

EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA E SUA ATUAL APLICAÇÃO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: Marca de um estado de exceção?

PROVISIONAL IMPLEMENTATION OF THE PENALTY AND ITS CURRENT APPLICATION BY THE SUPREME FEDERAL COURT: Mark of a state of exception?

João Pedro Maia dos Santos*

RESUMO

O estudo sobre o estado de exceção tem, como principais expoentes, Carl Schmitt e Giorgio Agamben. Ambos vão apontar que a marca predominante de um estado de exceção é a separação entre lei e “força-de-lei”. O ativismo judiciário deve ser entendido como um fenômeno bifacetário, sendo que, em seu aspecto negativo transforma a aplicação das leis em instrumento de perseguição de adversários e rompe com o Estado Democrático de Direito, não garantindo a todos a igualdade perante a Lei. A execução provisória da pena é um ativismo judiciário negativo visto que sua aceitação viola vários dos preceitos fundamentais que estão na base do Estado de Direito tal como erigido na Constituição Federal de 1988, tais como a presunção de inocência, o devido processo legal e a vedação ao retrocesso social. Dessa forma, a decisão do Supremo Tribunal Federal que permitiu a execução provisória da pena mostra não só a importância de se pensar um mecanismo de controle das ações da Suprema Corte, como a expõe como agente de exceção, demonstrando que mesmo as instituições democráticas não afastam em definitivo o risco de um Estado autoritário.

Palavras-chave: Estado de exceção. Força de lei. Ativismo judicial. Execução provisória da pena. Agente de exceção.

ABSTRACT:

The study on the state of exception has, as main exponents, Carl Schmitt and Giorgio Agamben. Both will point out that the predominant mark of a state of exception is the separation between law and “force-of-law”. Judicial activism must be understood as a bifacetary phenomenon, being that, in its negative aspect, it transforms the application of laws into an instrument of persecution of opponents and breaks with the Democratic Rule of Law, not guaranteeing everyone equality before the Law. Provisional punishment is a negative judicial activism since its acceptance violates several of the fundamental precepts that underlie the rule of law as established in the Federal Constitution of 1988, such as the presumption of innocence, due process of law and the prohibition against retrogression. Social. Thus, the decision of the Federal Supreme Court that allowed the provisional execution of the sentence shows not only the importance of thinking about a mechanism to control the actions of the Supreme Court, but also exposes it as an agent of exception, demonstrating that even democratic institutions do not depart definitively the risk of an authoritarian state.

Artigo submetido em 20 de julho de 2020 e aprovado em 26 de fevereiro de 2021.

* Graduando do curso de Direito pela Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. E-mail: jpedromaias@gmail.com

Keywords: State of exception. Force of law. Judicial activism. Provisional punishment. Agent of exception

1 INTRODUÇÃO

Carl Schmitt foi o primeiro teórico moderno a empreender um estudo sobre o Estado de exceção. A afirmação de Schmitt de que “o soberano é quem decide sobre o estado de exceção” é emblemática e sua distinção entre “ditadura comissionada” e “ditadura inconstitucional” guiaram as abordagens sobre o tema durante todo o século XX. Já no século XXI, Giorgio Agamben conduziu o que hoje é, talvez, o mais influente estudo atual sobre o estado de exceção. Agamben afirma que o estado de exceção abandonou o seu caráter de excepcionalidade e tornou-se a regra dos estados modernos, inclusive nos chamados estados democráticos.

Segundo o jurista italiano, a principal marca de um estado de exceção não é a confusão entre os poderes, mas a desvinculação entre “lei” e “força-de-lei”. Essa expressão, que normalmente acompanha os decretos emitidos pelo chefe do Executivo, principalmente em situações excepcionais, seria o próprio valor da lei e sua aplicabilidade. Significa, portanto, que a lei perde seu status de lei e sua aplicação é suspensa, enquanto que outro ato adquire a força/o valor de lei, sendo exigido como se lei fosse, embora não o seja.

Embora isso pareça indicar que, então apenas o Executivo pode perpetrar um estado de exceção, trata-se de noção equivocada, pois, do mesmo modo pode proceder o Judiciário. Nesse sentido, quando o Supremo Tribunal Federal permitiu a possibilidade de a pena privativa de liberdade começar a ser cumprida com a condenação em segunda instância, ele procede da mesma forma: retirando a aplicação de uma lei (a norma constitucional que estabelece a presunção de inocência) e confere força-de-lei a um ato (decisão judicial) que, embora não seja lei, gerará efeitos como se o fosse. Trata-se de evidente *ativismo judicial negativo*, pois, para além de cercear direitos constitucionais, funciona como uma medida de exceção, para combater o inimigo que foi indicado ao Estado pelo soberano – o mercado. Esse inimigo, que não é uma pessoa ou grupo de indivíduos, mas uma forma de governo que se opõe à agenda neoliberal.

Nesse sentido, independentemente de a decisão ter sido revista ou não (o que, em verdade, era o mínimo a se fazer), fato é que o simples fato de que o STF agiu como um agente da exceção, com motivação claramente política, demonstra não só a ameaça de um órgão cujas atribuições são, em verdade, irrestritas, pois não podem ser alvo de nenhuma forma de controle efetivo; como também que a própria forma de um estado autoritário se manifestar se sofisticou, a ponto mesmo de ele surgir dentro de um regime constitucionalmente democrático e por meio das próprias instituições e mecanismos constitucionais.

2 SOBRE O ESTADO DE EXCEÇÃO

Carl Schmitt (2014) faz uma longa reconstrução do instituto do “estado de exceção”, partindo dos estudos humanistas, que se debruçavam sobre as ditaduras romanas, até a concepção contemporânea (século XX). Segundo ele, os humanistas renascentistas foram os primeiros a empreender um estudo moderno sobre o “estado de exceção”. Segundo o pesquisador alemão, para os humanistas, o regime jurídico de exceção, referido por “ditadura”, era conceito próprio da história romana e somente interessava como aspecto de estudo dos clássicos, ou seja, não era um estudo que pretendia desenvolver uma teoria do estado aplicável ao seu tempo, mas, meramente, um tópico de estudo histórico.

Eles deram início a uma tradição interpretativa que, de maneira ampla, permaneceu imutável até o século XIX: de acordo com ela, ditadura foi uma astuta invenção da

República Romana e o ditador era um extraordinário magistrado romano, introduzido depois da expulsão dos reis, de forma que um forte *imperium* [poderio militar] ainda fosse possível em tempos de insegurança.¹ (SCHMITT, 2014, p. 1) (**tradução nossa**)

O ditador, então, era apontado pelo cônsul a pedido do Senado romano em momentos de instabilidade, interna ou externa, e tinha por incumbência sanar a instabilidade, fosse declarando guerra contra o inimigo externo, fosse reprimindo a revolta interna (SCHMITT, 2014, p. 1). Conforme era o costume do início da república romana, o ditador permaneceria ocupando o cargo por, no máximo, seis meses, mas renunciaria caso atingisse o objetivo para o qual fora nomeado em menos tempo (SCHMITT, 2014, p. 2).

O principal aspecto do ditador era justamente o fato de ele estar acima da lei: o ditador era definido como um homem que, sendo independente da influência de qualquer outra instituição, era capaz de dar ordens e as executar de imediato, isto é, sem ter de obedecer a outros remédios legais² (SCHMITT, 2014, p. 4) (**tradução nossa**). Ou seja, o ditador era alguém que, em razão de uma necessidade, era nomeado com poderes para suspender a aplicação regular das leis com vistas a salvaguardar a República.

