebrado em 2009. Vitoriosos: Gilmar Mendes, Marco Aurélio, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski, Celso de Mello e Dias Toffoli. Derrotados: Luis Fux, Roberto Barroso, Cármen Lúcia, Edson Fachin e Alexandre de Moraes.

Conforme levado a efeito em tópicos anteriores, colacionaremos alguns dos mais representativos argumentos formulados no Colégio durante a nova divergência interpretativa alusiva às ADCs 43, 44 e 54.

2.4.1 Tese vitoriosa: é inconstitucional o principiar da execução criminal quando houver condenação definida em segunda instância

Como o intervalo entre os julgamentos de 2016 e 2019 é diminuto e tendo em mente que a composição do Colegiado nas duas oportunidades foi praticamente idêntica, pois a única mudança efetivada no período foi o ingresso de Alexandre de Moraes em substituição a Teori Zavascki, os votos dos ministros presentes às plenárias tiveram, na essência, o mesmo teor em ambas as ocasiões. É fato: o voto do relator Marco Aurélio, por exemplo, foi praticamente igual nas duas ocasiões. Por extensão, abordaremos argumentos do polêmico voto do ministro Gilmar Mendes, que em 2016 havia votado favoravelmente à determinação da execução da pena em seguida a condenação ordenada pela segunda instância jurisdicional, mas em 2019 posicionou-se de jeito radicalmente distinto, modificando o entendimento manifestado apenas três anos antes.

Mendes inicia sua argumentação apresentando justificativas para a sua curiosa mudança de posicionamento. Diz ele:

Após a decisão tomada em 2016, muito se alterou e se descobriu no cenário da persecução penal no Brasil. As ilegalidades cometidas em operações midiáticas atestam a necessidade de busca por limites ao poder punitivo estatal.

Desde que votei favoravelmente à execução provisória da pena, muito refleti sobre as consequências amplas de tal posicionamento e percebi que uma leitura tão destoante do texto expresso da Constituição Federal só acarretaria abertura de brechas para cada vez mais arbitrariedades por todo o sistema penal.

Na continuação, apresenta as bases de seu novo entendimento. Para o ministro, o fundamento do processo penal é o reconhecimento de que, em um Estado democrático de direito, uma sanção penal somente pode ser imposta depois da obtenção de uma condenação definitiva com total respeito às regras do devido processo penal. Ele prossegue com a noção de que direitos fundamentais não são absolutos, e por conta disso há autorização para a existência de prisões cautelares, ao se ponderar o princípio da presunção de inocência, e destaca que caso fosse

adotada uma visão rigorosa do princípio, nem poderiam existir restrições cautelares, como as prisões preventivas e temporárias.

Em todo caso, prossegue ele,

não se pode aceitar que a determinação expressa e clara do inciso LVII do art. 5º da CF, “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, possa ser um princípio ponderável. Trata-se de uma regra precisa, um direito fundamental, assegurado para limitar o poder punitivo estatal.

Gilmar dá seguimento, alegando que o texto constitucional é autoevidente, não sendo possível conferir interpretação diversa a um dispositivo com determinação tão clara: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Ato contínuo, o ministro assenta que o Estado só pode aplicar pena a quem praticou um crime, ou seja, só pode sancionar penalmente quem for culpado por um fato tipificado por lei criminal. Em decorrência, a prisão-pena, imposta como consequência ao crime praticado e com finalidades preventivas a novos delitos, só pode ser aplicada a quem for culpado. Antes de se ter a definição da culpa, não se pode prender para impor pena.

Sintetizando, o magistrado da Magna Corte afirma que ninguém pode ser punido sem ser considerado culpado; ninguém pode ser preso sem ter a sua culpa definida por ter cometido um crime; não se pode executar uma pena a alguém que não seja considerado culpado.

2.4.2 Tese derrotada: é constitucional o início da execução penal quando ocorrer condenação estabelecida em segundo grau jurisdicional

Acostaremos aqui, em atenção às razões já mencionadas, isto é, o reduzido prazo entre os julgamentos de 2016 e 2019 e o fato de ter havido apenas uma mudança na composição do STF no período, os principais argumentos de Alexandre de Moraes, por causa do ineditismo de sua participação na análise da questão.

O ministro destaca que se exige a análise da expressão “trânsito em julgado”, para que seja possível realizar a delimitação do âmbito normativo do inciso LVII do art. 5º da CF, em cotejo com os demais princípios constitucionais penais e processuais penais, em especial os da efetividade da tutela judicial, do juízo natural, do devido processo legal, ampla defesa e contraditório, estabelecidos nos incisos LIII, LIV, LV, LVI e LXI do artigo.

De acordo com ele, a interligação entre tais princípios no exercício da persecução penal são inerentes ao Estado democrático de Direito, pois somente por meio de um encadeamento de atos processuais, realizados perante a autoridade

judicial competente, será possível obter provas lícitas produzidas com a participação da defesa, afastando-se, diante disso, a presunção constitucional de inocência.

