

UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS – UFAL
Faculdade de Direito de Alagoas – FDA

DIÊGO MEDEIROS DE ALMEIDA

**OS REFLEXOS JURÍDICOS E SOCIAIS DAS DECISÕES TOMADAS PELO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DAS ADC'S 43 E 44 E NO
HABEAS CORPUS 124.306**

Maceió/AL
Dezembro/2022

Catálogo na Fonte
Universidade Federal de Alagoas
Biblioteca Central
Divisão de Tratamento Técnico

Bibliotecário: Marcelino de Carvalho Freitas Neto – CRB-4 – 1767

A447r Almeida, Diêgo Medeiros de.
Os reflexos jurídicos e sociais das decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento das ADC's 43 e 44 e no *habeas corpus* 124.306 / Diêgo Medeiros de Almeida. – 2022.
52 f.

Orientador: Raimundo Antônio Palmeira de Araújo.
Monografia (Trabalho de Conclusão de Curso em Direito) – Universidade Federal de Alagoas. Faculdade de Direito de Alagoas. Maceió, 2022.

Bibliografia: f. 49-52.

1. Ativismo judicial. 2. Direito penal. 3. Execução provisória da pena. 4. Aborto.
I. Título.

CDU: 343.2:173.4

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo fundamental analisar a problemática atinente ao *modus operandi* do Judiciário em face de demandas de caráter penal dotadas de grande repercussão social. Tais demandas serão, portanto, analisadas a partir de uma ótica que buscará compreender o papel dos juízes na concreção do direito e até que ponto estes agentes podem, ou não, inovar no ordenamento jurídico, mais especificamente na seara penal. Para tanto, o estudo se utilizará de conceitos doutrinários, jurisprudenciais e legais com o intento de compreender os motivos que influenciam posturas ativistas por parte de magistrados e tribunais - fenômeno conhecido por ativismo judicial - ao mesmo tempo em que fará uma minudenciada análise desta prática no contexto do julgamento acerca da constitucionalidade da execução provisória da pena - também conhecida por prisão em segunda instância - e das exceções à vedação ao aborto - ou seja, casos em que este é permitido. Estes dois casos emblemáticos, por todos os seus caracteres, serão a base para toda a análise realizada neste trabalho, de modo que, ao fim, espera-se ter uma conclusão adequada a respeito do problema levantado.

Palavras-chave: Ativismo Judicial. Direito Penal. Execução Provisória da Pena. Aborto.

RESUMEN

El presente trabajo tiene como objetivo fundamental analizar la problemática del modus operandi del Poder Judicial ante demandas de carácter criminal dotadas de gran repercusión social. Tales demandas serán, por lo tanto, analizadas desde una perspectiva que buscará comprender el papel de los jueces en la concreción de la ley y la medida en que estos agentes pueden o no innovar en el sistema legal, más específicamente en el campo penal. Con este fin, el estudio utilizará conceptos doctrinales, jurisprudenciales y legales con la intención de comprender las razones que influyen en las actitudes activistas de los magistrados y los tribunales, un fenómeno conocido como activismo judicial, al mismo tiempo que llevará a cabo un análisis detallado de esta práctica en el contexto de la sentencia sobre la constitucionalidad de la ejecución provisional de la sentencia, también conocida como prisión de segunda instancia, y las excepciones a la prohibición del aborto, es decir, los casos en que está permitido. Estos dos casos emblemáticos, por todos sus personajes, serán la base de todos los análisis realizados en este documento, de modo que, al final, se espera tener una conclusión adecuada sobre el problema planteado.

Palabras clave: Activismo Judicial. Derecho Penal. Ejecución Provisional de Pena. Aborto.

RESUME

The present work has as fundamental objective to analyze the problem of the modus operandi of the Judiciary before criminal lawsuits endowed with great social repercussion. Such demands will, therefore, be analyzed from a perspective that will seek to understand the role of judges in the concretion of the law and the extent to which these agents may or may not innovate in the legal system, more specifically in the criminal field. To this end, the study will use doctrinal, jurisprudential and legal concepts with the intention of understanding the reasons that influence the activist attitudes of the magistrates and the courts, a phenomenon known as judicial activism, while carrying out a detailed analysis of this practice in the context of the judgment on the constitutionality of the provisional execution of the sentence, also known as second instance prison, and the exceptions to the prohibition of abortion, that is, the cases in which it is permitted. These two emblematic cases, for all their characters, will be the basis of all the analyzes performed in this document, so that, in the end, it is expected to have an adequate conclusion about the problem posed.

Key Words: Judicial Activism. Criminal Law. Provisional Execution of Penalty. Abortion.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
1. AS BASES DO ATIVISMO JUDICIAL NO DIREITO PENAL	13
1.1. A evolução histórica do ativismo judicial.....	13
1.2. O ativismo judicial no direito penal.....	16
1.3. A opinião pública e os veículos de mídia como moduladores das decisões judiciais de natureza penal.....	20
1.4. A Separação das funções legislativa e judicial e a sua importância para a praxe do direito penal.....	25
2. AS EXPERIÊNCIAS PRÁTICAS ENVOLVENDO O ATIVISMO JUDICIAL NO DIREITO PENAL	31
2.1. A execução provisória da pena.....	31
2.2. O Aborto e os Tribunais Superiores.....	38
2.3. Os limites à postura ativa do Judiciário Brasileiro no âmbito penal.....	45
CONSIDERAÇÕES FINAIS	49
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	52

INTRODUÇÃO

O neoconstitucionalismo, marco essencial da irradiação das normas constitucionais nos diversos setores do ordenamento jurídico, trouxe importantes inovações para a democracia contemporânea, com grande destaque para o período que sucedeu à segunda guerra mundial. O movimento foi responsável por concretizar um desenvolvimento de direitos que não só garantem as liberdades civis e políticas dos cidadãos, mas também promovem direitos sociais, econômicos, culturais e o dever de respeito à democracia, à fraternidade e à própria paz (NOVELINO, 2017, p. 58).

Dessa forma, o panorama constitucional foi submetido a mudanças que concretizaram efeitos importantes no âmbito social, destacando-se nesse cenário os fenômenos da judicialização da política e do ativismo judicial. Neste sentido, Luis Roberto Barroso (2017) apregoa:

Simultaneamente à expansão da jurisdição constitucional no mundo, verificou-se, igualmente, uma vertiginosa ascensão política e institucional do Poder Judiciário. Sobretudo nos países de tradição romano-germânica, juízes e tribunais deixaram de ser uma espécie de departamento técnico especializado do governo para se transformarem em um verdadeiro Poder, que em alguma medida disputa espaço com os demais e atua com grande importância na governança nacional.

A necessidade de se manter um sistema jurídico vibrante e dotado dos princípios que fundamentam a nova visão constitucional fez com que o Poder Judiciário fosse obrigado atuar de forma mais presente na sociedade, tutelando inúmeras questões fáticas. Em virtude deste panorama, reconhece-se a necessidade de se manter um Judiciário independente e capacitado para proteger a essência do Estado Democrático de Direito.

Como bem explica Barroso (2017, p. 11), a judicialização da política e das relações sociais é um fenômeno que ocorre independentemente da atuação do supracitado Poder, decorrendo de circunstâncias jurídicas, fáticas e sociais específicas, as quais se encontram muitas vezes atreladas à existência de uma Constituição analítica, responsável por tratar de importantes temas, como é o caso da ampliação do acesso à Justiça. Esta conformação é fator que traz como consequência o aumento do número de demandas no Judiciário, já que bens jurídicos essenciais podem vir a ser finalmente tutelados, após séculos de violações inimagináveis.

Por outro lado, o ativismo judicial depende umbilicalmente da ação dos magistrados. É uma circunstância política, uma visão de mundo que comanda os comportamentos de

determinado juiz, fazendo com que este possa aplicar a Constituição através de uma atuação proativa frente a situações não previstas no Texto Constitucional. Assim, é dado a este um sentido e um alcance mais amplo do que a sua literalidade parece dizer.

Destaca-se a fala do Ministro Luís Roberto Barroso (2017, p. 11) sobre a diferença entre judicialização da política e ativismo judicial:

A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não tem as mesmas origens. (...) A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. (...) Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance.

Tais apontamentos permitem inferir que, apesar de conectados pelo atual esquema de organização constitucional, a judicialização da política e das relações sociais e o ativismo judicial não são idênticos, existindo fundamentais diferenças entre os dois fenômenos. Como ponto de conectividade, percebe-se que a busca pela necessária tutela jurisdicional faz com que muitas vezes o Judiciário precise, através de uma interpretação ativa, criar normas que outrora não se encontravam visíveis.

Portanto, o ativismo se refere a uma “participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes” (BARROSO, 2017, p. 12). Ou seja, não se trata de um mero fenômeno em que o Poder Judiciário age passivamente, mas, ao contrário, como se infere do próprio título, caracteriza-se por ações proativas dos juízes e tribunais.

Tal interferência é entendida por muitos como necessária, especialmente em decorrência do que se conhece por “crise da legitimidade democrática” dos demais poderes, já que não são poucos os casos em que os Poderes Públicos ferem o ordenamento jurídico e as instituições constituídas, a exemplo dos frequentes escândalos de corrupção e da falta de identificação do cidadão com os partidos políticos, instigando a proatividade das ações de juízes e tribunais.

Todavia, apesar de se mostrarem latentes os casos em que os Poderes Executivo e Legislativo atuam de maneira antidemocrática, violando os mais básicos direitos e garantias erigidos pela Assembléia Constituinte de 1988, muitas críticas também são lançadas ao já referido ativismo judicial, seja pela doutrina especializada, pelos veículos de mídia ou mesmo pela população civil. O que geralmente se argumenta é que essa atuação caracteriza uma

violação à separação dos poderes, tendo em vista que o Poder Judiciário não foi concebido para analisar o mérito das decisões políticas tomadas pelos demais Poderes. Ademais, afirma-se que falta legitimidade democrática ao Judiciário, já que este não é composto por representantes eleitos pelo povo.

Dentre as principais questões que se interligam ao presente assunto, possuem grande destaque aquelas identificadas no âmbito do direito penal, sobretudo quando os membros do Poder Judiciário se utilizam de manobras para modificar situações jurídicas consolidadas pela lei, afrontando o que se conhece como princípio da separação dos poderes. São por demais frequentes os casos em que juízes e tribunais travestem-se de legisladores positivos, ou seja, atuando como representantes imediatos da vontade do povo e fugindo, conseqüentemente, do cumprimento do seu mister constitucional.

Em face de tais controvérsias, mostra-se razoável analisar a moldura jurídica em que, dentro de um contexto penalista, pode ser exercida uma atividade judiciária mais ativa, de modo que o presente trabalho se esforçará para desvendar os meandros do ativismo judicial no direito penal, com o objetivo de entender quais as causas que provocam a sua existência e quais os seus limites. Assim, buscar-se-á atingir um entendimento completo sobre o assunto, servindo este como chave para a solução de imbróglios que envolvam conflitos oriundos da Separação de Poderes no âmbito do direito penal.

A referida análise será essencial para o desenlace de inúmeras problemáticas comumente observáveis na praxe penal brasileira, com destaque para a solução de *hard cases* (casos difíceis), mormente quando se observa um significativo afastamento do sentido literal de determinado dispositivo interpretado, como é o caso do recente julgado que declarou legítima a execução provisória da pena (prisão em segunda instância) e daqueles que criaram exceções *extra legem* a respeito da criminalização do aborto.

Sem dúvidas, descobrir a limitação da atividade jurídica é indispensável para o desenvolvimento da nação, tendo em vista que não deixa de ser uma análise sobre os fundamentos da própria estrutura democrática. Nessa senda, este estudo poderá servir de lente para desembaçar controvérsias atinentes à maneira com que o Poder Judiciário busca solucionar casos de notável complexidade no âmbito penal, responsável por cuidar dos bens jurídicos mais caros ao ser humano.

Desta feita, os capítulos que compõem este estudo serão voltados para a análise das discussões doutrinárias e jurisprudenciais acerca do ativismo judicial, notadamente no que diz

respeito ao modo de atuação deste no âmbito do direito penal. Para tal, revestir-se-á de um conteúdo variado, caracterizando-se pelo pluralismo de ideias e conceitos que se encontram presentes no cotidiano jurídico.

A metodologia utilizada na condução do presente trabalho será de cunho indutivo, partindo-se de casos específicos para se chegar a uma noção geral sobre a matéria. Assim, serão investigadas bibliografias especializadas e diversos outros documentos que possam clarear o entendimento da temática, com destaque especial para importantes e polêmicas decisões judiciais, de modo que seja possível compreender, na prática, todas as características relacionadas ao ativismo judicial no direito penal e concluir seguramente acerca de seus limites.

1. AS BASES DO ATIVISMO JUDICIAL NO DIREITO PENAL

1.1. A evolução histórica do ativismo judicial

Para entender a conjuntura sob a qual está inserido o ativismo judicial no sistema penal brasileiro, faz-se necessário construir um entendimento a respeito das principais questões históricas que permeiam o assunto, facilitando-se uma compreensão acerca do modo com que o Judiciário atua em face de demandas concretas.

