

ATIVISMO JUDICIAL PENAL E GARANTIAS PENAIS
CRIMINAL JUDICIAL ACTIVISM AND PENALTY GUARANTEES

<i>Recebido em: 01/08/2017</i>

<i>Aprovado em: 08/08/2017</i>

Chrislayne Aparecida Pereira de Figueiredo *

RESUMO: O presente artigo visa o estudo do ativismo judicial e sua relação com as garantias constitucionais penais, para tanto, há uma tentativa de definir um possível conceito de ativismo judicial e seus pontos críticos na seara penal. Para compreensão do tema, primeiro aborda-se a tripartição dos poderes no curso da história e seu tratamento jurídico constitucional no ordenamento jurídico brasileiro. Na sequência, o tema enfrentado é a constitucionalização das garantias fundamentais e o princípio da legalidade penal, pontos essenciais para os fins do Direito Penal. Após, um debate sobre o ativismo judicial e sua influência nas decisões judiciais brasileiras e ao final, a relação das decisões tidas como ativistas e as garantias constitucionais penais. Na sequência, reconhece-se que os Direitos e as Garantias Constitucionais atuam como limitadores dos poderes estatais, a sua afronta é um risco para a própria democracia, o seu caráter impositivo é sentido desde as primeiras linhas da Constituição Federal, que assegura eficácia imediata para os direitos e garantias fundamentais. Na última parte do trabalho reconhece que nem todas as decisões judiciais vanguardistas são frutos de ativismo judicial, em face da distinção entre ativismo positivo ou interpretações segundo a Constituição Federal e o ativismo judicial negativo, este marcado pelo subjetivismo e vontade do intérprete, condutor da insegurança jurídica. Nesta oportunidade foi utilizada a pesquisa bibliográfica e as legislações nacionais relativas à temática.

PALAVRAS-CHAVE: Garantias penais; Ativismo judicial; Constituição.

ABSTRACT: The present article aims at the study of judicial activism and its relation with the constitutional criminal guarantees, for which there is an attempt to define a possible concept of judicial activism and its critical points in criminal justice. To understand the theme, we first address the tripartition of powers in the course of history and its constitutional legal treatment in the Brazilian legal system. Subsequently, the issue

* Doutoranda no programa de Doutorado da FADISP – SP; Mestra em Direitos da Personalidade pelo Centro Universitário de Maringá – UNICESUMAR; Especialista em “Direito Civil e Direito Processual Civil” pelo ATAME; Graduada em Direito pela UNED – Diamantino (MT); Professora da Universidade do Estado de Mato Grosso – UNEMAT; Associada ao Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM; Associada ao Instituto Brasileiro de Direito Civil – IBDCivil; Advogada.

faced is the constitutionalisation of the fundamental guarantees and the principle of criminal legality, essential points for the purposes of Criminal Law. Afterwards, a debate about judicial activism and its influence on Brazilian judicial decisions and, in the end, the relation of the decisions taken as activists and the penal constitutional guarantees. In the sequence, it is recognized that Constitutional Rights and Guarantees act as limiters of state powers, their affront is a risk to democracy itself, its tax character is felt from the first lines of the Federal Constitution, which ensures immediate effectiveness for Fundamental rights and guarantees. In the last part of the paper, he acknowledges that not all avant-garde judicial decisions are the fruits of judicial activism, given the distinction between positive activism or interpretations according to the Federal Constitution and negative judicial activism, which is marked by subjectivism and the will of the interpreter, the driver of insecurity Legal basis. In this opportunity was used the bibliographical research and the national legislations related to the theme.

KEYWORDS: Criminal guarantees; Judicial activism; Constitution.

1 INTRODUÇÃO

Em tempos de turbulência política e social, com a ação do Direito Penal e Processual Penal sendo acompanhada diariamente, a atuação do Poder Judiciário fica em evidência e suas decisões são alvos de intensos debates, principalmente aquelas marcadas por expressivos graus interpretativos, chamado de ativismo judicial.

O tema discutido nesta oportunidade entra neste mundo de conflitos, de um lado o termo ativismo judicial recebe um sentido pejorativo, com ácidas críticas para o risco que representa para os Direitos e Garantias constitucionais penais e processuais penais e de outro lado, recebe os aplausos pela amplitude dada à matéria em julgamento.

No Estado Democrático e Social de Direito, com sua ordem jurídica formada pelo diálogo de preceitos legais com cláusulas abertas, fundantes e regentes da ordem jurídica penal, pilares sobre as quais assentam as interpretações jurídicas penais e outras de cunho restrito, com atuação limitada aos seus preceitos, o julgador exerce papel fundamental na concretização dos seus valores.

O problema surge quando as interpretações ultrapassam os limites outorgados pelo legislador, com interpretações distantes de fundamentações jurídicas.

Para o momento, pautado em referências bibliográficas e decisões judiciais do Supremo Tribunal Federal, em concisa explanação, estudar-se-á a relação entre o ativismo judicial e as garantias constitucionais penais e processuais penais.

De início tem-se necessário uma abordagem da tripartição dos poderes, para acompanhar a sua evolução no curso da história e seu tratamento jurídico constitucional na ordem jurídica brasileira.

Em seguida, com a constitucionalização das garantias fundamentais e o princípio da legalidade penal pretende-se fixar um conceito mínimo de garantias constitucionais e sua relação com os direitos fundamentais penais, destacando-se o princípio da legalidade, um dos pontos mais sensíveis e visíveis no ativismo judicial penal.

Com o estudo do ativismo judicial pretende-se acompanhar a sua evolução no contexto jurídico brasileiro, distinguindo o ativismo judicial positivo ou interpretação segundo a Constituição Federal e o ativismo judicial negativo, pontuando algumas decisões catalogadas como frutos do ativismo judicial penal.

Na última parte do artigo, com o estudo do ativismo judicial e as garantias constitucionais penais dará ênfase na órbita penal aos riscos de colocar o Réu, hipossuficiente da relação jurídica penal, a mercê de interpretações lançadas ao sabor do momento social vivido e distante dos lastros jurídicos.

2 A TRIPARTIÇÃO DOS PODERES

O termo poder, em linhas simplórias, pode ser compreendido como capacidade ou possibilidade de praticar alguma coisa, mandar, agir e no plano sociocultural, José Afonso da Silva (SILVA, 2005) apresenta a seguinte definição:

Um fenômeno sociocultural. Quer isso dizer que é fato da vida social. Pertencer a um grupo social é reconhecer que ele pode exigir certos atos, uma conduta conforme com os fins perseguidos; é admitir que pode nos impor certos esforços custosos, certos sacrifícios; que pode fixar, aos nossos desejos, certos limites e prescrever, às nossas atividades, certas formas. Tal é o poder inerente ao grupo, que se pode definir como uma energia capaz de coordenar e impor decisões visando à realização de determinados fins.

O poder político (LOCKE, 2015), cerne da teoria tripartite, é vital para a institucionalização do Estado, a quem cabe exercê-lo em prol da realização do bem comum, permitindo a convivência harmoniosa da sociedade sob a égide de uma ordem jurídica comum a todos. A concentração de poderes em mãos única revela-se arriscada para a coletividade, todos estão sujeitos aos mandos e desmandos do soberano.

Ao tratar da supressão do poder político da realeza, Numa Denis Fustel de Coulanges (COULANGES, 2006) resgata alguns relatos de situações onde ocorreu a minoração do poder do rei.

Nas épocas mais antigas – diz Aristóteles – os reis tinham poder absoluto na paz e na guerra; mas depois uns renunciaram por si mesmos a esse poder, outros deles foram privados à força, e não se confiou mais aos reis senão o cuidado dos sacrifícios. Plutarco diz o mesmo: “Como os reis se mostravam orgulhosos e severos no comando, a maior parte dos gregos privou-os do poder, deixando-lhes apenas o cuidado da religião”. Heródoto fala da cidade de Cirene, e diz: “Deixaram a Batos, descendente dos reis o cuidado do culto e a posse das terras sagradas, mas privaram-no de todo o poder que seus pais havia gozado”.

