

**III JORNADA INTERAMERICANA DE
DIREITOS FUNDAMENTAIS E I
SEMINÁRIO NACIONAL DA REDE
BRASILEIRA DE PESQUISA EM
DIREITOS FUNDAMENTAIS | RBPDF**

**ANAIS III JORNADA INTERAMERICANA DE
DIREITOS FUNDAMENTAIS E I SEMINÁRIO
NACIONAL DA REDE BRASILEIRA DE PESQUISA
EM DIREITOS FUNDAMENTAIS | RBPDF**

COMISSÃO CIENTÍFICA

Profa. Dra. Ana Cândida da Cunha Ferraz (UNIFIEO)
Prof. Dr. Carlos Luiz Strapazzon (UNOESC)
Prof. Dr. Cesar Landa (PUC, Lima – Peru)
Prof. Dr. Cezar Bueno de Lima (PPGDH/PUCPR)
Prof. Dr. Eduardo Biacchi Gomes (UNIBRASIL)
Profa. Dra. Elda Coelho de Azevedo Bussinger (FDV)
Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu (Unifor)
Prof. Dr. Gonzalo Aguillar (Universidade de Talca - Chile)
Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet (PUCRS)
Prof. Dr. Luis Henrique Braga Madalena (ABDCONST)
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva (UFS)
Profa. Dra. Margareth Anne Leister (UNIFIEO)
Profa. Dra. Mônia Clarissa Hennig Leal (UNISC)
Prof. Dr. Narciso Leandro Xavier Baez (UNOESC)
Prof. Dr. Pedro Paulino Grandez Castro (PUC, Lima – Peru)
Prof. Dr. Rubens Beçak (USP-Ribeirão Preto-SP)
Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira (PUCSP)

UNIVERSIDADES E INSTITUIÇÕES PARTICIPANTES

ABDCONST | Academia Brasileira de Direito Constitucional, Curitiba, PR
CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - Brasil
FDV | Faculdade de Direito de Vitória, ES, Brasil
IDP | Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, DF, Brasil
PUCP | Universidade Católica do Perú, Lima, Perú
PUCPR | Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, PR, Brasil
PUCRS | Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil
RBPDPF | Rede Brasileira de Pesquisa em Direitos Fundamentais
Rede Interamericana de Pesquisa em Direitos Fundamentais
UEXTERNADO | Universidad Externado, Colômbia
UFMS | Universidade Federal do Mato Grosso do Sul, Campo Grande, MS, Brasil
UFMT | Universidade Federal do Mato Grosso, Cuiabá, MT, Brasil
UFS | Universidade Federal de Sergipe, Aracaju, SE, Brasil
UNIBRASIL-PR | Centro Universitário Autônomo do Brasil, Curitiba, PR, Brasil
UNIFIEO | Centro Universitário FIEO – São Paulo, SP, Brasil
UNIFOR | Universidade de Fortaleza, Fortaleza, CE, Brasil
UNISC | Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, RS, Brasil
UNINOVE | Universidade Nove de Julho, SP, Brasil
UNOESC | Universidade do Oeste de Santa Catarina, Chapecó, SC, Brasil
UPF | Universidade de Passo Fundo, RS, Brasil
USP | Universidade de São Paulo - Ribeirão Preto, SP, Brasil
UTALCA | Universidade de Talca, Chile

A532

Anais III Jornada Interamericana de Direitos Fundamentais e I Seminário Nacional da Rede Brasileira de Pesquisa em Direitos Fundamentais [Recurso eletrônico on-line] organização Rede Brasileira de Pesquisa em Direitos Fundamentais;

Coordenadores: Carlos Luiz Strapazzon, Lucas Gonçalves da Silva, Vladimir Oliveira da Silveira – São Paulo: RBPDPF, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-384-9

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

11. Direito – Estudo e ensino (Graduação e Pós-graduação) – Brasil – Congressos internacionais. 2. Direitos humanos. 3. Direitos fundamentais. 4. Jurisdição constitucional. 5. Direitos Civis. 6. Direitos políticos. 7. Direitos sociais. 8. Direitos econômicos. 9. Direitos culturais. I. III Jornada Interamericana de Direitos Fundamentais e I Seminário Nacional da Rede Brasileira de Pesquisa em Direitos Fundamentais (1:2016 : São Paulo, SP).

CDU: 34



Rede Brasileira de Pesquisa
em Direitos Fundamentais

III JORNADA INTERAMERICANA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E I SEMINÁRIO NACIONAL DA REDE BRASILEIRA DE PESQUISA EM DIREITOS FUNDAMENTAIS | RBPDF

ANAIS III JORNADA INTERAMERICANA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E I SEMINÁRIO NACIONAL DA REDE BRASILEIRA DE PESQUISA EM DIREITOS FUNDAMENTAIS | RBPDF

Apresentação

APRESENTAÇÃO

Os Anais da III Jornada Interamericana de Direitos Fundamentais e I Jornada Brasileira do Seminário da Rede Brasileira de Pesquisa em Direitos Fundamentais, realizado entre os dias 26 a 28 de outubro do ano de 2016, na cidade de São Paulo, contou com a apresentação de artigos científicos nos Grupos de Trabalho Temáticos que analisaram os mais relevantes temas correlatos e conexos aos direitos fundamentais.

Os trabalhos foram avaliados pela Comissão Científica do Seminário, mediante o processo da dupla avaliação cega por pares, de forma a atender aos critérios Qualis Eventos da CAPES. Na presente publicação, foram selecionados os resumos dos trabalhos apresentados e que foram criteriosamente selecionados.

Conforme pode ser verificado, os resultados disponibilizados na publicação resultam de temas mais importantes da a Rede Brasileira da Pesquisa em Direitos Fundamentais e da Rede Latino Americana de Pesquisa em Direitos Fundamentais. Naturalmente, como se trata da primeira publicação, existe uma tendência de que as pesquisas venham a se consolidar e que para o próximo Seminário, os resultados possam trazer elementos mais concretos de análise, inclusive em relação ao aumento do fator de impacto dos trabalhos.

Vale destacar que os temas ligados aos direitos fundamentais, direitos sociais, acesso à justiça, tanto no plano interno como internacional, cada vez estão mais presentes em nossa sociedade, principalmente quando vivemos em tempos de reduções e de limitações dos direitos sociais e fundamentais.

Naturalmente debater os temas mais importantes que estão na pauta nacional e mundial são de extrema relevância para que possamos buscar dialogar, cada vez mais, com os meios acadêmicos e produtivo, englobando a própria sociedade civil.