Como foi informado na introdução deste trabalho, o século XX, especialmente no que diz respeito ao período posterior à Segunda Guerra Mundial, foi um período marcado por inúmeras transformações no panorama do direito, destacando-se o movimento conhecido como Pós-Positivismo, considerado pela doutrina tradicional como marco filosófico do neoconstitucionalismo, fase que marca constituições de cunho garantista e dotadas de força normativa, irradiando seus efeitos em todo o ordenamento jurídico e mesmo na vida em sociedade (BARROSO, 2017, p. 05).

Foi também no século XX que surgiram outras mudanças interessantes no panorama jurídico mundial, destacando-se dentre estas a criação do controle concentrado (ou reservado) de constitucionalidade. Idealizado por Hans Kelsen, esse tipo de controle foi popularizado em inúmeros países do continente Europeu, com consagração inicial na Áustria, ano de 1920, quando se criou a Corte Constitucional Austríaca (NOVELINO, 2017, p. 178).

A criação do modelo suso mencionado, segundo Dias (2016), deve-se especialmente ao desenvolvimento da Teoria Pura do Direito. Por meio desta, Kelsen afirmava que a Constituição é uma norma superior, não podendo haver incompatibilidade das normas infraconstitucionais para com esta. Graças a tal formulação, as disposições constitucionais passaram a ter uma relevância que ainda não havia sido experimentada pelas sociedades primitivas, criando um espaço para modificações interessantes no cotidiano jurídico.

Em consonância com esta sistemática, Marcelo Novelino (2017, p. 41) apregoa:

O caráter supremo e vinculante das normas constitucionais condiciona a forma e o conteúdo dos atos elaborados pelos poderes públicos, sob pena de invalidação. A supremacia do direito constitucional é um pressuposto da função desempenhada pela constituição como ordem jurídica fundamental da comunidade, cujas normas vinculam todos os poderes, inclusive o Legislativo.

Sendo assim, todo o ordenamento jurídico passa a ser concatenado com base nas normas fundamentais dispostas na Constituição do respectivo Ente Político. Deste modo, e

como consequência do próprio princípio da juridicidade, não apenas as leis formais devem estar em completa consonância com o que se extrai da Carta Magna, mas também os diversos atos e demais manifestações do Poder Público, seja qual for a sua classificação, de modo que até mesmo os atos políticos e de governo precisam obedecer aos formalismos e às disposições materiais impostas pela Constituição do respectivo Estado, que, no caso do Brasil, corresponde à Constituição Federal de 1988. Como se sabe, a consequência do desrespeito a estas regras consagradas pela Lei Maior será a declaração da inconstitucionalidade do ato praticado por determinado ente e a subsequente retirada deste do ordenamento jurídico.

Neste sentido, afirma Gilmar Mendes (2012, p. 77):

Hoje, é possível falar em um momento de constitucionalismo que se caracteriza pela superação da supremacia do Parlamento. O instante atual é marcado pela superioridade da Constituição, a que se subordinam todos os poderes por ela constituídos, garantida por mecanismos jurisdicionais de controle de constitucionalidade

A união destes importantes fatores - neoconstitucionalismo e controle de constitucionalidade - foi extremamente relevante para o cenário visualizado no período que sucedeu à Segunda Guerra Mundial. Tal fase histórica foi o estopim para inúmeras crises de cunho econômico e social, fazendo com que a busca pela concretização de direitos aumentasse vertiginosamente, sendo os juízes cada vez mais acionados para resolver conflitos envolvendo direitos e garantias fundamentais dos cidadãos.

Assim, foram surgindo os registros iniciais da interferência do Poder Judiciário na atividade dos demais Poderes, especialmente quando se observa uma débil atuação do Executivo e do Legislativo na concreção de políticas públicas demandadas pela população civil, que, sofrendo das mais diversas mazelas, exige soluções rápidas e eficientes para os problemas concretos enfrentados diuturnamente.

Nesse contexto, a promulgação da Constituição Federal de 1988 marcou uma significativa ampliação no elenco dos direitos e garantias fundamentais no território brasileiro, ampliando-se drasticamente as possibilidades de tutela jurisdicional. Como é sabido, a defesa das prerrogativas inerentes à cidadania recebe grande influência das decisões judiciais, especialmente a partir da atuação do Supremo Tribunal Federal. Dado o seu papel de guardião da Constituição Federal, a referida Corte é capaz de materializar inúmeras transformações na realidade vigente, seja através do controle difuso de constitucionalidade, do controle concentrado, da edição de súmulas vinculantes, da repercussão geral no recurso extraordinário, dentre outros mecanismos.

Portanto, a força obtida através das decisões judiciais é de grande importância para a concretização de direitos, já que existem inúmeras maneiras de garantir a observância de precedentes por parte dos diversos órgãos jurisdicionais, não ficando este fato limitado ao controle concentrado. Destaca-se o seguinte julgado, de relatoria da Ministra Ellen Gracie (2011):

As decisões proferidas pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal quando do julgamento de recursos extraordinários com repercussão geral vinculam os demais órgãos do Poder Judiciário na solução, por estes, de outros feitos sobre idêntica controvérsia (BRASIL, STF, RCL 10.793/SP)

Percebe-se a grande força que permeia as ações judiciais, sendo este um dos motivos essenciais para o grande volume de demandas perante o Poder Judiciário, já que, diante das constantes violações de direitos sofridas pela população civil, esta vê na tutela jurisdicional uma oportunidade de minimizar as mazelas sofridas em seu cotidiano.

Diante disso, cada vez mais a jurisdição assume um lugar destacável, notadamente em virtude da atuação das cortes constitucionais na materialização das normas constitucionais, de modo que “as decisões dos tribunais constitucionais passaram a considerar-se como um novo modo de praticar o direito constitucional” (CANOTILHO, 2003, p. 1450). Ou seja, o Poder Judiciário ganhou um papel muito mais ativo na criação do direito não sendo apenas visto neste momento histórico como um sujeito reativo, mas, por outro lado, como um participante fundamental na estrutura democrática e na concretização das vontades populares.

A participação do Judiciário na concretização de direitos acabou por gerar inúmeras discussões acerca do que se conhece doutrinariamente como “criação judicial do direito”. Segundo Marcelo Novelino (2017, p. 45), “as divergências sobre o papel da jurisprudência como fonte criadora de normas jurídicas são intensas, sobretudo, no que se refere à extensão e legitimidade”. Certamente, o ponto fundamental que divide especialistas acerca da referida legitimidade diz respeito à posição funcional de cada um dos poderes que compõem a estrutura do Estado Democrático de Direito Brasileiro, já que a preservação da estrutura de uma nação e de seus fundamentos orgânicos também requer que sejam respeitados os campos de ação de cada um dos Poderes Constituídos.

Todavia, é inegável que existe uma importância singular para a atividade do Poder Judiciário, mormente aquela desenvolvida no âmbito da *praxe* da hermenêutica jurídica. Nessa senda, há muitas vezes um alargamento da margem de ação na aplicação do direito, consequência que deriva dos caracteres vagos e imprecisos encontrados nas disposições do

Texto Constitucional, fato que é aliado à necessidade de concretizar os valores plurais inerentes às sociedades contemporâneas.

Como bem afirmado por Humberto Ávila (2004), a atividade do intérprete é pautada por uma reconstrução do sentido da norma a partir do texto normativo, sendo portanto uma ação de caráter construtivo. Desse modo, apesar da atuação como legislador negativo dos tribunais constitucionais (KELSEN, 2003), verifica-se atualmente uma tendência em admitir uma eficácia aditiva na criação judicial do direito. Cita-se trecho de julgado relatado pelo Ministro Gilmar Mendes:

É possível antever que o Supremo Tribunal Federal acabe por se livrar do vetusto dogma do legislador negativo e se alie à mais progressiva linha jurisprudencial das decisões interpretativas com eficácia aditiva, já adotadas pelas principais Cortes Constitucionais europeias (STF, ADI 3.510 / DF, 2008)

Diante do posicionamento suso mencionado, percebe-se que o modo de atuação do Judiciário ainda será alvo de inúmeras mudanças, as quais existem como consequências naturais da evolução jurídica. Sendo assim, até que a questão que seja pacificada, muitas ainda serão as discussões a respeito da eficácia que pode advir de uma decisão judicial, não existindo ainda um posicionamento universal e unânime a respeito do tema, de modo que muitas são as opiniões antagônicas sobre a referida questão.

Feitos estes apontamentos, é fácil perceber que o sistema constitucional pátrio é repleto de caracteres que permitem uma ativa participação do Poder Judiciário, ficando a concretização de direitos muitas vezes dependente de uma postura mais ativa em tal seara. Como será adiante explorado, deve haver uma atenção especial para a atuação judicial no âmbito do direito penal, tendo em vista que aqui são tutelados alguns dos mais importantes bens jurídicos, dentre os quais se destacam a vida e a liberdade.

1.2. O ativismo judicial no direito penal

A relevância do direito penal é fato que não precisa de grandes argumentos para ser comprovada. Ferrajoli (2006, 311) explica:

O objetivo geral do direito penal, tal como resulta da dupla finalidade preventiva ora ilustrada, pode ser, em uma palavra, identificado com o impedimento do exercício das próprias razões, ou, de modo mais abrangente, com a minimização da violência na sociedade. Tanto o delito como a vingança constituem exercício das próprias razões

Por certo, a responsabilidade atribuída aos juízes quando no trato da matéria penal é suficiente para que esta esfera de atuação seja limitada por normas garantidoras da integridade

do ordenamento jurídico e da estrutura democrática. Dentre essas normas, destaca-se o princípio da intervenção mínima, valendo citar a lição de Muñoz Conde (1975, p. 59-60):

O poder punitivo do Estado deve estar regido e limitado pelo princípio da intervenção mínima. Com isto, quero dizer que o Direito Penal somente deve intervir nos casos de ataques muito graves aos bens jurídicos mais importantes. As perturbações mais leves do ordenamento jurídico são objeto de outros ramos do direito

A partir dessa noção, pode-se compreender que o princípio da intervenção mínima determina que o direito penal deve intervir da menor maneira possível no cotidiano social, ficando sua ação resguardada aos casos em que inexistem soluções aptas a proteger os bens jurídicos discutidos. Desta feita, não será a violação a qualquer bem jurídico que induzirá à manifestação do direito penal.

Isso posto, deve-se ter sempre clara a ideia de proteção jurídica aos particulares, evitando a persecução penal sempre que esta não se mostre capaz de resolver as controvérsias concretas. Portanto, a *praxis* criminal sempre ficará reservada para os casos concretos que não possam ser plenamente resolvidos em outros âmbitos de atuação, como é o caso do administrativo e cível.

Presentes os requisitos para o processamento do feito com base nas normas penais - por verificar-se que este é o único meio eficiente para a preservação dos bens jurídicos atingidos - passa então a ser necessário uma obediência concreta à legislação em vigor, ficando o aplicador do direito adstrito ao que é veiculado pelo ordenamento jurídico.

Segundo Luiz Flávio Gomes (1997, p. 15), são funções do Judiciário:

a) aplicar contenciosamente a lei aos casos concretos; b) controlar os demais poderes; c) realizar seu autogoverno; d) concretizar os direitos fundamentais; e) garantir o Estado Constitucional Democrático de Direito. (GOMES, 1997, p. 15)

Assim, percebe-se que a atuação do juiz sempre deve estar balizada nas normas jurídicas que fundamentam o sistema pátrio. Dentre estas normas, o princípio da legalidade encontra-se posicionado como um dos grandes limitadores da atuação estatal, sendo conhecido pela locução *nullum crimen nulla poena sine previa lege*. Conforme prevê o artigo 1º do Código Penal Brasileiro, não há crime sem lei anterior que o defina, nem há pena sem prévia cominação legal.

O referido princípio representa uma das facetas do Estado de Direito, no qual “as leis são criadas pelo povo e para o povo, respeitando-se a dignidade da pessoa humana” (LEITE,

2018). Essa conformação estrutural do direito penal decorre de uma das principais expressões da soberania popular. Como é sabido, por meio do voto os cidadãos elegem seus representantes, e estes fazem valer a vontade do povo, ao menos idealisticamente, através da elaboração de normas jurídicas que representem os anseios populares, a exemplo do que acontece com a tipificação de comportamentos entendidos como criminosos.

Nessa senda, vale citar as palavras de Afrânio Jardim (2014):

“A toda evidência, a aplicação do Direito material deve tutelar valores outros diversos, frutos do processo civilizatório. Não é valioso punir a qualquer preço. Por outro lado, a falta de eficácia do processo penal e a ineficiência das instituições do Estado de Direito só levam à desmoralização da democracia.”

Com esta fala, o ilustre doutrinador explicita uma conclusão importante: as instituições públicas, ao mesmo tempo em que devem criar o direito conforme os valores da sociedade, devem aplicá-lo às demandas concretas. Assim, é perfectibilizada a subsunção dos fatos concretos às normas hipotéticas, concretizando a vontade popular. Ademais, faz-se necessário notar que para que haja a subsunção de um fato a uma norma posta, é necessário que esta mesma norma já esteja inserida no ordenamento jurídico através de uma prévia escolha democrática realizada pelos legítimos representantes do povo, ou seja, cabe ao legislador positivo, e não ao judiciário, corporificar no ordenamento jurídico os textos dos quais serão extraídas as normas aptas a produzirem efeitos no mundo jurídico.