Moraes argumenta que o STF deverá compatibilizar o texto da CF a partir da interdependência dos mencionados princípios, que não deverão ser interpretados de jeito isolado, sob risco de desrespeitar a vontade do constituinte, sendo imperativo respeitar a coerência lógica dos dispositivos constitucionais, à guisa de obstar que a eficácia de uns anule a dos demais.

Para o magistrado da Corte Superior, ademais, ignorar a possibilidade de execução de decisão condenatória de segundo grau, mediante a observância do devido processo legal, ampla defesa e contraditório, e com respeito ao princípio da presunção de inocência perante o juízo natural das instâncias ordinárias, corresponderia a conferir zero eficácia ao princípio da efetiva tutela jurisdicional, em razão de aplicação desproporcional do princípio da presunção de inocência.

Ele afirma ainda que o legislador constituinte, no que toca à persecução penal estatal, garante aos juízes e tribunais de segundo grau a competência para analisar o conjunto probatório e decidir o mérito das causas penais, afastando a não culpabilidade do réu e impondo-lhe pena privativa de liberdade. Tais instâncias ordinárias, diz Alexandre, não podem ser transformadas em meros juízos de passagem, sem qualquer efetividade de suas decisões penais.

Igualmente, Moraes assevera que exigir decisão final do Supremo Tribunal Federal para iniciar a execução da pena aplicada a *posteriori* da análise de mérito da dupla instância judicial constitucionalmente escolhida como juízo natural criminal seria subverter a lógica de harmonização dos princípios constitucionais penais e processuais penais e negar eficácia aos diversos dispositivos citados em benefício da aplicação desproporcional de um único inciso do artigo 5º, com flagrante prejuízo ao princípio da tutela judicial efetiva.

3 CONSIDERAÇÕES SOBRE OS PERÍODOS E JULGADOS ABORDADOS

No presente capítulo, realizar-se-á uma análise crítica da jurisprudência colegiada e monocrática da Suprema Corte nacional concernente ao tópico da execução da pena após sentença condenatória proferida por colegiado de segunda instância jurisdicional.

3.1 FULANIZAÇÃO DE JULGAMENTOS, SINCRONICIDADE E ATIVISMO JUDICIAL PARTISAN

Tal qual visto, em outubro de 2016, o STF, no âmbito das ADCs 43 e 44, decidiu favoravelmente à decretação da pena de prisão a partir da sentença condenatória de segunda instância, reafirmando decisão proferida meses antes, quando da deliberação atinente ao HC 126.292. No mês subsequente, no ARE 964.246, com repercussão geral e caráter vinculante, o entendimento foi solidificado pela Corte.

Não obstante, pouco tempo depois, em 2017, o ministro Gilmar Mendes, que no ano pretérito, nos três julgamentos referidos no parágrafo antecedente, votara em prol da execução penal após decisão de segunda instância judicial, surpreendentemente manifestou em público que modificou o seu entendimento³³.

Nesse ponto, impende trazer à discussão alguns relevantes eventos que permeiam o ambiente jurídico-político no seio do qual estavam imersos os julgamentos de 2016 e 2019. O fato é que, em 2018, em virtude quer da decisão de 2016 permitindo a execução antecipada da pena, quer da denegação de HCs impetrados em diversas instâncias, inclusive perante o STJ e o próprio STF³⁴, teve início o encarceramento do ex-presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva na Polícia Federal do Paraná, no âmbito da denominada Operação Lava Jato. A condenação do ex-presidente foi efetivada pela 13ª Vara Federal de Curitiba e sua ulterior confirmação em segunda instância jurisdicional ocorreu pelas mãos do Tribunal Regional Federal da Quarta Região³⁵, por crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos ou valores.

33 BRANDINO, Gêssica. Favorável à mudança no STF, Gilmar defendia prisão em 2ª instância; veja vídeo. Folha de S. Paulo. 2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/03/favoravel-a-mudanca-no-stf-gilmar-defendia-prisao-em-2a-instancia-veja-video.shtml>. Acesso em: 10 mar. 2024.

34 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 152.752/Paraná. Relator: Edson Fachin. Julgamento em 04 de abril de 2018. Diário Judicial Eletrônico, 27 de junho de 2018. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur387299/false>. Acesso em: 10 mar. 2024.

35 BRASIL. Tribunal Regional Federal da Quarta Região. Apelação Criminal n. 5046512-94.2016.4.04.7000. Relator: João Pedro Gebran Neto. Julgamento em 26 de março de 2018. Diário Judicial Eletrônico. Porto Alegre. Disponível em: https://consulta.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&selForma=NU&txtValor=5046512-94.2016.4.04.7000&chkMostrarBaixados=&todasfases=&todosvalores=&todaspartes=&txtDataFase=01/01/1970&selOrigem=TRF&sistema=&txtChave=. Acesso em: 10 mar. 2024.

Desta feita, conforme já abordado detalhadamente, em novembro de 2019, no julgamento de mérito das ADCs 43, 44 e 54, o STF, contando com a insólita alteração do voto de Gilmar Mendes, uma vez mais modificou seu entendimento jurisprudencial e adotou a tese de que não é lícita a execução da pena depois de decisão condenatória de segunda instância jurisdicional. O ex-presidente Lula foi libertado do cárcere no dia seguinte a esta decisão.

