

**XXVII ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI SALVADOR – BA**

**DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E
CONSTITUIÇÃO I**

MATHEUS FELIPE DE CASTRO

SEBASTIAN BORGES DE ALBUQUERQUE MELLO

MARIA AUXILIADORA DE ALMEIDA MINAHIM

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direito penal, processo penal e constituição I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFBA

Coordenadores: Matheus Felipe de Castro; Sebastian Borges de A. Mello; Maria Auxiliadora de Almeida Minahim – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-603-1

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

Tema: Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Salvador, Brasil).

CDU: 34



XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI SALVADOR – BA DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO I

Apresentação

O XXVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Salvador, teve a apresentação dos trabalhos pertinentes ao grupo temático DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO I no dia 14 de junho, no turno da tarde.

Durante mais de 4 horas de atividades foram apresentados e debatidos diversos trabalhos, com uma pauta que discutiu questões atuais e relevantes para o Direito Penal Contemporâneo, sobretudo com um viés crítico e contemporâneo.

A atualidade dos trabalhos pode ser vista em temáticas como audiência de custódia, monitoramento eletrônico e questões relativas à justiça restaurativa.

Também merece destaque a abordagem própria de um Direito Penal da pós-modernidade, em que crise da legalidade, ativismo judicial, crimes de perigo abstrato, incertezas sobre a ideia de bem jurídico, bem como questões que implicam Direito Penal e moralidade mostram que o grupo está conectado com as principais questões que envolvem as relações entre Direito penal e Constituição, em que a ideia de segurança jurídica, tão cara nas origens do Direito Penal ciência, vai se relativizando e gerando situações de insegurança no âmbito doutrinário e jurisprudencial.

O Direito Penal Econômico também se fez presente, com abordagens sobre lavagem de dinheiro, bem como no campo do Direito Penal Tributário. Há também trabalhos de estudos de caso sobre condições penitenciárias, e abordagens críticas sobre violência doméstica e racismo.

Ainda que haja uma multiplicidade temática, as relações com a Constituição e a preocupação com um Direito Penal democrático são traços essenciais de um conjunto de apresentações que ressaltam a importância da academia e da pesquisa em direito como forma de equacionar teoria e prática.

A linha argumentativa desenvolvida traz preocupações político-criminais que reconhecem no Direito Penal um instrumento fragmentário e subsidiários, sem descurar, contudo, do desafio para a academia no sentido de trazer respostas para novas realidades e demandas sociais.

Assim, a leitura dos textos permitirá ao leitor observar o denodo com que cada autor pesquisou, bem como a relevância de cada tema e a possibilidade de que tais estudos repercutam na práxis jurídica, e que poderão decerto fomentar modificações legislativas e práticas materiais e que permitam fazer do Direito Penal e Processual Penal adequado à pauta principiológica da Constituição Federal.

Desejamos boa leitura a todos!

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UFSC

Profa. Dra. Maria Auxiliadora De Almeida Minahim – UFBA

Prof. Dr. Sebastian Borges de Albuquerque Mello – UFBA

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

O ATIVISMO JUDICIAL NA APLICAÇÃO DO DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL EM DESCONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO DE 1988

JUDICIAL ACTIVISM IN THE APPLICATION OF CRIMINAL LAW AND PENAL PROCEDURE IN COMPLIANCE WITH THE CONSTITUTION OF 1988

**Paulo Vitor Valeriano dos Santos
Danilo Felício Gonçalves Ferreira**

Resumo

O presente estudo tem a crise da legalidade como motor propulsor para o fenômeno do ativismo judicial na aplicação do direito penal e processual penal. Será analisada suposta desconformidade de decisões com os ditames constitucionais, verificando suposta existência de sinais transgressores da Constituição. Busca-se compreender como o Poder Judiciário ampliou seu rol de atividades diante da ineficácia da atuação dos poderes Executivo e Legislativo. Será analisada a atuação do magistrado Sérgio Fernando Moro e do Supremo Tribunal Federal para averiguar se há prática desconforme do ativismo judicial na expansão do alcance das normas para além do assentado pelo legislador.

Palavras-chave: Ativismo judicial, Direito processual penal, Sergio moro, Supremo tribunal federal

Abstract/Resumen/Résumé

This study has the legality of the crisis as a propeller to the judicial activism in the application of criminal and procedural law. It will be examined alleged inconsistency of decisions with the constitutional dictates, checking supposed existence of offenders signs of the Constitution. It seeks to understand how the Judiciary has expanded its role of activities in the face of the ineffectiveness of the Executive and Legislative powers. The role of the magistrate Sergio Fernando Moro and the Supreme Court will be analyzed to see if there awry practice of judicial activism in expanding the scope of the rules.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Judicial activism, Criminal procedural law, Sergio moro, Federal court of justice

INTRODUÇÃO

O presente artigo tratará das razões que fomentaram a crise do direito penal no Estado Democrático de Direito no escopo de introduzir o início do descumprimento dos preceitos fundamentais insculpidos na Constituição Federal.

