# XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

## TEORIAS DO DIREITO, DA DECISÃO E REALISMO JURÍDICO

**CLEULER BARBOSA DAS NEVES**

**JANAÍNA MACHADO STURZA**

Copyright © 2019 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

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 – Goías
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 Prof. Dr. Caio
Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

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

---

T314

Teorias do direito, da decisão e realismo jurídico [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFG / PPGDP

Coordenadores: Cleuler Barbosa das Neves

Janaína Machado Sturza – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-800-4
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo Crítico, Políticas Públicas e Desenvolvimento Inclusivo

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Encontro Nacional do CONPEDI (28 : 2019 : Goiânia, Brasil).

CDU: 34

---

Conselho Nacional de Pesquisa
Univeridade Ferderal de Goiás e Programa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis

Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

de Pós Graduação em Direito e Políticas Públicas
Goiânia - Goiás
https://www.ufg.br/

# XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

## TEORIAS DO DIREITO, DA DECISÃO E REALISMO JURÍDICO

---

## Apresentação

A presente publicação é resultado do GT N. 28 – Teoria do Direito, da Decisão e Realismo Jurídico, realizado no XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO, nos dias 19, 20 e 21 de junho, na Universidade federal de Goiás- UFG.

O presente grupo de trabalho buscou refletir sobre as Teorias do direito, da decisão e do realismo jurídico, especialmente sob a perspectiva da proposta deste GT – qual seja, direito e ciência jurídica, da teoria da norma jurídica, da teoria da norma e teoria da decisão, teoria do ordenamento jurídico, direito e linguagem, positivismo(s) jurídico(s). Também sob o ponto de vista do paradigma da cientificidade, da falseabilidade, do pragmatismo filosófico e jurídico. Seguindo este cenário, discuti-se as relações entre Direito, Estado e Sociedade: os modelos formalista, sistêmico-operacional e realista. Destaca-se, ainda, o pensamento sistemático aberto a valores: a relevância dos princípios e sua constitucionalização, para além do direito como sistema de regras e princípios. A relação entre direito e moral. Discurso jurídico. Judicialização. Ativismo judicial. Decisionismo. Idealismo jurídico. Neoconstitucionalismo. Teoria da norma e teoria da decisão. Pragmatismo. Discurso jurídico. Decisionismo. Idealismo jurídico.

Nesse sentido, apresentamos os trabalhos que nortearam as discussões deste GT:

A POLARIZAÇÃO POLÍTICA BRASILEIRA E OS EFEITOS (ANTI) DEMOCRÁTICOS DA DEMOCRACIA DELIBERATIVA, de autoria de Mauricio Martins Reis e Catharine Black Lipp João. Analisou os efeitos da polarização política na deliberação coletiva sob os ideais moral e epistêmico da democracia deliberativa. Serão abordadas teorias sobre o comportamento entre grupos sociais e a influência da polarização sobre eles para então serem examinados os pressupostos da democracia deliberativa e a sua prática na dinâmica do Tribunal do Júri. A abordagem é desenvolvida a partir do método indutivo, com o objetivo explicativo e o procedimento bibliográfico.

A SEPARAÇÃO DOS PODERES E OS DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS: UMA ANÁLISE À LUZ DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO, de autoria de José Arthur Figueiras Deolino e Heleno Veloso de Faria júnior. Tratou sobre a separação clássica de poderes, que criou um sistema de freios e contrapesos com fincas a evitar que cada poder ultrapasse a sua esfera de competência. A proposta da pesquisa foi analisar a funcionalidade da judicialização

da política e dos diálogos institucionais no Estado Democrático de Direito com escopo de assegurar os direitos fundamentais do cidadão preservando a separação de poderes. A metodologia utilizada será a teórico bibliográfica, através do procedimento metodológico dedutivo, afim de demonstrar que a judicialização da política está compatível com a separação clássica dos poderes, bem como, que a teoria dos diálogos institucionais assegura tal tripartição.

DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL À JUDICIALIZAÇÃO E AO ATIVISMO JUDICIAL, de autoria de Taysa Pacca Ferraz De Camargo. A presente pesquisa expõe a abrangência temática das normas constitucionais como indutor da ativa intervenção do Poder Judiciário quando provocado, em questões de grande impacto social, muito em razão da letargia dos demais Poderes da República. Analisar-se-á como tal abrangência contribui para a judicialização da política e consequentemente ao ativismo judicial, compreendido como uma postura proativa do Poder Judiciário.

DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL E LINGUAGEM JURÍDICO PENAL: OS LIMITES SEMÂNTICOS E JURÍDICOS ENTRE COGNITIVISMO E DECISIONISMO, de autoria de Ana Carolina Santana e Carlos Alberto Menezes. Este artigo se propõe a analisar a discricionariedade judicial na produção das decisões judicias penais. Será utilizada a epistemologia garantista para demonstrar que os pronunciamentos judiciais penais amparados em argumentos puramente éticos, morais ou políticos, não passam de mero decisionismo judicial. Será defendida a utilização de signos linguísticos precisos e determinados como forma de garantir que a semântica legal e a judicial estejam em coerência com a legalidade estrita e a estrita jurisdicionariedade, permitindo o exercício argumentativo de verificação e refutação. Aos naturais espaços de insegurança jurídica este trabalho proporá a aplicação dos princípios gerais como critérios pragmáticos de aceitação.

ENTRE MITOS E VERDADES SOBRE A IMPARCIALIDADE: A INFLUÊNCIA DA INTUIÇÃO NAS DECISÕES JUDICIAIS, de autoria de Taísa Magro Ostini e Sergio Nojiri. O objetivo do presente trabalho foi questionar o princípio da imparcialidade e seus efeitos práticos sobre os magistrados, a partir da investigação dos processos de tomada de decisão judicial. Para tanto, optou-se por uma abordagem interdisciplinar, construída sobre o marco teórico do realismo jurídico e com respaldo nos resultados de estudos psicológicos e neurocientíficos sobre os processos decisórios. O caminho percorrido permitiu afirmar a existência de decisões judiciais predominantemente intuitivas, influenciadas pela personalidade do julgador. A partir disso, concluiu-se pela inviabilidade de uma acepção ampla de imparcialidade (manifestada por juízes verdadeiramente imparciais) e pela interferência das emoções nos julgamentos.

