

10ª Jornada de Pesquisa e 9ª Jornada de Extensão do Curso de Direito

1

A DECISÃO PROFERIDA NO HABEAS CORPUS 126.292 E O ATIVISMO JUDICIAL¹

Cristian Eber Buss Lenharth²

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO; O ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL; O *HABEAS CORPUS* 126.292 JULGADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL; O ATIVISMO JURÍDICO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O JULGAMENTO DO *HABEAS CORPUS* 126.292; CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

RESUMO

Este trabalho tem como tema o ativismo judicial e a decisão do *Habeas Corpus* 126.292, a fim de verificar se o novo entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF), além de afetar a execução penal possui caráter de ativismo judicial. Primeiramente, analisar-se ao conceito de ativismo judicial no Brasil. Após, serão abordados os argumentos da decisão comparados com os princípios basilares da Constituição Federal, visto a mesma que defende o Princípio da Presunção da Inocência, e como regra exige o trânsito em julgado para o início da execução da pena. Por fim, verificar-se-á se a decisão em análise consiste em ativismo judicial e quais são suas consequências para o cenário brasileiro. Para tanto, foi utilizado o método de abordagem dedutivo, o método de procedimento monográfico e a técnica de pesquisa bibliográfica e documental. Ao final, constatou-se que o julgamento do *Habeas Corpus* 126.292 configurou-se em uma forma de ativismo judicial, uma vez que em o cenário de corrupção instiga esse tipo de comportamento da Corte Suprema, a qual se sente responsável em tomar providências efetivas, mas, por vezes, acaba por violar garantias individuais imprescindíveis.

Palavras-Chave: Ativismo Judicial; *Habeas Corpus* 126.292; Princípio da Presunção da Inocência.

ABSTRACT

This work has the theme judicial activism and the decision of Habeas Corpus 126 292 in order to verify that the new understanding of the Supreme Court, as well as affect the criminal enforcement has judicial activism character. First, analyze the concept of judicial activism in Brazil. After, they will discuss the decision of arguments compared to the basic principles of the Constitution, as the same as defending the Principle of Presumption of Innocence, and as a rule requires the final judgment to the beginning of the sentence. Finally, it will be verified if the decision under analysis consists of judicial activism and what are its consequences for the Brazilian scenario. For that, the method of deductive approach, the method of monographic procedure and the technique of bibliographic and documentary research were used. At the end, we contacted that the judgment of Habeas Corpus 126 292 configured into a form of judicial activism, since in the corruption scenario instigates such Supreme Court behavior, which feels responsible to take effective measures, but sometimes violates essential individual guarantees.

¹ Artigo realizado como requisito de obtenção parcial de aprovação da disciplina de Trabalho Final de Graduação II, do Curso de Direito da Faculdade Metodista de Santa Maria-RS – FAMES, sob a orientação do Prof Ms. Tábata Mendonça.

² Acadêmico do Curso de Direito da FAMES. Endereço eletrônico: cristianblenharth@gmail.com



10ª Jornada de Pesquisa e 9ª Jornada de Extensão do Curso de Direito

2

KEY WORDS: Judicial Activism; Habeas Corpus 126,292; Principle of the Presumption of Innocence.

INTRODUÇÃO

No dia 17 de fevereiro de 2016, o Supremo Tribunal Federal (STF), no caso do julgamento do *Habeas Corpus* 126.292, decidiu que seria possível a execução antecipada da pena, alegando atender omissões legislativas e administrativas para fundamentar a decisão. Ocorre que tal decisão claramente viola garantias individuais de grande relevância, como a Presunção de Inocência.

Para responder o problema serão utilizados três capítulos. No primeiro será abordado o que corresponde ao Ativismo Judicial, seus efeitos, motivos e qual a importância para a sociedade. No segundo capítulo será abordada a decisão do *Habeas Corpus* 126.292, com os motivos que levaram o paciente a impetra-lo junto ao STF e os votos de cada Ministro que ao final da sessão denegaram a solicitação e mudaram o entendimento jurisprudencial do assunto. No terceiro será realizada uma conexão com o ativismo judicial e a decisão do *Habeas Corpus* ocorrida na Suprema Corte.

O tema é de suma importância, pois a realidade é diferente quando analisada a Tripartição dos Poderes verificamos que em muitos casos o STF acaba tendo que decidir sobre assuntos que não foram previstos na Constituição Federal e em outros casos quando os Poderes Executivo e Legislativo não conseguem dar uma resposta às necessidades básicas da sociedade. Enquadrando-se assim na linha de pesquisa “Novos Direitos da Sociedade Globalizada” do Curso de Direito da FAMES.

Desta forma, o presente trabalho pretende realizar uma pesquisa bibliográfica, através do método de abordagem dedutivo para fazer o comparativo com o ativismo judicial e a decisão proferida no *Habeas Corpus* 126.292, a fim de ao final identificar se esta decisão corresponderá a uma forma de ativismo judicial por parte do Supremo Tribunal Federal.



10ª Jornada de Pesquisa e 9ª Jornada de Extensão do Curso de Direito

3

1 O ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL

Atualmente, como se vê muito nas mídias, temos uma grande participação do Poder Judiciário em muitas decisões que atingem diretamente a população, em muitos assuntos que deveriam ser tratados por outros Poderes, conforme a tripartição dos Poderes estabelecidos pela Constituição Federal Brasileira. Nesse contexto, percebe-se um fenômeno chamado Ativismo Judicial, tema muito importante para o presente trabalho, na medida em que se busca analisar a postura do Supremo Tribunal Federal perante muitos assuntos de extrema relevância, como os discutidos no *Habeas Corpus* 126.292.

A ideia de Ativismo Judicial está associada a uma participação mais intensa do Poder Judiciário para concretização dos valores constitucionais e uma maior interferência na atuação dos outros poderes (Poder Legislativo e Poder Executivo). Pode ser manifestada de diferentes formas, seja pela aplicação direta da Constituição Federal a situações que não estejam contempladas em seu texto, pela declaração de inconstitucionalidade para atos do Poder Legislativo ou imposição de condutas e abstenções oriundas do Poder Público, através de políticas públicas³. Normalmente se instala quando o Poder Legislativo impede que demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva, assim podendo ser considerado uma intromissão do Poder Judiciário em função Legislativa, ou seja, quando o Juiz cria uma nova norma, usurpando a tarefa do legislador por não possuir contemplação em lei⁴.

O ativismo do judiciário apresenta como ponto negativo quando precisa abordar determinados assuntos que as instituições competentes do Estado não funcionam como deveriam. A expansão do ativismo tem como base as dificuldades

³BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. [S.l.], [200-?]. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br>>. Acesso em: 02 Out. 2017.

⁴GOMES, Luiz Flávio. **O STF está assumindo um "ativismo judicial" sem precedentes?** Brasília: Conteúdo Jurídico, 2009. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.25162>>. Acesso em: 02Out. 2017.