Aprofunda-se o estudo sobre os objetivos do ativismo judicial como meio de superar a ineficácia legislativa e executiva no Brasil e investiga-se em que medida há a má utilização desse mecanismo, no que tange sua finalidade, pelo juiz Sérgio Fernando Moro e pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito penal e processual penal em determinadas decisões.

Serão apresentadas decisões (amplamente noticiadas pela mídia) do juiz Sérgio Fernando Moro e do Supremo Tribunal Federal que vão de encontro às disposições constitucionais e legais, e se observará a existência ou não de aparente contrariedade à proteção e a concretização dos direitos fundamentais e à garantia da supremacia da Constituição.

Através de uma discussão teórico-jurídica se avaliará se o ativismo judicial, marco garantista endógeno ao Estado Democrático de Direito, de fato supre a inefetividade do direito penal e se promove ou viola as garantias processuais penais.

A forma como o ativismo judicial vem subsidiando decisões polêmicas em todas as instâncias, seja em exercícios hermenêuticos difusos ou concentrados, vêm levantando o questionamento não só quanto à falta de legitimidade democrática das decisões, mas também quanto à eficácia do seu papel integrativo de propulsar soluções em áreas onde os poderes legislativo ou executivo não cumprem seus encargos de criar normas ou executar políticas públicas garantidores dos preceitos da Carta Magna.

Decisões prolatadas que aparentam falta de razoabilidade e violações constitucionais e legais, quase sempre rasamente justificadas, violam a própria natureza do ativismo judicial desnaturando seu caráter garantidor, e ao revés, permitindo violações de direitos.

1 A crise do direito penal no Estado Democrático de Direito

A passagem do Estado Moderno para o Pós-Moderno é marcada por alterações substanciais no papel da lei. Signo de uma era onde se clamou pela racionalização da organização social e pela imposição formal de limites aos poderes do monarca, a lei mais que legitimar o Direito pela razão, institucionalizou o poder da vontade geral. Dotada de

generalidade e estabilidade, iniciou a regulamentação dos direitos fundamentais, conforme leciona Chevallier:

O direito é então investido de um capital de autoridade, ligado à sua origem: ele é reputado como proveniente de um Sujeito exterior e superior à sociedade: com efeito, a laicização não fez desaparecer essa dimensão transcendental, desembaraçando o direito do invólucro mágico ou religioso que o recobre nas sociedades tradicionais; a autoridade que a ele se vincula deriva de um mecanismo de imputação a um sujeito anônimo, inatingível e misterioso, do qual provém a Lei, e que é doravante o Estado. O direito permanece, desse modo, percebido como uma ordem sagrada, projeção de uma razão transcendente ao corpo social, depositário do saber e fonte de todo o poder. (CHEVALLIER, 2009, p. 118).

Contudo, as diversas transformações e evoluções da sociedade levaram à crise da racionalidade e, por conseguinte, a uma mudança de paradigma no papel da lei. Não há como olvidar-se dos diversos fatores que levaram a inflexões na função da lei na construção do Estado de Direito. Como descrito por Chevallier a dinamicidade social mostrou-se antagônica a uma regulação completa pela lei escrita:

O direito não aparece mais como a própria encarnação da Razão; tendo perdido a aura que o acompanhava, ele se encontra a partir de agora submetido ao crivo do julgamento crítico. Tudo se passa tal como se o sistema de crenças sobre o qual ele se apoiava estivesse em via de exaustão. (CHEVALLIER, 2009, p. 121)

Nesse sentido Gustavo Binbenojm: “É impossível o conhecimento pleno da legislação, sendo certo, também, que a complexidade das leis, consequência da complexidade das questões que regula, torna ainda mais difícil a sua compreensão.” (BINENBOJM, 2014, p.128). A lei que surgiu dotada de generalidade e estabilidade durante a vigência do Estado Liberal Moderno, não se amalgamava mais no império da razão. A profusão anárquica de sua produção espalhou-se em praticamente todos os setores da vida dos indivíduos e cada vez mais específica, complexa e prolixa, a lei passou a perder sua estabilidade e compreensão se tornando rapidamente obsoleta e instável, conforme leciona o mesmo autor:

O mito positivista de completude do ordenamento jurídico, aliado ao aumento significativo das funções do Estado social, inspirou os parlamentos a tratarem de qualquer assunto, sendo corolário deste movimento a noção (muito evidente no senso comum) de que a lei seria apta a resolver todos os problemas sociais. (BINENBOJM, 2014, p.128)

Porém não se deve imputar unicamente à inflação legislativa a responsabilidade pela crise da lei. Depreendem-se mais quatro razões para o esfacelamento da capacidade da lei

tutelar e concretizar as grandes questões do Estado e dos indivíduos. A concepção de que apenas o aspecto formal do Direito era suficiente para tornar uma lei válida, independente de seu conteúdo, conformou grandes barbáries mostrando que ela também é capaz de veicular restrição de direitos e injustiça.

O constitucionalismo pós-guerra sedimentou o fim do protagonismo da lei em dizer o direito. O processo de constitucionalização do direito tornou a Constituição veículo principal deste, e o controle de constitucionalidade fixou sua superioridade formal e até mesmo sua ascendência axiológica em detrimento da lei. A criação de atos normativos infraconstitucionais capazes de normatizar determinadas questões do Estado bem como o crescimento do poderio do Executivo completam as motivações que minaram a supremacia da lei e do Poder Legislativo (BINENBOJM, 2014).