Jean Bodin foi um dos mais importantes teóricos da ditadura ao estabelecer a diferença entre esta e “soberania”. “Soberania”, para Bodin, seria “poder absoluto e perpétuo de uma república, que os latinos chamam de “*majestas*” (BODIN *apud* SCHMITT, p. 20); enquanto que “ditador” seria meramente alguém que assumiu um encargo que originalmente pertencia ao soberano, como, por exemplo, administrar a guerra ou reestabelecer a ordem em caso de insurgência. A principal diferença entre “soberania” e “ditadura”, portanto, é o caráter da perpetuidade, pois o poder do soberano é eterno, enquanto que o do ditador esgota-se no cumprimento do encargo.

De acordo com Schmitt, a ditadura tratada por Bodin – e os que se seguiram a ele, remontando a essa tradição clássica – seria a ditadura comissionada, em que o ditador é um comissário, isto é, “o personagem público ligado a um encargo extraordinário cujos limites são definidos por delegação” (MACEDO JUNIOR, 1997) e que recebe ordens diretamente do soberano para resolver determinado problema.

O debate em torno da ditadura perdeu espaço em razão da consolidação, no séc. XVII, do Estado Absolutista. Embora obsoleto, os levantamentos feitos por Bodin e outros acerca da “ditadura comissária” permaneceram no pensamento jurídico europeu, vindo, posteriormente, introduzido no ordenamento dos estados liberais. Especificamente, em 8 de julho de 1791 por decreto da Assembleia Constituinte francesa, foi estabelecida uma distinção entre o chamado “estado de paz”, em que as ordens civis e militares operavam de forma autônoma uma da outra; o “estado de guerra”, em que a autoridade civil se submete à ordem militar, e o “estado de sítio”, entendido como o estado em que a ordem militar, por sua própria responsabilidade, assume o controle das funções de manutenção da ordem e policia interna (SCHWAB *apud* MACEDO JUNIOR, 1997).

Segundo Agamben (2004),

[o] decreto se referia somente às praças-fortes e aos portos militares; entretanto, com a lei de 19 frutidor do ano V, o Diretório assimilou às praças fortes os municípios do

¹ “They began a tradition of interpretation that, broadly speaking, remained unchanged until the nineteenth century: according to it, dictatorship was a wise invention of the Roman Republic and the dictator was an extraordinary Roman magistrate, introduced after the expulsion of the kings, so that a strong *imperium* [military power] may still be possible in times of insecurity”. In: SCHMITT, 2014, p. 1

² “The dictator was defined as a man who, being independent of the influence of any other institution, was able to issue orders and to execute them immediately, that is, without having to obey other legal remedies”. In: SCHMITT, 2014, p. 4

interior e, com a lei do dia 18 frutidor do mesmo ano, se atribuiu o direito de declarar uma cidade em estado de sítio. (AGAMBEN, 2004, p. 13)

Dessa forma, o estado de sítio, uma vez criado, foi progressivamente se emancipando da situação de excepcionalidade da guerra para o qual fora originalmente criado e se tornando, cada vez mais, um instrumento de política estatal, para ser usado “em caso de desordens e sedições internas, passando, assim, de efetivo ou militar a fictício ou político” (AGAMBEN, 2004, p. 14).

Embora tenha previsto uma ditadura comissionada para situações excepcionais, Schmitt vai dizer que durante a Revolução Francesa surge um novo tipo de ditadura, a ditadura soberana. Esta, de forma sintética, seria aquela em que o ditador toma o poder não para cumprir um encargo, mas para romper com o estado atual das coisas e instaurar uma nova. Dessa forma, a ditadura soberana não seria temporária, mas duradoura. A partir disso, é possível fazer o salto para a conceituação que Schmitt faz de soberano: “Soberano é quem decide sobre o Estado de exceção” (SCHMITT *apud* TOSI, 2017, p. 19). Ou seja,

[o] soberano seria o único capaz de tomar a decisão última, a qual tem por objeto a situação de exceção. Assim, o que caracterizaria a exceção, segundo o jurista alemão, seria, sobretudo, a autoridade ilimitada, a significar a total suspensão da ordem existente. (VALIM, 2017, p. 17)

Giorgio Agamben afirma que o estudo do estado de exceção ganhará força entre os anos de 1934 e 1948 em razão do desmonte das democracias europeias por meio de um debate sobre a “ditadura constitucional” (AGAMBEN, 2004, p. 15). Teria sido nesse período que os Estados democráticos europeus e estadunidense seriam transformados “em consequência da progressiva expansão dos poderes do executivo durante as duas guerras mundiais e, de modo mais geral, do estado de exceção que as havia acompanhado e seguido” (AGAMBEN, 2004, p. 15). Ademais, segundo Agamben, o Estado de Exceção teria abandonado o seu caráter de excepcionalidade, tornando-se regra, nesse momento (AGAMBEN, 2004, p. 15).

De toda forma, os debates sobre a “ditadura constitucional”, buscam colocá-la como o meio necessário para salvaguardar a ordem constitucional, em contraposto à “ditadura inconstitucional”, que leva à derrubada da ordem constitucional (AGAMBEN, 2004, p. 17). Isso nada mais é do que a retomada da distinção schmittiana entre “ditadura comissária” e “ditadura soberana”, mostrando a força do pensamento de Schmitt, que orientou o estudo sobre o estado de exceção durante todo o século XX.

Foi somente no início do século XXI que Giorgio Agamben, em seu livro *Estado de Exceção* apresenta uma nova concepção à teoria do estado de exceção, partindo da análise de Schmitt. Segundo Agamben, um dos principais motivos pelo qual seria tão difícil conceituar juridicamente o estado de exceção é sua estreita relação com a guerra civil, a insurreição e a resistência (AGAMBEN, 2004, p. 10). No decorrer do século XX, o mundo assistiria o desenvolvimento de um fenômeno paradoxal denominado de “guerra civil legal” (SCHNUR *apud* AGAMBEN, 2004, p. 11). A título de exemplo, Agamben lembra que Hitler, ao tomar o poder (“ou, como talvez devesse de modo mais exato, mal o poder lhe foi entregue” (AGAMBEN, 2004, p. 11)) promulgou o *Decreto para proteção do povo e do Estado*, suspendendo os artigos da Constituição de Weimar, de 1919, relativos aos direitos individuais. Pode-se dizer que o estado nazista foi, em verdade, um estado de exceção que teve duração de doze anos, afinal tal decreto nunca fora revogado (AGAMBEN, 2004, p. 11).

A partir disso, AGAMBEN (2004) vai dizer que podemos definir o estado totalitário moderno como sendo

a instauração, por meio do estado de exceção, de uma guerra civil legal que permite a eliminação física não só dos adversários políticos, mas também de categorias inteiras de cidadãos que, por qualquer razão, pareçam não integráveis ao sistema político. Desde então, a criação voluntária de um estado de emergência permanente (ainda que, eventualmente, não declarado no sentido técnico) tornou-se uma das práticas essenciais dos Estados contemporâneos, **inclusive dos chamados estados democráticos**. (AMGAMBEN, 2004, p. 11) [grifo nosso]

Perceba-se que Agamben não limita esse conceito apenas aos regimes totalitários. Pelo contrário: ele o expande para abranger todas as formas de governo. Dessa forma, ao se retirar do estado de exceção o seu caráter de excepcionalidade e o transformar em técnica de governo, Agamben diz que desaparece a distinção entre um Estado totalitário e um estado democrático (AGAMBEN, 2004, p. 11).

