

Breve ensaio sobre a legitimidade do ativismo judicial no processo penal: limites e consolidação como prática jurídica

Brief essay about the legitimacy of judicial activism in criminal procedure: limits and consolidation as legal practice

Aline Pires de Souza Machado de Castilhos¹

Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – Porto Alegre/RS
alinepirescastilhos@gmail.com

 <http://lattes.cnpq.br/7508668026521594>

 <https://orcid.org/0000-0002-1334-8255>

Roberta Eggert Poll²

Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – Porto Alegre/RS
roberta.poll@hotmail.com

 <http://lattes.cnpq.br/5678667511758396>

 <http://orcid.org/0000-0002-0667-2962>

RESUMO: O presente ensaio visa a analisar o ativismo judicial como ferramenta de controle das manifestações judiciais. O tema do artigo é a atuação do magistrado como legislador por meio da adoção de uma postura criativa e inovadora frente ao processo penal. O objeto de análise do trabalho é verificação da (in)compatibilidade do ativismo judicial como ferramenta de controle e convicção das decisões no sistema jurídico-penal brasileiro. A hipótese de pesquisa

¹ Mestranda em Ciências Criminais na PUCRS. Especialista em Direito Penal e Política Criminal pela UFRGS. Auxiliar de juiz do TJRS junto a 10ª Vara Criminal de Porto Alegre.

² Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS. Especialista em Direito Público pela UNESA. Advogada Criminalista.

gira em torno da questão relativa à violação ao fundamento democrático e o próprio desenvolvimento da função judicante. Isto é, como os intérpretes da lei compatibilizam o processo político democrático com a prática do ativismo judicial? O método de abordagem será o dedutivo, adotando-se como procedimento o bibliográfico. Destarte, em primeiro, propõe, o presente artigo, uma leitura sobre o conceito de ativismo e os principais problemas de utilização desta ferramenta para, ao depois, analisar-se a questão da utilização do fenômeno do ativismo judicial pelos magistrados de primeira instância como ferramenta de domínio de suas decisões.

PALAVRAS-CHAVE: Ativismo judicial; Controle; Decisão; Separação dos poderes; Neoconstitucionalismo.

ABSTRACT: *This essay aims to analyze judicial activism as tool of domination and decision-making. The theme of this article is the magistrate's performance as a legislator through the adoption a creative and innovative approach to criminal proceedings. The object of analysis of the work is verify the (in)compatibility of judicial activism as a mechanism as a tool for control decisions in the Brazilian criminal-legal system. The hypothesis of research revolves around the question of the violation of the democratic foundation and the very development of the judicial function. how are the rights of the law compatible with the democratic process with the practice of judicial activism? The method of approach will be deductive, adopting as a bibliographical procedure. Firstly, this article proposes a reading on the concept of the judge-legislator and, afterwards, to analyze the question of the use of the phenomenon of judicial activism by the magistrates of first instance as a tool to control their decisions.*

KEYWORDS: *Judicial activism; Control; Separation of powers; Neo-constitutionalism.*

SUMÁRIO: Introdução; 1. Como compatibilizar a instrumentalização dos direitos fundamentais e processo político democrático com a prática do ativismo? 2. A imparcialidade do julgador e os limites da interpretação legal; 3. Teoria da decisão: existem padrões a serem seguidos na interpretação judicial? Considerações Finais; Referências.

INTRODUÇÃO

Diante do princípio da inafastabilidade da jurisdição, previsto no artigo 5º de nossa Constituição Federal, inciso XXXV, tem o Poder Judiciário, com base em princípios e direitos fundamentais contemplados igualmente em nossa Carta Magna, encontrado guarida para contornar as omissões do Poder Legislativo, e assim, possibilitar, pretensamente, soluções mais justas e adequadas ao caso concreto.

A partir desta premissa, questiona-se: até que ponto está o Poder Judiciário autorizado a imiscuir-se na atividade do legislador, ainda que com o fim de uma busca por justiça?

Tal contexto, dá guarida a prática do ativismo judicial³, a qual tem se mostrado cada vez mais recorrente no cenário jurídico brasileiro. Na maioria das vezes em que se trata do assunto o foco de atenção fica na atuação do Supremo Tribunal Federal, seja através do julgamento de ações originárias na Corte, seja pelo uso do instrumento processual destinado às ações de controle de constitucionalidade.⁴

Não obstante essa seara de análise do ativismo judicial, o problema de pesquisa deste ensaio visa a responder à questão relativa a presença do ativismo judicial nas instâncias ordinárias do Poder Judiciário: como os intérpretes da lei compatibilizam o processo político democrático com a prática do ativismo judicial?

Pretende-se, assim, analisar a problemática de atuação de um *magistrado-legislador*, que se utiliza dessa prática forense com vistas ao domínio e controle da decisão judicial. Efetivamente, a hipótese sobre a qual se trabalha é relativa aos rumos que tem tomado a balança dos Poderes, ou seja, se a utilização deste fenômeno é prejudicial aos cânones da democracia (base fundamental da nossa sociedade) e mesmo ao próprio

³ A literatura especializada aponta que a expressão “ativismo judicial” teve origem no ano de 1947, em um artigo publicado pela Revista Fortune sobre a Suprema Corte Americana de autoria do jornalista Arthur M. Schlesinger Junior. Compare em: JUNIOR SCHLESINGER, Arthur M. The Supreme Court. *Fortune*, Tampa, ano 35, n. 73, p. 202-208, jan., 1947.

⁴ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, Madrid, ano 15, n. 13, p. 17-32, jan./dez. 2009, p. 18.

desenvolvimento da função jurisdicional. Faz-se, assim, necessário o aperfeiçoamento crítico sobre as condições em que esta nova realidade tem se apresentando, analisando-se até que ponto pode o Magistrado “criar” legislação, bem como deixar de aplicar uma lei vigente, em nome de uma decisão mais justa.

Para construção do objeto de pesquisa será utilizada a técnica de revisão bibliográfica consistente em explicar o problema por meio das teorias publicadas em obras de um mesmo gênero, com resguardo em livros, periódicos e noticiosos online, partindo do geral para o particular, permitindo a construção de conclusões. O método empregado será o dedutivo, consistente em utilizar o raciocínio lógico que faz uso da dedução para obter a conclusão e; dialético, dado que objetiva se aproximar das discussões da realidade social, por meio da análise de uma situação concreto. De forma a auxiliar a pesquisa será utilizado o recurso à legislação, doutrina e jurisprudência acerca da matéria objeto do estudo.

A escrita divide-se em três tópicos substanciais para estabelecer uma compreensão geral e interdisciplinar do conteúdo proposto, quais sejam: Como compatibilizar a instrumentalização dos direitos fundamentais e o processo político democrático com a prática do ativismo?; O controle da decisão e a ingerência do Poder Judiciário na lei; Teoria da decisão: padrões a serem seguidos na interpretação.

1. COMO COMPATIBILIZAR A INSTRUMENTALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O PROCESSO POLÍTICO DEMOCRÁTICO COM A PRÁTICA DO ATIVISMO?

O ativismo judicial é uma conduta do Poder Judiciário, que interpreta a Constituição Federal de forma ampla e abrangente, a fim de contornar um eventual prejuízo decorrente da inércia e insuficiência de atuação dos demais poderes, em especial, do Poder Legislativo.⁵

⁵ ARANHA, Mariana Domigues de Castro Camargo; ARANHA FILHO, José Queiroz Telles de Camargo. *A legitimidade constitucional do ativismo judicial*. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, ano 86, p. 207-325, jan./mar., 2014, p. 321.