Tendo em mente que o Juiz precisa se manter fiel aos ditames legais, podem surgir dúvidas acerca de como se dá a materialização do ativismo judicial no direito penal, especialmente quando da análise da competência que limita o exercício da jurisdição, entendida como o “poder pertencente aos magistrados de aplicar o direito” (GUIMARÃES, 2019, p. 160).

Nesse contexto, deve-se ter em mente que um dos grandes problemas envolvendo a atuação judicial diz respeito justamente ao cumprimento da lei, que, por diversos fatores, acaba sendo de difícil concretização. A impunidade latente é evidenciada por dados do Conselho Nacional de Justiça que, em relatório denominado “Meta 2 – A impunidade como alvo – Investigação de homicídios no Brasil” informou que apenas 5% a 8% dos homicídios no país são solucionados.¹

¹ Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/stories/Enasp/relatorio_enasp_FINAL.pdf.> Acesso em: 17 de janeiro de 2020

Em decorrência desse sentimento de impunidade, não são raros os casos em que a população acaba exigindo das instituições públicas a concretização de seus mais diversos anseios. Como consequência, boa parte das demandas e pressões são postas sob a responsabilidade do Poder Judiciário.

A grande variedade de métodos de divulgação de conteúdo é um dos principais motores para que o Judiciário seja abarrotado pelos clamores públicos. Ademais, deve-se ressaltar que o interesse dos diversos veículos de mídia em capitalizar em face de demandas concretas faz com que muitos Juízes sintam-se obrigados a dar uma suposta resposta à população.

Assim, um grande problema é verificado: a opinião pública como moduladora das ações judiciais. Deste modo, o que acaba existindo é uma dependência exagerada do Judiciário para com as atividades de imprensa, fazendo com que as ações de muitos magistrados sejam pautadas pela repercussão positiva que pode ser gerada como consequência de determinada decisão.

Entretanto, percebe-se que grande parte dessas respostas são dadas através de decisões que violam as mais básicas garantias fundamentais, desrespeitando-se os ditames do ordenamento jurídico em prol de uma publicidade egoísta. Esta é, sem dúvidas, uma das faces malignas do ativismo judicial, já que o magistrado não deve escapar da moldura jurídica sob a qual está adstrito, mas, permanecendo nela, deve fazer valer os valores democráticos que não são concretizados pelos demais Poderes.

Essa relação entre as pressões midiáticas e o Poder Judiciário acaba ocasionando terríveis consequências para o Estado de Direito. O que se observa é uma dependência entre a organização jurisdicional brasileira e a opinião pública, de modo que as funções inerentes à Justiça são substituídas por atos que contrariam as leis e a Constituição.

Nessa senda, cabe mencionar Afrânio Silva Jardim (2018): “Em um Estado de Direito, vale a pena repetir, os juízes devem julgar segundo dispõe a lei e não segundo eles gostariam que a lei dispusesse”. Do mesmo modo, não devem os magistrados afastarem-se da lei com a motivação única de satisfazer os supostos desejos populares, quase sempre heterogêneos e instáveis.

Em complemento, vale mencionar trecho da clássica obra de Dalmo Dallari (1996, p. 87):

O juiz recebe do povo, através da Constituição, a legitimação formal de suas decisões, que muitas vezes afetam de modo extremamente grave a liberdade, a situação familiar, o patrimônio, a convivência na sociedade e toda uma gama de interesses fundamentais de uma ou de muitas pessoas. Essa legitimação deve ser permanentemente complementada pelo povo, o que só ocorre quando, segundo a convicção predominante, os juízes estão cumprindo seu papel constitucional, protegendo eficazmente os direitos e decidindo com justiça. Essa legitimidade tem excepcional importância pelos efeitos políticos e sociais que podem ter as decisões judiciais.

Ante o exposto, é notável que a atuação do juiz, ao mesmo tempo que deve materializar os anseios populares, deve ser previamente legitimada por estes, de modo que o exercício da função jurisdicional, para obter a aprovação popular, não se dê através de mecanismos antijurídicos. Com isto em mente, cabe aqui analisar o modo com que a opinião pública atua em face do Judiciário e sua relação com os veículos de mídia e novos meios de comunicação, especialmente no que diz respeito aos casos de competência jurisdicional penal.

1.3. A opinião pública e os veículos de mídia como moduladores das decisões judiciais de natureza penal

Os veículos de mídia, cuja existência é fundamental para o bom funcionamento da democracia, são essenciais para a publicização de informações e divulgação de conteúdo aos mais diversos grupos de pessoas. Não há como negar a importância deste fato, já que é dada aos particulares a oportunidade de compreenderem o modo com que as relações entre as instituições públicas estão agindo na sociedade.

Darci Arruda Miranda (1995, p. 43), apregoa:

A verdadeira missão da imprensa, mais do que informar e divulgar fatos, é a de difundir conhecimentos, disseminar a cultura, iluminar as consciências, canalizar as aspirações e os anseios populares, enfim, orientar a opinião pública no sentido do bem e da verdade.

Assim, também é necessário que exista uma participação ativa da imprensa para que a democracia seja efetivamente realizada. Ou seja, a imprensa possui um papel fundamental na manutenção do Estado democrático de direito e na sua evolução jurídica. É o canal por meio do qual os legítimos titulares do poder constituinte tomam nota de todos os acontecimentos jurídicos, políticos e sociais presentes no cotidiano da República federativa do Brasil.

Deste modo, é um instrumento necessário para que o povo consiga compreender todos os detalhes que permeiam os acontecimentos mais importantes que se realizam do país, ou seja, permite que todos os cidadãos estejam conscientes do contexto histórico em que estão

inseridos. Portanto, reflete uma técnica de exercício da legitimidade democrática, especialmente quando observado sob o aspecto da publicidade, divulgando e exteriorizando os atos do poder público.

Por certo, a transparência dos atos dos poderes públicos guarda estreita relação com o princípio democrático, já disposto no artigo 1º da Constituição Federal de 1988. Este, segundo Oliveira (2016), é responsável por possibilitar o exercício do controle social sobre os atos públicos do Estado. Por outro lado “a atuação obscura e sigilosa é típica dos Estados autoritários, ao contrário dos Estados Democráticos de Direito, onde a regra é a publicidade dos atos estatais, sendo exceção o sigilo”.

Este direito fundamental à publicidade, exercido de modo grandioso pela imprensa, é consagrado pelo ordenamento jurídico através de diversos instrumentos jurídicos, destacando-se diversos tratados assinados pelo Brasil, como é o caso da Declaração Universal dos Direitos Humanos (artigo 19)², da Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção (artigos 10 e 13)³ e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (artigo 19)⁴.

Ademais, deve-se lembrar que a liberdade de imprensa é uma garantia constitucional especialmente consagrada graças à redemocratização do estado brasileiro, outrora subjugada a um regime ditatorial e limitativo da liberdade de expressão dos cidadãos nacionais. Como explica Dirley da Cunha Júnior (2016, p. 480):

trata do próprio status negativos o status libertatis, pelo qual "ao indivíduo é reconhecido, por ser dotado de personalidade, uma esfera individual de liberdade imune a intervenção estatal. Assim, no indivíduo dê um poder juridicamente limitado no qual o estado não pode interferir, salvo para garantir o exercício do próprio direito. Cuida-se de liberdades asseguradas em face do estado, comportando a situação negativa de garantia frente a intromissão do Estado em

² Art. 19 - Todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e idéias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras.

³ Art. 10 - Tendo em conta a necessidade de combater a corrupção, cada Estado Parte, em conformidade com os princípios fundamentais de sua legislação interna, adotará medidas que sejam necessárias para aumentar a transparência em sua administração pública, inclusive no relativo a sua organização, funcionamento e processos de adoção de decisões, quando proceder. Art. 13 - Cada Estado Parte adotará medidas adequadas, no limite de suas possibilidades e de conformidade com os princípios fundamentais de sua legislação interna, para fomentar a participação ativa de pessoas e grupos que não pertençam ao setor público, como a sociedade civil, as organizações não-governamentais e as organizações com base na comunidade, na prevenção e na luta contra a corrupção, e para sensibilizar a opinião pública a respeito à existência, às causas e à gravidade da corrupção, assim como a ameaça que esta representa

⁴ Art. 19 - 1. ninguém poderá ser molestado por suas opiniões. 2. Toda pessoa terá direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e idéias de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro meio de sua escolha.

determinadas matérias. Aliás, como sublinha Jelinek a autoridade do estado é " exercida sobre homens livres "

Ou seja, a liberdade de imprensa é um princípio que se mostra como próprio corolário da liberdade de expressão. A consagração deste princípio no ordenamento jurídico brasileiro é especialmente verificada através do artigo 220 da Constituição Federal e respectivos parágrafos:

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 1º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

§ 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

Portanto, não há como negar a intenção do constituinte originário em preservar a liberdade de expressão, especialmente com instrumentos que facilitem o acesso da população ao que diuturnamente ocorre no País, com destaque, no presente trabalho, para aquelas informações atinentes ao mundo jurídico.

Como já bem veiculado no tópico anterior, dentre as informações trazidas pela mídia, encontram-se aquelas de cunho judicial, com destaque para as de maior repercussão, a exemplo das que dizem respeito ao julgamento de crimes violentos e as relacionadas a crimes que envolvem as finanças públicas, vez que são extremamente rentáveis para os propagadores de conteúdo, tendo em vista a facilidade com que tais matérias conseguem inflamar a população e espalhar-se rapidamente.

A utilização destes casos como forma de gerar lucro para os órgãos de mídia acaba fomentando inúmeros problemas para a realidade jurídica. Dentre estes encontra-se o problema referente a utilização dos casos judiciais com o intuito de gerar uma maior audiência e conseqüentemente aumentar as receitas positivas obtidas pela imprensa. Muitos são os problemas que decorrem deste fato, já que nem sempre atuação midiática será feita em conformidade com a imparcialidade necessária exigida pelo devido processo legal. Explica Luiz Flávio Gomes (2008):

O processo midiático (conduzido pela mídia) caracteriza-se, em primeiro lugar e desde logo, pelo imediatismo (assumido pelos órgãos estatais persecutórios, em razão do clamor público e da pressão

mediática). Em outras palavras: é um processo midiático e "imediático".

Como bem descrito, a característica fundamental relacionada a tais processos é a ânsia pela solução rápida do feito, muitas das vezes instigada por sentimentos revanchistas e malignos. Deste modo, esquece-se de todos os direitos e garantias fundamentais inatos aos cidadãos, muito mais importantes do que a rápida solução de um caso concreto, já que, enquanto esta última diz respeito a algo particular, aqueles dizem respeito a conquistas perenes que caracterizaram toda uma evolução jurídica. Neste sentido, Gomes (2008) apregoa que:

Nos processos comuns (normais) tudo é lento: a investigação é lenta, os laudos demoram meses, não existe pressão da mídia, ninguém presta esclarecimentos públicos etc. Nos processos midiáticos, ao contrário, por serem regidos pelo inconsciente coletivo vingativo, pretende-se que tudo seja imediato: a colheita das provas, a confissão dos suspeitos, a elaboração dos laudos, as declarações da polícia e do ministério público, a prisão temporária, a preventiva etc.

Ou seja, com o intuito de produzir um resultado rápido, esquece-se de todo o conjunto de normas jurídicas que regem o processo penal. Deste modo, os personagens que integram a relação jurídica acabam possuindo poderes direitos e deveres muitas vezes incongruentes com os determinados pelo ordenamento jurídico brasileiro. Não só isso, mas também se verifica uma grande disparidade de armas, já que enquanto o poder público se encontra munido de inúmeros instrumentos para combater os argumentos do réu, este simplesmente fica refém da opinião pública e da força advinda da coerção estatal.

Portanto, o que se percebe nesses casos de maior repercussão é uma grande inversão do ônus da prova que, além de ser comprometido pelo modo com que as informações são divulgadas, é somado às constantes violações jurídicas perpetradas no contexto destas demandas judiciais. “No processo penal midiático a execração pública é rápida e urbi et orbi (na cidade e no mundo). O suspeito pode ser inocente ou culpado (isso é irrelevante): ele sempre é execrado” (GOMES, 2008).

Deste modo, todas aquelas garantias que outrora foram conquistadas pelos cidadãos são simplesmente desconsideradas e substituídas por um autoritarismo retrógrado e de forte apelo para as massas, que, em regra sangrentas e vingativas, não conseguem enxergar todos os caracteres que se encontram desenhados no âmbito do processo penal. Então, essas manifestações acabam servindo como um mecanismo de burla ao ordenamento jurídico, fazendo com que os agentes públicos ajam em nome da simples repercussão de social de seus

atos, de modo que a popularidade que lhes é configurada acaba sobressaindo-se ao correto julgamento dos feitos.

Gomes (2008) afirma:

Nos processos midiáticos as prisões devem ser imediatas. A polícia e o ministério público, em regra, incorporam nas suas atividades as pressões midiáticas e populares. Postulam prontamente a prisão temporária, ainda que desnecessária. Reivindicam a prisão preventiva, embora não haja base legal.