10ª Jornada de Pesquisa e 9ª Jornada de Extensão do Curso de Direito

4

do Legislativo, muito devido a três motivos: a redemocratização do país, onde as pessoas tiveram uma maior procura ao Judiciário; a constitucionalização, onde foi necessário que a Constituição Brasileira abordasse inúmeros assuntos não previstos e o controle de constitucionalidade.

O Ativismo Judicial corresponde ao exercício da função jurisdicional para atingir além dos limites impostos pelo próprio ordenamento jurídico. Portanto, pode-se dizer que a essência do ativismo judicial encontra-se em desconsiderar uma decisão proferida em outro poder.

Nesta senda, não se pode olvidar da qual é a real função do Poder Judiciário. Pode-se dizer que a este incumbe o poder de resolver conflitos de interesses e aplicar a lei em casos concretos. Antes de ser considerado dentro de uma Teoria do Direito um conceito fechado, deve-se entender como algo em movimento, admitindo um pluralismo de acessos ao judiciário e uma crescente Judicialização de questões propostas pela sociedade⁵. Pode-se dizer então, que o Poder Judiciário preocupa-se com a garantia dos direitos fundamentais que vão contra decisões tipicamente políticas. Dessa forma, não raro a sua função peculiar transforma-se em ativismo judicial.

De acordo com Vanice Regina Lírio do Vale⁶:

O problema na identificação do ativismo judicial reside nas dificuldades inerentes ao processo de interpretação constitucional. Afinal, o parâmetro utilizado para caracterizar uma decisão como ativismo ou não reside numa controvertida posição sobre qual é a correta leitura de um determinado dispositivo constitucional. Mais do que isso: não é a mera atividade de controle de constitucionalidade – consequentemente, o repúdio ao ato do poder legislativo – que permite a identificação do ativismo como traço marcante de um órgão jurisdicional, mas a reiteração dessa mesma conduta de desafio aos atos de outro poder, perante casos difíceis. O problema está no caráter sempre controverso de se delimitar o que são casos difíceis.

Pode-se dizer que o oposto do ativismo é a Autocontenção Judicial a qual o Poder Judiciário procura através de suas condutas reduzirem a interferência nos

⁵SANTOS, Tiago Neiva. **Ativismo judicial: uma visão democrática sobre o aspecto político da jurisdição constitucional**. Revista de informação legislativa, v. 44, n. 173, p. 271-284, jan./mar. 2007, p. 278.

⁶VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal**. Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá, 2009; p. 23



10ª Jornada de Pesquisa e 9ª Jornada de Extensão do Curso de Direito

5

outros poderes. Utilizando para esse fim critérios mais rígidos para a aplicação da inconstitucionalidade, aguardando pronunciamento do legislador originário e evitar interferência nas políticas públicas⁷.

Para um melhor entendimento do ativismo judicial devemos entender um fator importantíssimo que dele faz parte: a Judicialização. Pode-se dizer que esta se manifesta através da Judicialização da política, a qual encontra alguma relação com a realidade atual. Importante salientar que nesses casos o Poder Judiciário é provocado a manifestar-se sobre o assunto em debate⁸.

A Judicialização tem sido notada desde o caso de *Marbury v. Madison* decidido em 1803 pelo Tribunal Supremo dos Estados Unidos, quando a atuação do Poder Judiciário começou a exercer papel importante na vida política e social daquele país, através do controle de constitucionalidade das leis⁹. Deste entendimento os norte-americanos conservam algumas características ao Poder Judiciário: a) o juiz apenas se pronuncia quando ocorre um litígio e manifesta-se apenas acerca da lei, caso contrário estaria invadindo o poder legislativo (desta forma o legislador legisla em abstrato e o juiz faz a lei no caso concreto); b) o juiz ocupa-se de casos particulares para analisar os princípios gerais; e c) para que o juiz tenha ação ele deve, sempre, ser invocado. Assim para o entendimento dos americanos todas as decisões tomadas por seus juízes, entende-se que foram primeiramente baseadas nos princípios da Constituição e não apenas nas leis¹⁰.

No atual cenário, percebemos uma dificuldade em manter um padrão de decisões, havendo a diferença de julgamento de acordo com o caso bem como a depender das partes que compõem a lide. Pode-se pensar que tal circunstância se deve à necessidade de atualização do direito bem como de regulação do Estado para dirimir conflitos. A própria norma constitucional reclama uma atuação mais

⁷Ibidem p.5

⁸ABREU, João Paulo Pirôpo. **A autonomia financeira do Poder Judiciário: limites traçados pelo princípio da independência e harmonia dos Poderes**. Brasília: CEJ, 2013. P. 35

⁹NUNES Junior, Amandino Teixeira - **A constituição de 1988 e a judicialização da política no Brasil** - Revista de informação legislativa, v. 45, n. 178, abr./jun. 2008, p. 179.

¹⁰TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América**. São Paulo: Edusp, 1977. p. 82.

10ª Jornada de Pesquisa e 9ª Jornada de Extensão do Curso de Direito

6

incisiva do poder judiciário, o qual nega, não raras vezes, os direitos que esta prevê em vez de assegurá-los¹¹.

O sucesso da justiça é inversamente proporcional ao descrédito que afeta as instituições políticas clássicas, causado pela crise de desinteresse e pela perda do espírito público. A posição de um terceiro imparcial compensa o “déficit democrático” de uma decisão política agora voltada para a gestão e fornece à sociedade a referência simbólica que a representação nacional lhe oferece cada vez menos¹².

Desse modo, não são raros os momentos em que se percebe a necessidade do Poder Executivo realizar intervenções para o cumprimento de uma decisão judicial, assim como os casos em que o Poder Judiciário acaba interferindo no Poder Legislativo, declarando a inconstitucionalidade de uma lei. O problema não consiste nos atos realizados, uma vez que são decisões para que se tenha uma melhor qualidade dos poderes para serviços prestados a população. O problema consiste como ocorre o controle dessas intervenções¹³.

Desta forma, pela própria necessidade da Judicialização, se abriu caminho para o Ativismo Judiciário, ou seja, a Judicialização facilita, embora o ativismo não dependa desta para existir. Para Luís Roberto Barroso, o ativismo judicial é uma atitude, uma escolha de como interpretar a Constituição Federal, assim expande o seu sentido e alcance:

A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao poder público, notadamente em matéria de políticas públicas.¹⁴

¹¹STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. 2.ed.rev. 2.tir. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 23 – 24.

¹²GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: o guardião de promessas**. Rio de Janeiro Revan, 1999, p. 48

¹³VIANNA, Luís Werneck (org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte. Editora UFMG, Rio de Janeiro. IUPERJ/FAPERJ, 2002. P. 39

¹⁴BARROSO, Luis Roberto. **Retrospectiva 2008 – Judicialização, ativismo e legitimidade democrática**. Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, n. 18, abril/maio/ junho 2009, p. 5. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=344> Acesso em: 04 out. 2017

10ª Jornada de Pesquisa e 9ª Jornada de Extensão do Curso de Direito

7

No cenário atual, o ativismo judicial tem sido parte das soluções, mas não do problema, contudo precisaria diminuir o ativismo judicial e realizar uma reforma política, reforma esta que não depende dos juízes. Depois de realizada a reforma política terá uma maior representatividade do Poder Legislativo e Executivo¹⁵.