Consiste em um fenômeno surgido nas últimas décadas que, representa “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 interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos negativos)”.⁶ Na verdade, o ativismo judicial equivale a uma desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais Poderes, na medida em que o magistrado acaba por ultrapassar as linhas demarcatórias da função jurisdicional, em prejuízo principalmente da função legislativa, mas também da função administrativa e, até mesmo, da função de governo.⁷

Partindo-se destas premissas, deve este fenômeno ser analisado a partir de sua relação com o processo democrático, bem como quanto a instrumentalização dos direitos fundamentais individuais e sociais, a fim de aferirmos a legalidade e legitimidade do ativismo.⁸

Nessa sena, pode se traduzir o ativismo como uma espécie de usurpação de competência, já que adentra a competência do Poder Legislativo;⁹ consiste em uma manifestação que deriva do neoconstitucionalismo, ou seja, um novo interpretar da Constituição Federal, cujos paradigmas não foram, de forma geral, assimilados.¹⁰ Observa-se, portanto, que o processo de criação do ativismo está umbilicalmente relacionado com o processo de formação do Estado Democrático de Direito, assentado

⁶ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 129.

⁷ OLIVER, Luciana Zanchetta. *Ativismo Judicial no Brasil e as consequências de sua consolidação*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 11-15.

⁸ CAMARGO, Gerson Ziebarth. Aspectos doutrinários favoráveis e desfavoráveis ao ativismo e à autocontenção judicial. *Revista de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIPAR*, Umuarama, ano 18, n. 19, p. 233-264, jul./dez. 2016, p. 325-237.

⁹ ARANHA, Mariana Domigues de Castro Camargo; ARANHA FILHO, José Queiroz Telles de Camargo. *A legitimidade constitucional do ativismo judicial*. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, ano 86, p. 207-325, jan./mar., 2014, p. 311.

¹⁰ BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, Madrid, ano 15, n. 13, p. 17-32, jan./dez. 2009, p. 21-24.

nos pilares da democracia e dos direitos fundamentais. Em síntese, a evolução do Estado permitiu assegurar direitos individuais e coletivos, limitando a atuação política estatal, exigindo, por outro lado, políticas governamentais positivas que garantissem o mínimo de bem-estar aos indivíduos que dela fazem parte.¹¹

A partir de tais premissas, e visando garantir esses direitos e assegurar o cumprimento das finalidades do Estado com máxima eficiência, chegamos a repartição dos Poderes em órgãos correspondentes à legislação, à justiça e à administração. Nos dizeres de Locke: “a única maneira pela qual uma pessoa qualquer pode abdicar de sua liberdade natural e revestir-se dos elos da sociedade civil é concordando com outros homens e juntar-se e unir-se em uma comunidade, para viverem confortável, segura e pacificamente uns com os outros, num gozo seguro de suas propriedades e com maior segurança contra aqueles que dela não fazem parte”.¹²

Consoante citação acima verifica-se que, o pacto social tinha, portanto, a finalidade de organizar os indivíduos politicamente sob o crivo de uma única lei que garantisse a convivência mútua. Nesta esteira, à luz dos dizeres de Montesquieu: “estaria tudo perdido se um mesmo homem, ou mesmo corpo de principais ou de nobres, ou do Povo, exercesse estes três poderes: o de fazer as leis; o de executar as resoluções públicas; e o de julgar os crimes ou as demandas particulares”.¹³

Todavia, em que pese o princípio da tripartição dos poderes tenha recebido relevante respaldo e ainda seja uma das bases de nossa democracia e de outras tantas, ele não possui mais a rigidez que possuía. Ademais, não apenas as funções “atípicas” do Poder Judiciário recebem críticas, mas ferramentas como medidas provisórias e delegações legislativas são questionadas, colocando à prova toda uma teoria.¹⁴

¹¹ OLIVER, LUCIANA ZANCHETTA. *Ativismo Judicial no Brasil e as consequências de sua consolidação*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 11-15.

¹² LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 468.

¹³ MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O Espírito das Leis*. Tradução Pedro Vieira Mota. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 165.

¹⁴ CARVALHO, Márcia Haydê Porto de; SILVA, Júlio César Souza. O STF em sede de controle de constitucionalidade: justificação e legitimidade de suas

A atuação de cada órgão de forma independente, autônoma e harmônica entre si, é determinação e pressuposto básico do processo democrático. Ainda assim, a Constituição Federal autoriza que um órgão interfira sobre o outro, quando houver omissão ou ingerência, desde que a finalidade seja direcionada para o atendimento à direitos fundamentais individuais e sociais. Trata-se, do denominado sistema *checks and balances*, isto é, sistema de freios e contrapesos que, no entender de José Afonso, significa: “que os trabalhos do Legislativo e do Executivo, especialmente, mas também do Judiciário, só se desenvolverão a bom termo, se esses órgãos se subordinarem ao princípio da harmonia, que não significa nem o domínio de um pelo outro nem a usurpação de atribuições, mas a verificação de que, entre eles, há de haver consciente colaboração e controle recíproco [que, aliás, integra o mecanismo], para evitar distorções e desmandos. A desarmonia, porém, se dá sempre que se acrescentem atribuições, faculdades e prerrogativas de um em detrimento de outro”.¹⁵

Em que pese a Constituição Federal determine que haja equilíbrio entre os Poderes, verifica-se que o Poder Judiciário se tornou o principal órgão de discussão e tradução de todos os valores e conteúdos amplos subjacentes às normas constitucionais, o que dentro de um modelo de sociedade da qual a Constituição Federal reflete os distintos interesses que a compõem, torna o órgão judicante o principal intermediário dos valores da própria sociedade.¹⁶ Soma-se a isto o fato de que o exercício da atividade de interpretação e aplicação do Direito está permeado por uma

decisões em um contexto de revisão da teoria da separação dos poderes. Revista de Direito Constitucional e Internacional, n. 97, p. 143-164, set.-out., 2016, p. 144.

¹⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 111.

¹⁶ Nas palavras de Streck trata-se do fenômeno do ‘panpricipiologismo’, ou seja, “uma proliferação de princípios, circunstância que pode acarretar o enfraquecimento da autonomia do direito (e da força normativa da Constituição), na medida em que parcela considerável (desses princípios) é transformada em discursos com pretensões de correção e, no limite, como no exemplo da ‘afetividade’, um alibi para decisões que ultrapassam os próprios limites semânticos do texto constitucional. Compare em: STRECK, Lênio Luiz. O Panpricipiologismo e a “Refundação Positivistica”. In: COUTINHO, Jacinto Miranda; FRAGALE, Roberto; LOBÃO, Ronaldo. *Constituição e Ativismo Judicial*:

textualidade normativa aberta e uma linguagem de princípios, trazendo ao Judiciário a função de interpretação desses valores e temos um Poder em claro destaque se comparado aos demais.¹⁷

Na busca por concretização desses valores (direitos fundamentais individuais e sociais), passa o órgão judicante a exercer de forma mais ampla em seu processo hermenêutico e, de aplicação das normas, uma função que precipuamente compete ao Poder Legislativo. Este deslocamento aos magistrados do debate destas questões de grande relevância mostra a grande tensão atual entre o Poder Judiciário e os demais Poderes. Não por outro motivo que Oscar Vieira aduz que: “na prática, as cortes constitucionais há muito se vêm debatendo com questões morais graves, como a pena de morte, o aborto, o significado da pessoa humana como limitação última à Constituição, a relação entre privacidade e liberdade de expressão”.¹⁸

Denota-se, portanto, que a exasperação das cláusulas abertas, dos conceitos indeterminados e dos próprios princípios motivaram a eclosão dos parâmetros normativos delimitadores da função criativa do magistrado. Todavia, como afirma Elival Ramos, “a identificação de limites ao órgão responsável pela tarefa de concretização, sutilmente, acaba por se deslocar de um plano exclusivamente jurídico-normativo para uma dimensão axiológica, externa ao ordenamento positivo”.¹⁹

Na verdade, todo o processo se inicia com a elaboração da leis pelo Poder Legislativo, tendo em vista os discursos de justificação que pautam a atuação estatal, quais sejam as pretensões jurídicas dos indivíduos (legitimidade democrática). Por outro lado, o Judiciário, “como representante imparcial da comunidade jurídica, se desenvolve perante uma ampla esfera

limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 221.

