

VIII CONGRESSO DA FEPODI

**DIREITO PENAL, CRIMINOLOGIA E PROCESSO
PENAL**

A532

Anais do VIII Congresso Nacional da FEPODI [Recurso eletrônico on-line] organização VIII Congresso Nacional da FEPODI – São Paulo;

Coordenadores: Sinara Lacerda Andrade Caloche, Abner da Silva Jaques e Welington Oliveira de Souza dos Anjos Costa – São Paulo, 2021.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-262-0

Modo de acesso: www.conpedi.org.br

Tema: Universalização do conhecimento e democratização da pesquisa

1. Pós-graduação. 2. Pesquisa. 3. Universidade. 4. Universalização do Conhecimento. 5. Democratização do Conhecimento. I. VIII Congresso Nacional da FEPODI (1:2021 : São Paulo, SP).

CDU: 34



VIII CONGRESSO DA FEPODI

DIREITO PENAL, CRIMINOLOGIA E PROCESSO PENAL

Apresentação

A Federação Nacional de Pós-Graduandos em Direito (FEPODI) realizou, nos dias 18 e 19 de março de 2021, o VIII Congresso Nacional da FEPODI, de maneira virtual, em que os eixos temáticos da edição foram a “universalização do conhecimento” e a “democratização da pesquisa”, justamente para corroborar o compromisso institucional em promover a integração ensino-pesquisa-extensão entre os corpos discente e docente da Graduação e Pós-Graduação.

Para a realização do evento, contamos com o essencial apoio do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI), da Associação Nacional dos Pós-Graduandos (ANPG), da Universidade de Marília (UNIMAR), do Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA), da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS) e da Universidade Presbiteriana Mackenzie.

Mais uma vez a abrangência de nosso trabalho alcançou as cinco regiões brasileiras, recebendo participantes vinculados a Instituições de Ensino Superior de 22 estados, dentre eles graduandos, graduados, especializandos, especialistas, mestrandos, mestres, doutorandos e doutores, todos empenhados na missão de contribuir com o rumo da pesquisa no direito. O interesse de nossos alunos mostra à comunidade acadêmica que a pesquisa é capaz de criar espaços comuns para o diálogo, para a reflexão e para o intercâmbio de experiências.

Fruto de um trabalho coletivo, na oitava edição do evento, após o processo de submissão dos trabalhos e suas respectivas duplas avaliações às cegas, foram aprovados 163 resumos expandidos para apresentação, distribuídos em 15 Grupos de Trabalhos, que buscaram contemplar as mais variadas áreas do direito.

Sempre acreditamos que o formato utilizado para a apresentação dos trabalhos (resumos expandidos) auxilia consideravelmente o desenvolvimento acadêmico, ao passo que permite ao pesquisador apresentar as ideias iniciais sobre um determinado tema e melhor desenvolvê-las a partir das contribuições que são concedidas, nos Grupos de Trabalho, por docentes ligados a renomadas Instituições de Ensino Superior do país, os quais indicam sempre bons caminhos para o aperfeiçoamento da pesquisa.

Os Anais que ora apresentamos já podem ser considerados essenciais no rol de publicações dos eventos científicos, pois além de registrar conhecimentos que passarão a nortear novos estudos em âmbito nacional e internacional, revelam avanços significativos em muitos dos temas centrais que são objeto de estudos na área jurídica e afins.

Assim, com esse grande propósito, apresentamos uma parcela do que representa a grandiosidade do evento científico, como se fosse um retrato de um momento histórico, com a capacidade de transmitir uma parcela de conhecimento, com objetivo de propiciar a consulta e auxiliar no desenvolvimento de novos trabalhos, tudo com vistas a ampliar o acesso ao conhecimento e a democratizar a pesquisa no Brasil.

Esperamos que todos possam aproveitar a leitura.

