

INTRODUÇÃO

Este trabalho se propõe a desenvolver uma pesquisa jurídica em consonância com os novos patamares científicos que exigem uma Ciência do Direito crítica; e irá questionar, portanto, quais as alterações que a interferência do ativismo judicial na política criminal brasileira podem vir a causar na mesma e, especialmente no que compete ao maior ou menor domínio desta por parte dos três poderes estatais: o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. O objetivo de tal pesquisa, destarte, é trazer contribuições práticas para o aprimoramento do sistema judiciário e legislativo nacional; posto que não cabe mais a realização de pesquisas no âmbito jurídico que proponham o simples “discurso pelo discurso”. O papel do pesquisador do Direito, na modernidade, deve ser crítico, para que possa produzir transformações práticas e redefinir a função do Direito na sociedade, uma vez que a relação jurídica é um fenômeno social.

Visando desenvolver tais objetivos, a pesquisa será efetivada tendo por norte inicial a divisão do tema proposto em três sessões principais: No primeiro, será estudada a estrutura da política criminal brasileira e adequação desta aos postulados globais de direitos humanos; atribuindo-se especial enfoque para a identificação dos atores da política criminal brasileira e como estes se distribuem entre os três principais poderes da República. Num segundo momento, será abordado o ativismo judicial em sua essência, buscando entender sua origem e seu conceito e também realizando análise da incidência do mesmo no direito comparado.

Ainda nesta seção, será efetivada uma breve análise do caso judicial em que o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva foi julgado pelo Juiz Sérgio Moro, para se identificar se houve ativismo na postura do magistrado e quais as consequências que tal postura produziu no caso concreto; especialmente num contexto político-social. E, por fim, será perquerida a possibilidade de o ativismo judicial alterar o domínio da política criminal dos Poderes Estatais que majoritariamente a detém - Legislativo e Executivo - para o Judiciário; bem como quais seriam as consequências positivas e negativas de tal migração.

Para tanto, a pesquisa a ser realizada será teórica e empírica. Na qual, a teoria será utilizada principalmente para buscar elucidar o funcionamento da política criminal brasileira e conceituar de maneira mais delimitada o fenômeno do ativismo judicial. Também será utilizado o auxílio da doutrina estrangeira para análise comparativa entre a adoção do ativismo no Brasil e nos países europeus; bem como para buscar a referência de arquitetura do sistema de política criminal dos países com democracia mais antiga e, portanto, mais bem estruturada do que a nacional. A escolha do Direito Europeu para título de comparação, também foi realizada em razão de que a maioria dos Países deste continente permitem, em sua legislação, que o Poder Judiciário exerça o controle de constitucionalidade da legislação infraconstitucional; requisito este que, por também fazer parte do ordenamento jurídico brasileiro é necessário para uma mais completa análise das funções e posturas judiciais.

Por sua vez, a construção de conhecimento empírico será efetivada através de estudo de caso do Juiz Federal Sérgio Moro quando do julgamento do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, acusado de corrupção

e lavagem dinheiro. Assim, se fará referência às decisões proferidas pelo magistrado no processo de nº 5046512-94.2016.4.04.7000 , no qual Lula é réu, para avaliar se as mesmas possuem algum grau de ativismo e quais as consequências práticas, especialmente políticas e sociais, produzidas pela mesma; tal estudo será realizado também com base nas diversas biografias disponíveis sobre o caso Lula e sobre o juiz Moro.

Neste diapasão, será adotada uma postura teórico-metodológica de pesquisa filiada a uma vertente jurídico-sociológica, que se propõe a compreender o sistema de política criminal brasileiro não apenas do ponto de vista estritamente jurídico, mas considerando as necessidades e consequências do ambiente social mais amplo que esta relação processual envolve. A transdisciplinariedade proposta tem por escopo a produção de uma teoria unificada da sistemática jurídica penal a partir da compreensão de distintos campos do conhecimento, uma vez que o Direito como Ciência autônoma, não dá conta, como será demonstrado no decorrer da pesquisa, de solucionar as diversas incógnitas que hoje permeiam o Processo Criminal.

Para a realização deste exercício, será desenvolvido um raciocínio indutivo-dedutivo; uma vez que para que se proceda uma investigação mais complexa, como o tema exige, os raciocínios indutivo e dedutivo tornam-se insuficientes se aplicados isoladamente; sendo muito mais efetivos se trabalhados de maneira complementar. Para tanto, o método de investigação a ser adotado será o de coleta de dados secundários e documentais, o qual, segundo Quivy e Compenhoudt (2005), é um dos mais adequados para o estudo do não dito, ou melhor, do implícito e; funciona bem para a análise de fenômenos macrossociais como o ativismo judicial e a observação da mudança das instituições que compõem a política criminal brasileira.

É assim que, este artigo objetiva proporcionar novos contributos para o conhecimento acerca da política criminal e do ativismo judicial com a produção de novas e mais críticas reflexões sobre tais institutos, capazes de aprimorar a utilização prática dos mesmos e fomentar no sistema jurídico brasileiro a aplicação dos postulados de direitos humanos, bem como a segurança e a efetividade jurídica.

1 A POLÍTICA CRIMINAL E O EQUILÍBRIO DOS PODERES ESTATAIS

A Política Criminal é - e deve ser encarada - como uma disciplina nova e autônoma em relação ao Direito Penal. Uma vez que, durante muito tempo ambas as ciências foram tratadas como sinônimas, é necessário ter em mente que a política vai muito além do Direito e é composta não apenas pelos atores jurídicos, mas também pelo Estado, a sociedade e as organizações sociais. Delmas-Marty (2004, p.03) afirma que, na realidade, enquanto o Direito Penal seria “o conjunto dos procedimentos repressivos pelos quais o Estado reage contra o crime”; a política criminal é “o conjunto de procedimentos pelos quais o corpo social organiza as respostas ao fenômeno criminal”. De modo que, o Direito Penal estaria, portanto, contido no amplo campo das Políticas Criminais; ainda que aquele seja, por muitas vezes, a parte mais expressiva destas.