Nesse contexto, cabe transcrever algumas "incidências ao voto" contidas no acórdão do julgamento de 2019, que se tratam de manifestações orais dos ministros feitas em tempo real durante a sessão plenária, as quais posteriormente são transcritas para o inteiro teor do acórdão publicado. Mendes declarou³⁶:

E o grande teste, discutimos muita essa questão da segunda instância tendo como pano de fundo o caso Lula. O caso Lula, de alguma forma, contaminou todo esse debate, tendo em vista essa politização. E isto acabou não sendo bom para um debate racional. (...)

Mas só [o] fez Presidente, [*ministro Dias Toffoli, o qual mencionou que a Força-Tarefa da assim chamada Operação Lava Jato, do Ministério Público Federal, requerera que o ex-presidente Lula saísse do regime fechado estabelecido no Código Penal*] eu dizia, a partir da possibilidade de que o Tribunal decidisse a questão de segunda instância. Na verdade, foi um tipo de benevolência compulsória, compulsiva; em suma, é importante a observação. O caso Lula mostrou o déficit da construção, inclusive da decisão pela via do Superior Tribunal de Justiça. (...)

Eu posso ser suspeito de tudo, menos de petismo; também não sou antipetista, não é? Mas, veja, portanto, que este caso Lula é um caso para estudo, porque, de fato, mostrou como o sistema funciona mal - e eu não estou falando de The Intercept, ainda não estou. (...)

Nos últimos anos, a Transparência Internacional atuou como verdadeira cúmplice da Força-Tarefa da Lava Jato nos abusos perpetrados no modelo de justiça criminal brasileiro.

Pelo exposto, infere-se que a decisão do STF concernente a execução da pena de privação de liberdade depois de decisão condenatória em segunda instância, tomada em 2019, constitui caso emblemático de *fulanização de julgamentos*³⁷, expressão elaborada por Lunardi, segundo a qual os julgamentos no STF, em idêntica situação jurídica, têm sido diferentes conforme a parte e o interesse envolvido no processo, de modo que a decisão para “fulano” talvez não seja a mesma para “beltrano”, a depender do contexto político, das pressões populares, do ministro relator e de outras variáveis que têm envolvido o intrincado jogo estratégico a que passou a se submeter a Corte. Ainda consoante o autor³⁸,

36 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 43/Distrito Federal. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgamento em 07 de novembro de 2019. Diário Judicial Eletrônico, 12 de novembro de 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur436271/false>. Acesso em: 23 fev. 2024.

37 LUNARDI, Fabrício Castagna. O STF na Política e a Política no STF: poderes, pactos e impactos para a democracia. 1 ed. São José dos Campos: Saraiva, 2020.

38 LUNARDI, Fabrício Castagna - op. cit.

em casos assim, a Constituição parece ser uma roupagem para a externalização de um voto, pois o constitucionalismo se torna um instrumento para encobrir o jogo estratégico com o processo, onde os diversos players parecem mais enxadristas num grande tabuleiro do que juristas defendendo a Constituição. (...)

Quando a Corte Constitucional transforma o direito em política, ou o direito é apenas uma roupagem para as decisões políticas, a legitimidade e a autoridade do STF como Tribunal Constitucional passam a estar em xeque.

Nessa toada, vale trazer à baila o conceito de *sincronicidade*³⁹, delineado por Estorilio e Benvindo como o conjunto de eventos aparentemente independentes, mas que envolvem uma causalidade oculta. Realmente, à primeira vista, poder-se-ia alegar não haver vinculação perceptível entre a mudança de jurisprudência de 2019 do STF e a imediata libertação de Lula. Porém, analisando-se o jogo político sub-reptício daquele período histórico é possível notar uma sincronicidade entre aqueles eventos, isto é, uma sequência de ações vinculadas entre si, a qual desnuda a relação entre as condutas dos atores políticos ligados ao ex-presidente e dos ministros do STF.

Por corolário, é perfeitamente válido teorizar que a prisão de Lula foi um dos elementos constitutivos do pano de fundo da brusca modificação jurisprudencial do STF ocorrida em 2019, hipótese que nos permite concluir com razoável grau de confiança que a mudança tenha acontecido em razão da afluência de questões políticas, o que demonstra a atuação ocasional da Suprema Corte e a oscilação de sua jurisprudência ao sabor dos interesses ou do poder dos atores políticos envolvidos na lide.

Esta inconstância decisória do STF constitui, portanto, demonstração inequívoca de fulanização de julgamentos, desnudada pela sincronicidade, e amolda-se ao conceito de *ativismo judicial partisan*, por meio do qual, recorde-se, Marshall⁴⁰ leciona que o Poder Judiciário é utilizado para atingir objetivos político-partidários ou para promover uma agenda partidária.