Sobre o tema, o mesmo autor esclarece:

A reboque do triunfo constitucionalista, a lei perde importância diante do largo desenvolvimento de sofisticados meios de controle da constitucionalidade dos atos legislativos. A lei perde o seu protagonismo na criação do direito na medida em que se torna mais um dentro os diversos princípios que compõem o sistema constitucional. (BINENBOJM, 2014, p.130).

O pensamento liberal que ainda norteia a aplicação do Direito não mais consegue dar conta dos conflitos multidimensionais que diariamente ocorrem.

A partir dessas breves constatações, observa-se que o Direito Penal brasileiro insere-se nessa verdadeira crise paradigmática apesar de constantes reformas e edições de novas leis. O próprio Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848 de 07.12.1940) e de Processo Penal (Decreto-Lei Nº 3.689, de 3.11.1941) publicados na década de 40, portanto, são pós- revolução liberal. O tradicional modelo liberal-normativista, associado à ideia da mera subsunção do fato à norma na aplicação do Direito não atende mais às demandas sociais.

Ainda que o Direito Penal seja um meio de controle social que legitima a intervenção estatal, não se pode olvidar que ele não só é composto por normas jurídico-penais que estipulam sanções em caso de violação de seus preceitos. Também abarca regras e princípios que estabelecem garantias ao cidadão diante do poder punitivo ao exigir uma série de condições para o exercício deste.

A proliferação normativa no Direito Penal é fruto da insegurança que assola a sociedade contemporânea e decorre da fragilização dos mecanismos de autorregulação social. (CHEVALLIER, 2009, p.134).

No afã de conter e suprir anseios e demandas sociais, o Poder Legislativo acaba criando e modificando normas de forma lável, sem a devida observância de princípios como o da fragmentariedade, da intervenção mínima, da ofensividade, entre outros de igual teor, tradicionalmente sedimentados.

Vê-se como exemplo dessa atuação exagerada a criminalização de infrações meramente administrativas. Em clara afronta ao princípio da intervenção mínima do Direito Penal, segundo o qual este deveria tutelar apenas os bens considerados de maior relevância pela sociedade, esquece-se que este ramo deve atuar apenas subsidiariamente em relação aos demais domínios do Direito.

Tem-se visto hoje uma atuação do Poder Legislativo cada vez mais política e menos jurídica que para uniformizar os discursos de setores sociais distintos promove intervenções penais despiciendas ou abusivas na tentativa de solver determinados riscos que, ao bem ver, sequer seria da seara penal.

Nessa linha, os crimes de perigo abstrato (como dirigir embriagado), as normas penais em branco (embora haja uma descrição da conduta proibida, requer obrigatoriamente, um complemento extraído de outro diploma), os crimes culposos (quando um motorista, por exemplo, trafegando por via pública acima da velocidade permitida atropela um pedestre que circulava pelo local) e os crimes de omissão (salva-vidas que assiste, inerte, ao afogamento de um banhista, não cumprindo seu dever legal), são exemplos claros dessa nova ordem penal que ao se desorganizar cada vez mais, tende a ser substrato mais a um populismo político do que efetivamente à efetividade da justiça.

2 Breves comentários sobre o ativismo judicial no Brasil

O princípio da separação de poderes no estado brasileiro está consagrado no artigo 2º da Constituição Federal e dispõe que: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário” (BRASIL, 2016).

Na data da promulgação da carta constituinte já se observava, historicamente, a crise da lei consolidada. Em acréscimo, sua implementação deu substrato ao fortalecimento da atuação do Poder Judiciário que passou a ter cada vez mais força em efetivar um extenso rol de direitos negativos e positivos alçados à categoria de fundamentais, minando fatalmente a proeminência do Poder Legislativo.

Ademais, o exercício do controle de constitucionalidade, bem como a ampliação do rol de legitimados para propositura de ações redimensionou a quantidade de ações levadas ao Supremo Tribunal Federal, que passou a não mais ser apenas um Tribunal Constitucional, mas também última instância recursal dos direitos em litígio.

Ao Poder Judiciário foi concedida a capacidade de se imiscuir nas fragilidades, incapacidades e insuficiências dos Poderes Executivo e Legislativo em cumprir as prestações sociais que lhe foram imbuídas, e por mecanismos endógenos instrumentalizar a consecução destes objetivos. Esse é um dos signos do novo estágio que vivencia o direito pátrio.

Ao ser provocado, o Judiciário deve dar efetividade aos direitos fundamentais, uma vez efetivo guardião de seus preceitos. O tradicional equilíbrio na balança dos poderes inverteu-se graças ao desprestígio da política graças a fatores como corrupção e à ineficácia das políticas públicas. Por fim a explosão do contencioso e a judicialização de demandas individuais içaram o Poder Judiciário sobrepujando o Legislativo.

Elival da Silva Ramos, em sua obra *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos* conceitua adequadamente a realidade que se instaura institucionalmente no Brasil através do instituto do ativismo judicial:

Ao se fazer menção ao ativismo judicial, o que se está a referir é a ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas também, da função administrativa e até mesmo, da função de governo.