Destarte, o grande sistema de Políticas criminais engloba uma série de mecanismos e práticas de controle social que não se limitam ao Direito Penal como, por exemplo: práticas de controle social não-penais,

como sanções administrativas; práticas não-repressivas - prevenção, reparação e mediação- e, até mesmo, práticas não-estatais, a exemplo das realizadas por milícias privadas. O Direito Penal seria, então, um campo juridicamente delimitado, aonde o legislador determina o que se encaixa; enquanto que as políticas criminais compõem grupo amplo e ilimitado de movimentos e práticas de controle social; muitas das quais, inclusive, utilizam-se de mecanismos despenalizadores.

Pode-se afirmar que a política criminal brasileira atual adota um modelo de Estado-social liberal e, portanto, é inspirada em uma ideologia liberal que, por óbvio, possui como valor de referência a liberdade. Delmas-Marty (2004) ressalta que tal modelo lança suas bases na distinção entre infração e desvio e na limitação do campo de intervenção estatal unicamente na infração. Neste diapasão, a resposta social ao desvio não é indiferente, mas sua ocorrência e amplitude são muito diversificadas em razão de fatores individuais, como o nível de receptividade do indivíduo aos mecanismos de resposta ou por fatores sociais que muito tem a ver com as classes sociais às quais os indivíduos pertencem e com as oportunidades ou estímulos que recebem.

Entretanto, o aspecto mais latente do modelo em questão é a resposta estatal à infração, que se caracteriza por uma sofisticada rede penal dotada de técnicas destinadas a limitar a esfera de intervenção do Estado. Além do mais, na fase contemporânea de tal modelo, há de se mencionar a importância das outras redes de sanções – administrativa, civil e de mediação-, que fazem com que seja necessário buscar meios de facilitar a comunicação de todo este conjunto de redes. Segundo Delmas-Marty (2004), a rede penal deve ser estudada através de um sistema de relações complementares; pois, desta forma, será possível analisar o equilíbrio dos poderes no interior do Estado que promove a resposta à infração. Para o bom funcionamento de qualquer sistema é necessário que haja equilíbrio entre os elementos que o compõem. Portanto, para quem uma rede penal funcione deverá existir harmonia entre os principais poderes estatais.

1.1 CABO DE GUERRA PENAL: EXECUTIVO E LEGISLATIVO X JUDICIÁRIO

O equilíbrio dos Poderes no interior do Estado depende das respectivas porções que este último atribui ao Poder Legislativo, Judiciário e Executivo. No que toca à relação com a lei e com a autoridade judiciária, para que o modelo liberal seja legítimo, independentemente da adoção de um sistema de *common* ou *civil law*, é necessário que haja complementariedade entre legalidade e judiciaridade. Destarte, quanto mais mecanismos o Estado conseguir elaborar para permitir o trabalho conjunto do legislador e do magistrado mais haverá equilíbrio entre as duas esferas de poder, evitando-se a perigosa dominância de uma sobre a outra. Assim, no que compete à política criminal, esta deverá ser controlada e fiscalizada por ambos os poderes concomitantemente.

No âmbito das relações penais com o Poder executivo, há de se ressaltar a extrema diversidade de instâncias que as estabelecem: Polícia, administração penitenciária, fisco, auditoria do trabalho... No entanto, todas essas instâncias têm passado por um processo similar de enquadramento jurídico, no qual a grande autonomia e o peso do Executivo na organização da repressão penal tem dado espaço a um maior controle deste por parte dos preceitos legais e da autoridade judiciária, por exemplo: quando a Polícia não é obrigada a cumprir ordens manifestamente ilegais de seus superiores, posto que estas ferem às determinações legais; ou quando o juiz tem o condão de invalidar interceptações telefônicas ilegais como meios de prova; ou ainda quando se cria um juiz de execução para tutelar o sistema penal aplicado pela administração carcerária.

Na realidade brasileira a maior problemática reside, contudo, na crescente desarmonia formada entre Legislativo e Judiciário no exercício de práticas da rede penal. Nota-se constantemente no processo penal brasileiro uma postura de ativismo judicial que, algumas vezes, exorbita até mesmo limites constitucionais; assim como não param de emergir leis penais flagrantemente inconstitucionais. O Estado brasileiro corre o grande risco – mencionado por Delmas-Marty (2004) – de dominância de um poder sobre o outro e, mais ainda, de dominância do arbítrio dos Poderes sobre as determinações da Carta Magna.

A principal característica do Judiciário é a imparcialidade. Portanto, no âmbito da separação de poderes, este seria o Poder encarregado por fiscalizar de maneira mais ativa e mesmo confirmar os atos dos demais poderes. Inclusive, a função de controle que deve ser exercida pelo Judiciário é um dos principais fatores que fazem com que o mesmo assuma uma importante posição política no cenário atual. Ao julgar atos do Poder Público tidos como ilegais ou inconstitucionais, o Judiciário fiscaliza e censura os atos dos outros Poderes, visando garantir os direitos dos cidadãos frente aos possíveis arbítrios estatais. Como lembra Castro¹, com a consolidação do Estado de Direito, o Legislativo que, por ser o editor das leis era também o guardião do cumprimento das mesmas; perdeu esse seu papel de guarda para o Judiciário, uma vez que a CF assumiu um lugar ainda mais importante que o das leis na hierarquia normativa nacional. Assim, o envolvimento dos magistrados em questões de política criminal e, sobretudo, a alteração ou inovação de postulados legais, pode pôr em cheque tal estrutura ideal; afinal, quem fiscalizaria os atos políticos do Judiciário? Ou, como dizia o poeta²: “quem vigia os vigilantes?!”.