Para que sejam garantidos os direitos constitucionais muitas vezes é necessário que o Poder Judiciário faça com que em suas decisões tenham uma maior eficácia no âmbito jurídico. Longe de ser uma “ditadura de togas” o ativismo judicial é uma atitude, um modo que infelizmente, devido a nossa realidade precisa que os juízes sejam proativos ao interpretar a Constituição, ocupando assim os espaços que foram deixados vagos ou deficientes¹⁶.

Não pode ser encarado como decisões arbitrárias e sim o exercício da função julgadora, respeitando a moralidade e a dignidade da pessoa humana segurada pela constituição, assim segundo Nara S. S. Pires¹⁷:

O ativismo judicial não se limita a um controle negativo de constitucionalidade, retirando do ordenamento jurídico aquelas normas que são incompatíveis com o espírito da Constituição Federal. O ativismo judicial, também, possui um controle de constitucionalidade positivo, no momento em que cria norma jurídica e exige a sua obediência pelos demais Poderes e pelos particulares, naqueles casos em que o Legislativo e o Executivo mantiveram-se omissos, o que se nota mais evidente no que tange a proteção efetiva dos direitos fundamentais.

O aumento do ativismo judicial reflete diretamente nas alterações da democracia, que tendem a valorizar a atuação jurisdicional. Em legislações abertas acaba exigindo que os juízes sejam co-legisladores, exigindo que sempre se faça uma complementação do direito. A atuação dos Magistrados nesses casos deveria

¹⁵Ibidem

¹⁶BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade democrática.** Revista atualidade jurídicas – Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB. 4. ed.jan/fev 2009. Disponível em:<http://www.oab.org.br/editora-revistausers-revista-1234066670174218181901.pdf>Acesso em:04 out 2017.

¹⁷PIRES. Nara S.S. **O ativismo judicial como forma de assegurar os direitos fundamentais face à crise da separação dos poderes.** Conpedi 2014. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos> Acesso em 04 out 2017.

10ª Jornada de Pesquisa e 9ª Jornada de Extensão do Curso de Direito

ser de auxiliar os indivíduos a encontrar as soluções para os problemas que os afetam¹⁸.

Como exemplo de ativismo judicial têm alguns julgamentos emblemáticos nos últimos anos, como no caso de prisões de parlamentares por crimes no exercício do mandato, sem autorização da Câmara (artigo 53, § 3.º, da Constituição)¹⁹. Outro exemplo bastante importante foi o caso da interrupção da gravidez de fetos anencefálicos, descriminalizando o aborto eugênico não constante do artigo 128 do Código Penal, ao permitir o aborto até três meses de gestação²⁰.

Em debates para que fosse reconhecido o direito de mães que possuem fetos anencefálicos, a Corte Suprema permaneceu por um longo prazo debatendo o *Habeas Corpus* nº 84.025-6/RJ, o qual foi impetrado em 19 de novembro de 2003. Porém, apenas se obteve o efetivo debate da matéria para se chegar a uma decisão definitiva em março de 2004. Fato o qual transparece que os Ministros esqueceram que a gestação não para, até aguardar a decisão da Corte²¹.

Além disso, pode-se citar o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo, elevando ao mesmo status que o casamento, o que a Constituição Federal apenas admite para a união entre homem e mulher (artigo 226, § 3.º Constituição Federal)²². Bem como quando permitiu que candidato derrotado assumisse governo de Estado, sem novas eleições diretas ou indiretas (artigo 81 da Constituição Federal)²³.

¹⁸GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: o guardião das promessas**. 2. ed. Tradução Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 25.

¹⁹BRASIL, Procuradoria Geral da República - **Ação direta de inconstitucionalidade 5.526/DF - Relator Ministro Edson Fachin** Disponível em: <http://www.transparencia.mpf.mp.br/atuacao-funcional/consulta-judicial-e-extrajudicial/informando/o/codigo> C59A19B8.83674D93.C8705B72.4D3E0760. Acesso em 05 nov2017.

²⁰BRASIL, Supremo Tribunal Federal -ADPF 54 - **Arguição de descumprimento de preceito fundamental - Relator Ministro Marco Aurélio**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=54&classe=ADPF&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M> Acesso em: 05/11/2017

²¹BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1988.

²² Ibidem

²³ Ibidem



10ª Jornada de Pesquisa e 9ª Jornada de Extensão do Curso de Direito

9

Por fim, e mais importante, por ser objeto da presente pesquisa, desconsiderou a presunção de inocência, o devido processo legal e o instituto da coisa julgada para permitir o cumprimento antecipado da pena a partir da decisão de segunda instância (artigo 5.º, inciso LVII)²⁴ no julgamento do *Habeas Corpus* 126.292.

Logo, por todo exposto, pode-se dizer que a judicialização da política é um fenômeno de muitas dimensões e de extrema complexidade, pois ocorre a transferência de decisões do âmbito Executivo e Legislativo para atuação nos Tribunais. Nesta senda, os magistrados passam através da revisão judicial a programar e deliberar sobre políticas públicas e a rever regras da democracia, tornando assim o Poder Judiciário como uma alternativa para resolução de conflitos coletivos²⁵. Resta, porém, questionar-se: essa atitude é positiva?

2 O HABEAS CORPUS 126.292 JULGADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Durante sessão no Supremo Tribunal Federal, no dia 17 de fevereiro de 2016, foi tomada uma das mais importantes decisões que afetam o Direito Processual Penal e a Lei de Execuções Penais. Em tal decisão, a Corte entendeu que qualquer réu condenado em segundo grau de jurisdição já pode ser de imediato encaminhado ao cumprimento de pena, sem que para isso seja necessário o trânsito em julgado, conforme era o entendimento anterior.

O *Habeas Corpus* que foi avaliado neste dia refere-se ao HC 126.292 oriundo do Tribunal de Justiça (TJ) do Estado de São Paulo. Neste julgamento, após negar o recurso da defesa, foi encaminhado ao Supremo Tribunal Federal e por maioria de votos favoráveis a manutenção da decisão proferida pelo TJ de origem.

²⁴ MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Sou politicamente incorreto: Não consigo adaptar-me a uma realidade em que descumprir a lei é motivo de aplausos.** Disponível em: <http://opinioao.estadao.com.br/noticias/geral,sou-politicamente-incorreto,70001681519>> Acesso em 02/09/2017.

²⁵ TATE, Neal; VALLINDER, Torbjörn (org.). **The global expansion of judicial power.** New York, NY: New York Univ. Press, 1995; p 119.



10ª Jornada de Pesquisa e 9ª Jornada de Extensão do Curso de Direito

10

Conseqüentemente, houve mudança do entendimento para execução da pena (7 votos favoráveis e 4 contrários), alterando-se a posição que o próprio STF já havia pacificado desde 2009 no *Habeas Corpus* 84.078.