JURISDIÇÃO CRIATIVA: PROMOÇÃO OU RISCO À ORDEM DEMOCRÁTICA?, de autoria de João Felipe Da Silva Neto , Ana Luiza Souza Carvalho. O presente trabalho pretende analisar a postura criativa do Poder Judiciário, diante da necessária efetivação dos direitos fundamentais previstos na Constituição, e as consequências para a ordem democrática constitucional. Inicialmente é feito um levantamento histórico dos direitos fundamentais, seu posicionamento no contexto constitucional e a necessidade de uma postura ativista do judiciário na garantia dos direitos fundamentais. Em seguida analisa os princípios da proporcionalidade e ponderação balizando o poder judiciário na sua atuação ativista. Por fim aponta as possíveis consequências da postura ativista do Poder Judiciário para a ordem democrática vigente.

NEOCONSTITUCIONALISMO: A REINTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO E O ATIVISMO JUDICIAL, de autoria de Maria De Lourdes Araújo Cavalcanti Mundim e Ivan Dias da Motta. O artigo resulta de pesquisa acadêmica de revisão bibliográfica acerca do neoconstitucionalismo e seus reflexos no movimento denominado por ativismo judicial. Indica que, pela ressignificação dos valores insertos na norma constitucional advém o neoconstitucionalismo, privilegiando uma interpretação orientada à efetivação dos direitos fundamentais. Neste cenário, compelido pela inevitabilidade da reinterpretação do pacto político social, ao Poder Judiciário, no pleno exercício da função jurisdicional, incumbe o papel de condutor da implementação de ações e políticas públicas que assegurem a concretização desta vontade de Constituição, o que vem se denominando ativismo judicial.

O BARÃO DE LA BRÈDE E DE MONTESQUIEU: A TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E O ATIVISMO JUDICIAL, de autoria de Guilherme Augusto De Vargas Soares e Luis Felipe Leão Saccol. Este pequeno ensaio busca demonstrar, de maneira contextualizada, o surgimento da teoria da separação dos poderes através do modelo tripartido de Montesquieu. Visa também ilustrar a importância da teoria da separação dos poderes para conter o ativismo judicial. Fazendo, assim, uma análise da recepção do referido instituto sob a ótica da Crítica Hermenêutica do Direito, tendo como ponto de partida as mudanças de paradigmas ocorridas com o processo de redemocratização instaurado pela Constituição Federal de 1988.

O CONVENCIMENTO DOS JUÍZES É MESMO LIVRE? UM ENSAIO SOBRE A NECESSIDADE DE IDENTIFICAÇÃO DE UM VERDADEIRO SISTEMA DE GARANTIAS PROCESSUAIS, de autoria de Pedro André Guimarães Pires , Karyna Batista Sposato. Nosso caminho histórico, marcado por uma construção pouco teórica do discurso jurídico, possui implicações na aplicação de um verdadeiro sistema de garantias processuais capaz de conter decisionismos e a arbitrariedade estatal. Algumas causas implicam efeitos

que revelam a necessidade de superar o livre convencimento. Modernidade tardia, esvaziamento do discurso constitucional e preponderância do político sobre o jurídico se correlacionam à mitigação das garantias processuais. Daí a necessidade de um sistema de garantias que supere a filosofia da consciência e resguarde a legitimidade democrática das decisões, o direito fundamental da parte a uma resposta correta, e o próprio estado de direito.

O IMPULSO DA POLITIZAÇÃO DO JUDICIÁRIO PELA INGERÊNCIA ESTATAL NA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, de autoria de Karla Vaz Fernandes e Susana Silva Araújo. Este artigo tem por objetivo discutir o quanto a força da atuação judiciária desnivela a interdependência harmônica dos poderes estatais. Serão revisadas bibliografias que visem identificar se há ou não positividade no impulso da politização do judiciário, em decorrência da ineficiência crônica do Estado na tentativa de garantir o acesso dos cidadãos aos direitos fundamentais. O texto busca demonstrar qual o grau de influência da ingerência estatal, legislativa e executiva, na concretização dos direitos fundamentais sobre o crescimento do chamado processo de politização do Judiciário brasileiro. Questiona-se se a intromissão judicial torna realmente efetiva a concretização dos direitos fundamentais.

OS DIREITOS HUMANOS NO BRASIL SÃO DIREITOS ?: UMA ANÁLISE CRÍTICA SOB A PERSPECTIVA DAS TEORIAS DOS DIREITOS HUMANOS E DO REALISMO JURÍDICO, de autoria de Jéssika Saraiva de Araújo Pessoa. Este artigo possui como objeto de estudo à efetividade dos Direitos Humanos, a sua materialização na realidade social brasileira, sob a perspectiva das teorias dos Direitos Humanos e do Realismo Jurídico. O problema que se propõe esse artigo é se os Direitos Humanos no Brasil são Direitos? ou meras garantias formais, ideologias a serem alcançadas?. Quando à metodologia, utilizou-se o método dedutivo, o procedimento o monográfico, o objetivo metodológico adotado foi o descritivo, a técnica de pesquisa aplicada foi à revisão bibliográfica e documental. O recorte teórico central são os autores Costa Douzinas, Lorena de Melo Freitas e Benjamin Cardozo.

OS EFEITOS DO PÓS-POSITIVISMO NO PROCESSO PENAL, de autoria de Manoela Pereira Moser. Esta pesquisa tem por objetivo a análise dos efeitos do pós-positivismo, através dos fenômenos do ativismo judicial e da judicialização, no âmbito do Processo Penal. Será realizado um estudo sobre o julgamento do AI no HC nº 239.363/PR, que declarou inconstitucional o preceito secundário do art. 273, §1º-B, V, do CP; e, aplicou a pena prevista no art. 33 da Lei 11.343/2006, bem como, o HC nº 152.752, que permitiu a execução da pena após a condenação em segundo grau. Por fim, procurar-se-á estabelecer quais os limites e os efeitos deste movimento para o Estado Democrático de Direito.