No Império Romano era visível à administração da cidade pela via do partilhamento de poderes, a religião ditava o ritmo da vida, por conseguinte, o Imperador tinha poderes sacerdotais e o poder político era compartilhado pelas Assembleias Centurias, Senado e Tribuna da Plebe. O reflexo da evolução social de Roma reflete diretamente na construção do seu sistema jurídico, como retrata Thomas Marky (MARKY, 1955):

Na época pós-clássica, de organização política monárquica absoluta (284 d.C. – 565 d.C.), a única fonte de direito era, praticamente, a vontade do imperador, expressa em suas constituições. O conjunto de regras de direito por ele ditas chamou-se de *leges*; em contraposição ao direito elaborado pelos pareceres dos jurisconsultos da época clássica, cuja importância jurídica e validade os imperadores o reconheceram e que se denominou *iura*. As compilações pós-clássicas, culminando com as de Justiniano (527 d.C – 565 d.C.), continham justamente *leges* e *iura*. O Código de Justiniano compõe-se das constituições imperiais. O Digesto é uma coleção de fragmentos das obras e pareceres dos jurisconsultos clássicos.

Em 1215, com o advento da Magna Carta, na Inglaterra, apresentaram-se elementos essenciais do constitucionalismo moderno: a limitação do poder do Estado e alguns direitos fundamentais assegurados ao povo. Desde então, as Constituições escritas sempre tiveram

algum traço da separação dos poderes. O que mudava era o grau das distribuições de competência, as normas de organização e funcionamento do Estado e também os Direitos Fundamentais (MACHADO, 2008).

A partilha do poder é leitura comum nas bandeiras da liberdade, igualdade e fraternidade, valores surrupiados com a tirania do poder. A Revolução Francesa tem os seus fundamentos na obra “O Contrato Social”, de Jean Jacques Rousseau, onde o autor procura equilibrar, principalmente em termos de liberdade, o interesse comum e aquele de cunho pessoal:

Por esse contrato, o homem cede ao Estado parte de seus direitos naturais, criando assim uma organização política com vontade própria, que é a vontade geral. Mas dentro dessa organização, cada individuo possui uma parcela do poder, da soberania, e, portanto, recupera a liberdade perdida em consequência do contrato social(ROUSSEAU, 1952).

Outra fonte de inspiração para o movimento revolucionário da França foi a teoria tripartite defendida por Charles-Louis de Secondant, o “Barão de Montesquieu”, que consiste no compartilhamento dos poderes do Estado em três esferas de poder: o legislativo, o executivo e judiciário.

Na visão de Montesquieu, segundo tradução de Pedro Vieira Mota (MONTESQUIEU, 2000), todo homem que tem o poder é levado a abusar dele, a tarefa de legislar, administrar e julgar em conformidade com as normas legais vigentes não pode concentrar-se no mesmo homem.

Estaria tudo perdido se um mesmo homem, ou um mesmo corpo de principais ou nobres, ou do Povo, exercesse esses três poderes: o de fazer as leis; o de executar as resoluções públicas; e o de julgar as os crimes ou as demandas dos particulares.

A teoria tripartite apregoada por Montesquieu não foi uma construção jurídica edificada a partir da obra “O Espírito das Leis”, de 1.748, apesar de ser literatura referencial da matéria, a gênese da teoria da separação dos poderes encontra-se em Platão e Aristóteles.

Um dos primeiros pensadores a conceber a desconcentração do poder foi Platão, defendendo uma doutrina sustentada no equilíbrio, idealizando a *polis* perfeita, com a

pretensão de organizar a cidade de forma a conserva-la estável e ordenada. Esta concepção de uma ordem justa, equânime e harmônica dependia basicamente da divisão do trabalho e do estabelecimento de leis.

(...) Platão estabelecia três atividades fundamentais para a cidade: a produção, garantida pelos artesãos; a defesa, garantida pelos soldados; e a administração interna pelos guardiães [...], defendia que era preciso descobrir, em cada indivíduo, sua predisposição dominante para que se lhe pudesse atribuir sua função, seu papel na *polis* e, assim, garantir sua felicidade, o bem-estar e a justiça da polis (ANDERY, 2007)

Na sua obra, “A Política” (ARISTÓTELES, 2016), Aristóteles isolou três tipos distintos de atos estatais, quais sejam: o ato deliberativo, o executivo e os atos judiciais.

Em todo governo, existem três poderes essenciais, cada um dos quais o legislador prudente deve acomodar da maneira mais conveniente. Quando estas três partes estão bem acomodadas, necessariamente o governo vai bem, e é das diferenças entre estas partes que provêm as suas.

O primeiro destes três poderes é o que delibera sobre os negócios do Estado.

O segundo compreende todas as magistraturas ou poderes constituídos, isto é, aqueles de que o Estado precisa para agir, suas atribuições e a maneira de satisfazê-las.

O terceiro abrange os cargos de jurisdição.

A independência e a funcionalidade dos poderes não foram tratadas por Aristóteles, somente veio ocorrer tempos depois, a partir do fortalecimento do próprio Estado. Apesar da lucidez do compartilhamento do poder lecionado por Aristóteles, o seu pensamento não impediu a concentração do poder em mãos déspotas e tiranas no curso da história, principalmente nos tempos do absolutismo. A frase atribuída a Luiz XIV, “*L’état c’est moi*” (O Estado sou eu), reflete claramente a concentração do poder ilimitado nas mãos dos monarcas.

A funcionalidade dos poderes é tratada por Locke, na obra “O Segundo Tratado do Governo Civil”, onde o poder é partilhado apenas entre os poderes legislativo e executivo e faz referência a um terceiro poder, denominado poder federativo, com competência para fazer a guerra e a paz, ligas e alianças, e todas as transações com todas as pessoas e todas as comunidades que estão fora da comunidade civil. Ainda não se fala em independência e

harmonia entre os poderes, para Locke, o poder legislativo está em um plano de superioridade.

Em todo caso, enquanto o governo subsistir, o legislativo é o poder supremo, pois aquele que pode legislar para um outro lhe é forçosamente superior; e como esta qualidade de legislatura da sociedade só existe em virtude de seu direito de impor a todas as partes da sociedade e a cada um de seus membros leis que lhes prescrevem regras de conduta e que autorizam sua execução em caso de transgressão, o legislativo é forçosamente supremo, e todos os outros poderes, pertençam eles a uma subdivisão da sociedade ou a qualquer um de seus membros, derivam dele e lhe são subordinados (LOCKE, 2015).

Embora a obra de Locke não aborde explicitamente a harmonia entre os poderes, as ideias de divisão e equilíbrio das funções do poder se faz presente. O Executivo deve estar subordinado ao Legislativo e o aplicador da lei deve ater-se aos limites legais,

A humanidade estará em uma condição muito pior do que no estado de natureza se armar um ou vários homens com o poder conjunto de uma multidão para forçá-los a obedecer os decretos exorbitantes e ilimitados de suas ideias repentinas, ou a sua vontade desenfreada e manifestada no último momento, sem que algum critério tenha sido estabelecido para guiá-los em suas ações e justificá-las. Pois todo o poder que o governo detém, visando apenas o bem da sociedade, não deve seguir o arbitrário ou a sua vontade, mas leis estabelecidas e promulgadas; deste modo, tanto o povo pode conhecer seu dever e fica seguro e protegido dentro dos limites da lei, quanto os governantes, mantidos dentro dos seus devidos limites, não ficarão tentados pelo poder que detêm em suas mãos e não o utilizarão para tais propósitos nem por medidas desconhecidas do povo e contrárias a sua vontade.

O mérito de Montesquieu foi à sistematização dos poderes em três esferas, independentes e harmônicas, quais sejam: O Poder Legislativo; Executivo e o Poder Judiciário. Ao primeiro corresponderia o poder de fazer as leis; ao segundo a prerrogativa de julgar as demandas e conflitos entre particulares, e ao terceiro, a aplicação das leis e resoluções geradas pelo segundo, bem como resolução das ações prontas, devendo sempre se ater ao que está disposto na lei.

Além da desconcentração do poder, Montesquieu associou a separação de poderes ao conceito de liberdade e direitos fundamentais. O poder é uno e indivisível e a sua correta aplicação exige o partilhamento da competência entre os três poderes estatais.

Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de Magistratura, o Poder Legislativo é reunido ao Executivo, não há liberdade. Porque pode temer-se que

o mesmo Monarca ou mesmo o Senado faça leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Também não haverá liberdade se o Poder de Julgar não estiver separado do Legislativo e do Executivo. Se estivesse junto com o Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário: pois o Juiz seria o Legislador. Se estivesse junto com o Executivo, o Juiz poderia ter a força de um opressor. Estaria tudo perdido se um mesmo homem, ou um mesmo corpo de principais ou nobres, ou do Povo, exercesse estes três poderes: o de fazer as leis; o de executar as resoluções públicas; e o de julgar os crimes ou as demandas dos particulares(MONTESQUIEU, 2000).

