

**Personalidade Acadêmica Homenageada:**  
**Florisbal de Souza Del’Olmo** (Professor Convidado – UNICURITIBA)

---

## **O ATIVISMO JUDICIÁRIO E A PRISÃO APÓS CONDENAÇÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA**

**VIVIANI HASSELMANN DE BASTOS**

Membro de pesquisa da instituição Faneesp - Faculdade Nacional de Educação e Ensino Superior do Paraná.

### **OBJETIVOS DO TRABALHO**

Diante da omissão do Poder Legislativo brasileiro, no que se refere a assuntos que possam ser polêmicos na sociedade, por diversas vezes o Poder Judiciário é chamado a se manifestar a fim de sanar eventuais lacunas e acaba por legislar ao interpretar determinadas normas, extrapolando suas funções precípua constantes na Constituição Federal do Brasil de 1988 e agindo de acordo com o chamado ativismo judicial.

Recentemente o Supremo Tribunal Federal admitiu, ainda que de forma não unânime, a prisão preventiva de acusados após a confirmação da condenação na segunda instância, ao julgar o Habeas Corpus nº 126.292/SP. Tal decisão foi polêmica uma vez que fere o princípio da presunção de inocência instituído na Constituição Federal.

O presente trabalho não tem a pretensão de esgotar o tema, busca analisar a ocorrência do ativismo judicial no que tange ao entendimento da Suprema Corte ao admitir o início do cumprimento da pena a partir da condenação em segunda instância.

**Personalidade Acadêmica Homenageada:**  
**Florisbal de Souza Del’Olmo** (Professor Convidado – UNICURITIBA)

---

## **METODOLOGIA UTILIZADA**

A fim de atingir o objetivo proposto, serão aplicados os métodos dedutivo e dialético, a partir de revisão bibliográfica sobre o ativismo judicial, partindo da análise dos diferentes pontos de vista expostos pelos Ministros em seus votos no HC nº 126.292, à luz dos princípios constitucionais relacionados.

## **REVISÃO DE LITERATURA**

Na vigência da atual Constituição, o Poder Judiciário teve seu papel ampliado diante da sociedade brasileira, sendo que o poder constituinte originário atribuiu ao Judiciário, expressamente no artigo 102 da Carta Magna, a função de guardião dos valores constitucionais, assegurando mecanismos de proteção ao texto constitucional.

Diante da omissão do legislativo em diversas matérias, a Suprema Corte tem sido provocada a se manifestar e, muitas vezes, não se limita a declarar a omissão legislativa, indo além ao impor obrigações aos demais Poderes e aos administrados em geral. O que pode ser entendido como uma intromissão do Poder Judiciário no âmbito da autonomia entre os Poderes, ferindo assim a harmonia que deve existir entre eles, corolário instituído no Art. 2º da Constituição Federal de 1988. Esta atuação do judiciário é tratada na doutrina como Ativismo Judicial.

Para a professora Vanice Regina Lírio do Valle<sup>1</sup>, o conceito de ativismo social é:

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

---

<sup>1</sup> VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Ativismo Jurisprudencial e o Supremo Tribunal Federal. Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF**. Curitiba: Juruá. 2009, p. 21.

**Personalidade Acadêmica Homenageada:**  
**Florisbal de Souza Del'Olmo** (Professor Convidado – UNICURITIBA)

---

Já para o Ministro Luís Roberto Barroso<sup>2</sup>, o ativismo judicial é uma atitude ou uma escolha do magistrado na maneira de interpretar as normas constitucionais, de forma a expandir seu alcance e normalmente associado a uma omissão do Poder Legislativo.