Portanto, os resultados aqui publicados, demonstram parte das pesquisas realizadas dentro da Rede Brasileira de Pesquisa em Direitos Fundamentais e que pretende-se consolidar, cada vez mais, como um espaço de referência e de debate sobre os mais importantes temas que ocupam as agendas nacional e internacional.

São Paulo, 15 de novembro de 2016.

Prof. Dr. Carlos Luiz Strapazzon

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva

Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira

**A DECISÃO PROFERIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ACERCA DA
POSSIBILIDADE DE CUMPRIMENTO DA PENA A PARTIR DA DECISÃO DE
SEGUNDA INSTÂNCIA FRENTE AO PROTAGONISMO ASSUMIDO PELA
JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL**

**LAS RESOLUCIONES DICTADAS POR LA SUPREMA CORTE FEDERAL SOBRE
EL CUMPLIMIENTO DE LA PLUMA DE LA POSIBILIDAD DECISIÓN DE
SEGUNDA INSTANCIA FRENTE A LA DIRECCIÓN DE JURISDICCIÓN
CONSTITUCIONAL ASUMIDA BRASILEÑA**

Leopoldo Ayres de Vasconcelos Neto ¹

Bruna dos Passos Rodrigues ²

Resumo

O trabalho se propõe a analisar a decisão do STF acerca da possibilidade de início da execução da pena após condenação em segunda instância. Assim, partindo de uma ideia de protagonismo da jurisdição constitucional, indaga-se: tal decisão caracteriza o sepultamento do dispositivo constitucional da presunção de inocência? Para tanto, analisar-se-ão os argumentos trazidos pelos ministros em seus votos que levaram ao entendimento da necessidade de ponderação entre princípios, onde a presunção de inocência deve ser mitigada em prol da plena efetividade do sistema penal para que o sistema de justiça atinja a pacificação social.

Palavras-chave: Jurisdição, Presunção de inocência, Protagonismo judicial

Abstract/Resumen/Résumé

El estudio tiene como objetivo analizar la decisión del Tribunal Supremo sobre la posibilidad de la ejecución anticipada de la sentencia. Por lo tanto, questioned-: Tal decisión el entierro de la disposición constitucional de presunción de inocencia? Por lo tanto, vamos a analizar los argumentos presentados por los ministros en sus votos que llevaron a la comprensión de la necesidad de un equilibrio entre los principios, donde la presunción de inocencia debe ser mitigado a favor de la plena eficacia del sistema penal a los alcances del sistema de justicia pacificación social.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Jurisdicción, La presunción de inocencia, El protagonismo judicial

¹ Mestrando em direito pela UNISC com bolsa CAPES

² Mestranda em Direito pela UNISC

1. Considerações Iniciais:

Este trabalho expõe o resultado de uma pesquisa bibliográfica, utilizando-se do método dedutivo, onde se destaca a análise da decisão que tomou o Plenário do Supremo Tribunal Federal, o qual entendeu que o artigo 283 do Código de Processo Penal não impede o início da execução da pena criminal após condenação em segunda instância. Assim, partindo de uma necessidade atual de o Poder Judiciário ter uma postura mais ativa, tendo em vista a ideia de protagonismo da jurisdição constitucional, indaga-se: tal decisão caracteriza o sepultamento do dispositivo constitucional da presunção de inocência, de modo que o cumprimento da pena possa ser iniciado a partir da decisão de segunda instância e não somente após o trânsito em julgado da decisão?

Para tanto, tomar-se-á por base o surgimento, o desenvolvimento e a atuação da jurisdição constitucional onde se destaca que a jurisdição constitucional se originou deste o estado absolutista, vindo a se destacar no Estado liberal com os direitos individuais, por conseguinte com as garantias do Estado Social e por fim com a efetivação dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito.

Prosseguindo a análise destaca-se o papel de protagonista assumido pelo Poder Judiciário, com o passar dos anos, em virtude da ausência e/ou inoperância dos demais poderes estatais, necessitando-se que o Poder Judiciário se torne o protagonista, em determinados momentos, para então se aclarar alguns direitos, na qual possuem conceito indeterminados, com o fito de haver uma melhor efetivação e aplicação do direito. E ao fim analisar-se-á os argumentos trazidos pelos ministros em seus votos acerca do HC 126292 e das ADCs 43 e 44 sobre a possibilidade de execução de pena criminal antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, uma vez que houveram divergências de posicionamento quando do julgamento.

Insta salientar que o STF, alegando estar interpretando o artigo 283 do CPP conforme a Constituição Federal de 1988, entendeu pela ponderação entre princípios, na medida em que a presunção de inocência, após revisão fática e probatória da matéria por meio do julgamento da apelação, deve ser mitigada em prol da plena efetividade do sistema penal, para, com isso, a justiça atingir seu objetivo maior, qual seja, a pacificação social.

Além do mais, tanto o HC 126292 quanto a ADCs 43 e 44 visam trazer uma resposta à sociedade, em que pese abrir a possibilidade de frear a criminalidade, não havendo então que se falar em presunção absoluta da inocência do réu.

2. Um olhar sobre o surgimento, desenvolvimento e a atuação da jurisdição constitucional:

No último dia 05 de Outubro de 2016, o Supremo Tribunal Federal deu mais uma demonstração de seu protagonismo na atual ordem democrática brasileira, oportunidade em que definiu, embora de forma não unânime, que o Poder Judiciário pode dar início a execução da pena criminal de réus os quais tenham tido suas sentenças criminais de primeira instância confirmadas por um órgão colegiado.

Assim cabe fazer uma análise, mesmo que sucinta sobre a origem e desenvolvimento da jurisdição constitucional, tendo como propósito de ser esta um instrumento de defesa da Constituição Federal, como forma de expressão dos valores sociais e políticos, conforme Souza (2011). Percebe-se que a evolução e o desenvolvimento da jurisdição constitucional originam-se a partir do Estado Liberal, se desenvolvendo até o Estado Democrático de Direito. Deste modo, insta salientar que a evolução da jurisdição constitucional se vincula de forma direta a efetivação dos direitos fundamentais, em especial com o princípio da presunção de inocência, que será analisado no decorrer da pesquisa.

Assim, primeiramente, cabe elucidar que a Revolução Francesa impõe a queda do Absolutismo, bem como dos resquícios da era feudal que fora marcada por uma época em que se acreditava na vontade divina e na vontade do senhor feudal, trazendo o estabelecimento de uma nova concepção de Estado (ALVES, 2014). A queda do Absolutismo ocorreu em virtude da revolução francesa, pois houve então um desgaste na forma concentrada de organização do poder político que era “[...] justificado pela vontade divina, [...] abrindo espaço para a teoria do contrato social, partindo do pressuposto de que o indivíduo está no centro da teoria política” (LEAL, 2007, p.08).