As diferenças básicas entre Locke e Montesquieu são: Para o primeiro, o poder é partilhado entre o legislativo e o executivo, com o poder de legislar em posição superior e ainda admite a existência do poder federativo. Para Montesquieu há uma interpenetração e interdependência de funções entre o Executivo, o Legislativo e o Judiciário e este aceita a autonomia da função judiciária, ideia descartada por Locke. O ponto comum entre os pensadores é o partilhamento do poder.

A ruptura jurídica e social patrocinada pela Revolução Francesa colocou a tripartição dos poderes no centro da gestão do Estado, retirando-a das mãos do absolutismo e compartilhando-a em poder legislativo, executivo e judicial, ideia presente no art. 16 da “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão”: “[...] toda sociedade, onde a garantia dos direitos não esteja assegurada nem a separação de poderes determinada, não possui constituição”.

Na visão contemporânea, a independência dos poderes não significa cada um por si, afinal, o poder é uno e indivisível, para Norberto Bobbio (BOBBIO, 1987), a separação dos poderes quer dizer não que os três poderes devam ser reciprocamente independentes, mas que se deve excluir que quem possua todos os poderes de um determinado setor possua também todos os poderes de um outro, de modo a subverter o princípio sobre o qual se baseia uma constituição democrática, e que portanto é necessária uma certa independência entre os três poderes para que a cada um seja garantido o controle constitucional dos demais.

2.1 A TRIPARTIÇÃO DOS PODERES NAS CONSTITUIÇÕES FEDERAIS BRASILEIRAS

O modelo de governo apregoado por Montesquieu esteve presente em todas as Constituições Federais brasileiras, mas, de diferentes formas.

Na Constituição do Império, de 1.824 (BRASIL, 2016), segundo o artigo 10, “*os Poderes Políticos reconhecidos pela Constituição do Imperio do Brazil são quatro: o Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo, e o Poder Judicial*”. A concentração dos poderes nas mãos do imperador, no exercício do poder moderador deturpava a teoria tripartite de Montesquieu, com nítido resquício do absolutismo.

A ruptura do tecido político e social provocada pela Proclamação da República exigiu nova Carta Constitucional. A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1891 (BRASIL, 2016), assume a fórmula de Montesquieu e segundo o artigo 15, “*São órgãos da soberania nacional o Poder Legislativo, o Executivo e o Judiciário, harmônicos e independentes entre si*”. O Poder Judiciário mereceu atenção especial, com a criação do Supremo Tribunal Federal, a Justiça Federal e Estadual, e a implantação do Controle de Constitucionalidade difuso e concentrado.

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, 1934 (BRASIL, 2016) mantém a teoria tripartite na forma do artigo 3º, “*são órgãos da soberania nacional, dentro dos limites constitucionais, os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, independentes e coordenados entre si*”. O Poder Judiciário foi novamente prestigiado, com a criação das Justiças Eleitoral e Trabalhista.

O Presidente Getúlio Vargas outorga a Constituição dos Estados Unidos do Brasil (BRASIL, 2016), de 1937, supostamente atendendo “*às legítimas aspirações do povo brasileiro à paz política e social, profundamente perturbada por conhecidos fatores de desordem, resultantes da crescente a gravação dos dissídios partidários, que, uma, notória propaganda demagógica procura desnaturar em luta de classes, e da extremação, de conflitos ideológicos, tendentes, pelo seu desenvolvimento natural, resolver-se em termos de violência, colocando a Nação sob a funesta iminência da guerra civil*”.

A teoria tripartite foi novamente desvirtuada, o Poder Executivo passou a exercer significativa supremacia aos demais poderes, a tripartição dos poderes era apenas formalmente descrito na norma Constitucional. A concentração dos poderes no chefe do

executivo o permitia, a título de exemplo, dissolver o Congresso Nacional e legislar sobre todas as matérias de competência da União, enquanto o Congresso não se reunisse.

O ano de 1945 foi marcante para o mundo, com o fim da Segunda Guerra Mundial e para o Brasil, em face da deposição de Getúlio Vargas, eventos de profundas transformações sociais, políticas e jurídicas.

A Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 1946, ficou conhecida como redemocratizadora por restabelecer a democracia após o fim da ditadura do Estado Novo. As marcas apaziguadoras estão no amplo tratamento dado aos direitos e garantias individuais. O pacto federativo foi reconstruído com o restabelecimento do equilíbrio entre os poderes executivo, legislativo e judiciário.

A ditadura militar iniciada com o golpe militar de 1964 abre uma nova e triste página na história da tripartição dos poderes no Brasil. A Constituição da República Federativa do Brasil, de 1967, foi outorgada para legitimar o golpe de 1964 e novamente as lições da teoria tripartite foram corrompidas, com fortalecimento do poder executivo, concentrado nas mãos dos militares.

Apesar do artigo 6º prever que “*são Poderes da União, independentes e harmônicos, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário*” (BRASIL, 2016), na prática o Presidente da República fechou temporariamente o Congresso Nacional e cassou juízes e ministros do Supremo Tribunal Federal, em flagrante submissão dos demais poderes ao Poder Executivo.

O processo de abertura política do País foi encerrado com a promulgação da Constituição Federal de 1988, enterrando definitivamente o turbulento período de ditadura militar. A tripartição dos poderes volta a formula de Montesquieu, o artigo 2º (BRASIL, 2016) define que “*são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário*” e todos tem um objetivo em comum: a concretização dos direitos e garantias fundamentais.

Partindo da premissa de que o poder estatal é uno, indivisível e indelegável, a leitura sistêmica do artigo 2º, da Constituição Federal de 1988, compreende a expressão “*Poderes da União, independentes e harmônicos entre si*”, como o exercício das funções a

serem cumpridas pelos órgãos do governo brasileiro, que basicamente são três: a legislativa, a executiva e a jurisdicional, exercendo as suas funções típicas e atípicas, como observa Zulmar Fachin (FACHIN, 2013):

Cada poder exerce a função típica e, também, funções atípicas. São funções típicas: legislar (Poder Legislativo), governar (Poder Executivo) e julgar (Poder Judiciário). Todavia, cada poder pratica atos que não são típicos de sua tarefa primordial. O Legislativo julga (processo impeachment); o Executivo legisla (medidas provisórias, leis delegadas); o Judiciário administra (nomeia o servidor público). Exercem, portanto, funções atípicas.

É preciso destacar, não se trata de exercício de funções atípicas de acordo com a conveniência do operador estatal, o campo de atuação dos poderes do Estado é previamente delimitado na Constituição Federal. Neste caso, o exercício de uma função atípica por um dos poderes do Estado resume-se à observação da prévia autorização legislativa para a missiva.

A crítica mais contundente ao ativismo judicial recai exatamente sob o risco para harmonia e independência dos poderes do Estado, com possibilidades de interpretação dos subjetivistas dos direitos e garantias fundamentais.

3 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DAS GARANTIAS FUNDAMENTAIS E O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE PENAL

O termo garantia evoca o sentido de segurança, proteção, acautelamento, tutela e no âmbito jurídico, o termo não perde estes significados, apenas está conectado à idéia de proteção dos direitos fundamentais contra o abuso e/ou a violência perpetrada pelo Estado ou pelo particular.

Sob a ótica constitucional, garantia é a referência dada aos múltiplos mecanismos de tutela dos Direitos fundamentais fundados na dignidade da pessoa humana. Todo poder tende a ser autoritário e precisa de limites e controles. Então, as garantias constitucionais são verdadeiros *protetores* contra o (ab)uso do poder estatal (BADARÓ, 2007).

Estabelecidos os direitos fundamentais do indivíduo, devem ser igualmente, estatuídos as garantias a eles correspondentes, a fim de preservá-los e tutelá-los mediante

atuações judiciais, tanto quanto possível, rápidas, prontas e eficazes (TUCCI, 1993). De nada adiantaria a Constituição catalogar um rol de direitos fundamentais e não disponibilizar qualquer meio de assegurar o uso, gozo ou obtenção que se constitui em direito individual ou coletivo. Heráclito Antônio Mossin (MOSSIN, 2014) procura distinguir Direitos Fundamentais e Garantias Fundamentais:

No âmbito constitucional, os direitos fundamentais, de maneira ampla, revelam os bens e as vantagens previstos no Diploma Magno, que se traduzem nas liberdades nele expostas como regra básica e fundamental, indeclinável à própria existência da dignidade humana.

Diante disso, é forçoso convir, e isso é uma realidade intransponível, que a Constituição Federal alberga em seu seio uma gama imensa de direitos que visam à proteção individual e à própria personalidade do indivíduo.

Por seu turno, as garantias fundamentais exercem função de segurança, ostentando o caráter de instrumentalidade, cujo fim é fazer com que os precitados direitos sejam devidamente gozados pelos indivíduos que deles são destinatários.