E cita como exemplo o *USA Patriot Act*, promulgado pelo Senado americano em 2001 em resposta aos atentados de 11 de setembro, e a prisão de Guantánamo. Mas poderíamos citar, hoje, o estado de emergência que vigora na França desde o atentado terrorista ao Bataclan de 2016, que restringe as liberdades individuais em nome da segurança pública; como também poderíamos citar a legislação de exceção promulgada na Itália em 1993, após a morte dos juízes Falcone e Borsellino contra a Máfia, que cria, entre outras medidas, o regime de prisão de segurança máxima para os chefes mafiosos e a delação premiada para os mafiosos “*pentiti*” (arrepentidos). (TOSI, 2017, p. 22)

Mesmo assim, EUA, França e Itália não são ditos serem estados de exceção – no sentido de ditaduras. Isso porque, nesses casos, retoma-se o sentido original de estado de exceção, isto é, de suspensão do estado para certas categorias consideradas perigosas à ordem constitucional ou por certos lapsos temporais marcados por instabilidade e insegurança (TOSI, 2017, p. 22). A questão é encontrar o ponto-limite em que essas exceções se legitimam em uma necessidade e urgência real e a partir do qual se tornam meros instrumentos para excluir e subjulgar uma classe de cidadãos (AGAMBEN, 2004, p. 22).

No contexto brasileiro, a discussão do estado de exceção é calcada em dois pontos principais. O primeiro e mais antigo deles, é a análise de se o regime democrático instaurado a partir de 1985 representa de fato um período de consolidação democrática ou apenas uma continuação do regime de exceção que foi a Ditadura Militar, significando que o Brasil vive um “estado de exceção permanente”. O segundo, que acabou por tornar o primeiro inócuo, diz respeito à indagação de se, após o golpe institucional³, ocorrido em 2016, contra a Presidenta Dilma Rousseff, o país pode ser dito como sendo um estado de exceção.

Neste ponto, Valim (2017) responde positivamente:

Desta vez a democracia não foi abatida por um golpe militar, com tanques e fuzis, mas sim pelo que vem sendo chamado de um “golpe institucional”, gestado e levado a efeito sob uma aparência de legalidade. Instaurou-se um processo, ouviram-se as partes e as testemunhas, elaboraram-se relatórios, mas tudo não passava de uma grande farsa, um simulacro de devido processo legal encenado por parlamentares toscos e venais, sob o impulso decisivo da mídia nativa.

Apesar de nos parecer sumamente interessante, não cabe nos propósitos do presente trabalho a pormenorização da conjuntura que levou à queda da Presidenta Dilma Rousseff, tampouco os eventos que sucederam ao golpe de Estado. Limitar-nos-emos a narrar os fatos que demonstram, de maneira irretorquível, a proliferação do estado de exceção no Brasil atual.

³ Expressão usada por Rafael Valim, em sua obra “Estado de Exceção: a forma jurídica do neoliberalismo” (São Paulo: Editora Contracorrente, 2017).

De qualquer modo, é fundamental desde já compreender que o golpe de estado de 2016 é tão só *um* exemplo das múltiplas exceções que, se já não sepultaram por completo o combalido Estado de Direito brasileiro, estão em vias de fazê-lo. (VALIM, 2017, p. 26)

Valim utiliza o caso brasileiro como um exemplo da nova paradigmática do estado de exceção. Na sua concepção, o estado de exceção é a forma que o neoliberalismo achou para se expressar juridicamente.

Retomando a noção schmittiana de que o “soberano é quem decide sobre a exceção”, Valim vai dizer que, na contemporaneidade, o soberano é o mercado:

Em última análise, *o estado de exceção é uma exigência do atual modelo de dominação neoliberal*. É o meio pelo qual se *neutraliza* a prática democrática e se reconfiguram, de modo silencioso, os regimes políticos em escala universal.

O silêncio que pesa sobre este fenômeno não é, por óbvio, fortuito. Em todo o mundo, grandes veículos de comunicação, mediante sofisticadas técnicas de manipulação de informação, convertem-se, na expressão de Thomas Piketty, em “aparatos de justificação” da cosmovisão neoliberal. [...]

Tudo isto explica o fato de que a política, agora dominada pela exceção, tenha se transfigurado no binômio amigo/inimigo de que nos fala Carl Schmitt. A fim de preservar o estado de coisas vigente, o Estado empreende uma guerra incessante contra um inimigo virtual, constantemente redefinido, do qual se retira, em alguns casos, a própria condição de pessoa, reduzindo-os a um outro genérico, total, irreal. (VALIM, 2017, p.23) (**grifo do autor**)

Sinteticamente, o mercado é o soberano, mas não é agente político, ou seja, embora seja ele quem decide sobre a exceção, não é ele que aplica essa decisão. Para isso, o mercado se vale do Estado, esse sim, quem tem os instrumentos necessários para perseguir aqueles tidos como inimigos. Nas palavras de Valim (2017): “o mercado define os inimigos e o Estado os combate” (VALIM, 2017, p. 23).

3 O ATIVISMO JUDICIAL

Segundo Agamben, a principal marca de um estado de exceção não é a confusão dos poderes estatais, mas o afastamento da lei da sua força. Explica-se: o estado de exceção cria uma situação que desvincula a lei da sua aplicação (de sua “força”), de um lado, e atribui a atos infralegais a “força-de-lei”, isto é, o valor de lei (AGAMBEN, 2004, p. 50).

O exemplo mais claro dessa força-de-lei seriam os decretos-lei que o Executivo pode emitir, particularmente em um estado de exceção (como em ditadura). No entanto, não é só o Executivo que pode prosseguir nesse sentido. Na verdade, esse é o cerne da presente discussão: no Brasil atual o maior e mais perigoso agente⁴ da exceção não é o Executivo, mas o próprio Poder Judiciário.

Enquanto o Executivo conta com os decretos-leis para perpetrar a exceção, o Judiciário pode assim o faz por meio do ativismo judicial. A expressão “ativismo judicial” foi cunhada por Arthur Schlesinger Jr., jurista estadunidense. No contexto jurídico dos Estados Unidos, a noção de ativismo judicial tem por propósito dar contornos mais concretos, baseados nas noções subjetivas do próprio interprete (juiz) à Constituição. Schlesinger Jr. vai dividir os membros da Suprema Corte dos EUA em “ativistas judiciais” e “campeões da auto concentração” – embora,

⁴ “Agente”, pois, lembre-se, o soberano não é nenhum dos organismos políticos do Estado, mas o mercado. O Estado é apenas a ferramenta pela qual o mercado faz valer a sua decisão sobre a exceção.

como assinalam BRANCO; MENDES e PLACHI (2016), o autor não tinha pretensões políticas ou técnicas; a expressão “ativismo jurídico” fora cunhada despropozitadamente.

Apesar de não corresponder a um conceito *per se*, a expressão eventualmente ganhou espaço no meio jurídico e, no contexto estadunidense, serviu para diferenciar aqueles juízes que entendiam pela limitação de atuação da Suprema Corte, face à limitação das funções judiciárias, daqueles que, por outro lado, criticavam a postura conservadorista da Corte e entendiam que ela deveria adotar uma posição ativista, assinalando limites e manifestos de permissão ou restrição aos atos estatais (BRANCO; MENDES e PLACHI, 2016, p. 196).