Sinara Lacerda Andrade Caloche

Presidente da FEPODI

Wellington Oliveira de Souza dos Anjos Costa

Vice-presidente da FEPODI

Abner da Silva Jaques

Tesoureiro da FEPODI

DO SISTEMA PENAL NA SOCIEDADE DO RISCO AOS RISCOS DO ATIVISMO JUDICIAL NO PROCESSO PENAL: BREVES NOTAS

FROM THE CRIMINAL SYSTEM IN THE RISK SOCIETY TO THE RISKS OF JUDICIAL ACTIVISM IN THE CRIMINAL PROCESS: BRIEF NOTES

Marianny Alves ¹

Resumo

O estudo aqui proposto almeja questionar a atuação proativa do Poder Judiciário, dentro do sistema de justiça criminal, de forma a debater os riscos provenientes de um ativismo judicial em processo penal democrático. Para tanto, o trabalho foi dividido em três partes: na primeira, trata-se de uma contextualização acerca do sistema penal na sociedade do risco; na segunda, faz-se considerações sobre as funções do magistrado no processo penal; para, na terceira, debater acerca do ativismo judicial no processo penal. Trata-se de pesquisa bibliográfica e documental, de cunho dedutivo, que se utiliza de literatura crítica acerca do tema. Considera-se que, para que seja possível usufruir das benesses o ativismo judicial coloca-se em risco certas premissas do Estado Democrático de Direito, desvirtuando o processo de cunho acusatório.

Palavras-chave: Processo penal, Ativismo, Sociedade do risco

Abstract/Resumen/Résumé

The study proposed here aims to question the proactive performance of the Judiciary, within the criminal justice system, in order to discuss the risks arising from a judicial activism in democratic criminal procedure. For this, the work divided into three parts: in the first, it is about a contextualization about the criminal system in the society of risk; in the second, it makes considerations about the functions of the magistrate in the criminal process; for, in the third, debate about the judicial activism in the criminal process. This is a bibliographical and documental research, of deductive nature, that uses critical literature on the subject. Considered that, in order to enjoy the benefits of judicial activism, certain premises of the Democratic Rule of Law put at risk, distorting the accusatorial process.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Criminal procedure, Activism, Risk society

¹ Doutoranda em Direito pelo Programa de Doutorado Interinstitucional da USP com a UFMS. Mestra em Direito pela UFMS. Especialista em Direitos Humanos e bacharela em Direito pela UEMS.

1. INTRODUÇÃO

Os problemas relacionados a sensação de insegurança, causados pelo suposto aumento da criminalidade, são questões centrais nos cenários midiáticos e planos de governo, principalmente no período eleitoral, desde a década de 90. Isso não quer dizer que o assunto ocupa um lugar de relevância social com o necessário aprofundamento nos debates, em busca de soluções que previnam, de fato, a criminalidade, mas que tenham servido de justificativa para o recrudescimento do sistema penal.

Embora não se possa negar que a insatisfação quanto à segurança pública é generalizada, ela se divide entre aqueles que acreditam que quanto mais repressivo o aparelho punitivo, menor a criminalidade; e aqueles que já superaram tal premissa punitivista, depositando no direito apenas o que lhe cabe. Ora, se a criminalidade é um problema social, por que se impõe ao direito, preponderante ou exclusivamente, o encargo da solução?

Entre as muitas críticas ao sistema de justiça criminal, há as direcionadas a suposta brandura das leis penais, o que estaria direcionado ao âmbito do direito penal, e também àquelas que desacreditam da persecução penal ou mesmo da execução da pena, o que seria um problema vinculado ao processo penal. Entende-se, contudo, que a insegurança pública não pode ser atribuída a um ou a outro ramo do direito, devendo ser analisada a partir de um sistema penal que não se restringe aos dispositivos jurídicos.

Assim, o conteúdo abordado neste estudo perpassa questões acerca da sociedade de risco, das funções do magistrado no processo penal dentro do jogo democrático, para, por fim, tecer considerações acerca do ativismo judicial no processo penal, tentando esclarecer os motivos pelos quais recebe tamanho apoio popular e porque trata-se de uma ameaça ao Estado Democrático de Direito.