A aquisição jurídica e social dos direitos e das garantias fundamentais como instrumento constitucional de proteção dos bens e das liberdades fundamentais é fruto da evolução histórica da constitucionalização do direito.

Até a idade média, o poder do rei era quase ilimitado e fundado em poderes divinos, com possibilidade de condutas desumanas contra os seus súditos. A Revolução Francesa encerra o absolutismo e traz como legado o Estado Liberal, com lemas de liberdade, igualdade e fraternidade, para fins de assegurar as bandeiras, surge o interesse de proteção dos direitos fundamentais, levado a efeito com a Declaração Universal dos Direitos do Cidadão, de 1789.

Para o Estado Liberal, a promoção da liberdade jurídica colocava o Estado à margem das relações jurídicas, a autonomia individual era suficiente para regular os interesses do indivíduo e da sociedade, onde todos os indivíduos eram iguais perante a lei.

A mudança jurídica e social exigia um instrumento jurídico com força suficiente para a proteção dos patrimônios e dos interesses da burguesia e a própria incolumidade da vida, necessitava de proteção contra os ataques do Estado e a Lei cumpria esse papel de fortalecimento do Estado Liberal. Carlos Mário da Silva Velloso (VELLOSO, 2008) faz o

seguinte registro a respeito do papel da constituição e sua relação com a Revolução Francesa:

A Constituição surge, pois, como limitadora do poder estatal e a divisão dos poderes preconizada por Montesquieu visou a proteger os direitos da pessoa humana, cumprindo à Constituição realizar a combinação da separação dos poderes e dos direitos individuais para o fim de efetivar a tutelas destes. Daí a ênfase posta pelo revolucionário francês no art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1.789: “Toda sociedade na qual a garantia dos direitos não é assegurada nem a separação dos poderes determinada não tem Constituição”.

Neste momento histórico, cabe ao Direito Constitucional disciplinar a organização, acesso e exercício do poder político, remetendo todo o universo restante das relações sociais ao direito infraconstitucional, oferecendo a tutela constitucional ao estabelecer a separação dos poderes, disciplinando, assim, a produção normativa; daí a constituição desempenha o papel de norma de produção das normas (JUCÁ, 2015). São tempos de divisão jurídica entre o direito público, destinado aos interesses do Estado e o direito privado.

O final do século XIX vive dias de progresso, com a força da Revolução Industrial, a produção de bens abandona as clássicas produções artesanais e passa por processo de automação, com adesão de novas tecnologias, o emprego do aço, a utilização da energia elétrica e dos combustíveis derivados do petróleo, a invenção do motor a explosão, da locomotiva a vapor e o desenvolvimento de produtos químicos.

Diante do novo cenário, torna-se insustentável o modelo liberal, o desnível social impedia os indivíduos desafortunados a viver as delícias dos direitos conquistados pela Revolução Francesa. No início do século XX percebeu-se que as garantias dos direitos individuais não bastavam. Havia necessidade de garantir também o seu exercício (BREGA, 2002). Paulo Bonavides (BONAVIDES, 1996) faz interessante reflexão sobre a linha limítrofe entre o Estado Liberal e o Estado Social.

À medida, porém, que o Estado tende a desprender-se do controle burguês de classe, e este se enfraquece, passa ele a ser, consoante as aspirações de Lorenz von Stein, o Estado de todas as classes, o Estado fator de conciliação, o Estado mitigador de conflitos sociais e pacificador necessário entre o trabalho e o capital. Nesse momento, em que se busca superar a contradição entre a igualdade

política e a desigualdade social, ocorre, sob distintos regimes políticos, importante transformação, bem que ainda de caráter superestrutural. Nasce, aí, a noção contemporânea do Estado Social.

Na seara jurídica, tanto o Estado Liberal como o Estado Social renderam conquistas para os Direitos e as Garantias Fundamentais, permitindo a ampliação da proteção do Homem, inicialmente contra a opressão do Estado e evolui para estender a proteção nas relações privadas.

Se no Estado Liberal havia o primado do privado sobre o público, seja pelo predomínio da "liberdade dos modernos" sobre a "liberdade dos antigos", seja em razão do respeito não apenas ao sacrossanto espaço da autonomia individual, mas também ao livre jogo das forças do mercado, no Estado Social invertem-se os termos desta equação. O primado do público sobre o privado no Estado Social expressa-se pelo aumento da intervenção estatal e pela regulação coativa dos comportamentos individuais e dos grupos intermediários (SARMENTO, 2004).

A Segunda Guerra Mundial obriga uma reflexão a respeito dos Direitos e das Garantias Fundamentais, à fúria nazista destrói os valores enaltecidos pela dignidade humana e com restabelecimento da paz torna-se imprescindível adotar medidas para evitar uma reprise da maldade.

Em resposta ao massacre nazista tem-se uma reação jurídica universal, com positivações do princípio da dignidade humana em diversas normas, com destaque para a Declaração dos Direitos Humanos (1948), a Lei Fundamental de Bonn (1949), a Constituição Italiana (1947) e mais tarde outros países aderem à codificação, como Portugal (1976) e Espanha (1978), culminando, no Brasil, com a “Constituição Cidadã”, de 1988.

Cabe ao Estado à missão de efetivar os valores emanados da Constituição Federal na intimidade social e colocar os pontos em seus devidos lugares, principalmente o homem como destinatário da ordem jurídica.

O Estado existe para o indivíduo e não o oposto: *omne jus hominum causa introductum est*. De sorte que ele só pode ser concebido como garantidor da liberdade/dignidade do homem. É meio e não fim. Frise-se: o fim do Estado é tão somente o homem. O Estado é apenas um meio para o fim que constitui o homem. O homem – sua personalidade – se situa no centro de toda a ordem e



atividade estatal, cumprindo ao poder público garantir e proteger sua dignidade (PRADO, 2014).

Desta feita, considerada a infração penal como a violação de bem juridicamente tutelado por legislação específica, que não só lesa ou ameaça lesar direitos individuais, mas afeta, também, a harmônica convivência comunitária, incumbe ao Estado à restauração da ordem jurídica por ela atingida, de sorte a restabelecer, simultaneamente, a paz social, assecuratória da segurança pública (TUCCI, 1993).

A resposta do estado à instabilidade social trazida pela prática da infração penal deve ser no limite do princípio da legalidade, na medida em não há crime, nem pena ou medida de segurança (sanção penal) sem prévia lei (*stricto sensu*), segurança jurídica extraída do artigo 5º, XXXIX, da Constituição Federal. Luiz Regis Prado (PRADO, 2014) aponta os axiomas garantistas decorrentes do princípio da legalidade:

Os axiomas garantistas decorrentes da legalidade penal são assim relacionados: *nulla poena sine crimine; nullum crimen sine lege; nulla lex (poenalis) sine necessitate; nulla necessitas sine iniuria; nulla iniuria sine actione; nulla actio sine culpa; nulla culpa sine iudicio; nullum indicium sine accusatione; nulla accusatio sine probatione e nulla probatio sine defensione*¹.

Concebida formalmente a infração penal, torna-se exigível e inafastável a anterioridade de lei que o defina, não havendo lugar para qualquer atuação arbitrária dos poderes estatais, com evidente restrição à justiça material, no sentido de que condutas danosas ao bem jurídico não sejam punidas porque não estão descritas em lei penal (TUCCI, 1993).

Luiz Regis Prado (PRADO, 2014) destaca que Beccaria já defendia em sua obra *Dei Delitti e Delle Pene* (1764), que só as leis podem fixar as penas de cada delito e que o direito de fazer leis penais não pode residir senão na pessoa do legislador, que representa toda a sociedade unida por um contrato social.

¹ Tradução livre: “Sem lei não há ação; Não há crime sem lei (anterior que o defina); não há lei penal sem necessidade; não há necessidade sem ofensa; não há ofensa sem ação; não há ação sem culpa; A culpa há de ser verificada em regular juízo; não há processo sem acusação; não há acusação sem provas e não há prova sem defesa”.

Neste tom, a função específica das garantias do Direito Penal, na realidade não é tanto permitir ou legitimar, mas, sobretudo condicionar ou vincular e, portanto, deslegitimar o exercício absoluto da potestade punitiva. Então se caracterizam como verdadeiros mandamentos, prescrições, são modelos normativos ou deônticos [de conduta](PRADO, 2014)

O Estado Democrático e Social de Direito tem as suas raízes penetradas na dignidade da pessoa humana, para assegurar a liberdade individual em todos os seus planos, com a efetiva proteção dos bens jurídicos tutelados. A instrumentalização trazida pelas garantias fundamentais permite a convivência harmônica entre os interesses emanados da seara penal e a proteção dos bens jurídicos e das liberdades fundamentais ao ser humano.