Destaca-se ainda que a Revolução Francesa ocasionada em 1789 foi então o berço do novo constitucionalismo (MAAS, 2011), de modo que o Estado passou a ser visto como um pacto firmado entre homens livre e iguais, com o fim de assegurar suas liberdades e direitos (LEAL, 2007, p.08).

Após a queda do modelo feudal passa então a existir o Estado de Direito, que era também visto como Estado de Direito Liberal, havendo sim diferenças entre ambos. Para tanto se considera que o Estado de Direito Liberal na verdade era uma fase do modelo de Estado de Direito, podendo assim destacar que houve várias fases com o decorrer da evolução deste modelo de Estado (MAAS, 2011). Passa-se então a ideia de um estado liberal, onde como já mencionado anteriormente houve a queda do feudalismo e a assunção da teoria do

contrato social, fazendo com que o Estado ficasse a serviço do homem, onde a sociedade impusera limites ao poder do Estado. Tal modelo de estado surge então a partir dos direitos dos burgueses (MAAS, 2011).

Este modelo estatal firmava-se em dois princípios basilares: princípio da distribuição e da organização. O princípio da distribuição asseverava que a ideia de liberdade do indivíduo, em que pese ter o homem surgido anterior ao Estado, levando assim ao indivíduo a ter seus direitos assegurados. Percebe-se que o indivíduo poderia fazer tudo o que a lei não proibia. Ocorre que neste momento histórico o Estado era visto como um mal necessário tendo em vista que não poderia intervir de forma desproporcional nas relações da sociedade, já que só lhe era permitido intervir o necessário (LEAL, 2007). Garantindo assim a liberdade e a propriedade dos cidadãos, de modo a promover o bem de todos, de forma coletiva e plural. Necessitando assim de uma submissão do Estado à lei, de forma que esta passa a ser a Constituição do modelo de estado liberal (ALVES, 2014).

Para tanto, surge a necessidade de o Estado garantir de forma efetiva os direitos individuais dos cidadãos, e assim fora atribuído ao Estado competências e atribuições, para que de melhor forma a lei fosse aplicada (MAAS, 2011). Esta lei tornou-se fundamental, assumindo assim garantias, como os direitos individuais, pautados de forma clara e neutra, destacando-se assim o papel deste modelo de estado através do ideal de liberdade. Tal lei representava, na época, a concretização dos direitos burgueses, de modo que então surge a ideia de supremacia constitucional, de modo que em tal modelo estatal havia o binômio minimalismo estatal X minimalismo constitucional, com uma concepção jurídica da Constituição. (ALVES, 2014).

Entretanto destaca-se que a lei deveria vincular o Estado à prestação destes direitos individuais, devendo assim ter um caráter diferenciado “[...] que fosse capaz de obrigar a todos os entes políticos. E, foi assim que se abriu o caminho para a ideia de Constituição e de sua superioridade hierárquica em relação às demais normas” (MAAS, 2011, p. 19). Neste sentido entende-se ainda que a Constituição na verdade se tornou um instrumento de garantia dos direitos individuais:

[...] a Constituição aparece como instrumento de garantia dos direitos dos cidadãos frente ao poder arbitrário do Estado, que não deveria intervir na esfera privada, frente à separação que havia entre Estado e sociedade. Por esses motivos é que se considera que as Constituições liberais são do Estado, porque constituem um documento jurídico em que o fim maior é impor-lhe limites e garantir os direitos individuais do cidadão (MAAS, 2011, p. 21).

Para tanto, percebe-se que as relações sociais que se desenvolveram através do Estado Liberal de Direito deram origem ao Estado Social de Direito, também chamado de Estado de Bem-Estar ou ainda *WelfareState* (MAAS, 2011). Destaca-se que o positivismo estrito, uma das marcas do Estado Liberal de Direito, foi superado e rematerializado pelo Estado Social de Direito. Percebe-se que no Estado Social ampliaram-se os poderes da Constituição, que passou a ter um caráter mais abrangente, envolvendo o indivíduo e a sociedade, em suas múltiplas e recíprocas interpelações (LEAL, 2007).

Insta salientar que neste modelo de estado a Constituição passa a ter um caráter político, pois além de organizar competências administrativas tinha como intuito também organizar a sociedade, focando assim na igualdade material. De modo que o Estado Social tinha como objetivo precípua “[...] corrigir a distorção individualista criada pelo Estado Liberal, objetivando-se consolidar direitos coletivos e o bem-estar social” (ALVES, 2014, p. 16). Além do mais a Constituição no modelo de Estado Social era um documento jurídico e tinha como função principal ser um programa político de realização social.

Entretanto percebe-se que neste modelo de Estado havia uma insatisfação por parte da sociedade quanto à garantia dos direitos sociais, de modo que era exigida do Estado uma nova postura. Postura esta que fazia com que deixasse de ser um espectador fazendo com que esse intervisse de forma direta nas questões sociais (MAAS, 2011). Deste modo, o Estado Social estaria em oposição à noção liberal de igualdade, sendo então o Estado Social:

[...] orientado por um novo entendimento do princípio da igualdade, que deixa de ser compreendido meramente sob a perspectiva formal para converter-se em elemento material, isto é, ele não se entende mais realizável senão mediante a igualdade social, o que quer dizer que a igualdade não se dá tão-somente perante a lei, mas, fundamentalmente através da lei (LEAL, 2007, p. 31).

A partir da intervenção Estatal no modelo de Estado social, houve um deslocamento do polo de tensão, onde no modelo estatal anterior, se situava no Poder Legislativo, já no Estado Social de Direito foi deslocado para o Poder Executivo (MAAS, 2011).

Destaca-se que a melhora dos direitos ocorreu através do surgimento do Estado Democrático de Direito, sendo que tal modelo estatal transformou a realidade fazendo com que surgisse a ideia do recrudescimento dos direitos fundamentais, assumindo assim a constituição uma função principiológica (LEAL, 2007). Tal função tinha como objetivo permitir que os conteúdos da realidade social cotidiana fossem aferidos de forma ampla. Foi no Estado Democrático de Direito que houve uma melhora nas condições sociais de existência, fazendo com que os cidadãos tivessem a pretensão de ter uma vida digna, o que na realidade não acontece (MAAS, 2011).