No mais, vale ressaltar que se trata de pesquisa bibliográfica e documental, de cunho exploratório, pautada em método dedutivo, que não a intenção de esgotar o tema, apenas suscitar diálogo, por entender ser função da academia não coadunar com a ampliação do poder estatal em detrimento dos direitos e garantias dos indivíduos.

2. NOTAS ACERCA DO SISTEMA PENAL NA SOCIEDADE DO RISCO

A sensação de insegurança propagada socialmente, a cultura do medo, tem origem não só na descrença da atuação e efetividade do sistema penal, mas também como um efeito consequente da globalização, ou, em outras palavras, resultante do processo de modernização, cuja trajetória, é preciso esclarecer, provocou efeitos não só sobre o direito penal em si, mas

sobre todo o sistema penal, que amplia a cada dia seu campo de atuação, fenômeno denominado como expansão do direito penal.

Tal expressão significa mais do que um simples aumento dos tipos penais, proveniente da necessidade de criminalizar novas condutas relacionadas ao contexto pós-moderno, trata-se de uma alteração do próprio sistema penal, que, ampliando seu campo de atuação, assume funções que não lhe pertencem – pelo menos exclusivamente - e nem poderiam, tais como: a preponderância no controle social.

A maioria dos argumentos utilizados para explicar a expansão do sistema penal trata de seus efeitos e não propriamente de suas causas. Como álibi teórico do expansionismo tem-se a justificativa de uma suposta dinâmica jurídica, que, por certo, deve acompanhar e evolução social, ou seja, o fato do sistema penal expandir ante à necessidade de tutela das novas realidades sociais, que demandam intervenção jurídica (SILVA SÁNCHEZ, 2013).

Considerando que o direito penal seja, de fato, instrumento de proteção de bens jurídicos, parte da sua expansão, claro, deve-se ao surgimento desses ditos novos bens jurídicos, que, inevitavelmente, precisam ser tutelados, demonstrando sua relevância ao alcançarem a proteção penal. Ocorre, no entanto que a expansão do sistema penal não se limita ao mero surgimento de novos tipos penais resultantes das demandas sociais, trata-se de uma ampliação que ultrapassa o mero processo legislativo, alcançando o processo penal, a execução da pena e a construção das políticas criminais.

A ideia da sociedade de risco, da qual muitos pensadores da área jurídica partiram posteriormente, foi desenvolvida pelo sociólogo Beck (2011), que a considerou, de forma ampla, para além do sistema penal, enfoque deste trabalho, como a maneira pela qual a sociedade moderna se desenvolve e se organiza em resposta ao risco ocasionado pelo processo de modernização.

Trata-se, por certo, dos diversos arranjos causados pela permanente sensação de risco experimentada pelos cidadãos que, antes, vislumbravam no Estado grande violador de direitos, contando, então, com o direito penal para atuar na limitação da atuação do Estado. Mas que, agora, o legitima para atuar de forma expansiva, como se o direito penal fosse instrumento adequado e eficaz para mediar as relações entre os indivíduos, resolvendo, de fato, os conflitos. Diante disso, pode-se dizer que o crime

A insegurança não procederia, em sua maior parte, do fato de cada vez mais dependermos de outrem em uma sociedade cada vez mais individual. Segundo Silva Sánchez, “a sociedade industrial é, além da ‘sociedade do risco’ tecnológico, uma sociedade com outras

características individualizadoras que contribuem à sua caracterização como uma sociedade de “objetiva” insegurança.” (2013, p. 37)

Essa sensação de insegurança, por sua vez, reflete no corpo social ocasionando a configuração de sujeitos passivos. Trata-se de uma sociedade que permite a ampliação da margem de imputação, buscando o culpado para satisfazer a sensação de justiça. Essa sensação de segurança, aponta Silva Sánchez (2013, p. 59), insere-se na existência de uma cultura da expansão da imputação de responsabilidade, tanto em relação aos fatos (criminais) quanto as suas consequências.