4 O ATIVISMO JUDICIAL

As liberdades pessoais e institucionais trazidas pela Constituição Federal de 1988 contribuíram para o fortalecimento do Poder Judiciário e cada vez mais, o Órgão Judicante é chamado para dirimir conflitos de interesses e complexidades relevantes. Para o crescimento deste movimento denominado judicialização atribui-se uma confluência de causas múltiplas, com fatores políticos, jurídicos e sociais.

No caso do Estado brasileiro, a grande contribuição foi à redemocratização consolidada com a atual Constituição Federal, o ambiente de estabilidade jurídica e social trazida pela nova ordem constitucional estimulou a busca de respostas dos conflitos sociais pelo exercício do Direito de petição, em um fortalecimento do nível de consciência dos papéis a serem exercidos pelos juízes e tribunais.

Nesse mesmo contexto, deu-se a expansão institucional do Ministério Público, com aumento da relevância de sua atuação fora da área estritamente penal, bem como a presença crescente da Defensoria Pública em diferentes partes do Brasil. Em suma: a redemocratização fortaleceu e expandiu o Poder Judiciário, bem como aumentou a demanda por justiça na sociedade brasileira (BARROSO, 2016).

Outra causa relevante para judicialização foi a constitucionalização do Direito, Virgílio Afonso da Silva entende como a “irradiação dos efeitos das normas (ou valores) constitucionais aos outros ramos do direito” (SILVA, 2005).

Com o Direito Penal não foi diferente, a partir da Constituição Federal de 1988, a leitura, interpretação e aplicação da ordem jurídica penal é obrigatória pelas lentes da dignidade humana e todos os princípios constitucionais.

A constitucionalização do Direito, por sua vez, está associada a efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico. Os valores, fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional. Nesse ambiente, a Constituição passa a ser não apenas um sistema em si — com sua ordem, unidade e harmonia —, mas também um modo de olhar e interpretar todos os ramos do Direito. A constitucionalização do direito infraconstitucional não tem como sua principal marca a inclusão na Lei Maior de normas próprias de outros domínios, mas, sobretudo, a reinterpretação de seus institutos com base em uma ótica constitucional (BARROSO, 2015).

Com o fortalecimento institucional e a crescente judicialização, o Poder Judiciário deixa de ser um poder coadjuvante e passa a protagonista na construção do Direito, a cor preta da toga técnica-jurídica é pintada com as cores da atuação ativa, autônoma, dinâmica e vibrante da interpretação lógico-jurídica nos casos marcados pelas polêmicas e de repercussões sociais.

Como já é de esperar, casos polêmicos tem decisões polêmicas e questionáveis, principalmente quando decididas pela Corte Suprema.

A Constituição Federal de 1988 colocou o Supremo Tribunal Federal no ápice da estrutura jurisdicional, com a missão de “Guardião Constitucional”, última fronteira de defesa da ordem jurídica constitucional, refletindo muitas vezes em inquietações das suas decisões, em face do alcance e da força das respostas apresentadas pelo Poder Judiciário e especialmente pela Suprema Corte.

A este conflito dá-se o nome de Ativismo Judicial e caracteriza-se pelas decisões judiciais que impõem obrigações, sem, contudo, haver previsão legal expressa. Em outras palavras, segundo o ativismo judicial, o Poder Judiciário estaria ultrapassando os limites

concedidos pela ordem jurídica. Em uma abordagem histórica acerca do Ativismo Judicial, Luís Roberto Barroso (BARROSO, 2016) apresenta a seguinte definição:

Ativismo judicial é uma expressão cunhada nos Estados Unidos e que foi empregada, sobretudo, como rótulo para qualificar a atuação da Suprema Corte durante os anos em que foi presidida por Earl Warren, entre 1954 e 1969. Ao longo desse período, ocorreu uma revolução profunda e silenciosa em relação a inúmeras práticas políticas nos Estados Unidos, conduzida por uma jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais (...) Todavia, depurada dessa crítica ideológica – até porque pode ser progressista ou conservadora – a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes.

Segundo, João Carlos Medeiros de Aragão (ARAGÃO, 2013), há, entretanto, entendimentos contrários ao exposto, que afirmam ter o termo “ativismo judicial” sido usado desde o final do século XIX (Franz Klein, em 1901, proferiu palestra na qual justificou o protagonismo dos juízes no deslinde de algumas questões). Anos depois, recebeu destaque, pela imprensa, na Bélgica, em 1916, embora sua legitimação se deva aos EUA, mediante o comportamento da Suprema Corte no julgamento de alguns casos.

O dinamismo das transformações sociais muitas vezes não é acompanhado com a merecida atenção pelo Poder Legislativo, abrindo-se as portas para as lacunas legislativas, especialmente para as questões marcadas por polemicas. Quando estas demandas deságuam no Poder Judiciário, o Órgão Judicante se vê forçado a encontrar uma resposta jurídica, nem sempre satisfatória para todas as partes. Luís Roberto Barroso justifica (BARROSO, 2016) e aponta as formas de manifestação do ativismo judicial:

A ideia de *ativismo judicial* está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. 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.

Elival da Silva Ramos (RAMOS, 2010) também discorre sobre o assunto informando que a problemática do Ativismo judicial envolve pelo menos três questões, a saber: “o exercício do controle de constitucionalidade; a existencia de omissões legislativas e o caráter de vagueza e ambiguidade do Direito”.

Acrescenta ainda que a problematização do Ativismo Judicial traz como pano de fundo uma busca pela legitimidade do controle de constitucionalidade que, para ele, ocorre por uma via externa, de modo que “o que caberia discutir é se o modelo de Estado Constitucional de Direito escolhido pelo Constituinte seria o mais adequado para implantar uma democracia”. Clarissa Tassinari (TASSINARI, 2012) aponta algumas perspectivas de abordagem do ativismo judicial:

Assim, em meio à dificuldade de se definir o ativismo judicial, mas, em contrapartida, com a existência de diversos entendimentos sobre a temática, em uma tentativa de sistematizar as concepções existentes, é possível elencar, por exemplo, algumas perspectivas de abordagem: *a)* como decorrência do exercício do poder de revisar (leia-se, controlar a constitucionalidade) atos dos demais poderes; *b)* como sinônimo de maior interferência do Judiciário (ou maior volume de demandas judiciais, o que, neste caso, configuraria muito mais a judicialização); *c)* como abertura à discricionariedade no ato decisório; *d)* como aumento da capacidade de gerenciamento processual do julgador, dentre outras.

As polêmicas não se resumem apenas aos espinhosos temas enfrentados pelo Poder julgante, o próprio ativismo judicial é recebido com muitas reservas pela doutrina. Para os críticos, a harmonia constitucional entre os Poderes Republicanos estará comprometida com as decisões lançadas sem o expreso lastro jurídico ou distantes dos preceitos legais e por magistrados desprovidos de representatividade política e carente de legitimidade democrática.

O cerne do ativismo está na interpretação dos fatos sob o ponto de vista constitucional e muitas vezes, as respostas estão lastreadas nos princípios e suas cláusulas abertas, com a aplicação da hermenêutica dos valores constitucionais pela ponderação de interesses, técnica de composição das tensões entre princípios constitucionais.

Para os críticos, a atribuição de peso pela ponderação é marcada pelo subjetivismo do intérprete e neste ponto Daniel Souza Sarmento (SARMENTO, 2007) faz dura crítica à “euforia” e os deslumbres vivido pelos juízes, diante da amplitude dos princípios.

Acontece que muitos juízes, deslumbrados diante dos princípios e da possibilidade de através deles, buscarem a justiça – ou que entendem por justiça -, passaram a negligenciar no seu dever de fundamentar racionalmente os seus julgamentos. Esta "euforia" com os princípios abriu um espaço muito maior para o decisionismo judicial. Um decisionismo travestido sob as vestes do politicamente correto, orgulhoso com seus jargões grandiloquentes e com a sua retórica inflamada, mas sempre um decisionismo. Os princípios constitucionais, neste quadro, converteram-se em verdadeiras "varinhas de condão": com eles, o julgador de plantão consegue fazer quase tudo o que quiser. Esta prática é profundamente danosa a valores extremamente caros ao Estado Democrático de Direito. Ela é prejudicial à democracia, porque permite que juízes não eleitos imponham a suas preferências e valores aos jurisdicionados, muitas vezes passando por cima de deliberações do legislador.