¹⁷ FERREIRA, Eber de Meira. Poder Judiciário, *Ativismo Judicial e Democracia*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo. 2014, p. 88.

¹⁸ VIEIRA, Oscar Vilhena. A moralidade da Constituição e os Limites da Empreitada Interpretativa, ou entre Beethoven e Bernstein. In: SILVA, Virgílio Afonso da. *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 227-228.

¹⁹ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 88.

pública jurídica um discurso de aplicação de normas. Justificação e aplicação, portanto, implicam distintas lógicas de argumentação que precisam ser distribuídas em dois diferentes Poderes do Estado. Complementando esse quadro, o princípio da vinculação do juiz à lei impede o Judiciário, que detém o poder de determinar a execução administrativa de suas próprias decisões, de definir o conteúdo de sua própria atuação”.²⁰

Em face disso, refuta-se a ideia de que a atividade criativa dos magistrados para além do caráter deontológico dos direitos; “a prática da decisão está ligada ao direito e à lei, e a racionalidade da jurisdição depende da legitimidade do direito vigente. E esta depende, por sua vez, da racionalidade de um processo de legislação, o qual, sob condições da divisão de poderes do Estado de direito, não se encontram à disposição dos órgãos de aplicação do direito”.²¹ É importante registrar que dois seriam os problemas quando da utilização da “jurisprudência dos valores”, mormente quando verificada a utilização do chamando “sopesamento”.²² Em primeiro lugar, haveria o problema de que o caráter teleológico, orientado pelo caso concreto submetido à julgamento, pudesse levar à renúncia de direitos fundamentais (individuais e/ou sociais), em favor de objetivos coletivos. Por outro lado, a ponderação de interesses entre valores ou princípios não seria efetivamente um procedimento baseado em critérios racionais e, por conta disso, “seria realizado ou de forma arbitrária ou irrefletida”.²³

²⁰ ROCHA, Jean Paul C. Veiga da. Separação dos Poderes e Democracia Deliberativa. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo. *Direito e Democracia: um guia de leitura de Habermas*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 181-182.

²¹ HABERMAS, Jünger. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012, p. 297.

²² O sopesamento ou ponderação de interesses é um critério utilizado na jurisprudência brasileira e de outros países como forma de solução de conflitos entre princípios. Isto é, se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido e, de acordo com o outro, permitido -, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Compare em: ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 143.

²³ MENDES, Conrado Hüber; SILVA, Virgílio Afonso da. Habermas e a Jurisdição Constitucional. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo. *Direito e Democracia:*

A título de direito comparado, ressalta-se que a literatura estadunidense especializa tem sustentado a denominada teoria dos princípios neutros, pela qual as decisões das Cortes deveriam estar pautadas em um princípio a ser aplicado em decisões subsequentes, o que manteria, desta forma, o grau de coerência, certeza e objetividade jurídica do magistrado,²⁴ ou seja, se privilegiaria argumentos lastreados em uma primazia do Judiciário para realização de raciocínios sobre questões fundamentais, uma vez que este não estaria sujeito às pressões a que normalmente se submetem o Legislativo e até mesmo o Executivo.²⁵ Ademais, a análise realizada pela doutrina norte-americana é especialmente focalizada na Suprema Corte estadunidense, razão pela qual deve-se ter cuidado ao compará-la ao sistema jurídico brasileiro, cuja base normativa são direitos substantivos e não de viés procedimental, de caráter construtivo.²⁶ Outrossim, verifica-se que as críticas de utilização do fenômeno do ativismo judicial, desenvolvidas pela doutrina norte-americana podem sim ser aplicadas à realidade brasileira ainda que com ressalvas.

É importante lembrar que há uma preocupação com a utilização de um fenômeno que é ausente de critérios claros no processo de tradução dos valores e dos princípios, com a quebra do caráter deontológico do sistema normativo, e com a transgressão ao caráter democrático. No sistema democrático, o governo pertence ao povo,²⁷ que o exerce por meio de seus representantes, eleitos democraticamente por meio do voto, cujos representantes eleitos integram os Poderes Legislativo e Executivo. Já a

um guia de leitura de Habermas. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 213.

²⁴ O professor Herbert Wechsler publicou em 1959, na Revista de Direito da Universidade de Harvard, sua teoria sobre os princípios neutros de direito constitucional. Trata-se de um método jurídico de objetividade plena, que objetiva a neutralidade do intérprete. (WECHSLER, Herbet. Toward Neutral Principles of Constitutional Law. *Harvard Law Review*, Massachusetts, ano 73, n. 1, p. 1-35, nov. 1959).

²⁵ ELY, John Hart. *Democracia e Desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. Tradução Juliana Lemos. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 78.

²⁶ FERREIRA, Eber de Meira. *Poder Judiciário, Ativismo Judicial e Democracia*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo. 2014, p. 101.

²⁷ A própria origem da palavra democracia já indica a fonte do poder. Em grego “demo” significado povo e “cracia” significa poder. Logo, poder do povo.

designação dos membros do Judiciário, via de regra, ocorre por meio de concurso público de provas e títulos (art. 37, da Constituição Federal), ou, no caso dos órgãos de segunda instância, também por indicação e aprovação dos demais Poderes.²⁸

É forçoso concluir que o uso exacerbado da ponderação de valores na forma de ativismo judicial desprestigia o Poder Legislativo, que teria combatida sua atividade criativa e inovadora no sistema jurídico brasileiro, na medida em que as leis criadas acabam por ter sua rigidez corrompida pelo exacerbado decisionismo realizada pelos magistrados, abalando a segurança jurídica. Certo é que a intervenção judicial em matéria reservada à deliberação política majoritária se traduz em uma intervenção do Direito no campo do pluralismo político, o que acaba gerando um desequilíbrio entre os poderes e grave prejuízo à democracia.²⁹

O juiz deve atuar dentro da legalidade, e não motivado por vontade política própria, uma vez que exerce um poder representativo. O Estado é uno e o poder judiciário é apenas uma expressão do poder estatal.³⁰ Nesse exato sentido defende Perez, para quem: “não há dúvida de que a abertura para o Poder Judiciário do exercício de um papel político favorece o desenvolvimento do ativismo judicial. A transferência de decisões de repercussão política e social antes afetas ao Legislativo e ao executivo à seara do Judiciário, faculta-lhe exorbitar no exercício de suas funções, infringindo os lindes demarcatórios das tarefas reservadas aos demais Poderes. O aumento qualitativo do controle judicial enseja aumento da possibilidade de desvirtuamento de suas funções”.³¹

²⁸ OLIVER, Luciana Zanchetta. *Ativismo Judicial no Brasil e as consequências de sua consolidação*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade de Católica de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 106.

²⁹ FRANCO, Aline Fonseca; COSTA FILHO, José de Oliveira. Pode o judiciário agir concretamente além dos limites de sua competência – ativismo judicial e judicialismo da política. *Colloquium Humanarum*, Presidente Prudente, ano 12, n. 1, p. 155-162, jan./abr. 2015, p. 160.

³⁰ ARANHA, Mariana Domingues de Castro Camargo; ARANHA FILHO, José Queiroz Telles de Camargo. *A legitimidade constitucional do ativismo judicial*. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, ano 86, p. 207-325, jan./mar., 2014, p. 301.