PRINCÍPIOS JURÍDICOS COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS DOUTRINAS PENAL E TRIBUTÁRIA, de autoria de Jamir Calili Ribeiro. A doutrina tem asseverado a existência de princípios jurídicos, especialmente em contraponto às regras. As doutrinas penal e tributária operam baseando-se em um conjunto de normas que elas nomeiam "princípios". A partir desta constatação, pretendeu-se defender a ideia de que as distinções entre princípios e regras não são necessárias para compreender o ordenamento jurídico e a sua aplicação, bastando compreender a noção interpretativa dada ao conceito de princípios sem que seja necessário contrapô-lo à ideia de regras. A hipótese que se defende é a de que as doutrinas penal e tributária tratam os princípios como rótulo para os direitos fundamentais.

REFLEXÕES SOBRE A FORMAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL À LUZ DO REALISMO JURÍDICO, de autoria de Victor Colucci Neto. Analisa-se o processo de formação da decisão judicial à luz do realismo jurídico, movimento desenvolvido nos Estados Unidos nas décadas de 1920 e 1930, frente à clássica ideia formalista de que os juízes seriam mero aplicados do direito ao caso concreto. Apresenta-se neste trabalho a abordagem da influência das preferências político-ideológicas ou pessoais do juiz no processo decisório, analisando modelos de comportamento judicial. Expõe-se ideia acerca da harmonização entre realismo e formalismo jurídico e o modelo dual de julgamento. A pesquisa ora desenvolvida visa refletir sobre o que realmente ocorre no processo de tomada de decisão judicial.

Desejamos a todos uma bela e produtiva leitura!!

Inverno de 2019.

Profa. Dra. Janaina Machado Sturza – Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUI

Prof. Dr. Cleuler Barbosa das Neves - Universidade Federal de Goiás - UFG

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.

# OS EFEITOS DO PÓS-POSITIVISMO NO PROCESSO PENAL

# THE EFFECTS OF POST-POSITIVISM IN CRIMINAL PROCEEDINGS

**Manoela Pereira Moser** [1]

**Resumo**

Esta pesquisa tem por objetivo a análise dos efeitos do pós-positivismo, através dos fenômenos do ativismo judicial e da judicialização, no âmbito do Processo Penal. Será realizado um estudo sobre o julgamento do AI no HC nº 239.363/PR, que declarou inconstitucional o preceito secundário do art. 273, §1º-B, V, do CP; e, aplicou a pena prevista no art. 33 da Lei 11.343/2006, bem como, o HC nº 152.752, que permitiu a execução da pena após a condenação em segundo grau. Por fim, procurar-se-á estabelecer quais os limites e os efeitos deste movimento para o Estado Democrático de Direito.

**Palavras-chave:** Pós-positivismo, Ativismo judicial, Judicialização, Stf, Processo penal

**Abstract/Resumen/Résumé**

This research aims to analyse the effects of post-positivism, through the phenomena of judicial activism and judicialization, within the framework of Criminal Procedure. The study will be carried out on the trial of IA in HC nº 239,363/PR, which declared unconstitutional the secondary precept of art. 273, paragraph 1-B, V, CP; and, applied the penalty provided in art. 33 of Law 11,343/2006, as well as, HC nº 152,752 which allowed for the execution of the sentence after conviction in the second degree. Finally, it intends to establish the limits and effects of this movement for the Democratic State of Right.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Post-positivism, Judicial activism, Judicialization, Stf, Criminal procedure

[1] Mestranda em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA.

## I INTRODUÇÃO

O presente artigo procura contextualizar a atuação do Judiciário, sob a filosofia do pós-positivismo, após a promulgação da Constituição de 1988, e seus efeitos no Processo Penal.

Para tanto, far-se-á, primeiramente, uma exposição sobre o pós-positivismo, filosofia que embasa o neoconstitucionalismo, analisando sua origem, características e os efeitos produzidos no ordenamento jurídico brasileiro, em especial, quanto a supremacia do Poder Judiciário.

Após, será analisado, a conceituação de judicialização e ativismo judicial, e a diferença entre este e a auto-contenção judicial.

Em seguida, verificará exemplos destes fenômenos no caso concreto. Primeiro, através do estudo do julgamento do Agravo de Instrumento no Habeas Corpus nº 239.363/PR em que o STJ julgou inconstitucional o preceito secundário do art. 273, §1º-B, V, do Código Penal e aplicou a pena prevista no art. 33 da Lei 11.343/2006 (Lei de Drogas). No final do ano de 2018 foi reconhecida a Repercussão Geral pelo STF, aguardando julgamento acerca da inconstitucionalidade da pena e da possibilidade de aplicar a pena de outro crime ao caso concreto.

O segundo, através do estudo do julgamento do Habeas Corpus nº 152.752/PR, impetrado pelo ex-presidente Lula, que permitiu a execução da pena após condenação em 2º grau.

Por fim, analisar-se-á como esses fenômenos podem ferir princípios basilares do Direito Penal e do Estado Democrático de Direito, bem como, os cuidados para legitimar a atuação do Poder Judiciário.

## II O SURGIMENTO DO PÓS-POSITIVISMO E O CONSEQUENTE AUMENTO DA FORÇA JUDICIAL

O positivismo, criado na França do século XIX, através de estudos desenvolvidos por Auguste Comte e John Stuart Mill, com o intuito de estabelecer a segurança jurídica assim como limitar o poder discricionário do rei (jusnaturalismo), trazendo objetividade ao sistema.

A titularidade do poder passou a ser atribuída ao povo, de modo que a lei tornou-se expressão da soberania popular, trazendo, conseqüentemente, a supervalorização do diploma normativo.

Os princípios, então, tinham natureza meramente interpretativa, e serviam como orientação ao legislador para garantir a homogeneidade da norma.

Com o passar dos anos, a norma foi se mostrando fraca e incapaz de suprir novas necessidades, principalmente, após os acontecimentos liderados pelo fascismo e pelo nazismo:

> [...] a decadência do positivismo é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha. Esses movimentos políticos e militares ascenderam ao poder dentro do quadro de legalidade vigente e promoveram a barbárie em nome da lei. Os principais acusados de Nuremberg invocaram o cumprimento da lei e a obediência a ordens emanadas da autoridade competente. (BARROSO, 2018, p. 280)

Assim, devido a complexidade da sociedade e a dificuldade em se garantir a justiça, sem mitigar o preceito da norma, percebeu-se a importância de colocar conteúdo humanitário na atividade jurídica, implantando um modelo axiológico ao Direito.

Neste contexto, surge o pós-positivismo, filosofia que embasa o neoconstitucionialismo, com o intuito de impor limites valorativos ao aplicador do direito, através dos estudos de Dworkin e Robert Alexy.