Segundo Luís Roberto Barroso (BARROSO, 2016), as críticas ao ativismo judicial se concentram nos riscos para a legitimidade democrática, na politização indevida da justiça e nos limites da capacidade institucional do Judiciário e consciente dos riscos faz o seguinte alerta:

O ativismo judicial, até aqui, tem sido parte da solução, e não do problema. Mas ele é um antibiótico poderoso, cujo uso deve ser eventual e controlado. Em dose excessiva, há risco de se morrer da cura. A expansão do Judiciário não deve desviar a atenção da real disfunção que aflige a democracia brasileira: a crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo. Precisamos de reforma política. E essa não pode ser feita por juízes.

O Supremo Tribunal Federal é sempre mencionado doutrinariamente como sendo o grande personagem do ativismo jurídico, a postura ativista pode ser encontrada em reiteradas decisões, apesar de reconhecer a ausência de função precípua do legislador, como se vê na sua súmula 339 (BRASIL.STF, 2016), como no caso da sentença em que a Suprema Corte assentou o entendimento de que os mandatos políticos - no Legislativo ou no Executivo - pertencem aos partidos, razão por que haverão de perdê-los todos quantos abandonarem as suas legendas, seja trocando de partido, seja simplesmente desligando-se, sem justa causa, da agremiação pela qual se elegeram.

Na seara penal também é possível vislumbrar alguns julgamentos marcados pelo ativismo judicial, como a decisão comentada por Luis Regis Prado (PRADO, 2016):

Em 2015, o STF, ao apreciar um dos pedidos de progressão de regime da Ação Penal 470 – conhecida “mensalão” –, deixou de concedê-la sob o fundamento de

que o condenado era inadimplente em relação à *pena de multa* a ele imposta. A progressão foi indeferida por decisão monocrática proferida pelo min. Luís Roberto Barroso, sobre a qual interpôs-se agravo regimental, e levada a Plenário (EP 12/2015)⁶, acabou por prevalecer a tese inicial.

Outra decisão vista como fruto do ativismo judicial foi a Súmula Vinculante nº 26 (BRASIL.STF, 2016), editada em 2009, onde a Suprema Corte restabeleceu a facultatividade do exame criminológico para o deferimento dos benefícios executórios penais da progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo.

A realização do exame criminológico constava no parágrafo único, do artigo 112, da Lei de Execuções Penais e este dispositivo foi excluído pela Lei 10.792/2003, de forma a não mais exigir a realização do exame criminológico aos postulantes ao benefício da progressão do regime de cumprimento de pena.

Como se vê, o STF, quando da edição da súmula vinculante nº 26, não se limitou a firmar entendimento sobre o assunto. Fez mais: restabeleceu a previsão de instituto que havia sido derogado do ordenamento jurídico quando da entrada em vigor da Lei nº 10.792/03. E mais: instituto que restringe o direito fundamental à liberdade, uma vez que cria requisito que condiciona a concessão dos benefícios previstos na Lei de Execução Penal a um laudo criminológico (PENIDO, 2015). A decisão vincula os órgãos do judiciário a uma interpretação absolutamente desfavorável ao apenado.

A tutela penal da liberdade e dos bens jurídicos essenciais é exercida na órbita criminal, zona limítrofe do controle social, a convivência com decisões lançada ao arrepio da ordem jurídica e construída em pilares subjetivistas da interpretação constitucional, alimenta ainda mais a instabilidade jurídica e social, tudo o que o Direito Penal não admite.

4.1 A INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO

Existem dois caminhos que se cruzam e tornam o entendimento do fenômeno jurídico polêmico e complexo, os julgamentos segundo os valores axiológicos emanados da Constituição Federal e as decisões judiciais lançadas ao arrepio da ordem jurídica, com motivações ativistas. É preciso separar o joio do trigo, interpretação conforme a Constituição é absolutamente diferente de ativismo jurídico. O primeiro fenômeno é visto

como ativismo judicial positivo, enquanto o segundo é tratado como ativismo judicial negativo.

A ordem jurídica brasileira é constituída de princípios e regras, cada qual em seu campo de atuação. Em determinados casos concretos, as regras não são suficientes para a prestação jurisdicional e como o julgador não pode escusar-se de julgar fundado na lacuna da lei, a resposta judicial será buscada nos princípios constitucionais, graças à força normativa assegurada no artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal. O caráter normativo dos princípios é defendido por Norberto Bobbio:

Para sustentar que os princípios gerais são normas, os argumentos são dois e ambos válidos: antes de mais nada, se são normas aquelas das quais os princípios gerais são extraídos, através de um procedimento de generalização sucessiva, não se vê porque não devam ser normas também eles: se abstraio da espécie animal obtenho sempre animais e não flores ou estrelas. Em segundo lugar, a função da qual são extraídos e empregados é a mesma cumprida por todas as normas, isto é, a função de regular um caso. E com que finalidade são extraídos em caso de lacuna? Para regular um comportamento não regulamentado: mas então servem ao mesmo escopo a que servem as normas expressas. E por que não deveriam ser normas? (BOBBIO, 1999)

A interpretação das leis é própria e peculiarmente da incumbência dos tribunais. Uma Constituição Federal é, de fato, uma lei fundamental e assim deve ser considerada pelos juízes. A eles pertence, portanto, determinar seu significado, assim como o de qualquer lei que provenha do corpo legislativo. E se ocorrer entre as duas alguma discrepância, deverá ser preferida, como é natural, aquela que possua força obrigatória e validade superiores; em outras palavras, deverá ser preferida a Constituição à lei ordinária, a intenção do povo à intenção de seus mandatários (COELHO, 2015).

Ao decidir conforme a Constituição, o julgador atua no limite do seu papel institucional e apenas assegura as conquistas trazidas pelos Direitos e Garantias Fundamentais. Os juízes tem a difícil missão de conciliar o direito formatado na ordem jurídica em direito interpretado/aplicado, ajustando a norma de caráter geral e abstrata ao caso concreto, singular, com fins de cobrir a prestação jurisdicional com o manto da Justiça, ao menos esta deve ser a pretensão institucional.



Algumas decisões são exemplos da atuação garantista do Supremo Tribunal Federal, em sede penal e processual penal, que observaram o princípio da dignidade humana e que denotam, segundo os críticos, um ativismo judicial e que na verdade são exemplos de interpretação conforme a Constituição Federal.

No rol de exemplificação tem-se a edição dos Enunciados nº 11 e 14 da Súmula Vinculante, que tratam da disciplina e limitação do uso de algemas e do acesso ao procedimento investigatório pelo defensor, respectivamente; a aplicação do princípio da insignificância aos agentes de delitos patrimoniais (HC 98152/MG, DJU 05.06.2009); reconhecimento do direito ao silêncio de investigados em depoimentos em Comissões Parlamentares de Inquérito (HC 83.622-MC, DJU 21.10.2003); estabelecimento do encerramento da esfera administrativa tributária como justa causa para persecução penal (lançamento definitivo como elemento do tipo ou condição objetiva de punibilidade) nos crimes contra a ordem tributária (HC 81.611/DF, 13.05.2005); a discussão da interrupção de gestação de fetos anencefálicos como situação atípica em relação ao delito de aborto (ADPF 54), dentre outros.

Todas as decisões acima tem um ponto em comum, as bases de suas fundamentações estão alicerçadas na força normativa da Constituição Federal. Ao decidir conforme a Constituição Federal, o Supremo Tribunal Federal não faz nada mais além da sua missão de “Guardião da Constituição”.

O problema surge quando o julgador faz uso do Texto Constitucional em amplitude não contemplada na própria Lei Maior e sem a necessária anuência do legislador. Neste cenário tem-se o denominado ativismo judicial negativo e todo o seu risco para os Direitos e Garantias Constitucionais Penais.

5 O ATIVISMO JUDICIAL E AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS PENAIS

O juiz contemporâneo já não tem a feição de “ser inanimado” preconizado por Montesquieu, a ele cabe função estatal de caminhar da abstratividade da ordem jurídica ao destino final, a concreta prestação jurisdicional, promovendo a subsunção do fato à norma.

Em outras palavras, dar a cada um o que é seu, decidindo com liberdade e de acordo com as suas convicções firmadas nas provas apresentadas e na interpretação das leis.