Assim, confunde-se o clamor e as pressões públicas com o próprio devido processo legal, fato que acaba por ocasionar as mais variadas barbáries no campo jurídico-penal. Por tais motivos é que se questiona a relação das autoridades jurisdicionais com a publicização dos processos. Sem dúvida, as influências advindas dos meios populares podem tornar-se mecanismos que retiram do Judiciário a sua autonomia para aplicar o direito ao caso concreto.

Desta maneira, verifica-se que os agentes públicos atuantes nas demandas concretas de grande repercussão veem-se obrigados a seguir os ditames impostos (direta ou indiretamente) pela mídia e, conseqüentemente, pela opinião pública dela decorrente e coligada. As motivações para tais comportamentos são das mais variadas, dentre as quais pode ser citado o medo da execração pública, já que a responsabilidade pela suposta impunidade dos réus é automaticamente repassada aos magistrados e demais autoridades presentes no feito.

O que se percebe é uma grande dificuldade enfrentada pela população para diferenciar a realidade fática da realidade midiática e, também, entender quais as razões por trás da estruturação de um Estado com base no devido processo legal e em normas que privilegiam a presunção de não culpabilidade e os direitos e garantias básicos dos cidadãos.

Novamente, não há como escapar das célebres lições de Dalmo Dallari (1996, p. 93):

Aí está a raiz da função jurisdicional: a necessidade de esclarecer o direito e de garantir sua aplicação justa. Mas estará sempre presente uma dificuldade, inerente à condição humana do juiz, pois ainda que procure ser justo ele será, em certa medida, influenciado pelas circunstâncias de sua vida, conforme a feliz expressão de Ortega y Gasset. O juiz sempre terá de fazer escolhas, entre normas, argumentos, interpretações e até mesmo entre interesses, quando estes estiverem em conflito e parecer ao juiz que ambos são igualmente protegidos pelo direito. A solução dos conflitos pelo juiz será política nesse caso, mas também terá conotação política sua decisão de aplicar uma norma ou de lhe negar aplicação, pois em qualquer caso haverá efeitos sociais e alguém será beneficiado ou prejudicado.

É por conta de tais circunstância que grande parte dos casos de grande repercussão acabam sendo caracterizados por uma série de condutas que vão de encontro ao que é determinado pelo direito material e processual penal. Assim, na busca de satisfazer os imediatos anseios populares e transmitir imagens que garantam uma boa popularidade para com os veículos de mídia, violações das mais variadas são perpetradas em detrimento da segurança jurídica e da manutenção da ordem pública.

Tendo em vista a realidade apresentada neste tópico, passa o presente trabalho a uma rápida análise acerca da separação das funções legislativa e judicial, investigando a importância destas para o dia a dia da jurisdição penalista e reiterando a necessidade de se manterem Poderes independentes e harmônicos entre si.

1.4. A Separação das funções legislativa e judicial e a sua importância para a praxe do direito penal

A Constituição de 1988, além de consagrar expressamente o princípio da separação dos poderes (CF, art. 2º) e protegê-lo como cláusula pétrea (CF, art. 60, §4º, III), estabeleceu toda uma estrutura institucional de forma a garantir a independência entre eles, através de atribuições de controle recíproco. Ou seja, a garantia da estrutura jurídica do Estado democrático de direito brasileiro depende do respeito ao exercício das funções típicas e atípicas de cada um dos poderes, de modo que a conduta de cada um destes deve sempre estar pautada por uma moldura jurídica que expõe todas as barreiras para a atuação de cada um dos poderes.

A respeito do assunto, apregoa Gilmar Ferreira Mendes (2012, p. 64):

A separação dos Poderes tem por objetivo político repartilos entre pessoas distintas, para, por esse meio, impedir a concentração, adversária potencial da liberdade. A teoria se compreende “segundo a moldura do conflito clássico entre liberdade e autoridade (...) método lucubrado para a consecução de um fim maior: limitar o poder político”

Por não haver uma “fórmula universal apriorística” para esse princípio, é necessário extrair da própria Constituição o traço essencial da atual ordem jurídica para fins de controle de constitucionalidade. A independência entre os poderes tem por finalidade estabelecer um sistema de “freios e contrapesos” com o intuito de evitar o abuso e o arbítrio por qualquer dos Poderes. A harmonia, por sua vez, exterioriza-se no respeito às prerrogativas e faculdades atribuídas a cada um deles.

Segundo Dirley da Cunha Júnior, (2016, p. 471):

atualmente, entre nós, a separação de poderes se assenta na independência e harmonia entre os órgãos do poder político. Isso significa que, não obstante a independência orgânica - no sentido de não haver entre eles qualquer relação de subordinação ou dependência no que tange ao exercício de suas funções -, a constituição federal instituiu um mecanismo de controle mútuo, onde há interferências, que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, em busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro e especialmente dos governados

Percebe-se, portanto, que a atuação dos Poderes Estatais deve ser feita de forma harmônica, sem submissão de um para com o outro, mas numa verdadeira ação conjunta, pautada pelo respeito à área de atuação de cada um deles. Segundo Cunha Júnior (216, p. 471), esse “sistema de interferências recíprocas, encerrado na conhecida fórmula *checks and balances*, já havia sido apontado por Montesquieu como uma providência necessária que tornasse possível o *le pouvoir arrête le pouvoir*”.

Como ponto de grande importância para este trabalho, importa ressaltar que, no Brasil, esse sistema de controle é revelado, *exempli gratia*, pelo poder que tem os órgãos do judiciário de controlar a constitucionalidade das leis e a legalidade dos demais atos normativos do poder público-quando estes e aquelas ofenderem o texto Magno (CUNHA JÚNIOR, 2016, p. 471).

Em complemento, Dirley da Cunha Júnior (2016, p. 471) apregoa:

Ressaltamos que essa participação de um poder na função típica de outro não destrói nem infirma ou ameaça a separação das funções estatais, que, relembramos, não é absoluta, mas tão-somente relativa. Essa participação vem simplesmente completar a ideia subjacente da separação de poderes, "de modo a coordenar o mecanismo do poder". Assim, embora de forma subsidiária, cada poder pode exercer função que originariamente pertence os demais.

Com a fala do referido doutrinador, percebe-se, já de antemão, que a separação dos poderes não significa uma total impossibilidade do exercício de determinadas funções, mas, sim, o necessário respeito às funções legitimamente exercidas pelos poderes competentes.

No âmbito do Poder Legislativo Federal, a Constituição brasileira incorporou o bicameralismo do tipo federativo, no qual o Congresso Nacional é composto por duas Casas: a de representantes do povo (Câmara dos Deputados) e a de representantes dos Estados e do Distrito Federal (Senado).

Ao Poder Legislativo é atribuída, precipuamente, a função legislativa, sendo o responsável por positivizar no ordenamento jurídico brasileiro as normas jurídicas que atendam aos interesses da nação. Sendo assim, exercem a função de legislador positivo, inovando o sistema jurídico a partir de uma adição normativa.

Do lado oposto, ao Poder Judiciário é outorgada a atividade jurisdicional, que pode ser definida como aquela responsável por aplicar o direito aos casos concretos. Tal aplicação deve ser feita em observância aos parâmetros e às disposições legais, de modo que não é papel do Judiciário inovar no ordenamento, mas apenas cumpri-lo e preservar a hierarquia das normas jurídicas.

Especificamente no que se refere ao Supremo Tribunal Federal, muitos são os debates atinentes à sua competência e modo de atuação. Como é sabido, dentre as funções da Corte Suprema, destaca-se a sua atuação como guardião da Constituição Federal, responsável por extirpar do ordenamento jurídico aquelas normas que se mostrem incompatíveis com a principiologia da Carta Magna.

Em voto proferido nos autos da ADPF nº 54, o Ministro Ricardo Lewandowski proferiu os seguintes dizeres:

De fato, como é sabido e ressabido, o Supremo Tribunal Federal, à semelhança do que ocorre com as demais Cortes Constitucionais, só pode exercer o papel de legislador negativo, cabendo-lhe a relevante – e por si só avassaladora – função de extirpar do ordenamento jurídico as normas incompatíveis com o Texto Magno.

Esta atribuição decorre de uma série de princípios organizadores da democracia brasileira, destacando-se a intervenção mínima, responsável por evitar que a função típica de um dos Poderes seja fulminantemente arrebatada por outro. Lewandowski afirma que “qualquer excesso no exercício desse delicadíssimo mister trará como consequência a usurpação dos poderes atribuídos pela Carta Magna e, em última análise, pelo próprio povo, aos integrantes do Congresso Nacional” (ADPF nº 54).

Com esses conceitos em mente, resta a dúvida sobre quais são os mecanismos que podem ser utilizados pelo Judiciário para alterar a legislação vigente, especialmente quando esta se mostra incompatível com a Constituição Federal. A doutrina classifica esses mecanismos como sendo manifestações do controle repressivo de constitucionalidade, possuindo por objeto leis e atos normativos já promulgados, editados e publicados, ou seja, realiza-se posteriormente à concretização do processo legislativo. Segundo o constitucionalista Marcelo Novelino (2017, p. 175):

O principal protagonista no controle repressivo é, sem dúvida, o Poder Judiciário. A competência para exercer o controle concentrado é reservada, quando o parâmetro violado for norma da constituição da República, ao Supremo Tribunal Federal (CF, art. 102, I, “a” e §1º; art. 103, §2º); quando for norma da constituição estadual, aos tribunais de justiça (CF, art. 125, §2º). O controle difuso pode ser exercido por qualquer juiz ou tribunal, inclusive de ofício, dentro de suas respectivas competências.

Ou seja, o Poder Judiciário possui a importante função de restringir aquelas normas jurídicas que não se coadunam com o conjunto completo do ordenamento jurídico, de modo que através de uma interpretação holística do ordenamento jurídico e de métodos que garantam a preservação da constituição federal e das normas que delas são decorrentes, é legitimado para controlar a validade das normas que se fazem presentes na realidade jurídica brasileira. Este é, portanto, o legítimo mecanismo de atuação do Judiciário, o que o caracteriza como legislador negativo, responsável por eliminar do ordenamento jurídico aquelas normas que se mostram incompatíveis com a Constituição Federal.

Também é válido informar uma marcante técnica judicial que é utilizada como forma de extrapolar os limites do Supremo como legislador negativo, fugindo de suas competências outorgadas constitucionalmente. Esta técnica, conhecida como interpretação conforme a constituição, tem sido empregada de dois principais modos: seja como princípio interpretativo, seja como técnica de decisão judicial.

Segundo os ensinamentos do ex-ministro do supremo tribunal federal Sepúlveda Pertence, no que se refere à sua atuação como princípio interpretativo, a interpretação conforme a constituição é um mecanismo que, em face de dispositivos infraconstitucionais de difícil entendimento, dirige a interpretação àquela opção que emana um sentido compatível com a Constituição (STF, ADI 3.694/AP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence).

Ou seja, utilizando-se de instrumentos que garantam a perfeita extração da norma jurídica do texto legal positivado, como por exemplo o princípio da unidade da constituição, o jurista passa a ter a capacidade de compreender o sistema pátrio através da Carta Magna, de modo que consegue explicitar o entendimento que próprio constituinte originário teria diante de um imbróglio concreto.

Na prática, o que se percebe é que em muitos casos o intérprete acaba contrariando aquele sentido que se mostra evidente e inequívoco na norma jurídica, atuando como se legislador positivo fosse. Neste sentido, afirma Moreira Alves (STF, Rp. 1.417/DF, Rel. Min. Moreira Alves):

se a única interpretação possível para compatibilizar a norma com a Constituição contrariar o sentido inequívoco que o Poder Legislativo lhe pretendeu dar, não se pode aplicar a técnica da interpretação conforme a Constituição, que implicaria, em verdade, criação de norma jurídica, o que é privativo do legislador positivo.

Ou seja, a técnica da interpretação conforme a constituição deve necessariamente tomar como base a lógica que foi originalmente dada pelo poder legislativo, tendo em vista que contrariá-la, mesmo partindo do pressuposto de que a nova interpretação seja compatível com a Lei Maior, seria concretizar uma atuação de legislador positivo, fugindo o Judiciário de seu mister constitucional e adentrando no exercício de uma função para a qual não possui legitimidade.

Por outro lado, Marcelo Novelino (2017, p. 217) explica que quando utilizada como técnica de decisão judicial, a interpretação conforme é geralmente aplicada em três sentidos diversos:

No primeiro, o ato impugnado é considerado constitucional, desde que interpretado no sentido fixado pelo órgão jurisdicional. No segundo, exclui-se uma das possíveis interpretações do dispositivo, por ser incompatível com a constituição. Nesse sentido, a interpretação conforme equivale à declaração parcial de nulidade sem redução de texto. Por fim, a interpretação conforme pode ser utilizada para afastar a aplicação de uma norma válida a determinada hipótese de incidência possível. Em vez de uma dada interpretação ser considerada inconstitucional, ocorre a declaração de não incidência da norma em relação a uma específica situação de fato. Nesse caso, embora a norma seja considerada constitucional, sua aplicação ao caso concreto é afastada (inconstitucionalidade em concreto) ante às circunstâncias fáticas específicas.