Justamente por não possuir um conceito pré-estabelecido, o termo “ativismo judicial” pode corresponder a uma gama enorme de acepções, por vezes inclusive antagônicas. Certamente, no presente estudo e considerando que o Brasil possui uma cultura e sistemática política, mas, sobretudo, jurídica (*civil law*) distinta da dos Estados Unidos, a acepção mais adequada seria de que o ativismo judicial seria uma extrapolação de competências, pelos órgãos do Judiciário, que usurpam competência própria do Legislativo, ao atribuir às normas do ordenamento jurídico, sentido diverso ou mesmo contrário àquele dado pelo legislador quando da criação do texto normativo. Por esses motivos é que, no Brasil, o ativismo judicial se faz sentir mais fortemente na interpretação das normas constitucionais (MORON; SANTIAGO, 2017, p. 125), é dizer, o ativismo judicial é mais fortemente sentido no âmbito do próprio STF.

Como fenômeno negativo, a definição do ativismo judicial reside na constatação da atuação judicial em parâmetros que extrapolem os limites da atividade jurisdicional (SANTORO, 2014, p. 97). Em outros termos, o aspecto negativo do ativismo judicial surge quando o Poder Judiciário deixa de realizar um mero controle de legalidade ou constitucionalidade na interpretação das normas e passa a decidir além delas ou contra texto expresso da lei ou da constituição, exorbitando a sua atuação jurisdicional. (MORON; SANTIAGO, 2017, p. 125)

Contudo, e esse é um ponto importante a se destacar, o ativismo judicial não pode ser encarado como uma categoria uniforme. Na verdade, o ativismo judicial deve ser entendido como um fenômeno *bifacetário*, ensejando dois aspectos: um negativo, que é a expressão do Judiciário como agente da exceção; e um positivo, que, ao contrário, promove o oposto da exceção, pois estende a categorias originalmente excluídas os direitos fundamentais dos quais eram privadas.

Sob o aspecto positivo, o ativismo judicial seria uma forma mais contundente de atuação do Judiciário (LEWIS *apud* MORON; SANTIAGO, 2017, p. 125). Por exemplo, a decisão do STF que estendeu a união estável aos casais homoafetivos trata-se de inegável ativismo jurídico, na medida em que a Constituição de 1988 é clara ao dizer, no art. 226, § 3º, que “[p]ara efeito da proteção do Estado, **é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher** como entidade familiar [...]” (*grifo nosso*). Ou seja, é evidente que a Carta não conferia o mesmo tratamento às uniões de pessoas de mesma identidade de gênero. Ora, sob essa óptica é inegável que o STF agiu para além do que o texto constitucional permitia; incorreu, então, sem dúvidas, em ativismo judicial. Porém, há uma diferença clara: neste caso, a decisão do STF foi no sentido de estender direitos a grupos minoritários – perfeitamente compatível com a função contra majoritária dos órgãos do Judiciário – e não de cerceá-los.

Percebe-se claramente que aqui o STF não agiu como agente da exceção, mas como agente de inclusão. A decisão literalmente retirou uma situação fática de um âmbito extrajurídico para integrá-la à ordem jurídica.

No aspecto negativo do ativismo judicial ocorre exatamente o oposto: a decisão judicial retira do âmbito jurídico um grupo ou categoria de pessoas e os relega a um espaço sem direito.

A decisão, para aquela parte vencida, retira a aplicação de uma lei válida e vigente e impõe um ato que, mesmo não sendo lei, será exigido como se o fosse.

Dessa forma, é apenas nessa sua segunda modalidade que deve o ativismo judicial ser evitado e combatido. Isso porque, na sua modalidade positiva, o ativismo judicial não apenas seria conforme o Direito, como seria uma expressão do Estado Democrático de Direito que, devendo estar atento para a realidade multifacetada e constituição plural da sociedade, deve sempre buscar expandir as normas constitucionais de forma a ser cada vez mais inclusiva. Na sua modalidade negativa, por outro lado, o ativismo judicial seria atentador a própria noção de Estado de Direito. E isso é ainda mais verdade em se tratando de matéria de aplicação da norma penal, pois, como disse CLÁUDIO BRANDÃO (2014, p. 72), “[a] limitação ao poder de punir será uma característica marcante não somente do direito penal liberal, mas do próprio conceito de Estado Democrático de Direito”; dessa forma, caso admita-se um ativismo judicial em matéria penal que aumente a liberalidade com que o Estado pode fazer uso do seu direito de punir, estar-se-ia retrocedendo a um período anterior do Direito penal.

Bettioli (1986) propõe que toda a história penal pode ser dividida em apenas duas fases: o período do terror e o período liberal. Por período liberal não se entende um conjunto homogêneo de doutrinas, mas, muito ao contrário, um período que possui doutrinas contrastantes entre si, mas que são unidas por um elemento comum: a limitação ao poder de punir. (Ibidem)

Brandão, corretamente, aponta que tal afirmação seria, na verdade, uma simplificação da questão, mas, independentemente, fato é que o atual momento é marcado por um maior controle sobre os poderes estatais, isto é, uma maior limitação das funções do Estado, sendo esta, inclusive, uma das marcas das teorias liberais, que tem, como um dos seus resultados, a própria doutrina de Estado de Direito e a união deste com o ideal de democracia. Em outras palavras: uma das principais características do Estado democrático de Direito é, justamente, a limitação do poder estatal, inclusive e, talvez, sobretudo, do poder de punir.

Expressão máxima dessa limitação do *jus puniendi* seria o próprio princípio da legalidade⁵, que limitaria a atuação do Estado àquilo que estampado na lei. Porém, não se pretende com isso estabelecer que a atuação dos magistrados deva se limitar a uma mera subsunção, isto é, enquadramento do fato à norma, seguindo a velha tradição que acreditava que seria possível conter toda forma de conduta humana na norma (ENGISH *apud* BRANDÃO, 2014, p. 76), conquanto o princípio da legalidade seja, de fato, um dos pilares sobre o qual se estrutura a doutrina penal moderna e a própria noção de estado de Direito, “[...] não significa que se pode propor a redução de toda complexidade a ser valorada pelo direito penal no limite da descrição legal” (BRANDÃO, 2014, p. 79). Tanto é assim que BRANDÃO (2014) vai dizer que:

a tipicidade⁶ não representa um obstáculo para o método de aplicação do tipo penal quando a conclusão for favorável ao agente. Há uma abertura no método de aplicação do tipo penal que possibilita afastar a aplicação da lei penal que traria um prejuízo ao agente como premissa maior, mas isso não representa uma violação ao princípio da legalidade. Isso por conta da interpretação teleológica daquele princípio, que significa um aumento no âmbito da liberdade, em face da limitação ao poder de punir do Estado. Assim, em face do princípio da legalidade servir para proteger o homem do próprio direito penal, essa abertura metodológica é teologicamente conforme o referido legalidade na base de todo direito penal do Estado Democrático de Direito.

⁵ BRANDÃO, 2014, p. 72

⁶ Tipicidade se refere exatamente à conduta estar tipificada, isto é, prevista em lei já em vigor, de forma que só é criem aquela conduta que está tipificada em lei anterior. Portanto, a tipicidade encerra o princípio da legalidade.