Some-se a esse desequilíbrio de funções a recente democracia brasileira, ainda engatinhando e tentando alguma forma de estabilização sobre suas próprias pernas; e o resultado é uma grande dificuldade de implementação adequada de políticas criminais. Pois, a realização das mesmas da maneira ampla como foram concebidas e propagadas pelos principais teóricos da área não é tarefa simples nem mesmo nos países europeus aonde forma pensadas, mas torna-se desafio maior em nações de terceiro mundo, como o Brasil. A primeira

¹ CASTRO, Flavia Viveiros; 2000, p.1768.

² “ Quis Custodiet ipsos custodes” – frase atribuída ao poeta romano Juvenal.

problemática enfrentada neste sentido, refere-se ao fato de que, justamente por ter um conceito e um área de abrangência muito alargados, as propostas de política criminal acabam por retirar a densidade dos princípios e regras que são fundantes para o funcionamento do ordenamento jurídico criminal. O que também alarga as margens para intervenções dos magistrados com teor de “ativismo”.

2 A EMERSÃO DO JUDICIÁRIO E O ATIVISMO JUDICIAL

“Judicial Activism” foi termo criado em Inglês por Arthur Schlesinger Jr., o qual, ao escrever artigo para uma revista de direito, usou a expressão para se referir de maneira pejorativa ao comportamento da Suprema Corte americana (COUTINHO, LA TORRE; 2015). Tornou-se popularizado desde então e é massivamente utilizado para se referir a situações em que o magistrado inova no ordenamento legal ao proferir um julgado, dando comando que extrapola os ditames legais. Questiona-se, então, até que ponto a tentativa de fazer justiça material, por parte do Poder Judiciário; pode vir a usurpar funções que, classicamente, competem ao Poder Legislativo ou mesmo ao Executivo, especialmente quando julgar questões com conotação política.

Ressalte-se, como o faz Barack (2006), que ativismo não se confunde com ilegalidade. Ao adotar postura definida como ativa, o magistrado não age de maneira oposta aos postulados legais, por mais que extrapole a razoabilidade. Fazer o contrário do que a lei determina não é ativismo, é ilegalidade. Bem como definir com base exclusiva em subjetivismos também não corresponde ao conceito de ativismo, pois, para que haja legalidade na fundamentação da decisão, a objetividade é necessária. Pode-se afirmar, então, que o ativismo repousa nos limites da discricionariedade judicial.

O Estado Democrático de Direito está diretamente ligado à necessidade de realização dos direitos fundamentais, como um todo, sejam eles individuais, sociais, coletivos ou transindividuais. O Direito torna-se, portanto, um instrumento de transformação social, responsável por promover a igualdade e garantir os direitos de todos. Ocorre que, no cenário atual brasileiro, tal função tem sido desvirtuada por muitas instituições que deveriam ser responsáveis por efetivá-la. Este contexto de crise gerou um redimensionamento da clássica relação entre os poderes do Estado; o que fez com que o Judiciário passasse a ser visto como um possível salvador das promessas constitucionais.

Um dos principais pontos que faz com que a demanda social se volte para buscar auxílio mais no Poder Judiciário do que em qualquer outro, é também o fato histórico de o Judiciário ser um Poder que necessita se justificar perante os cidadãos; é parte inerente das obrigações deste o dever de motivar e justificar todas as suas decisões e, tais justificativas deverão ser publicizadas. Não que os outros Poderes não precisem agir de maneira motivada e com transparência; mas os juízes, por não terem sido eleitos por uma maioria

democrática, carregam uma carga extra na exigência de se justificar. Como explica Gomes Filho³, tal necessidade surgiu, num primeiro momento, para garantir que o juiz estivesse vinculado aos ditames legais; mas, atualmente, tal aspecto foi alargado, e a sociedade, não apenas quer saber os porquês das decisões judiciais, como também se sente mais próxima para cobrar mudanças de atitude.

A sociedade clama por uma postura judicial mais ativa; e o Judiciário, em razão da indisponibilidade da jurisdição e, ao contrário do Legislativo; é obrigado a julgar, ainda que a questão em pauta tenha um contexto muito mais político do que jurídico. Tanto o faz que Garapon⁴ define o ativismo judicial como sendo nada mais do que uma “evolução de expectativas com relação à responsabilidade política”. Com um controle social mais atento e exigente de resultados e respostas, o Judiciário precisou buscar meios de se reinventar. E, afinal, por que essa nova postura interferiria negativamente na política criminal se, como bem lembra Garapon⁵, o Direito não se legitima apenas pela coercibilidade da lei; mas o faz igualmente através da submissão dos conflitos para apreciação de um terceiro imparcial?

2.1 O JUDICIÁRIO PROCEDIMENTALISTA OU SUBSTANCIALISTA?

Como afirma Streck (2009), com a promoção do acesso à Justiça, o Judiciário traria para si o importante papel de tentar resgatar os valores sociais. Mas, qual seria, em verdade, o papel do Direito e dos Tribunais para a concretização do Estado Democrático de Direito?. Para tentar desvendar em que medida o direito previsto na Constituição pode estabelecer o “constituir” da sociedade, Streck (2009) revela a importância de expor as ideias do procedimentalismo e do substancialismo; pois, embora ambas as correntes entendam o Judiciário como peça estratégica para a constitucionalização do ordenamento jurídico, estas apresentam divergências consideráveis.