Este entendimento anterior tinha como fundamento o princípio da presunção da inocência, necessitando obrigatoriamente para o início da execução da pena o trânsito em julgado, com base no entendimento do artigo 5º, LVII, da Carta Magna. Pois na decisão proferida da época o STF entendia que enquanto fosse possível qualquer recurso de defesa, deveria prevalecer a presunção da inocência.

O *Habeas Corpus* 126.292 tratava do caso um ajudante geral o qual foi condenado a uma pena de 5 anos e 4 meses, em regime inicialmente fechado pelo crime de roubo qualificado (tipificado no artigo 157 parágrafo 2º inciso I e II do Código Penal Brasileiro). Após a sentença de primeiro grau, foi-lhe concedido o direito de recorrer em liberdade. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo negou provimento à apelação da defesa e ordenou expedição de mandado de prisão contra o Réu.

A defesa não satisfeita com a decisão do TJ impetrou *Habeas Corpus* ao STF alegando que a prisão havia sido decretada sem fundamentada motivação. Além disso, alegou que se tratava de evidente constrangimento ilegal, uma vez que afrontava o Princípio da Presunção da Inocência, o qual prevê que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória²⁶.

O relator do caso foi o Ministro Teori Zavascki, o qual em seu voto entendeu que em segundo grau já se presumiu ou não a inocência e que a partir dessa fase não há de se discutir fatos e provas, apenas a matéria de direito, uma vez que já foi verificada a responsabilidade criminal do acusado. Como exemplo, o Ministro utilizou a Lei Complementar 135/2010, conhecida como Lei da Ficha Limpa, de acordo com

²⁶ Com base no entendimento ao Artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal Brasileira) BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado, 1988.



10ª Jornada de Pesquisa e 9ª Jornada de Extensão do Curso de Direito

11

a qual o réu, mesmo sem sentença transitada em julgado ao seu desfavor, já é considerado inelegível, ou seja, já produz seus efeitos contra o acusado²⁷.

De acordo com o Ministro, a presunção da inocência já ocorreu no decurso do processo criminal, conforme abaixo²⁸:

A execução da pena na pendência de recursos de natureza extraordinária não compromete o núcleo essencial do pressuposto da não culpabilidade, 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, bem como respeitadas as regras probatórias e o modelo acusatório atual. Não é incompatível com a garantia constitucional autorizar, a partir daí, ainda que cabíveis ou pendentes de julgamento de recursos extraordinários, a produção dos efeitos próprios da responsabilização criminal reconhecida pelas instâncias ordinárias.

Ainda, o referido Ministro realizou a comparação com a aplicação da execução penal em outros países do mundo, salientando que em nenhum outro lugar a condenação já proferida em segundo grau de jurisdição fica suspensa aguardando que a decisão da Corte Suprema. Ademais, destacou que nos casos aplicados ao Direito Penal Brasileiro essa prática de utilizar muitos recursos serve basicamente para que o excesso de interposição de recurso busque a prescrição da pretensão punitiva.

Após o voto do relator foi à vez do Ministro Edson Fachin, o qual acompanhou o voto do Relator e citou que caso tivesse no Brasil uma “Super” Suprema Corte, muitas das decisões do Supremo Tribunal Federal seriam reformadas e que não se deve levar em consideração apenas o Princípio da Presunção da Inocência, mas sim os demais princípios previstos no artigo 5º da Constituição Federal Brasileira. Para o Ministro, os casos em que se fique provado posteriormente algum erro ocorrido durante as fases processuais, poderia ser sanado por *Habeas Corpus*, recursos especial e extraordinário os quais poderiam conceder efeito suspensivo à decisão proferida.

²⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão no Habeas Corpus nº 126.292/SP**. Relator: Teori Zavascki. Publicado no DJe de 17/02/2016, p. 43.

²⁸BRASIL, Supremo Tribunal Federal - **Inteiro Teor do Acórdão. HABEAS CORPUS 126.292 SÃO PAULO** Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246> p. 11 Acesso em: 18 out 17.



10ª Jornada de Pesquisa e 9ª Jornada de Extensão do Curso de Direito

12

O Ministro Luís Roberto Barroso também seguiu o voto do Relator e entendeu que a execução penal condenatória em segundo grau de jurisdição não afronta o princípio constitucional da presunção da inocência ou não culpabilidade. E que a decisão seria importante para evitar que se crie a imagem do Sistema Penal o paradigma da impunidade, restaurando assim o sentimento social da eficácia da Lei Penal. Entendeu que assim, evita-se a morosidade e privilegiando-se uma maior efetividade processual²⁹.

A Ministra Rosa Weber votou contra o Relator uma vez que, por não estar presente na pauta, não foi possível analisar o *Habeas Corpus* com maiores detalhes. Além disso, fundamentou sua decisão para a manutenção das jurisprudências da casa, a fim de manter o princípio da segurança jurídica, por entender que para a sociedade brasileira é mais benéfico à manutenção da jurisprudência ocorrida no *Habeas Corpus* 84.078 e entende que a Corte não deveria alterar a compreensão dada ao texto constitucional³⁰.

O ministro Luiz Fux acompanhou o voto do Relator por entender que não atinge a presunção da inocência, levando em consideração o que a Declaração dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU) prevê, ou seja: “toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada.” E nos casos em que um réu passou por todas as fases do Poder Judiciário ordinário sendo considerado culpado, seria impossível chegar ao Supremo Tribunal Federal como inocente³¹.

O voto da Ministra Carmem Lúcia acompanhou o Relator por entender que o início do cumprimento da pena antes do trânsito em julgado não afeta o princípio da presunção da inocência quando já tiver passado a fase de provas e conforme a Súmula 279 do STF, a qual não permite que sejam protocolados recursos extraordinários para exame de provas junto ao Supremo Tribunal Federal. Assim

²⁹Ibidem p. 54.

³⁰Ibidem p. 57.

³¹Ibidem p. 60.



10ª Jornada de Pesquisa e 9ª Jornada de Extensão do Curso de Direito

13

sendo, quando se alcança à Suprema Corte, na análise do caso não resta discutir culpa do acusado, apenas direitos³².

O Ministro Gilmar Mendes, por entender que a prisão se justifica como base para garantir a ordem pública em casos em que há a possibilidade de repetição do delito, acompanhou o voto do Relator, mesmo que no julgamento do *Habeas Corpus* 84.078 tenha votado pelo entendimento a favor do Princípio da Presunção da Inocência. Ainda, ressaltou que muitos dos réus ao conseguir o *Habeas Corpus* não acabam presos uma vez que a execução da pena demora em acontecer, demora esta que o sistema penal permite e assim a justiça precisaria ser novamente discutida. Como nos casos em que um execrado em Unai havia sido condenado a cem anos de prisão, contudo pela possibilidade de recorrer em liberdade o mesmo retornou livre para casa, e em outro caso em que um deputado para solucionar a falta de vagas na Câmara resolveu mandar matar a suplente e também restou livre da prisão mesmo condenado³³.