As principais críticas ao ativismo judicial se referem à ilegitimidade democrática dos magistrados para insurgirem-se contra atos legalmente instituídos pelos poderes eleitos pelo povo, ou seja, a atuação do judiciário atuando como legislador negativo, ao invalidar atos dos poderes legislativos ou executivos; e como legislador positivo, ao interpretar normas e princípios e lhe atribuírem juízo de valor, conforme entendimento de Vicente Paulo Almeida<sup>3</sup>. Assim haveria uma intromissão do Poder Judiciário nos demais poderes, ferindo o princípio constitucional da separação dos poderes, bem como o Estado Democrático de Direito.

Ainda conforme ALMEIDA<sup>4</sup>, os argumentos favoráveis à prática do ativismo judicial se baseiam em um fundamento jurídico, de que os magistrados agem de acordo com a Constituição ao interpretarem e fazerem valer as cláusulas abertas e princípios constitucionais, agindo de maneira a garantir a vontade soberana do povo, que em Assembleia Constituinte assim determinou; e um fundamento filosófico, quando os magistrados devem decidir entre os direitos fundamentais e o interesse da maioria, muitas vezes em situações de conflito aparente, agindo como verdadeiro guardião do Estado Constitucional Democrático. Este que é fruto da ideia de constitucionalismo, que representa a limitação e o respeito aos direitos fundamentais, em conjunto com a ideia de democracia, que por sua vez representa a soberania do povo.

No julgamento do Habeas Corpus nº 126.292/SP, a Suprema Corte, por sete votos a quatro, firmou entendimento no sentido de admitir a prisão após confirmação da condenação em segunda instância, contrariando os princípios constitucionais da presunção da inocência e do devido processo legal.

---

<sup>2</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**, p.6. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/eadcnj/mod/resource/view.php?id=47743>>. Acesso em 12/05/2018.

<sup>3</sup> ALMEIDA, Vicente Paulo. **Ativismo Judicial**. 2011. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/19512/ativismo-judicial/1>>. Acesso em: 09/05/2018.

<sup>4</sup> Id.

**Personalidade Acadêmica Homenageada:**  
**Florisbal de Souza Del’Olmo** (Professor Convidado – UNICURITIBA)

---

O relator do processo foi o Ministro Teori Zavascki que se posicionou favoravelmente à prisão provisória, fundamentado seu voto no argumento de que a execução da pena após confirmação da condenação em segunda instância não afronta o princípio da presunção de inocência, “na medida em que o acusado foi tratado como inocente no curso de todo o processo ordinário criminal, observados os direitos e as garantias a ele inerentes”. O relator fundamenta que:

A retomada da tradicional jurisprudência, de atribuir efeito apenas devolutivo aos recursos especial e extraordinário (como, aliás, está previsto em textos normativos) é, sob esse aspecto, mecanismo legítimo de harmonizar o princípio da presunção de inocência com o da efetividade da função jurisdicional do Estado.

Tal posição foi acompanhada pelos Ministros Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Dias Toffoli, Carmen Lúcia e Gilmar Mendes.

O argumento contrário, apresentado pelos Ministros Marco Aurélio, Celso de Mello, Ricardo Lewandoski e Rosa Weber, foram baseados na alegação de que é incompatível a execução da pena antes do trânsito em julgado, uma vez que a presunção de inocência se encontra expressa de forma clara na Constituição Federal, não deixando espaço para uma interpretação diversa.

A Constituição Federal do Brasil de 1988 instituiu o princípio da presunção de inocência<sup>5</sup>, que se trata de um desdobramento da máxima romana “*in dubio pro reo*”, que determina que a reponsabilidade pela prova do delito seja do acusador e que eventual dúvida sobre a culpabilidade conduza à absolvição, e prevê ainda que o acusado seja protegido da publicidade excessiva do processo e consequente estigmatização precoce.

É por força deste princípio que normas que imponham a prisão do acusado antes do trânsito em julgado, ressalvadas as previsões de prisões cautelares, seriam incompatíveis com a Constituição Federal, supondo-se, assim, que não foram recepcionados os dispositivos do Código Penal que previam o recolhimento do réu à prisão enquanto aguarda o julgamento pelo Tribunal do Júri ou da apelação.