Este novo modelo foi marcado pela abertura valorativa do sistema jurídico, pela normatividade dos princípios e pela Constitucionalização do Direito.

De modo que, os princípios que no positivismo tinham natureza meramente supletiva, e encontravam-se principalmente nos Códigos esparsos, passam a ter força normativa e estruturante, codificados pela Constituição, que acabou por tornar-se o centro do sistema jurídico e a principal fonte de tais princípios, buscando desta forma a concretização dos direitos fundamentais.

Atualmente, é possível verificar uma aproximação entre o Direito e a Ética, a Moral e a Justiça. Observam-se juízes com um papel não apenas de aplicador da norma, mas também de interprete da mesma.

No Brasil, os efeitos do pós-positivismo podem ser claramente identificados com a promulgação da Constituição de 1988, momento em que se instaurou o Estado Democrático de Direito, dando inicio ao processo de redemocratização. A força política do Poder

Judiciário, em especial, das Cortes Constitucionais, que no Brasil é representada pelo Supremo Tribunal Federal, ganhou destaque.

Como conseqüência, os fenômenos conhecidos como ativismo judicial e judicialização da política tornaram-se corriqueiros.

## III ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇAO

O ativismo judicial está ligado a uma atuação mais ampla do Judiciário para a efetivação de valores e direitos, dentro do âmbito interpretativo:

"é uma atitude, uma escolha de modo proativo de interpretar a Constituição, expandindo seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retratação do Poder Legislativo" (BARROSO, 2009, p. 22).

Diferente da judicialização, que é um fenômeno político que consiste em levar ao Poder Judiciário questões de larga escala política ou social, que por não terem sido resolvidas pelas instâncias tradicionais, como o Legislativo e o Executivo, fazem o Judiciário atuar além da sua competência:

"é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado por vontade política" (BARROSO, 2009, p. 21).

O oposto do ativismo é conhecido como auto-contenção judicial, conduta em que o judiciário procura reduzir sua interferência na ação dos outros poderes.

### III.I AI no HC 239.363/PR

O ano de 1998 foi marcado por alguns escândalos envolvendo a falsificação de remédios. O mais conhecido deles foi o caso dos anticoncepcionais de farinha, conhecidos como Microvlar, fabricados pela Schering do Brasil, onde um determinado lote foi distribuído em todo o Brasil sem o componente ativo, produzido com conteúdo totalmente ineficaz.

No caso acima, diversas mulheres acabaram engravidando e, apesar de várias vidas terem sido geradas inesperadamente, não foi constatado a ocorrência de eventos tipicamente lesivos, nem nas grávidas, nem nos fetos, nem nos nascidos.

O mesmo não ocorreu nos casos como o Androcur, utilizado para o tratamento de câncer de próstata, fabricado pela Schering do Brasil e também falsificado na forma de

farinha; assim como o antibiótico adulterado contra infecção hospitalar, Trioxina. Ambos causaram diversas doenças e mortes.

Em resposta a comoção social em relação aos casos acima citados, foi sancionada a Lei de Remédios, nº 9.677, de 2 de julho de 1998, a qual introduziu o art. 273, e seus parágrafos, classificando-o no rol de crimes hediondos:

> **Falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais**
>
> Art. 273 - Falsificar, corromper, adulterar ou alterar produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais:
>
> Pena - reclusão, de 10 (dez) a 15 (quinze) anos, e multa.
>
> § 1º - Nas mesmas penas incorre quem importa, vende, expõe à venda, tem em depósito para vender ou, de qualquer forma, distribui ou entrega a consumo o produto falsificado, corrompido, adulterado ou alterado.
>
> § 1º-A - Incluem-se entre os produtos a que se refere este artigo os medicamentos, as matérias-primas, os insumos farmacêuticos, os cosméticos, os saneantes e os de uso em diagnóstico.
>
> § 1º-B - Está sujeito às penas deste artigo quem pratica as ações previstas no § 1º em relação a produtos em qualquer das seguintes condições:
>
> I - sem registro, quando exigível, no órgão de vigilância sanitária competente;
>
> II - em desacordo com a fórmula constante do registro previsto no inciso anterior;
>
> III - sem as características de identidade e qualidade admitidas para a sua comercialização;
>
> IV - com redução de seu valor terapêutico ou de sua atividade;
>
> V - de procedência ignorada;
>
> VI - adquiridos de estabelecimento sem licença da autoridade sanitária competente. (BRASIL, 1998c)

Justificando o Projeto de Lei, foi destacado o fato de que o delito "retira da vítima potencial a oportunidade de proteção, na suposição, aliás, de estarrecendo o tratamento eficaz contra o seu mal" (BRASIL, 1998a, p. 15), e, em razão de sua gravidade o legislador optou em aplicar uma pena tão elevada.

Vale ressaltar ainda, o estudo de Ulrich Beck acerca da sociedade de risco. Para ele, os riscos modernos que ameaçam a vida e a saúde humana possuem alcance universal e indeterminado:

"primeiro, que riscos da modernidade emergem ao mesmo tempo vinculados espacialmente e desvinculadamente com um alcance universal; e segundo, quão incalculáveis e imprevisíveis são os intrincados caminhos de seus efeitos nocivos." (BECK, 2011, p. 33)

A tese de Beck explica o perigo de tais crimes, pois torna-se impossível prever o número de vítimas ou mesmo todos os possíveis resultados, tais como doenças ou deformações, ou até morte.