O fato inafastável é que a interpretação jurídica, nos dias atuais, reserva para o juiz papel muito mais proativo, que inclui a atribuição de sentido a princípios abstratos e conceitos jurídicos indeterminados, bem como a realização de ponderações. Para além de uma função puramente técnica de conhecimento, o intérprete judicial integra o ordenamento jurídico com suas próprias valorações, sempre acompanhadas do dever de justificação. Discricionariedade judicial, portanto, traduz o reconhecimento de que o juiz não é apenas a boca da lei, um mero exegeta que realiza operações formais. Existe dimensão subjetiva na sua atuação. Não a subjetividade da vontade política própria — que fique bem claro —, mas a que inequivocamente decorre da compreensão dos institutos jurídicos, da captação do sentimento social e do espírito de sua época (BARROSO, 2015).

A liberdade do intérprete/aplicador do direito há de ser uma liberdade responsável e autocontrolada, pois não lhe é dado introduzir na lei o que deseja extrair dela e tampouco aproveitar-se da abertura semântica dos textos para neles inserir, fraudulentamente, conteúdos que, de antemão, ele sabe serem incompatíveis com esses enunciados normativos (COELHO, 2015), principalmente em matérias penais, onde a resposta estatal pode atingir diretamente o *status libertatis*.

É extremamente temerária a postura ativista verificada em diversos precedentes nos tribunais superiores. Ainda mais preocupante vem a ser a finalidade motivadora de tal ativismo em matéria criminal: o atendimento a auspícios populares de maior punibilidade ou severidade na execução das penas (PRADO, 2016). O Judiciário não pode julgar em conformidade com os clamores sociais, sob risco de extrapolar sua função jurisdicional. Neste ponto, Luiz Regis Prado cita lições de Beccaria (PRADO, 2014):

Nenhum magistrado, (que também faz parte da sociedade) pode, com justiça, infligir penas contra outro membro da mesma sociedade. Porém, uma pena aumentada além do limite estabelecido em leis é a pena justa mais a soma da outra; por conseguinte, não pode um magistrado, sob qualquer pretexto de zelo ou de bem público acrescer a pena estabelecida a um delinquente comum.

Impossível uma convivência harmoniosa na ordem jurídica penal quando o hipossuficiente da relação, ou seja, o réu, o indiciado, o apenado, fica a mercê de interpretações lançadas ao sabor do momento social vivido. Para concretizar as projeções e

anseios do Estado Democrático e Social de Direito é preciso um ordenamento jurídico-constitucional, como já regia o art. 16, da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (1.789), “A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos Direitos nem estabelecida à separação dos poderes não tem Constituição”.

A opção pelo perfil jurídico-constitucional implica a submissão do Estado à força de sua Constituição, sujeitando os magistrados às normas penais e processuais penais preexistentes à conduta, como forma de garantir o controle da atividade jurisdicional.

Partindo da premissa de que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, o direito de liberdade de conduta é a regra geral e em Direito Penal, a legalidade é necessária exatamente para sustentar o gozo do citado bem jurídico.

A adição do conceito democrático à idéia de Estado significa a exigência de respeito aos princípios fundamentais do Estado de Direito, como a do império da lei, da divisão de funções, da legalidade da administração, do respeito, garantia e realização material dos direitos e liberdades fundamentais (PRADO, 2014).

Neste processo de humanização jurídica, a seara penal transforma-se de instrumento de manutenção do poder à última fronteira de proteção da ordem jurídica. O terror penal converte-se em protetor das liberdades individuais e as garantias constitucionais atuam para conter a fúria estatal e humanização do *jus puniendi*.

O horizonte do diálogo entre os Poderes do Estado deve ter sempre o ser humano à sua frente, mesmo àqueles que vivem à margem da lei deve ser assegurado às garantias do processo judicial constitucionalizado, por conseguinte, a proteção dos Direitos e Garantias Fundamentais é meta comum em todos os segmentos Estatais e sociais.

Em outros termos, considerando-se que o processo constitui meio de construção do Estado Democrático e Social de Direito, questiona-se a possibilidade de que ele sirva de instrumento para dar respostas à sociedade, especialmente quando, para tanto, o Judiciário precise regulamentar situações ou criar parâmetros não previstos em lei, indo além do seu espectro de atuação (PENIDO, 2015). A resposta negativa é a única viável e possível.

Na seara penal, o ativismo judicial é umbilicalmente ligado ao sistema processual

penal acusatório e neste ponto, o processo penal brasileiro é ainda classificado, por grande parte da doutrina, como misto, ou seja, inquisitório na primeira fase (inquérito) e acusatório na fase processual.

Neste contexto, o juiz não atua como mero destinatário das provas, participa ativamente na produção das provas e em algumas situações adianta-se às partes, em flagrante lesão às garantias constitucionais da imparcialidade, da inércia judicial e da igualdade das partes processuais. Aury Lopes Junior (LOPES JUNIOR, 2016) critica a possibilidade do juiz, ao longo da persecução criminal assumir papel ativo em busca de prova ou de prática de atos tipicamente da parte acusatória.

Com relação à separação das atividades de acusar e julgar, trata-se realmente de uma nota importante na formação do sistema. Contudo, não basta termos uma separação inicial, com o Ministério Público formulando a acusação e depois, ao longo do procedimento, permitir que o juiz assuma um papel ativo na busca da prova ou mesmo na prática de atos tipicamente da parte acusadora, como, por exemplo, permitir que o juiz de ofício converta a prisão em flagrante em preventiva (art. 310), pois isso equivale a “prisão decretada de ofício”; ou mesmo decreta a prisão preventiva de ofício no curso do processo (o problema não está na fase, mas, sim, no atuar de ofício!), uma busca e apreensão (art. 242), o sequestro (art. 127); ouça testemunhas além das indicadas (art. 209); proceda ao reinterrogatório do réu a qualquer tempo (art. 196); determine diligências de ofício durante a fase processual e até mesmo no curso da investigação preliminar (art. 156, incisos I e II); reconheça agravantes ainda que não tenham sido alegadas (art. 385); condene, ainda que o Ministério Público tenha postulado a absolvição (art. 385), altere a classificação jurídica do fato (art. 383) etc.

Ao magistrado é atribuído o dever de assegurar às partes, em plano de igualdade, o acesso a todas as garantias constitucionais disponibilizadas, a atuação ativa do juiz, seja em prol da acusação ou da defesa, são posturas incongruentes e não se amoldam à pretensão apaziguadora da ordem jurídica penal.

A aquisição constitucional das garantias fundamentais é fruto de uma longa história, com intensas lutas para atribuir ao ser humano o papel de destinatário das normas jurídicas. O ativismo judicial na seara penal coloca em risco todo o patrimônio constitucional adquirido desde ao longo da história e em muitas situações, no afã de dar uma resposta populista, a Constituição Federal é (re)interpretada com afronta literal aos seus dispositivos, com sérios riscos para tripartição dos poderes.

O ativismo judicial negativo compromete a separação dos poderes, porque dilui a

fronteira entre as funções judiciais e legislativas. E ela atenta contra a segurança jurídica, porque torna o direito muito menos previsível, fazendo-o dependente das idiosincrasias do juiz de plantão, e prejudicando com isso a capacidade do cidadão de planejar a própria vida com antecedência, de acordo com o conhecimento prévio do ordenamento jurídico (SARMENTO, 2007).

As garantias constitucionais e os direitos fundamentais não são peças decorativas da Constituição Federal, trata-se de um dos elementos de composição do Estado Democrático e Social de Direito, como leciona Luiz Regis Prado (PRADO, 2014):

Como elementos que compõem o Estado Democrático e Social de Direito, são elencados: a) soberania popular, da qual emanam os poderes do Estado; b) legitimação dos governantes por meio de eleições periódicas pós-sufrágio universal, com pluralismo de opções; c) submissão dos governantes à lei, hierarquia das normas, controle judicial de suas decisões e responsabilidade por seus atos e decisões; d) preservação da Constituição Federal pelo Tribunal Constitucional (Supremo Tribunal Federal); e) separação dos poderes (funções); f) reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais, com a incorporação de novos direitos econômicos, sociais e culturais; g) função promocional dos poderes públicos para propiciar as condições e remover os obstáculos para a igualdade entre os cidadãos; h) intervenção dos poderes públicos na organização econômica; i) potencialização das organizações sociais e culturais, favorecendo a participação e controlando os serviços que afetem a qualidade de vida.

Apesar dos aplausos para as decisões judiciais concebidas como ativistas, a sua admissibilidade conflita com vários elementos de composição do Estado Democrático e Social de Direito. Ao desvincular o órgão jurisdicional dos limites impostos pelo ordenamento jurídico, afasta-se do ideal de um Estado Democrático e Social de Direito. Nesse tipo de Estado, as normas vinculam o Estado-judiciário funcionando como um limitador do arbítrio dos órgãos que o compõem.