Sob a ótica procedimentalista, capitaneada, principalmente, por Habermas (1997); critica-se a confusão entre Política e Direito, mas admite-se que ambos podem ser interpretados através da teoria do discurso. O procedimentalismo se contrapõe à ideia de leitura moral da Constituição e, portanto, de Tribunal Constitucional e de ativismo judicial; pois, a invasão das questões sociais e executivas pelo Judiciário abalaria as estruturas da democracia representativa (GARAPON, 1999). Busca-se evitar que as interpretações da lei realizadas pelo judiciário incorram em uma competência indevida de legislação. Em resumo, o procedimentalismo prega um modelo de democracia constitucional que não se fundamenta em conteúdos substantivos, mas sim em procedimentos, como formas de garantia.

³ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p.64 e ss.

⁴ GARAPON, Antoine, op.cit., p.46.

⁵ GARAPON, Antoine; 1999, p.46.

Já na visão substancialista, entende-se que a atribuição de maiores poderes interpretativos ao judiciário pode contribuir para o aumento da capacidade de absorção do sistema político, garantindo voz e possibilidade de defesa aos grupos marginalizados e, na esfera criminal, aos acusados. Para concretizar um modelo garantista de Estado, o Poder Judiciário não pode assumir uma posição meramente passiva diante da sociedade. Adota-se, portanto, uma outra visão da relação entre Direito e Política, onde esta última é tomada como instrumento para concretização do primeiro e fica subordinada aos vínculos e limites constitucionais, sejam eles negativos ou positivos.

Contudo, ressalte-se que o Estado Democrático de Direito é um aprimoramento, ou mesmo uma superação dos paradigmas anteriores, de modo que, se no Estado Liberal o peso maior recaía sobre o Legislativo e no Estado social a responsabilidade de realizar os direitos era repassada ao Executivo; no Estado democrático de Direito há de atribuir maior relevância ao papel do Judiciário. Inércias dos outros poderes podem ser supridas pelo Judiciário, que age como fiscal, guardião e garantidor da democracia. Entretanto, tal ideia deve ser vista com ressalvas e parcimônia para não acabar, contraditoriamente, desestabilizando a democracia.

De todo modo, importa ressaltar, como o faz Streck (2009), que no Brasil, ao menos atualmente; ainda não há, na *práxis* forense a adoção clara de uma postura substancialista e nem mesmo procedimentalista. Contudo, pode-se afirmar que, a partir dos paradigmas lançados pela Constituição de 1988, a forma de aplicação do Direito nacional tem sido sensivelmente alterada. Como ensina Marmelstein (2013), o Direito tradicional, conservador e formalista que dava prioridade ao puro texto das leis em detrimento do cumprimento da justiça e dos valores constitucionais; vem se comprometendo firmemente com a proteção, promoção e realização dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana.

Diante da grande complexidade das políticas criminais atuais, como coloca Castro (2000), não se pode negar que o juiz moderno é um agente de transformação social e jurídica, além de ser o principal distribuidor de justiça entre as partes do processo criminal. De simples “boca da lei”, o juiz contemporâneo tem como missão muito mais do que subsumir postulados legais aos fatos concretos; necessita, também, interpretar e adequar o sentido das normas para se aproximar mais dos postulados constitucionais e de uma concretização da justiça. A obediência maior do Poder Judiciário sempre deverá estar voltada para a justiça e não para as simples formalidades das leis.

3 O PROCESSO PENAL ENTRE O ATIVISMO JUDICIAL E A POLÍTICA CRIMINAL

Faz parte da essência do Estado Democrático de Direito, como lembra Bechara (2008), uma postura ativa por parte do Estado que, como verdadeiro ator social, interfere nas relações jurídicas para equilibra-las; ao contrário do que ocorria no Estado-liberal, extremamente dotado de pacifismo e seguindo o lema de não

intervenção na esfera individual. Contudo, há de se ponderar valores para não recair em um “ativismo pernicioso”. Há de se ter muita cautela quando o magistrado passa de executor de leis para elaborador das mesmas; pois, como bem mencionam Coutinho, La Torre e Smith (2015), ao incorporar tal papel, o julgador não age apenas de maneira ativa, mas se torna um verdadeiro agente político; e sua autoridade passará, então, a ser comparada à do poder Legislativo; o que desequilibra e põe em cheque o sistema estatal de política judicial como um todo e, em especial, a criminal.

Em *Ética à Nicômaco*, Aristóteles (1991) já afirmava que, ao ser efetivado um crime, ocorre também uma desigualdade entre autor e vítima e, compete justamente ao juiz buscar restaurar o status de igualdade entre estas partes. A injustiça ocorre porque há um desequilíbrio na conduta delituosa onde o acusado ganha com seu excesso de ação e a vítima perde. A função do juiz seria, portanto, tentar reestabelecer o equilíbrio através da aplicação da pena, que tomaria parte do que o acusado ganhou. Assim, o juiz seria um agente de justiça distributiva no processo penal, aonde deverá distribuir cautelosa e legalmente as garantias processuais e os direitos fundamentais entre a vítima e o acusado. Ele deve justiça às partes, esta é a sua função.

Mas, e se, para realizar tal ofício o magistrado necessitar intervir na agenda política, concedendo, por exemplo, acompanhamento para vítimas de estupro em determinado hospital público, quando não há orçamento estatal para tanto; ou alocando detentas que sejam mães em penitenciárias mais próximas do local onde seus filhos residem, sem que haja estrutura carcerária para tanto? A intenção seria distribuir justiça de maneira equânime, mas, não havendo previsão legislativa para tanto, não estaria o juiz usurpando funções do legislador e, com isso, desequilibrando os poderes estatais?! Fazer justiça real e efetiva compensa esse risco?.