³¹ PEREZ, Carlos Alberto Navarro. Relação entre o ativismo judicial e a atuação deficiente do poder legislativo: altruísmo e desserviço da democracia. *Revista*

Por fim, é importante frisar os efeitos negativos das decisões judiciais que interferem em campos destinados aos Poderes Legislativo e Executivo, especialmente no campo das finanças públicas, destrói o planejamento financeiro e público e captura a capacidade organizacional do Poder político.

2. A IMPARCIALIDADE DO JULGADOR E OS LIMITES DA INTERPRETAÇÃO LEGAL

É notório que o ordenamento jurídico brasileiro, em inúmeras vezes, apresenta uma realidade socioeconômica em desacordo com o texto normativo; em outras, o texto legal apresenta lacunas. Nenhuma destas situações eximem o Magistrado de sua atuação, devendo analisar os fatos e apresentar uma decisão à luz do sistema constitucional. No entanto, apenas na segunda situação ele está autorizado a dar uma solução não prevista legalmente, sob pena de estar adentrando a esfera de ingerência do Poder Legislativo.

Em verdade, estamos diante do fenômeno da judicialização da política, haja vista que questões extremamente relevantes de ordem política, social e moral, estão sendo decididas em caráter final pelo Poder Judiciário.³² Trata-se de uma atitude que advém das próprias instâncias políticas, as quais acabam levando ao Poder Judiciário, matérias que não estão bem resolvidas no Parlamento, e que chegam aos juízes para um segundo instante de debate.³³ É como se a necessidade de proteção dos direitos e garantias fundamentais e da aplicabilidade da Constituição possibilitasse ao Poder Judiciário decidir casos ainda que sejam estes de essência política, mas que ficaram esquecidos pelos

de *Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, ano 20, n. 78, p. 115-149, jan./mar. 2012, p. 120.

³² BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. In: Paula, Daniel Giotti de; FELLETT, André Luiz Fernandes; NOVELINO, Marcelo (orgs.) *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: JusPodivm, 2011, p. 228-229.

³³ Paula, Daniel Giotti de; FELLETT, André Luiz Fernandes; NOVELINO, Marcelo (orgs.) *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: JusPodivm, 2011, p. 294.

demais poderes.³⁴ Trata-se de um cheque em branco, a ser preenchido pelo Magistrado da forma como este bem entenda, desde que o pretexto seja realizar justiça.

No entanto, um julgador que amolda a lei de acordo com a decisão que deseja ver concretizada nos autos, nulificando uma das bases do sistema judicial, quer seja, a segurança jurídica, não serve ao sistema democrático de direito, muito menos ao processo penal, que requer um julgador estritamente imparcial e vinculado aos ditames constitucionais, em especial ao contraditório e a ampla defesa.

Em face de tal premissas, mister enxergarmos os limites e a possibilidade de exercício da atividade jurisdicional como critérios relevantes, a fim de que se possa identificar o ativismo judicial³⁵. Trata-se de uma preocupação por parte da doutrina e dos operadores do direito de forma geral, os cientes dos perigos de uma atuação judicial que extravase os limites da função jurisdicional tal como foi concebida, e, por isso, há muito o tema vem sendo debatido e ainda continua sendo uma questão extremamente atual.³⁶

Mas o ativismo, ainda sim, encontra guarida em muitos. Existem os que defendem, de forma feroz a prática, argumentando que o objetivo primordial é extrair o máximo que a letra da lei pode nos dar, tendo-se

³⁴ MEDEIROS, Jackson Tavares da Silva de. Neoconstitucionalismo e ativismo judicial – limites e possibilidades da jurisdição constitucional. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, ano 84, p. 175-221, jul./set. 2013, p. 212.

³⁵ MEDEIROS, Jackson Tavares da Silva de. Neoconstitucionalismo e ativismo judicial – limites e possibilidades da jurisdição constitucional. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, ano 84, p. 175-221, jul./set. 2013, p. 175.

³⁶ FARIAS, Rachel Nunes de Carvalho. O ativismo judicial e a ingerência do poder judiciário na escolha das políticas públicas. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, ano 101, n. 80, p. 57-81, mai./jun. 2017, p. 58. A autora refere que Édouard Lambert, em 1921, já afirmava da existência desse perigo, ideia que foi compartilhada, mais tarde, por Arthue Schlesinger Jr., em 1947, e que utilizou a expressão ativismo judicial para analisar as decisões dos juízes da Suprema Corte dos Estados Unidos. Muito por isso, se aduz a existência de uma ligação direta entre à origem do ativismo judicial e a história do estado norte americano. Desde então, em muitas ocasiões, a Corte Americana vem praticando ativismo judicial, muitas vezes reconhecendo direitos não previstos na carta magna daquele país.

uma interpretação fidedigna do texto legal, isso sem que se invada o campo de criação da norma, órbita do Poder Legislativo. Ademais, referem que o direito estaria amparado no exercício regular de um pretensão poder-dever, que partiria do geral-abstrato, da norma para o caso concreto, para aí então se materializar a prestação jurisdicional, realizando de forma efetiva a justiça no caso concreto³⁷, o que deve ocorrer não apenas na interpretação da legislação, mas também em suas lacunas, assim como em sua ausência (anomia).

Há ainda quem argumente, na defesa da prática do ativismo, que se trata de prática que busca por um processo justo e igualitário, uma vez que não pode conviver com a inércia de qualquer dos sujeitos da relação processual, e que eventual atividade probatória no processo penal a ser realizada pelo julgador, não tem o condão, por si só, de macular o direito fundamental e constitucional a um juiz imparcial.³⁸ Proclama-se, ainda, pela reinvenção do princípio da separação dos poderes, já que não se poderia mais admitir uma separação estanque de competências, deixando, assim, o Poder Judiciário de ser não mais que apenas a “boca da lei” e tendo uma atuação mais ativa.³⁹

Não obstante o fato de que a maior parte de tais condutas não poderiam sequer ser cogitada no processo penal, há que se diferenciar o julgador que busca na doutrina e jurisprudência formas de analisar caso concreto, daquele que usa tais mecanismos como forma de justificar a decisão que pretende tomar e que, muitas vezes, encontra-se em desconformidade com a lei que rege o caso concreto, justificando sua atuação com base no ativismo judicial. Não há que se falar em justiça em casos como tais, e muito menos em interpretação jurisprudencial, mas em uma simples busca de embasamento teórico-jurídico para uma decisão

³⁷ FARIAS, Rachel Nunes de Carvalho. O ativismo judicial e a ingerência do poder judiciário na escolha das políticas públicas. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, ano 101, n. 80, p. 57-81, mai./jun. 2017, p. 59.

³⁸ SOUZA, Artur César de. O ativismo judicial no processo penal e a imparcialidade do juiz. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 868, jun. 2012, p. 432.

³⁹ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Processo Constitucional e direitos fundamentais: ensaio sobre uma relação indispensável à configuração do estado democrático de direito. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, ano 71, n. 2, p. 63-91, abr./jun. 2009.

que já está tomada, baseada na convicção pessoal do magistrado, e que, considerando a utilização de tal mecanismo, pode ser alheia à prova dos autos e ainda sim estará justificada.