E nessa sociedade de risco algumas consequências são inevitáveis: a sensação de insegurança é muito mais intensa do que a insegurança real, uma vez que as informações chegam mais e alcançam mais pessoas do que antes; os meios de informação adquirem papel estimulante do medo social - o que está relacionado com a consequência anterior; e, inseguras, as pessoas buscam desesperadamente a proteção no instrumento errado (o sistema penal), pressionando o Estado para que tome medidas punitivas (BRETAS, 2010).

Percebe-se que, ao alcançar seu ápice, os meios de comunicação tornaram-se instrumentos, de certa forma, negativos do processo de globalização, uma vez que se tornaram meios de manipulação de massa, utilizados para propagar medo, vitimização, acionando não a ânsia por justiça (lembrando que justiça não é vingança) na aplicação da pena, mas para inflamar o desejo de punição da vítima em relação ao infrator, fazendo com que o corpo social se identifique sempre com a vítima, mas nunca com o infrator)BRETAS, 2010, p. 267-268).

Questão relevante, também, diz respeito a forma pela qual as respostas penais são exigidas e são dadas na sociedade globalizada. De um lado, há fatores que contribuem para a exigência de um direito penal cada vez mais punitivo (os efeitos da globalização). Por outro, as respostas do sistema penal a essas exigências diminuem as garantias penais, flexibilizando as regras de imputação quando cria novos tipos penais ou quando ignora garantias fundamentais do acusado ou do condenado no processo penal ou de execução da pena.

É de suma importância relatar, sob os efeitos da globalização de aspecto econômico no sistema penal, o surgimento de dois problemas emergentes: a instauração da macrocriminalidade e o aperfeiçoamento da microcriminalidade. A primeira situação trata-se de delinquência específica, ou seja, delitos distintos dos clássicos tipificados no ordenamento jurídico vigente. A segunda faz referência a uma dificuldade de aplicação da norma vigente, uma vez que o Estado precisa lidar com crimes cometidos por indivíduos de outros países, dentro do território nacional (BRETAS, 2010).

Assim colocado, dá-se a impressão de que não haveria outra solução para cessar a expansão da criminalidade senão a expansão do sistema punitivo, o que parece uma conclusão precipitada acerca das questões da (in)segurança pública. A visão do sistema penal como único instrumento capaz de causar mudança política e social, como mecanismo de reeducação, de socialização, supõe uma expansão inadmissível para instrumento outrora reconhecido como a última razão.

Defende-se que a expansão do sistema penal não promove uma solução aos efeitos do processo de globalização, ou modernização, há apenas uma reação simbólica que oferece uma falsa impressão de segurança, mas que aumentará o problema e poderá servir de instrumento de injustiça e desigualdade, uma vez que não assume o caráter social da questão, fazendo com que a sociedade do risco se perpetue entre a relativização das prerrogativas penais de proteção do sujeito frente ao Estado.

3. SOBRE OS LIMITES DA ATUAÇÃO DO MAGISTRADO NO PROCESSO PENAL

Quando, inserido num contexto liberal, Montesquieu (2004) propôs a divisão dos poderes entre Executivo, Legislativo e Judiciário, a função do magistrado estava meramente vinculada à segurança jurídica, de forma que a passividade do juiz garantiria o pleno cumprimento da lei. Em um Estado Social, no entanto, a atuação do juiz requer uma certa intervenção, que possa garantir uma melhoria das condições sociais e, conseqüentemente, na qualidade de vida dos envolvidos (POZZEBON; FALAVIGNO, 2016).

Embora a figura do magistrado seja para grande parte da população a representação do “herói” que deve garantir a aplicação da justiça, tem-se aqui a intenção de entender os motivos pelos quais o magistrado deixa de ser o garantidor da aplicação da lei, que assegura que o Estado não violará os direitos do acusado ou do condenado, para ser aquele que garante o fim da impunidade. Mais do que a aplicação do direito material, cabe também ao magistrado garantir que o procedimento pelo qual o direito penal material está sendo aplicado condiz com as normas democráticas.