Tão grande é o emaranhado entre o político e o jurídico e, tão polêmica é a questão acerca da promoção ou violação de direitos que tal questão incita; que Pierre Legrand (2015,p.08) chega a afirmar que: “every judgment is the expression of both a legal and of a political intervention”. Portanto, como bem colocado por Coutinho; La torre E Smith (2015), uma análise das alterações que o ativismo pode causar na política criminal requer uma visão dupla acerca dos impactos que as decisões judiciais podem causar na vida política e, também, dos aspectos políticos que permeiam uma decisão judicial. Garapon (1999) leciona que, em alto grau, uma postura ativista pode representar até mesmo a rivalidade de forças sociais diferentes, quais sejam: o escalão político e os membros do judiciário.

3.1 CASO SÉRGIO MORO X LULA: ATIVISMO, ESTRELISMO, PARTIDARISMO

Na tentativa de elucidar de maneira mais concreta tal problemática, é válida a reflexão acerca da atuação do então magistrado brasileiro Sérgio Moro no caso do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva. Sendo competente para julgar a causa contra o ex-presidente acusado de corrupção e lavagem de dinheiro, o magistrado, por diversas vezes, foi apontado como ativista, sob as alegações de que em muitas de suas decisões

no processo em questão, teria extrapolado os limites legais em nome de possíveis interesses políticos. Garapon (1999) esclarece que, no contexto das democracias atuais, alguns juízes se tornam espécies de celebridades, menos por seu profissionalismo do que em razão da influência e representatividade social do indivíduo que julgam. E alguns deles chegam até mesmo a se utilizar da repercussão de tais julgados como um verdadeiro “trampolim” para a vida política.

Curiosamente, no caso em tela, o réu foi condenado e permanece preso em face de um grande clamor popular a seu favor, e o juiz do caso renunciou recentemente ao cargo para assumir a função de Ministro da Justiça no mandato da oposição. Assim, não se pode olvidar que tal mixagem entre política e justiça pode se mostrar explosiva para a democracia; perigando na fragmentação e desordem da mesma. Como esclarecem Coutinho, La Torre e Smith (2015), a postura de ativismo judicial não necessariamente precisa indicar que o juiz possui a intenção de se tornar um político; mas demonstra que o mesmo vê-se como um ator político, ou seja, alguém que possui papel ativo na estruturação política do Estado e, não apenas em âmbito judicial. Independentemente de quais sejam suas intenções, o fato é que, há ativismo quando as decisões judiciais interferem nas políticas públicas de sistema criminal e no modo como estas foram dispostas pelo Legislativo e o Executivo. As decisões do mencionado magistrado certamente, em alguns momentos, tiveram este teor e, por isso, são mencionadas neste estudo.

Dependendo do sentido que se atribua à expressão “político”, não é errado dizer que os magistrados são também políticos. Aliás, como lembra Castro⁶, com o aumento da importância social e política que os tribunais vêm recebendo, estes também precisam assumir o seu devido quinhão da responsabilidade política estatal. Justamente ao optar por sair da neutralidade com relação às questões socioeconômicas é que o Judiciário necessitou assumir uma posição mais proativa. O que não se pode é confundir política com partidarismo; pois, afinal, a principal função de um julgador é não tomar partido!

Também há de se recordar, como o faz Barack⁷, que não se pode comparar a responsabilidade que os efetivos políticos - provenientes do Legislativo e Executivo - possuem perante a sociedade, como membros eleitos pela mesma; com a responsabilidade dos membros do Poder Judiciário que é, primordialmente, com a Constituição Federal e os valores dela decorrentes. Segundo Rojo⁸, se entendermos política como exercício de mando, coerção e ordenação em uma sociedade; então, sim, os juízes também são políticos. Contudo, um juiz que se ache no dever ou direito de executar ou elaborar leis já estará ultrapassando suas funções políticas; e é justamente nesta postura de heroísmo que reside o perigo.

⁶ CASTRO, Flavia Viveiros, 2000, p.175.

⁷ BARACK, Aharon, 2004, p.92.

⁸ ROJO, Raul Enrique. O juiz, esse desconhecido. In: ROJO, Raul Enrique (Org.). **Por trás da toga: magistratura, sociedade e política no Brasil hoje**. Porto alegre: Dom quixote editora, 2014. p.26.

Como esclarece D'Avila⁹, o discurso da Política Criminal está tão em voga que a dimensão político-criminal acaba sempre sendo priorizada quando da aplicação das normas penais, relegando para um outro momento ou, simplesmente, deixando passar, o critério mais importante para filtrar a realização de qualquer prática penal, qual seja, a adequação jurídico-constitucional da mesma. Garapon¹⁰ afirma que quanto mais as instituições políticas entram em descrédito, mais o Judiciário é desafiado a solucionar tais impasses. Se as instâncias políticas, quais sejam: Legislativo e Executivo, falharem; cabe ao Judiciário prestar socorro.

3.2 A DIFICULDADE DE CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA POLÍTICA CRIMINAL BRASILEIRA

Em síntese, a dificuldade de implementação da Política Criminal no cenário brasileiro tem se dado em razão da flexibilização excessiva de regras e valores em um ambiente caracterizado por um forte posicionamento político no sentido da prevenção. Justamente por isso é que, diariamente, princípios fundamentais e regras de Direito Penal são deixados de lado em prol do atendimento social prevencionista e repressista. Os conceitos e os institutos mais tradicionais de Direito Penal e, até mesmo aqueles oriundos da norma constitucional, como a presunção de inocência e o *in dubio pro reo* são frequentemente “flexibilizados” quando começam a representar um empecilho para a consecução dos fins políticos estatais.

