

1. INTRODUÇÃO

A consolidação de um Estado Democrático de Direito garantidor dos direitos individuais e coletivos passa pela superação de entraves de toda ordem: econômicos, políticos, sociais e jurídicos.

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 notícias 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 o ativismo judicial, marco garantista endógeno ao Estado Democrático de Direito, tanto como instrumento que supre a inefetividade do direito penal quanto como instrumento que promove ou viola as garantias processuais penais.

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, permitem violações de direitos.

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 fortaleceu a 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. A respeito da natureza político-institucional do Supremo Tribunal Federal, dispõem Germana Belchior:

“Pela leitura do art. 102 da Constituição, constatamos que o STF não é uma autêntica Corte Constitucional, já que há uma série de atribuições previstas no dispositivo constitucional, formando um quadro amplo de competências, inclusive processos de natureza individual, dentre outros. Uma Corte especificamente Constitucional seria competente para apreciar somente o controle abstrato de constitucionalidade de atos normativos e os litígios interorgânicos, entre órgãos e autoridades estatais e entre unidades políticas. Questões individuais seriam por ele apreciadas apenas quando o conflito estiver ligado ao sistema constitucional.”

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.

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)

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 PROCESSUAL PENAL

Em uma sociedade onde a segurança pública e individual ainda não é uma realidade garantida pelo Estado assiste-se hoje a uma proliferação 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 valorosos 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:

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

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

típicas, veda a concessão de liberdade provisória, sem impor, por coerência lógica, um possível regime integral fechado; (...)

Impropriedades do Código de Transito 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).

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 opinio 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).

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 societario", 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, grifo nosso)

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, 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 SÉRGIO 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 Rousseff. 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 desmantelar 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.

O Supremo Tribunal Federal é quem em última instância interpreta a Constituição e o 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 preceitos constitucionais fundamentais. Sobre essa realidade, o Ministro Celso Antônio Bandeira de Mello⁴ destacou:

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 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.**(grifo nosso)

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

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>>

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:

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 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)

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, foge muitas vezes 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.

6. CONCLUSÃO

Dado o exposto buscou-se compreender o substrato do ativismo judicial e destacou-se parte da sua aplicação na seara penal e processual penal. A análise de decisões prolatadas pelo juiz Sérgio Fernando Moro e pelo Supremo Tribunal Federal percorreu 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.

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 assim, também nos seus 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 direitos fundamentais 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.

7. 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.

BELCHIOR, Germana Parente Neiva. **Supremo Tribunal Federal, Legitimidade e Corte Constitucional.** In: Revista Direito e Liberdade, Mossoró, V.8, n.1 (4). 07/11/2011. Disponível em

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.

_____. Supremo Tribunal Federal. **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.

FERREIRA, Eber de Meira. **Poder Judiciário, Ativismo Judicial e Democracia.** 2014. 150f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - USP, São Paulo.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**, 14. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012, v.1.

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.

MARCHI JÚNIOR, Antônio de Padova. **O princípio da legalidade e sua atuação no direito penal brasileiro: o protagonismo da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça quanto à delimitação do alcance dos tipos penais**. 2012. Fls. 240. Tese de Doutorado em Direito – Pós Graduação. Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2012.

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.

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