[...]

Por ativismo judicial deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesses) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). (RAMOS, 2010. p.139).

Hodiernamente, há que se reconhecer na demarcação institucional dos poderes a necessidade de maior colaboração e menor separação rígida entre eles. A concretude dos direitos e garantias fundamentais insculpidas na Constituição Federal não pode ficar a mercê de disputas políticas, até mesmo porque todos os poderes são dotados de funções típicas e atípicas.

O ativismo judicial, contudo, toca a essência do Estado Democrático de Direito. A atuação do Poder Judiciário na primeira instância ou em tribunais para além das suas finalidades de tribunal constitucional gera polêmica, e é tema controverso no universo do direito.

Luis Roberto Barroso elenca os momentos em que o Poder Judiciário se vale do ativismo judicial para concretizar direitos e garantias fundamentais que não foram devidamente regulamentados pelo Legislativo ou inseridos em políticas públicas pelo Executivo. Para o autor:

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. (BARROSO, 2009, p.06)

A dúvida que se desvela é se a atuação proativa do Estado-Juiz desnatura a democracia representativa e fere a legitimidade do Poder Legislativo, sendo mórbida sua admissão em um Estado Democrático de Direito, ou se o ativismo judicial reflete, ao revés, exatamente o fortalecimento do Estado de Direito, adequado a nova realidade de um constitucionalismo cada vez mais fortalecido, buscando cumprir as não cumpridas promessas da modernidade.

3 O ativismo judicial aplicado ao direito penal e ao direito processual penal

Em uma sociedade onde a segurança pública e individual ainda não é uma realidade garantida pelo Estado assiste-se hoje a uma prolação desenfreada e desarrazoada de inúmeras leis penais e à majoração de seu poder punitivo. No Brasil não vemos uma busca em solucionar os déficits sociais carentes de atuação, mas sim um populismo eleitoreiro, atendedor dos anseios da mídia e massa, conforme comprova uma pesquisa divulgada pelo IPEA¹ (Instituto de Pesquisa Econômica e Aplicada) com base em dados de 1995 a 2011. A pesquisa revela aumento em investimentos públicos, sempre em ano de eleição, tanto das prefeituras, quanto dos governos estaduais e federais.

Muitas vezes a hipertrofia legislativa gera a falta de coerência no próprio sistema normativo penal, onde determinados bens jurídicos menos valiosos são protegidos com tipos e penas mais severos que outros bens jurídicos de ordem axiológica maior. Não há uma estrutura lógica no sistema criminal, que apresenta inúmeras incongruências, conforme exemplifica Alexandre Rocha A. de Moraes:

¹ A pesquisa encontra-se disponível no site <http://www.ipea.gov.br/portal/>

No caso brasileiro, essa irracionalidade legislativa é claramente exemplificada: (...)

A Lei 9.455/97 (Tortura), que permitiu a progressão de regime nos crimes que elenca, mesmo sendo tipificados como hediondos na Lei 8.072/90; a Lei 9.677/98 (Lei dos Remédios) que pune a adulteração e falsificação de cosméticos, com a mesma intensidade aplicada aos remédios propriamente ditos; a Lei 10.826/03 (Estatuto do Desarmamento) que, em relação à data de vigência, permitiu a formação de quatro correntes jurisprudenciais e que, no tocante a algumas figuras típicas, veda a concessão de liberdade provisória, sem impor, por coerência lógica, um possível regime integral fechado; (...)

Impropriedades do Código de Trânsito brasileiro, como a hipótese de lesão corporal culposa na condução de veículos automotores com penas em abstrato completamente incongruentes e desproporcionais à lesão corporal culposa prevista no Código Penal; a injúria manifestada com a utilização de elementos referentes à raça, cor, etnia, religião ou origem punida com pena de reclusão e equivalente à pena de detenção do crime de homicídio culposo previsto no Código Penal; etc. (MORAES, 2011, p.63).

Não obstante essa irracional inflação normativa que desnatura o Direito Penal percebe-se um movimento concomitante no sentido de instrumentalizar o processo penal a efetivá-lo nesta seara de coerção e repressão.

A interação cada vez maior dos sistemas sociais como econômica, política, justiça (entre outros) não gera apenas desenvolvimento social, mas também por vezes, uma perda de parte da autonomia de um sistema pela interação com outro, num movimento produtor e contraprodutor.

A doutrina brasileira diverge se o sistema processual penal pátrio é acusatório ou misto. Capitaneando doutrina minoritária, Guilherme de Souza Nucci afirma que há resquícios na legislação pátria da reunião na pessoa do juiz das funções de acusar, defender e julgar, típicas do sistema inquisitivo.