Daí, fica fácil localizar o problema no cerne do sistema de Direito Penal: o princípio unificador que deveria zelar pela boa e correta aplicação de todos os demais elementos, que é a Constituição Federal, ainda esboça, em âmbito político criminal, uma força normativa muito inexpressiva; que não consegue -ou não se esforça para conseguir- competir com os arbítrios políticos estatais. Com a força normativa do princípio unificador debilitada, as demais engrenagens do sistema não funcionam devidamente e, então, temos a famigerada crise: crise do Direito e do Processo Penal, crise dos poderes estatais, crise da Democracia.

Sanchez¹¹ denomina o momento atual como uma terceira crise da Ciência Penal que se caracteriza por uma supervalorização das respostas punitivas. Tal cenário crítico é causado, entre outros fatores, pela falta de vinculação dos titulares dos poderes públicos às regras jurídicas e aos valores constitucionais. Mas há de ressaltar, como o faz Castro¹², que a crise não é apenas da dogmática penal, mas também é da política criminal, pois atingiu o sistema partidário a representatividade do Poder Legislativo; o que reflete na esfera jurídica através do aumento dos casos de corrupção que tem como autores membros dos Poderes políticos e que, obviamente, serão julgados pelo Judiciário; aumentando ainda mais a tensão entre os Poderes.

⁹ D'AVILA, Fabio, 2008, p.323.

¹⁰ GARAPON, Antoine, op.cit., p.48.

¹¹ SANCHEZ, Jesus-Maria Silva. **La expansion del derecho penal**: aspectos de la politica criminal em las sociedades postindustriales. 2 ed. Madrid: Civitas, 2001.

¹² CASTRO, Flavia Viveiros, 2000, p.176.

Soares e Guindani¹³ ressaltam que, na falta de uma resposta efetiva e unificada por parte do Estado com relação à violência crescente, que satisfaça os anseios sociais e traga maior sensação de segurança; surge no Poder Legislativo um “mosaico híbrido” formado por variadas legislações criminais que, na realidade, apenas “tapam o sol com a peneira” e deixam que este Poder decida com hegemonia a arquitetura e o funcionamento da política criminal. O clamor, a pressão e a emoção popular, propagados pela mídia; segundo Garapon¹⁴, incitam o Legislativo a alterar seu planejamento político e elaborar mais e mais leis que, nada mais são do que os reflexos da angústia popular; o que causa um ilimitado descontrole democrático.

Neste mesmo diapasão, surge um levante do Poder Judiciário, na tentativa de dar a resposta social que o Legislativo, com sua colcha de retalhos legal, não consegue; e aí surge o ativismo. Não necessariamente da maneira pejorativa e leviana com que é usualmente julgado; mas muitas vezes com a boa vontade de fazer o que o legislador não faz. Como resume Castro¹⁵: “ A patologia de uma normatividade oscilante entre a inflação legislativa em determinados setores e a inatividade em outro, aumenta – por via transversa – o poder dos juízes”.

O grande problema é que tudo isto culmina com um cenário de desrespeito constitucional e, no mais das vezes, com um vilipêndio aos direitos fundamentais que, em tese, se almejava proteger. Nos dizeres de De Luca¹⁶, políticas criminais de cunho essencialmente preventiva, como é atualmente a brasileira; tendem a apontar o desviante das normas como um inimigo estatal que precisa ser combatido a todo custo. Isso faz com que tais indivíduos sejam destituídos de sua dignidade humana, e passando de sujeitos do Direito Penal para objetos do mesmo; num claro retorno ao contexto inquisitório, o que põe em cheque a estabilidade da democracia.

4 CONCLUSÃO

Na visão de Rojo e Silveira¹⁷, o Brasil vive hoje uma revolução que não é política nem jurídica, mas sim cultural. Mas que, acaba por impor a necessidade de elaboração de uma nova forma de utilização do direito e da justiça, fazendo com que estes passem a ser também instrumento de política, sobretudo na seara criminal.

¹³ SOARES, Luis Eduardo; GUINDANI, Miriam Krezinger. Aspectos babélicos do debate contemporâneo sobre a questão criminal no Brasil. In PINHO, Ana Claudia Bastos de; DELUCHEY, Jean-François; GOMES, Marcus Alan de Melo. **Tensões contemporâneas da repressão criminal**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2014. p.118.

¹⁴ GARAPON, Antoine, 1999, p.103.

¹⁵ CASTRO, Flavia Viverios; 2000, p.184.

¹⁶ DE LUCA, Heloisa Meroto. **A Política criminal como critério teleológico da dogmática penal**. Dissertação Mestrado em Direito – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2009. p.121.

¹⁷ ROJO, Raúl Enrique; SILVEIRA, Gabriel Eidelwen. Do capitólio ao foro: em torno da judicialização da política no Brasil de hoje. **Direito e justiça**. Vol.40. n.1. jan/jun. 2014. p.95.

Se o Judiciário ganhou poderes para resolver todas as questões, inclusive as de cunho político; não há mais que se falar em política que não possa ser discutida em âmbito judicial.