3.2 USO SELETIVO DA SUBSUNÇÃO, CONSTITUCIONALISMO SELETIVO E ATIVISMO JUDICIAL DE PRECEDENTES

No voto do ministro Alexandre de Moraes proferido no julgamento das ADCs 44, 45 e 54, em 2019, constam importantes levantamentos estatísticos. Segundo ele, até aquela data, a CF contava com 31 (trinta e um) anos de vigência, sendo que em 24 (vinte e quatro) daqueles anos (77% do total) o posicionamento em favor da possibilidade de execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em

³⁹ ESTORILIO, Rafael; BENVINDO, Juliano Zaiden. O Supremo Tribunal Federal como agente do constitucionalismo abusivo. Cadernos Adenauer XVIII, n. 1, 2017. Disponível em: https://www.kas.de/c/document_library/get_file?uuid=ff417ec1-eec2-f606-49c5-78fb2f5c9c1b&groupId=265553. Acesso em: 10 mar. 2024.

⁴⁰ MARSHALL, William P. - op. cit.

grau de apelação foi majoritário. Isto é, apenas no período inserido entre 2009, data do julgamento do HC 84.078-7, e 2016, quando julgadas as medidas liminares das ADCs 44 e 45, somaram-se os minoritários 7 (sete) anos (23% do total) em que o STF exigiu o trânsito em julgado condenatório como condição para execução de pena. Ainda conforme o voto de Moraes, durante os 31 anos de promulgação da CF, dos 34 (trinta e quatro) ministros que atuaram na Corte (3 ministros, por diversas razões, não chegaram a se posicionar sobre o tema), somente 9 (nove) deles posicionaram-se contrariamente à possibilidade de execução provisória da pena em seguida a condenação em segunda instância. Ou seja, folgada maioria, constituída por 22 (vinte e dois) ministros (71%), foi defensora da tese da execução provisória da pena.

Observa-se, desta maneira, que tanto no que se refere ao tempo de vigência da Carta Política, quanto no atinente ao quantitativo de ministros do STF durante o período, a posição amplamente majoritária da Casa foi favorável à execução penal pós decisão condenatória em segundo grau jurisdicional.

Considerando tais números, é reforçada a surpresa com a reviravolta praticada em 2019 pelo STF no julgamento das ADCs 44, 45 e 54. Como explicar a guinada interpretativa da Suprema Corte, manifestada passado pouco tempo das três deliberações plenárias (HC 126.292, ADCs 44/45 e ARE 964.246) de 2016, uma delas plasmada com caráter vinculante, em sede da sistemática constitucional da repercussão geral?

Outro aspecto pertinente ao debate em tela é o posicionamento do Ministério Público Federal na deliberação de 2019. Deve-se destacar que a Procuradoria-Geral da República, órgão central do MPF, acostou à tramitação das ADCs 44, 45 e 54 um parecer⁴¹ contrário à execução da pena somente após esgotadas todas as instâncias jurisdicionais. Na visão da PGR, a pretensão dos requerentes das ADCs, para que o STF declarasse a constitucionalidade do artigo 283 do CPP, fora plenamente satisfeita no julgamento do ARE 964.246, que contou com o carimbo do instituto da repercussão geral, e por tais motivos o MPF opinou pelo não conhecimento das ações por parte do STF. O *parquet* complementarmente argumentou não estarem satisfeitos os pressupostos materiais⁴² que justificariam o *overruling* do precedente vinculante ligado ao ARE 964.246, quais sejam, a perda de congruência social e consistência sistêmica do julgado⁴³. A PGR defendeu em seu parecer que modificar a decisão do julgado de 2016,

41 BRASIL. Ministério Público Federal. Parecer 56/2018 nas Ações Diretas de Constitucionalidade n. 43 e 44. Diário Judicial Eletrônico. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14453602&prclD=4986065#>. Acesso em: 13 mar. 2024.

42 O MPF pontuou haver divergência em relação aos pressupostos materiais do *overruling*, e anotou que há silêncio quase total na jurisprudência do STF sobre o assunto, considerada a escassez de casos de revogação de precedentes em seu histórico.

43 Eisenberg, Melvin Aron. The nature of the common law. Cambridge: Harvard University Press. 1998, p. 104.

(...) mesmo diante de todos os argumentos jurídicos e pragmáticos que o sustentam, representaria triplo retrocesso: para o sistema de precedentes brasileiro, que, ao se ver diante de julgado vinculante revogado pouco mais de um ano após a sua edição, perderia em estabilidade e teria sua seriedade desafiada; para a persecução penal no país, que voltaria ao cenário do passado e teria sua funcionalidade ameaçada por processos penais infundáveis, recursos protelatórios e penas massivamente prescritas; e para a própria credibilidade da sociedade na Justiça, como resultado da restauração da sensação de impunidade que vigorava em momento anterior ao julgamento do ARE 964.246/SP.

O ministro Luis Fux, em observação verbal durante a plenária de 2019, suscitou debate dos argumentos elencados no parecer da PGR, contrários à modificação de jurisprudência em prazo tão curto. Contudo, foi refutado pelo relator, ministro Marco Aurélio, e por Gilmar Mendes, o qual afirmou "foi julgada a liminar [no julgamento da medida liminar das ADCs 44 e 45, em 2016] e agora está se julgando o mérito. É só isso"⁴⁴.