Sendo assim, a legitimidade da ação jurisdicional através da interpretação conforme a constituição deve estar baseada no respeito aos sentidos que a interpretação conforme é aplicada ao caso concreto. Portanto, caso o magistrado fuja de algum desses sentidos ele estará atuando em desconformidade com o princípio da separação dos poderes, travestindo-se de um verdadeiro legislador.

Dito de outro modo, o Judiciário não pode se utilizar desta técnica para alterar o inequívoco sentido desejado pelo legislador. Ao agir assim, estará simplesmente atacando as competências constitucionais atribuídas ao Poder Legislativo e, por consequência, ferindo o princípio da Separação dos Poderes.

Entendidos os modos pelos quais o Poder Judiciário se relaciona com a legislação infraconstitucional e a importância de sua atuação dentro dos parâmetros legítimos, mostra-se

necessário tecer comentários acerca de casos reconhecidamente polêmicos, nos quais o ativismo judicial acabou se manifestando contrariamente às disposições constitucionais e infraconstitucionais de natureza penal, numa atuação caracterizada por muitos como de “legislação positiva”.

Desta feita, passa o presente trabalho a analisar de modo mais aprofundado os diversos aspectos jurídico-penais envolvidos no julgamento de alguns dos casos concretos que marcaram e marcam o cotidiano forense brasileiro, dentre os quais destaca-se a questão da execução provisória da pena e da prática do aborto.

2. AS EXPERIÊNCIAS PRÁTICAS ENVOLVENDO O ATIVISMO JUDICIAL NO DIREITO PENAL

A realidade jurídica brasileira é marcada por inúmeras peculiaridades que a diferenciam da maioria das experiências internacionais. Mesmo sendo um país que se encontra fundamentado sob a égide de um sistema de tipo *civil law*, grande é a participação do Judiciário na solução de controvérsias, destacando-se importantes instrumentos, como é o caso dos controles concentrado e abstrato de constitucionalidade.

Entretanto, apesar da necessária obediência ao ordenamento jurídico para o exercício de suas prerrogativas constitucionais, muitos são os casos em que o Judiciário se utiliza da privilegiada função de aplicador do direito para modificar situações consolidadas como garantias íntimas dos particulares, notadamente a presunção de inocência e, até mesmo, o direito à vida.

Em face dessa realidade, o presente trabalho passa a analisar concretamente casos em que magistrados, no âmbito penal, ultrapassaram os ditames e os sentidos dos dispositivos legais com o simples propósito de concretizar vontades e valores que não coadunam com o necessário respeito às mais caras normas jurídicas brasileiras.

Feito isso, buscar-se-á concluir sobre os limites do exercício da jurisdição penal, ou seja, até que ponto pode se considerar que o está magistrado exercendo a sua função constitucional de maneira compatível com o ordenamento jurídico brasileiro. Deste modo, será possível compreender os liames que unem o Estado Democrático e concretizam a separação dos poderes, facilitando o entendimento das funções específicas atinentes à esfera judicante e ao legislador.

2.1. A execução provisória da pena

Dentre os tópicos concernentes ao ativismo judicial na esfera penal, há um grande destaque para o que se conhece como execução provisória da pena. O tema possui especial importância por conta dos inúmeros casos de grande repercussão que se deram em torno do assunto.

Nas lides concretas envolvendo a questão, nota-se uma forte participação da mídia, que, de modo bastante atuante, diuturnamente molda a opinião pública - direta ou indiretamente - e instiga os particulares a exigirem posturas mais ativas por parte do Judiciário, o que acaba se refletindo em violações à estrutura das próprias instituições democráticas. O sentimento de impunidade, por exemplo, foi um dos principais mecanismos

utilizados como motor para que a população se revoltasse contra os casos em que os condenados em segunda instância respondiam em liberdade.

Deve-se ressaltar que as discussões sobre a referida temática não são recentes, mas existem há um bom tempo no cenário jurídico nacional. Como se sabe, já na Constituição de 1988 foi positivado o art. 5º, LVII, constituído da seguinte redação: “LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

O referido inciso trás à tona o princípio da presunção de inocência (ou presunção de não culpabilidade). Esse princípio busca assegurar ao particular uma proteção contra as arbitrariedades legais, restringindo-se a decretação de sua culpabilidade ao exercício do devido processo legal, que é materializado pelo cumprimento dos diversos atos necessários ao exercício da Jurisdição. Sendo assim, o princípio da presunção de inocência “é resultado da externalização de norma de intenção protetiva do legislador” (GENOSO, 2018).

Essa conformação garantista do ordenamento jurídico é fruto de inúmeras experiências negativas pelas quais passaram, durante décadas, os cidadãos nacionais. Pode-se dizer que esta é a própria manifestação do pós-positivismo, marco filosófico do neoconstitucionalismo e que representou a concretização da dignidade da pessoa humana como valor fundamental para a estruturação do Estado Democrático de Direito (BARROSO, fl. 05).

Dada a qualificação legal de inocente, de não culpado, é atribuído à acusação, e não ao réu, o ônus probatório acerca da punibilidade presente no caso concreto. Portanto, o que se deve provar é a culpa, e não a inocência.

Ademais desta garantia fornecida aos indivíduos, deve-se mencionar o disposto no artigo 283 do Código de Processo Penal, dotado da seguinte redação:

Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

Em complemento à determinação do art. 5º, LVII da Constituição Federal, este artigo, com redação incrementada pela Lei nº 12.403 de 2011, impõe a necessária obediência ao princípio da presunção de inocência, determinando que seja observado o devido processo legal para que se possa decretar a culpabilidade do acusado e, em seguida, materializar a prisão do mesmo.

O referido artigo é, portanto, um resumo perfeito da principiologia constitucional. Ademais, a clareza da regra faz com que não seja necessário ao aplicador do direito realizar um grande trabalho intelectual para compreender seus diversos caracteres. Sendo assim, existem apenas três hipóteses em que alguém pode ser preso: a primeira refere-se à prisão em flagrante delito; a segunda à sentença condenatória transitada em julgado; e a terceira à prisão temporária ou preventiva.

Deste modo, pode-se resumir a regra do artigo 283 da seguinte maneira: “a prisão de qualquer pessoa, excetuada a hipótese de flagrante delito ou de prisão temporária ou preventiva, segue legalmente condicionada ao trânsito em julgado da sentença condenatória” (FELSENS; POETA, 2016).

Fora das hipóteses acima mencionadas, o magistrado não estará atuando dentro dos ditames legais, agindo propriamente como um legislador positivo, num atropelo das regras máximas que caracterizam a separação dos poderes e mantêm incólumes a segurança jurídica na Nação. Destaca-se aqui a fala de Lenio Streck:

o artigo 283 é, por assim dizer, uma questão pré-judicial e prejudicial. Ele é barreira para chegar ao resultado a que chegou a Suprema Corte. [...] Veja-se, nesse sentido, a Súmula Vinculante 10, pela qual “viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte”. [...] Por que existe a SV 10 e o artigo 97 da CF? Simples: É para evitar que um texto jurídico válido seja ignorado ou contornado para se chegar a um determinado resultado.

Não há como fugir do posicionamento do referido doutrinador. A submissão do aplicador do direito aos ditames legais é um fato que não é satisfatoriamente contestável por nenhum jurista. Do contrário, estaria-se em face de um sistema baseado puramente na força, criando-se tensões entre os Poderes Constituídos e afundando a harmonia entre as instituições da democracia brasileira.

Pode-se dizer que a execução provisória é justamente o oposto do que se encontra determinado na parte final do art. 283 do Código Processo Penal, já que impõe que a parte ré seja privada de sua liberdade mesmo em momento prévio ao trânsito em julgado, sem que estejam, no entanto, preenchidos os requisitos das prisões cautelares.

No que se refere à prisão preventiva, dispõe o art. 312 do Código de Processo Penal que:

A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

Nota-se que são específicos os requisitos para que seja decretado este tipo de medida cautelar: garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal. Ademais, deve haver prova da existência do crime, somada a indícios suficientes de autoria.

A clara definição das hipóteses de cabimento da prisão preventiva faz com que o clamor público não seja motivo idôneo para sua decretação. Neste sentido, Luís Flávio Gomes apregoa:

clamor público, gravidade da infração penal hedionda etc. são motivos (apenas) midiáticos para a decretação da prisão preventiva. Não estão previstos na lei nem são aceitos pelo STF. Fazem parte do indevido processo penal midiático, do "Código penal" midiático, não do devido processo legal.

Como bem descrito, não existe, dentre as hipóteses descritas no art. 312, ou mesmo dentre aquelas do art. 283 do Código de Processo Penal, a indicação de que o clamor público seja um pressuposto apto a justificar a prisão preventiva, muito menos para a execução provisória.

Todavia, o que se percebe é que as manifestações midiáticas e as pressões públicas acabam sendo motores para a tomada de atitudes errôneas pelo Judiciário, destacando-se, dentre estas, aquelas que concretizam a execução da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Assim, o que se percebe é que o clamor público acaba se tornando um pressuposto juridicamente aceitável para a execução da pena, ou seja, indo completamente ao encontro das regras formalmente dispostas em nosso ordenamento jurídico.

Analisando-se a linha temporal de aplicação da execução provisória, é possível notar que, até meados do ano de 2009, o Supremo Tribunal Federal entendia como possível a execução penal a partir da confirmação em segunda instância, ou seja, sem a necessidade de atravessar todos os diversos graus de jurisdição.

Entretanto, com decisão proferida no julgamento do HC 84.078-7/MG, o entendimento do Tribunal foi substancialmente alterado, fato que foi responsável por instigar diversas discussões sobre a temática. Da ementa do respectivo julgado, valem ser destacados os seguintes excertos:

HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA". ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. "[...] 1. O art. 637 do CPP estabelece que "[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença". A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória". [...] 3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. [...] 4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão (BRASIL, HC 84.078-7/MG, 2009).

Sendo assim, percebe-se que o Supremo entendeu que a prisão antes do trânsito em julgado da condenação apenas poderia ser materializada através da cautelar. Ressalte-se que a decisão em comento, realizada no ano de 2009, é anterior à atual redação do artigo 283 do Código de Processo Penal, que só veio a ser efetivamente alterada com a lei 12.403, do ano de 2011.

A título de melhor esclarecer o posicionamento do Tribunal, vale citar parte do voto do Ministro Eros Grau, contrário à execução provisória:

“Nas democracias, mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1.º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual.” (BRASIL, HC 84.078-7/MG, 2009).

Como bem colocado pelo Ministro, a prática de uma atividade criminosa não faz com que sejam eliminados os direitos do sujeito. Sendo assim, a preservação destes é um dos principais elementos que garantem a manutenção da saúde do ordenamento jurídico e a incolumidade das instituições democráticas.

Em sintonia com a decisão do Supremo Tribunal Federal, a lei 12.403 de 2011 consagrou a atual redação do artigo 283 do Código de Processo Penal, sedimentando

quaisquer dúvidas que poderiam existir no que diz respeito à ilegalidade da prisão em segunda instância.

Passada essa discussão, foi apenas no ano de 2016, mais especificamente no mês de fevereiro, que o STF se debruçou novamente sobre a questão da execução provisória da pena, agora no julgamento do HC 126.292/SP, de relatoria do Ministro Teori Zavascki. Neste caso, diferentemente do que ficou decidido no HC 84.078-7/MG, a Corte voltou a utilizar seu posicionamento anterior a 2009.

Com 7 votos favoráveis e apenas 4 contrários à nova orientação, o julgamento do HC 126.292/SP restaurou a orientação que foi tradicionalmente seguida pela Corte. Assim, decidiu-se que “a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência”.

Dessa vez, além de irem de encontro ao que é definido na Constituição Federal, violando, assim, o princípio da presunção de inocência, agiram também de modo oposto ao que é veiculado pelo Código de Processo Penal, já que, quando do julgamento do referido processo, já estava em vigor a nova redação do art. 283 do Código de Processo Penal.

Dentre os votos no processo suso mencionado, vale citar o posicionamento do o Ministro Edson Fachin, que apregoou:

nenhuma norma, especialmente as de caráter principiológico, pode ser descontextualizada das demais normas constitucionais para adquirir foros de verdadeiros superprincípios”, pois isso implicaria “ofuscar a eficácia de outras normas igualmente sediadas no topo da pirâmide normativa que é a Constituição.

Percebe-se que o Ministro se baseou numa ótica que simplesmente desconsiderou os parâmetros constitucionais e legais. A clareza do art. 283 do Código de Processo Penal é uma regra, devendo ser vislumbrada através do que se conhece como análise “tudo ou nada” e não através de meros sopesamentos principiológicos.

Como bem comentado por Lenio Streck (2016):

Legislativo faz a lei; Judiciário a aplica. Claro que não como no século XIX. Já avançamos. Mas o avanço não pode significar que, do juiz boca da lei novecentino, passamos para a era do “juiz dono da lei”. Por isso a minha luta em favor de uma coisa muito singela: que o Direito tenha autoridade, que não seja corrigido por argumentos políticos/morais e que sejam respeitados os limites semânticos, mormente os do texto constitucional. Afinal, a força normativa da

Constituição foi uma conquista do segundo pós-guerra. Por quê? Porque a Constituição passou a ser norma. Vinculante.