No entanto, no ano de 2015, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, julgou por maioria, a inconstitucionalidade do preceito secundário do art. 273, §1º-B, V, do CP, aplicando a pena do art. 33 da Lei de Drogas, conforme se observa do Informativo nº 559, 6 a 16 de abril de 2015, do STJ:

> É inconstitucional o preceito secundário do art. 273, § 1º-B, V, do CP - "reclusão, de 10 (dez) a 15 (quinze) anos, e multa" -, devendo-se considerar, no cálculo da reprimenda, a pena prevista no *caput* do art. 33 da Lei 11.343/2006 (Lei de Drogas), com possibilidade de incidência da causa de diminuição de pena do respectivo § 4º. De fato, é viável a fiscalização judicial da constitucionalidade de preceito legislativo que implique intervenção estatal por meio do Direito Penal, examinando se o legislador considerou suficientemente os fatos e prognoses e se utilizou de sua margem de ação de forma adequada para a proteção suficiente dos bens jurídicos fundamentais. Nesse sentido, a Segunda Turma do STF (HC 104.410-RS, DJe 27/3/2012) expôs o entendimento de que os "mandatos constitucionais de criminalização [...] impõem ao legislador [...] o dever de observância do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente. A idéia é a de que a intervenção estatal por meio do Direito Penal, como *ultima ratio*, deve ser sempre guiada pelo princípio da proporcionalidade [...] Abre-se, com isso, a possibilidade do controle da constitucionalidade da atividade legislativa em matéria penal". Sendo assim, em atenção ao princípio constitucional da proporcionalidade e razoabilidade das leis restritivas de direitos (CF, art. 5º, LIV), é imprescindível a atuação do Judiciário para corrigir o exagero e ajustar a pena de "reclusão, de 10 (dez) a 15 (quinze) anos, e multa" abstratamente cominada à conduta inscrita no art. 273, § 1º-B, V, do CP, referente ao crime de ter em depósito, para venda, produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais de procedência ignorada. Isso porque, se esse delito for comparado, por exemplo, com o crime de tráfico ilícito de drogas (notoriamente mais grave e cujo bem jurídico também é a saúde pública), percebe-se a total falta de razoabilidade do preceito secundário do art. 273, § 1º-B, do CP, sobretudo após a edição da Lei 11.343/2006 (Lei de Drogas), que, apesar de ter aumentado a pena mínima de 3 para 5 anos, introduziu a possibilidade de redução da reprimenda, quando aplicável o § 4º do art. 33, de 1/6 a 2/3. Com isso, em inúmeros casos, o esporádico e pequeno traficante pode receber a exígua pena privativa de liberdade de 1 ano e 8 meses. E mais: é possível, ainda, sua substituição por restritiva de direitos. De mais a mais, constata-se que a pena mínima cominada ao crime ora em debate excede em mais de três vezes a pena máxima do homicídio culposo, corresponde a quase o dobro da pena mínima do homicídio doloso simples, é cinco vezes maior que a pena mínima da lesão corporal de natureza grave, enfim, é mais grave do que a do estupro, do estupro de vulnerável, da extorsão mediante sequestro, situação que gera gritante desproporcionalidade no sistema penal. Além disso, como se trata de crime de perigo abstrato, que independe da prova da ocorrência de

> efetivo risco para quem quer que seja, a dispensabilidade do dano concreto à saúde do pretenso usuário do produto evidencia ainda mais a falta de harmonia entre esse delito e a pena abstratamente cominada pela redação dada pela Lei 9.677/1998 (de 10 a 15 anos de reclusão). Ademais, apenas para seguir apontando a desproporcionalidade, deve-se ressaltar que a conduta de importar medicamento não registrado na ANVISA, considerada criminosa e hedionda pelo art. 273, § 1º-B, do CP, a que se comina pena altíssima, pode acarretar mera sanção administrativa de advertência, nos termos dos arts. 2º, 4º, 8º (IV) e 10 (IV), todos da Lei n. 6.437/1977, que define as infrações à legislação sanitária. A ausência de relevância penal da conduta, a desproporção da pena em ponderação com o dano ou perigo de dano à saúde pública decorrente da ação e a inexistência de consequência calamitosa do agir convergem para que se conclua pela falta de razoabilidade da pena prevista na lei, tendo em vista que a restrição da liberdade individual não pode ser excessiva, mas compatível e proporcional à ofensa causada pelo comportamento humano criminoso. Quanto à possibilidade de aplicação, para o crime em questão, da pena abstratamente prevista para o tráfico de drogas - "reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa" (art. 33 da Lei de drogas) -, a Sexta Turma do STJ (REsp 915.442-SC, DJe 1º/2/2011) dispôs que "A Lei 9.677/98, ao alterar a pena prevista para os delitos descritos no artigo 273 do Código Penal, mostrou-se excessivamente desproporcional, cabendo, portanto, ao Judiciário promover o ajuste principiológico da norma [...] Tratando-se de crime hediondo, de perigo abstrato, que tem como bem jurídico tutelado a saúde pública, mostra-se razoável a aplicação do preceito secundário do delito de tráfico de drogas ao crime de falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais. (BRASIL, 2015b, p. 3-4)

O Ministro Sebastião Reis Junior, relator do caso, assim fundamentou:

> tornando crime hediondo condutas que mais se aproximam de meras infrações administrativas, como a importação de remédio ainda não registrado nos órgão competentes - sem sequer indagar se a droga faria bem ou mal à saúde do doente -, cominando pena privativa de liberdade altíssima para conduta que se limita a descumprir regramento administrativo, o que leva à conclusão inexorável de que se trata de norma desenganadamente inconstitucional, "por violação da garantia do devido processo legal (CR, art. 5º, LIV) em seu aspecto substantivo (substantive due process of law) , que pressupõe o correto processo de elaboração legislativa e de que as leis sejam proporcionais e razoáveis (são os denominados princípios da razoabilidade e da proporcionalidade) (BRASIL, 2015a, p. 5)

Neste caso, verifica-se que o STJ prezou pelo principio da proporcionalidade, e acabou por considerar a pena do delito, do art. 273, §1º-B, V, do CP de 10 a 15 anos, inconstitucional. Ainda, tal decisão foi além, e em substituição ao previsto no art. 273, fixou a pena base prevista no art. 33, da Lei de Drogas, qual seja, de 5 a 15 anos.

Vale destacar o entendimento do Ministro Eros Grau acerca do uso indiscriminado dos princípios pelos juízes, em especial quanto ao principio da proporcionalidade, que acarreta incerteza e insegurança jurídica:

> banalização dos "princípios" (entre aspas) da proporcionalidade e da razoabilidade, em especial do primeiro, concebido com um principio superior, aplicável a todo e qualquer caso concreto - o que conferiria ao Poder Judiciário a faculdade de "corrigir" o legislador, invalidando a competência deste (GRAU, 2018, p. 20)

O Direito Penal se distingue dos demais ramos do Direito por ser considerado de *ultima ratio*, sendo utilizado apenas quando há violação a determinados bem jurídicos considerados fundamentais, e, quanto a sua pena, mais grave que as demais sanções jurídicas, pois possui conteúdo retributivo e ressocializador.