O Ministro Marco Aurélio para manter-se fiel ao Princípio da não Culpabilidade e assim evitar que a ordem dos fatos seja invertida no Poder Judiciário Brasileiro e que o réu cumpra uma pena que não é ainda definitiva, votou contrário ao Relator. Reconheceu que o Estado e a Justiça no âmbito de combate à criminalidade são morosos e ao tomar tal decisão ocasionará uma demanda muito maior de *Habeas Corpus* a serem analisadas pelo Supremo Tribunal Federal³⁴.

Já o Ministro Celso de Mello ao entender que a presunção da inocência foi uma notável conquista histórica dos cidadãos contra a opressão do Estado votou contra o Relator, uma vez que a execução prematura revela-se incompatível com o direito fundamental do réu, assegurado na Constituição Federal Brasileira. Lembrou ainda que, embora haja a confirmação da condenação no segundo grau de

³²Ibidem p. 62.

³³Ibidem p. 77.

³⁴Ibidem p. 79.

10ª Jornada de Pesquisa e 9ª Jornada de Extensão do Curso de Direito

14

jurisdição, ainda persiste o direito do acusado até o efetivo trânsito em julgado da sentença³⁵.

O Ministro Ricardo Lewandowski, assim como se posicionou no julgamento do *Habeas Corpus* 84.078, foi favorável ao respeito à Presunção de Inocência, uma vez que a Constituição Federal é taxativa e não vê outra forma de interpretar o texto constitucional e assim votou contra o Relator. Citou que aceitar a execução de pena em segunda instância estava o Supremo Tribunal Federal trocando duzentos e quarenta mil presos provisórios por duzentos e quarenta mil presos condenados em segundo grau, e que mesmo depois que o preso cumpra a pena já a partir da segunda instância, quando o mesmo seja absolvido não será possível restituir este tempo ao em que ficou sob a custódia do Estado em situações degradantes.

O referido Ministro ainda lembrou que o Brasil hoje possui a 4º maior população carcerária do mundo (seiscentos mil presos) ficando atrás apenas dos Estados Unidos, China e Rússia respectivamente. Referiu ainda, que 40% destes 240.000 (duzentos e quarenta mil presos) são presos provisórios e que a partir desta decisão a tendência é o aumento em centenas de milhares a população carcerária³⁶.

De acordo com o levantamento oficial das prisões brasileiras, onde apresenta o Sistema Prisional Brasileiro e o déficit de vagas, demonstrou que a realidade os presídios já estão em colapso há décadas, de acordo com a figura abaixo 01:³⁷

Figura 01: Levantamento nacional de informações penitenciárias

³⁵ Ibidem p. 96.

³⁶ Ibidem

³⁷ BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento nacional de informações penitenciárias INFOPEN** – Jun/2014. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf> Acesso em: 05 out 2017

10ª Jornada de Pesquisa e 9ª Jornada de Extensão do Curso de Direito

15

Brasil - 2014	
População prisional	607.731
Sistema Penitenciário	579.423
Secretarias de Segurança/ Carceragens de delegacias	27.950
Sistema Penitenciário Federal	358
Vagas	376.669
Déficit de vagas	231.062
Taxa de ocupação	161%
Taxa de aprisionamento	299,7

Fonte: Infopen, jun/2014; Senasp, dez/2013; IBGE, 2014

Contudo, a decisão obteve uma enorme repercussão, sendo muito criticada por doutrinadores e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), por entender que consiste em uma afronta aos direitos constitucionais de réu. Porém, infelizmente foi comemorada por alguns juízes e membros do Ministério Público (MP), os quais entendem ser o cumprimento antecipado de pena, uma medida eficaz na luta contra a criminalidade.

3 O ATIVISMO JURÍDICO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O JULGAMENTO DO *HABEAS CORPUS* 126.292.

Nas últimas três décadas a Justiça Brasileira teve muitas mudanças consideráveis, tais como: maior participação da Ordem dos Advogados do Brasil (que possui um papel ativo desde 1960), criação da Justiça Restaurativa (para propiciar uma maior participação da comunidade), aplicação de medidas cautelares alternativas à prisão, entre outras mudanças. Partes dessas mudanças passam pela forma como os Magistrados tomam as suas decisões frente às ações interpeladas em todo o Brasil. Pode-se dizer que, em muitas decisões os mesmos esquecem



10ª Jornada de Pesquisa e 9ª Jornada de Extensão do Curso de Direito

16

que, para a construção de uma decisão deve-se basear em uma regra determinada e não apenas em discernimento pessoal dos magistrados, devendo para isso utilizar apenas o que está previsto na lei.

Acredita-se que o Estado deveria ter como tarefa a proteção dos direitos fundamentais, além de realizar o reconhecimento e proclamação destes, bem como tem ainda o dever de realizar medidas que os torne efetivos. Em outras palavras, por ser o intérprete das leis, o Poder Judiciário não pode ter o poder absoluto no que se refere à limitação dos direitos fundamentais. Por isso, deveria se ter cautela, sendo necessário em muitos casos ser aplicado o Princípio da Proporcionalidade para garantir a liberdade frente aos arbitrários excessos administrativos do Estado³⁸.

Muito se percebe que as decisões do Supremo Tribunal Federal objetivam demonstrar que este órgão não é inerte frente aos grandes escândalos políticos que se foi visto nas últimas décadas no Brasil. Em alguns casos, como no julgamento do ex-senador Luiz Estevão por desvios de aproximadamente um bilhão, verba a qual deveria ser utilizada na construção do Tribunal Regional do Trabalho (TRT) de São Paulo. Neste caso, o STF, no desejo de evitar a prescrição da pena, decidiu que o réu deveria iniciar o cumprimento de pena em regime fechado mesmo antes do trânsito em julgado (35 recursos foram apresentados desde a sentença em primeira instância). O referido tribunal entendeu que não há mais o que se discutir quanto à presunção da inocência dos réus uma vez que todas as garantias individuais e processuais foram respeitadas³⁹.

Vale referir que quando se faz necessário abordar formas de conter o avanço na criminalidade urbana, há juízes que são pressionados a dar uma resposta ao clamor popular, comissões são formadas para criarem procedimentos que gerem mais celeridade. Todavia, por vezes, esquece-se que o tempo, quando se fala em Processo Penal sempre será outro, a fim de manter as garantias. Não se pode exigir

³⁸STUMM, Raquel Denize. **Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro**. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1995. P. 78

³⁹OLIVEIRA, Mariana. G1 Globo. **Justiça Federal determina prisão imediata de ex-senador Luiz Estevão**. <http://g1.globo.com/distrito-federal/noticia/2016/03/justica-federal-determina-prisao-imediata-de-luiz-estevao.html?noAudience=true>. Acesso em 04/06/2016.