Assim, passa-se a questionar: é mais importante exercer a magistratura de maneira politicamente ativa mesmo que exceda os ditames legais? Ou a guarda dos princípios constitucionais vale mais? E se o ativismo se justificar pela necessidade de garantir direitos fundamentais, deve ser aceito?. A opção frequente pela aplicação do Direito Penal quando, na verdade, ele deveria ser a última saída; demonstra justamente a falha de implementação do sistema de política criminal. Ora, montar uma política criminal implica em traçar meios e alternativas mais amplas para solucionar os conflitos decorrentes de comportamentos desviantes das normas. Logo, se a solução sempre tem vindo da penalização estatal, demonstra-se que as instituições de resposta ao desvio não foram eficientes em solucioná-lo; houve falha da família, da escola, da igreja, da sociedade e do próprio Estado na utilização de suas medidas despenalizadoras. E, assim, como coloca Bechara¹⁸, a política criminal se transmuta em política de segurança.

E com a falha da política criminal, entra em cena, segundo Bechara¹⁹, na tentativa de supri-la, o chamado “Direito Penal de Emergência”; e que é caracterizado por ser justamente o contrário do Direito Penal tradicional pregado como *ultima ratio*. O Direito Penal de Emergência perde qualquer caráter de subsidiariedade e precisa ser aplicado – segundo a visão de seus defensores – de maneira imediata e em larga escala, pois se torna o único instrumento político de segurança. Tal aplicação emergencista é marcada principalmente por meio do aumento de penas e da tutela de bens jurídicos vagos e que não são tão representativos quanto os bens jurídicos essenciais definidos para proteção penal em um primeiro momento.

Frente à atual etapa dos fenômenos criminológicos e desta expansão nociva do Direito Penal, Sanchez²⁰ defende um retorno ponderado ao liberalismo, ou seja, para uma organização jurídica criminal que tutele os bens jurídicos mais essenciais e com observância dos princípios e garantias constitucionais. Há de se recuperar, portanto, a ideia de Direito Criminal como conjunto de garantias do cidadão em face das intervenções estatais. Amilton B. de Carvalho²¹ afirma que “a lei é o limite ao poder desmesurado”; e por isso, sempre vai representar proteção ao mais fraco na relação jurídica. Assim, o Direito Penal sempre será, como previsto pelo Mestre Ferrajoli²², a lei do mais débil. Ocorre que, se toda a política criminal, que é mais ampla que o Direito penalizador, for trazida para resolução judicial, corre-se o risco, ressaltado por Garapon²³, de se perder a democracia em um autoritarismo das minorias.

¹⁸ BECHARA, Ana Elisa 2008, p.426.

¹⁹ Ibidem., 2008, p.413.

²⁰ SANCHEZ, Silva, 2001, p.149.

²¹ BUENO DE CARVALHO, Amilton. Lei para que(m)?: In: WUNDERLICH, Alexandre (org.). **Escritos de Direito e Processo Penal em homenagem ao Professor Paulo Claudio Tovo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p.56.

²² Cf. FERRAJOLI, Luigi. 2011.

²³ GARAPON, Antoine, op.cit., p.53.

D'Avila²⁴ sugere, portanto, como tentativa de uma efetiva constitucionalização da esfera criminal a valorização da normatividade, num sentido de que esta deve sempre ser o critério primeiro quando da análise das questões criminais. O espaço de atuação da Política Criminal deve sempre ser aquele previamente demarcado pelos postulados constitucionais. E, o espaço daquela que Zagrebelsky²⁵ denomina como Política Constitucional, por sua vez, é marcado não apenas pela execução da letra constitucional, mas sim pela realização dos valores intrínsecos neste texto supremo.

Como afirma De Luca²⁶, se não forem observadas em todas as decisões políticas e judiciais as garantias individuais, fica representada a perda de legitimidade do Direito Penal para solucionar os conflitos sociais de cunho criminal. Assim, os direitos fundamentais dos indivíduos são a bússola para atuação de todos os poderes, delimitando não apenas o âmbito de elaboração das leis, mas sobretudo, sua aplicação concreta. O limite do ativismo judicial está no resguardo dos direitos humanos.

O exercício do sistema processual penal acusatório brasileiro está em crise e as engrenagens processuais entraram em colapso em razão da falta de equilíbrio entre seus elementos – Poderes – e da falta de observância a uma unidade axiológica. A resposta para tal problemática é facilmente encontrada apesar de demandar um dificultoso processo de implementação. É necessário reequilibrar o sistema, construindo-lhe apoios sobre uma rede forte de princípios que confluem para uma unicidade de valores - não há possibilidade de compatibilização entre dispositivos legais inquisitórios e acusatórios, por exemplo-; e esta fonte segura de onde emanam princípios penais corresponde à Constituição Federal. Há de se estabelecer, portanto, mecanismos que permitam o trabalho conjunto entre legislador e magistrado; e ambos devem permanecer obedientes, sobretudo, aos direitos e garantias fundamentais previstos nas normas constitucionais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARISTOTELES. **Ética à Nicômaco**. 4 ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991.

BARAK, Aharon. **The judge in a democracy**. New Jersey: Princenton University Press. 2006.

BARATTA, Alessandro. Defesa dos direitos humanos e política criminal. In: **Discursos sediciosos**. N.3. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia, 1997.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore. Discursos de emergência e política criminal: O futuro do Direito Penal brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. v.103. pp.411- 436. Jan/dez, 2008.

²⁴ D'AVILA, Fabio, 2008, pp.325-326.

²⁵ ZAGREBELSKI, Gustavo. **El derecho dúctil**. Traducion de Marina Gascon. [s.l]: Editorial Trotta, 1995. p.14.

²⁶ DE LUCA, Heloisa Meroto, 2009, p.117.

BUENO DE CARVALHO, Amilton. Lei para que(m)?. In: WUNDERLICH, Alexandre (org.). **Escritos de Direito e Processo Penal em homenagem ao Professor Paulo Claudio Tovo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CASTRO, Flavia de Almeida Viveiros. O papel político do Poder Judiciário. **Revista da EMERJ**, vol.03, n.11. 2000.