Nosso sistema é “inquisitivo garantista”, enfim, misto. Defender o contrário, classificando-o como acusatório, é omitir que o juiz brasileiro produz prova de ofício, decreta a prisão do acusado de ofício, sem que nenhuma das partes tenha solicitado, bem como se vale, sem a menor preocupação, de elementos produzidos longe do contraditório, para formar sua convicção. Fosse o inquérito, como teoricamente se afirma, destinado unicamente para o órgão acusatório, visando à formação da sua opinião delicti, e não haveria de ser parte integrante dos autos do processo, permitindo-se ao magistrado que possa valer-se dele para a condenação de alguém. (NUCCI, 2012, p. 79)

Contudo, a Constituição Federal de 1988 adotou, ainda que implicitamente, o sistema acusatório ao fixar a separação das funções de julgar e acusar em seu artigo 129, inciso I: “São funções institucionais do Ministério Público: promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei” (BRASIL, 1988).

Estabeleceu ainda, expressamente, garantias processuais como presunção de inocência (art. 5º, LVII), devido processo legal (art. 5º, XXXVII e LIII) e a ampla defesa e o contraditório (art. 5º, LIV), típicas de um sistema acusatório. O Supremo Tribunal Federal, em Habeas Corpus nº84.580/SP já se manifestou pela adoção do sistema acusatório no processo penal pátrio, a ver:

O sistema jurídico vigente no Brasil - tendo presente a natureza dialógica do processo penal acusatório, hoje impregnado, em sua estrutura formal, de caráter essencialmente democrático - impõe, ao Ministério Público, notadamente no denominado "reato societário", a obrigação de expor, na denúncia, de maneira precisa, objetiva e individualizada, a participação de cada acusado na suposta prática delituosa. - O ordenamento positivo brasileiro [...] repudia as imputações criminais genéricas e não tolera, porque ineptas, as acusações que não individualizam nem especificam, de maneira concreta, a conduta penal atribuída ao denunciado. Precedentes. A PESSOA SOB INVESTIGAÇÃO PENAL TEM O DIREITO DE NÃO SER ACUSADA COM BASE EM DENÚNCIA INEPTA. (HC 84.580 SP/2009)

É imprescindível, no atuar judicial para aplicação do Direito Penal e do Processo Penal, uma filtragem constitucional. O ativismo judicial que originalmente busca, através do Poder Judiciário, suplantar as deficiências dos demais poderes em propor políticas públicas e produzir leis eficazes para sanar os déficits sociais, acaba se vendo não pode conformar uma gestão probatória de ofício.

A atuação proativa que vemos atualmente nas decisões do Supremo Tribunal Federal e do juiz Sergio Moro reflete a existência de uma politização, de grau indefinido, do Judiciário que colocam os direitos fundamentais na berlinda, numa linha tênue entre sua salvaguarda e violação.

4 O proativismo do magistrado Sergio Fernando Moro

Sérgio Fernando Moro, magistrado federal da 4ª Região, comanda o julgamento em primeira instância dos crimes apurados na Operação Lavajato, investigação que busca desvelar o maior esquema de corrupção do país, envolvendo políticos, empreiteiros e a Petrobrás.

O parlamento brasileiro, assolado pela corrupção, vive um momento de crise institucional, e sofre com o descrédito da sociedade brasileira. Os Poderes Executivo e Legislativo se mantêm inertes, numa tendência corporativista, o que não favorece as investigações e não contribui de forma efetiva para seu combate.

Nesta seara pouco colaborativa entre os Poderes, muitas vezes cabe ao Poder Judiciário, quando provocado, com fundamento nos princípios da inafastabilidade de jurisdição e da dignidade da pessoa humana, cumprir sua função institucional de proteger e cumprir o direito. É neste interim que surge o ativismo judicial penal e processual penal e a polêmica quanto à forma pouco ortodoxa utilizada para alterar o panorama vigente e fazer valer os preceitos constitucionais.

Na condução da Operação Lavajato, o magistrado se valeu de algumas práticas polêmicas, que revelam um atuar inquisidor, em desacordo com as atribuições que lhe são inerentes e fixadas pelo sistema acusatório optado, conforme já explanado, pela Constituição Federal.

Entre as práticas adotadas por ele na busca incessante pela “garantia da ordem pública” está a autorização de interceptação telefônica e do levantamento do sigilo das conversas, que é protegido por lei, incorrendo nos artigos 8º e 10 da Lei n. 9.296/1996 (Lei das Interceptações Telefônicas), a saber:

Art. 8º. A interceptação de comunicação telefônica, de qualquer natureza, ocorrerá em autos apartados, apensados aos autos do inquérito policial ou do processo criminal, preservando-se o sigilo das diligências, gravações e transcrições respectivas. (BRASIL, 1996)

Art. 10. Constitui crime realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, ou quebrar segredo da Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei. (BRASIL, 1996)

Ocorre que, parte dos grampos por ele autorizados e cujo sigilo foi retirado envolveu pessoas com foro privilegiado, como é o caso da então presidente Dilma Rouseff. Segundo a lei, grampos desta natureza só podem ser autorizados e julgados pelo Supremo Tribunal Federal, conforme art. 102, I, b.CF.

Não obstante, Moro ainda grampeou ligações entre advogados e clientes. O grampo nessas circunstâncias, se as motivações não se mostrarem sólidas e irrefutáveis, fere o Estatuto da Advocacia ao violar prerrogativa garantida na Lei 8.906/1994.