10ª Jornada de Pesquisa e 9ª Jornada de Extensão do Curso de Direito

17

que fosse suprimido o tempo em que se tem para executar os atos de julgamento do caso, a fim de assegurar as garantias do acusado apenas para responder o clamor popular⁴⁰.

Nesse sentido, fica muito bem exposto qual deveria ser o posicionamento correto a ser adotado pelos Juízes e conseqüentemente pelo Poder Judiciário:⁴¹

Juiz comprometido eticamente com a missão a ele outorgada pela nacionalidade não precisa de comandos normativos, nem de mandamentos, nem de recados, menos ainda de admoestações. O melhor corregedor para o juiz é uma consciência ética. Consciência eticamente afinada com os valores sem os quais não haverá Estado de Direito, nem harmonia, nem democracia, nem vida digna de ser vivida.

Seguindo este raciocínio, Ost⁴² refere que o endurecimento de uma norma penal é apenas reflexo da urgência, a qual descuida do passado e fracassa com as suas pretensões para o futuro. Esses programas realizados por comissões que buscam dar um retorno ao que pede a sociedade, não apresentam soluções que sejam duráveis.

Desta forma, atos que deveriam ser considerados transitórios passam a ser usuais para resolução de demandas e a urgência é algo que fica como permanente no Poder Judiciário. Urgência esta que não atinge somente a aceleração dos atos, mas também a inversão de quais devem ser observados, nesses casos chamamos de “contraditório diferido”, onde primeiro se decide o mérito, para depois submeter o contraditório.

No caso específico do *Habeas Corpus* 126.292 o Supremo Tribunal Federal buscou rever o entendimento que possuía sobre a execução de pena, já pacificada desde 2009, contudo esqueceu-se que ao proferir a decisão elevaria o número de presos que hoje já possuem situação degradante e um sistema que não cumpre seu papel principal, que é a ressocialização, que hoje apresenta 161% de ocupação quando verifica as vagas que existentes e que a decisão acabará deixando um sistema ainda mais sobrecarregado.

⁴⁰ LOPES JR., Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal: Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Juris, 2015. p. 52.

⁴¹ NALINI, José Renato. **A rebelião da toga**. Campinas: Editora Millennium, 2006. p. 188

⁴² OST, François. **O tempo do direito**. Trad. Elcio Fernandes. Bauru, SP: Edusc, 2005, p.359

10ª Jornada de Pesquisa e 9ª Jornada de Extensão do Curso de Direito

18

Se o problema é o excesso de recursos que ocorrem até que se tenha o trânsito em julgado da sentença, deveria assim o Supremo Tribunal Federal encaminhar solicitação para que o Poder Legislativo - que é quem possui legitimidade para tal ato através de Emenda a Constituição Federal - realizasse as modificações⁴³.

De acordo com o Jurista Ives Gandra da Silva Martins⁴⁴:

Como operador do direito há quase 60 anos, não me habituo ao atual protagonismo do Supremo Tribunal Federal (STF), cujos ministros, reconhecidamente eminentes juristas, em vez de “guardiões da Constituição” (artigo 102), não poucas vezes a alteram, criando novas normas. A invasão de competências legislativas é proibida pelo artigo 103, § 2.º, ao prever que nas ações diretas de inconstitucionalidade por omissão, declarada a omissão do Congresso, cabe ao Supremo apenas solicitar-lhe que produza a norma. Se não pode legislar nessas ações, não o pode também em *habeas corpus*, mandados de injunção ou quaisquer outros veículos processuais não vocacionados a interferência na função legislativa.

Um dos motivos que se observa que o Supremo Tribunal Federal acaba tendo algumas decisões por ocasião é que conforme a Presidente do STF Carmem Lúcia, no Brasil existe 16 mil juízes para que atenda a demanda de 80 milhões de processos, o que muitas vezes aliado ao grande volume de recursos disponíveis em alguns casos o mesmo processo chega a ser julgado 8 vezes pela Suprema Corte⁴⁵. Contudo, deveria a Corte, junto ao Poder Legislativo realizar uma reforma ao modo como trabalha hoje o Poder Judiciário, e aí sim, ter um juízo célere e eficaz, não decidindo de forma conveniente, ferindo direitos e garantias que a própria Constituição Federal assegura.

⁴³ BOTTINO, Thiago. **Problemas da decisão do STF sobre execução provisória da pena, Supremo mirou o que viu, mas acertou o que não viu.** Disponível em: <https://jota.info/colunas/supra/os-problemas-da-decisao-do-stf-sobre-execucao-provisoria-da-pena-18022016>> Acesso em 11/08/2017.

⁴⁴ MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Sou politicamente incorreto: Não consigo adaptar-me a uma realidade em que descumprir a lei é motivo de aplausos.** Disponível em: <http://opinioao.estadao.com.br/noticias/geral,sou-politicamente-incorreto,70001681519>> Acesso em 02/09/2017.

⁴⁵ FONSECA, Marcelo da. Presidente do STF critica excesso de recursos que retarda a Justiça. Disponível em: https://www.em.com.br/app/noticia/politica/2017/03/21/interna_politica,855878/presidente-do-stf-critica-excesso-de-recursos-que-retarda-a-justica.shtml. Acesso em: 10 nov 2017.



10ª Jornada de Pesquisa e 9ª Jornada de Extensão do Curso de Direito

19

O processo correto deveria o Poder Judiciário solicitar a competência do Poder Legislativo para que faça uma revisão do processo penal, evitando assim que saia legislando sobre assuntos que não lhe é competente, evitando também que se tenha um número elevado de recursos e que ao final levando a pena à prescrição e gerando uma imagem de impunidade ou de que o processo penal é moroso e ao final do processo não cumpre o papel que deveria.

Contudo o Poder Judiciário deveria desempenhar apenas o papel que lhe é fato para ser realizado e não o que instigado diariamente pela população, pois os assuntos que não possuem entendimento pacificado ou que os demais poderes da tripartição não conseguem atender precisam ser por este analisado e dado o retorno requerido, desta forma acaba em muitos casos fazendo o papel de Legislativo e Executivo no ato de suas decisões.

De acordo com Mozart Valadares Rodrigues, em sua posse no cargo de Presidente da Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) não é de hoje que o Judiciário Brasileiro é criticado quanto a sua morosidade, inacessibilidade e conservadorismo, fatores estes que impedem a aproximação de quem é a sua razão de existência, o Povo Brasileiro. E devido a esse distanciamento algumas vezes a crítica se refere a fatos que somente são acessíveis a quem tem acesso ao meio jurídico⁴⁶.

Para que o Poder Judiciário cumpra o papel institucional, para que tenha um retorno rápido para os conflitos, necessita de uma reforma e modernização de equipamentos e métodos. Para isso precisa que sejam eliminadas algumas práticas burocráticas antigas, racionalizando o que for possível e necessário, porém sem prejuízo a qualidade dos resultados⁴⁷. Durante o exercício de Presidência do Supremo Tribunal Federal o Ministro Nelson Jobim, no ano de 2005, já havia sinalizado que a morosidade do Sistema Judiciário Brasileiro não é a falta de

⁴⁶ AMB INFORMA. **Informativo da Associação dos Magistrados Brasileiros**. Ed. n.º 106. Brasília: Associação dos Magistrados Brasileiros, 2008. p 02.