Desconsiderar os dispositivos legais é esquecer da própria estrutura do ordenamento jurídico. O que se verificou foi justamente uma atuação do Supremo como legislador positivo, afastando-se de seu real papel como cumpridor das leis e guardião da Constituição Federal. Assim, o referido Tribunal tomou para si o papel que é relativo ao Congresso Nacional, agindo de modo violento em face do princípio da Separação dos Poderes, que exige o devido respeito aos ditames legais e supraleais.

Em síntese, houve uma grande avalanche de pressões da mídia e da população, o que acabou ocasionando uma postura ativa por parte do Supremo Tribunal Federal, em que este simplesmente fugiu dos parâmetros legais e agiu de modo contrário ao que se encontra disposto no ordenamento jurídico.

Deste modo, as posturas jurídicas acabaram sendo justificadas pelo clamor público, esquecendo-se do que se encontra juridicamente positivado, ou seja, houve uma feroz atuação do Poder Judiciário em detrimento de suas funções próprias, posto que, como bem afirmado por Lênio Streck (2017, p. 54) “o argumento que fundamenta uma decisão judicial deve ser jurídico — nem moral, nem político”. Em virtude destes fatos, este foi um dos mais atroz exemplos de atropelo, através de uma prática ativista, realizado pela Suprema Corte em face do esquema constitucional e legislativo penal.

Apesar da referida experiência, que certamente maculou a ordem pátria, em recente julgado o Supremo Tribunal voltou atrás em seu posicionamento, desta vez para declarar a constitucionalidade do artigo 283 do CPP. A posição foi adotada nos autos das Ações Diretas de Constitucionalidade números 43, 44 e 54, sendo válido congratular a postura dos Ministros no referido processo, apesar de toda a degradação materializada previamente.

As cicatrizes das decisões estudada deixaram marcas permanentes no mundo jurídico brasileiro, representando um claro caso em que a mídia, inflando a população, conseguiu influenciar o modo com que o Judiciário manifestou seus posicionamentos. Em decorrência disso, apesar da grande vitória da democracia nas ADCs 43, 44 e 54, poucas são as certezas no campo da proteção dos direitos e das garantias fundamentais no que se refere à atuação do Judiciário em face de demandas concretas da mais alta valia.

2.2. O Aborto e os Tribunais Superiores

O invasivo e arbitrário ativismo judicial perpetrado no âmbito da execução provisória da pena também foi observado nos casos envolvendo o aborto de fetos, caso que divide inúmeras opiniões sob o ponto de vista sociológico e, especialmente, religioso. Entretanto, todo o estudo aqui realizado deve se pautar sobre uma ótica de cunho jurídico, analisando a compatibilidade das decisões judiciais com o que determina o ordenamento jurídico brasileiro.

Para tornar possível o bom entendimento da temática, necessário se faz citar o teor do *caput* do artigo 5º da Constituição Federal de 1988:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

No que se refere à questão do aborto, interessa prestar atenção ao resguardo da proteção do direito à vida. Indubitavelmente, a inviolabilidade deste direito, explícita no dispositivo retromencionado, refere-se à vida humana sob o aspecto biológico, cuja proteção se inicia antes mesmo do nascimento.

Como bem afirma Marcelo Novelino (2017, p. 325):

Em sua acepção negativa, consiste no direito assegurado a todo e qualquer ser humano de permanecer vivo. Trata-se, aqui, de direito de defesa que confere ao indivíduo status negativo (em sentido amplo), ou seja, direito à não intervenção em sua existência física por parte do Estado e de outros particulares.

Deste modo, a regra imposta pela Constituição Federal exige que os Poderes Públicos e os particulares não comprometam um dos principais bens jurídicos preservados pelo ordenamento jurídicos: o direito à vida.

Entretanto, mesmo sendo caracterizado como um bem da mais alta valia e que é necessário para a fruição dos demais direitos, o direito à vida não é absoluto. Afirma Novelino (2017, p. 326):

Em casos de colisão com o mesmo bem jurídico titularizado por terceiros, ou, ainda, com outros princípios de peso relativo (ou seja, diante do caso concreto) maior, o direito à vida poderá sofrer restrições no seu âmbito de proteção.

Dentre estas hipóteses, a Constituição Federal de 1988 restringiu expressamente, em seu art. 5º, XLVII, “a”, o direito à vida com a possibilidade de se impor a pena de morte na

hipótese de guerra externa. Além desta hipótese existem outras que, fundamentadas na principiologia constitucional, se mostram legítimas, destacando-se as hipóteses dos artigos 23 a 25 do Código Penal, caracterizadas como excludentes de antijuridicidade, a exemplo de quando um policial atira em um criminoso com o intuito de salvar a vítima do crime (PIEROTH; SCHLINK, 2012).

No específico caso do aborto, conceituado por Mirabete (2006, p. 62) como sendo “a interrupção da vida intrauterina, com a destruição do produto da concepção”, este é tipificado como crime nos artigos 124, 125 e 126 do Código Penal, tutelando as condutas de aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento, aborto provocado por terceiro e aborto provocado com o consentimento da gestante.

Feita a tipificação do fato criminoso, o próprio legislador, legitimado para concretizar alterações positivas no ordenamento jurídico, incorporou no Código Penal algumas exceções ao aborto, não havendo aqui o que se discutir, já que a escolha foi feita a partir de parâmetros democráticos, tramitando-se de modo legítimo no Parlamento. A existência destas exceções é manifestada pela própria natureza do regime democrático, já que a possibilidade de tipificar uma conduta como criminosa também traz em si o poder de retirar a tipicidade de atos que não devem ser tutelados pelo direito penal.

O Código Penal expressamente prevê duas hipóteses em que não deve haver punição para os autores. A primeira delas consiste no chamado aborto terapêutico (ou aborto necessário), que se caracteriza quando não há outro meio de salvar a vida da gestante, portanto, é uma clara hipótese de estado de necessidade, já que a intervenção é justificada na proteção do direito à vida da gestante. A segunda hipótese, por outro lado, é conhecida como aborto sentimental, que pode ser realizado quando a gravidez resulta de estupro. Neste caso, percebe-se que há uma ponderação entre a dignidade da pessoa humana da mãe e o direito à vida do feto.

Como se percebe, esses casos representam condutas em que a ponderação principiológica se materializou no âmbito legal, ou seja, através da participação ativa do Poder Legislativo, legítimo representante do povo e legitimado para fazer com que tais condutas passem a ser permitidas em nosso ordenamento jurídico.

Todavia, atribuindo para si o papel de legislador positivo, novamente o Poder Judiciário realizou condutas ativistas e que violam os preceitos máximos do ordenamento jurídico. Em primeiro lugar, vale citar o caso do Habeas Corpus nº 124.306, decidido pela

Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, no ano de 2016, com relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso. Neste julgado conferiu-se interpretação conforme à Constituição aos artigos 124 a 126 do Código Penal, que tipificam o crime de aborto, excluindo-se a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre de gestação do seu âmbito de incidência. Os argumentos utilizados para a tomada de decisão dos Ministros foram basicamente relacionados com o princípio da proporcionalidade, entendendo que a criminalização, na hipótese, acabaria por violar direitos fundamentais da mulher.

Nos termos do voto do Relator, Ministro Roberto Barroso, a criminalização é incompatível com:

os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, que não pode ser obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada; a autonomia da mulher, que deve conservar o direito de fazer suas escolhas existenciais; a integridade física e psíquica da gestante, que é quem sofre, no seu corpo e no seu psiquismo, os efeitos da gravidez; e a igualdade da mulher, já que homens não engravidam e, portanto, a equiparação plena de gênero depende de se respeitar a vontade da mulher nessa matéria (HC 124.306, rel. min. Roberto Barroso, j. 9-8-2016, 1ª T, DJE de 17-3-2017.).

Percebe-se que o Ministro simplesmente desconsiderou a legislação vigente, trazendo argumentos de cunho sociológico, mas que não respeitam o ordenamento jurídico pátrio, atropelando os meios adequados para a solução da controvérsia. Sendo assim, o ativismo jurídico no caso representou a atuação do STF como verdadeiro legislador positivo, papel que deveria ser reservado ao Parlamento, nos moldes dos incisos I e II do art. 128 do Código Penal.

Nesse específico caso, como já mencionado, a decisão foi tomada pela Primeira Turma, não sendo caso que vincula os demais Juízes e Tribunais. Mesmo assim, a latente violação aos mais básicos direitos e garantias fundamentais fez com que o julgado representasse um dos mais terríveis episódios perpetrados pelo Judiciário.

De modo similar, mas agora derramando grande influência sobre o ordenamento jurídico, no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, do Distrito Federal. Fundamentando-se na laicidade do Estado Brasileiro e nos direitos individuais da mulher, foi declarada a inconstitucionalidade, por meio do Plenário do Supremo Tribunal Federal, da interpretação que tipifica a interrupção da gravidez de feto anencéfalo como sendo caso de aborto.

Maria Helena Diniz (2001, p. 281) conceitua feto anencéfalo como sendo aquele que “por malformação congênita, não possui uma parte do sistema nervoso central, ou melhor, faltam-lhe os hemisférios cerebrais e tem uma parcela do tronco encefálico (bulbo raquidiano, ponte e pedúnculos cerebrais)”.

Em complemento à definição trazida pela brilhante autora, vale citar o que diz o médico Rodolfo Acatuassú Nunes, especialista na temática:

“a anencefalia é um termo que induz ao erro. Há uma grande desinformação, que faz prevalecer e difundir a ideia de que a anencefalia significa ausência do encéfalo. Na realidade, anencefalia corresponde à ausência de uma parte do encéfalo. O nome mais correto para anencefalia seria ‘meroencefalia’, já que ‘mero’ significa ‘parte’”.⁵

Com tais conceitos em mente, faz-se necessário recordar que a ADPF é um tipo de ação de controle concentrado que “pressupõe a inexistência de outro instrumento processual-constitucional apto a resolver a questão jurídica com a mesma efetividade, imediatividade e amplitude” (NOVELINO, 2017, p. 221). No específico caso, a inicial da ação trouxe a seguinte demanda:

Na inicial, pede-se a declaração de inconstitucionalidade, com eficácia para todos e efeito vinculante, da interpretação dos arts. 124, 126 e 128, I e II, do CP (DL 2.848/1940) que impeça a antecipação terapêutica do parto na hipótese de gravidez de feto anencéfalo, previamente diagnosticada por profissional habilitado. Pretende-se o reconhecimento do direito da gestante de submeter-se ao citado procedimento sem estar compelida a apresentar autorização judicial ou qualquer outra forma de permissão do Estado.

Certamente, a temática é por demais peculiar. Não se nega a dificuldade existente para a análise da questão, já que é latente e evidente o sofrimento enfrentado por uma gestante que carrega em seu corpo um filho que não terá chances de sobreviver no mundo real. Em seu voto, afirma o Ministro Marco Aurélio:

O tema envolve a dignidade humana, o usufruto da vida, a liberdade, a autodeterminação, a saúde e o reconhecimento pleno de direitos individuais, especificamente, os direitos sexuais e reprodutivos de milhares de mulheres. No caso, não há colisão real entre direitos fundamentais, apenas conflito aparente. (...) Aborto é crime contra a vida. Tutela-se a vida em potencial. No caso do anencéfalo, repito, não existe vida possível. (...) mesmo à falta de previsão expressa no CP de 1940, parece-me lógico que o feto sem potencialidade de vida

⁵ Transcrição de trecho da Audiência Pública realizada no STF, realizada no dia 26 de agosto de 2006, p. 34 da respectiva Ata. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/voto-lewandowski-feto-anencefalo.pdf>>. Acesso em: 16 de janeiro de 2020.

não pode ser tutelado pelo tipo penal que protege a vida. (...) este Supremo Tribunal proclamou que a Constituição "quando se reporta a 'direitos da pessoa humana' e até dos 'direitos e garantias individuais' como cláusula pétrea está falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa, que se faz destinatário dos direitos fundamentais 'à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade' (...)." Ora, inexistindo potencialidade para tornar-se pessoa humana, não surge justificativa para a tutela jurídico-penal, com maior razão quando eventual tutela esbarra em direitos fundamentais da mulher, como se verá adiante. Enfim, cumpre tomar de empréstimo o conceito jurídico de morte cerebral previsto na Lei 9.434/1997, para concluir ser de todo impróprio falar em direito à vida intrauterina ou extrauterina do anencéfalo, o qual é um natimorto cerebral. (...) Está em jogo o direito da mulher de autodeterminar-se, de escolher, de agir de acordo com a própria vontade num caso de absoluta inviabilidade de vida extrauterina.

Apesar da clareza de boa parte do posicionamento lançado pelo Ministro, seus argumentos não podem prosperar. Isto se dá, novamente, porque o Supremo buscou concretizar uma alteração ilegítima no ordenamento jurídico, através de uma argumentação que faz sentido no campo ético.

Como pôde ser observado, a ADPF em questão trouxe em seu bojo alguns argumentos interessantes, dentre os quais se destacam aqueles ligados à saúde mental e física da mulher, que se vê obrigada a carregar em seu ventre um filho que não terá chances de sobreviver após o nascimento. Todavia, a seguir serão expostos os motivos pelos quais o STF novamente extrapolou seu papel constitucional.