Todavia, a asserção do ministro Gilmar, em nosso entendimento, não merece prosperar. Isso porque, conquanto em 2016 o julgamento realmente tenha tido como objeto as medidas liminares no âmbito das ADCs 44 e 45, a questão é que ainda naquele mesmo ano o entendimento em favor da execução antecipada da pena foi definitivamente sedimentado pelo STF quando da votação do já referido ARE 964.246. Este processo, há que se frisar, foi coroado com o selo pacificador constitucional da repercussão geral, o que na prática converteu-o em equivalente a julgamento de mérito das ADCs. Nesse tocante, a preliminar do MPF, pugnando pelo não conhecimento das ADCs e pela manutenção da jurisprudência assentada em 2016, de acordo com o nosso pensamento, deveria ter sido acatada pelo STF, o que teria evitado o equivocado *overruling* de 2019.

Com efeito, para além da noção de sincronicidade, tem-se aqui a concretização material de um outro conceito proposto por Estorilio e Benvindo⁴⁵: o *uso seletivo da subsunção*. Eles definem como tal a mudança substancial de interpretação sobre idêntica questão jurídica em função das partes e/ou os interesses envolvidos na querela, isto é, nalguns casos, embora idênticas as situações de direito presentes, as mesmas regras constitucionais poderão ser interpretadas e aplicadas de forma diametralmente distinta, a depender da parte ou do interesse político envolvido.

No caso em tela, percebe-se claramente que o STF encaixa-se no conceito. Afinal de contas, em um diminuto período de 3 anos, a Corte Magna deliberou a

44 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 43/Distrito Federal. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur436271/false>. Acesso em: 23 fev. 2024.

45 ESTORILIO, Rafael; BENVINDO, Juliano Zaiden - op. cit.

respeito de um idêntico tema de modo radicalmente diferente, tendo o ministro Gilmar, por exemplo, utilizado argumentos mutuamente excludentes em seus votos, numa escolha seletiva da subsunção do tema a dispositivos constitucionais. E mais: a análise de declarações políticas contidas no noticiário⁴⁶ jornalístico, também lastreada no conceito de sincronicidade, faz-nos conjecturar que é provável que a mudança de pensamento do STF tenha acontecido tendo como motivação subjacente o contexto da detenção do ex-presidente Lula - muito embora seja válido ressaltar que é difícil comprovar esta hipótese categoricamente, sem resquício de dúvidas, porque as motivações reais intrínsecas aos votos dos ministros no mais das vezes são do conhecimento personalíssimo apenas deles próprios, e, portanto, em tese imperscrutáveis ao estudo científico.

Em adição, Lunardi⁴⁷ traz outra interessante construção teórica que pode ser subsumida ao caso sob análise: o *constitucionalismo seletivo*, o qual preceitua que o resultado da interpretação constitucional é modificado consoante o interesse ou ator político envolvido, fazendo com que os textos constitucionais, a doutrina e a jurisprudência da Corte Suprema sejam relegados a segundo plano ou distorcidos por conta de pressões do governo ou de elites políticas. Por conseguinte, segundo ele, a interpretação constitucional é realizada não como um processo mental-cognitivo destinado a dar uma resposta conclusiva sobre determinado caso concreto, mas apenas para dar uma roupagem constitucional à decisão tomada por bases não jurídicas, em geral políticas. A alteração de jurisprudência praticada pelo STF em 2019, por esse prisma, é considerada manifestação de constitucionalismo seletivo.

Em suma, o STF, por conta dos fundamentos antes discutidos, não respeitou o precedente judicial estatuído pela própria Corte em três oportunidades em 2016, uma delas com efeitos vinculantes *erga omnes*, oponíveis contra todas as instâncias administrativas e judiciais, procedendo a *overruling* inoportuno e inadequado. Resta configurado no caso em análise, deduz-se, por obra da ocorrência do uso seletivo da subsunção e do constitucionalismo seletivo, o *ativismo judicial de precedentes* de Marshall, o qual, vale repisar, relaciona-se a uma postura dos magistrados não deferente aos precedentes jurisprudenciais, rejeitando-se sua incidência.

46 Em 2023, Gilmar Mendes declarou enfaticamente que "Se hoje nós temos a eleição do presidente Lula, isso se deveu a uma decisão do Supremo Tribunal Federal". In: MARQUES, Hugo. Gilmar Mendes diz que eleição de Lula se deveu ao Supremo. Veja. 2023. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/politica/gilmar-mendes-diz-que-eleicao-de-lula-se-deveu-ao-supremo>. Acesso em: 10 mar. 2024.