Deve-se atentar ainda para os possíveis riscos de se colocar em xeque a questão da legitimação democrática, de se ter uma possível politização da justiça, assim como a já mencionada ausência de competência institucional do Poder Judiciário para decidir além do que determina a lei.⁴⁰ Ademais, uma atuação probatória mais incisiva do magistrado, causará, sem sombra de dúvida, uma mancha ao sistema acusatório. Na verdade, negar ao juiz a atividade probatória nada mais é que a manifestação do princípio acusatório.⁴¹

O fato é que o juiz do ativismo probatório, independente de suas intenções, sempre que atua como se parte fosse, e assim, quando busca provas de ofício a fim de justificar a sua decisão, o faz beneficiando o autor ou o réu.⁴² Nessa senda, mister uma teoria da decisão que faça frente ao solipsismo judicial que reina em nosso Judiciário, fenômeno que consegue reduzir o direito àquilo que dizem os juízes e os tribunais.⁴³ Ademais, sempre que o intérprete não conhece o processo que resultou e formou as bases do convencimento do magistrado, este se converte em uma marionete, e assim é levado a julgamentos inconsistentes, e quando alguém pensa de modo equivocado, o pensamento se torna rarefeito e quase nulo.⁴⁴

Analisando-se, ainda, a temática da justiça vinculada ao ativismo judicial, verifica-se que a questão está em determinar como e quem deve

⁴⁰ URBANO, Maria Benedita. The law of judges: attempting against Montesquieu legacy or a new configuration for na old principle? *VIII World Congress of the Internacional Association os Constitutional Law*, México, n. 6-10, dezembro 2010.

⁴¹ SOUZA, Artur César de. O ativismo judicial no processo penal e a imparcialidade do juiz. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 868, jun. 2012, p. 655.

⁴² DELFINO, Lúcio; FERREIRA, Ziel Lopes. Streck, Fonseca Costa, Kahneman e Tversky: todos contra o ativismo judicial probatório de Michele Taruffo. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 255, maio. 2016, p. 163.

⁴³ STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e consenso*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

⁴⁴ FREITAS, Juarez. A hermenêutica jurídica e a ciência do cérebro: como lidar com os automatismos mentais. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, ano 40, n. 130, p. 223-244. jun. 2013.

dizer o que é justo, o que é certo e errado, onde está o bem e onde está o mal, não parecendo razoável deixar tal questão como uma escolha ou convicção pessoal do julgador, como se este fosse o dono da verdade, que, como se sabe, sequer existe. Este não está, ou ao menos não deveria estar legitimado a impor a todos aqueles que têm seus bens jurídicos atrelados a sua competência, o seu senso de justiça.⁴⁵ Ademais, sempre devemos atentar ao fato de que jamais conhecemos o nosso juiz natural, o qual pode possuir convicções semelhantes às nossas, ou não. Mas e se o meu juiz natural possuir convicções semelhantes a um inquisidor? Fará ele justiça ao caso concreto?

Não se está aqui afirmando que não existem lacunas que necessitam ser preenchidas, assim como por vezes é necessária a superação da omissão de outros poderes, e há previsão constitucional para tanto, já que ao juiz não é assegurado o *no liqed*. Tal iniciativa é louvável e precisa ser incentivada.

Os dispositivos legais estão repletos de termos vagos, abertos e indeterminados,⁴⁶ e nada disso deve impedir o julgado de realizar sua atividade jurisdicional. Quanto maior o grau de indeterminação legal, mais importante e complexa é a tarefa do magistrado.

Todavia, é preciso lembrar que os direitos e garantias fundamentais não são apenas direitos das partes, mas preceitos que dirigem e vinculam a conduta do próprio magistrado⁴⁷ que necessita zelar pela lisura do processo, o que passa, necessariamente, pela sua imparcialidade. Desta feita, a busca pela efetivação de direitos fundamentais não é nem se deve traduzir em produção legislativa, mesmo por que estes já estão previstos em nossa Carta Magna. Em nenhuma circunstância deve a atividade jurisdicional se traduzir em atividade legiferante, e ao trazer aos

⁴⁵ ABOUD, Georges; LUNELI, Guilherme. Ativismo Judicial e instrumentalidade do processo. Diálogos entre discricionariedade e democracia. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 242, p. 19-45, abr. 2015.

⁴⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Poderes Instrutórios do Juiz. 6. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 154.

⁴⁷ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Em busca de um conceito fugidivo – o ativismo judicial. In: DE PAULA, Daniel Giotti; FELLET, André Luiz Fernandes; NOVELINO, Marcelo (orgs.) *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador, JusPodivm, 2011, p. 397.

autos uma solução contrária à Constituição Federal e a legislação vigente, temos uma atividade que sequer pode ser chamada de legítima. Ademais, o poder de decidir não é discricionário, uma vez que, ao decidir à luz dos dispositivos legais, o julgador não o faz por juízos de conveniência e oportunidade. Estando o magistrado diante de uma hipótese de subsunção da situação que se encontra nos autos, não há alternativa ao magistrado que não seja a aplicação da regra invocada.⁴⁸

Uma das formas de se evitar a manipulação da decisão por parte dos magistrados seria através da criação de uma teoria da decisão, que defina critérios de decidir, permitindo o controle o epistemológico e subjetivo do julgador por parte do cidadão, que atualmente é refém do senso de justiça do magistrado. Trata-se de uma alternativa para que a democracia não permaneça como vítima de uma irracionalidade que permeia as decisões judiciais pela simples razão de que juízes são seres humanos, e como tais, comentem erros cognitivos imperceptíveis.⁴⁹ Ademais, evitaria a manipulação de uma decisão jurídica, já que possibilitaria o rastreamento das razões que levaram àquela decisão, bem como o seu embasamento normativo.

Importante ainda salientar que, dentro do processo penal, é preciso que se construam sistemas processuais fundados no modelo acusatório, deixando-se de lado todo e qualquer resquício de um modelo inquisitorial, que por anos vigorou e que ainda nos dias de hoje deixa sua marca no processo penal brasileiro.⁵⁰

Nunca é demais ressaltar que o julgador não pode buscar provas de ofício; esta é uma atribuição da acusação, do Ministério Público, e se o fizer, estará se tornando parcial. Um juiz que substitui o *parquet*, realizando perguntas para as testemunhas, buscando provas da materialidade

⁴⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Poderes Instrutórios do Juiz. 6. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 154.

⁴⁹ DELFINO, Lúcio; FERREIRA, Ziel Lopes. Streck, Fonseca Costa, Kahneman e Tversky: todos contra o ativismo judicial probatório de Michele Taruffo. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 255, maio. 2016, p. 163.

⁵⁰ RAMOS, Glauco Gumerato. Repensando a prova de ofício. *Revista de Processo*, n. 190, dez. 2010, p. 324.

e autoria do fato, está afastado do sistema acusatório.⁵¹ Este juiz não mais possui legitimidade para julgar e não possui condições de produzir uma decisão justa. Se a questão não se encontra suficientemente elucidada, a alternativa é a absolvição, não havendo legitimidade na busca sob a justificativa de preenchimento de uma lacuna via ativismo judicial. Não é esse tipo de ativismo judicial que se encontra legitimado em nossa Carta Magna, e que permite ao Juiz a supressão de lacunas a fim de conferir exequibilidade a direitos e garantias fundamentais.

Na verdade, todas as garantias, processuais e penais, constituem-se em técnicas que objetivam minimizar ou reduzir o poder punitivo estatal, visando reduzir os espaços para ao arbítrio judicial e a afluência das penas.⁵² O garantismo deve atuar como um limitador estatal, fundado nos direitos individuais, e não deve ser diferente com a atividade jurisdicional.⁵³

Importante destacar que não se trata de atrelar o magistrado à literalidade da lei. Contudo, deve o julgador sujeitar-se à lei válida, entendendo-se validade como coerência com os significados que devem ser extraídos do texto constitucional⁵⁴, ainda que a lei não traduza o significado de justiça que entende o juiz, deve ser aplicado ao caso concreto.

Mas o que temos visto em nossas decisões? Trata-se o ativismo judicial de matéria superada? Infelizmente, vislumbra-se de forma constante uma conduta jurisdicional vinculada à busca de determinada decisão, inclusive em casos em que não há qualquer lacuna a ser preenchida, de

⁵¹ CASTRO, Alexandre Fonseca Monteiro de. Ativismo judicial e imparcialidade da jurisdição. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, n. 281, abr. 2016.