Para entender o crescente apoio popular ao caráter punitivista assumido pelo sistema penal, que afeta inevitável e significativamente o judiciário, deve-se, de antemão, esclarecer a que tipo de processo penal o sistema jurídico brasileiro estaria vinculado e, nesse sentido, qual seria, de fato, o papel do juiz dentro do jogo processual.

Considerando que a norma é insuficiente para, por si só, regular a vida em sociedade, sendo uma atribuição do magistrado, por meio da hermenêutica, fazer com que a lei possa alcançar a realidade social, quando a norma se afasta da vontade do povo, deve o magistrado

atender ao anseio legislativo ou suprir a demanda popular? Afinal, qual é o papel e os limites de atuação do Poder judiciário?

Se o Poder Legislativo se encarrega da harmonia e paz social, de forma a garantir os avanços da sociedade, que está em constante alteração; se o Poder Executivo é responsável pela administração do Estado; ao Poder Judiciário cabe dirimir os conflitos que colocam em risco a paz social, por meio da aplicação das leis e das sanções nelas previstas, cabendo-lhe, nesse sentido, a garantia da ordem, da segurança e do bom convívio social (SILVEIRA, 2014).

Em relação aos outros poderes, o Judiciário atua como um contrapoder, devendo fazer o controle dos atos legislativos e administrativos, tanto de legalidade quanto de validade. Deve, ainda, tutelar os direitos fundamentais dos indivíduos, protegendo e garantindo-os, principalmente contra as violações ocasionadas pelo próprio Estado, haja vista ser este o maior violador de direitos. Percebe-se que a função judiciária é uma garantia dos indivíduos contra seu próprio governo representativo (FERRAJOLI, 2014).

Consultada a história das penas e da construção do sistema jurídico penal, percebe-se que em muitos contextos admitiu-se um direito penal intensamente repressivo sob a justificativa de que o Estado estava seriamente ameaçado pela criminalidade. Tais períodos são marcados pela concretização de um processo penal recrudescido, que se confundia com a aplicação da pena. Os famosos sistemas processuais inquisitivo e acusatório, nessa perspectiva, se diferem justamente porque o primeiro estaria vinculado à Estados autoritários e totalitários, enquanto o segundo só seria possível em sociedades de sólida cultura democrática (LOPES JÚNIOR, 2010).

Isto porque a caracterização do modelo processual dá-se, basicamente, de acordo com a posição do magistrado no processo. Em um sistema acusatório, o magistrado ocupa uma posição passiva, ou seja, não depende dele a iniciativa da ação e nem a produção de provas, assegurando imparcialidade, enquanto no sistema inquisitivo, o magistrado determina a busca e a valoração de provas (FERRAJOLI, 2014).

Falar em um sistema processual acusatório, embora haja muitos modelos e suas conceituações sejam distintas, é, primordialmente, estabelecer um processo em concordância com os preceitos constitucionais. Torna-se elementar para a concretização de um processo acusatório a separação radical entre juiz e acusação, impossibilitando a manifestação do magistrado *ex officio*, mas, de forma essencial, a garantia de ampla defesa e contraditório, principalmente com a instituição de júízo oral (PRADO, 2006).

Trata-se de um sistema fundado no concreto respeito às liberdades individuais, tendo a imparcialidade do magistrado como preceito fundamental, inerente ao próprio sistema

acusatório. Esta característica, esclarece-se, não decorre de uma virtude moral do magistrado, mas de uma premissa estrutural de sua atuação, o que corrobora com a ideia de que a imparcialidade é elemento estruturante, procedimental, consistindo em condição para concretização da justiça (LOPES JÚNIOR, 2010).

Um sistema inquisitivo, por sua vez, tem como características uma atuação conjunta dos poderes de acusar e julgar, cabendo ao magistrado, que irá decidir a demanda, impulsionar a persecução penal, tendo como objetivo a mera averiguação da verdade, não importando se os meios utilizados são legítimos ou violam os direitos do acusado. Trata-se, por óbvio, da objetificação do acusado, que à medida que se submete à investigação diminui sua qualidade de sujeito de direitos (FEITOZA, 2008).