> A gravidade dos meios que o Estado emprega na repressão do delito, a drástica intervenção nos direitos mais elementares e, por isso mesmo, fundamentais da pessoa o caráter de ultima ratio que esta intervenção deve ter, impõem necessariamente a busca de um principio que controle o poder punitivo estatal e que confirme sua aplicação em limites que excluam toda arbitrariedade e excesso do poder punitivo (BITENCOURT, 2010, p. 40)

É possível limitar o poder punitivo estatal e garantir a proteção dos direitos fundamentais aos cidadãos através do principio da legalidade, também conhecido como da reserva legal, "*nullum crimen nulla poena sine lege",* consagrado na Constituição Federal art. 5º, XXXIX, nos seguintes termos:

"não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem previa cominação legal" (BRASIL, 1988b)

Por isso, ele é considerado um dos princípios basilares do Direito Penal Brasileiro:

"o principio da legalidade, base estrutural do próprio estado de direito, é também a pedra angular de todo o direito penal que aspire à segurança jurídica" (BATISTA, 2007, p. 67)

"O principio da reserva legal é um imperativo que não admite desvios nem exceções e representa uma conquista da conseqüência jurídica que obedece a exigência de justiça, que somente os regimes totalitários o tem negado." (BITENCOURT, 2010, P. 41)

Sua rigidez e importância é tanta, que a Constituição fixou que é competência privativa da União legislar sobre o Direito Penal (art. art. 22, I), permitindo-o apenas através de Lei Federal.

Este principio pode ser decomposto em outro corolário jurídico de extrema importância para o processo penal, *"nullum crimen nulla poena sine lege stricta"*, que proíbe o emprego de analogia para criar crimes, fundamentar ou agravar penas, ou seja, a chamada analogia *in mallam partem*. O mesmo determina que "A lei penal deve descrever especificadamente um fato determinado (*lex certa*), e cominar-lhe uma pena igualmente especifica e determinada". (PAULO; ALEXANDREINO, 2011, p. 169)

Ao determinar a inconstitucionalidade do preceito secundário de um artigo, e aplicar a pena de outro, o juiz estaria criando um novo tipo penal hibrido, violando o principio da legalidade e fazendo uso do emprego de analogia *in mallam partem*, pratica proibida pelo nosso sistema jurídico.

Ademais, dentre as competências do STF elencadas no art. 102 da CF, é possível verificar a realização do Controle de Constitucionalidade, que consiste em verificar a conformidade das leis e dos atos normativos editados pelo Poder Publico, com a Constituição Federal. Através dele, "o judiciário estaria autorizado a invalidar um ato do Legislativo, mas não a substituí-lo por um ato de vontade própria" (BARROSO, 2018, p. 409), ou seja, de maneira alguma ele estaria autorizado a criar uma pena, correndo o risco de invadir a esfera de atuação do Poder Legislativo e tornar-se um juiz legislador.

Neste mesmo sentido, foi destacado pelo Ministro Moreira Alves, no julgamento do Resp 1.417/DF, em 09 de dezembro de 1987:

> AO DECLARAR A INCONSTITUCIONALIDADE DE UMA LEI EM TESE, O S.T.F. - EM SUA FUNÇÃO DE CORTE CONSTITUCIONAL - ATUA COMO LEGISLADOR NEGATIVO, MAS NÃO TEM O PODER DE AGIR COMO LEGISLADOR POSITIVO, PARA CRIAR NORMA JURÍDICA DIVERSA DA INSTITUIDA PELO PODER LEGISLATIVO (BRASIL, 1987)

De modo que haveriam duas soluções juridicamente viáveis, quais sejam:

a) a não aplicação de pena, pela inconstitucionalidade total do dispositivo, tendo em vista que os preceitos primário e secundário de um tipo penal são indivisíveis, e a conseqüente atipicidade da conduta;

b) o reconhecimento da inconstitucionalidade parcial, adotando o preceito secundário do art. 273 do CP anterior a reforma de 1998, qual seja, pena entre 1 a 3 anos.

Atualmente, foi reconhecida, por unanimidade de votos, a Repercussão Geral em Recurso Extraordinário nº 979.962–RS, no Supremo Tribunal Federal pelo Ministro Relator Roberto Barroso, em 03 de agosto de 2018:

> DIREITO CONSTITUCIONAL E PENAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. IMPORTAÇÃO DE MEDICAMENTOS SEM REGISTRO SANITÁRIO. EXAME DE PROPORCIONALIDADE DA PENA. PRESENÇA DE REPERCUSSÃO GERAL.
> 1. A decisão recorrida declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do preceito secundário do art. 273 do Código Penal, cuja pena cominada é 10 (dez) a 15 (quinze) anos de reclusão, para aqueles que importam medicamento sem registro na ANVISA (art. 273, § 1º-B, do CP).
> 2. O Tribunal de origem afirmou que viola o princípio da proporcionalidade a cominação de pena elevada e idêntica para uma conduta completamente diversa daquela praticada por quem falsifica, corrompe, adultera ou altera produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (art. 273, caput, do CP). Em razão disso, indicou que a conduta do § 1º-B, I, do art. 273, do Código Penal, deve ser sancionada com base no preceito secundário do art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006.
> 3. Constituem questões constitucionais relevantes definir (i) se a cominação da pena em abstrato prevista para importação de medicamento sem registro, tipificada no art. 273, § 1º-B, I, do Código Penal, viola os princípios da proporcionalidade e da ofensividade; e (ii) se é possível utilizar preceito secundário de outro tipo penal para fixação da pena pela importação de medicamento sem registro. (BRASIL, 2018b)

O Recurso ainda não foi julgado pelo Supremo. Tal recurso decidirá quanto a inconstitucionalidade do preceito secundário do art. 273, §1º-B do CP e sobre a possibilidade de utilizar a pena de outro delito. Eis a importância em se discutir tal tema em todas as esferas.

### III.II HC 152.752/PR

Desde a promulgação da Constituição Federal de 1988 até o ano de 2008, o STF entendia que era possível a execução de sentença após condenação em 1º ou 2º grau.

Em 2009, no julgamento do HC 84.078, de relatoria do Ministro Eros Grau, o STF considerou que o disposto no art. 5º, LVII, da CF vedaria qualquer tipo de execução provisória da pena.