Em sua postura proativa, fato é que o magistrado fere princípio constitucional da inviolabilidade das comunicações conforme artigo 5º, inciso XII da CF/88. “XII-é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal” (BRASIL, 88).

As provas por ventura obtidas são e serão eivadas de ilegalidade, eis que derivam de autorização com insuficiência jurídica e teleológica e não podem embasar a formação de convencimento sob pena de rasgar a Constituição e desnaturar de toda a construção de valores que erigiu o Estado Democrático de Direito.

Muito se questiona sobre a relação entre a publicidade nacional e internacional da Operação LavaJato e a postura do magistrado, que por vezes aparece na mídia esclarecendo dúvidas e explanando fases da investigação. Integra-se aos questionamentos subjetivos quanto às intenções do magistrado o fato do mesmo contar cada vez mais com amplo apoio da população, leiga, que vê em suas medidas “corajosas” uma forma eficaz de dismantelar a corrupção que dilapida o erário e priva das necessidades mais fundamentais grande parte da população brasileira.

O ativismo judicial do juiz Sérgio Fernando Moro deixa dúvida se resguarda ou viola os direitos e garantias constitucionais. A justificativa de “garantia da ordem pública” não pode subsidiar todo e qualquer novo poder e atuação do Judiciário. Há um filtro constitucional rígido que se exige observar.

5 O ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal

Konrad Hesse², quando tratou da força normativa da Constituição já apontava para a predileção dos preceitos constitucionais à submissão aos fatores reais de poder³. A Constituição, longe de ser vista como uma mera carta de intenções como outrora, faz-se força ativa que exige o cumprir de suas normas mesmo diante da inoperância do Poder Executivo no que tange políticas públicas ou do Legislativo na regulamentação legislativa.

O Supremo Tribunal Federal é quem em última instância interpreta e guarda a Constituição tudo que nela está inserido. Contudo, frente às inerentes inflexões sofridas pelo Estado Democrático de Direito ao longo do tempo, o Tribunal Constitucional passou a exercer, ainda que de forma atípica o ativismo judicial no escopo de cumprir os preceito constitucionais. Sobre essa realidade, o Ministro Celso Antônio Bandeira de Mello⁴ destacou:

²Consulte mais sobre essa teoria na obra “A força normativa da Constituição”, de Konrad Hesse, editado por Sergio Antônio Fabris Editor, Porto Alegre, 1991. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991

³ Consulte mais sobre essa teoria na obra de Ferdinand Lassale. “A essência da Constituição”, editado pela Revista Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2001.

⁴ O excerto compõe explanação referencial proferida pelo Ministro Celso Antônio Bandeira de Mello, em nome do Supremo Tribunal Federal, na solenidade de posse do Ministro Gilmar Mendes na presidência da Suprema Corte do Brasil, em 23/04/2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/discursoCMposseGM.Pdf>>

É por isso que posso afirmar, Senhor Presidente, que esta Suprema Corte –que não se curva a ninguém nem tolera a prepotência dos governantes nem admite os excessos e abusos que emanam de qualquer esfera dos Poderes da República – desempenha as suas funções institucionais e exerce a jurisdição que lhe é inerente de modo compatível com os estritos limites que lhe traçou a própria Constituição. Isso significa reconhecer que a prática de jurisdição, quando provocada por aqueles que atingidos pelo arbítrio, pela violência e pelo abuso, não pode ser considerada – ao contrário do que muitos erroneamente supõem e afirmam –um gesto de indevida interferência desta Suprema Corte na esfera orgânica dos demais Poderes da República. Práticas de ativismo judicial, Senhor Presidente, embora moderadamente desempenhadas por esta Corte em momentos excepcionais, tornam-se uma necessidade institucional, quando os órgãos do Poder Público se omitem ou retardam, excessivamente, o cumprimento de obrigações a que estão sujeitos por expressa determinação do próprio estatuto constitucional, ainda mais se estiver presente que o Poder Judiciário, tratando-se de comportamentos estatais ofensivos à Constituição não pode se reduzir a uma posição de pura passividade.

O Supremo Tribunal Federal vem atuando de forma proativa gerando polêmica quanto ao viés garantidor de suas decisões não só devido ao teor das mesmas, mas também devido à ausência de legitimidade democrática e ao desvirtuamento de sua competência enquanto tribunal constitucional.

Na lógica jurídica, as inúmeras demandas que chegam ao judiciário, vindas do amplo rol de legitimados e da ampliação do acesso à justiça, promovem o controle difuso de constitucionalidade pelos magistrados competentes. As questões que se repetem sem um teor decisório consensual acabam chegando pelas vias processuais adequadas ao Supremo Tribunal Federal, que, entre outras formas, pode se valer das súmulas vinculantes para pacificar a jurisprudência sobre o tema.