⁴⁷ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juizes**, 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 160-1.



10ª Jornada de Pesquisa e 9ª Jornada de Extensão do Curso de Direito

20

dinheiro, com isso afasta a possibilidade que se resolveria com mais juízes e servidores⁴⁸.

Em pesquisa realizada pela AMB chegou-se ao resultado de que o Judiciário Brasileiro não ostenta uma boa imagem junto à sociedade, o Poder Judiciário ficou em sexto colocado, atrás das Forças Armadas, Igreja Católica, Polícia Federal, Imprensa e Ministério Público, respectivamente. Onde em uma escala de zero a dez recebeu nota 6,1, muito deste resultado deve-se pela distância que o Poder Judiciário Brasileiro encontra-se da população⁴⁹.

Para Nalini, o protagonismo dos juízes brasileiros deve ser instaurado junto à vivência democrática, tendo um contato maior com quem busca o acesso à justiça⁵⁰. No quadro atual o protagonismo do Judiciário Brasileiro, pode ser considerado a solução, e não o problema, contudo não se pode esquecer a participação do Poder Judiciário Brasileiro em casos de corrupção que ocorrem no cenário político Brasileiro, o que restou configurado na decisão do *Habeas Corpus* 126.292.

De acordo com Engelmann, o Poder Judiciário é um dos principais órgãos para intervir nos escândalos políticos que ocorreram recentemente no Brasil, assim como em outras democracias ocidentais, este órgão tem participado na política brasileira como o “guardião” da moralidade e mediador das disputas decorrentes das oposições governistas. Muitos desses conflitos ocorrem pela diversidade de partidos políticos que dificulta a identificação com o eleitor⁵¹.

⁴⁸ NANJI, Luciana. **A Produtividade do Poder Judiciário: O Governo é o principal responsável pela lentidão da Justiça**. Revista Consultor Jurídico. São Paulo, maio 2005. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2005-mai-10/governo_principal_responsavel_lentidao_justica. Acesso em 02/09/17.

⁴⁹ ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS. **Barômetro de Confiança nas Instituições Brasileiras**. Disponível em: < <http://www.amb.com.br/portal/docs/pesquisa/barometro.pdf> > Acesso em: 24 Out 2017.

⁵⁰ Ibidem P 284

⁵¹ ENGELMANN, Fabiano. **Judiciário e a produção do escândalo político**. Publicado em 13 de março de 2015. Disponível em: <http://jota.info/judiciario-e-a-producao-do-escandalo-politico>. Acesso em: 05 nov. 2017.



10ª Jornada de Pesquisa e 9ª Jornada de Extensão do Curso de Direito

21

O interessante é que os eventos que estão na origem da produção do sentido do escândalo e do clamor popular pela moralização da política são fundamentados em grande medida por uma interpretação jurídica da vida política. Uma percepção que se isola do conflito entre ideologias, políticas de governo, e a parcialização inerente ao embate político e assume um conteúdo moral e uno. Espécie de meta-razão, acima e além das disputas e que encontra guarida em idéias abstratas como o “bem comum”, “interesse geral”, “sociedade” “nação”, e por que não dizer, “opinião pública”⁵².

Dessa forma, algumas decisões como a ocorrida no *Habeas Corpus* 126.292, acabam afrontando esses mesmos direitos os quais deveriam ser protegidos. Portanto, percebe-se que a decisão foi proferida para que se demonstre a sociedade brasileira que o Supremo Tribunal Federal não é passível com a impunidade e a corrupção - a qual é fortemente noticiada pela mídia, contudo esquece que ao tomar determinada decisão acaba indo contra os princípios ao qual deveria proteger o que, por vezes, acaba por agravar um quadro que já é bem crítico, como o sistema carcerário brasileiro.

CONCLUSÃO

O mundo atualmente, muito devido à globalização, necessita constantemente uma adequação aos fatos novos que surgem. Assim como a população busca sempre estar atenta às novas tendências, com a Justiça Brasileira não é diferente. Esta precisa estar sempre em busca de uma posição efetiva por parte do Estado para assuntos muitas vezes polêmicos e que precisam de intervenção para que tenha um entendimento pacificado para aplicação nos Tribunais.

O ativismo judicial tem ocorrido em muitos casos como sendo a solução, infelizmente, para as lacunas deixadas pelos poderes Legislativos e Executivos, mesmo que na tripartição dos poderes realizadas pela Constituição Federal de 1988, onde ficou bem determinado qual é a função de cada Poder, ainda existem casos, acaba tendo que o Poder Judiciário toma as decisões para que os direitos fundamentais sejam respeitados, uma vez que é este o “guardião” constituinte.

⁵² Ibidem



10ª Jornada de Pesquisa e 9ª Jornada de Extensão do Curso de Direito

22

O controle constituinte e o pró-ativismo de juízes em muitos casos acabam indo de encontro com decisões dos outros poderes, retirando assim do Poder Judiciário o papel neutro para muitos assuntos. Muitas vezes o cidadão precisa que o Estado lhe forneça as mínimas garantias de acesso aos seus direitos fundamentais e também aos direitos coletivos. Contudo ao tomar determinadas decisões, o Poder Judiciário acaba por ferir garantias individuais duramente conquistadas ao longo dos anos, como a presunção de inocência.

Pode-se dizer que, em um Estado Democrático de Direito não se pode olvidar que, através das decisões do Poder Judiciário, deve-se assegurar que todo o cidadão possa exercer os seus direitos sociais e individuais. Contudo, compreende-se que com os crescentes casos de corrupção, o Supremo Tribunal Federal acabou ganhando uma visibilidade muito maior e acabam muitas vezes tomando decisões para se posicionar contra a corrupção e demonstrar efetividade.

Assim sendo, pode-se dizer que a decisão proferida no *Habeas Corpus* 126.292 consiste em um ativismo jurídico, pois além de dar um novo entendimento sobre a execução da pena, ainda fere um dos direitos fundamentais que é protegido pela Constituição Federal e que deveria o Supremo Tribunal Federal proteger, deixando assim a situação carcerária ainda mais caótica, diminuindo ainda a possibilidade que hoje é quase inexistente do Estado proporcionar a ressocialização do preso.

Acredito que o ativismo jurídico deve sim existir, contudo em uma escala muito pequena, para assuntos isolados, e que realmente sejam necessárias à intervenção na atuação frente aos demais Poderes. Uma vez que os poderes Executivo e Legislativo não conseguem dar uma resposta digna ao povo, contudo que este seja realizado em conformidade com as garantias individuais protegidas pela Constituição Federal, diferente do que ocorreu no caso estudado, em que o Supremo Tribunal Federal contrariou todas as normas existentes e adotou um novo entendimento ao caso.