Assim, em 2011, foi aprovada a Lei 12.403 que alterou o art. 283 do CPP e deu a seguinte redação: "Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e

fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva." (BRASIL, 2011)

Todavia, em 2016, no julgamento do HC 126.292/SP, entendeu-se pela necessidade de realização de mutação constitucional, fenômeno que "permite a transformação do sentido e do alcance de normas da Constituição, sem que se opere, no entanto, qualquer modificação do seu texto" (BARROSO, 2018, p. 160), permitindo a execução da pena logo após a condenação em 2º grau, salvo expressa atribuição de efeito suspensivo de recurso cabível. Em seguida, a decisão foi confirmada pelo indeferimento, por maioria, das cautelares das ADCs 43 e 44, que visavam a proclamação da constitucionalidade do art. 273, do CPP. Quanto ao mérito, ainda encontra-se pendente para julgamento.

A mutação constitucional se difere da Reforma Constitucional no sentido que esta passa por um processo formal através de mecanismos "definidos pelo poder constituinte originário (emendas), alterando, suprimindo ou acrescentando artigos ao texto original" (LENZA, 2011, p. 136)

Recentemente, o assunto voltou a ser amplamente discutido no julgamento do Habeas Corpus nº 152.752/PR impetrado pelo ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, para impedir a execução provisória da pena confirmada pelo TRF-4, que por maioria de votos negou a ordem, restando vencidos os Ministros Gilmar Mendes, Dias Toffoli, Ricardo Lewandoski, Marco Aurelio e Celso de Mello.

Acompanharam o voto do Relator Ministro Edson Fachin, os Ministros Alexandre de Moraes, Luis Roberto Barroso, Rosa Weber, Luis Fux e Carmem Lucia.

No voto, o Ministro Luiz Roberto Barroso, utilizou dados estatísticos para demonstrar que pouco mais que 1% dos recursos modificam o resultado em favor do réu e fundamentou sua decisão da seguinte forma:

"o pressuposto para a decretação da prisão do sistema constitucional brasileiro não é o esgotamento dos recursos com o transito em julgado; o pressuposto é a ordem escrita e fundamentada da autoridade competente" (BRASIL, 2018a, p. 174)

Segundo ele, a interpretação dada pela decisão prolata em 2009 trouxe impactos negativos no mundo real, autorizando a mudança no entendimento do Tribunal e a ocorrência da pratica da mutação constitucional.

Dentre os impactos negativos observados: "incentivo a interposição infindável de recursos procrastinatórios", "seletividade do sistema punitivo brasileiro" e o "descrédito do

sistema de Justiça penal junto à sociedade pela demora quase perene nas punições e pelas freqüentes prescrições" (BRASIL, 2018a, p. 164).

Segundo ele, de 2016 para cá, não houve mudança na realidade social ou na compreensão do Direito, de modo que a interpretação foi mantida.

O julgamento desconsiderou o disposto no art. 283 do CPP, que encontra-se pendente de julgamento acerca da sua constitucionalidade e deu um novo sentido ao transito em julgado:

> Em suma, ao redefinir a expressão "transito em julgado", essa Suprema Corte não apenas ultrapassou os limites semânticos do texto constitucional, como esvaziou seu sentido originário, ou mais primitivo, na medida em que segundo a interpretação proposta pelo Ministro Teoria Zavascki - e vencedora no plenário do Tribunal - "transito em julgado" se converteu, precisamente, em "não transito em julgado" (STRECK, 2018, p. 323)

Em nosso Estado de Direito atual, o direito à liberdade é um corolário lógico do princípio constitucional da presunção de inocência: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (art. 5º, LVII).

Assim, a prisão antes do transito em julgado, é medida excepcional, devendo somente ser decretada e mantida com absoluta necessidade, preenchendo os requisitos dispostos no art. 312 do CPP. Todavia, para o cumprimento da pena, faz-se necessário ainda, a culpabilidade, que segundo a Constituição exige o transito em julgado.

Para Lenio Streck, "nitidamente, o Supremo Tribunal Federal transformou a decisão juridica-constitucional *stricto sensu* em um assunto moral e político acerca da impunidade" (STRECK, 2018, p. 318).

Da análise do caso supracitado, percebe-se o fenômeno da judicialização, pois o Judiciário atuou a pedido da sociedade, buscando a efetividade do processo penal e o impedimento da impunidade, fundamentando sua decisão em dados fáticos e desconsiderando a Constituição e a lei infraconstitucional.

Deve-se ter em mente que o juiz, embora não eleito, exerce um poder representativo, e, para manter o espírito democrático, deverá, em algumas situações, atuar de modo contramajoritário, para proteger o individuo contra abusos e violações do Estado.

Neste sentido, BARROSO entende que a democracia não tem a responsabilidade de apenas garantir o principio majoritário, mas também de "proteger valores e direitos

fundamentais, mesmo que contra a vontade circunstancial de quem tem mais votos". (2018, p. 326)

## IV CRITICAS E PERIGOS DO ATIVISMO JUDICIAL

O Estado Democrático de Direito é fundamentado no principio da separação dos poderes previsto no art. 2º, da CF, segundo ele, os Poderes Judiciário, Legislativo e Executivo, são independentes e harmônicos entre si, como "modalidade de freios e contrapesos. A razão é, ou deveria ser, fácil de compreender, pois em um Estado Democrático, aquele ente estatal que tem a função de julgar casos sob a lei não deve criá-las". (STRECK, 2018, p. 296)

O novo modelo constitucional, trazido pela promulgação da Constituição de 1988, somada a dificuldade enfrentada pelo Legislativo, que gera descrédito e desconfiança em suas funções, aumentou a força do Poder Judiciário a ponto de extrapolar suas atribuições com o intuito de atender as demandas que não foram satisfeitas pelas demais vias originais, transformando-o em um poder constituinte originário.

O ativismo judicial e a judicialização são fenômenos importantes que se instalaram diante da crise política em que o pais se encontra, mas que quando utilizados de modo excessivo, pode se dissimular e acarretar um problema ao invés de trazer uma solução, em especial no âmbito do processo penal, um ramo muito sensível do Direito, conforme verificamos nos casos trazidos a baila.