Embora, de início, seja tentadora a ideia de autorizar que o Poder Judiciário possa atuar no intuito de suprir certa demanda popular, considerando que a norma se afasta da vontade do povo, é preciso ter a consciência de que a premissa afeta de forma contundente a segurança jurídica. Concordar que o magistrado atue fora dos limites da lei seria autorizar que os Poderes possam todos atuar ignorando seus objetivos, ou, no mínimo, dando ao Judiciário um superpoder, aquém dos limites do Estado Democrático de Direito.

Alertou Choukr (2002), ao tratar sobre o processo penal de emergência, que não se pode admitir um conceito de segurança (jurídica) que ignore a violação de normas fundamentais. Ser conivente com a quebra dessa base significa, inevitavelmente, retornar ao caos, quando o poder do Estado não encontrava limites e, por isso, atuava em violação aos direitos dos indivíduos.

E mais, qualquer característica que contemple um sistema inquisitivo anularia a existência de um modelo acusatório, pois “o modelo jurídico é garantista ou antigarantista, o sistema processual é acusatório ou inquisitório, o sistema executivo é jurisdicional ou administrativo” (CARVALHO, 2008, p. 170). Não há uma forma híbrida que contemplem dois modelos, pois são regidos por princípios unificadores preponderantes, que são inviáveis de um modelo para outro.

4. QUANTO AO ATIVISMO JUDICIAL NO PROCESSO PENAL

De início, é oportuno mencionar que a prática conhecida como ativismo judicial não é uma exclusividade brasileira, em diversos contextos de tempo e espaço cortes supremas destacaram-se como protagonistas de decisões envolvendo questões de relevante alcance jurídico, pela implementação de políticas públicas, resolvendo, ao menos em órbita jurídica, questões sociais controvertidas, principalmente ante à opinião pública (BARROSO, 2009).

A expressão tem origem norte-americana, cujo país se insere num sistema jurídico fundado na *common law*, como se sabe, um sistema organizado estruturalmente nos precedentes como principal fonte de criação da norma jurídica. Nesse sentido, é compreensível entender que o ativismo judicial é inteiramente compatível com a estrutura jurídica, ao contrário dos países cujo sistema jurídico baseia-se na *civil law*, estruturado pela codificação (MIARELLI; LIMA, 2012).

Por um lado, conceitua-se ativismo judicial como “o papel criativo de tribunais ao contribuírem, de forma inovadora, para a construção do direito, decidindo sobre as peculiaridades do caso concreto e formando, por conseguinte, o precedente jurisprudencial, de forma antecipada à edição da lei” (POZZEBON; FALAVIGNO, 2016, p. 112).

Por outro, de uma forma mais crítica, especificamente em âmbito processual penal, a expressão diz respeito à postura do magistrado atuante no processo, que toma para si o protagonismo não apenas no sentido de produzir ou indeferir a produção de provas, mas também conferindo interpretação diversa e politicamente conveniente à determinados interesses aos dispositivos legais (BAQUEIRO, 2017).

E aqui é preciso esclarecer que existe uma relevante diferença entre o ativismo penal e o ativismo processual penal. Isso porque, em tese, o ativismo penal se enquadraria na primeira perspectiva, na qual o magistrado dá interpretação vanguardista, satisfazendo uma demanda que advém das mudanças sociais; enquanto o ativismo processual penal, ao qual faz referência o segundo conceito, diz respeito à atuação proativa do magistrado, que se aproxima da atuação esperada em um sistema inquisitivo (FALAVIGNO, 2015)

Considerando a existência de um discurso popularmente propagado de que é necessária uma postura rígida e proativa do magistrado para que crimes de grande repercussão ou que envolvem personalidades influentes não fiquem impunes, é preciso ponderar: mesmo admitindo haver um “ativismo para o bem” e um ativismo para o mal”, não seria o ativismo, em si mesmo, um perigo à segurança jurídica e aos direitos e garantias fundamentais?