Fundamenta, ainda, essa abertura, o conceito de bem jurídico, que é a substância do tipo penal, pois ele é o critério hermenêutico que motiva o afastamento da tipicidade formal, quando não se reconhecer a sua violação ou a sua exposição a perigo. (BRANDÃO, 2014, p. 85)

Diante disso, percebe-se, portanto, que o *ativismo judicial positivo* não encontraria impedimentos no princípio da legalidade (e, portanto, na noção de Estado de Direito); de outra vênua, o *ativismo judicial negativo* estaria em claro confronto com dito princípio e, de certo modo, consequentemente, contra a doutrina de estado constitucional moderna.

Nesse sentido, a decisão do STF no do HC 152.752/PR, se, de fato, se mostrar como sendo um *ativismo judicial negativo* representa um enorme risco ao Estado de Direito brasileiro e à própria ordem constitucional, pois demonstra não só que a sociedade⁷ está desprotegida da atuação de um agente de exceção, mas também que – e talvez pior ainda – não há formas de se defender de tal agente quando ele decide agir nesse sentido, pois não há instância a se recorrer contra um abuso vindo do STF.

4 A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA E O ATIVISMO JUDICIAL NEGATIVO

Antes que se possa dizer que a possibilidade de execução provisória é uma expressão negativa do ativismo judicial, deve-se, primeiramente, analisar se, de fato, tal possibilidade é ou não ativismo judicial. Nesse ponto, pelo menos, a análise é bastante simples: não restam dúvidas de que a decisão do STF no HC 126.292/SP representa um ativismo judicial. E já se acrescente: representa um ativismo judicial negativo.

Como exposto pelo Ministro Marco Aurélio em seu voto, aquilo que disposto no art. 5º, LVII, da Constituição Federal (“Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”) é claro e não deixa espaço para dúvidas ou interpretações. Está, nesse inciso da Constituição, a *regra* da presunção de inocência.

Que esse posicionamento fique claro: a presunção de inocência constitui regra e não princípio. Cabe diferenciar ambas as espécies de normas⁸ e, para isso, vale-se da, já clássica, lição do jurista alemão Robert Alexy. Alexy distinguirá regras de princípios ao dizer que, estes últimos, são *mandamentos de otimização*, por poderem “ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fálicas, mas também das possibilidades jurídicas” (ALEXY, 2008, p. 90).

Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fálica e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio. (ALEXY, 2008, p. 91)

Eventual conflito entre regras será solucionado ou pelo acréscimo de uma cláusula de exceção⁹ ou pela decretação de invalidade de uma das regras. Em caso de conflito entre

⁷ Afinal, o “inimigo” é uma figura estática e determinada, mas fluida e maleável, mudando dependendo da vontade do soberano (mercado)

⁸ ALEXY, 2008, p. 87

⁹ No exemplo de ALEXY (*Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2008, p. 92): “um conflito entre regras que pode ser resolvido por meio da introdução de uma cláusula de exceção é aquele entre a proibição de sair da sala de aula antes que o sinal toque e o dever de deixar a sala se soar o alarme de incêndio. Se o sinal ainda não tiver sido tocado, mas o alarme de incêndio tiver soado, essas regras conduzem a juízos concretos de dever-ser contraditórios

princípios, por outro lado, será apurado o peso que cada princípio possui no caso concreto em questão, tendo em mente que, em abstrato, nenhum princípio possui primazia sobre o outro.

A ilustração dessa teoria pode facilitar a sua compreensão. Figure-se o exemplo de um conflito entre o direito fundamental da liberdade de expressão com o direito fundamental à privacidade que ocorrerá se um jornalista desejar expor dados pessoais de alguém numa reportagem. Os dois direitos têm a índole de princípios, eles não se diferenciam hierarquicamente, nem constituem um a exceção do outro. Muito menos se há de cogitar resolver o atrito segundo um critério cronológico. O conflito, portanto, não se resolve com os critérios usuais de solução das antinomias. Ao contrário, terá que ser apurado, conforme o caso, qual dos dois direitos apresenta maior peso. Não seria impróprio, assim, considerar que, se o indivíduo retratado não vive uma situação pública relevante, a privacidade terá maior peso do que se ele é ator de algum fato de interesse público significativo, quando o interesse geral na matéria poderá ser arguido para emprestar maior peso à liberdade de expressão. (MENDES, 2015, p. 75)

Diante do exposto, a presunção de inocência não constitui um princípio, apesar de, normalmente, ser considerada como tal. Ora, se a presunção de inocência fosse um princípio admitir-se-ia que ela poderia ser afastada no caso concreto em razão de colisão com outro princípio, o que corresponderia a verdadeira afronta ao Estado de Direito, pois exigiria que o acusado provasse a sua inocência, ou seja, presumi-lo-ia culpado antes mesmo de qualquer sentença condenatória. Por essa razão, deve-se entender exatamente o contrário: a presunção de inocência, estampada no art. 5º, LVII, CF/88, constitui uma regra e que, portanto, é de observação obrigatória enquanto tiver validade. E, como disseram FISCHER e PACELLI (2017) “ela” – a presunção de inocência – “impõe, seguramente, a regra da proibição de execução provisória” (FISCHER e PACELLI, 2017, p. 461), logo a admissão desta possibilidade configura violação à regra constitucional.

A regra da presunção de inocência é o ponto de partida para um ordenamento jurídico estruturado sobre bases garantistas.

A perspectiva garantista se estrutura sobre a compreensão segundo a qual, no âmbito do processo judicial, há que se dar ênfase aos aspectos associados ao conhecimento da causa, isto é, da imputação, como condicionamento para o exercício do poder. É dizer: quanto maior for o saber, ou seja, o conhecimento efetivo sobre as questões de fato e de direito, menor será o uso do poder, aqui entendido não como a autoridade para o ato, mas como desvio no seu exercício. [...]

Naturalmente, então, há que se impedir, por primeiro, a adoção de atos constritivos de direitos fundados, exclusivamente, na presunção ou na antecipação de culpa ou de autoria, ainda quando, aparentemente, tais questões estejam visíveis. Não recusamos a eficácia de convencimento do flagrante delito, situação descrita como de ampla visibilidade do cometimento da infração penal (art. 302, CPP). No entanto, mesmo diante dele, é preciso partir da não culpabilidade na condução da investigação, sob pena de se deferir às autoridades policiais e mesmo aos cidadãos (que também podem efetuar a prisão em flagrante) a legitimidade para a formação da culpa, ignorando-se olímpicamente o devido processo legal e, de modo mais sensível, o contraditório e a ampla defesa, inexistentes na fase de investigação [...].

Nossa Constituição da República fez clara opção garantista, nesse sentido: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (art. 5º, LVII). (FISCHER; PACELLI, 2017, p. 461)

entre si. Esse conflito deve ser solucionado por meio da inclusão, na primeira regra, de uma cláusula de exceção para o caso do alarme de incêndio”.

Nessa perspectiva garantista, a presunção de inocência irradia-se em duas dimensões: uma interna e outra externa. Pela *dimensão externa*,

exige-se que a imagem do réu seja protegida da publicidade abusiva e da prematura estigmatização. Sabe-se que muitas vezes a mídia procura criar um estereótipo de “inimigo” para a sociedade, motivo pelo qual a presunção de inocência, ao lado de outros direitos fundamentais, como a imagem e a privacidade, funciona como barreira num estado democrático à abusividade dos meios de comunicação (LOPES JR. *apud* JOHNER, 2018, p. 111).