O ativismo judicial negativo, pois, pode comprometer a democracia, e, por conseguinte, a construção de um Estado de Direito Democrático ante a relativização das normas em face do subjetivismo do julgador (PENIDO, 2015). Da mesma forma, o ativismo judicial penal e processual penal atinge diretamente os seus pilares e valores constitucionais, principalmente a legalidade e o devido processo legal, ao permitir interpretações extensivas sem a necessária palavra legislativa, fragilizando a segurança jurídica.

O aplauso de hoje para o ativismo jurídico negativo poderá ser o choro dolorido de amanhã, quando as decisões ativistas ferirem os Direitos e Garantias Fundamentais daqueles que o defendem.

5 CONCLUSÃO

O Estado Democrático e Social de Direito deve prezar pelo respeito às regras preestabelecidas, principalmente quando o assunto reporta a Direitos e Garantias Fundamentais. A ordem jurídica equilibrada no princípio da dignidade humana coloca a Constituição Federal como ponto de partida para todos os ramos do Direito e o julgador assume papel essencial para o diálogo e subsunção da abstração jurídica e o caso concreto.

A interpretação não significa olhar o caso *sob judice* de forma mecânica, fato à norma, implica buscar o equilíbrio do conflito e dar respostas judicantes em sintonia com o lastro jurídico e os valores de justiça. A norma não é um elemento isolado, está inserida dentro de um sistema e a sua leitura/aplicação implica dimensioná-la na extensão da amplitude de seu alcance. A árdua e espinhosa tarefa conciliatória de norma ao fato é terreno fértil para fomentar o debate sobre o ativismo judicial.

O tema é marcado por debates calorosos e muitas vezes o descuido leva a conceber todas as decisões judiciais vanguardistas como fruto de ativismo judicial, colocando no mesmo nível o ativismo positivo ou interpretações segundo a Constituição Federal e o ativismo judicial negativo.

É ilógico negar a força normativa dos princípios constitucionais, especialmente aqueles insertos no rol dos Direitos e Garantias Constitucionais, quando a própria Constituição Federal impõe a sua eficácia imediata. Ao lançar a decisão judicial estruturada na força Constitucional, o julgador apenas está promovendo a harmonia Constitucional com a incidência da abstração dos princípios nos casos concretos em que as regras são vagas, ambíguas ou inexistentes.

Neste cenário, o ativismo positivo ou interpretações segundo a Constituição Federal é necessário e deve ser estimulado, o julgador atua no estrito limite outorgado pelo Poder Legislativo e não cria qualquer ruído para a harmonia e independência entre os Poderes do

Estado.

A mesma guarida não pode ser concebida ao ativismo judicial negativo, onde a interpretação da ordem jurídica é maculada pela nódoa da arbitrariedade ou adstrita às incertezas da consciência do intérprete. O ativismo judicial negativo cria uma atmosfera subjetivista, um verdadeiro império de vontades pessoais, o julgador sente-se à vontade para julgar conforme o seu isolado pensamento, ainda que divorciado do lastro jurídico e/ou probatório, com extremo risco para a segurança jurídica e para a própria democracia.

Impensável, ao menos no regime democrático vivido pelo Brasil, a exclusão dos Direitos e das Garantias Constitucionais em benefício de outros fundamentos, muitos de cunho puramente sociológico, moral ou político, justamente pela Instituição incumbida de exercer o papel jurídico de “Guardião da Constituição”. A violação da Constituição, ainda que movida pelos melhores sentimentos, é um atentado à democracia. É preciso destacar, o Supremo Tribunal Federal não está em posição hierárquica superior à Constituição Federal.

Não se discute sobre a pertinência ou não dos Direitos e das Garantias Constitucionais, todas gozam de aplicação imediata e este deve ser o compromisso de toda a sociedade, principalmente do Poder Judiciário.

O respeito à Constituição Federal deve ser regra única e intransponível, ponto cardeal do Estado Democrático e Social de Direito, necessário para condicionar todos a regramento único e ao fortalecimento da segurança jurídica. Um dia ou outro, todos tem a perder, os Direitos e as Garantias Constitucionais existem exatamente para limitar o poder judicante e os demais poderes do Estado e não obstáculo a ser vencido com os contorcionismos interpretativos do ativismo judicial negativo penal.

REFERÊNCIAS

ANDERY, Maria Amália e MICHELETTO, Nilza (orgs.). **Para compreender a Ciência: uma perspectiva Histórica**. Rio de Janeiro: Garamond, 2007.

ARAGÃO, João Carlos Medeiros de. **Judicialização da política no Brasil: influência sobre atos interna corporis do Congresso Nacional**. Brasília: Edições Câmara, 2013.

ARISTOTELES. **A Política.** E-book. p. 75, PDF. Disponível em: <<http://lelivros.top/book/baixar-livro-a-politica-aristoteles-em-pdf-epub-e-mobi/>>. Acesso em: 12 nov. 2016.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito Processual Penal.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2007. E-book.

BARROSO, Luís Roberto. **A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria In, Revista brasileira de políticas públicas.** Brasília. v 5. 2015.

_____. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.** Disponível em <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 29 set 2016.

_____. **Estado, governo, sociedade: por uma teoria geral da política.** Tradução Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

_____. **Teoria do ordenamento jurídico.** Tradução de Maria Celeste Santos. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social.** 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

BRASIL. **Constituição política do império do brasil, de 25 de março de 1824.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 05 out. 2016.

_____. **Constituição da república dos estados unidos do brasil, de 24 de fevereiro de 1891.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 05 out. 2016.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 05 out. 2016.

_____. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1.937.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 05 out. 2016.



_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em: 05 out. 2016.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 05 out. 2016.

_____. STF. **Súmula Vinculante nº 26.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1271>>. Acesso em 29 set 2016.

_____. STF. **Súmula 339/STF.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1271>>. Acesso em 29 set 2016.

BREGA FILHO, Vladimir. **Direitos fundamentais na Constituição de 1988: conteúdos jurídicos das expressões.** São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Apontamentos para um debate sobre o ativismo judicial.** In, *Revista brasileira de políticas públicas*. Brasília. v 5. 2015.

COULANGES, Numa Denis Fustel de. **A cidade antiga.** Tradução de Frederico Ozanam Pessoa de Barros. São Paulo: eBooksBrasil, 2006.

FACHIN, Zulmar. **Curso de Direito Constitucional.** 6. ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

JUCÁ, Francisco Pedro; ISHIKAWA, Lauro. **A constitucionalização do Direito: uma função social do direito.** In: _____; _____ (Org.). **A constitucionalização do Direito: seus reflexos e o acesso à justiça.** Birigui: Boreal, 2015.

LOCKE, John. **Segundo tratado do governo civil.** Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Disponível em: <<http://tomcoyot.blogspot.com.br/2015/08/john-locke-segundo-tratado-sobre-o.html>>. Acesso em: 12 nov. 2016.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal.** 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. E-book.

MACHADO, Joana de Souza. **Ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal.** 2008. 119 p. Dissertação (mestrado em Direito – Teoria do Estado e Direito Constitucional) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.



MARKY, Thomas. **Curso elementar de Direito Romano**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1955.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. **O Espírito das Leis**. Introd., trad. e notas de Pedro Vieira Mota. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

MOSSIN, Heráclito Antônio. **Garantias fundamentais na área criminal**. Barueri: Manole, 2014.

PENIDO, Flávia Ávila; GONÇALVES, Jordânia Cláudia de Oliveira. **O restabelecimento do exame criminológico por meio da súmula vinculante nº 26: uma manifestação do ativismo judicial**. In, *Revista brasileira de políticas públicas*. Brasília. v 5. 2015.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e constituição**. 7. ed. rev. mod. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____; CASTRO, Bruna de Azevedo de. **Pena de multa e progressão de regime executório: *ativismo judicial***. Disponível em: <http://www.professorregisprado.com/resources/Pena%20de%20Multa%20e%20Progress%C3%A3o%20de%20Regime%20Execut%C3%B3rio%20-%20Ativismo%20judicial.pdf>. Acesso em 29 set 2016.

_____. **Tratado de Direito Penal Brasileiro: vol I: parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SARMENTO, Daniel Souza. **A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

_____. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2005.

TASSINARI, Clarissa. **Ativismo Judicial: Uma análise da atuação do Judiciário nas experiências brasileira e norte-americana**. 2012. Dissertação (Mestre em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo, RS, 2012.



REVISTA DE ESTUDOS JURÍDICOS

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 1993.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva Velloso. **Os direitos humanos e os mecanismos constitucionais de sua defesa.** In, FACCHIN, Zulmar (org.). *Constituição cidadã.* Rio de Janeiro: Forense, 2008.