Observa-se ainda que neste modelo de estado há uma predominância da proteção da dignidade da pessoa humana, dos direitos fundamentais e da democracia, de modo que haja uma igualdade racional (ALVES, 2014). E deste modo tem-se a democracia constitucional, que nada mais é do que a junção da democracia material e da formal, enfatizando-se assim o sistema pluripartidário de um poder que emana do povo através de seus representantes, que exercem funções públicas.

Além houve um novo deslocamento do polo de tensão dos poderes, passando então para o poder judiciário. Desta forma este processo de deslocamento foi ocasionado pela “[...] incorporação e positivação dos textos constitucionais, dos direitos fundamentais, acompanhada de desconfiança com o critério da maioria [...] fazendo com que a tarefa de preservação dessa vontade fosse confiada à justiça constitucional” (LEAL, 2007, p. 41).

Foi no Estado Democrático de Direito que foram definidos os objetivos fundamentais do Estado “[...] desse modo, a compreensão e a interpretação do ordenamento constitucional pelo critério dos direitos fundamentais, em que a dignidade humana é traduzida como sendo o valor essencial, dando unidade de sentido à mesma” (MAAS, 2011, p. 28). Para tanto percebe-se que neste modelo de Estado deu-se mais importância à ideia da Jurisdição Constitucional, após a democratização social no segundo pós-guerra e ainda à redemocratização dos países que então saíram dos regimes autoritários. Tais fatores, mencionados em passagens anteriores, fazem com que se redefiniam os poderes do Estado e assim o Poder Judiciário passa a integrar o cenário político (LEAL, 2007).

Para que houvesse a concentração das atividades judiciais, foi então centralizado em um único órgão tal papel (LEAL, 2007), de modo que houve a criação do Tribunal Constitucional, no modelo europeu, na década de 1920, fazendo assim com que surgisse a atribuição do controle de constitucionalidade das leis elaboradas pelo Poder Legislativo (ALVES, 2014). Além do mais, cabe enfatizar que a Constituição, no Estado Democrático de Direito, tem sua base principiológica, dotada de uma forma normativa, onde pode ser interpretada pela sociedade de forma aberta. Constituição esta que é protegida por tribunais constitucionais (ALVES, 2014).

Por fim urge destacar que fora no Estado Democrático de Direito, o protagonista para o surgimento de uma supervalorização da proteção dos direitos fundamentais, de modo que o Poder Judiciário, na figura do Supremo Tribunal Federal, passou a ter uma postura mais ativa, assumindo, assim, um papel de protagonista frente a inúmeras questões atinentes aos direitos fundamentais que lhe são postas. Passa-se então a análise do protagonismo do Poder Judiciário, tendo em vista a grande expansão de seu caráter ativo.

3. Protagonismo da Jurisdição Constitucional:

Após a análise do surgimento e desenvolvimento da jurisdição, pode-se compreender que em suma poucas instituições tiveram tantas mudanças, nestes últimos 60 anos, pode se perceber no caso do Poder Judiciário Brasileiro, de modo que com a promulgação da Constituição Federal de 1988 percebe-se a consolidação da independência política, que fora então apagada pelo regime militar de modo que fez surgir uma nova ordem jurídica e social (SIMIONATO, 2009).

Para tanto, compreende-se que o Poder Judiciário passou a ter um papel mais ativo, de modo que surge a ideia do protagonismo judicial, tendo em vista que “A Constituição de 1988 escancarou as portas do Poder Judiciário, primeiro porque deu efetividade, repetiu no seu texto o princípio da universalidade da jurisdição, procurando dar-lhe eficiência” (LEWANDOWSKI, 2009, p.81).

Salienta-se ainda que o protagonismo no Brasil ocorreu como uma forma de ampliação do poder normativo atribuído ao Poder Judiciários, com base na Constituição Federal de 1988, de modo que houve a incorporação de princípios fundamentais, configurando o Estado Democrático de Direito. Além disso, viabilizado ações judiciais que se lastreiam em procedimentos interpretativos com base em aspirações sociais (CITTADINO, 2004, p.105).

Seguindo a análise, tem-se o mesmo entendimento de Freitas, onde destaca que a Constituição Federal de 1988 se origina como uma modo de ampliar o acesso a justiça:

No Brasil, a partir da Constituição Federal de 1988, com a reconstrução dos direitos e garantias fundamentais, após décadas de autoritarismo, e com a ampliação do acesso à justiça, o poder jurisdicional ganha força e o Judiciário brasileiro passa a experimentar formas mais avançadas de controle de constitucionalidade e a interferir diretamente para que a constituição e os direitos nelas insertos passam a ser realidade, na tentativa de reduzir as graves distorções sociais (FREITAS, 2014, p. 380).

Para tanto cabe destacar uma síntese histórica destaca por Lewandowski, onde enfatiza que “[...] o século XIX foi o século do Poder Legislativo, o século do Estado mínimo, do Estado não intervencionista, Estado que presidia uma sociedade predominantemente rural” (LEWANDOWSKI, 2009, p. 78). Continuando enfatiza que o século XX é caracterizado pelo “[...] o grande protagonista foi o Poder Executivo, o século que exigia do Estado respostas rápidas, imediatas aos estímulos [...] o Estado, por meio de seu órgão mais ativo, mais

avançado, exercia um protagonismo maior”(LEWANDOWSKI, 2009, p. 78). E por fim o século XXI:

[...] principal atribuição do Poder Judiciário, hoje, no século XXI, muito mais do que resolver problemas intersubjetivos, conflitos interindividuais, é ter o papel fundamental de dar concreção, dar efetividade aos direitos fundamentais, direitos estes compreendidos evidentemente, em suas várias gerações, como patrimônio da humanidade. (LEWANDOWSKI, 2009, p. 78).

Entendendo no mesmo sentido, destaca Simionato (2009) que o houve tem uma transferência de competência exclusiva do Poder Executivo para o Poder Judiciário, pois este foi posto num papel de destaque, tendo em vista a construção e a efetivação de uma sociedade democrática moderna.

Contudo, urge salientar que com inúmeras mudanças ocasionadas pela entrada em vigor da CF/1988, sendo uma delas a expansão do espaço de atuação do STF, este passou a atuar com base no pós-positivismo de modo que Poder Judiciário “[...] supera a hermenêutica tradicional, que desvenda, que descobre o direito, a partir das regras jurídicas exclusivamente” (LEWANDOWSKI, 2009, p.81).

Assim supera-se a visão ortodoxa, onde se compreendia os princípios como meras normas pragmáticas, passando a serem vistos como normas constitucionais dotadas de eficácia e que devem ser realmente aplicadas pelos operadores do direito em suas várias especialidades (LEWANDOWSKI, 2009). Além do mais enfatiza-se que o protagonismo do Poder Judiciário, que se evidenciou no século XXI, conforme mencionado anteriormente, se originou também pela explosão dos litigiosos e dos instrumentos alcançados a sociedade através da entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, que colocou a disposição do homem o juízo, para interpor as ações judiciais (LEWANDOWSKI, 2009).