Na sua *dimensão interna*, a regra da não culpabilidade dá ensejo a dois efeitos, sendo um de *tratamento* (o réu não será tratado como culpado até que seja provada a sua culpa; é nisto que baseia-se o ônus da prova caber à acusação) e outro de *juízo* (a dúvida é favorável ao réu; trata-se da máxima *in dubio pro reo*).

Em conformidade com o efeito de *tratamento* da *dimensão interna* da não-culpabilidade encontram-se o Código de Processo Penal (CPP) e a Lei de Execução Penal (LEP). Estabelece o art. 283 do CPP que “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” (*grifo nosso*). No mesmo viés, a Lei de Execução Penal (LEP) diz que ninguém poderá ser recolhido para o cumprimento da pena privativa de liberdade sem a guia de recolhimento expedida pelo juiz (art. 107, LEP), que somente poderá a expedir uma vez que houver o trânsito em julgado da sentença condenatória que aplica essa modalidade de pena (art. 105, LEP), ou seja, por silogismo lógico, ninguém poderá ser legalmente recolhido para o cumprimento de pena privativa de liberdade enquanto não sobrevier condenação transitada em julgado.

Perceba-se, com isso, que o legislador foi clara e reiteradamente afirmativo quanto ao momento em que finda a presunção de inocência: o indivíduo só será considerado culpado quando houver o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Por esse motivo, o posicionamento do Ministro Teori Zavascki, que afirmava que o duplo grau de jurisdição restava exaurido quando houvesse a revista da sentença pelo Tribunal de 2ª Instância e, portanto, a execução provisória da pena não constitui violação à presunção de inocência não encontra respaldo jurídico. Mesmo considerando-se que a afirmação encontra-se correta, isto é, que o direito ao duplo grau de jurisdição, de fato, apenas confere a revisão da matéria pelo tribunal não é este um motivo de se considerar que a execução provisória de prisão não viola a regra da não-culpabilidade, pois é clara a posição das normas tanto constitucionais quanto infraconstitucionais de que apenas com o trânsito em julgado da sentença condenatória é que cairá a presunção de inocência.

Da mesma forma, denota-se a fragilidade do argumento de direito comparado, levantado em sede de julgamento do HC 152.752/PR, de que outros países não exigem a espera até o trânsito em julgado da sentença condenatória para se iniciar o cumprimento da pena. Nesse ponto, pertinente se faz o pensamento desenvolvido por JOHNER (2018): partindo de uma *leitura sistemática* da CF/88 juntamente da Declaração Universal de Direitos Humanos, de 1948 e de lembrando que a Carta de 1988 consagra o devido processo legal (“ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, art. 5º, inciso LIV, CF/88), o que, conseqüentemente, abarca a garantia da ampla defesa. Assim, ele lembra que:

a parte final do inciso LV do art. 5º da CF assegura ao acusado todos os meios e recursos inerentes à ampla defesa. Perceba que tal dispositivo vai ao encontro do art. 11, § 1º, da DUDH, que estende ao réu a possibilidade de se valer de todas as garantias

necessárias à sua defesa. Jungidos ambos os preceitos à cláusula do devido processo legal, chega-se ao resultado de que o processo somente acaba quando esgotadas todas as possibilidades de defesa do acusado; ou seja, quando não caibam mais recursos da decisão condenatória. Desse modo, a partir de uma interpretação sistemática entre a DUDH e a CF, constata-se que, se devem-se assegurar todas as garantias à defesa, apenas o trânsito em julgado pode acarretar na queda da presunção de inocência, de tal modo que a execução provisória da pena não tem respaldo constitucional. (JOHNER, 2018, p. 114)

Considerada nesses termos, a decisão do STF no julgamento do HC 126.292/SP não teria apenas violado a regra da não-culpabilidade, mas a própria garantia fundamental do devido processo legal.

Ademais, ainda com respeito à flexibilização da regra da presunção de inocência, a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) – Pacto de San José da Costa Rica –, à qual o Brasil, ao recepcionar, atribuiu hierarquia equivalente às normas constitucionais¹⁰, traz a regra da *norma mais favorável* (ou *proibição do retrocesso*):

Artigo 7. Direito à liberdade pessoal

[...]

2. Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, **salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas constituições políticas dos Estados Partes** ou pelas leis de acordo com elas promulgadas.

3. Ninguém pode ser submetido a detenção ou encarceramento arbitrários.

Artigo 29. Normas de interpretação

Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de:

a. **permitir a qualquer dos Estados Partes, grupo ou pessoa, suprimir o gozo e exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista;**

b. **limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados Partes** ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados;

c. excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo; e

d. excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza. (*grifo nosso*)

Da leitura desses dois dispositivos extrai-se que a Convenção dá primazia à norma que for mais benéfica, de forma que não pode, qualquer dos Estados signatários, por meio de interpretação de qualquer dos dispositivos daquela Convenção limitar direitos. Dessa forma, uma interpretação mais maléfica da máxima de que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença condenatória” (art. 5º, LVII, CF/88) viola, além do ordenamento pátrio, as normas de direitos humanos que sejam produto de tratados internacionais.

Aliás, o próprio Supremo Tribunal Federal, dos bons tempos, já se posicionou adotando o princípio da *vedação ao retrocesso*, destacando que por tal princípio se impõe ao Estado o impedimento de abolir, restringir ou inviabilizar sua concretização por inércia ou omissão. No entanto, com a decisão prolatada no HC 126.292,

¹⁰ Nesse ponto, relevante é a lição de BITENCOURT (2018): “Na verdade, o Brasil tem dois textos legais, no plano constitucional, que asseguram o princípio da presunção de inocência, na medida em que o art. 5º, § 2º, da CF/88 atribui essa condição/natureza de constitucional a Tratado Internacional devidamente aprovado no País. E, não se pode negar, tanto o Pacto de São José da Costa Rica como o art. 5º, LVII, da CF/88 reconhecem a vigência desse princípio” (BITENCOURT, 2018, p. 104).

contrariou essa sua própria decisão, ao restringir, alterar e revogar garantias sociais e humanitárias já incorporadas no Estado Democrático de Direito, violando, nessa decisão, também o princípio da proibição do retrocesso. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969 contém cláusula que impede, expressamente, que tratados posteriores sejam ‘interpretados no sentido de limitar o gozo e exercício de quaisquer direitos ou liberdades que possam ser reconhecidos em virtude de lei de qualquer dos Estados-partes ou em virtude de Convenções em que seja parte um dos referidos Estados’ (art. 29, b). (BITENCOURT, 2018, p. 106)

Reitera-se que a Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, de 1948, do qual o Brasil é signatário também vai dispor, no seu art. XI.1: “Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa”.

Dessa forma, estando o Brasil comprometido com o cumprimento das disposições constantes nos referidos documentos internacionais, evidencia-se que o novo entendimento da Suprema Corte acerca da execução provisória da pena privativa de liberdade e, por consequência, da presunção de inocência, acabou também por violá-los.

Nessa linha, vale referir que a Corte Interamericana de Direitos Humanos, competente para julgar situações relativas à interpretação dos dispositivos da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, não raramente declara a violação das garantias previstas no art. 8º do regramento, inclusive, especificamente em relação à presunção de inocência. [...]