Inicialmente, cite-se como exemplo a edição da Súmula Vinculante de nº 11, que versa sobre a restrição do uso de algemas embasado no princípio corolário da dignidade da pessoa humana. A publicação da súmula representou para uns o exercício de um direito fundamental em prol do Estado Democrático de Direito e para outros uma atuação atípica de manifesta inconstitucionalidade. Essa atuação foi um marco na discussão sobre a intromissão da Corte Suprema na atividade legislativa e na questão da quebra do pacto federativo da separação de poderes. Sobre as súmulas vinculantes Eduardo Appio leciona:

O STF passa a aceitar a incumbência de regular os mais importantes temas da agenda política do país, exercendo verdadeira atividade legislativa (positiva), convertendo-se, doravante, na Corte Constitucional mais ativista do mundo ocidental e principal Casa Legislativa do país. O resultado da súmula, muito embora correto do ponto de vista da ética política, é consequência do uso indevido de um instrumento normativo que deveria estar reservado para os casos de revisão da atividade política dos demais Poderes da República. Em uma democracia, os fins – mesmo que nobres – nunca justificam os meios. (APPIO, 2008).

As súmulas possuem o condão de vincular decisões sobre determinado tema modificam direitos inerentes ao processo penal. Questiona-se se a função de julgar de acordo com a Constituição, ainda que contra majoritariamente às pressões internas e externas à justiça, ainda é um signo da Suprema Corte.

Recentemente em uma decisão do STF no HC 126.292, por seis votos a cinco, houve franca violação do princípio da presunção da inocência, ao se permitir a possibilidade de prisão após uma condenação por colegiado de segunda instância. Previsto no artigo 5º, inciso LVII da CF/88 e no artigo 283, caput, do Código de Processo Penal esse princípio aduz que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal.

Sob o argumento de dar efetividade ao direito penal e resguardar os bens jurídicos por ele tutelados, o Supremo Tribunal Federal estendeu a inexistência da presunção de inocência para todos os cidadãos, em um verdadeiro “ativismo judicial às avessas”. Tal posicionamento foi traduzido nos seguintes excertos do voto sobre a questão do Ministro Luis Roberto Barroso⁵:

“O sistema penal brasileiro não tem funcionado adequadamente. A possibilidade de os réus aguardarem o trânsito em julgado dos recursos especial e extraordinário em liberdade para apenas então iniciar a execução da pena enfraquece demasiadamente a tutela dos bens jurídicos resguardados pelo direito penal e a própria confiança da sociedade na Justiça criminal. Ao se permitir que a punição penal seja retardada por anos e mesmo décadas, cria-se um sentimento social de ineficácia da lei penal e permite-se que a morosidade processual possa conduzir à prescrição dos delitos.” (páginas 7-8).

Os direitos ou garantias não são absolutos o que significa que não se admite o exercício ilimitado das prerrogativas que lhes são inerentes, principalmente quando veiculados sob a forma de princípios (e não regras), como é o caso da presunção de inocência. Enquanto princípio, tal presunção pode ser restringida por outras normas de estatura constitucional (desde que não se atinja o seu núcleo essencial), sendo necessário ponderá-la com os outros objetivos e interesses em jogo. (p.19)

Nessa ponderação, com a decisão condenatória em segundo grau de jurisdição, há sensível redução do peso do princípio da presunção de inocência e equivalente aumento do peso atribuído à exigência de efetividade do sistema penal. É que, de um lado, já há demonstração segura da autoria e materialidade e necessariamente se tem por finalizada a apreciação de fatos e provas. E, de outro, permitir o enorme distanciamento temporal entre fato, condenação e efetivo cumprimento da pena (que em muitos casos conduz à prescrição) impede que o direito penal seja sério, eficaz e capaz de prevenir os crimes e dar satisfação à sociedade. Nessa situação, o sacrifício que se impõe ao princípio da não culpabilidade –prisão do acusado condenado em segundo grau antes do trânsito em julgado –é superado pelo que se ganha em proteção da efetividade e da credibilidade da Justiça. E mais: interditar a prisão quando já há condenação em segundo grau confere proteção deficiente a bens jurídicos constitucionais tutelados pelo direito penal muito caros à ordem constitucional de 1988. (p.20)

⁵ O excerto compõe voto proferido pelo ilustre Ministro do Supremo Tribunal Federal Luiz Roberto Barroso junto ao Plenário do Supremo Tribunal Federal em votação que admitiu a execução da pena após condenação em segunda instância. São trechos das páginas 7-8; 19; 20, respectivamente.

O que se tem visto na atuação proativa do Supremo Tribunal Federal é uma miscelânea argumentativa claramente no desígnio de eleger bens jurídicos que se deseja tutelar e para se justificar, muitas vezes foge à razoabilidade e proporcionalidade, ferindo de morte a segurança jurídica.

O constituinte ao elencar na Constituição Federal direitos e garantias fundamentais, o fez exatamente porque insculpidos no mais topo do ordenamento jurídico pátrio, diploma condutor de todas as ordens, eles estariam protegidos de oscilações jurídicas e políticas que fatalmente viriam com a evolução da sociedade.

Por ser um instituto jurídico pós-positivista há que se ressaltar o caráter teleológico do ativismo judicial, que surgiu para reavivar o valor das normas e a hegemonia da constituição frente inoperância dos outros poderes. Sua função originária é a louvável sedimentação do Estado Democrático de Direito.