47 LUNARDI, Fabrício Castagna - op. cit.

3.3 AS DECISÕES MONOCRÁTICAS APÓS OS JULGAMENTOS DE 2016:

MINISTOCRACIA, CONTRAMAJORITARISMO INTERNO, ATIVISMO JUDICIAL DE PRECEDENTES E CONTRAMAJORITÁRIO

Há um tema visceralmente interligado aos julgados plenários relativos a execução antecipada da pena no STF cuja abordagem merece ser trazida à presente análise. É que, posteriormente às plenárias de 2016, alguns ministros do Supremo, vencidos nestas decisões colegiadas, adotaram, de acordo com levantamento jornalístico⁴⁸ feito na jurisprudência pertinente, o procedimento sistemático de conceder, monocraticamente, HCs dando liberdade a recorrentes custodiados pós condenação em segunda instância, em frontal desobediência à jurisprudência da Corte. Assim sendo, *a posteriori* das deliberações de 2016, durante os dois anos vindouros, 91 HCs de um total de 390 (ou 23%) examinados pelo STF, cujos demandantes haviam sido presos em atendimento a decisões condenatórias de segunda instância, foram deferidos de forma monocrática por ministros da Corte, em geral integrantes da corrente derrotada nos debates pretéritos.

Cuida-se, deve-se registrar, de prática que pode ser considerada, a um só tempo, política, autoritária, individualista, desrespeitadora da jurisprudência da Corte e do princípio da colegialidade⁴⁹, sendo este estritamente vinculado à própria noção de democracia, a qual pressupõe que as decisões coletivas sejam tomadas em deferência aos resultados das votações majoritárias. Consoante Lunardi⁵⁰,

os ministros da Corte Constitucional brasileira agem política e autoritariamente de forma contrária a um julgamento colegiado e, por conseguinte, o voluntarismo prevalece sobre a razão. Essa utilização abusiva das regras procedimentais para impedir que a decisão colegiada prevaleça viola o cerne da Constituição, pois, quando esta prevê a competência do STF, pressupõe um julgamento institucional, pelo seu órgão colegiado, e não a decisão monocrática de ministro.

A proliferação da concessão de HCs pelo procedimento monocrático, destoante da jurisprudência consolidada pelo Plenário, enquadra-se do mesmo modo na definição de ativismo judicial de precedentes de Marshall, haja vista que é desprestigiadora dos antecedentes judiciais da Corte Magna, adornados, não é

48 BALHAZAR, Ricardo; MARIANI, Daniel. Ministros do STF contrariam decisão da corte sobre prisão. Folha de S. Paulo. 2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/03/ministro-s-do-stf-contrariam-decisao-da-corte-sobre-prisao.shtml>. Acesso em: 13 mar. 2024.

49 A propósito, em 2023, aprovou-se no Senado Federal a PEC 8/2021, a qual intenta corrigir tais distorções, resgatando a supremacia do princípio da colegialidade no STF e noutros tribunais superiores, por intermédio da limitação de decisões monocráticas. A proposta encontra-se em tramitação na Câmara dos Deputados. In: BATISTA, Rodrigo. Senado aprova PEC que limita decisões individuais em tribunais. Senado Notícias. 2023. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2023/11/22/senado-aprova-pec-que-limita-decisoes-individuais-em-tribunais>. Acesso em: 5 abr. 2024.

50 LUNARDI, Fabrício Castagna - op. cit.

demais reforçar, com a grife constitucional da repercussão geral, e de resto constitui um dos aspectos ensejadores da já aludida *ministocracia*⁵¹.

Da mesma lavra desta última expressão é a conceituação *contramajoritarismo interno*⁵²:

(...) a ação individual no Supremo ilustra na prática a possibilidade de um tipo de contramajoritarismo interno dentro do próprio tribunal, aumentando o risco de captura desses agentes independentes e gerando problemas para a legitimação da atuação judicial contramajoritária na política de forma mais geral.

Em virtude da argumentação supra, e com inspiração nas proposições teóricas de Marshall, conclui-se que a desmedida atuação monocrática dos ministros do STF nesta seara reflete autêntico contramajoritarismo interno e em decorrência disso estabelece a capitulação de uma variante *marshallniana* do denominado *ativismo judicial contramajoritário*. Isso porque, insta salientar, este é verificado aqui com uma roupagem peculiar, ou seja, trata-se da disposição de ministros para invalidar, em caráter estritamente pessoal, as decisões colegiadas proferidas pelas maiorias integradas por seus próprios colegas de Tribunal.

51 ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano - op. cit.

52 ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano - op. cit.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O trabalho demonstrou que a preponderância constitucional protagonizada pelo STF, se bem gerida e delineada, incorre na definição de judicialização da política, o que pode fortalecer os ideais de democracia e república. Mas, se mal calibrada, pode se transmutar em ativismo judicial e ser bastante daninha para o Estado Democrático de Direito, ao causar a deturpação interpretativa da Constituição e a violação do princípio da separação dos poderes. Em tal situação, o STF passa a atuar na prática como poder constituinte, usurpando a competência dos poderes Executivo e Legislativo e causando o surgimento de um antidemocrático Estado Juristocrático de Direito⁵³.

Viu-se que a dimensão dita positiva do fenômeno ativismo judicial tem suas fronteiras conceituais demasiado convergentes com a definição de judicialização da política, motivo pelo qual aludida abordagem positivista deve ser deixada de lado pelos estudiosos jurídicos, sendo centradas forças, afinal, na dissecação da acepção negativa do ativismo judicial, essa sim relevante e autônoma no bojo da ciência jurídica.