A questão principal talvez seria "poderia um Estado, poderia uma democracia existir sem que os juízes fossem servos da lei?" (GRAU, 2018, p.167)

Primeiramente, deve-se ponderar o risco à legitimidade da democracia tendo em vista que membros do Judiciário não são agentes políticos eleitos através de voto popular, apesar de regularmente desempenhar um papel político, inclusive de invalidar atos de outros poderes.

Apesar da Democracia ser caracterizada pela supremacia do voto popular, a Constituição Federal permitiu e concedeu este poder ao Judiciário, através do Controle de Constitucionalidade.

De modo que, a legitimidade do juiz é alcançada quando sua decisão é fundamentada de modo racional e constitucionalmente embasada (BARROSO, 2009, p.26), "o limite contra discricionariedades está na fundamentação pela principiologia da Constituição, pois o juiz, na

tomada de decisão deverá optar pela resposta correta, ou seja, conforme a Constituição" (OLIVEIRA, 2010, p.297).

Ademais, o juiz deve agir sob a égide da presunção de validade das leis e tomar cuidado para não cometer excessos e banalizar direitos fundamentais, pois a partir do momento em que tudo é considerado direito fundamental, então nada é realmente fundamental. (FERNANDES; BICALHO, 2011, p. 127)

Pois quando a ponderação predomina no julgamento, há larga margem de subjetividade, ganha-se em justiça mas perde-se a segurança jurídica e a objetividade do sistema. (FERNANDES; BICALHO, 2011, p. 127)

No processo penal, os perigos se agravam, pois ferem diretamente direitos e garantias individuais.

"A pior das ditaduras é a do Judiciário, pois nelas não se tem a quem recorrer." (DAMASCENO, 2018)

Para o desenvolvimento da democracia de forma plena é necessária uma postura sólida e efetiva de todos os poderes, de modo harmônico. Todavia, atualmente, percebe-se que o Judiciário vem atuando e extrapolando suas funções muito pela necessidade de suprir a omissão dos demais poderes.

Portanto, faz-se necessária uma mudança política e um Legislativo mais ativo, para que esta atuação não se faça tão necessária.

## V CONCLUSÕES FINAIS

Com o advento do pós-positivismo e a promulgação da Constituição Federal de 1988, houve uma expansão da atuação do Poder Judiciário.

Este fenômeno se deu devido a constitucionalização do Direito, a abertura valorativa do sistema normativo e a omissão do Poder Legislativo, possibilitando a ocorrência do ativismo judicial e da judicialização.

Em ambos os exemplos trazidos neste estudo, percebe-se que o Judiciário, através, do STJ e do STF, viu-se de alguma maneira impelido a atuar além da sua competência, a de julgar e aplicar o Direito, desconsiderando normas e criando penas, agindo, muitas vezes, como poder constituinte originário.

Todavia, é preciso que alguns cuidados sejam devidamente tomados, para que direitos fundamentais basilares de um Estado Democrático de Direito não sejam violados e a segurança jurídica não acabe perdida.

Portanto, é nítida a necessidade de uma reforma política, buscando principalmente uma atuação mais ativa por parte do Legislativo, para que não seja necessário que o Judiciário faça suas vezes, garantindo, assim, o espírito democrático, a separação dos poderes e as garantias individuais constitucionais.

## VI REFERÊNCIAS


BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática.** Anuario Iberoamericano de Justiça Constitucional. Madrid, nº 13, 2009, p. 17-32.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo:** Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo**.** 7. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BATISTA, Nilo. **Introdução Critica ao Direito Penal Brasileiro.** Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco:** Rumo a uma outra modernidade. São Paulo: Editora 34, 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal.** 15. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL, Câmara dos Deputados. Diário da Câmara dos Deputados, Ano LIII, nº 109, Brasília, 25 de junho de 1998. Disponível em: http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD25JUN1998.pdf#page=177. Acesso em: 13 jan 2019.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. Brasília, DF.

BRASIL. Lei nº 9.677 de 2 de julho de 1998. Altera dispositivos do Capitulo III do Titulo VIII do Código Penal, incluindo na classificação dos delitos considerados hediondos crimes contra a saúde pública, e da outras providencias. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (STJ). AI no HC nº 239.363/PR, Corte Especial, Rel. Min. Sebastião Reis Junior, por maioria, julgado em 26 de fevereiro de 2015. Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=25425131&num_registro=201200764901&data=20150410&tipo=51&formato=PDF. Acesso em: 12 jan 2019.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (STJ). Informativo de Jurisprudência nº 559, de 6 a 16 de abril de 2015. Corte Especial. p. 3-4. Disponível em: http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=INFJ&tipo=informativo&livre=@COD=%270559%27. Acesso em: 10 jan 2019.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal (STF). HC nº 152.752/PR, Tribunal Pleno, Rel. Min. Edson Fachin, por maioria, julgado em 04 de abril de 2018. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=15132272. Acesso em: 7 jan 2019.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal (STF). RE nº 979.962/RS, Tribunal Pleno, Rel. Min. Roberto Barroso, por unanimidade, julgado em 03 de agosto de 2018. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=747890410. Acesso em: 9 jan 2019.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal (STF). Rp nº 1.417-7/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Moreira Alves, por unanimidade, julgado em 09 de dezembro de 1987. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=264125. Acesso em: 10 jan 2019.

DAMASCENO, João Batista. **Entre a toga e a Constituição**. 22 jul 2018. Disponível em: https://ajd.org.br/entre-a-toga-e-a-constituicao/. Acesso em: 8 jan 2019.

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella. **Do positivismo ao pós-positivismo jurídico:** O atual paradigma jusfilosófico constitucional. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 48 nº 189, jan/mar, 2011, p. 105-129.

GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes** (a interpretação/aplicação do direito e os princípios). 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado.** 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. FARIA, Bruno Costa de. CURTOLO, Cristiane Maria de Lima. TEODORO, Leandro. VELUDO, Michele Seixas. PEREIRA, Joaquim Eduardo. **Jurisdição Constitucional entre a Judicializaçao e o Ativismo: percursos para uma necessária diferenciação**. Anais do X Simpósio Nacional de Direito Constitucional. Curitiba, 2013. p. 266-306. Disponível em : http://www.abdconst.com.br/anais2/JurisdicaoRafael.pdf. Acesso em: 3 jan 2019.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. **30 anos da CF em julgamentos:** uma radiografia do STF. Rio de Janeiro: Forense, 2018.