Percebe-se então a ampliação da atuação do Poder Judiciário de forma alguma pode representar uma incompatibilidade com o regime político atual, que é o democrático. De modo que o protagonismo judicial deve ser visto como uma forma positiva, sem a violação do sistema político e ainda de maneira compatível com “[...] as duas bases da democracia constitucional: garantir os direitos dos cidadãos e, portanto, limitar cada poder político, e assegurar a soberania popular” (CITTADINO, 2004, p.107).

Como já mencionado anteriormente, nunca se viu até então, um protagonismo tão forte do Poder Judiciário:

Nunca, como hoje, o sistema judicial assumiu tão forte protagonismo. Para este novo protagonismo não é possível identificar um conjunto único de razões. Em primeiro lugar, temos que ter em conta a posição do país no sistema mundial e o seu nível de desenvolvimento econômico e social. A experiência e a trajetória dos tribunais são diferentes nos países centrais, nos países semi-periféricos, como é o

caso de Portugal ou Brasil, e nos países periféricos de África e de outros países da América Latina. E é também diferente consoante as diferentes culturas jurídicas que existem nesses países e os processos históricos que lavaram à construção do Estado (SANTOS, 2007, p.15)

Outro ponto a ser enfatizado é o fato de o Poder Judiciário ser institucionalmente independente fato é que em “[...] contrapartida a sua passividade – o juiz só se manifesta mediante provocação –, os tribunais estão mais abertos ao cidadão que as demais instituições políticas e não podem deixar de dar alguma resposta às demandas que lhe são apresentadas” (CITTADINO, 2004, p.106).

Em contrapartida percebe-se que atualmente o Poder Judiciário assume uma postura ativa por necessidade, pois em muitos momentos vê-se a necessidade de atuar de forma ativa, pois necessita-se de aparato técnico para decidir em vista a ausência ou inoperância dos demais poderes públicos:

O grande número de conceitos normativos, que requerem valoração por parte dos aplicadores da lei que devem atribuir sentido às expressões vagas como dignidade da pessoa humana, direito de privacidade, boa-fé objetiva, acabam por legitimar o Judiciário como verdadeiro co-partícipe do processo de criação do direito. E não se fala aqui de juízes criando leis ou legislando, mas ao contrário, garantindo a aplicação das leis abstrativamente previstas (SIMIONATO, 2009, p.06)

Por fim destaca-se que com o passar dos anos o Poder Judiciário passou a ter uma postura mais ativa, ou seja, protagonista, em que pese visualizar uma ausência ou inoperância dos demais poderes públicos, no que diz direito a defesa e a efetivação dos direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal de 1988.

A crise de legitimidade das instituições democráticas, com a crescente ineficácia e descrença no sistema político, bem como a falha na criação e implementação de políticas públicas, impõe a existência de um Poder Judiciário mais ativo, substancialmente ativo, a fim de tutelar os direitos fundamentais dos cidadãos. Ativo e legitimadamente autorizado a agir por uma Carta Constitucional com textura aberta, normas programáticas e cláusulas indeterminadas (SIMIONATO, 2009, p. 10).

Deste modo, após a análise do crescente aumento do protagonismo do Poder Judiciário, no passar do anos, passa-se a análise da função interventiva do Supremo Tribunal Federal no HC 126292 e nas ADCs 43 e 44.

4. A função interventiva do Supremo Tribunal Federal e o julgamento do HC 126292 e das ADCs 43 e 44 sobre a possibilidade de execução de pena criminal antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

Antes de adentrar na análise do HC 126292 e das ADCs 43 e 44 é de suma importância mencionar que com o passar dos anos o Poder Judiciário passou a ser chamado para assumir responsabilidades daqueles que deveriam ter feito sua obrigação e não o fizeram, “[...]e nesse ponto o judiciário não se escusa em apreciar os casos – ele legitima-se perante uma sociedade que a despeito de não o ter eleito diretamente pelo voto, reconhece-o como verdadeiro aliado na construção da democracia” (SIMIONATO, 2009, p. 02).

Para tanto, compreende-se, como no caso que será analisado posteriormente, que na verdade o Poder Judiciário é chamado para aclarar normas postas pelo Poder Legislativo que ficaram com conceitos em aberto, necessitando de uma melhor interpretação e análise.

Assim, após uma breve análise sobre os delineamentos do protagonismo da jurisdição constitucional, passa-se a análise dos julgamentos perpetrados pelos Supremo Tribunal Federal (HC 126292 e das ADCs 43 e 44), nos quais entendeu-se que o artigo 283 do Código de Processo Penal não impede o início da execução da pena após condenação em segunda instância.

As ADCs 43 e 44 postulavam, em síntese, a concessão da medida cautelar para suspender a execução antecipada da pena de todos os acórdãos prolatados em segunda instância, conforme decidido pelo STF quando do julgamento do Habeas Corpus 126292. Percebe-se, ainda, que o STF entendeu possível a execução provisória da pena, afastando a alegação de que tal situação infringiria o disposto no artigo 283 do CPP, bem como afrontaria o princípio constitucional da presunção da inocência, uma vez que quando prolatada a decisão em segundo grau, estariam esgotadas as instâncias ordinárias do processo, momentos em que a prova e a matéria fática poderiam ser revistas.

Em seu voto, o Relator do HC 126292, Ministro Teori Zavascki, asseverou que o tema relacionado a execução provisória de sentenças penais condenatórias envolve reflexão sobre o alcance do princípio da presunção da inocência aliado à busca de um necessário equilíbrio entre esse princípio e a efetividade da função jurisdicional penal, que deve atender a valores caros não apenas aos acusados, mas também à sociedade, diante da realidade de nosso intrincado e complexo sistema de justiça criminal. (STF 2016).

Nesse contexto, tem-se importante trazer a baila a informação de que a possibilidade da execução provisória da pena privativa de liberdade era orientação que prevalecia na jurisprudência do STF, mesmo na vigência da Constituição Federal de 1988. Nesse cenário jurisprudencial, a Suprema Corte Brasileira, no julgamento do HC 68.726 (Rel. Min. Néri da Silveira), realizado em 28/6/1991, assentou que a presunção de inocência não impedia a prisão decorrente de acórdão que, em apelação, tivesse confirmado a sentença penal

condenatória recorrível, ao argumento de que a superveniência da sentença penal condenatória recorrível imprimia acentuado “juízo de consistência da acusação”, o que autorizaria, a partir daí, a prisão como consequência natural da condenação.