É inegável que, por vezes, a proatividade do judiciário ocorre na ausência de atividade dos outros poderes, resolvendo questões sociais de extrema urgência, sem, diretamente, violar direitos, mas, pelo contrário: garantindo-os. O problema de aceitação de tal premissa é profundo: como confiar no direito penal, que serve como garantia de limitação do poder do Estado, dando ao sistema penal poder para ignorar as regras processuais? Quem pode garantir que a proatividade do judiciário dar-se-á apenas em prol da efetivação de direitos?

A busca pela verdade real dentro do processo penal é mito utilizado para a aceitação do ativismo judicial, de forma a camuflar que trata de anuência ao uso de quaisquer meios à

disposição do magistrado para concretizar suas convicções. O ativismo judicial encontra sua legitimação no medo da população e com ele surge a figura dos heróis, que hoje são os juízes ou os membros do Ministério Público, supostos atores da incessante luta contra a criminalidade. A criação do medo e da insegurança é o contexto ideal para a aceitação do uso desmedido dos meios persecutórios para a aplicação do direito material. (BAQUEIRO, 2017)

A autora (BAQUEIRO, 2017) ainda complementa que anuir com a ideia do ativismo judicial seria conferir ao Poder Judiciário um cheque em branco, sendo necessário confiar que atuará apenas quando necessário, no intuito de reparar o que o próprio poder considerar como falha dos outros poderes. Em outras palavras, tem-se o problema: ou se objetiva a efetiva proteção dos direitos e garantias fundamentais ou confia no judiciário a já desapontada luta contra a criminalidade.

Quando a sociedade deposita no magistrado tamanha reponsabilidade, qual seja: militar prioritariamente pela diminuição da criminalidade, atribui a ele um papel que não lhe é de origem. Ante à importante atividade do juiz, não é difícil compreender que a imparcialidade diz respeito à valor estruturante do sistema jurídico, verdadeiro princípio normativo, de forma que o magistrado deve estar sempre acima dos interesses em conflito (GOMES FILHO, 2001).

Embora pareça difícil consubstanciar a imparcialidade, já que o magistrado também é indivíduo inserido na sociedade, é preciso vislumbra que ela se materializa quando o juiz mergulha no conflito, se afastando, ao máximo da sua personalidade, para, então, proceder sua análise de forma objetiva. Não sendo possível vislumbrar tal hipótese, não atenderia ao critério da neutralidade, da qual a imparcialidade corrobora. Nas palavras de Silveira:

O principal problema de um juiz parcial, por qualquer motivo, é que este representa uma das maiores ameaças ao processo penal e à própria administração da justiça, na medida em que torna-se tendencioso a refutação de teses defensivas e a aplicação indiscriminada das prisões cautelares, muitas vezes passando a utilizar-se de expedientes inerentes ao sistema inquisitório, fazendo uso de seus poderes para investigar ou produzir provas e, conseqüentemente, proferir decisões “duras” que desrespeitam direitos e garantias fundamentais, aderindo frequentemente ao discurso de combate a criminalidade. (2014, p. 216)

Sabendo da importância da imparcialidade, assim como de cada regra do jogo democrático, fica evidente que qualquer atuação que não atenda rigorosamente às exigências procedimentais estabelecidas em lei destrói a estrutura de um processo penal democrático. As discussões quanto aos limites da atuação do Poder Judiciário fazem referência ao próprio debate acerca do modelo de Estado que se quer. Não se pode consolidar a existência de um Estado Democrático de Direito se, na atuação da justiça, prevalece no processo penal um modelo inquisitivo. Para tal modelo, caracteriza-se a prevalência de estados autoritários, aos quais o fenômeno do ativismo judicial é mera previsão do ordenamento jurídico.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A sociedade do risco, resultante do processo de modernização, transformou as relações sociais e ampliou o sistema penal. Á partir dos arranjos por ela ocasionados, vive-se a cultura do medo, sensação constante de insegurança, que fomenta nos sujeitos uma desconfiança nas relações individuais, da qual só resta confiar no Estado. Este, por sua vez, na condição histórica e social de violador de direitos, aproveita-se da confiança nele depositada para expandir, tornando suas medidas punitivistas cada vez mais populares.