⁵² RUA, Mónica Maria Bustamente. La relación Del estándar de prueba de La Duda razonable y la presunción de inocencia desde el garantismo procesal en el proceso penal colombiano. *Opinión Jurídica*, Medellín, ano 9, n. 7, jan./jun. 2010, p. 84.

⁵³ FERRAJOLI, Luigi. O direito como sistema de garantias. In: OLIVEIRA JR., José Alcebíades (org.). *O novo em direito e política*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1997, p. 90-91.

⁵⁴ SEGUNDO, Antonio de Holanda Cavalcante; SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna Santiago. Íntima Convicção, veredictos dos jurados e o recurso de apelação com base na contrariedade à prova dos autos: necessidade de compatibilidade com um processo de base garantista. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Porto Alegre, n. 116, set./out. 2015, p. 169.

forma que a busca ocorre para simplesmente justificar a decisão que o julgador quer, que lhe parece mais justa. E é nesse sentido que se questiona: justa para quem?

É preciso estar atento ao fato de que a decisão ativista que resolve por uma pretensa “justiça” pode significar uma injustiça, principalmente quando se encontram ausentes as bases constitucionais. Em casos como tais, mais adequado falar em injustiça, uma vez que não há melhor adjetivo para uma decisão parcial. Em que pese a nobreza que possa vir a advir de tal conduta, não se pode ficar vinculado ao que cada magistrado entende por justiça, sob pena deste tornar-se um mero legislador. Nos dizeres de Geraldo Prado, “quem procura sabe ao certo o que pretende encontrar e isso, em termos de processo penal condenatório, representa uma inclinação ou tendência perigosamente comprometedora da imparcialidade do julgador.”⁵⁵

3. TEORIA DA DECISÃO: EXISTEM PADRÕES A SEREM SEGUIDOS NA INTERPRETAÇÃO JUDICIAL?

Como já mencionado, em 1959, o professor da Universidade de Harvard, Herbert Wechsler desenvolveu, no Estado americano de Massachusetts, a teoria dos princípios neutros, cujo principal objetivo é a criação de *standards* para serem seguidos pelo julgador diante da realização de um processo de interpretação.⁵⁶ A partir das premissas desenvolvidas por Wechsler, seria possível a criação de uma teoria da decisão para o Processo Penal brasileiro, que estabelecesse padrões aos magistrados diante de sua atividade interpretativa. Isto porque, a regra de determinado caso concreto não diferiria dependendo da identidade ou do interesse do demandante.

A criação do Direito por parte dos magistrados há tempos vem sendo estudada e debatida, sendo chamada por alguns de “criatividade

⁵⁵ PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*, 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010, p. 132.

⁵⁶ WECHSLER, Herbet. *Toward Neutral Principles of Constitutional Law*. *Harvard Law Review*, Massachusetts, ano 73, n. 1, p. 1-35, nov. 1959.

da função jurisdicional”⁵⁷. Então por qual motivo até o presente momento não foi também estudada e desenvolvida uma teoria da decisão? A questão perpassa, necessariamente em primeiro, pela análise da própria estrutura do Direito Penal e do Processual Penal brasileiro, que seguem as normas da *Civil Law* e, em segundo, pelo estudo do papel do julgador diante do caso concreto: mero intérprete-aplicador ou participante da atividade legislativa?

Quanto ao primeiro ponto é imprescindível registrar que a literatura especializada vem afirmando, de uns tempos para cá, a existência de uma “miscigenação das famílias de direito ocidentais, quais sejam, a *Common Law* e a *Civil Law*”,⁵⁸ na medida em que a existência de pressupostos e caracteres opostos tem sido resguardado mais ao plano teórico do que para o plano prático. Portanto, esta barreira de criação de uma teoria da decisão, em vista da “modalidade de Direito” adotada no país (*Civil Law*) é facilmente superada pela própria estrutura do Direito.⁵⁹ A uma porque o Processo Penal brasileiro continua decidindo suas questões tendo-se em vista preceitos legais fixados antecipadamente e não em sentenças judiciais anteriores. A duas porque uma teoria da decisão obrigaria juízes e tribunais a decidirem de acordo com uma “decisão de princípio”, ou seja, repousando suas razões sobre todas as questões do caso, razões estas que em sua generalidade e imparcialidade transcenderiam qualquer resultado imediato que estivesse envolvido.

Outrossim, juízes e tribunais não devem utilizar princípios da maneira que são empregados na política (concretização de direitos da coletividade) ou na atividade legislativa (proteção em abstrato ao bem jurídico) mas, sim decidir apenas o caso que têm diante deles. Desta forma, já seria possível perceber o papel do julgador diante do caso concreto: o juiz não detém total liberdade interpretativa diante de sua tarefa de

⁵⁷ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 13.

⁵⁸ FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. Interpretação Judicial Criativa: análise teórica e jurisprudencial. *Revista Direito e Inovação*, Frederico Westphalen, ano 2, n. 2, p. 35-43, jul. 2014

⁵⁹ Sobre as diferenças e semelhanças entre Civil e Common Law ver: VIEIRA, Andréia Costa. *Civil law e Common Law: os dois grandes sistemas legais comparados*. Porto Alegre: Fabris, 2007.

“criação da lei”, há limites materiais e processuais.⁶⁰ Uma teoria da decisão, com base em princípios neutros, objetivaria aplicar a regra do presente caso no próximo caso também, independentemente de o beneficiário do último caso ser menos atraente do que o vencedor anterior. Veja-se que, a exigência não é que o próprio princípio seja neutro, muito menos que o processo penal por meio do qual o princípio é criado também seja neutro, mas sim que o ato de aplicar o princípio ao caso em questão seja neutro (no sentido de que o princípio não será alterado porque o julgador não gosta do resultado).⁶¹

O processo criativo do magistrado seria, portanto, vinculado de alguma forma: seja à lei, ao precedente, ou à equidade. Isto porque: “a interpretação dependeria também de uma estrutura prévia que exprime o conhecimento mais originário dado pela posição prévia, visão prévia e concepção prévia de algo no mundo”.⁶² Por outro lado, tal vinculação não seria absoluta, na medida em que o magistrado deveria permanecer livre para julgar conforme as provas produzidas durante a instrução processual e que passaram pelo crivo do contraditório. Se verificaria, no ponto, um ativismo judicial se o Supremo Tribunal Federal, por exemplo, fixasse a interpretação constitucional sobre determinada matéria e os juízes e tribunais inferiores não se submetessem ao precedente.⁶³

Contudo, se após realizar a colheita das provas o próprio processo apontasse para a necessidade de aplicação do princípio neutro “A” e não “B”, não caberia ao magistrado aplicar o princípio neutro “B” porque o resultado da demanda, em seu foro íntimo, não lhe parece atraente. A teoria da decisão no ponto apontaria que a imparcialidade do magistrado

⁶⁰ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 21.

⁶¹ WECHSLER, Herbet. *Toward Neutral Principles of Constitutional Law*. *Harvard Law Review*, Massachusetts, ano 73, n. 1, p. 1-35, nov. 1959.

⁶² SILVA, Diogo Bacha e. Ativismo judicial ou contrarrevolução jurídica: em busca da identidade social do poder judiciário. *Revista de informação legislativa - RIL*, Brasília, ano 53, n. 210, p. 165-179. abr./jun. 2016.