COUTINHO, Luis Pereira; LA TORRE, Massimo; SMITH, Steven D. **Judicial Activism**. Ius Gentium: Comparative perspectives on law and justice. Vol 44. Londres: Springer, 2015.

D'AVILA, Fabio Roberto (org.). **Direito Penal e Política Criminal no terceiro milênio: perspectivas e tendências**. Porto Alegre: EDPUCRS, 2011.

_____. O Direito e a legislação penal brasileiros no séc XXI: entre a normatividade e a política criminal. In: GAUER, Ruth Maria Chitto (org.). **Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos**. Porto Alegre: EdipucRS, 2008.

DELMAS-MARTY, Mirreile. **A imprecisão do Direito: Do Código Penal aos Direitos humanos**. Tradução Denise Radanovic Vieira. Barueri, SP: Manole, 2005.

_____. **Os grandes Sistemas de Política Criminal**. Trad. Denise Radanovic Vieira. Barueri,SP: Manole,2004.

DE LUCA, Heloisa Meroto. **A Política criminal como critério teleológico da dogmática penal**. Dissertação Mestrado em Direito – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2009.

DIETER, Mauricio Stegemann. **Política Criminal Atuarial: A criminologia do fim da história**. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

FARIA, André. **Os poderes instrutórios do juiz no Processo Penal: Uma análise do modelo constitucional do processo**. Belo Horizonte: Arraes editores, 2011.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos e y garantias: la ley del mas débil**. S.I. Editorial Trotta. 2011.

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

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Risco e Processo Penal: uma análise a partir dos direitos fundamentais do acusado**. Salvador: Editora Juspodvm, 2009.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

GREEN, Craig. An intellectual history of judicial activism. **Emory Law Journal**, vol.58, n.05. 2009. p.1995.

GREENBERG, Mark. How facts make law. **Legal Theory**. vol. 10. 2004. p.157-198.

GUIMARÃES, Isaac Sabá. Ativismo judicial e o problema metodológico da discricionariedade judicial para a formação de uma política criminal. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, Pouso ALEGRE, V.03, N.01. p.87-108. JAN/JUN 2014.

HABERMAS, Jurgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Vol I e II. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997.

- HASSEMER, Winfried. **Persona, mundo y responsabilidad**: Bases para uma teoria de la imputacion en derecho penal. Colombia: Editorial Temis S.A. 1999.
- LIMA, Danilo Pereira. **O Poder Judiciário e a autonomia do Direito**: Os entraves ao controle do Poder Político numa sociedade estamental. Dissertação Mestrado em Direito – Universidade do Vale do Rio dos Sinos. São Leopoldo, 2013.
- MARMELSTEIN, George. Curso de Direitos Fundamentais. 4 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013.
- MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o Direito a sério**: Uma exploração hermenêutica do protagonismo judicial no processo jurisdicional brasileiro. Dissertação Mestrado em Direito – Universidade do Vale do Rio dos Sinos. São Leopoldo, 2009.
- NETTO, Vladimir. **Lava jato**: o juiz Sérgio Moro o os bastidores da operação que abalou o Brasil. Rio de Janeiro: Primeira Pessoa, 2016.
- PINHO, Ana Claudia Bastos de; DELUCHEY, Jean-François Y; GOMES, Marcus Alan de Melo (coord). **Tensões contemporâneas da repressão criminal**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2014.
- POSNER, Richard. What has pragmatismo to offer law? **Southern california law review**. 1990. p.1653.
- QUIVY, Raymond; CAMPENHOUDT, Luc Van. Manual de investigação em ciências sociais. **Revista Científica Rui Santos** – Departamento de Sociologia da Universidade de Lisboa. Portugal: Gradiva, 2005.
- ROJO, Raúl Enrique; SILVEIRA, Gabriel Eidelwen. Do capitólio ao foro: em torno da judicialização da política no Brasil de hoje. **Direito e justiça**. Vol.40. n.1. jan/jun. 2014. pp.94-100.
- ROJO, Raúl Enrique (Org.). **Por trás da toga**: magistratura, sociedade e política no Brasil hoje. Porto Alegre: Dom Quixote editora, 2014.
- ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- SANCHEZ, Jesus-Maria Silva. **La expansion del derecho penal**: aspectos de la politica criminal em las sociedades postindustriales. 2 ed. Madrir: Civitas, 2001.
- SCHUNEMAN, Bernd. **La Política Criminal y el sistema de derecho penal**. Conferencia realizada no dia 10 de abril de 1991 na Faculdade de Direito da Universidade Complutense.
- SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. **A ação processual penal entre política e Constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.
- SILVERIO JUNIOR, João Porto. **Processo Penal Fraternal**: O dever de fundamentar o provimento acusatório pelo Ministério Público no sistema processual brasileiro. Curitiba: Juruá, 2014.
- SOARES, Luis Eduardo; GUINDANI, Miriam Krezinger. Aspectos babélicos do debate contemporâneo sobre a questão criminal no Brasil. In PINHO, Ana Claudia Bastos de; DELUCHEY, Jean-François; GOMES, Marcus Alan de Melo. **Tensões contemporâneas da repressão criminal**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2014.
- STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 8ª.ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

TASSINARI, Clarissa; LIMA, Danilo Pereira. **A problemática da inefetividade constitucional no Brasil: O Estado patrimonialista e o ativismo judicial.** Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da academia brasileira de direito constitucional. Curitiba, 2011, vol 03, n.04, jan-jun. pp.98-113.

ZAGREBELSKI, Gustavo. **El derecho dúctil.** Traducion de Marina Gascon. [s.l]: Editorial Trotta, 1995.