Pôde-se perceber, ainda, a importância do tema para a sociedade brasileira, bem como a essência dos argumentos utilizados pelos ministros do STF contrários e favoráveis à execução antecipada da pena.

Ademais, verificou-se, por intermédio da análise das paradigmáticas decisões judiciais do STF no que tange ao tema, que, no pós-1988, depois de um período inicial de 21 anos de pacificação de pensamento jurisprudencial em favor da decretação de prisão seguidamente a decisão condenatória de segunda instância, aconteceram, num intervalo de apenas 10 anos (2009 a 2019), 3 reviravoltas no entendimento da Corte acerca do tema. Tais acontecimentos prejudicaram o princípio da segurança jurídica e mesmo a reputação do Tribunal como guardião da Constituição.

Acredita-se que a metodologia escolhida para a presente pesquisa (de abordagem analítica, qualitativa, descritiva, exploratória e documental) foi bem-sucedida e logrou atingir o objetivo a que se propôs. Pois bem, com relação à pergunta-tema do trabalho, depreendeu-se que, tomando como subsídio as proposições teóricas de Marshall, restou configurado ativismo judicial na atuação do STF quando considerados os julgamentos atinentes à temática da execução antecipada da pena, nos quais pôde ser percebida a ocorrência simultânea de 3 tipos de ativismo judicial, a saber: partisan, contramajoritário e de precedentes.

Observou-se, igualmente, utilizando como base notadamente o conceito de sincronicidade, e contando também com o auxílio de ferramentas da ciência política,

53 PINHEIRO PINTO, Hélio - op. cit.

que a jurisprudência da Corte Magna nos períodos estudados incorreu na capitulação das definições jurídicas *fulanização de julgamentos, uso seletivo da subsunção, constitucionalismo seletivo, ministocracia e contramajoritarismo interno*.

Por fim, com o intuito de alcançar a ampliação dos conhecimentos obtidos pelo texto, é sugerida a continuidade da pesquisa, através de trabalhos acadêmicos que explorem em especial o tema dos pressupostos materiais para a deflagração do *overruling*. Afinal, consoante pontuado pelo MPF, há silêncio quase total sobre o assunto na jurisprudência do STF, considerada a escassez de casos de revogação de precedentes em seu histórico.

REFERÊNCIAS

- ABBOUD, Georges. **Ativismo judicial**: os perigos de transformar o STF em inimigo ficcional. 1 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.
- ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Ministocracia: O Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro. **Revista Novos Estudos**, São Paulo, v. 37, n. 1, p. 13-32, Jan-Abr. 2018. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/nec/a/GsYDWpRwSKzRGsyVY9zPSCP/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 7 mar. 2024.
- BALTHAZAR, Ricardo; MARIANI, Daniel. **Ministros do STF contrariam decisão da corte sobre prisão**. Folha de S. Paulo. 2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/03/ministros-do-stf-contrariam-decisao-da-corte-sobre-prisao.shtml>. Acesso em: 13 mar. 2024.
- BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 21, jan/jun 2012. 50 páginas. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1794/2297>. Acesso em: 15 fev. 2024.
- BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **[Syn]Thesis**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>. Acesso em: 6 mar. 2024.
- BATISTA, Rodrigo. **Senado aprova PEC que limita decisões individuais em tribunais**. Senado Notícias. 2023. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2023/11/22/senado-aprova-pec-que-limita-decisoes-individuais-em-tribunais>. Acesso em: 5 abr. 2024.
- BORGES, Alexandre Walmott; CORRÊA, Andrey Lucas Macedo; VILLARROEL, Ivette Esis. O ativismo judicial pré-constituição brasileira de 1988: análise da resolução 1841 do Tribunal Superior Eleitoral em 1947 e a cassação do registro do PCB. **Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, Curitiba, v. 8, n. 14, p. 33-59, 2016. Disponível em: <https://www.abdconstojs.com.br/index.php/revista/article/view/133>. Acesso em: 7 mar. 2024.
- BRANDINO, Géssica. **Favorável à mudança no STF, Gilmar defendia prisão em 2ª instância; veja vídeo**. Folha de S. Paulo. 2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/03/favoravel-a-mudanca-no-stf-gilmar-defendia-prisao-em-2a-instancia-veja-video.shtml>. Acesso em: 10 mar. 2024.
- BRASIL. **Constituição**. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF. Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 28 nov. 2024.

BRASIL. Ministério Público Federal. Parecer 56/2018 nas Ações Diretas de Constitucionalidade n. 43 e 44. Diário Judicial Eletrônico. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14453602&prclID=4986065#>. Acesso em: 13 mar. 2024.