Com base no julgamento acima mencionado, por muito tempo e por diversas vezes as Turmas do STF afirmaram e reafirmaram o entendimento de que o princípio da presunção de inocência não inibia a execução provisória da pena imposta, ainda que pendente o julgamento de recurso especial ou extraordinário, o que fica evidenciado, por exemplo, pela edição dos enunciados 716 e 717, pelo plenário do supremo, no ano de 2003, enunciados estes que admitem a progressão de regime antes do trânsito em julgado de sentença condenatória.

A alteração dessa tradicional jurisprudência veio a ocorrer no julgamento do HC 84.078/MG, realizado em 5/2/2009, oportunidade em que, por sete votos a quatro votos, o Pleno do STF, assentou que o princípio da presunção de inocência se mostra incompatível com a execução da sentença antes do trânsito em julgado da condenação, devendo prevalecer o comando insculpido no inciso LVII - “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” - do núcleo duro da constituição.

Assim, após a guinada de posição no ano de 2009, passou-se a adotar como discurso a idéia de que o complexo de regras e princípios garantidores da liberdade previsto em nossa legislação revela quão distante estamos, felizmente, da fórmula inversa em que ao acusado incumbia demonstrar sua inocência, fazendo prova negativa das faltas que lhe eram imputadas. (STF 2016).

Nesse diapasão, passados mais de seis anos do julgamento que proibia a execução provisória de pena criminal antes de passada em julgado a decisão, o plenário do STF novamente, em duas oportunidades, aprecia a matéria quando do julgamento do HC 126292 e das ADCs 43 e 44, redimensionando sua jurisprudência no sentido de relativizar a alcance da presunção da inocência para fins de possibilitar a execução provisória da pena imposta em sentença e confirmada por acórdão após julgamento em segunda instância, mesmo que ainda pensa recurso sobre tal sentença condenatória.

Salutar, nesse momento, transcrever parte da fundamentação dispensada pelo Min. Teori Zavascki, relator do HC hora analisado (STF 2016), a fim de sustentar seu voto pela possibilidade de execução provisória da pena criminal, senão vejamos:

"Realmente, antes de prolatada a sentença penal há de se manter reservas de dúvida acerca do comportamento contrário à ordem jurídica, o que leva a atribuir ao acusado, para todos os efeitos – mas, sobretudo, no que se refere

ao ônus da prova da incriminação –, a presunção de inocência. A eventual condenação representa, por certo, um juízo de culpabilidade, que deve decorrer da logicidade extraída dos elementos de prova produzidos em regime de contraditório no curso da ação penal. Para o sentenciante de primeiro grau, fica superada a presunção de inocência por um juízo de culpa – pressuposto inafastável para condenação –, embora não definitivo, já que sujeito, se houver recurso, à revisão por Tribunal de hierarquia imediatamente superior. **É nesse juízo de apelação que, de ordinário, fica definitivamente exaurido o exame sobre os fatos e provas da causa, com a fixação, se for o caso, da responsabilidade penal do acusado. É ali que se concretiza, em seu sentido genuíno, o duplo grau de jurisdição, destinado ao reexame de decisão judicial em sua inteireza, mediante ampla devolutividade da matéria deduzida na ação penal, tenha ela sido apreciada ou não pelo juízo a quo. Ao réu fica assegurado o direito de acesso, em liberdade, a esse juízo de segundo grau, respeitadas as prisões cautelares porventura decretadas. Ressalvada a estreita via da revisão criminal, é, portanto, no âmbito das instâncias ordinárias que se exaure a possibilidade de exame de fatos e provas e, sob esse aspecto, a própria fixação da responsabilidade criminal do acusado.** É dizer: os recursos de natureza extraordinária não configuram desdobramentos do duplo grau de jurisdição, porquanto não são recursos de ampla devolutividade, já que não se prestam ao debate da matéria fático-probatória. Noutras palavras, com o julgamento implementado pelo Tribunal de apelação, ocorre espécie de preclusão da matéria envolvendo os fatos da causa. Os recursos ainda cabíveis para instâncias extraordinárias do STJ e do STF – recurso especial e extraordinário – têm, como se sabe, âmbito de cognição estrito à matéria de direito. **Nessas circunstâncias, tendo havido, em segundo grau, um juízo de incriminação do acusado, fundado em fatos e provas insuscetíveis de reexame pela instância extraordinária, parece inteiramente justificável a relativização e até mesmo a própria inversão, para o caso concreto, do princípio da presunção de inocência até então observado.** Faz sentido, portanto, negar efeito suspensivo aos recursos extraordinários, como o fazem o art. 637 do Código de Processo Penal e o art. 27, § 2º, da Lei 8.038/1990." (sem grifos no original)

Ao afirmar que o duplo grau de jurisdição se concretiza em sua plenitude após o julgamento em segunda instância pelas cortes de apelação, e que os recursos manejados para tribunais superiores (STJ e STF) não podem ser entendidos como extensão do próprio duplo grau de jurisdição, Zavascki afirma em seu voto que tal entendimento segue uma tendência mundial, não sendo possível aceitar o entendimento de que as condenações, depois de observados o duplo grau de jurisdição, fiquem suspensas aguardando o referendo da suprema corte. A relativização do princípio da presunção da inocência já pode ser observada nas legislações de países como Inglaterra, Canadá, Estados Unidos, França, Espanha, Portugal e Argentina.

Pelo exposto, tem-se que os ministros que defendem a relativização do princípio da presunção da inocência entendem tal atitude como sendo um mecanismo legítimo de harmonizar o princípio da presunção de inocência com o da efetividade da função jurisdicional do Estado, não se mostrando arbitrária, mas justificável, a possibilidade de o julgador determinar o imediato início do cumprimento da pena, inclusive com restrição da liberdade do condenado, após firmada a responsabilidade criminal pelas instâncias ordinárias (duplo grau de jurisdição).

O Ministro Edson Fachinn (STF, 2016), em seu voto enquanto relator das ADCs 43 e 44, afirma que conferiu ao artigo 283 do CPP interpretação conforme a Constituição, afastando da norma o entendimento segundo o qual a mesma impediria o início da execução da pena quando esgotadas as instâncias ordinárias. Ele defendeu que o início da execução criminal é coerente com a Constituição Federal quando houver condenação confirmada em segundo grau, salvo quando for conferido efeito suspensivo a eventual recurso a cortes superiores. Fachin destacou que a Constituição não tem a finalidade de outorgar uma terceira ou quarta chance para a revisão de uma decisão com a qual o réu não se conforma e considera injusta. Para ele, o acesso individual às instâncias extraordinárias visa a propiciar ao STF e ao STJ exercer seus papéis de uniformizadores da interpretação das normas constitucionais e do direito infraconstitucional.