10ª Jornada de Pesquisa e 9ª Jornada de Extensão do Curso de Direito

23

REFERÊNCIAS

- ABREU, João Paulo Pirôpo. **A autonomia financeira do Poder Judiciário: limites traçados pelo princípio da independência e harmonia dos Poderes**. Brasília: CEJ, 2013.
- AMB INFORMA. **Informativo da Associação dos Magistrados Brasileiros**. Ed. n.º 106. Brasília: Associação dos Magistrados Brasileiros, 2008.
- ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS. **Barômetro de Confiança nas Instituições Brasileiras**. Disponível em: <http://www.amb.com.br/portal/docs/pesquisa/barometro.pdf>. Acesso em: 03 nov 2017.
- BOTTINO, Thiago. **Problemas da decisão do STF sobre execução provisória da pena, Supremo mirou o que viu, mas acertou o que não viu**. Disponível em: <https://jota.info/colunas/supra/os-problemas-da-decisao-do-stf-sobre-execucao-provisoria-da-pena-18022016>. Acesso em: 01 out 2017.
- BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade democrática. Revista atualidade jurídicas – **Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB**. 4. ed.jan/fev 2009. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora-revistausers-revista-1234066670174218181901.pdf>. Acesso em 04 out 2017.
- BARROSO, Luis Roberto. Retrospectiva 2008 – judicialização, ativismo e legitimidade democrática. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, n. 18, abril/maio/ junho 2009, p. 5. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=344>. Acesso 01 out 2017.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1988.
- BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão no Habeas Corpus nº 126.292/SP. Relator: Teori Zavascki. Publicado no DJe de 17/02/2016



10ª Jornada de Pesquisa e 9ª Jornada de Extensão do Curso de Direito

24

BRASIL. **Ministério da Justiça**. Departamento Penitenciário Nacional. Levantamento nacional de informações penitenciárias INFOPEN – Jun/2014. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>. Acesso em: 05 nov 2017.

BRASIL, **Procuradoria Geral da República** - Ação direta de inconstitucionalidade 5.526/DF - Relator Ministro Edson Fachin Disponível em: <http://www.transparencia.mpf.mp.br/atuacao-funcional/consulta-judicial-e-extrajudicial-informando-o-codigo-C59A19B8.83674D93.C8705B72.4D3E0760>. Acesso em 05 nov 2017.

Brasil, **Supremo Tribunal Federal** - Inteiro Teor do Acórdão. HABEAS CORPUS 126.292 SÃO PAULO. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246> Acesso em 05 set 2017.

BRASIL, **Supremo Tribunal Federal** -ADPF 54 - Arguição de descumprimento de preceito fundamental – Relator Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=54&class e=ADPF&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em 05 nov 2017.
CABRAL, Marcelo Malizia. **Os meios alternativos de resolução de conflitos:** instrumentos de ampliação do acesso à justiça / Marcelo Malizia Cabral. – Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Departamento de Artes Gráficas, 2013.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**, 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ENGELMANN, Fabiano. **Judiciário e a produção do escândalo político**. Publicado em 13 de março de 2015. Disponível em: <http://jota.info/judiciario-e-a-producao-do-escandalo-politico>. Acesso em: 05 nov 2017.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia:** o guardião das promessas. 2. ed. Tradução Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

GERVASONI, Tássia Aparecida; LEAL, Monia Clarissa Henning. **Judicialização da política e ativismo judicial na perspectiva do Supremo Tribunal Federal**. Curitiba: Multideia, 2013.



10ª Jornada de Pesquisa e 9ª Jornada de Extensão do Curso de Direito

25

GOMES, Luiz Flávio. **O STF está assumindo um "ativismo judicial" sem precedentes?** Brasília: Conteúdo Jurídico, 2009. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.25162> Acesso em: 21 out 2017.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia:** entre facticidade e validade. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. v. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro 1997.

LOPES JR., Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal:** Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional. 2. ed. São Paulo: Saraiva Juris, 2015

FONSECA, Marcelo da. **Presidente do STF critica excesso de recursos que retarda a Justiça.** Disponível em: https://www.em.com.br/app/noticia/politica/2017/03/21/interna_politica,855878/presidente-do-stf-critica-excesso-de-recursos-que-retarda-a-justica.shtml Acesso em: 10 nov 2017.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Sou politicamente incorreto:** Não consigo adaptar-me a uma realidade em que descumprir a lei é motivo de aplausos. Disponível em: <http://opinio.estadao.com.br/noticias/geral,sou-politicamente-incorreto,70001681519>. Acesso em: 08 ago 2017.

NANCI, Luciana. A Produtividade do Poder Judiciário: O Governo é o principal responsável pela lentidão da Justiça. **Revista Consultor Jurídico**. São Paulo, maio 2005. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2005-mai-10/governo_principal_responsavel_lentidao_justica Acesso em: 23 ago 2017.

NALINI, José Renato. **A rebelião da toga**. Campinas: Millennium, 2006.

NUNES Junior, Amandino Teixeira - A constituição de 1988 e a judicialização da política no Brasil - **Revista de informação legislativa**, v. 45, n. 178, abr./jun. 2008

OLIVEIRA, Mariana. G1 Globo. **Justiça Federal determina prisão imediata de ex-senador Luiz Estevão.** <http://g1.globo.com/distrito-federal/noticia/2016/03/justica-federal-determina-prisao-imediata-de-luiz-estevao.html?noAudience=true> Acesso em: 10 set 2017.



10ª Jornada de Pesquisa e 9ª Jornada de Extensão do Curso de Direito

26

OST, François. **O tempo do direito**. Trad. Élcio Fernandes. Bauru, SP: Edusc, 2005,

PIRES, Nara S.S. **O ativismo judicial como forma de assegurar os direitos fundamentais face à crise da separação dos poderes**. Conpedi 2014. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos>. Acesso em 05 nov 2017.

REIS, Jorge Renato dos. **Constitucionalismo contemporâneo: desafios modernos**. Curitiba, Ed; Multideia. 2011.

SANTOS, Tiago Neiva. **Ativismo judicial: uma visão democrática sobre o aspecto político da jurisdição constitucional**. Revista de informação legislativa, v. 44, n. 173, p. 271-284, jan./mar. 2007.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. 2.ed.rev. 2.tir. Rio de Janeiro: Forense, 2004

STUMM, Raquel Denize. **Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro**. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1995.

TATE, Neal; VALLINDER, Torbjörn (org.). **The global expansion of judicial power**. New York, NY: New York Univ. Press, 1995.

TOCQUEVILLE, Aléxis de. **A democracia na América**. São Paulo: Edusp, 1977.

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

VIANNA, Luís Werneck (org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte. Editora UFMG, Rio de Janeiro. IUPERJ/FAPERJ, 2002.

VIEIRA, José Luiz Leal. **A Imagem do Judiciário**. Porto Alegre. Editora Dag – TJRS, 2009.



10ª Jornada de Pesquisa e 9ª Jornada de Extensão do Curso de Direito

27

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Poder Judiciário**: crise, acertos e desacertos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.