BRASIL. Presidência da República. Código de Processo Penal. Decreto-Lei n. 3.689/1941. **Diário Oficial da União**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 27 fev. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 126.292/São Paulo. Relator: Min. Teori Zavascki. Julgamento em 17 de fevereiro de 2016. Diário Judicial Eletrônico, 17 de maio de 2016. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur348283/false>. Acesso em: 29 fev. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 152.752/Paraná. Relator: Min. Edson Fachin. Julgamento em 04 de abril de 2018. Diário Judicial Eletrônico, 27 de junho de 2018. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur387299/false>. Acesso em: 10 mar. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. Habeas Corpus n. 67.245/Minas Gerais. Relator: Min. Aldir Passarinho. Julgamento em 28 de março de 1989. Diário Judicial Eletrônico, 26 de maio de 1989. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur153509/false>. Acesso em: 23 fev. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 43/Distrito Federal. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgamento em 07 de novembro de 2019. Diário Judicial Eletrônico, 12 de novembro de 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur436271/false>. Acesso em: 23 fev. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Habeas Corpus n. 68.726/Distrito Federal. Relator: Min. Néri da Silveira. Julgamento em 28 de junho de 1991. Diário Judicial Eletrônico, 20 de novembro de 1992. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur151530/false>. Acesso em: 23 fev. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Habeas Corpus n. 84.078-7/Minas Gerais. Relator: Min. Eros Grau. Julgamento em 05 de fevereiro de 2009. Diário Judicial Eletrônico, 26 de fevereiro de 2010. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur173893/false>. Acesso em: 23 fev. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 43 MC/Distrito Federal. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgamento em 05 de outubro de 2016. Diário Judicial Eletrônico, 07 de março de 2018. Disponível em:

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur381461/false>. Acesso em: 23 fev. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Recurso Extraordinário com Agravo n. 964.246/São Paulo. Relator: Min. Teori Zavascki. Julgamento em 10 de novembro de 2016. Diário Judicial Eletrônico, 25 de novembro de 2016. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/repercussao-geral8782/false>. Acesso em: 27 fev. 2024.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da Quarta Região. Apelação Criminal n. 5046512-94.2016.4.04.7000. Relator: João Pedro Gebran Neto. Julgamento em 26 de março de 2018. Diário Judicial Eletrônico. Porto Alegre. Disponível em: https://consulta.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&selfForma=NU&txtValor=5046512-94.2016.4.04.7000&chkMostrarBaixados=&todasfases=&todosvalores=&todaspartes=&txtDataFase=01/01/1970&selOrigem=TRF&sistema=&txtChave=. Acesso em: 10 mar. 2024.

ESTORILIO, Rafael; BENVINDO, Juliano Zaiden. O Supremo Tribunal Federal como agente do constitucionalismo abusivo. **Cadernos Adenauer XVIII**, n. 1, 2017. Disponível em: https://www.kas.de/c/document_library/get_file?uuid=ff417ec1-eec2-f606-49c5-78fb2f5c9c1b&groupId=265553. Acesso em: 10 mar. 2024.

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; BORGES, Alexandre Walmott. Experiências de ativismo judicial na Europa continental. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 48, n. 192, p. p. 67-77, 2011. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/173371>. Acesso em: 7 mar. 2024.

FISHER, Douglas. Execução de Pena na Pendência de Recursos Extraordinário e Especial em Face da Interpretação Sistêmica da Constituição: Uma Análise do Princípio da Proporcionalidade: entre a Proibição de Excesso e a Proibição de Proteção Deficiente. **Revista de Direito Público**, v. 6, n. 25, 2009. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1442>. Acesso em: 21 fev. 2024.

FRANCISCO, José Carlos (Coord.). **Neoconstitucionalismo e Atividade Jurisdicional**: do Passivismo ao Ativismo Judicial. 1 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca; GARCIA, Mônica Nicida; GUSMAN, Fábio. **Execução Provisória da Pena**: Panorama nos ordenamentos nacional e estrangeiro. Ministério Público Federal. 2009. 34 p. Disponível em: https://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/coordenacao/eventos/encontros-tematicos-e-outros-eventos/outros-eventos/docs/execucao-da-pena/3_execucao_provisoria_da_pena-versao_final_corrigido2.pdf/view. Acesso em: 21 fev. 2024.

LUNARDI, Fabrício Castagna. **O STF na Política e a Política no STF**: poderes, pactos e impactos para a democracia. 1 ed. São José dos Campos: Saraiva, 2020.

MARQUES, Hugo. **Gilmar Mendes diz que eleição de Lula se deveu ao Supremo**.

Veja. 2023. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/politica/gilmar-mendes-diz-que-eleicao-de-lula-se-deveu-ao-supremo>. Acesso em: 10 mar. 2024.

MARSHALL, William P. **Conservatives and the seven sins of "judicial activism"**. University of Colorado Law Review, v. 73, 2002, p. 101-140. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=330266. Acesso em: 8 mar. 2024.

PINHEIRO PINTO, Hélio. **Juristocracia: O STF entre a judicialização da política e o ativismo judicial**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

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

STRECK, Lenio Luiz; TASSINARI, Clarrisa; LEPPER, Adriano Obach. O problema do ativismo judicial: uma análise do caso MS3326. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, 2015. Número Especial. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/3139/pdf>. Acesso em: 6 mar. 2024.

TOLEDO, Cláudia (Coord.). **Atual Judiciário: ativismo ou atitude**. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 441-464, Jul-Dez 2008. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdgv/a/6vXvWwkg7XG9njd6XmBzYzQ/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 7 mar. 2024.