Seguindo a divergência, Barroso (STF, 2016) defendeu a legitimidade da execução provisória após decisão de segundo grau e antes do trânsito em julgado para garantir a efetividade do direito penal e dos bens jurídicos por ele tutelados. Para o Ministro “A Constituição Federal abriga valores contrapostos, que entram em tensão, como o direito à liberdade e a pretensão punitiva do estado”. Assim, com base na teoria da ponderação afirmou que (STF, 2016) a presunção da inocência é ponderada e ponderável em outros valores, como a efetividade do sistema penal, instrumento que protege a vida das pessoas para que não

sejam mortas, a integridade das pessoas para que não sejam agredidas, seu patrimônio para que não sejam roubadas.

Barroso finaliza seu voto no julgamento das ADCs 43 e 44 alegando que o entendimento absoluto e irrestrito da presunção da inocência gerou consequências visíveis a olho nu, ao passo que o sistema penal está descreditado perante a sociedade, a qual vive uma onda de insegurança fomentada por recursos protelatórios e infundados no sentido de retardar o trânsito em julgado da decisão.

Acompanhando o referido entendimento, o Ministro Teori Zavascki afirmou que o princípio da presunção da inocência não impede o cumprimento da pena, alegando que a dignidade defensiva dos acusados deve ser calibrada a partir das expectativas mínimas de justiça depositadas no sistema criminal, ao passo que de um lado a presunção da inocência e as demais garantias devem proporcionar meios para que o acusado possa exercer seu direito de defesa, de outro elas não podem esvaziar o sentido público de justiça que é a pacificação social (STF, 2016).

Outro argumento citado pelo ministro foi o de que o julgamento da apelação encerra o exame de fatos e provas, pois “é ali que se concretiza, em seu sentido genuíno, o duplo grau de jurisdição” (STF, 2016), entendimento seguido também pelos Ministros Luiz Fux, Dias Toffoli, Gilmar Mendes e Carmem Lucia.

Assim, com base em todo o exposto, tem-se que a maioria dos ministros apresentou como fundamento para defender a possibilidade de execução antecipada da decisão penal condenatória, seja no julgamento do HC, seja no julgamento das ADCs 43 e 44, as seguintes questões: (i) o argumento de que o direito brasileiro não exige o trânsito em julgado da decisão para que se decrete a prisão, (ii) o fato de que a presunção de inocência, por ser um princípio, sujeita-se à ponderação com outros valores constitucionais, e (iii) a necessidade de observância do princípio da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente, o que impede que o Estado tutele de forma insuficiente os direitos fundamentais protegidos pelo direito penal. Nesse sentido é possível, subsidiariamente, construir outro fundamento, de estatura infraconstitucional, ao passo que com o acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, a execução provisória da pena passa a constituir, em regra, exigência de ordem pública, necessária para assegurar a credibilidade do Poder Judiciário e do sistema penal.

Em sentido contrário aos entendimentos acima expostos sobre o tema, os Ministros Rosa Weber, Ricardo Lewandowski, Celso de Mello e Marco Aurélio manifestaram-se na linha de que o artigo 283 do CPP espelha o disposto nos incisos LVII e LXI do artigo 5º da

Constituição Federal, que tratam justamente dos direitos e garantias individuais, aduzindo não ser possível afastar-se da clareza do texto constitucional e entender de forma diversa daquela que garante a presunção da inocência do acusado até o fim definitivo do processo. Nesse diapasão.

O Ministro Marco Aurélio em seu voto indagou-se se uma vez perdida a liberdade através da execução provisória da pena, como ficaria a questão caso sobreviesse transmutação da condenação em absolvição, questionando-se, ao fim e ao cabo, se a liberdade seria devolvida ao cidadão. A resposta, por óbvio, é negativa. A única explicação para que se fale em presunção da inocência é evitar que se execute uma pena prematuramente, invertendo-se a ordem natural das coisas – que direciona a apurar para, selada a culpa, então prender.

Finalmente, mesmo que não se considerasse o argumento constitucional fundado na presunção de inocência, o que se alega por mera concessão dialética, ainda assim se mostraria inconciliável com o nosso ordenamento positivo a preconizada execução antecipada da condenação criminal, não obstante sujeita esta a impugnação na via recursal excepcional (RE e/ou REsp), pelo fato de a Lei de Execução Penal impor, como inafastável pressuposto de legitimação da execução de sentença condenatória, o seu necessário trânsito em julgado. Daí a regra inscrita no art. 105 de referido diploma legislativo, que condiciona a execução da pena privativa de liberdade à existência de trânsito em julgado do título judicial condenatório. Idêntica exigência é também formulada pelo art. 147 da LEP no que concerne à execução de penas restritivas de direitos.

Assim, nas palavras do Ministro Celso de Melo (STF, 2016), tem-se que:

"em tema tão caro e sensível às liberdades fundamentais dos cidadãos da República, essa preocupante inflexão hermenêutica, de perfil nitidamente conservador e regressista, revelada em julgamento que perigosamente parece desconsiderar que a majestade da Constituição jamais poderá subordinar-se à potestade do Estado."

Por fim, alguns números relativos ao sistema prisional brasileiro, dizem que o Brasil tem hoje a quarta maior população de presos, em termos mundiais, perdendo apenas para os Estados Unidos, a China e a Rússia. São aproximadamente seiscentos mil presos, afirma Lewandowski, sendo que 40% desse total são presos provisórios. Com a mudança jurisprudencial assentada pelo Supremo, ou seja, a autorização da execução provisória da pena depois de uma decisão de segundo grau mediante a mitigação e ponderação do princípio

da presunção da inocência, essa população de presos provisórios aumentará em proporções inimagináveis, e, talvez, de forma incontrolável.

4. Considerações Finais:

Após os delineamentos traçados no decorrer da pesquisa, pode se compreender que a jurisdição constitucional possui um papel de extrema importância dentro do cenário jurídico brasileiro, em que pese demonstrar a origem e as transformações decorrentes dos direitos adquiridos com o passar dos anos. Demonstra-se, assim, que deste o Estado Liberal se percebe a importância de se ter um sistema que regre os direitos adquiridos. Deste modo fora com o Estado Social que se garantiu direitos que então são efetivados e protegidos até o atual Estado Democrático de Direito, como o direito a presunção de inocência que pode ser ou não relativizado, como se percebe na análise dos casos em questão.