---

<sup>5</sup> LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988, ART. 5º)

**Personalidade Acadêmica Homenageada:**  
**Florisbal de Souza Del’Olmo** (Professor Convidado – UNICURITIBA)

---

O ministro do STF, Gilmar Mendes<sup>6</sup>, já se posicionou no sentido de que a prisão preventiva automática constitui “grave atentado contra a própria ideia de dignidade humana”, este entendimento ia ao encontro do que se empregava desde o julgamento em plenário do HC 84.078/MG, de 2009.

O princípio da presunção de inocência está estritamente ligado ao princípio do devido processo legal<sup>7</sup>, que advém do termo em inglês “*due process of law*”, referenciado na lei inglesa denominada *Statute of Westminster of the Liberties of London*, de 1354, e inserindo em diversos ordenamentos jurídicos desde então<sup>8</sup>.

No direito brasileiro, a cláusula constitucional prevê a possibilidade efetiva das partes terem acesso à justiça, deduzindo pretensão e defendendo-se de forma ampla. A ideia geral é de um processo justo, pressupondo a isonomia entre as partes, o direito ao contraditório e à ampla defesa, a presunção de inocência, entre outros fundamentos, conforme Nery e Abboud<sup>9</sup>.

## TÓPICOS CONCLUSIVOS

A mudança no posicionamento da Suprema Corte em relação à prisão após condenação em segunda instância pode ser vista como uma decisão de alta carga política, na medida em que amplia a interpretação de uma regra bastante clara presente na Carta Magna, ainda que fundamentada em uma tentativa ao combate à impunidade e redução da criminalidade.

A execução provisória da pena pode ser encarada como uma forma de fazer valer a decisão tanto do juiz de primeira instância, quanto do tribunal de segunda instância, além de buscar um retorno ao prestígio da função dos Tribunais Superiores de guardiães da Constituição e não meramente de órgãos de terceira ou quarta instâncias. Porém, ainda assim, esse posicionamento é uma afronta à

---

<sup>6</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional. O Controle Abstrato de Normas no Brasil e na Alemanha**. Saraiva. 2009. 5ª Ed. Pág. 296.

<sup>7</sup> “LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o *devido processo legal*,” (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988, ART. 5º)

<sup>8</sup> NERY JR., Nelson e ABBOUD, Georges. **Direito Constitucional Brasileiro – Curso Completo**. 1ª Ed. em e-book. Editora Revista dos Tribunais Ltda. 2017.

<sup>9</sup> Id.

**Personalidade Acadêmica Homenageada:**  
**Florisbal de Souza Del'Olmo** (Professor Convidado – UNICURITIBA)

---

Constituição, uma vez que a presunção de inocência é cláusula de aplicabilidade plena, cuja interpretação não deveria ser diversa da estritamente expressa no texto constitucional.

Desta forma, pode-se identificar claramente a ocorrência do fenômeno do ativismo judicial em sua forma positiva no posicionamento firmado a partir do julgamento nos autos do Habeas Corpus nº 126.292, uma vez que admitiu interpretação da norma de forma diversa à pretendida pelo poder constituinte e, agindo assim, o Superior Tribunal Federal extrapolou o limite de suas funções ao legislar, criando norma que vincula toda sociedade.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal.

ALMEIDA, Vicente Paulo. **Ativismo Judicial**. 2011. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/19512/ativismo-judicial/1>>. Acesso em: 09/05/2018.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**, p. 6. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/eadcnpj/mod/resource/view.php?id=47743>>. Acesso em 12/05/2018.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**. O Controle Abstrato de Normas no Brasil e na Alemanha. Saraiva. 2009. 5ª Ed. Pág. 296.

NERY JR., Nelson e ABOUD, Georges. **Direito Constitucional Brasileiro – Curso Completo**. 1ª Ed. em e-book. Editora Revista dos Tribunais Ltda. 2017.

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