Em resumo, o entendimento da Corte se direciona no sentido de que a prisão sem a existência de uma sentença definitiva somente pode se caracterizar como uma medida cautelar, mas não punitiva, impondo-se ao Estado uma obrigação de não restringir a liberdade do acusado além dos limites necessários para assegurar o bom andamento do processo e a necessária ação da justiça. Proceder de outro modo equivale a antecipar a pena, o que contraria princípios gerais do direito amplamente reconhecidos, especialmente, a presunção de inocência prevista no artigo 8.2 da Convenção Americana. (AMARAL; CALEFFI, 2017, p. 1098-1099)

Evidente, portanto, que o Supremo Tribunal Federal, ao admitir a **possibilidade**¹¹ de execução provisória da pena agiu em evidente ativismo judicial, interpretando o texto constitucional para além do que possível, uma vez que desenvolveu entendimento literalmente contrário àquilo que consta na Constituição e nos tratados internacionais que dispõem sobre direitos humanos e aos quais, frise-se, o Brasil conferiu hierarquia equivalente às normas constitucionais. E, como já afirmado, trata-se de ativismo judicial negativo e, nesse sentido, correta é a posição de BITENCOURT (2018, p. 101-102):

O Supremo Tribunal Federal orgulha-se de ser o guardião da Constituição Federal, e tem sido prestigiado pelo ordenamento jurídico brasileiro, que lhe atribui essa missão. **Mas o fato de ser o guardião de nossa Carta Magna não lhe atribui a sua titularidade. Isto é, o STF não é o dono da Constituição, tampouco tem o direito**

¹¹ Consequência imprevista advinda da decisão do STF no julgamento do HC 126.292/SP, como bem apontado pelo Ministro Marco Aurélio, quando proferiu voto no julgamento do HC 152.752/PR, é a de que a decretação da execução provisória da pena passou a ser decretada de forma automática “na maior parte das vezes, como já afirmado, sem qualquer fundamentação idônea”, o representou restrição ao princípio da presunção de inocência. Também, em posição crítica a essa postura dos tribunais inferiores, o Ministro Gilmar Mendes afirmou “porém, essa possibilidade [de execução provisória da pena de prisão] tem sido aplicada pelas instâncias inferiores automaticamente, para todos os casos e em qualquer situação, independentemente da natureza do crime, de sua gravidade ou do *quantum* da pena a ser cumprida” (HC 152.752/PR, p. 109).

de reescrevê-la a seu bel-prazer, como vem fazendo nos últimos anos, com suas interpretações contraditórias, equivocadas e, especialmente, contrariando o que vinha afirmando nos últimos 25 anos.

Essa postura autoritária que vem assumindo ultimamente, como órgão plenipotenciário, não o transforma em uma Instituição mais identificada com a sociedade brasileira. Pelo contrário, cria enorme insegurança jurídica, agride o bom senso, fere os sentimentos democráticos e republicanos e gera insustentável insegurança jurídica na coletividade brasileira. As garantias constitucionais são flagrantemente desrespeitadas, vilipendiadas, reinterpretadas e até negadas, como ocorreu no julgamento do HC 126.292, ocorrido no dia 17 de fevereiro de 2016.

Nesse dia, afirmamos, numa linguagem um tanto inadequada, que “o STF rasgou a Constituição Federal e jogou no lixo” os direitos assegurados de todo cidadão brasileiro que responde a um processo criminal, determinando que aproximadamente um terço dos condenados, provavelmente inocentes, cumpram pena indevidamente, segundo as estatísticas relativas a reformas pelos Tribunais Superiores.

Com efeito, ignorando os Tratados Internacionais recepcionados pelo ordenamento jurídico brasileiro e a previsão expressa em nossa Constituição (art. 5º, LVII), que garantem o princípio da presunção de inocência, o STF passou a negar sua vigência, a partir dessa fatídica decisão, autorizando a execução antecipada de decisões condenatórias, mesmo pendentes recursos aos Tribunais Superiores. Trata-se de um dia em que o Supremo Tribunal Federal escreveu a página mais negra de sua história, ao negar a vigência de Texto Constitucional expresso que estabelece como marco da presunção de inocência o trânsito em julgado de decisão condenatória. Trânsito em julgado é um instituto processual com conteúdo específico, significado próprio e conceito inquestionável, não admitindo alteração ou relativização de nenhuma natureza. (BITENCOURT, 2018, p. 101-102)

Diante disso, não nos restam dúvidas de que tal posicionamento configura ativismo judicial negativo, vez que representa um retrocesso em matéria de direitos humanos. Ora, sendo a pena privativa de liberdade, inquestionavelmente, a mais severa das modalidades de pena, vez que priva o indivíduo condenado de um de seus direitos fundamentais, qual seja: o da liberdade de locomoção espacial, qualquer decisão jurisdicional ou reforma legislativa que vise ou possibilite que essa liberdade seja retirada antes do que atualmente é permitido (somente após o trânsito em julgado de sentença condenatória), corresponde a inegável retrocesso e cerceamento ilegal de direitos humanos.

A questão que resta é: quem é o inimigo que essa possibilidade de violação de direitos fundamentais que é a possibilidade de execução provisória da pena busca combater, a amando do mercado-soberano? O interessante é que esse inimigo, não é, na verdade, um grupo de pessoas (embora, o combate promovido pelo Estado recairá sobre indivíduos), mas um projeto político em oposição ao neoliberalismo.

Um modelo nacional-desenvolvimentista foi o que marcou os governos petistas de Lula e Dilma. Marcado por políticas de integração social e repartição de renda, esse modelo é frontalmente contrário à proposta neoliberal. Dessa forma, não tardou para que fosse marcado como o inimigo a ser combatido pelo Estado. O afastamento da presidenta Dilma Roussef em 2016, por um golpe jurídico-midiático (vendido pela mídia comercial como *impeachment* e avalizado pelo STF e o Congresso Nacional), foi a primeira medida. No entanto, não se permitiria que esse modelo de oposição ao neoliberalismo ficasse afastado por apenas dois anos.

Nesse sentido, veio a articulação do STF revendo a sua posição e readmitindo o início de cumprimento da pena privativa de liberdade após a condenação em segunda instância. Tal prática, que como já dito é evidente ativismo jurídico restritivo à direitos fundamentais, foi a forma encontrada para afastar o risco que o ex-Presidente Lula representava nas eleições de 2018. Para impedir a retomada de uma agenda progressista – que se choca com as propostas individualistas, competitivas e de Estado mínimo do neoliberalismo – era preciso impedir que

o candidato, apontado como favorito nas eleições pelas pesquisas eleitorais, concorresse. De fato, mantê-lo de fora das eleições foi tão importante que o Judiciário permitiu violações aos direitos políticos de Lula (violações reconhecidas pelo comitê próprio da Organização das Nações Unidas).

Na verdade, o caráter político – e, portanto, de medida de exceção - da possibilidade de execução provisória da pena é tão explícito que, em 2019, quando já não havia mais os riscos de uma agenda diferente da neoliberal ganhar as eleições, o STF reviu, novamente, reviu a sua posição e entendeu por inconstitucional prisão em segunda instância como inconstitucional.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em 2019, a Suprema Corte reviu novamente a sua posição e decidiu que, de fato, a execução provisória da pena de prisão não encontra embasamento no ordenamento jurídico brasileiro e, portanto, é inadmissível. Para aqueles que estivesse atentos, essa decisão do STF, convenientemente no ao seguinte às eleições presidenciais não surpreendeu: o objetivo já havia sido alcançado, afinal, o candidato favorito ficou completamente de fora das eleições, sendo impossibilidade, inclusive, de pedir apoio para o candidato que indicou para o seu lugar.