Embora o ordenamento seja declaradamente um sistema acusatório, a cultura punitivista popularmente difundida aprofunda suas raízes no sistema penal como um todo. Embora no direito penal tal avanço possa ser analisado como um movimento natural de expansão, no âmbito processual a perspectiva punitivista causa estragos capazes de descaracterizar um sistema acusatório como tal.

Enquanto a população espera do Judiciário, mais precisamente do magistrado, uma atuação proativa, que possa sanar a defasagem gerada pela ineficácia dos outros poderes, aceitar tal incumbência é ir de encontro às regras do jogo democrático. E se as premissas de um Estado Democrático de Direito requerem o respeito aos direitos e garantias fundamentais, sob nenhuma circunstância, por mais querido que seja o fim, em nenhum momento está autorizado ao Judiciário ignorar ou ir aquém de suas funções.

Quanto especificamente ao ativismo judicial, embora em outros ramos do direito, seja mais fácil vislumbrar os fatores positivos da proatividade magistral, no processo penal ele significa ameaça aos instrumentos até agora conquistados, à base de muita luta, como proteção do indivíduo em relação ao Estado. “Livrar-se das amarras do inquisitorialismo será um processo difícil, mas necessário para a própria sobrevivência do Estado Democrático de Direito.” (BAQUEIRO, 2017, p. 330)

REFERÊNCIAS

BAQUEIRO, Fernanda Ravazzano L. O papel do juiz no sistema acusatório, a busca pela “verdade real” e o ativismo judicial: uma análise dos artigos 165, 166, e 168 do projeto 8.045/10 em comparação com a realidade dos Tribunais. In: POSTIGO, Leonel Gonazález (Dir.). **Desafiando a inquisição**: ideias e propostas para a reforma processual penal no Brasil. Santiago/Chile: CEJA, 2017.

BARROSO, Luís Roberto. A judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: **Revista Atualidade Jurídicas**: revista eletrônica do Conselho Federal da OAB, n. 4, jan/fev 2009. Disponível em: <www.oab.org.br/oabeditora> Acesso em 12 dez. 2020.

- BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011.
- BRETAS, Adriano Sérgio Nunes. O pensamento de Jesús-Maria Silva Sánchez: a expansão do direito penal. In: BRETAS, Adriano Sérgio Nunes. **Fundamentos da Criminologia Crítica**. Curitiba: Juruá, 2010.
- CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2008.
- CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo Penal de Emergência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- FALAVIGNO, Chiavelli. **A interpretação judicial criativa pro reo em direito penal**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2015.
- FEITOZA, Denílson. **Direito Processual Penal**: teoria, crítica e práxis. Niterói/RJ: Impetus, 2008.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2014.
- GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. v.1. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- MIARELLI, Mayra Marinho; LIMA, Rogério Montai de. **Ativismo judicial e a efetivação de direitos no Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012.
- MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. **O espírito das leis**. Edson Bini (Trad). São Paulo: Edipro, 2004.
- POZZEBON, Fabricio Dreyer de Ávila; FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. Ativismo judicial e direito penal do risco: novos desafios. **Arquivo Jurídico**, v.3, n.1, jan/jun 2016, p. 105-115. Disponível em: <<http://www.ojs.ufpi.br/index.php/raj/article/view/5707>> Acesso em 12 dez. 2020.
- PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório**: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **A expansão do Direito Penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- SILVEIRA, Felipe Lazzari da. A imparcialidade do juiz no processo penal e os riscos decorrentes da influência da opinião pública. In: GIACOMOLLI, Nereu José; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de (Orgs). **Processo penal e garantias constitucionais**: estudos para um processo penal democrático. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.