Para tanto, o Poder Judiciário passou a assumir uma postura mais ativa, em que pese à necessidade, em vista a ausência ou inoperância dos demais poderes públicos, no que diz direito a defesa e a efetivação dos direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal de 1988, como o direito a presunção de inocência que fora discutido até então na pesquisa. Assim destaca-se a figura do protagonismo judicial, que nada mais é do que a atuação ativa do Poder Judiciário, com o fito de dar interpretação ou esclarecer questões que deveriam ser atendidas pelos demais poderes públicos.

Deste modo o presente ensaio se propôs a analisar a postura do STF dentro do processo de judicialização da política atualmente existente no Brasil, frente aos mais diversos casos de violação e/ou não efetivação de direitos fundamentais que a ele são submetidos. Para tanto, como ponto de partida, analisou-se à legitimidade do poder judiciário para tal atuação, bem como a fixação dos limites dessa atuação, chegando-se, por fim, a conclusão de que sua atuação construtiva parte da necessidade de aclaração das normas à luz dos preceitos e princípios insculpidos no texto constitucional.

Em outras palavras, tem-se que é obrigação do poder judiciário dizer o sentido da norma sob a perspectiva da constituição, sendo que, para atingir tal objetivo, torna-se indispensável à interpretação da referida lei, vez que seu sentido constitucional esta nela contido, precisando, apenas, ser trazido a tona.

Por fim, com base nas ideias trazidas, propõe-se que a atuação da jurisdição constitucional não seja vista sob a ótica da disputa, mas sim sob a perspectiva da cooperação, visto que não é a intenção do poder judiciário esvaziar as atribuições dos Poderes Legislativo

e Executivo, mas sim, colaborar para que as garantias e direitos assegurados pela constituição sejam concretizados em sua plenitude.

Com base nisso, a fim de verificar na prática a postura adotada pelo STF, bem como sua atuação junto à construção e efetivação de direitos, é que se analisou o julgamento conjunto do Habeas Corpus 126292 e das ADCs 43 e 44, através do qual o STF interpretou as disposições constitucionais e infraconstitucionais afetas à execução provisória da pena criminal frente ao princípio da presunção da inocência conforme a constituição, para, ainda que não por maioria, admitir a possibilidade de cumprimento da pena criminal antes do trânsito em julgado da sentença, isto é, após a decisão de segundo grau. Para tanto, asseverou que a matéria fática e probatória é esgotada naquela instância, bem como que o sistema penal precisa dar uma resposta à sociedade e, com isso, frear a criminalidade, não havendo que se falar, então em presunção absoluta da inocência do réu, a qual deve ser ponderada a luz da proporcionalidade.

Os ministros contrários a tal entendimento alegaram, por sua vez, que não há que se falar em interpretação conforme a constituição, uma vez que o princípio da presunção da inocência resta cristalino no texto constitucional, não admitindo interpretação diversa, ou, até mesmo, ponderação entre princípios com o fim maior de pacificação social e garantia do efetivo funcionamento do sistema.

Por fim, percebe-se que a atuação ativa do Poder Judiciário é necessária no sentido de conferir vigência às disposições constitucionais, a fim de garantir a efetivação de direitos fundamentais e/ou a não violação destes. Entretanto, com base na decisão analisada, a qual flexibilizou um dos princípios basilares de nossa ordem democrática, ou seja, a garantia de não ser considerado culpado antes de esgotadas todas as vias possíveis de defesa, fica a indagação acerca da existência de limites para essa atuação da Jurisdição Constitucional, ao passo que o novo entendimento sacrifica direitos fundamentais caros à democracia em prol de uma maior efetivação do sistema judiciário, penalizando, com isso, duplamente o réu na medida em que além de lhe impor a pena, autoriza sua execução antes mesma da definição final do caso.

Por fim, tem-se que a questão, facilmente se resolveria, sendo desnecessária a relativização da presunção da inocência uma vez que já existe em nossa legislação infraconstitucional a figura da prisão preventiva, a qual prevê a execução antecipada da pena nos casos taxados pela lei mediante justificativa fundamentada do juiz.

Referências:

ALVES, Felipe Delenogare. **JUDICIALIZAÇÃO E ATIVISMO JUDICIAL: O Supremo Tribunal Federal entre a interpretação e a intervenção na esfera de atuação dos demais Poderes - uma análise a partir das manifestações na fundamentação de suas decisões.**Dissertação (Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado) – Universidade de Santa Cruz do Sul, 2014.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 126292.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754>. Acesso em 15 de novembro de 2016.

CITTADINO, Gisele. **Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia.** Disponível em: http://revistaalceu.com.puc-rio.br/media/alceu_n9_cittadino.pdf. Acesso em: 12 Out. 2016.

FREITAS, Ana Teresa Silva de . **Protagonismo Judicial no Brasil: em busca da concretização de direitos fundamentais sociais.** Revista Políticas Públicas. 2014.Disponível em:<<http://www.periodicoseletronicos.ufma.br/index.php/rppublica/article/view/2729>>. Acesso em: 12 Nov. 2016.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **Jurisdição Constitucional Aberta: Reflexões sobre a Legitimidade e os Limites da Jurisdição na Ordem Democrática. Uma Abordagem a Partir das Teorias Constitucionais Alemã e Norte-Americana.** Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. **O protagonismo do Poder Judiciário na era dos direitos. Revista de Direito Administrativo.** Volume 251. 2009. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/7529/6043>>

MAAS, Rosana Helena. **O AmicusCuriae como instrumento de realização de uma jurisdição constitucional aberta: a repercussão do instituto na ação direta de inconstitucionalidade n. 3.510/DF sobre a lei da biossegurança.** 2011. 201 f. Dissertação (Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado) – Universidade de Santa Cruz do Sul, 2011.

SANTOS, Boaventura. **Por uma Revolução democrática da Justiça.** São Paulo: Cortez Editora, 2007.

SIMIONATO, Manoelle Brasil Soldati. **Poder Judiciário: o protagonista em destaque.** Disponível em: <<http://www.esmesc.com.br/upload/arquivos/8-1259587874.PDF>>. Acesso em: 13 Nov. 2016.

SOUZA , Janaina de Carvalho Pena. **A Realização de audiências públicas como fator de legitimação da jurisdição constitucional.** Disponível em:<<https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/1029/R%20DJ%20realiza%C3%A7%C3%A3o%20audi%C3%A2ncias%20p%C3%BAblicas%20-%20jana%C3%ADna.pdf?sequence=1>>Acesso em: 22 jun. 2016.