Dessa forma, o STF tornou escancarado que a ausa decisão havia sido uma decisão política, com um objetivo político: a agenda nacional-desenvolvimentista, a qual Lula representa (pouco importa se isso corresponde integralmente à realidade ou não, fato é que ele foi marcado com essa premissa). Assim, a Suprema Corte cumpriu com o seu papel de agente da exceção, exatamente como determinado pelo soberano.

A questão é que uma atuação dessa dimensão gera um repercussões várias, embora focasse em apenas dois, tidos por principais. Em primeiro lugar, a própria legitimidade democrática do STF é perdida. Afinal, como admitir que um órgão constitucional possa decidir abertamente contra a Constituição, sem sofrer qualquer tipo de reprimenda? Isso apenas torna evidente o descontrole que marca a toda a atuação jurisdicional, comprometendo, portanto, a própria legitimidade da estrutura jurisdicional brasileira. Em segundo lugar, mas não menos importante, tal postura da Suprema Corte demonstra que a própria lógica do estado de exceção se alterou, talvez em uma dimensão que, até então, não tinha sido prevista: o Judiciário, que era identificado como o mais fraco dos três poderes do Estado (pois carece de iniciativa própria, dependendo de provocação), ganhou força para agir desreguladamente, de tal forma que, hoje, pode-se falar em uma ditadura-judicial, ao invés de uma ditadura do Executivo.

Tudo isso parece indicar que, por um lado, deve-se repensar a necessidade de estabelecer uma forma de controle sobre o Judiciário, principalmente sobre os seus órgãos de cúpula. Afinal, a Suprema Corte pode, na prática, decidir de forma que, basicamente, se equipara a uma atuação legislativa, o mínimo então é que possua alguma legitimidade democrática, se sujeitando a um controle social. Por outro lado, também indica a necessidade de se repensar o estado de exceção, este que agora consegue se manifestar dentro do Estado de Direito, por meio dos próprios mecanismos democráticos que deveriam mente-lo em cheque.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção: Homo Sacer, II, I.** Tradução: Iraci D. Poletip. 2ª. ed. [S. l.]: Boitempo Editorial, 2004. 144 p. ISBN 857559057X.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. 627 p. Tradução de: Virgílio Afonso da Silva.

AMARAL, Augusto Jobim do; CALEFFI, Paulo Saint Pastous. Pré-ocupação de inocência e execução provisória da pena: uma análise crítica da modificação jurisprudencial do STF.

Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, v. 3, n. 3, p.1073-1114, set. 2017. Disponível em:

http://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/11242/2/Pre_ocupacao_de_inocencia_e_execucao_provisoria_da_pena_uma_analise_critica_da_modificacao_jurisprudencial_do_STF.pdf. Acesso em: 11 abr. 2019.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. 2001. 242 p. Tradução de: Ridendo Castigat Mores. Disponível em: <http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/delitosB.pdf>. Acesso em: 11 abr. 2019.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. 24. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. 1658 p.

BRANDÃO, Cláudio. Tipicidade e Interpretação no Direito Penal. **Seqüência**, Florianópolis, n. 68, p.59-89, jun. 2014. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/seq/n68/04.pdf>. Acesso em: 11 jun. de 2019.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**. [S. l.: s. n.], 1988. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 11 abr. 2019.

BRASIL. Decreto-Lei nº DECRETO-LEI Nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Código de Processo Penal**, [S. l.], 3 out. 1941. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 11 abr. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 84.078. Paciente: Omar Coelho Vitor. Impetrante: Omar Coelho Vitor. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, DF, 05 de fevereiro de 2009. **Diário do Judiciário Eletrônico**. Brasília, 26 fev. 2010. n. 35. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>. Acesso em: 11 abr. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 126.292, São Paulo. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Impetrante: Maria Claudia de Seixas. Relator: Ministro Teori Zavascki.

Brasília, DF, 17 de fevereiro de 2016. **Diário do Judiciário Eletrônico**. Brasília, 07 fev. 2017. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 11 abr. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 152.752, Paraná. Paciente: Luiz

Inácio Lula da Silva. Impetrante: Cristiano Zanin Martins e Outros (A/S). Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília, DF, 22 de março de 2018. **Diário do Judiciário Eletrônico**. Brasília, 26 mar. 2019. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=15132272>. Acesso em: 11 abr. 2019.

CONVENÇÃO America de Direitos Humanos. = Organização dos Estados Americanos. 22 nov. 1969. Disponível em:
https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 11 abr. 2019.

FISCHER, Douglas; PACELLI, Eugênio. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2017. 1219 p.

JOHNER, Marcos Afonso. A presunção de inocência no contexto da Declaração Universal de Direitos Humanos e a sua relativização pelo Supremo Tribunal Federal. **Diálogo**, Canoas, n. 39, p.107-117, dez. 107. Disponível em:
<https://revistas.unilasalle.edu.br/index.php/Dialogo/article/view/5164/pdf>. Acesso em: 11 abr. 2019.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. Constituição, soberania e ditadura em Carl Schmitt. **Lua Nova**, São Paulo, n. 42, p. 119-144, 1997. Disponível em:
http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451997000300005&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 08 Abr. 2020.

MARTEL, Leticia de Campos Velho. Hierarquização de direitos fundamentais: a doutrina da posição preferencial na jurisprudência da Suprema Corte norte-americana. **Seqüência**, Florianópolis, n. 48, p. 91-117, jul. 2004. Disponível em:
<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15236/13854>. Acesso em: 11 abr. 2019.

MORON, Eduardo Daniel Lazarte; SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna. Ativismo judicial, presunção do estado de inocência e execução provisória da pena: análise das decisões do Supremo Tribunal Federal no habeas corpus n. 126.292/sp e nas ações declaratórias de constitucionalidade N. 43 E N. 44. **Direito e Justiça: Reflexões Sociojurídicas**, n. 29, p.121-137, nov. 2017. Disponível em:
http://srvapp2s.santoangelo.uri.br/seer/index.php/direito_e_justica/article/view/2227/1072. Acesso em: 11 abr. 2019.

PLACHI, Soraia Priscila. Ativismo judicial e a presunção de inocência do adolescente infrator – análise da decisão do Supremo Tribunal Federal no HC 122.072/2014. **Revista de Direito Brasileira**, São Paulo, v. 14, n. 6, p.186-199, maio/ago. 2016. Disponível em:
<https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/2988/2761>. Acesso em: 11 abr. 2019.
ONU. Assembleia Geral das Nações Unidas. Declaração Universal dos Direitos Humanos. 1948. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 11 abr. de 2019.

SCHMITT , Carl. **Dictatorship**. Tradução: Michael Hoelzl, Graham Ward. 7. ed. [S. l.]: Polity Press, 2014. 314 p.

TOSI, Giuseppe. O que resta da ditadura?: Estado democrático de direito e exceção no Brasil. **Cadernos IHUideias**, [s. l.], ano 15, v. 15, n. 267, 40p., 13 nov. 2017. ISSN 2448-0304 (online). Disponível em:
<http://www.ihu.unisinos.br/images/stories/cadernos/ideias/267cadernosihuideias.pdf>. Acesso em: 08 abr. 2020.

VALIM, Rafael. **Estado de exceção: a forma jurídica do neoliberalismo**. São Paulo: Contracorrente, 2017. 64 p. ISBN 978-85-69220-29-9.