Há que se fazer jus a algumas aplicações dos preceitos constitucionais em decisões ativistas do Supremo. Entre elas destacam-se a declaração de inconstitucionalidade do regime integralmente fechado ao elevar o preceito constitucional da individualização da pena e a vedação da cobrança da taxa de matrícula em universidades públicas na Súmula Vinculante nº 12, em franco atendimento ao direito de todos à educação. Assim como essas, decisões como implantação da fidelidade partidária, distribuição de medicamentos e outras corroboram um rol de decisões em buscou-se dar máxima eficácia aos direitos ainda não cumpridos, seja pela retração do Legislativo ou ineficácia do Executivo.

Contudo, a atuação recente da Suprema Corte desvincula-se dos preceitos originários que fundamentaram o ativismo judicial. Em um cenário de ineficácia do direito penal e processual penal, o fenômeno do ativismo judicial vem servindo de fundamentação para interpretações da lei que servem ao sabor de intenções veladas de quem lhes aplica, em rude ataque à Constituição e violação a tudo aquilo que deveria *apriori* ser protegido. É o ativismo judicial às avessas, que ao justificar a proteção, corrompe os baluartes da proteção de bens jurídicos essenciais tanto aos indivíduos quanto à sociedade.

4 CONCLUSÃO

Dado o exposto o presente estudo possibilitou a análise entre o ativismo judicial e a crise da legalidade desbordando no desenvolvimento do atuar intervencionista do Poder

Judiciário frente às demandas sociais não solucionadas pelos demais poderes. Foi possível compreender o substrato do ativismo judicial e destacou-se parte da sua aplicação na seara penal e processual penal. A análise de decisões do juiz Sérgio Moro e do Supremo Tribunal Federal permitiu o percorrer de decisões prolatadas em instâncias judiciais inferiores e superiores concedendo uma visão ampla de como a oscilação na interpretação dos magistrados pode interferir diretamente na aplicação da Constituição Federal.

Reavivado seus propósitos originários, o ativismo judicial é legítimo e perfeitamente consentâneo com o Estado Democrático de Direito. Contudo, da forma como vem sendo aplicado nas esferas penal e processual penal, sugere-se uma reavaliação da atuação proativa dos juízes em sede de persecução criminal devido ao descumprimento dos preceitos constitucionais em decisões recentemente prolatadas. Pela própria complexidade social e institucional que lhe deu origem o ativismo judicial é imbuído de caráter contextual, podendo a intromissão do Poder Judiciário variar em intensidade e também nos efeitos consequenciais.

A postura proativa do juiz Sérgio Fernando Moro na operação Lavajato é tão preocupante e desrespeitosa quanto as decisões do Supremo Tribunal Federal, visto que em ambos os casos não há legitimidade democrática para inventar e aplicar qualquer coisa que seja não abarcada pela Constituição Federal.

Nesse sentido, carece de atenção a disfunção de caráter inquisitório que a falta de limites ao atuar do Poder Judiciário vem promovendo na esfera penal e processual penal. Não se pode admitir o desbordar da competência do Poder Judiciário que fira garantias e direitos fundamentais ou a democracia brasileira. A realidade conjuntural de incapacidade do direito penal e processual penal em garantir a pacificação social não pode conformar justificativas fluidas que não respeitem os preceitos humanos que protegem os indivíduos do poder punitivo exacerbado e desmedido do Estado. Urge-se o combate a toda e qualquer inflexão hermenêutica regressista destes direitos.

REFERÊNCIAS

APPIO, E. **Nepotismo: em uma democracia os fins nunca justificam os meios.** In: Consultor Jurídico: 24 ago. 2008. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-ago-24/democracia_fins_nunca_justificam_meios> Acesso em: 15 dez. 2016.

BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. Revista Atualidades Jurídicas – **Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB.** Ed. 4. Janeiro/Fevereiro.2009. Disponível em:

<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 15 dez. 2016.

_____, Luis Roberto. **Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo**. 2010. Disponível em: <<http://www.slideshare.net/chlima/constituicaodemocracia-e-supremacia-judicial-direito-e-politica-no-brasil-contemporaneo>>. Acesso em: 15 dez. 2016.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. 358 p.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 15 dez. 2016.

_____. **Lei 9.296/96, de 24 de julho de 1996**. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal .Diário Oficial da União, Brasília, 25 out. 1996.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas-corpus. Processo Penal acusatório-obrigação de o Ministério Público formular denúncia juridicamente apta**. São Paulo. Relator. Min. Celso de Mello. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5417693/habeas-corpus-hc-84580-sp>> . Acesso em 15 dez. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ações Declaratórias de Constitucionalidade n.º 43 e 44**. Voto do Ministro Luiz Roberto Barroso. Disponível em: < <http://s.conjur.com.br/dl/voto-ministro-barroso-prisao-antes.pdf>>. Acesso em: 15 dez. 2016.

CHEVALLIER, Jaques. **O Estado pós-moderno**. Tradução de Marçal Justen Filho, Belo Horizonte: Fórum, 2009. 309 p. Título original: L'État post-moderne.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

LASSALLE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. 6 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito penal do inimigo: a terceira velocidade do direito penal**. Curitiba: Juruá, 2011. 353 p.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal comentado**. 11 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e execução penal**. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010. 333 p.