O Ministro Marco Aurélio tenta realizar uma diferenciação entre aborto e antecipação terapêutica do parto. Segundo ele, o aborto é crime que está a tutelar a "vida em potencial", portanto, a possibilidade de o feto, após o nascimento, sobreviver e se desenvolver distante do útero materno. Em virtude desse raciocínio, o Ministro considera que não há caso de aborto, já que não há potencialidade de vida para o feto e,consequentemente, não existe bem jurídico a ser tutelado por aquele tipo penal, de modo que o caso concreto caracteriza uma antecipação terapêutica do parto, atípica no direito penal.

A qualificação da mencionada prática como antecipação terapêutica do parto, segundo seus defensores, faz com que o ato não se qualifique como ativista, já que não estaria atingindo uma esfera de atuação reservada ao Congresso Nacional, mas, simplesmente, ajustando a interpretação da norma penal aos ditames da Constituição Federal de 1988.

Todavia, como bem afirmado por Mirabete, o aborto é a destruição do produto da concepção, definida como o momento em que "o espermatozóide fecundou o óvulo, dando

origem à multiplicação das células”. Dito isto, a todo o momento em que o feto encontra-se em desenvolvimento existe a vida, mesmo que o desenvolvimento deste possua complicações.

No Código Penal Brasileiro (CPB) o crime de aborto é posicionado no capítulo que tutela os crimes contra a vida. Sendo assim, considerando-se vida como o produto da concepção (MIRABETE, 2006, 62), não há como adicionar-se mais uma exceção à regra da vedação ao aborto sem a participação do Parlamento.

Aqui não se discute a justeza do posicionamento favorável à legalização do aborto de fetos anencéfalos, mas a legalidade e legitimidade do procedimento quando este é realizado pela Suprema Corte, que não detém as prerrogativas de legislador positivo. Nesse sentido, vale citar o posicionamento do Ministro Ricardo Lewandowski, que assim resumiu a questão:

De fato, como é sabido e resabido, o Supremo Tribunal Federal, à semelhança do que ocorre com as demais Cortes Constitucionais, só pode exercer o papel de legislador negativo, cabendo-lhe a relevante – e por si só avassaladora - função de extirpar do ordenamento jurídico as normas incompatíveis com o Texto Magno. (...) Destarte, não é lícito ao mais alto órgão judicante do País, a pretexto de empreender interpretação conforme a Constituição, envergar as vestes de legislador positivo, criando normas legais, ex novo, mediante decisão pretoriana. Em outros termos, não é dado aos integrantes do Poder Judiciário, que carecem da unção legitimadora do voto popular, promover inovações no ordenamento normativo como se parlamentares eleitos fossem.

Percebe-se que o Ministro se utilizou do mesmo posicionamento aqui veiculado, estando fundamentado na Separação dos Poderes, ou seja, na correta repartição de funções constitucionalmente outorgada a cada uma das entidades constituídas. A técnica da interpretação conforme, como bem analisado anteriormente, não permite que o intérprete extrapole os limites da próprio Codex Penal, estipulando uma nova exceção a uma regra que se mostra clara. Complementa o Ministro:

Não se ignora que o tema do aborto é extremamente controvertido, tanto aqui como alhures, tendo despertado as mais vivas discussões no mundo civilizado. Em alguns países, esse palpitante assunto é submetido a consultas populares; em outros, quando há espaço para tanto, é objeto de pronunciamentos judiciais, não raro sujeitos a intensas controvérsias. (...) Não se olvide, de resto, que existem vários diplomas infraconstitucionais em vigor no País que resguardam a vida intra-uterina, com destaque para o Código Civil, o qual, em seu art. 2º, estabelece que “a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”. Ou seja, mesmo que se liberasse genericamente o aborto de fetos anencéfalos, por meio de uma decisão prolatada nesta ADPF, ainda assim remanesceriam hígidos outros textos normativos que

defendem os nascituros, os quais, por coerência, também teriam de ser havidos como inconstitucionais, quiçá mediante a técnica do arrastamento, ou, então, merecer uma interpretação conforme a Constituição, de modo a evitar lacunas no ordenamento jurídico no tocante à proteção legal de fetos que possam vir a ter sua existência abreviada em virtude de portarem alguma patologia

Assim, não se discutem aqui as razões materiais do referido julgamento, mas o desrespeito às regras formais do ordenamento jurídico, tendo a atitude materializado uma afronta à Separação dos Poderes e, conseqüentemente, às normas mais caras da democracia brasileira.

Interessante ainda é perceber a arbitrariedade na escolha de um específico tipo médico para qualificar uma atipicidade penal. A anencefalia, como é amplamente noticiado pela literatura médica, não é o único caso em que a vida intra ou extrauterina pode vir a ser encurtada e o mesmo argumento utilizado no julgamento da ADPF nº 54 poderia vir a ser utilizado como um precedente para criar novas exceções à legislação criminal, extrapolando ainda mais os limites objetivos da atividade jurisdicional.

Vale citar mais um trecho do voto do Ministro Ricardo Lewandowski:

caso o desejasse, o Congresso Nacional, intérprete último da vontade soberana do povo, considerando o instrumental científico que se acha há anos sob o domínio dos obstetras, poderia ter alterado a legislação criminal vigente para incluir o aborto de fetos anencéfalos, dentre as hipóteses de interrupção da gravidez isenta de punição. Mas até o presente momento, os parlamentares, legítimos representantes da soberania popular, houveram por bem manter intacta a lei penal no tocante ao aborto, em particular quanto às duas únicas hipóteses nas quais se admite a interferência externa no curso regular da gestação, sem que a mãe ou um terceiro sejam apenados. (...) Por todo o exposto, e considerando, especialmente, que a autora, ao requerer ao Supremo Tribunal Federal que interprete extensivamente duas hipóteses restritivas de direito, em verdade pretende que a Corte elabore uma norma abstrata autorizadora do aborto dito terapêutico nos casos de suposta anencefalia fetal, em outras palavras, que usurpe a competência privativa do Congresso Nacional para criar, na espécie, outra causa de exclusão de punibilidade ou, o que é ainda pior, mais uma causa de exclusão de ilicitude, julgo improcedente o pedido.

Feitas tais considerações, percebe-se que a organização do Estado Brasileiro não permite que o Judiciário extrapole suas limitações fundamentais e pratique inovações jurídicas exclusivas ao Poder Legislativo. Os casos aqui apresentados são ilustrativos exemplos que facilitam a compreensão do modo com que o ativismo judicial atua na praxe do

direito, infringindo normas cogentes que estipulam a competência de cada um dos Poderes da República.

2.3. Os limites à postura ativa do Judiciário Brasileiro no âmbito penal

Todas as análises realizadas no presente trabalho permitiram compreender de modo holístico o modo com que o Poder Judiciário deve aplicar o direito penal ao caso concreto, evitando uma extrapolação dos limites constitucionais e infraconstitucionais em face da resolução de uma demanda específica.

Não se pode deixar de notar uma grande insuficiência no que diz respeito aos critérios modernos de ordenação jurídica e de organização do estado. Como bem destacado por Noam Chomsky (2007, p. 201) o atual cenário de globalização, em grande parte patrocinado pelo capitalismo transnacional neoliberal, deve ser motivo de muita preocupação.

As relações entre os veículos de mídia, sejam estes televisivos ou mesmo vinculados à internet acabam, portanto, sendo as principais formas de combate às regras fundamentais da democracia contemporânea, atingindo os pilares que envolvem a separação dos poderes e o respeito aos direitos e garantias fundamentais. Deve-se ressaltar também que esta conformação é fatalmente degradada quando a vontade do legislador é substituída pela vontade de uma elite, que muitas vezes controla o pensar e o agir das massas, tornando-as presas fáceis para as mais diversas manobras antidemocráticas, dentre as quais são destacadas aqui aquelas perpetradas pelo Poder Judiciário.

Como bem destacado por Chomsky (2018):

Alertamos para a instrumentalidade do Poder judiciário, no Brasil e outros países em desenvolvimento, como uma ponta de lança de uma estratégia global do capital financeiro internacional e dos meios de comunicação que não cumprem seu dever de veracidade. Esta estratégia prossegue, sob a alegação de luta contra a corrupção; na verdade pervertem tal objetivo para retirar da corrida eleitoral, com sentenças injustas, políticos vistos como um freio na agenda ditada pelos mercados.

A fala do renomado estudioso estadunidense permite um olhar externo sobre as realidades que se encontram faticamente apresentadas no cotidiano brasileiro. Aqui, ratificam-se os entendimentos de que a praxe ativista é movimentada por um conjunto de tentáculos

antidemocráticos que objetivam simplesmente obstruir o modo com que o Judiciário atua no dia-a-dia.

Como já foi discutido, grande parte destas problemáticas decorre de fatores externos, dentre os quais se destacam as influências midiáticas, que são quase sempre originadas de interesses escusos, os quais auxiliam a destruição do Estado Democrático de Direito e da estrutura jurídica que foi cuidadosamente materializada em solo brasileiro.

Deste modo, mostra-se necessário entender quais os mecanismos que podem ser utilizados pelo Poder Judiciário para se manter livre das amarras decorrentes das pressões externas, responsáveis por criar os mais diversos sofrimentos ao mundo jurídico. Ademais, também insta relacionar os casos concretos vivenciados em território brasileiro com as experiências históricas, de modo a compreender de uma vez por todas as limitações do Poder Judiciário no âmbito da praxe de suas funções constitucionalmente outorgadas.

Para a solução deste imbróglio é necessário novamente reiterar que a função primordial do Poder Judiciário, como bem se sabe, é a de exercer a Jurisdição, caracterizada como a capacidade de impor decisões em face de uma demanda concreta, ou seja, aplicar e dizer o direito. Entretanto, não se está aqui a defender a postura Judicial resguardada a um mero executor da lei, ou, em expressão medieval, simples “boca da lei”. Muito pelo contrário, o Judiciário é o guardião do direito, de modo que a legislação penal não deve ser olhada de modo restrito, mas atualizada em face da realidade contemporânea.

Entretanto, esta atualização, que é dotada de mecanismos jurídicos justos para ver-se perfectibilizada, não deve ocorrer de modo a ferir a Separação dos Poderes, vilipendiando as funções típicas do Poder Legislativo, de modo a atacar os caracteres que definem a estrutura democrática brasileira.

Deve-se ressaltar que o direito penal, apesar de posto em forma de lei, também é composto por uma principiologia subjacente que o dá forma e conteúdo, criando as raízes que o transformam num instrumento de combate às injustiças e desgraças perpetradas entre os homens. Neste contexto, a grande dificuldade enfrentada para identificar o modo com que o Jurista deve se relacionar com o direito penal diz respeito aos casos em que determinado dispositivo não reflete os interesses manifestados pelo povo, sejam estes fictícios - ou seja, irreais e causados por manobras de massas - ou reais.

Pois bem, o Judiciário possui mecanismos justos e legítimos para atuar em face de demandas concretas da mais alta valia. Para tal, utiliza-se da análise de princípios e regras que

ordenam as normas fundamentais estruturantes da Nação. Nestas manobras, o principal cuidado que se deve ter para a correta concretização do direito diz respeito a evitar surrupiar as funções que não lhe foi outorgada pelo constituinte.

Dentre as funcionalidades jurisdicionais, portanto, sabe-se que não existe aquela de atuar como legislador positivo, tendo em vista que esta é de competência dos órgãos do Poder Legislativo, revestido da capacidade de inovar positivamente no ordenamento jurídico. Por outro lado, as inovações do Poder Judiciário devem se manifestar sob a ótica negativa, ou seja, extirpando do ordenamento aquelas normas que se mostram manifestamente incompatíveis com as regras estatuídas na Constituição, além de explicitar o modo com que os imbrólios jurisdicionais devem ser solucionados em face das demandas concretas.

De tal modo, no caso do direito penal, estas soluções devem ser feitas de modo a respeitar o interesse manifestado pelo Parlamento, legitimado pelo constituinte para positivizar no ordenamento jurídico as normas que foram estatuídas pela Nação como necessárias e suficientes para a vida em sociedade. Estas normas, todavia, quando não sejam manifestamente inconstitucionais, ou seja, quando não violem de modo claro e inequívoco um preceito constitucional, não devem ser necessariamente moduladas ao bel prazer dos magistrados, tendo em vista que a alteração passa a ser positiva, ou seja, incrementando direitos e deveres que só poderiam ser acrescentados ao ordenamento por intermédio do legislador.

Como bem estudado neste trabalho, destacam-se dentre os principais casos contemporâneos em que o Judiciário agiu de modo ativista e surrupiou do legislador poderes que a ele eram outorgados aqueles referentes à legalização da execução provisória da pena e à criação de novas exceções ao aborto, mesmo diante da escolha legislativa.

Nos referidos casos, a atuação Judicial não deve ser vista sob o plano da justiça, mas apenas da viabilidade prática. Como é sabido, existem inúmeras discussões acerca da injustiça de um aborto em face de situações concretas efetivamente extraordinárias e o mesmo também ocorre no âmbito da execução provisória da pena. Entretanto, tais discussões devem ser materializadas no devido e legítimo espaço, qual seja: o Parlamento.