⁶³ CONTINENTINO, Marcelo Casseb. Ativismo judicial: proposta para uma discussão conceitual. *Revista de informação legislativa - RIL*, Brasília, ano 49, n. 193, p. 141-149. jan./mar. 2012, p. 144.

demandaria um valor e uma medida, que seriam determinados por uma análise geral que não dá importância aos acidentes de aplicação, encontrando um escopo que seja aceitável independentemente de qualquer interesse de pessoa ou grupo de pessoas.⁶⁴

Desta forma, se, por exemplo, determinado julgador entendeu que em um caso de furto famélico que não deveria haver prisão de qualquer espécie por se tratar de hipótese excepcional, atrelada ao princípio da dignidade da pessoa humana, em decorrência da extrema penúria do indivíduo que furtou, não poderia ele, em um segundo caso de furto famélico decretar a prisão preventiva do acusado por entender que o tipo de alimento furtado não estaria abrangido pelo princípio da dignidade da pessoa humana – um quilo de *filet mignon*. Veja-se que, a premissa nos dois casos é a mesma: furto em decorrência de fome, ou seja, o indivíduo atuou em absoluto estado de necessidade, impelido unicamente pela vontade de se alimentar. A teoria da decisão impediria o magistrado de decretar a prisão preventiva em casos de furto famélico, pois o princípio de resolução (dignidade da pessoa humana no caso) seria neutro em um sentido comparável (tanto na definição de valores individuais competidores quanto na abordagem que implicasse em valorização da competição).

Em suma, uma teoria da decisão para o Processo Penal brasileiro que realmente fosse compreendida e aplicada por juízes e tribunais evitaria as chamadas lacunas que devem ser preenchidas pelo magistrado e que acabam por permitir ambiguidade e incertezas por parte dos jurisdicionados.

O fato é que o tema permanece indubitavelmente aberto para o debate, isto porque muitas questões ainda não foram suficientemente pesquisadas e compreendidas, de forma que o estudo do ativismo judicial, no direito brasileiro, deve ser realizado juntamente com o espaço público (cidadãos de forma geral), na medida em que ao fim ao cabo estes é que serão imediatamente afetados pela sua aplicação.

⁶⁴ WECHSLER, Herbet. Toward Neutral Principles of Constitutional Law. *Harvard Law Review*, Massachusetts, ano 73, n. 1, p. 1-35, nov. 1959.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do breve estudo realizado, verificou-se que o ativismo judicial é uma prática forense consolidada no sistema jurídico brasileiro como alternativa não apenas para efetivação de direitos fundamentais, tendo-se em conta à ausência de atuação legislativa e administrativa do Estado na execução de seus fins, mas também como forma de controle da decisão pelo magistrado, que busca nos contornos da lei adequação ao que deseja aplicar ao caso concreto. O fenômeno tem se mostrado cada vez mais presente nos julgamentos de primeira instância, sendo necessária a busca por uma solução que, se não impeça, ao menos limite a insurgência da magistratura no campo legislativo.

É inegável que as diversas demandas no campo social fizeram o Estado mudar, modificando, por sua vez, a relação entre os Poderes. Primeiramente, em uma época em que o Estado assumiu um posicionamento mais liberal em relação ao seu povo constatou-se a necessidade de um atuar mais forte do Poder Legislativo, com o objetivo de atender demandas reivindicadas pelas relações sociais. Por outro lado, quando o Estado avocou prestações positivas na Constituição e nas leis, o que se denominou de *Well fare state*, o Poder Executivo atraiu as expectativas sociais para si.

Todavia mister que tenhamos em mente que, atualmente, em um cenário de Estado democrático de direito, o eixo volta-se inexoravelmente ao Poder Judiciário. Isto porque o neoconstitucionalismo trouxe um maior protagonismo à atividade judicante, a partir do desenvolvimento de uma “justiça dos princípios”, dando margem para abertura dos enunciados legislativos, a uma incidência mais intensa do papel da hermenêutica.

Dessa feita, verifica-se a clara necessidade de concretização dos direitos fundamentais (individuais e sociais), que acabam relegados à segundo plano pelos Poderes Executivo e Legislativo. Contudo, o âmbito de interferência judicial deve estar restringido ao espaço de incidência da Constituição Federal em favor das instâncias tipicamente políticas, adstritos aos casos permitidos legalmente, sem que se permita que o magistrado se torne um verdadeiro legislador.

Nessa senda, uma questão surge: como os intérpretes da lei poderiam compatibilizar o processo político democrático com a prática

do ativismo judicial? A solução seria a criação de uma teoria da decisão, que traga aos magistrados critérios de decidir e que permita o controle epistemológico e subjetivo do *decisum* por parte do jurisdicionado, que hoje fica atrelado ao bom senso e aos critérios de justiça do juiz, que muitas vezes não existem ou que simplesmente não estão de acordo com sistema constitucional de direitos. Ademais, é preciso ter em mente que sempre que houver subsunção, deve o magistrado aplicar a lei, não tendo, portanto, o poder de opção dentre duas ou mais situações possíveis; verificados os pressupostos legais, a alternativa é aquela prevista na norma.

O magistrado não cria lei, a aplica, dentro dos limites permitidos pela interpretação. Deve-se rechaçar qualquer conduta judicial que busque no ativismo judicial uma forma de justificar a sua forma de pensar, desvinculando-se da prova gerada no processo. A necessidade de suprimir lacunas e interpretar a lei não representa um cheque em branco ao Magistrado, que pode assim interferir na atividade do Poder Legislativo. A atividade jurisdicional deve estar atrelada ao que foi produzido nos autos e pelas partes, e subordinada à lei e a Constituição, não devendo extrapolar os limites ali constantes.

A atuação do Poder Judiciário para o fim de concretização de direitos quando ocorre a omissão dos demais poderes é democrática e necessária. No entanto, a relação que existe entre o Poder Judiciário e as políticas públicas, em momento algum, significa que este tenha que criá-las. Esta função cabe ao Poder Legislativo, cabendo ao juiz apenas determinar que estas sejam cumpridas, sem se tornar um legislador e assim, transbordar a sua função constitucional. Ao juiz cabe realizar o direito no caso concreto pela via normativa, abstendo-se de criar normas.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; LUNELI, Guilherme. Ativismo Judicial e instrumentalidade do processo. Diálogos entre discricionariedade e democracia. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 242, p. 19-45, abr. 2015.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ARANHA, Mariana Domigues de Castro Camargo; ARANHA FILHO, José Queiroz Telles de Camargo. A legitimidade constitucional do ativismo judicial. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, ano 86, p. 207-325, jan./mar. 2014.

BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, Madrid, ano 15, n. 13, p. 17-32, jan./dez. 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. In: Paula, Daniel Giotti de; FELLETT, André Luiz Fernandes; NOVELINO, Marcelo (orgs.) *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: JusPodivm, 2011.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes Instrutórios do Juiz*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Em busca de um conceito fugidio – o ativismo judicial. In: DE PAULA, Daniel Giotti; FELLETT, André Luiz Fernandes; NOVELINO, Marcelo (orgs.) *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador, JusPodivm, 2011.

CAMARGO, Gerson Ziebarth. Aspectos doutrinários favoráveis e desfavoráveis ao ativismo e à autocontenção judicial. *Revista de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIPAR*, Umuarama, ano 18, n. 19, p. 233-264, jul./dez. 2016.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993.

CARVALHO, Márcia Haydêe Porto de; SILVA, Júlio César Souza. O STF em sede de controle de constitucionalidade: justificação e legitimidade de suas decisões em um contexto de revisão da teoria da separação dos poderes. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, n. 97, p. 143-164, set.-out. 2016.

CASTRO, Alexandre Fonseca Monteiro de. Ativismo judicial e imparcialidade da jurisdição. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, n. 281, abr. 2016.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. Ativismo judicial: proposta para uma discussão conceitual. *Revista de informação legislativa - RIL*, Brasília, ano 49, n. 193, p. 141-149. jan./mar. 2012.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Processo Constitucional e direitos fundamentais: ensaio sobre uma relação indispensável à configuração do estado democrático de direito. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, ano 71, n. 2, p. 63-91, abr./jun. 2009.