Sendo assim, aqui se chega a uma clara constatação prática: o limite da atividade jurisdicional, não só, mas principalmente no âmbito penal, é verificado pela própria estrutura organizacional da democracia brasileira, ou seja, o Judiciário só será permitido a exercer uma postura contrária àquela escolhida pelo legislador como representativa da vontade do povo

quando o Poder Legislativo, de modo ilegítimo ou inconstitucional, violar as funções que lhe foram cominadas.

Deste modo, sempre que as demandas concretas que versarem sobre a atividade judicial digam respeito à dúvida acerca da viabilidade de uma alteração no modo com que o direito penal se aplica às questões discutidas em juízo, deve-se ter em mente a moldura de atuação do Judiciário. Ou seja, a atuação do magistrado, guardião do direito e do sistema jurídico brasileiro, deve sempre ser balizada segundo os parâmetros constitucionais, sendo um dever da jurisdição o respeito ao ordenamento jurídico, não podendo o Juiz se valer de suas prerrogativas para simplesmente vilipendiar e macular a ordem jurídica do sistema pátrio.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A elaboração do presente trabalho pautou-se em princípios da mais alta valia para o ordenamento jurídico brasileiro. Como pôde ser percebido, o desenvolvimento da temática buscou investigar alguns dos principais problemas enfrentados na esfera penal brasileira, mas sempre através do prisma e da visão crítica que é extraída da Constituição Federal de 1988, principal fonte normativa da estrutura jurisdicional brasileira.

Deste modo, foram identificadas, após um conjunto de análises acerca dos mais diversos preceitos doutrinários, as principais características que permitem a existência de uma postura ativista no âmbito da praxe penalista no direito brasileiro. Sem dúvidas, a realidade jurídica contemporânea, caracterizada por uma série de idiosincrasias degradantes, aliadas ao que se conhece como judicialização da política, fomenta atividades que se mostram como demasiadamente maléficas para a solução de grande parte das lides que tratam sobre questões de natureza penal no País.

Dentre os diversos combustíveis para as reiteradas práticas ativistas destaca-se a atividade midiática, que, muitas vezes envolta em interesses escusos, acaba se utilizando de um conjunto de instrumentos que viabilizam um controle não apenas sobre as massas, mas também sobre os Poderes constituídos. Estas ações são em grande parcela baseadas na manipulação da opinião pública, que - envolta pelo multicitado fenômeno da judicialização da política - acaba sendo o instrumento para exigir dos juízes atitudes que muitas vezes vão de encontro com a própria realidade jurídica da Nação.

Deste modo, muitos são os casos em que as mais altas Autoridades Públicas deixam-se levar pelas pressões midiáticas e populares, atravessando importantes regras do Estado Democrático de Direito e afligindo de modo perverso as Instituições da democracia brasileira. O que ocorre é, portanto, a verificação de violações das mais diversas no âmbito da separação dos poderes, onde a atuação do Judiciário reveste-se dos caracteres de um verdadeiro legislador positivo, inovando de modo arbitrário o ordenamento jurídico brasileiro.

Como argumentado ao longo do trabalho, boa parte dos casos em que este fenômeno é observado são verificados no âmbito do direito penal, ramo da ciência jurídica que trata dos bens jurídicos mais preciosos para os seres humanos, dentre os quais podem ser destacados o direito à vida e à liberdade. Ambos estes direitos mostraram-se violados nos casos analisados no presente estudo quando do questionamento acerca das decisões que analisaram a

viabilidade da execução provisória da pena e os casos em que foram inovadas as hipóteses de legitimação do aborto, mesmo sem a participação positiva do Poder Legislativo.

No específico caso da execução provisória da pena, usualmente conhecida como prisão em segunda instância, o ativismo judicial foi verificado de modo claro com a violação aos preceitos vigentes na legislação processual penal brasileira. Verificou-se que, quando do julgamento do HC 126.292/SP, o Supremo Tribunal Federal, adotando uma postura que desconsiderou o limites impostos pelo artigo 283 do Código de Processo Penal, permitiu que o acusado, mesmo sem o preenchimento das hipóteses exigidas para a preventiva, fosse encarcerado.

O julgado em questão, indubitavelmente, foi um grande exemplo em que o Poder Judiciário se ajoelhou perante os desejos mais bárbaros da população. O que se verificou foi, portanto, uma tentativa de sentir o aconchego do público, fugindo, assim, das críticas populares.

Ademais, deve-se ressaltar que o referido julgado, já ultrapassado pelo julgamento das ADCs 43, 44 e 54, além de ter maculado de modo abusivo o ordenamento jurídico brasileiro, foi caracterizado por argumentações que deveriam ser travadas no âmbito do Parlamento Federal, único legitimado para materializar quaisquer transformações na referida temática.

De outro lado, o tema do aborto foi especialmente importante porque demonstrou claramente que os mecanismos da separação dos poderes devem ser a todo momento respeitados pelas instituições democráticas brasileiras. Como é sabido, o tema é especialmente sensível, posto que trata de questões de mais alta valia, como a própria saúde pública e o direito à vida.

No entanto, mesmo com o intento de materializar alterações positivas no âmbito da vida em sociedade e no modo com que a lei é aplicada ao caso concreto, não pode o Judiciário atravessar suas funções constitucionalmente outorgadas, atribuindo-se por si mesmo atribuições que não foram a ele destinadas.

No específico caso do aborto, foram estudados os casos do aborto no início da gestação, julgado no âmbito do HC 124.306/RJ, e o caso do aborto de fetos anencéfalos, analisado no âmbito da ADPF nº 54/DF. Mais uma vez, o que se verificou foram investidas Judiciais que despenalizaram condutas que só poderiam ser despenalizadas pelo próprio legislador, constitucionalmente legitimado para tal. Tal fato pode ser claramente verificado pelas exceções já criadas pela lei, o que denota que a legitimidade democrática para

fundamentar tais alterações apenas permitiu pontuais modificações na normatização jurídica brasileira.

Sendo assim, torna-se notável o ponto chave para o entendimento das limitações concernentes à atuação do Judiciário no âmbito do direito penal, especialmente no que diz respeito às causas de maior relevância para o cenário jurídico brasileiro. O que se pode inferir é que existe uma moldura dentro da qual o magistrado se encontra inserido e da qual o mesmo não pode fugir. Sair desta acarretaria numa violação às regras mais básicas da democracia brasileira.

Sendo assim, a legitimidade que o Poder Judiciário possui para atuar no âmbito das demandas concretas deve preservar a mesma legitimidade que possui o Legislativo para exercer a atividade criativa e inovadora no ordenamento jurídico. Sendo assim, aqui se encontra o ponto da mais alta valia para o presente estudo: não se mostrará legítima a atuação do Poder Judiciário, por mais embutida de interesses nobres que esteja, caso aquele se mascare da função de legislador positivo, infringindo de modo bárbaro as normas mais valiosas do sistema jurídico brasileiro.

Por fim, deve-se ressaltar que a democracia brasileira é constituída por funções que não devem existir como contrapostas, mas como auxiliares na busca pela paz e harmonia social. Novamente, é importante reiterar que todos os setores da sociedade precisam agir de modo conjunto rumo à preservação dos bens jurídicos que se mostram mais caros para a vida em sociedade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios. Malheiros Editores. 4ª Edição. 2004.

BARROSO, Luis Roberto Barroso. Countermajoritarian, Representative, and Enlightened: The roles of constitutional tribunals in contemporary democracies. Disponível em:

<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2179-89662018000402171#fn21>;

Acesso em: 16 de janeiro de 2020.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. Disponível em:

<[http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf)

[content/uploads/2017/09/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf)>.

Acesso em: 16 de janeiro de 2020.

BRASIL, Constituição Federal. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>; Acesso em: 16 de janeiro de 2020.

BRASIL, Código de Processo Penal. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>; Acesso em: 16 de janeiro de 2020.

BRASIL, STF. ADPF 54/DF, 2004, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, Disponível em:

<<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14795715/arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental-adpf-54-df-stf?ref=feed>>; Acesso em: 16 de janeiro de 2020.

BRASIL, STF. ADI 3.694/AP, 2006, Tribunal Pleno, Rel. Min. Sepúlveda Pertence,

Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/759520/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-3694-ap>>; Acesso em: 16 de janeiro de 2020.

BRASIL, STF. Rp. 1.417/DF, 1987, Tribunal Pleno, Rel. Min. Moreira Alves, Disponível em:

<<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2803880/representacao-rp-1417-df>>; Acesso em: 16 de janeiro de 2020.

BRASIL, STF. HC 124.306/RJ, 2016, 1ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12580345>>; Acesso em: 16 de janeiro de 2020.

BRASIL, STF. HC 84.078-7/MG, 2009, Tribunal Pleno, Rel. Min. Eros Grau, Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>>; Acesso em: 16 de janeiro de 2020.

BRASIL, STF. HC 126.292/SP, 2016, Tribunal Pleno, Rel. Min. Teori Zavascki, Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>; Acesso em: 16 de janeiro de 2020.

BRASIL, STF. Rcl. 10793/SP, 2011, Rel. Min. Ellen Gracie, Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19733852/reclamacao-rcl-10793-sp/inteiro-teor-104519780>>; Acesso em: 16 de janeiro de 2020.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7. ed., 2. reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003.

CHOMSKY, Noam. Estados Falidos - el abuso de poder y el ataque a la democracia. Tradução de Gabriel Dols. Barcelona: Ediciones B, 2007.

CHOMSKY, Noam. Alertamos del golpe a la democracia en Brasil y sus consecuencias globales. Disponível em: <https://www.eldiario.es/tribunaabierta/Alertamos-democracia-Brasil-consecuencias-globales_6_820377980.html>. Acesso em: 16 de janeiro de 2020.

DALLARI, Dalmo de Abreu, 1931- O poder dos juízes. São paulo Saraiva, 1996.

DINIZ, Maria Helena. O Estado Atual do Biodireito. São Paulo: Saraiva, 2001

CUNHA JÚNIOR, Dirley da Cunha. Curso de Direito Constitucional. 10ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

FELDENS, L; POETA, Débora. Prisão segue condicionada ao trânsito em julgado da sentença condenatória. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-fev-19/prisao-segue-condicionada-transito-julgado-sentenca>>. Acesso em: 16 de janeiro de 2020.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. 2. ed. rev. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006

GENOSO, Gianfrancesco. O STF e a presunção de inocência: princípio em extinção?.

Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI280768,91041->

O+STF+e+a+presuncao+de+inocencia+principio+em+extincao>. Acesso em: 16 de janeiro de 2020.

GOMES, Luiz Flávio. A Dimensão da Magistratura no Estado Constitucional e Democrático de Direito: independência judicial, controle judiciário, legitimação da jurisdição, politização e responsabilidade do juiz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GOMES, Luiz Flávio. Caso Isabella: processos midiáticos, prisões “imediáticas”. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI60184,31047-Caso+Isabella+processos+mediaticos+prisoas+imediaticas>>. Acesso em: 16 de janeiro de 2020.

GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri Guimarães. Dicionário Jurídico. 23ª ed. São Paulo: Rideel, 2019.

JARDIM, Afrânio. Garantismo no processo penal merece breve (e parcial) reflexão. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-jul-08/afranio-jardim-garantismo-processo-penal-merece-reflexao>>. Acesso em: 16 de janeiro de 2020.

JARDIM, Afrânio. STF não pode assumir papel legislador e mudar momento de execução da pena. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mar-31/afranio-jardim-stf-nao-virar-legislador-mudar-execucao-pena>>. Acesso em: 16 de janeiro de 2020.

KELSEN, Hans. Jurisdição constitucional. São Paulo: Martins Fontes, 2003

Edgard Leite (2018): <<http://www2.planalto.gov.br/mandatomicheltemer/acompanhe-planalto/noticias/2018/10/entenda-o-que-e-o-estado-democratico-de-direito>>. Acesso em: 10 de janeiro de 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional: Saraiva, 7ª ed., 2012.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. Manual de Direito Penal: Parte Especial. São Paulo: Atlas, 24ª ed., 2006

MIRANDA, Darcy Arruda. Comentários à Lei de Imprensa. Ed. Revista dos Tribunais. 1995.

MUÑOZ CONDE, Francisco. Introducción al derecho penal. Barcelona: Bosch, 1975.

NAÇÕES UNIDAS (UN). Assembleia Geral. Declaração Universal dos Direitos Humanos. 10dez. 1948. Aprovada pela Resolução 217 A (III) da Assembleia Geral. Disponível em:<<http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>>. Acesso em: 20 de setembro de 2019.

NOVELINO, Marcelo. Curso de Direito Constitucional. 12ª ed., Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 4ª ed., 2016.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. Direitos Fundamentais. Saraiva: 2012.

STRECK, Lenio Luiz; TASSINARI, Clarissa ; LEPPER, Adriano Obach. O problema do ativismo judicial: uma análise do caso MS3326. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015 p. 51-61.

STRECK, Lenio Luiz. O estranho caso que fez o STF sacrificar a presunção da inocência. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-ago-11/senso-incomum-estranho-fez-stf-sacrificar-presuncao-inocencia>>. Acesso em: 16 de janeiro de 2020.

STRECK, Lenio Luiz. Uma ADC contra a decisão no HC 126.292 — sinuca de bico para o STF!. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-fev-29/streck-adc-decisao-hc-126292-sinuca-stf>>. Acesso em: 16 de janeiro de 2020.