DELFINO, Lúcio; FERREIRA, Ziel Lopes. Streck, Fonseca Costa, Kahneman e Tversky: todos contra o ativismo judicial probatório de Michele Taruffo. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 255, p. 141-166, maio. 2016.

ELY, John Hart. *Democracia e Desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. Tradução Juliana Lemos. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. Interpretação Judicial Criativa: análise teórica e jurisprudencial. *Revista Direito e Inovação*, Frederico Westphalen, ano 2, n. 2, p. 35-43, jul. 2014.

FARIAS, Rachel Nunes de Carvalho. O ativismo judicial e a ingerência do poder judiciário na escolha das políticas públicas. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, ano 101, n. 80, p. 57-81, mai./jun. 2017.

FERRAJOLI, Luigi. O direito como sistema de garantias. In: OLIVEIRA JR., José Alcebiades (org.). *O novo em direito e política*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1997. p. 90-91.

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

FRANCO, Aline Fonseca; COSTA FILHO, José de Oliveira. Pode o judiciário agir concretamente além dos limites de sua competência – ativismo judicial e judicialismo da política. *Colloquium Humanarum*, Presidente Prudente, ano 12, n. 1, p. 155-162, jan./abr. 2015.

FREITAS, Juarez. A hermenêutica jurídica e a ciência do cérebro: como lidar com os automatismos mentais. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, ano 40, n. 130, p. 223-244, jun. 2013.

HABERMAS, Jünger. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012.

JUNIOR SCHLESINGER, Arthur M. The Supreme Court. *Fortune*, Tampa, ano 35, n. 73, p. 202-208, jan. 1947.

LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MEDEIROS, Jackson Tavares da Silva de. Neoconstitucionalismo e ativismo judicial – limites e possibilidades da jurisdição constitucional. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, ano 84, p. 175-221, jul./set. 2013.

MENDES, Conrado Hüber; SILVA, Virgílio Afonso da. Habermas e a Jurisdição Constitucional. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo. *Direito e Democracia: um guia de leitura de Habermas*. São Paulo: Malheiros, 2008.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O Espírito das Leis*. Tradução Pedro Vieira Mota. São Paulo: Saraiva, 1987.

OLIVER, Luciana Zanchetta. *Ativismo Judicial no Brasil e as consequências de sua consolidação*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016.

PAULA, Daniel Giotti de; FELLET, André Luiz Fernandes; NOVELINO, Marcelo (orgs.) *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: JusPodivm, 2011.

PEREZ, Carlos Alberto Navarro. Relação entre o ativismo judicial e a atuação deficiente do poder legislativo: altruísmo e desserviço da democracia. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, ano 20, n. 78, p. 115-149, jan./mar. 2012.

PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010, p. 132.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial*. São Paulo: Saraiva, 2010.

RAMOS, Glauco Gumerato. Repensando a prova de ofício. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 190, p. 315-337, dez. 2010.

ROCHA, Jean Paul C. Veiga da. Separação dos Poderes e Democracia Deliberativa. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo. *Direito e Democracia: um guia de leitura de Habermas*. São Paulo: Malheiros, 2008.

RUA, Mónica Maria Bustamente. La relación Del estándar de prueba de La Duda razonable y la presunción de inocencia desde el garantismo procesal en el proceso penal colombiano. *Opinión Jurídica*, Medellín, ano 9, n. 7, p. 71-91, jan-jun. 2010.

SILVA, Diogo Bacha e. Ativismo judicial ou contrarrevolução jurídica: em busca da identidade social do poder judiciário. *Revista de informação legislativa - RIL*, Brasília, ano 53, n. 210, p. 165-179. abr./jun. 2016.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SOUZA, Artur César de. O ativismo judicial no processo penal e a imparcialidade do juiz. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 868, p. 655-286, jun. 2012.

SEGUNDO, Antonio de Holanda Cavalcante; SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna Santiago. Íntima Convicção, veredictos dos jurados e o recurso de apelação com base na contrariedade à prova dos autos: necessidade de compatibilidade com um processo de base garantista. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Porto alegre, n. 116, p. 149-172, set-out. 2015.

STRECK, Lênio Luiz. O Panpricipiologismo e a “Refundação Positivista”. In: COUTINHO, Jacinto Miranda; FRAGALE, Roberto; LOBÃO, Ronaldo. *Constituição e Ativismo Judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e consenso*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

URBANO, Maria Benedita. The law of judges: attempting against Montesquieu legacy or a new configuration for an old principle? *VIII World Congress of the Internacional Association of Constitutional Law*, México, n. 6-10, dez. 2010.

VIEIRA, Andréia Costa. *Civil Law e Common Law: os dois grandes sistemas legais comparados*. Porto Alegre: Fabris, 2007.

VIEIRA, Oscar Vilhena. A moralidade da Constituição e os Limites da Empreitada Interpretativa, ou entre Beethoven e Bernstein. In: SILVA, Virgílio Afonso da. *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2007.

WECHSLER, Herbet. Toward Neutral Principles of Constitutional Law. *Harvard Law Review*, Massachusetts, ano 73, n. 1, p. 1-35, nov. 1959.

Informações adicionais e declarações dos autores (integridade científica)

Declaração de conflito de interesses (conflict of interest declaration): a autora confirma que não há conflitos de interesse na realização das pesquisas expostas e na redação deste artigo.

Declaração de autoria e especificação das contribuições (declaration of authorship): todas e somente as pessoas que atendem os requisitos de autoria deste artigo estão listadas como autores; todos os coautores se responsabilizam integralmente por este trabalho em sua totalidade.

- *Roberta Eggert Poll:* projeto e esboço inicial, coleta e análise de dados, levantamento bibliográfico, revisão bibliográfica, redação, revisão crítica com contribuições substanciais, aprovação da versão final.

- *Aline Pires de Souza Machado de Castilhos*: coleta e análise de dados, levantamento bibliográfico, revisão bibliográfica, redação, revisão crítica com contribuições substanciais, aprovação da versão final.

Declaração de ineditismo e originalidade (declaration of originality): a autora assegura que o texto aqui publicado não foi divulgado anteriormente em outro meio e que futura republicação somente se realizará com a indicação expressa da referência desta publicação original; também atesta que não há plágio de terceiros ou autoplágio.

Dados do processo editorial

(<http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/about/editorialPolicies>)

- | | |
|---|-----------------------------------|
| ▪ Recebido em: 30/03/2018 | Equipe editorial envolvida |
| ▪ Controle preliminar e verificação de plágio: 08/04/2018 | ▪ Editor-chefe: 1 (VGV) |
| ▪ Aviso à autora do deslocamento ao V4N3: 08/04/2018 | ▪ Editor-assistente: 1 (BC) |
| ▪ Avaliação 1: 11/06/2018 | ▪ Revisores: 3 |
| ▪ Avaliação 2: 24/06/2018 | |
| ▪ Avaliação 3: 28/06/2018 | |
| ▪ Decisão editorial preliminar: 14/07/2018 | |
| ▪ Retorno rodada de correções 1: 31/07/2018 | |
| ▪ Decisão editorial preliminar 2: 04/08/2018 | |
| ▪ Retorno rodada de correções 2: 15/08/2018 | |
| ▪ Decisão editorial final: 04/09/2018 | |

COMO CITAR ESTE ARTIGO:

POLL, Roberta E; CASTILHOS, Aline P. S. M. O juiz legislador: o ativismo judicial como mecanismo de controle da decisão. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 4, n. 3, p. 1217-1246, set./dez. 2018.
<https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i3.153>



Esta obra está licenciada com uma Licença *Creative Commons Atribuição-NãoComercial 4.0 Internacional*.